

- 2 -

LG Bautzen

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 1. März 2001 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Rinne und die Richter Dr. Wurm, Schlick, Dr. Kapsa und Galke

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 13. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Dresden vom 24. November 1999 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsrechtszuges, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Kläger versorgte entsprechend einem am 23. Februar 1993 geschlossenen Vertrag Kindereinrichtungen und Schulen der beklagten Stadt mit Mittagessen und übernahm damit verbundene Dienste. Die Beklagte kündigte den Vertrag fristlos zum 31. Juli 1996 und verweigerte ab dem 1. August 1996 die Abnahme der Essenlieferungen sowie deren Bezahlung. Durch rechtskräftiges Urteil vom 31. Januar 1997 stellte das Landgericht Bautzen fest, daß die Kündigung der Beklagten den von den Parteien geschlossenen Vertrag nicht zum 31. Juli 1996 beendet habe; der Vertrag bestehe bis zum 31. Juli 1998 fort. Die Beklagte habe dem Kläger sämtlichen materiellen Schaden, der ihm aus der nicht vertragsgemäßen Kündigung entstehe, zu ersetzen.

Der Kläger fordert von der Beklagten Ersatz des Gewinns, der ihm in der Zeit vom 1. August 1996 bis 31. Juli 1998 durch den unberechtigt abgelehnten Essensbezug entgangen sein soll.

Das Landgericht hat der Klage in Höhe von 97.634,08 DM nebst Zinsen stattgegeben. Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen. Mit der Revision begehrt der Kläger die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.



I.

Das Berufungsgericht hat im wesentlichen ausgeführt:

Der Kläger habe die Darlegungs- und Beweislast für die Höhe des entgangenen Gewinns; dieser ergebe sich aus der Differenz zwischen dem Umsatz und den aufzuwendenden Kosten. Der Umsatz könne aufgrund des im Berufungsrechtszug nicht mehr angegriffenen Gutachtens des Sachverständigen R. festgestellt werden. Bis auf den Personalkostenanteil streitig geblieben seien aber die anzurechnenden Kosten. Diese seien auch nicht im Wege der Schätzung bezifferbar. Die Beweisaufnahme habe hierzu keine konkreten Anknüpfungstatsachen erbracht. Soweit die Angaben der Beklagten zugrunde zu legen seien, führe dies nicht zu einem positiven Rechnungsergebnis zugunsten des Klägers.

II.

Die Begründung des Berufungsgerichts hält der rechtlichen Prüfung in entscheidenden Punkten nicht stand.

Der Kläger kann von der Beklagten als Schadensersatz wegen Nichterfüllung den Unterschied zwischen seinem Interesse an der Vertragserfüllung und der von ihm ersparten Gegenleistung verlangen. Da er selbst Hersteller der an die Beklagte zu liefernden Essen gewesen ist, steht ihm als entgangener Gewinn (§ 252 Satz 1 BGB) der Unterschied zwischen Vertrags- und Her-

stellungspreis zu (vgl. BGHZ 107, 67, 69; RG JW 1919, 445 f; RGZ 60, 346, 347).

1. Den **Vertragspreis** hat das Berufungsgericht in Höhe von 433.456,73 DM jährlich festgestellt. Es handelt sich dabei um den von dem Sachverständigen R. (S. 5 des Gutachtens vom 30. Mai 1998) ermittelten (Netto-)Umsatz - ohne die Einnahmen aus den Lieferungen an das Gymnasium der Beklagten -, den der Kläger im Jahre 1995 erzielt hat und voraussichtlich jährlich während der Zeit des von der Beklagten unberechtigt verweigerten Bezugs (1. August 1996 - 31. Juli 1998 = zwei Jahre) weiter vereinnahmt hätte. Das wird von den Parteien nicht mehr in Zweifel gezogen.

2. Zu Unrecht hat das Berufungsgericht aber den Anspruch auf den entgangenen Gewinn daran scheitern lassen, daß der Kläger den **Herstellungspreis**, d.h. seine auf den Vertragspreis anzurechnenden Selbstkosten, nicht dargetan bzw. nicht bewiesen habe.

a) Der Herstellungspreis steht allerdings nicht, wie die Revision meint, bereits aufgrund eines Geständnisses der Beklagten fest.

Ein Geständnis im Sinne des § 288 ZPO ist die Erklärung einer Prozeßpartei, daß die von der Gegenseite behaupteten Tatsachen wahr sind. Es ist an keinen bestimmten Wortlaut gebunden und kann auch in der Äußerung liegen, daß Ausführungen des Gegners nicht bestritten werden sollen. Die Erklärung, eine Tatsache werde nicht bestritten, hat jedoch zunächst nur einen negativen Inhalt. Zur Umdeutung in ein positives Zugeständnis bedarf es deswegen weiterer Umstände, die einen solchen Schluß nahelegen. Ob die Prozeßhandlung

einer Partei die gesetzlichen Voraussetzungen eines Geständnisses erfüllt, kann vom Revisionsgericht selbst und auch erstmalig geprüft werden (BGH, Urteile vom 6. November 1961 - VII ZR 120/60 - JZ 1962, 252; vom 7. März 1983 - VIII ZR 331/81 - NJW 1983, 1496, 1497 = MDR 1983, 661; vom 7. Juli 1994 - IX ZR 115/93 - MDR 1995, 90; vom 7. Dezember 1998 - II ZR 266/97 - NJW 1999, 579, 580; vgl. auch Stein/Jonas/Leipold, ZPO 21. Aufl. 1996 § 288 Rn. 10).

Die Beklagte hat die vom Kläger vorgetragenen Selbstkosten in ihrem Schriftsatz vom 10. Dezember 1997 nicht im Sinne des § 288 ZPO zugestanden. Sie hat dort der Schadensberechnung des Klägers eine eigene entgegengestellt. Ausgehend von einem Umsatz, der unter dem vom Kläger behaupteten gelegen hat, hat sie unter Berücksichtigung der vom Kläger - allerdings auf einen höheren Umsatz - angesetzten Kosten (Wareneinsatz, Personal, sonstige Betriebskosten, Abschreibung) einen Gewinn von jährlich 9.217,15 DM ermittelt und einen Anspruch des Klägers in Höhe von 18.434,30 DM (= 9.217,15 DM x 2 Jahre) "als gegeben" angesehen. Aus dieser Erklärung ergibt sich schon wegen der abweichenden Bezugsgröße nicht hinreichend sicher, daß die Beklagte die vom Kläger genannten Selbstkosten nicht bloß hingenommen hat, sondern bindend gegen sich hat gelten lassen wollen. Es kommt hinzu, daß die Beklagte unter Verweisung auf den vorgenannten Schriftsatz vom 10. Dezember 1997 mit Schriftsatz vom selben Tag angeboten hat, den Rechtsstreit durch Zahlung von 20.000 DM vergleichsweise zu erledigen. Das unterstreicht die Vorläufigkeit ihrer Schadensberechnung.

Entsprechendes gilt für die - auf die vorgenannten Schriftsätze vom 10. Dezember 1997 folgende - Erklärung des Prozeßbevollmächtigten der Be-

klagen in der mündlichen Verhandlung vom 11. Dezember 1997, er bestreite den vom Kläger in der "Ermittlung Schadensersatz" angegebenen Umsatz in Höhe von 400.090,43 DM; die übrigen Zahlenangaben bestreite er nicht. Auch darin kann mangels besonderer Umstände ein über das bloße Nichtbestreitenwollen hinausgehender Geständniswille nicht gesehen werden.

b) Zur Ermittlung des dem Kläger entgangenen Gewinns sind nach den Feststellungen des Berufungsgerichts von dem - in der Zeit vom 1. August 1996 bis 31. Juli 1998 voraussichtlich erlösten - Vertragspreis ("Umsatz") in Höhe von 433.456,73 DM (jährlich) unstreitig als Herstellungspreis abzuziehen:

- 31,5 % Personalkosten (= 136.538,86 DM jährlich)
- und
- Kfz-Kosten in Höhe von 11.000 DM jährlich.

Zutreffend hat das Berufungsgericht ferner den Wareneinsatz mit 54,7 % (= 237.100,83 DM jährlich) in Abzug gebracht (**aa**). Die uneingeschränkte Berücksichtigung von Abschreibungen, Wasser-, Strom- und Heizungskosten (**bb**) sowie den Betrag von jährlich 11.000 DM übersteigender Kfz-Kosten (**cc**) begegnet indes durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Weitere - konkret benannte - Abzugsposten sind nicht im Streit.

aa) Wareneinsatz

Sachverständig beraten hat das Berufungsgericht einen Wareneinsatz in Höhe von 54,7 % des "Umsatzes" (= 237.100,83 DM) festgestellt. Das ist von Rechts wegen nicht zu beanstanden.

Die Revisionserwiderung nimmt die Abrundung von 54,77 % (S. 5 des Gutachtens des Sachverständigen R. vom 21. Dezember 1998) auf 54,7 % hin.

Die Revision wendet ein, das Berufungsgericht habe bei der Feststellung des Wareneinsatzes Vorbringen des Klägers übergangen, das Anlaß zu weiterer Sachaufklärung gegeben habe. Der Kläger habe behauptet, für die Lieferung an Dritte "ca. 1.000 Essen pro Tag" hinzugekauft zu haben. Das erkläre den hohen Wareneinsatz bezogen auf das gesamte Unternehmen. Die Zukäufe ergäben sich aus den Unterlagen, die dem Sachverständigen übergeben worden seien.

Das Berufungsgericht hat den Gesichtspunkt der Zukäufe indes nicht übersehen. Es hat im Anschluß an die Ausführungen des Sachverständigen R. erwogen, daß sich unter Berücksichtigung von Wareneinkäufen für Drittlieferungen der Prozentsatz des Wareneinsatzes im Verhältnis zur Beklagten ändern könnte. Das habe aber nicht "verifiziert", d.h. nicht festgestellt, werden können. Damit hat sich das Berufungsgericht im Rahmen seines tatrichterlichen Ermessens gehalten.

Der Kläger hat die Höhe des bei den Lieferungen an die Beklagte üblichen Wareneinsatzes nicht mitgeteilt. Dem Sachverständigen hat allein eine Kostenartberechnung vorgelegen, die eine Zuordnung der Kosten zu den Kunden nicht ermöglicht hat. Die von der Revision herangezogene Behauptung des Klägers, 1995 seien "ca. 1.000 Essen pro Tag" hinzugekauft worden, hilft allein nicht weiter. Solange der Preis dieser Essen nicht bekannt ist, kann der Betrag, um den der Wareneinsatz wegen der Zukäufe zu bereinigen wäre, nicht abgeschätzt werden. Die von der Revision angeführte Bezugnahme auf

die "dem Sachverständigen übergebenen Unterlagen", womit die an anderer Stelle erwähnten "15 Ordner mit Unterlagen zum Geschäftsjahr 1995" gemeint sein könnten, ist zu unbestimmt.

bb) Strom, Wasser, Heizung, Abschreibung

Das Berufungsgericht hat gemeint, der Kläger müsse sich auch die Kosten für Strom, Wasser und Heizung sowie die Abschreibungen anrechnen lassen. Hierzu habe es nur die Angaben der Beklagten zugrunde legen können, da der darlegungs- und beweisbelastete Kläger nicht genügend vorgetragen habe.

Dieser Auffassung kann nicht beigetreten werden. Das Berufungsgericht hätte die vorgenannten - vom Kläger bestrittenen - Kosten nicht ohne weiteres dem Herstellungspreis zurechnen, sondern - wie die Revision zu Recht rügt - zwischen fixen Kosten und Spezialunkosten unterscheiden müssen.

Bei der Berechnung des entgangenen Gewinns muß sich der Verkäufer, dessen Ware vom Käufer vertragswidrig nicht abgenommen wird, auf den Vertragspreis grundsätzlich nur die besonderen Aufwendungen, die sogenannten Spezialunkosten, die die Ausführung der Bestellung des Käufers erforderten, anrechnen lassen. Die Generalunkosten hingegen scheiden als Element der Schadensberechnung regelmäßig aus, weil sie anfallen, einerlei ob es zur Vertragserfüllung kommt oder nicht (BGHZ 107, 67, 69 f). Eine Ausnahme hiervon kommt in Betracht, wenn der vertragsgemäße Bezug durch den Käufer zusätzliche Investitionen des Verkäufers im Bereich der fixen Kosten erfordert

hätte; darlegungs- und beweispflichtig ist insoweit - wie auch sonst für vom Verkäufer ersparte Spezialunkosten - der Käufer (BGHZ aaO S. 69).

Den Kläger belastende Strom-, Wasser- und Heizungskosten sowie Abschreibungen (vgl. RG JW 1936, 797, 798) können demnach nur dann Schadensmindernd berücksichtigt werden, wenn sie gerade durch die Lieferungen an die Beklagte verursacht worden wären. Entsprechendes hat die Beklagte, die - was das Berufungsgericht verkannt hat - insoweit darlegungs- und beweispflichtig ist, nicht behauptet. Sie hat allgemein auf die Kosten für Strom, Wasser und Heizung sowie auf Abschreibungen abgehoben und dafür - vom Kläger bestrittene - 3,3 % (Strom, Wasser, Heizung) und 5,2 % (Abschreibungen) des Umsatzes angesetzt. Das vermag einen Abzug wegen ersparter Spezialunkosten nicht zu rechtfertigen. Bei den im Betrieb des Klägers angefallenen Kosten für Strom, Wasser und Heizung sowie bei den Abschreibungen auf das Anlagevermögen dürfte es sich vielmehr überwiegend um - nicht abzugsfähige - fixe Kosten gehandelt haben. Nach den Feststellungen des vom Berufungsgericht in Bezug genommenen landgerichtlichen Urteils hat der Wegfall der Essenlieferungen an von der Beklagten unterhaltene Kindereinrichtungen und Schulen dazu geführt, daß "lediglich die Kessel und Töpfe weniger gefüllt" gewesen sind.

Das Berufungsgericht wird im Laufe des weiteren Verfahrens zu klären haben, ob und in welchem Umfang die Strom-, Wasser- und Heizungskosten sowie die Abschreibungen als Spezialunkosten zu dem vom Vertragspreis abzuziehenden Herstellungspreis zu zählen sind.

cc) Kfz-Kosten

Der Kläger läßt sich für Kfz-Kosten einen Abzug von 11.000 DM jährlich gefallen. Das Berufungsgericht hat gemeint, mangels weiterer Darlegungen von seiten des Klägers müßten die von der Beklagten behaupteten höheren Kfz-Kosten (5,8 % des Umsatzes = 25.140,49 DM jährlich) zugrunde gelegt werden.

Damit hat das Berufungsgericht wiederum die Darlegungs- und Beweislast nicht richtig gesehen. Die für den höheren Herstellungspreis beweisbelastete Beklagte hätte - den entgangenen Gewinn mindernde - höhere Kfz-Kosten darlegen müssen. Denn der Kläger hat bestritten, daß die jährlichen Kfz-Kosten 11.000 DM überstiegen hätten.

Das Berufungsgericht hat ferner, was die Revision zu Recht rügt, das Ergebnis der Beweisaufnahme nicht einbezogen. Der Unternehmensberater Dr. S. hat als Zeuge ausgesagt, die vom Kläger angegebenen Kfz-Kosten (11.000 DM in zwei Jahren) seien nicht anteilmäßig angesetzt, sondern aufgrund der Anzahl der notwendigen Fahrten ermittelt worden. Damit - und mit der die Angaben des Klägers, allerdings bezogen auf ein Jahr, offenbar für schlüssig haltenden Auffassung des Sachverständigen - hätte sich das Berufungsgericht auseinandersetzen müssen; es hätte nicht einfach der pauschalen Schätzung der Beklagten (5,8 % des Umsatzes) folgen dürfen.

Unter Berücksichtigung der vorbeschriebenen Beweislastverteilung wird im weiteren Verfahren zu klären sein, ob der Kläger, über den zugestanden

Betrag (11.000 DM jährlich) hinaus, Kfz-Kosten - als Spezialunkosten - gehabt hätte.

Rinne

Wurm

Schlick

Kapsa

Galke