

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

ZPO §§ 536, 559

Legt gegen ein Urteil des Landgerichts, durch das die Klage wegen der vom Beklagten hilfsweise erklärten Aufrechnung abgewiesen worden ist, allein der Kläger Berufung ein, so kann der Beklagte mit der Revision gegen das ihn beschwerende Berufungsurteil nicht mehr das bereits in erster Instanz bejahte ursprüngliche Bestehen des Klageanspruches zur Überprüfung stellen.

BGB § 326 I

Zur Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die im Rahmen des § 326 BGB zum Sukzessivlieferungsvertrag entwickelten Grundsätze auf die geschuldete Lieferung gleichartiger Sachen aus mehreren Verträgen übertragbar sind.

BGH, Urteil vom 26. Oktober 1994 - VIII ZR 150/93 - OLG Bamberg  
LG Aschaffenburg

# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

VIII ZR 150/93

Verkündet am:  
26. Oktober 1994  
Mayer  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 26. Oktober 1994 durch den Vorsitzenden Richter Wolf und die Richter Dr. Paulusch, Groß, Dr. Hübsch und Ball

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels und der Anschlußrevision des Klägers das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Bamberg vom 11. Februar 1993 teilweise geändert.

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil der 3. Zivilkammer des Landgerichts Aschaffenburg vom 19. Juni 1991 wird insgesamt mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß der Klageanspruch in Höhe von 120.431,15 DM durch Aufrechnung erloschen ist.

Die Kosten des Rechtsstreits haben der Kläger zu 4/5 und die Beklagte zu 1/5 zu tragen.

Von Rechts wegen



**JLaw – Gesetze und Urteile**  
Kostenlos  
Über 200 Gesetze  
Über 100.000 Urteile  
[\(mobile App\)](#)



Tatbestand:

Die Beklagte betreibt einen Neu- und Gebrauchtwagenhandel. Der Kläger exportiert Fahrzeuge der Oberklasse. Beide kamen Mitte 1987 überein, daß die Beklagte PKWs, insbesondere Modelle der Firmen BMW und Daimler-Benz - gegebenenfalls unter Umgehung des selektiven Vertriebssystems von BMW - für den Kläger beschaffe. Dieser bestellte sodann fernmündlich zwischen dem 9. September und dem 16. Oktober 1987 insgesamt 24 BMW 750 iL bei der Beklagten und bestätigte jeweils schriftlich die getroffenen Vereinbarungen, wonach sich die Beklagte u.a. verpflichtete, eine "Entschädigung" in Höhe von 5 % des Kaufpreises eines jeden Fahrzeuges zu zahlen, das nicht termingerecht geliefert werde. Die Fahrzeuge waren zum Export nach Japan bestimmt und sollten von der Beklagten nach den vertraglichen Abreden wie folgt geliefert werden: Gemäß Auftrag Nr. 709033 ein Wagen im November 1987, nach dem Auftrag Nr. 709034 ein Wagen im November/Dezember 1987, gemäß den Aufträgen Nrn. 709040, 709041, 709046 und 709047 je ein Wagen im Dezember 1987, aufgrund der Aufträge Nrn. 709048, 709049 und 709052 je ein Wagen im Januar 1988, aus dem Auftrag Nr. 701061 je vier Wagen im Januar, Februar und März 1988, gemäß den Aufträgen Nrn. 709050 und 701060 je ein Wagen im Februar 1988 und gemäß Auftrag Nr. 709051 ein Wagen im März 1988.

Die Beklagte bestellte die Fahrzeuge bei BMW-Vertragshändlern, vermochte sie dem Kläger aber nicht zu beschaffen, weil die BMW-Händler ihrerseits nicht an die Beklagte lieferten. Nach vergeblichen Aufforderungen des Klägers zur

Vertragserfüllung und - nicht eingehaltenen - Lieferzusagen der Beklagten ließ der Kläger dieser durch Anwaltsschreiben vom 24. Februar 1988 mitteilen, daß er kein Interesse mehr an einer Lieferung habe und Schadensersatz verlange.

Als solchen hat er mit der vorliegenden Klage einen Betrag von 502.601,98 DM nebst Zinsen geltend gemacht. Dieser Betrag setzt sich zusammen aus

1.

121.580,20 DM als Entschädigung für die 24 nicht gelieferten BMW-Fahrzeuge (= 5 % des Gesamtpreises der Fahrzeuge in Höhe von 2.431.603,94 DM);

2.

582,09 DM, mit denen der Kläger von der Deutschen Bank für die Avisierung und Rückgabe von Akkreditiven für sechs Fahrzeuge belastet worden ist, die bis Ende Dezember 1987 bzw. Januar 1988 von der Beklagten geliefert werden sollten und deren Lieferung "in einer Woche" die Beklagte mit Schreiben vom 5. Februar 1988 zugesagt hatte;

3.

32.414,52 DM (30.000 DM + 2.414,52 DM) Unkosten wegen Stornierung des für die vorgenannten sechs BMW-Fahrzeuge bestellten LKW- und Schiffsfrachtraumes;

4.

328.250 DM als entgangenen Gewinn für 65 PKW der Marke Daimler-Benz, wozu der Kläger behauptet hat, ein japanischer Kunde habe ihm im Dezember 1987 den Auftrag erteilt, innerhalb eines Jahres 150 Daimler-Benz 560 SEL zu liefern; dieser Kunde habe den Auftrag aber storniert, weil er wegen des Verhaltens der Beklagten vom Kläger nicht mit ebenfalls bestellten BMW 750 iL habe beliefert werden können;

5.

18.575,69 DM (16.065,76 DM + 2.509,93 DM) als Schaden aus zwei Deckungskäufen, die der Kläger nach seinem Vorbringen vorgenommen hat, weil die Beklagte entsprechende Kaufverträge über einen BMW 735 i und einen Daimler-Benz 560 SEL nicht erfüllt habe;

6.

699,48 DM Anwaltskosten aus einem zwischen den Parteien geführten Rechtsstreit, die der Kläger gezahlt hat, und

7.

500 DM, welche der Kläger als Auslagenpauschale geltend gemacht hat.

Die Beklagte ist dem Klagebegehren insgesamt entgegengetreten und hat sich - soweit für die Revisionsinstanz noch von Interesse - darauf berufen, die mit dem Kläger geschlossenen Lieferverträge seien alle gemäß § 138 BGB nichtig, weil sie sich die Fahrzeuge wegen des selektiven Vertriebsystems der Hersteller nur unter Verstoß gegen die guten Sitten des Wettbewerbs im Sinne des § 1 UWG hätte

verschaffen können; darüber hinaus sei ihr die Beschaffung der Fahrzeuge angesichts des selektiven Vertriebsystems auch unmöglich gewesen, so daß sie von ihrer Leistungspflicht gegenüber dem Kläger frei geworden sei. Hilfsweise hat die Beklagte mit einer - unstreitigen - Kaufpreisforderung in Höhe von 131.844,42 DM aus dem Verkauf eines Porsche und mit weiteren behaupteten Forderungen in Höhe von insgesamt 116.930,20 DM die Aufrechnung erklärt.

Von der ersten Position der Schadensberechnung hat das Landgericht 116.528,41 DM (= 5 % des Kaufpreises für 23 BMW 750 iL) für gerechtfertigt angesehen. Hinsichtlich des 24. BMW (aus dem Auftrag Nr. 709033) hat es das Klagebegehren abschlägig beschieden, weil der Kläger insoweit bereits vor dem Amtsgericht Mülheim Schadensersatz geltend gemacht hatte, der ihm zuerkannt und von der Beklagten gezahlt worden ist. Die weiteren Schadenspositionen hat das Landgericht ebenfalls verneint, gegenüber dem bejahten Anspruch von 116.528,41 DM die Aufrechnung der Beklagten mit der Kaufpreisforderung aus dem Porsche-Geschäft (131.844,42 DM) durchgreifen lassen und daher die Klage insgesamt abgewiesen.

Hiergegen hat der Kläger Berufung eingelegt, mit der er sein Zahlungsbegehren in voller Höhe weiterverfolgte und die Gegenforderungen der Beklagten damit bekämpfte, daß er seinerseits mit einer angeblichen, im Klageantrag nicht eingestellten Schadensersatzforderung aus dem behaupteten - stornierten - Auftrag des japanischen Kunden zur Lieferung von 150 Daimler-Benz-Fahrzeugen in Höhe von über 400.000 DM aufrechnete. Mit diesem Schadensersatzanspruch

hat er auch die Klageforderung in Höhe von 36.882,77 DM (= abgewiesene 5.051,79 DM aus der ersten Position + 30.000 DM LKW-Frachtunkosten + 1.830,98 DM zuviel berechneter Schaden aus dem Deckungskauf für den von der Beklagten nicht gelieferten BMW 735 i) anderweit begründet.

Das Oberlandesgericht hat einen Anspruch des Klägers in Höhe von 272.321,10 DM bejaht, andererseits die zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen der Beklagten in Höhe von insgesamt 224.817,02 DM für begründet erachtet und demgemäß unter Zurückweisung der weitergehenden Berufung die Beklagte zur Zahlung von 47.504,08 DM nebst Zinsen verurteilt. Hiergegen richtet sich die Revision der Beklagten, mit der sie ihr Begehren, die Klage insgesamt schon dem Grunde nach abzuweisen, weiterverfolgt. Der Kläger hat sich der Revision der Beklagten angeschlossen. Er erstrebt die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung weiterer 178.250 DM nebst Zinsen, die ihm das Berufungsgericht von dem Schadensersatzanspruch aus dem Daimler-Benz-Auftrag des japanischen Kunden (328.250 DM) aberkannt hat.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, die zwischen den Parteien geschlossenen Kaufverträge seien nicht deshalb unwirksam, weil die Beklagte zur Beschaffung der Kaufgegenstände möglicherweise in das Vertriebsbindungssystem der Hersteller hätte eindringen müssen. Das sei grundsätzlich nicht zu beanstanden und führe daher nicht zur Sittenwidrigkeit der hier streitigen Verträge im Sinne des § 138 BGB. Auch sei die Beklagte nicht unter dem Gesichtspunkt der Unmöglichkeit von ihrer Lieferpflicht frei geworden. Die Leistung sei ihr allenfalls subjektiv unmöglich geworden. Für dieses Unvermögen habe die Beklagte aber gemäß § 279 BGB einzustehen, weil es sich bei den verkauften Fahrzeugen um nur der Gattung nach bestimmte Sachen gehandelt habe.

Die vertraglich vereinbarte Entschädigung von 5 % des Kaufpreises könne der Kläger nur für 12 Fahrzeuge beanspruchen, mit deren Lieferung sich die Beklagte zu der Zeit in Verzug befunden habe, als der Kläger mit Schreiben vom 24. Februar 1988 Erfüllung abgelehnt und Schadensersatz verlangt habe. Der Kaufpreis für diese 12 Fahrzeuge habe insgesamt 1.218.494,27 DM betragen, so daß dem Kläger insoweit ein Entschädigungsanspruch von 60.924,71 DM erwachsen sei. Hinsichtlich der restlichen elf Fahrzeuge habe sich die Beklagte am 24. Februar 1988 zwar nicht in Verzug befunden, so daß der Kläger insoweit weder einen Anspruch auf die vertraglich vereinbarte 5 %ige Entschädigung noch einen Schadensersatzanspruch aus § 326 BGB erlangt habe. Die Be-

klagte hatte aber aus dem Gesichtspunkt der positiven Forderungsverletzung auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Eine positive Forderungsverletzung der Beklagten, die hier ausnahmsweise auch eine Nachfristsetzung des Klägers entbehrlich gemacht habe, sei in ihrer besonderen Unzuverlässigkeit zu erblicken, die sich in der zum Teil erheblichen Verzögerung der Lieferung, vor allem aber darin gezeigt habe, daß die Beklagte mit Schreiben vom 5. Februar 1988 die Lieferung von sechs Fahrzeugen für "nächste Woche" angekündigt und dabei billigend in Kauf genommen habe, gar nicht liefern zu können. Obwohl die besondere Unzuverlässigkeit der Beklagten nur bezüglich dieser sechs Fahrzeuge vorgelegen habe, habe sie doch auch das Lossagen von den anderen Verträgen gerechtfertigt. Allerdings sei zwischen den Parteien kein Sukzessivlieferungsvertrag geschlossen worden, innerhalb dessen der Gläubiger berechtigt sei, Schadensersatz wegen Nichterfüllung auch hinsichtlich der noch nicht gelieferten Gegenstände zu beanspruchen, sobald der Schuldner sich einer schwerwiegenden Vertragsverletzung schuldig gemacht habe. Indessen sei - wie vor allem die Zusammenfassung des Klägers vom 26. Oktober 1987 und der darin aufgestellte Abwicklungsplan zeigten - die vertragliche Zusammenarbeit der Parteien über die Lieferung der BMW-Fahrzeuge tatsächlich einem Sukzessivlieferungsgeschäft so sehr angenähert gewesen, daß eine entsprechende Anwendung der zu diesem Vertragstyp entwickelten Grundsätze gerechtfertigt sei. Außerdem habe die Gefahr bestanden, daß die Beklagte den Kläger auch künftig hinhalte. Der Schaden des Klägers errechne sich aus der Differenz zwischen dem von den Parteien für die elf BMW-Fahrzeuge vereinbarten Kaufpreis (= 1.113.403,27 DM) und dem durchschnittlichen Verkaufs-

preis des Klägers (1.178.138,72 DM = 11 x 107.103,52 DM) unter Abzug der Frachtkosten, die in Höhe von 600 DM pro Fahrzeug angefallen wären. Das ergebe einen Betrag von 58.135,45 DM.

Der Kläger könne auch Ersatz des entgangenen Gewinnes aus dem fehlgeschlagenen Auftrag des japanischen Kunden über die Lieferung von Daimler-Benz-Fahrzeugen beanspruchen. Dieser Auftrag sei - wie die Beweisaufnahme ergeben habe - zustande gekommen, sei aber von dem Kunden storniert worden, weil der Kläger ihm ebenfalls bestellte BMW-Fahrzeuge wegen des Verhaltens der Beklagten nicht habe liefern können. Der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung der zwischen den Parteien geschlossenen BMW-Kaufverträge umfasse auch diesen entgangenen Gewinn, der allerdings nicht in der geltend gemachten Höhe von 328.250 DM, sondern schätzungsweise nur mit 150.000 DM anzusetzen sei. Zwar habe der Kläger schlüssig einen Verlust von 5.475,12 DM pro Fahrzeug errechnet, es sei aber davon auszugehen, daß der Kläger den Verlust im Laufe des vorgesehenen Lieferjahres nach und nach durch Erschließung anderer Märkte hätte auffangen können.

Als adäquaten Schaden der dem Beklagten anzulastenden positiven Forderungsverletzung seien dem Kläger auch die ihm belasteten nutzlosen Akkreditivkosten, allerdings ohne die eingeklagte Mehrwertsteuer (31,08 DM), in Höhe von 551,01 DM zu ersetzen.

Ausgleich des durch die beiden Deckungskäufe (BMW 735 i und Daimler-Benz 560 SEL) erlittenen Schadens könne der

Kläger nach § 326 BGB nur bezüglich des Daimler-Benz-Fahrzeuges in der geltend gemachten Höhe von 2.509,93 DM verlangen. Soweit der Kläger Anwaltskosten (699,48 DM) eingeklagt habe, sei die Klage unzulässig; hinsichtlich der im zweiten Rechtszug noch weiter verfolgten Unkosten für stornierten Frachtraum (2.414,52 DM) sei sie unbegründet. Von der geltend gemachten Auslagenpauschale (500 DM) sei nach § 286 BGB lediglich ein Betrag von 200 DM als angemessen (§ 287 ZPO) anzuerkennen.

Gegenüber dem somit in Höhe von insgesamt 272.321,10 DM entstandenen Zahlungsanspruch des Klägers greife die von der Beklagten erklärte Aufrechnung mit der unstreitigen Forderung aus dem Verkauf eines Porsche-Fahrzeuges in Höhe von 131.844,42 DM und mit anderen Gegenforderungen in Höhe von weiteren 92.972,60 DM durch.

II. Das angefochtene Urteil hält nicht in allen Punkten der rechtlichen Nachprüfung und den Revisionsangriffen stand.

1. Soweit sich die Revision gegen den Klageanspruch wendet, ist ihr dies allerdings in Höhe von 116.528,41 DM von vorneherein aus prozessualen Gründen verwehrt.

Das Landgericht hatte die Klageforderung in Höhe dieses Betrages für gerechtfertigt erklärt und die Klage insoweit lediglich wegen der Aufrechnung der Beklagten abgewiesen. Da nur der Kläger Berufung eingelegt hatte, durfte schon das Berufungsgericht die Klageforderung in der genannten

der Berufungsinstanz zur Entscheidung angefallen, mußte sie das Berufungsgericht vielmehr als bestehend behandeln, so kann sie die Beklagte, die insoweit eine Anschlußberufung versäumt hat, mit ihrer Revision nicht mehr zur Entscheidung des Revisionsgerichts stellen. Eine den fraglichen Teil der Klageforderung verneinende Entscheidung des Revisionsgerichts verstieße gegen das Verbot der reformatio in peius, weil ein solches Erkenntnis zu einer Abänderung des erstinstanzlichen Urteils führte, die den Kläger belasten würde, obwohl nur er und nicht auch die Beklagte dieses Urteil angegriffen hatte.

2. Der Nachprüfung durch das Revisionsgericht unterliegt demgemäß auf die Revision der Beklagten hin von der Klageforderung lediglich der Teil, den das Berufungsgericht dem Kläger abweichend vom Landgericht über den Betrag von 116.528,41 DM hinaus zuerkannt hat, nämlich:

- (1) Aus der ersten Klageposition: 2.531,75 DM (60.924,71 DM + 58.135,45 DM - 116.528,41 DM),
- (2) aus der zweiten Position (Akkreditivkosten): 551,01 DM,
- (3) aus der vierten Position (328.250 DM): 150.000 DM,
- (4) aus der fünften Position (Deckungskäufe): 2.509,93 DM,
- (5) aus der letzten Position (Auslagenpauschale): 200 DM.

Höhe nicht mehr überprüfen (BGH, Urteile vom 3. November 1989 - V ZR 143/87 = BGHZ 109, 179, 189 f m.w.Nachw. sowie dem Hinweis, daß der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs erklärt hat, an seiner gegenteiligen Auffassung (BGHZ 16, 394 ff) nicht festzuhalten, und vom 14. Oktober 1971 - VII ZR 47/70 = WM 1972, 53). Ob dieses Ergebnis damit gerechtfertigt werden kann, der die Klageforderung betreffende "Teil des Streitstoffes" werde in einem solchen Fall rechtskräftig (so BGH, Urteile vom 14. Oktober 1971 aaO und 3. November 1989 aaO), braucht nicht vertieft zu werden. Jedenfalls ist der die Klageforderung in Höhe von 116.528,41 DM betreffende Teil des Streitstoffes nicht in die Berufungsinstanz gelangt. Wenn die beklagte Partei im Wege der Aufrechnung eine Gegenforderung geltend macht, sind zwei selbständige Ansprüche anhängig: Der Klageanspruch und - wegen der erweiterten Rechtskraftwirkung des § 322 Abs. 2 ZPO (vgl. Stein/Jonas/Grunsky, ZPO, 21. Aufl., § 536 Rdnr. 12) - auch der zur Aufrechnung gestellte Gegenanspruch. Entscheidet ein Urteil - wie hier das erstinstanzliche - rechtskraftfähig über beide, so enthält es zwei prozessual selbständige Elemente des Streitstoffes. Die Überwälzung des Streitstoffes in die Rechtsmittelinstanz kann daher auf jedes dieser beiden Elemente und innerhalb dieser - bei Teilbarkeit - auf einen Teil beschränkt werden. Das war hier geschehen, indem lediglich der Kläger Berufung eingelegt hat. Damit fielen der Berufungsinstanz allein der vom Landgericht als nicht entstandenen behandelte Teil der Klageforderung, der über 116.528,41 DM hinausging (= 386.073,57 DM), und insgesamt die zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen an. War die Klageforderung bis zum Betrag von 116.528,41 DM aber nicht

Außerdem ist infolge der - hierauf beschränkten - Anschlußrevision des Klägers über den Rest aus der vierten Klageposition in Höhe von 178.250 DM (328.250 DM - 150.000 DM) zu entscheiden.

Insoweit hat die Revision überwiegend Erfolg, während die Anschlußrevision insgesamt unbegründet ist.

a) Entgegen der Auffassung der Beklagten scheitern die aus der Nichterfüllung der zwischen den Parteien geschlossenen PKW-Lieferverträge abgeleiteten Ansprüche des Klägers allerdings nicht von vornherein an einer Sittenwidrigkeit (§ 138 Abs. 1 BGB) dieser Verträge oder daran, daß die Beklagte von ihrer Lieferpflicht gemäß § 275 BGB frei geworden wäre.

aa) Die Ansicht der Revision, die Verträge seien sittenwidrig, weil die Beklagte als Außenseiter die Fahrzeuge bei gebundenen Vertragshändlern zwecks Weiterverkaufs bestellt, damit gegen die guten Sitten im Sinne des § 1 UWG verstoßen habe und demgemäß wegen dieses Sittenverstoßes auch die Weiterveräußerung an den Kläger als wettbewerbswidrig anzusehen sei, ist unzutreffend. Zwar kann der Einbruch in ein selektives Vertriebsbindungssystem, wie es BMW und Daimler-Benz aufgebaut haben, nach § 1 UWG als gegen die guten Sitten verstoßend wettbewerbswidrig sein. Gleiches gilt auch für die Weiterveräußerung von Waren, die auf diese Weise etwa durch Schleichbezug erworben worden sind oder beschafft werden sollten (vgl. u.a. BGH, Urteil vom 5. Dezember 1991 - I ZR 63/90 = GRUR 1992, 171, 173). Die wettbewerbsrechtliche Sittenwidrigkeit begründet aber nicht

kann hier keine Rede sein. Daß die BMW-Fahrzeuge von einem Außenseiter nicht "legal" hätten beschafft werden können, ist entgegen der Auffassung der Revision unerheblich. Ein Freiwerden der Beklagten aufgrund (subjektiven) Unvermögens (§ 275 Abs. 2 BGB) scheitert schon daran, daß es sich bei den an den Kläger verkauften Fahrzeugen um Gattungsware handelt und die Beklagte daher ihr Unvermögen nach § 279 BGB zu vertreten hat. Diese Vorschrift geht davon aus, daß der Schuldner, der sich zur Lieferung einer Gattungssache verpflichtet, in der Regel die Gewähr für die Beschaffungsmöglichkeit und zugleich das Beschaffungsrisiko übernimmt. Er hat daher sein eventuelles Unvermögen zu vertreten und dafür einzustehen, solange der Leistungsgegenstand aus der Gattung beschafft werden kann und die Beschaffung an Gründen scheitert, die seinem Geschäftskreis zuzurechnen sind (vgl. Senatsurteil vom 1. Dezember 1993 - VIII ZR 259/92 = WM 1994, 301 = NJW 1994, 515). Das war hier, sofern überhaupt ein Unvermögen der Beklagten anzunehmen wäre, der Fall. Die Beklagte hat in Kenntnis der selektiven Vertriebsbindung von BMW und Daimler-Benz und des damit verbundenen Beschaffungsrisikos die Kaufverträge mit dem Kläger abgeschlossen, hierdurch zum Ausdruck gebracht, ihr sei auch als Außenseiter die Beschaffung möglich, und damit eine verschuldensunabhängige Einstandspflicht für den Fall eines Scheiterns der Beschaffung übernommen (vgl. dazu RGZ 107, 156, 158).

Daß auch dem Kläger beim Abschluß der Verträge die Vertriebsbindung der Hersteller mit dem daraus folgenden Beschaffungsrisiko der Beklagten bekannt war, rechtfertigt entgegen der Auffassung der Revision keine andere Beurtei-

zugleich auch die Sittenwidrigkeit im Sinne des § 138 Abs. 1 BGB. Der unbestimmte Rechtsbegriff der guten Sitten hat in § 1 UWG nicht dieselbe Bedeutung wie in § 138 BGB. Während letztere Vorschrift der autonomen Rechtsgestaltung beim Abschluß von Verträgen Grenzen setzt und so Mißbräuchen der Privatautonomie entgegenwirkt, schützt § 1 UWG die guten Sitten des Wettbewerbs und knüpft an einen Verstoß anders als § 138 BGB nicht die Rechtsfolge der Nichtigkeit, sondern die Verpflichtung zur Unterlassung und - bei Verschulden - zum Schadensersatz (BGHZ 110, 156, 174). Das schließt es aus, in einem nach § 1 UWG zu mißbilligenden Verhalten, mag dieses auch in einem Rechtsgeschäft seinen Niederschlag finden, ohne weiteres einen Verstoß gegen § 138 BGB zu erblicken. Entscheidend ist insoweit vielmehr, ob das Rechtsgeschäft - soll es dem Verdikt des § 138 BGB unterworfen werden - seinem Inhalt nach mit grundlegenden Wertungen der Rechts- oder Sittenordnung unvereinbar ist. Das kann allein aus der wettbewerbsrechtlichen Anstößigkeit des Rechtsgeschäfts nicht hergeleitet werden. Sonstige Umstände, die die Lieferverträge, welche die Beklagte mit dem Kläger geschlossen hat, sittenwidrig erscheinen ließen, hat die Beklagte nicht aufgezeigt.

bb) Die Beklagte ist von ihrer Leistungspflicht aus den Kaufverträgen auch nicht gemäß § 275 BGB frei geworden. Diese bestand vielmehr jedenfalls bis zur Erfüllungsablehnung durch den Kläger fort.

Objektive Unmöglichkeit im Sinne des Absatz 1 dieser Vorschrift liegt nur vor, wenn die vertraglich vereinbarte Leistung von niemandem erbracht zu werden vermag. Davon

lung. Nicht der Kläger, sondern allein die Beklagte hat das Beschaffungsrisiko übernommen und für den Fall, daß es sich verwirkliche, sogar eine Entschädigung in Höhe von 5 % des Kaufpreises versprochen.

b) Die noch zur Nachprüfung anstehenden Klagepositionen sind insgesamt lediglich in Höhe von 3.902,74 DM gerechtfertigt.

aa) Der über 116.528,41 DM hinausgehende Betrag von 2.531,75 DM aus der ersten Position ergibt sich der Höhe nach daraus, daß das Berufungsgericht zwar für die ersten 12 BMW, mit deren Lieferung sich die Beklagte zur Zeit der "Stornierung" der Verträge durch den Kläger (am 24. Februar 1988) in Verzug befunden hat, entsprechend dem Klagebegehren des Klägers und der Berechnung des Landgerichts 5 % des Kaufpreises als Entschädigung (= 60.924,51 DM) angesetzt, die "Entschädigung" für die weiteren elf BMW aber entgegen der abstrakten Berechnung des Klägers und des Landgerichts mangels Verzugs der Beklagten konkret ermittelte und so nach Abzug der Frachtkosten, die bei Lieferung angefallen wären, zu einem Betrag von 58.135 DM gelangte. Das ergab zusammen mit der Entschädigung für die ersten 12 Fahrzeuge 119.060,16 DM, also 2.531,75 DM mehr, als vom Landgericht für das BMW-Geschäft als Entschädigung insgesamt zuerkannt und vom Kläger in der Berufungsbegründung auch ausdrücklich akzeptiert worden ist.

Darin daß das Berufungsgericht insoweit über das Klagebegehren des Klägers hinausgegangen ist, liegt kein - andernfalls von Amts wegen zu berücksichtigender - Verstoß

gegen § 308 Abs. 1 ZPO. Handelt es sich, wie hier, um eine Postensache, können sich die einzelnen Posten der Höhe nach auch über das jeweils einzeln Geforderte hinaus verschieben. Nur die Endsumme, die sich aus allen Posten zusammen ergibt, darf nicht überschritten werden (vgl. Baumbach/Hartmann, ZPO, 52. Aufl., § 308 Rdnr. 4 m.Nachw. aus der Rechtsprechung).

Die Berechnung als solche wird von der Revision nicht angegriffen. Sie wendet sich lediglich dagegen, daß das Berufungsgericht dem Kläger wegen positiver Forderungsverletzung der Beklagten die Rechte aus § 326 BGB ohne vorherige Nachfristsetzung zuerkannt hat. Damit hat sie in bezug auf den insoweit nur noch zur Disposition stehenden Betrag von 2.531,75 DM teilweise Erfolg.

(1) Eine Nachfristsetzung mit Ablehnungsandrohung ist grundsätzlich nur dann entbehrlich, wenn der Schuldner sich in Verzug befindet und infolge des Verzuges das Interesse des Gläubigers an der Erfüllung weggefallen ist oder wenn der Schuldner die Erfüllung ernsthaft und endgültig verweigert hat. Keiner dieser Fälle lag hier vor, als der Kläger sich durch Schreiben vom 24. Februar 1988 seinerseits endgültig von den Verträgen über die elf BMW lossagte. In Verzug befand sich die Beklagte nicht, weil die Lieferfrist erst am 29. Februar bzw. am 31. März 1988 ablief. Auch hatte die Beklagte die Erfüllung nicht verweigert; sie war vielmehr leistungswillig.

(2) In der Rechtsprechung ist allerdings anerkannt, daß sich der Gläubiger aus dem Gesichtspunkt der positiven Ver-

tragsverletzung und des Grundsatzes von Treu und Glauben auch dann ohne Fristsetzung und Ablehnungsandrohung von einem Vertrag lösen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen kann, wenn der Schuldner bei der - sich länger hinziehenden - Abwicklung des Vertrages eine so schwerwiegende Unzuverlässigkeit gezeigt hat, daß dem Gläubiger die Aufrechterhaltung des Vertrages nicht mehr zugemutet werden kann (vgl. Senatsurteil vom 19. Februar 1969 - VIII ZR 58/67 = NJW 1969, 975, 976 = WM 1969, 499 unter III).

Ein solcher Sachverhalt ist hier hinsichtlich der restlichen acht Fahrzeuge aus dem Auftrag Nr. 701061 gegeben, die im Februar und März 1988 geliefert werden sollten. Der Auftrag umfaßte insgesamt 12 BMW 750 iL. Mit der Lieferung der ersten vier befand sich die Beklagte ab 1. Februar 1988 in Verzug. Sie hielt den Kläger, wie das Berufungsgericht - von der Revision unangegriffen - festgestellt hat, in dem Bewußtsein, möglicherweise nicht liefern zu können, durch Lieferzusagen hin und ließ auch eine vom Kläger durch Schreiben vom 19. Februar 1988 gesetzte, mit einer Ablehnungsandrohung verbundene Nachfrist für die fällige und mehrmals zugesagte Lieferung von sechs bestimmten Fahrzeugen verstreichen, zu denen - wie sich aus dem Schreiben der Beklagten vom 19. Januar 1988 ergibt - auch die ersten vier Fahrzeuge aus dem Auftrag Nr. 701061 gehörten. Angesichts dieser schwerwiegenden Unzuverlässigkeit der Beklagten bei der Abwicklung des vorgenannten Auftrages ist die Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte habe den Vertragszweck so gefährdet, daß der Kläger berechtigt gewesen sei, sich ohne Nachfristsetzung von den "übrigen Verträgen" zu lösen, hinsichtlich der restlichen acht Fahrzeuge aus dem

- 12 Fahrzeuge umfassenden - Auftrag Nr. 701061 nicht zu beanstanden.

Das gilt indessen nicht für die weiteren drei Fahrzeuge, die aufgrund jeweils selbständiger Verträge zu liefern waren. Diese befanden sich noch nicht im Abwicklungsstadium, in dessen Verlauf sich eine Unzuverlässigkeit der Beklagten hätte zeigen können.

(3) Eine weitere Ausnahme von der Einhaltung der Erfordernisse des § 326 BGB machen Rechtsprechung und Lehre allerdings auch beim Sukzessivlieferungsvertrag (vgl. Senatsurteile vom 31. Oktober 1984 - VIII ZR 229/83 = WM 1985, 61, 63, vom 28. März 1979 - VIII ZR 15/78 = DB 1979, 1648 = WM 1979, 674 unter II 3 b aa und 10. November 1976 - VIII ZR 112/75 = DB 1977, 159 = WM 1977, 220 unter II 1 m.Nachw. aus dem Schrifttum). In dessen Rahmen bedarf es zur Abstandnahme von der weiteren Vertragsdurchführung und zur Inanspruchnahme von Schadensersatz wegen Nichterfüllung ebenfalls dann keiner vorherigen Nachfristsetzung mit Ablehnungsandrohung, wenn der Verkäufer durch schuldhaft vertragswidriges Verhalten den Zweck des Geschäfts und dessen reibungslose Durchführung ernsthaft gefährdet und dem vertragstreuen Käufer ein Festhalten am Vertrag wegen endgültiger Zerstörung der Vertrauensgrundlage schlechthin nicht mehr zuzumuten ist. Ein Sukzessivlieferungsvertrag, nämlich ein einheitlicher Vertrag, in dessen Rahmen bei vorbestimmter Gesamtleistungsmenge die einzelnen Lieferungen in Raten erfolgen sollen, lag hier zwar bei dem Auftrag Nr. 701061, nicht jedoch insgesamt hinsichtlich aller zu liefernden BMW-Fahrzeuge vor. Das hat auch das Berufungsgericht er-

kannt und deshalb versucht, die zwischen den Parteien geschlossenen Kaufverträge in die Nähe eines Sukzessivlieferungsvertrages zu rücken. Entgegen seiner Auffassung ist es nach Lage des Falles indessen nicht gerechtfertigt, die (Einzel-) Verträge über die Lieferung der BMW-Fahrzeuge zusammenfassend wie einen Sukzessivlieferungsvertrag zu behandeln und demgemäß das Verhalten, das die Beklagte hinsichtlich der Verträge über die ersten 12 Fahrzeuge gezeigt hat, als Grund für das Lossagen des Klägers von den restlichen Verträgen heranzuziehen. Beim Vorliegen mehrerer selbständiger Verträge kann aus der Verletzung eines oder mehrerer Verträge in der Regel nicht das Recht hergeleitet werden, sich deswegen auch von den anderen loszusagen. Die Rechtsprechung hat davon lediglich eine Ausnahme für den Fall gelten lassen, daß der Wille der Parteien dahin geht, mehrere von ihnen geschlossene Verträge dergestalt in einen rechtlichen Zusammenhang zu bringen, daß die Art und Weise der Abwicklung des einen auch für die Erfüllung des anderen Vertrages erheblich sein, die Gestaltung der sich aus einem Vertrag ergebenden rechtlichen Beziehungen also rechtliche Wirkung auch für die übrigen (künftigen) Verträge haben soll (RGZ 161, 100, 104; vgl. auch Senatsurteil vom 18. November 1958 - VIII ZR 148/57 = LM § 326 (H) BGB Nr. 4). Erhebliche Feststellungen in dieser Richtung hat das Berufungsgericht jedoch nicht getroffen. Der Umstand, daß - worauf das Berufungsgericht allein abstellt - der Kläger im Schreiben vom 26. Oktober 1987 die vereinbarten einzelnen Lieferungen zusammenfaßte und einen Abwicklungsplan aufstellte, kann schon deshalb nicht als ein alle Verträge zusammenfassendes rechtliches Band angesehen werden, weil zum Zeitpunkt dieses Schreibens bereits alle Verträge abge-

schlossen waren und es lediglich noch um deren zeitliche Abwicklung ging. Auch aus dem Parteivorbringen oder sonstigen Umständen ergibt sich nichts Konkretes, was einen ausreichend sicheren Schluß auf einen Willen der Parteien zuließe, alle von ihnen getätigten Verträge über die 24 BMW-Fahrzeuge als zusammengehörig und voneinander abhängig zu betrachten. Fehlt es indessen an einem solchen Willen, dann verbietet sich die Anwendung der für den Sukzessivlieferungsvertrag entwickelten Grundsätze auch aus Gründen der Rechtsklarheit.

(4) Der Kläger hätte somit nur dann einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung der die drei restlichen Fahrzeuge betreffenden Verträge erlangen können, wenn er, bevor er sich von diesen lossagte, der Beklagten - zwecks Klärung ihrer zweifelhaften Erfüllungsbereitschaft (-möglichkeit) hinsichtlich der damals noch nicht zur Lieferung fälligen drei Fahrzeuge - in entsprechender Anwendung des § 326 BGB erfolglos eine mit einer Ablehnungsandrohung verbundene angemessene Frist zur Erklärung gesetzt hätte, ob sie die Verträge vereinbarungsgemäß erfüllen werde (vgl. Senatsurteil vom 10. Dezember 1975 - VIII ZR 147/74 = MDR 1976, 393 = WM 1976, 75 unter II 2). Das ist nicht geschehen.

Der Kläger kann daher über den vom Landgericht zuerkannten Betrag von 116.528,41 DM hinaus aufgrund der vom Berufungsgericht vorgenommenen konkreten Schadensberechnung weiteren Schadensersatz lediglich für die restlichen acht Fahrzeuge aus dem Auftrag Nr. 701061 beanspruchen. Nach den unangegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts betru-

gen der Kaufpreis für diese Fahrzeuge insgesamt 810.319,38 DM und der Verkaufspreis 856.828,16 DM (= 8 x 107.103,52). Nach Abzug der Frachtkosten, die bei einer Weiterveräußerung angefallen wären (8 x 600 = 4.800 DM), ergibt sich somit ein konkreter Schaden von 41.708,78 DM (856.828,16 - 4.800 - 810.319,38). Insoweit hat das Landgericht dem Kläger bereits 40.515,97 DM (= 5 % von 810.319,38 DM) zuerkannt, so daß dem Kläger über den feststehenden Betrag von 116.528,41 DM hinaus lediglich noch weitere 1.192,81 DM (41.708,78 - 40.515,97) zustanden.

bb) Den Betrag von 551,01 DM, mit dem der Kläger von der Deutschen Bank für die Avisierung und Rückgabe von Akkreditiven belastet worden ist, hat das Berufungsgericht dem Kläger zu Unrecht zuerkannt. Diese Kosten sind im Zusammenhang mit der Nichtlieferung von sechs der ersten zwölf BMW-Fahrzeuge entstanden. Insoweit hat der Kläger seinen Schaden jedoch abstrakt berechnet, indem er die vertraglich vereinbarte Entschädigung von 5 % geltend machte und auch zugesprochen erhielt. Daneben kann er nicht Ersatz eines Teils seines konkreten Schadens beanspruchen, ohne darzulegen, daß sein konkreter Schaden den abstrakt berechneten um den zusätzlich geforderten Betrag übersteigt. An einer solchen Darlegung fehlt es hier.

cc) Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht ferner eine Einstandspflicht der Beklagten für den entgangenen Gewinn des Klägers aus dem Daimler-Benz-Geschäft mit dem japanischen Kunden angenommen. Der Kläger hat insoweit einen Schaden nicht schlüssig dargelegt. Dazu reichte es - was aber dem Berufungsgericht zu Unrecht genügte - nicht aus,

zu behaupten, daß der japanische Kunde das Daimler-Benz-Geschäft storniert habe, weil der Kläger ihm gesondert bestellte BMW-Fahrzeuge nicht habe liefern können und letzteres auf die von der Beklagten zu vertretende Nichterfüllung der Verträge über die ersten zwölf BMW-Fahrzeuge zurückzuführen sei. Erforderlich wäre außerdem gewesen darzutun, daß der japanische Kunde rechtlich befugt war, sich von dem selbständigen, von der Lieferung der BMW-Fahrzeuge unabhängigen Daimler-Benz-Geschäft loszusagen, er, der Kläger, also keine rechtliche Möglichkeit hatte, auf Abnahme zu bestehen oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu beanspruchen, und damit der Gewinnentgang nicht darauf beruht, daß der Kläger von ihm zustehenden Rechten gegen den japanischen Kunden keinen Gebrauch gemacht hat. Ein diesbezügliches Vorbringen des Klägers fehlt.

Damit steht zugleich fest, daß der Kläger, wie er es mit der Berufung versucht hat, Teile seiner Klageforderung nicht mit Erfolg anderweitig auf einen Anspruch auf Ersatz entgangenen Gewinns aus dem Daimler-Benz-Geschäft stützen kann und daß seine Anschlußrevision unbegründet ist, die sich dagegen richtet, daß das Berufungsgericht ihm von dem bereits in erster Instanz in Höhe von 328.250 DM geltend gemachten entgangenen Gewinn aus diesem Geschäft 178.250 DM aberkannt hat.

dd) Soweit das Berufungsgericht schließlich dem Kläger einen - konkret aus einem Deckungskauf berechneten - Schadensersatzanspruch aus § 326 BGB in Höhe von 2.509,93 DM wegen Nichtlieferung eines bei der Beklagten gekauften Mercedes 560 SEL und gemäß § 286 BGB 200 DM als Ersatz von Te-

lefon-, Fernschreibe- und Telefaxausgaben zugesprochen hat, ist dies aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Die Revision wendet sich dagegen im einzelnen auch nicht. Sie macht hinsichtlich des Mercedes-Fahrzeuges lediglich allgemein - indessen ohne Erfolg (oben II 2 a aa) - geltend, auch der hierüber geschlossene Kaufvertrag sei wegen eines Verstoßes gegen § 1 UWG nach § 138 BGB nichtig.

3. Nach alledem ist dem Kläger (lediglich) ein Schadensersatzanspruch in Höhe von 120.431,15 DM (116.528,41 + 1.192,81 + 2.509,93 + 200) erwachsen.

a) Dieser wird - was ohnehin nur für den über 116.528,41 DM hinausgehenden Betrag in Betracht käme (oben II 1) - entgegen der Auffassung der Revision nicht durch ein dem Kläger anzurechnendes Mitverschulden gemindert (§ 254 BGB). Die Revision leitet zu Unrecht ein solches Mitverschulden aus dem Umstand ab, daß der Kläger die BMW-Lieferverträge abgeschlossen habe, obwohl ihm die Vertriebsbindung des Herstellers und das daraus folgende Beschaffungsrisiko bekannt gewesen seien. Nach feststehender Rechtsprechung des erkennenden Senats ist bei einem Schadensersatzanspruch aus § 326 BGB ein Verhalten des Gläubigers nach § 254 BGB nur zu berücksichtigen, wenn es dem Vertragsschluß nachfolgt (Urteile vom 1. Oktober 1986 - VIII ZR 132/85 = WM 1986, 1496 = NJW 1987, 251 unter II 2 c aa und vom 12. Juli 1972 - VIII ZR 200/71 = WM 1972, 1251 = NJW 1972, 1702 unter III 2 a). Werden - wie hier - Rechte aus § 326 BGB unter dem Gesichtspunkt der positiven Forderungsverletzung in Anspruch genommen, kann nichts anderes gelten.

b) Die Schadensersatzforderung des Klägers in Höhe von 120.431,15 DM ist indessen durch Aufrechnung erloschen. Unstreitig stand der Beklagten aus dem Verkauf eines Porsche-Fahrzeuges eine - neben weiteren angeblichen Gegenansprüchen als erste zur Aufrechnung gestellte - Forderung von 131.844,42 DM gegen den Kläger zu.

Die Klage war hiernach mit der Folge abzuweisen, daß die vorbezeichnete Gegenforderung ihrerseits in Höhe von 120.431,15 DM erloschen ist, während eine rechtskraftfähige Entscheidung über den Rest (11.413,27 DM) sowie über die weiteren vom Berufungsgericht zu- (= 92.972,60 DM) und ab-erkannten (23.927,60 DM) Gegenforderungen nicht getroffen ist.

Wolf

Dr. Paulusch

Groß

Dr. Hübsch

Ball