

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. Dezember 1999 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Deppert und die Richter Dr. Hübsch, Dr. Beyer, Ball und Dr. Leimert

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 12. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 12. April 1999 wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Im April 1993 schloß die Klägerin mit der Hauptschuldnerin, der T.-Autohaus S. D. GmbH, eine Darlehens- und Bezugsvereinbarung, aufgrund derer sich die Hauptschuldnerin für den Zeitraum von sieben Jahren verpflichtete, bestimmte Mengen von Mineralölprodukten der Klägerin abzunehmen. Im Gegenzug übernahm die Klägerin die Zins- und Tilgungsverpflichtung für ein der Hauptschuldnerin gewährtes Darlehen. Der Beklagte und damalige Geschäftsführer der Hauptschuldnerin verbürgte sich gegenüber der Klägerin und deren Muttergesellschaft selbstschuldnerisch für die Darlehensforderung und "alle sonstigen Forderungen aus laufender Geschäftsverbindung" bis zur Höhe von 250.000 DM.

In § 7 der Darlehens- und Bezugsvereinbarung verpflichtete sich die Hauptschuldnerin, dafür einzustehen, daß ein Nachfolger, unter anderem im

Fall der Veräußerung des Betriebes, "mit allen Rechten und Pflichten in diese Vereinbarung eintritt".

Ab September 1995 übernahm die Auto Y. GmbH & Co KG (im folgenden: Übernehmerin) den Betrieb von der Hauptschuldnerin. In die Rechte und Pflichten aus dem Vertrag der Hauptschuldnerin mit der Klägerin hatte die Übernehmerin nach der mit dieser getroffenen Vereinbarung nicht einzutreten. Sie bezog statt dessen Produkte von der Klägerin - mindestens in gleichem Umfang wie zuvor die Hauptschuldnerin - aufgrund eigener, von den Bezugsbedingungen der Hauptschuldnerin abweichender Konditionen.

Nachdem die Klägerin den Vertrag mit der Hauptschuldnerin wegen deren Geschäftsaufgabe gekündigt hatte, nahm sie den Beklagten aus der Bürgschaft unter anderem auf Ersatz entgangenen Gewinns wegen der Nichtabnahme von Schmierstoffen durch die Hauptschuldnerin klagweise in Anspruch. Ihren Schaden bezifferte sie auf mindestens 56.311,27 DM, wobei sie zur Schadensberechnung die Differenz zwischen Kosten und Veräußerungspreis der nach dem Vertrag mit der Hauptschuldnerin von dieser abzunehmenden Menge Schmierstoffe heranzog. Trotz eines entsprechenden gerichtlichen Hinweises lehnte es die Klägerin ab, nähere Einzelheiten zu den Lieferungen an die Übernehmerin des Betriebes mitzuteilen, die eine Schadensberechnung unter Berücksichtigung der bei diesen Lieferungen erzielten Gewinne ermöglicht hätte.

Die Klage aus der Bürgschaft blieb hinsichtlich des geltend gemachten Schadensersatzanspruches in beiden Instanzen erfolglos. Mit der zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr diesbezügliches Klagebegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht hat angenommen, die Klägerin sei aufgrund der Besonderheiten des Falles daran gehindert, ihren Schaden lediglich anhand der Gegenüberstellung von Kosten und Verkaufspreis und damit abstrakt zu berechnen. Angesichts der ausdrücklichen Weigerung der Klägerin, darzulegen, daß und in welcher Höhe ihr unter Berücksichtigung der Gewinne aus den Lieferungen an die Übernehmerin ein Schaden entstanden sei, hat es das Klagevorbringen als unschlüssig gewertet. Zur Begründung hat es ausgeführt:

Der ein Dauerschuldverhältnis begründende Vertrag zwischen der Hauptschuldnerin und der Klägerin sei aufgrund der speziellen vertraglichen Ausgestaltung grundsätzlich kündbar gewesen, ohne daß die Hauptschuldnerin wegen der Einstellung des Betriebes und der sich daraus ergebenden Nichtabnahme von Produkten der Klägerin auf Schadensersatz hafte. Anknüpfungspunkt für die Haftung der Hauptschuldnerin sei daher allein die Nichterfüllung der vertraglich übernommenen Pflicht, dafür zu sorgen, daß bei einer Betriebsübergabe der Rechtsnachfolger in den Vertrag eintrete. Die Klägerin könne danach nur verlangen, so gestellt zu werden, wie sie gestanden hätte, wenn der Nachfolger in die Bedingungen des Vertrages zwischen Hauptschuldnerin und Klägerin eingetreten wäre. In diesem Fall wäre die Übernehmerin im gleichen Mindestumfang und zu denselben Konditionen beliefert worden wie die Hauptschuldnerin. Gleichzeitig wäre die Übernehmerin als potentieller Kunde für zusätzliche Lieferungen (Deckungsverkäufe) ausgeschieden. Die Klägerin könne deshalb nur die Differenz zwischen dem Gewinn geltend machen, den sie bei Fortsetzung des Vertrages durch die Übernehmerin erzielt hätte, und



dem Gewinn, den sie mit der Übernehmerin aufgrund neu ausgehandelter Bedingungen tatsächlich erzielt hat.

Im übrigen könne die Klägerin ihren Schaden auch deshalb nicht abstrakt berechnen, weil die sich aus § 252 S. 2 BGB ergebende Beweiserleichterung nicht eingreife. Danach gelte als entgangen der Gewinn, welcher nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte. Ein solcher Fall mit typischem Schadensverlauf werde regelmäßig angenommen, wenn der Käufer die Kaufsache nicht abgenommen und der Verkäufer sie anderweit veräußert habe. Denn im Warenhandel bestehe eine Wahrscheinlichkeit dafür, daß dem Verkäufer deshalb der Gewinn entgehe, weil er bei der Erfüllung des ersten Kaufvertrages auch den zweiten Kaufvertrag durch Lieferung anderweit beschaffter Ware abgewickelt und dabei Gewinn erzielt hätte. Diese Wahrscheinlichkeit bestehe im gegebenen Fall nicht. Die Übernehmerin sei zwar nicht in den bestehenden Vertrag eingetreten, faktisch sei sie jedoch an die Stelle der Hauptschuldnerin getreten. Dadurch sei der vertragliche Abnehmer im Gegensatz zu den "gewöhnlichen" Fällen des Warenverkaufs nicht ersatzlos weggefallen. Aus diesem Grund versage der Erfahrungssatz, der der abstrakten Schadensberechnung ihre innere Rechtfertigung gebe. Es bestehe nicht die Wahrscheinlichkeit, daß der Verkäuferin deshalb Gewinn entgehe, weil sie bei Erfüllung des ersten Kaufvertrages auch den zweiten Kaufvertrag durch Lieferung anderweit beschaffter Ware abgewickelt und dabei Gewinn erzielt hätte; es entspreche nicht dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge, daß die Klägerin die Übernehmerin in gleichem Umfang beliefert hätte, wenn der Beklagte seinen Betrieb aufrecht erhalten und die Produkte der Klägerin in vorgesehenem Umfang abgenommen hätte. Da es jedenfalls unwahrscheinlich sei, daß die Klägerin ihre

Produkte an die Übernehmerin im selben Umfang hätte verkaufen können wie bei Wegfall der Beklagten, lasse sich der Schaden billigerweise nur in dem Unterschied zwischen dem Gewinn sehen, den sie bei vertragsgemäßer Belieferung der Hauptschuldnerin erzielt hätte, und demjenigen, den sie durch Belieferung der Übernehmerin tatsächlich erzielt.

II.

Gegen diese Beurteilung wendet sich die Revision im Ergebnis ohne Erfolg.

1. Das Berufungsgericht hat zunächst den Vertrag zwischen der Hauptschuldnerin und der Klägerin dahingehend ausgelegt, daß die Betriebseinstellung und die sich daraus ergebende Nichterfüllung der Bezugsverpflichtung durch die Hauptschuldnerin keinen zum Schadensersatz verpflichtenden Umstand darstellt. Dies erscheint zumindest für den hier gegebenen Fall der Betriebsübernahme revisionsrechtlich unbedenklich, weil - wie es das Berufungsgericht offenbar angenommen hat - an die Stelle der Bezugsverpflichtung der Hauptschuldnerin deren Pflicht trat, dafür zu sorgen, daß ihr Nachfolger in die Darlehens- und Bezugsvereinbarung mit der Klägerin eintritt. Die Verletzung dieser in § 7 des Vertrages geregelten Verpflichtung hat das Oberlandesgericht daher zu Recht als (allein) haftungsbegründend angesehen.

2. Zutreffend hat das Berufungsgericht weiter angenommen, die Klägerin sei im Rahmen des geltend gemachten Schadensersatzes wegen Nichterfüllung so zu stellen, wie sie gestanden hätte, wenn die Hauptschuldnerin ihrer vertraglichen Pflicht nachgekommen wäre (vgl. Senatsurteil vom 27. Mai 1998 - VIII ZR 362/96, NJW 1998, 2901 unter II 2 a m.w.Nachw.). In diesem Fall wä-

re die Übernehmerin in den Vertrag mit der Klägerin eingetreten und hätte die dort vorgesehene Mindestmenge an Schmierstoffen zu den vereinbarten Bedingungen von der Klägerin bezogen. Der Schaden der Klägerin besteht deshalb nicht in dem entgangenen Gewinn aus der Bezugsvereinbarung mit der Hauptschuldnerin, sondern in dem Verlust des Gewinns, den sie bei Eintritt der Übernehmerin in die Bezugsvereinbarung aus Geschäften mit dieser gezogen hätte, mithin in dem entgangenen Gewinn aus der (nicht zustandegekommenen) Bezugsvereinbarung mit der Übernehmerin (§ 252 Abs. 1 BGB).

3. Die Klägerin ist zwar grundsätzlich nicht daran gehindert, ihren Schaden "abstrakt" zu berechnen, d.h. unter Inanspruchnahme einer Beweiserleichterung in Gestalt der sich aus § 252 Satz 2 BGB ergebenden Vermutung, daß sie als Kaufmann marktgängige Ware - wie hier die Schmierstoffe - jederzeit zum Marktpreis absetzen kann (vgl. zuletzt etwa Senat in BGHZ 126, 305, 309 m.w.Nachw.). Auch mindert der spätere Weiterverkauf der Ware, also die Vornahme eines sogenannten Deckungsverkaufs, den zu ersetzenden Schaden des Verkäufers im Regelfall nicht, weil die Regelung des § 252 Satz 2 BGB die weitere Vermutung enthält, der Verkäufer hätte bei ordnungsgemäßer Erfüllung des Vertrages auch mit dem zweiten Käufer einen Vertrag über die von ihm vertriebene Ware geschlossen und wäre zu dessen Erfüllung imstande gewesen, so daß ihm der entsprechende Gewinn aus diesem Zweitgeschäft entgangen ist (BGHZ aaO m.w.Nachw.). Im gegebenen Fall greift diese Vermutung jedoch nicht ein, weil - was zwischen den Parteien nicht streitig ist - die Klägerin Ware im vertraglich vorgesehenen Mindestumfang an die Übernehmerin weiterveräußert hat.

Die gesetzlichen Vermutungen des § 252 Satz 2 BGB wären hier nur dann heranzuziehen, wenn es nicht zu der von der Hauptschuldnerin geschul-

deten Abnahme der Produkte der Klägerin durch den vertraglich bestimmten Erwerber, die Hauptschuldnerin oder ihre Nachfolgerin, gekommen wäre. Die Klägerin liefert aber an diejenige Person, auf die ihre Vertragspartnerin die Verpflichtung zum Bezug der Waren hätte übertragen müssen. Bei ordnungsgemäßer Erfüllung der hier maßgeblichen Vertragsverpflichtung wäre die Übernehmerin in den Vertrag mit der Klägerin eingetreten und hätte die von ihr benötigten Waren - jedenfalls im Umfang der im Vertrag vorgesehenen Mindestabnahmeverpflichtung - zu den im Vertrag vorgesehenen Konditionen bezogen. Ein Zweitgeschäft entgeht der Klägerin durch das vertragswidrige Verhalten ihrer Vertragspartnerin daher gerade nicht. Auf die vom Berufungsgericht erörterte Frage, inwieweit die Wahrscheinlichkeit besteht, daß ein Zweitgeschäft zwischen der Übernehmerin und der Klägerin zustandegekommen wäre, wenn die Hauptschuldnerin ihren Betrieb weitergeführt hätte, kommt es - entgegen der Ansicht der Revision - nicht an, weil die Hauptschuldnerin - wie oben ausgeführt - nicht selbst zum Weiterbezug der Waren, sondern (nur) zur Übertragung der Bezugsverpflichtung auf ihren Nachfolger verpflichtet war.

4. Greift die Vermutung des § 252 Satz 2 BGB somit nicht ein, war die Klägerin gehalten, ihren Schaden konkret zu berechnen, also unter Darlegung im einzelnen, wie sich die Vermögenslage bei vertragsgemäßigem Verhalten der Hauptschuldnerin entwickelt hätte und wie sie sich tatsächlich entwickelt hat (vgl. Senatsurteil vom 27. Mai 1998 - VIII ZR 362/96, NJW 1998, 2901 unter II 2 a m.w.Nachw.); hierbei ist auch der durch die Weiterveräußerung erzielte Erlös zu berücksichtigen, soweit er den Verkehrswert des Kaufgegenstandes nicht übersteigt (BGH, Urteil vom 13. März 1981 - V ZR 46/80, NJW 1981, 1834 unter 1 m.w.Nachw.). In Ermangelung ausreichenden Vorbringens, das jedenfalls die Schätzung eines Mindestschadens der Klägerin ermöglicht hätte (vgl. BGH, Urteil vom 28. Februar 1996 - XII ZR 186/94, WM 1996, 1270 unter

B 2 a = BGHR BGB § 252 - Schätzgrundlage 5 m.w.Nachw.), hat das Berufungsgericht die Klage daher insoweit zu Recht als unschlüssig abgewiesen.

Dr. Deppert

Dr. Hübsch

Dr. Beyer

Ball

Dr. Leimert