

Nachschlagewerk: ja zu A

BGHZ: nein

ZPO § 767

Der Schuldner muß in einer anhängigen Zwangsvollstreckungsgegenklage alle Einwendungen vorbringen, die er spätestens bis zum Schluß der letzten mündlichen Verhandlung des Tatsachenrechtszuges geltend zu machen imstande ist. Eine neue Zwangsvollstreckungsgegenklage kann er mit solchen Einwendungen nicht begründen.

BGH, Urt. v. 6. Februar 1967 - VIII ZR 24/66 - OLG Schleswig
LG Kiel

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 24/66

URTEIL

Verkündet am

6. Februar 1967
Klett, Justiz-
hauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in den Rechtsstreit

1. der Firma D [REDACTED] & Co. Kommanditgesellschaft, vormals Robert Z [REDACTED] Nachf. in B [REDACTED]-H [REDACTED], R [REDACTED]straße, Am S [REDACTED], vertreten durch die persönlich haftende Gesellschafterin Ruth G [REDACTED],
2. der Frau Ruth G [REDACTED] in B [REDACTED]-H [REDACTED], R [REDACTED]straße, Am S [REDACTED],

Klägerinnen und Revisionsklägerinnen,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die D [REDACTED] S [REDACTED] Aktiengesellschaft in H [REDACTED], A [REDACTED]-
[REDACTED], vertreten durch die Mitglieder ihres Vorstands
B. S [REDACTED], J. B [REDACTED], Dr. R. F [REDACTED], W. H [REDACTED],
Dr. C. R [REDACTED] und Dr. K. S [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. Februar 1967 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Mezger, Dr. Messner und Dr. Weber

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in Schleswig vom 3. Dezember 1965 wird auf Kosten der Klägerinnen zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin zu 1, ein Bauunternehmen in der Rechtsform einer Kommanditgesellschaft, deren persönlich haftende Gesellschafterin die Klägerin zu 2 ist, stand seit einer Reihe von Jahren mit der Beklagten in Geschäftsbeziehungen. Durch Vertrag vom 11./19. März 1960 verpflichtete sich die Klägerin zu 1, ihren gesamten Bedarf an Schmier- und Treibstoffen für Bauarbeiten am Fehmarnsund bei der Beklagten zu decken. Die Beklagte verpflichtete sich im Zusammenhang damit, der Klägerin zu 1 Aufträge zu Bauarbeiten in ihrem Großtanklager in Berlin-Spandau für den Fall eines im Verhältnis zu anderen Bewerbern preisgleichen Angebots zu erteilen. Diese Verpflichtung bestätigte die Beklagte mit Schreiben vom 18. Mai 1960 wie folgt:

".... Wir bestätigen Ihnen nochmals, daß wir Ihnen die Bauaufträge für unser Großtanklager in jedem Falle erteilen werden, wenn Preisgleichheit mit anderen Bewerbern vorliegt.



Wir hoffen gern, daß unsere Bestätigung Ihnen Veranlassung geben wird, uns auch weiterhin mit der Deckung des Bedarfs Ihrer hiesigen Baustelle zu beauftragen."

Die Klägerin zu 1 bezog in den Jahren 1960/1961 etwa 3 400 000 l Treibstoff von der Beklagten. Im Verlaufe des Jahres 1961 geriet sie mit der Bezahlung in Rückstand. Die Beklagte beantragte gegen die Klägerinnen den Erlaß zweier Zahlungsbefehle über einen Betrag von insgesamt 217 427,68 DM. Daraufhin schlossen die Parteien einen Vergleich, den die Beklagte mit Schreiben vom 27. November 1961 wie folgt bestätigte:

- "1. Zukünftige Mineralöllieferungen werden Zug um Zug gegen Übergabe eines Schecks über den Warenwert abgewickelt. Sollten sich bei dieser Zahlungsweise Schwierigkeiten ergeben, hat die Firma D[REDACTED] S[REDACTED] AG das Recht, Barzahlung Zug um Zug gegen Lieferung zu verlangen.
2. Auf die Forderungen der D[REDACTED] S[REDACTED] AG, die Gegenstand der gerichtlichen Verfahren vor dem Amtsgericht Hamburg bzw. dem Landgericht Kiel sind, werden von der Fa. D[REDACTED] & Co, KG bis zum Ausgleich der Gesamtforderung ab November 1961 DM 15 000,- monatlich, und zwar jeweils bis zum Ende des Monats gezahlt.
Kommt die Fa. D[REDACTED] & Co. KG mit einer Rate länger als zwei Wochen in Rückstand, so ist der Gesamtbetrag der Forderung sofort fällig.
3. Die Fa. D[REDACTED] & Co. KG tritt erfüllungshalber ihre Forderung gegen das Hauptzollamt L[REDACTED] auf Betriebsbeihilfe für das Kalenderjahr 1961 an die Fa. D[REDACTED] S[REDACTED] AG ab.
4. Reicht das Guthaben bei dem Hauptzollamt L[REDACTED] zur Tilgung der Restforderung am Tage der Auszahlung der Betriebsbeihilfe nicht aus, so ist die Differenz von der Fa. D[REDACTED] & Co. unverzüglich auszugleichen.

5. Mit dem Ausgleich der Forderung der D[REDACTED] S[REDACTED] AG ist der Vertrag gem. Schreiben vom 11.3.1960 aufgehoben. Der ursprüngliche Zustand der Betriebsstelle ist dann wieder von der Fa. D[REDACTED] S[REDACTED] AG herzustellen.

.....

8. Die Vertragsschließenden gehen davon aus, daß die Betriebsbeihilfe für das Jahr 1960 mindestens DM 150 000,- betragen wird."

Die Klägerinnen zahlten nur eine Rate von 15 000 DM. Die Beklagte erwirkte am 7. März 1962 vor dem Landgericht Kiel (10 O 13/62) gegen die Klägerinnen ein Versäumnisurteil über 196 655,22 DM nebst Zinsen, das den Klägerinnen am 21. März 1962 zugestellt und mit Ablauf des 4. April 1962 rechtskräftig wurde.

Im Frühjahr 1962 schrieb die Beklagte Bauarbeiten für ihr Großtanklager in B[REDACTED]-S[REDACTED] aus. Die Klägerin zu 1 übersandte am 17. März 1962 der Beklagten ein Angebot und erbot sich zugleich, "in den Konkurrenzpreis einzutreten", sofern sie im Preis zu hoch liege. Auf eine Mitteilung der Beklagten hin erwiderte sie mit Schreiben vom 24. März 1962:

".... teilen wir Ihnen mit, daß wir bereit sind, die angebotenen Arbeiten zu einem Endpreis von

DM 288 697,50

auszuführen.

Wir sind nach nochmaliger Überprüfung unserer Einheitspreise - unter dem Gesichtspunkt unserer langjährigen Zusammenarbeit und unseres großen Interesses an dieser Arbeit - zu dem vorgenannten Ergebnis gekommen, was einer Preisminderung von ca. 20 % entspricht.

Wir garantieren für eine sach- und termingerechte Ausführung der Arbeiten und sehen Ihrer Auftragserteilung entgegen."

Die Beklagte richtete darauf am 26. März 1962 an die Klägerin zu 1 ein Fernschreiben:

"Mit Rücksicht auf die bekannte Liquiditätslage der Firma D[REDACTED] & Co. wäre folgende Vereinbarung möglich:

1. Eine Auftragserteilung für Bauarbeiten auf dem GTL S[REDACTED] könnte in Aussicht genommen werden, wenn D[REDACTED] & Co. bis Donnerstag, 29.3.1962, 10.00 Uhr, Shell eine Garantieerklärung einer Berliner Großbank vorlegt, wonach die Bank S[REDACTED] gegenüber selbstschuldnerisch bis in Höhe von 500 000 DM für alle Schäden und sonstige Nachteile haftet, die dadurch verursacht werden könnten, daß der Bau entsprechend den Angeboten vom 17.3. und 24.3.1962 von D[REDACTED] & Co. nicht termin- oder sachgerecht durchgeführt wird, und wenn D[REDACTED] & Co. bereit ist, einen größeren Teilbetrag der Auftragssumme sich auf die bestehende S[REDACTED]forderung anrechnen zu lassen.
2. Wird das Angebot einer Abzugsquote von 30 % aufrechterhalten? Bejahendenfalls und für den Fall der Auftragserteilung wird S[REDACTED] die z.Zt. schwebende Zwangsvollstreckung bis zur ordnungsgemäßen Durchführung des Auftrages einstellen lassen."

Die Klägerin zu 1 übersandte der Beklagten daraufhin eine Erklärung der W[REDACTED]-Versicherungsgesellschaft, in der diese gegenüber der Klägerin zu 1 bestätigte, daß sie bereit sei, die Werkgarantie für den Auftrag der Beklagten zum Ausbau des Großtanklagers zu deren Gunsten zu übernehmen. Die Beklagte erwiderte am 29. März 1962 mit folgendem Fernschreiben:

"Unter Bezugnahme auf das dortige frs 325 vom 29.3.1962 und das soeben geführte Telefongespräch zwischen Herrn G[REDACTED] und unserem Assessor B[REDACTED] bestätigen wir, daß die angebotene Sicherheit der "W[REDACTED]" keine Bürgschaftserklärung in der von uns gewünschten Form beinhaltet, sondern lediglich eine Bauwerksgarantie, die bis allenfalls zur Höhe der Bausumme reicht, und in erster Linie das Risiko einer vorzeitigen Auszahlung der Bau-

werksgarantiesumme in Höhe von üblicherweise 5 % der Bausumme abdecken soll. Ein weitergehender etwaiger Vermögensschaden wird von der Versicherung nicht eingeschlossen. Ein unmittelbares Gespräch zwischen uns und der W[REDACTED] zur Klarstellung von Zweifelsfragen wurde nicht ermöglicht. Sollten Sie Ihren Standpunkt berichtigen wollen, so bitten wir, das sofort zu tun, da heute noch bei uns eine Entscheidung über die Vergabe des Auftrages fallen muß."

Am selben Tage schickte die Beklagte an die Klägerin ein weiteres Fernschreiben folgenden Inhalts:

"Den Auftrag für die Bauarbeiten auf dem Großtanklager S[REDACTED] können wir Ihnen nicht erteilen, weil Sie unsere Bedingungen zumindest nicht fristgemäß erfüllt haben.

Der Belieferungsvertrag vom 11./19.3.1960 mit Zusatzabkommen vom 18.5.1960 wird per sofort gekündigt. Eine weitere Begründung folgt schriftlich."

Mit Schreiben vom 3. April 1962 begründete die Beklagte ihre ablehnende Entscheidung. Sie erklärte darin, die Klägerin zu 1 habe ihre Verpflichtung, ab November 1961 monatlich 15 000 DM auf die Gesamtforderung zu zahlen, bisher nicht erfüllt. Die im Vergleich erwähnte Forderung gegen das Hauptzollamt I[REDACTED] sei der Höhe nach recht zweifelhaft. Ferner müsse sie, die Beklagte, feststellen, daß bei den von ihr gepfändeten Gegenständen bereits Vorpfändungen in Höhe von etwa 12 000 DM vorlägen. Schließlich sei die Klägerin zu 1 nicht in der Lage gewesen, die geforderte Sicherheit zu stellen. Deshalb sei es für die Beklagte unzumutbar, die bestehenden Verträge weiterhin aufrechtzuerhalten.

Nach mehreren vergeblichen Versuchen, die Beklagte umzustimmen, erklärte die Klägerin zu 1 mit Schreiben vom 29. Mai 1962, daß sie gegen die Forderung der Beklagten aus dem Versäumnisurteil vom 7. März 1962 mit einer Schadensersatzforderung wegen Verletzung des Abkommens vom 18. Mai 1960 aufrechne.

Die Beklagte betreibt die Zwangsvollstreckung aus dem Versäumnisurteil des Landgerichts vom 7. März 1962.

Die Klägerinnen erhoben in einem Vorprozeß wegen ihrer angeblichen Schadensersatzforderung Zwangsvollstreckungsgegenklage. Sie trugen zur Begründung ferner vor, die Beklagte sei unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes auch zur Stundung verpflichtet (AZ 10 O 42/62 Landgericht Kiel / 3 U 112/62 und 3 U 12/64 Oberlandesgericht Schleswig). Die gegen das abweisende Urteil des Oberlandesgerichts gerichteten Revisionen der Klägerinnen hat der erkennende Senat durch Urteil vom 18. Dezember 1963 (VIII ZR 100/63), soweit die Klage auf Stundung gestützt wurde, im übrigen durch Urteil vom heutigen Tage (VIII ZR 183/64) zurückgewiesen.

In der vorliegenden Sache machen die Klägerinnen eine weitere Schadensersatzforderung geltend. Sie haben vorge-
tragen: Die Beklagte habe nach dem 15. Mai 1962 neue Bauaufträge für ihr Großtanklager in B [REDACTED]-S [REDACTED] im Werte von insgesamt etwa 500 000 DM an andere Bauunternehmer vergeben. Auf Grund des Abkommens vom 18. Mai 1960 sei die Beklagte verpflichtet gewesen, die Klägerin zu 1 zur Abgabe von Geboten aufzufordern. Aus den Vorgängen im März 1962 sei der Beklagten bekannt gewesen, daß die Klägerin zu 1 bereit und in der Lage sei, die Bauten preisgleich mit anderen Konkurrenten auszuführen. Auf das Gebot, das die Klägerin zu 1 abgegeben haben würde, hätten ihr die Bauaufträge erteilt

werden müssen. Zur Kündigung des Liefervertrages sei die Beklagte nicht berechtigt gewesen; die Klägerin zu 1 sei ohne ihr Verschulden und nur vorübergehend in einen Zahlungsrückstand geraten. Überdies sei die Kündigung des Liefervertrages arglistig. Selbst wenn aber die Beklagte den Liefervertrag habe kündigen dürfen, so sei das hiervon rechtlich selbständige Abkommen vom 18. Mai 1960 nicht berührt worden. Die dem Versäumnisurteil vom 7. März 1962 zugrunde liegende Forderung der Beklagten in Höhe von 196 655,22 DM sei inzwischen in Höhe von 82 143,04 DM durch Zahlungen getilgt worden. In Höhe weiterer 68 174,90 DM sei die Forderung infolge der Aufrechnung, die Gegenstand des gleichzeitig schwebenden Rechtsstreits sei, erloschen. Gegen den von der Beklagten geltend gemachten Restbetrag von 46 337,29 DM und darüber hinaus gegen einen etwa noch in weiterer Höhe von der Beklagten aus dem Versäumnisurteil hergeleiteten Anspruch rechnen die Klägerinnen mit ihrem Anspruch auf Ersatz des Schadens auf, der ihnen angeblich dadurch entstanden ist, daß die Beklagte die Klägerin zu 1 nicht mehr zur Abgabe von Geboten aufgefordert hat und dieser dadurch Gewinn entgangen ist.

Die Klägerinnen haben vor dem Landgericht beantragt, die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil des Landgerichts Kiel vom 7. März 1962 für unzulässig zu erklären. Das Landgericht hat die Klage mit der Begründung abgewiesen, daß nach den allgemeinen Lieferungsbedingungen der Beklagten die Aufrechnung gegen Forderungen aus Mineralöllieferungen ausgeschlossen sei.

Im Berufungsrechtszuge haben die Klägerinnen weiter hilfsweise beantragt, die Beklagte zur Zahlung von 46 337,29 DM nebst Zinsen zu verurteilen. Das Berufungsgericht hat die Berufung der Klägerinnen zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgen die Klägerinnen den Haupt- und Hilfsantrag weiter. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

A.

Die Zwangsvollstreckungsgegenklage ist, wie die Revisionserwiderung mit Recht ausführt, nach § 767 Abs. 3 ZPO schon deshalb abzuweisen, weil die den Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bildenden Einwendungen schon im Verfahren 10 O 42/62 des Landgerichts Kiel, 2 U 112/62 und 3 U 12/64 des Oberlandesgerichts Schleswig hätten geltend gemacht werden können. Mit den Worten des Abs. 3: "zur Zeit der Erhebung der Klage" wird nicht nur der Zeitpunkt der Einreichung der Klageschrift, sondern der gesamte Zeitraum bezeichnet, in dem auch durch Klageerweiterung Klageansprüche geltend gemacht werden können. Die Bestimmung des § 767 Abs. 3 ZPO soll bewirken, daß der Schuldner alle Einwendungen, die er geltend zu machen imstande ist, mit einer Klage, nicht mit mehreren Klagen, geltend macht. Der Zweck dieser Bestimmung ist, durch den Zwang zur Häufung aller vorhandenen Einwendungen in dieser Klage die "Energie der Vollstreckung" zu sichern (RGZ 55, 101, 104). Das bedeutet nicht nur, daß der Schuldner gehindert ist, nach rechtskräftiger Abweisung einer Zwangsvollstreckungsgegenklage in einem neuen Verfahren mit Einwendungen hervortreten, die er schon in der letzten mündlichen Verhandlung des früheren Verfahrens hätte vorbringen können (RG ZZP 61, 142), sondern auch, daß er nur in dem bereits anhängigen

Verfahren solche Einwendungen nachschieben kann, auf die er die Klage noch nicht gestützt hat, die er aber spätestens in der letzten mündlichen Verhandlung geltend zu machen imstande ist (Stein/Jonas/Schönke, ZPO 18. Aufl. § 767 Anm. V; Wieczorek, ZPO § 767 Anm. G IV b; Baumbach/Lauterbach, ZPO 29. Aufl. § 767 Anm. 5, OLG Celle MDR 1963, 932 mit insoweit zustimmender Anmerkung von Bötticher). Dem Schuldner ist also nicht gestattet, verschiedene Einwendungen in zwei gleichzeitig laufenden Verfahren zu erheben.

Im vorliegenden Fall ist die zweite Klage am 26. Mai 1964 bei dem Landgericht eingegangen. Die letzte mündliche Verhandlung im ersten Verfahren hat vor dem Berufungsgericht am 4. Juni 1964 stattgefunden. Schon daraus ergibt sich, daß die Klägerinnen ihren angeblichen Schadensersatzanspruch schon im früheren Rechtsstreit hätten geltend machen können.

Auf die Frage, ob in jenem Rechtsstreit die Geltendmachung der weiteren Schadensersatzforderung nach § 264 ZPO als nichtsachdienliche Klageänderung hätte zurückgewiesen werden dürfen und ob wenigstens dann, wenn das Gericht, bei dem eine Zwangsvollstreckungsgegenklage anhängig ist, neue Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung mangels Sachdienlichkeit nicht zuläßt, eine weitere Zwangsvollstreckungsgegenklage statthaft ist, braucht nicht eingegangen zu werden (vgl. BGH Urt. vom 2. Mai 1966 - II ZR 178/65 - NJW 1967, 107 mit Anmerkung von Schlechtriem = BGHZ 45, 231); denn dieser Sachverhalt liegt hier nicht vor.

B.

I. Es ist daher nur noch über den hilfsweise erhobenen Zahlungsanspruch zu entscheiden. Ein solcher Anspruch, der zum Gesamthandvermögen der Klägerin zu 1 gehören würde, könnte nur von dieser geltend gemacht werden. Die Klägerin zu 2 als persönlich haftende Gesellschafterin der Komman-

ditgesellschaft kann Zahlung einer Gesellschaftsforderung nicht im eigenen Namen verlangen. Daraus folgt, daß die von der Klägerin zu 2 erhobene Klage in vollem Umfange abzuweisen ist, ohne daß auf die Frage eingegangen zu werden braucht, ob überhaupt eine Schadensersatzpflicht der Beklagten besteht. Die Revision der Klägerin zu 2 kann deshalb keinen Erfolg haben.

II. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, auch der Klägerin zu 1 stehe ein Schadensersatzanspruch nicht zu. Die Beklagte sei in der Zeit nach dem 15. Mai 1962 nicht mehr an das Abkommen vom 18. Mai 1960 über die Vergabe von Bauaufträgen gebunden gewesen. Dieses Abkommen und der Lieferungsvertrag bildeten sowohl wirtschaftlich als auch rechtlich eine Einheit. Der Bindung der Beklagten durch das Abkommen vom 18. Mai 1960, durch das sie sich weitgehend der Möglichkeit begab, anderen Kunden Bauaufträge zu erteilen, entspreche die Bindung der Klägerin zu 1, ihren erheblichen Bedarf an Schmier- und Treibstoffen auf der Baustelle Fehmarnsund bei der Beklagten zu decken. Die rechtliche Einheit des Lieferungsvertrages und des Abkommens vom 18. Mai 1960 bewirke, daß der Bestand des Vertrages über die Vergabe künftiger Bauaufträge von dem Bestand des Liefervertrages abhängig sei. Der Liefervertrag sei durch die Kündigung der Beklagten vom 26. (gemeint wohl der 29.) März 1962 beendet worden. Mit der Kündigung habe die Beklagte zum Ausdruck gebracht, daß sie mit Wirkung für die Zukunft vom Vertrage zurücktreten wolle. Hierzu sei sie berechtigt gewesen, weil die Klägerin zu 1 durch wiederholten Zahlungsverzug den Vertragszweck erheblich gefährdet habe und es der Beklagten nicht mehr zuzumuten gewesen sei, am Vertrage festzuhalten. Die Tatsache, daß sich die Beklagte noch im März 1962 grundsätzlich bereit gezeigt habe, der Klägerin zu 1 einen Bauauftrag zu erteilen, sei ohne Bedeutung. Solche Verhandlungen hätten auf das Recht zum Rücktritt keinen Einfluß gehabt,

weil sie nicht geeignet gewesen seien, das gestörte Vertrauensverhältnis wiederherzustellen. Daraus, daß die Klägerin zu 1 auch weiterhin Schmier- und Treibstoffe gegen bar oder Scheck von der Beklagten bezogen habe, könne sie nichts für sich herleiten; denn eine Fortsetzung des Liefervertrages mit seinen rechtlichen Bindungen für beide Parteien könne darin nicht gefunden werden.

Diese Ausführungen halten jedenfalls im Ergebnis der rechtlichen Nachprüfung stand.

1. Die Revision wendet sich einmal dagegen, daß das Berufungsgericht aus dem Verzuge der Klägerin zu 1 mit den Ratenzahlungen ein Recht der Beklagten herleitet, sich von dem Liefervertrage zu lösen, des weiteren gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, mit der Beendigung des Liefervertrages sei auch die Vereinbarung der Parteien über die Vergabe künftiger Bauaufträge vom 18. Mai 1960 erloschen.

Wenn es sich bei dem Liefervertrag und dieser Vereinbarung um zwei selbständige Verträge handelte, könnte es fraglich sein, ob die Ausführungen des Berufungsgerichts seine Entscheidung zu tragen vermögen. Der unstreitige Sachverhalt ergibt aber, daß die Klägerin zu 1 und die Beklagte nicht zwei Verträge geschlossen haben, sondern daß ein einheitliches Vertragswerk vorliegt, aus dem sich eine Reihe von Verpflichtungen der Vertragsparteien ergeben. Der ursprünglich abgeschlossene Liefervertrag ist durch die spätere Vereinbarung über die Vergabe von Bauten ergänzt worden, so daß diese Vereinbarung nur ein Teil des ganzen zwischen den Parteien bestehenden Vertragsverhältnisses ist. Dabei mag dahinstehen, ob die

Abrede vom 18. Mai 1960 überhaupt schon einen Vorvertrag zum Gegenstand hat oder ob nicht nur eine Verpflichtung der Beklagten begründet worden ist, ein Vertragsangebot der Klägerin zu 1 unter bestimmten Voraussetzungen anzunehmen (Einräumung der Vorhand). Als einheitliches Vertragswerk sieht auch das Berufungsgericht die Gesamtheit der Abreden an, wie sich aus dem Zusammenhang der Entscheidungsgründe ergibt, mögen auch einzelne Wendungen das nicht so deutlich hervortreten lassen. So führt das Berufungsgericht aus, das Abkommen vom 18. Mai 1960 und der Liefervertrag bildeten auch rechtlich eine Einheit, der Bindung der Beklagten durch das Abkommen entspreche die Bindung der Klägerin zu 1, ihren Bedarf an Schmier- und Treibstoffen bei der Beklagten zu decken.

Handelt es sich um ein einheitliches Vertragswerk, so stellt sich die Frage, ob die "Kündigung" des Liefervertrages den Bestand des "Vorvertrages" über die Vergabe von Bauaufträgen berührt habe, nicht in der vom Berufungsgericht gegebenen Ausprägung und es bedarf deshalb keines Eingehens auf die in dieser Hinsicht erhobenen Angriffe der Revision. Das zwischen den Parteien bestehende Vertragsverhältnis kann nicht in seine einzelnen Teile zerlegt werden, sondern muß einheitlich beurteilt werden. Dann aber gilt folgendes: Die Geschäftsgrundlage hatte sich nach Abschluß des Vergleiches vom 27. November 1961 wesentlich verändert, wie sich aus dem unstreitigen Sachverhalt und den tatrichterlichen Feststellungen ergibt. Die Klägerin zu 1 war nicht in der Lage, die nach dem Vergleich geschuldeten monatlichen Ratenzahlungen von 15 000 DM zu leisten. Zwangsvollstreckungsversuche der Beklagten hatten nicht zum Erfolg geführt. Andere Gläubiger hatten ebenfalls Vollstreckungen ohne Erfolg betrieben.

Ob, wie die Revision geltend macht, die wirtschaftliche Lage der Klägerin tatsächlich nicht so schlecht war, wie es den Anschein hatte, kann dahingestellt bleiben. Das Berufungsgericht konnte jedenfalls ohne Rechtsirrtum annehmen, die Beklagte habe das Vertrauen auf die Zahlungsfähigkeit der Klägerin zu 1 verloren. Dieses Vertrauen war, wie auf der Hand liegt, nicht nur die Grundlage der Abreden über die Belieferung der Klägerin zu 1 mit Treib- und Schmierstoffen, sondern in weit höherem Maße auch der Vereinbarung über die Vergabe von Bauten; denn ein Bauunternehmer, der in Zahlungsschwierigkeiten geraten ist, wird häufig nicht in der Lage sein, einen Bauauftrag sach- und termingerecht auszuführen. Unter diesem Blickpunkt begegnet die Auffassung des Berufungsgerichts keinen Bedenken, der Beklagten sei die Aufrechterhaltung des Vertragsverhältnisses mit der Klägerin zu 1, wie es durch den Vergleich vom 27. November 1961 gestaltet war, nicht zuzumuten gewesen.

2. Die Revision meint, die wirtschaftlichen Schwierigkeiten, in die die Klägerin zu 1 geraten war, hätten in Anbetracht der wirtschaftlichen Nachteile, die der Liefervertrag für die Klägerin zu 1 gebracht habe und für die sie einen Ausgleich durch die Erteilung von Bauaufträgen habe erlangen sollen, und angesichts der von der Klägerin zu 1 bereits erbrachten Leistungen nicht die völlige Lösung vom Vertrage gerechtfertigt, sondern allenfalls eine Anpassung des Vertrages an die veränderten Verhältnisse erfordert. Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe unter diesem Gesichtspunkt den Prozeßstoff nicht hinreichend gewürdigt.

Auch mit diesem Angriff kann die Revision keinen Erfolg haben. Es mag sein, daß auch bei Wegfall oder Veränderung der Geschäftsgrundlage eines Dauerrechtsverhältnisses eine Anpassung des Vertragsinhalts in Frage kommen

kann, wenn schon eine solche Anpassung nach Treu und Glauben geeignet ist, die unzumutbare Benachteiligung der einen Vertragspartei zu verhindern. Kommt eine Anpassung nicht in Betracht, weil eine Aufrechterhaltung des Vertrages auch mit geändertem Inhalt für die eine oder andere Partei nicht zumutbar ist, so ist die Beendigung des Vertrages die Folge. Sie geschieht bei Dauerschuldverhältnissen anstelle des sonst gegebenen Rücktritts durch Kündigung (vgl. Soergel/Siebert, BGB 9. Aufl. § 242 Anm. 247, 248, 264). Ist ein Dauerschuldverhältnis berechtigterweise gekündigt worden, so ist für eine Anpassung des Vertragsinhalts an die veränderten Umstände folgerichtig kein Raum mehr (vgl. Urt. des erkennenden Senats vom 19. Dezember 1966 S. 12 - VIII ZR 138/64 - zur Veröffentlichung bestimmt - hinsichtlich eines Eigenhändlers).

Im vorliegenden Fall hat das Berufungsgericht ersichtlich angenommen, das Vertragsverhältnis sei so stark gestört, daß seine Beendigung geboten sei. Diese Würdigung liegt im wesentlichen auf tatsächlichem Gebiet. Einen Rechtsirrtum, insbesondere eine Verkennung des Begriffs der Unzumutbarkeit, lassen die Erwägungen des Berufungsgerichts nicht erkennen. Es berücksichtigt ausdrücklich sowohl den Umfang der Lieferungen, zu deren Abnahme sich die Klägerin zu 1 verpflichtet hatte, wie auch die der Beklagten von der Klägerin zu 1 eingeräumten Sicherheiten. Demgegenüber wägt es ab, daß der Zahlungsrückstand von über 200 000 DM eine empfindliche Störung des Liefervertrages dargestellt und daß die Klägerin zu 1 das ihr im Vergleich gezeigte Entgegenkommen der Beklagten nicht gelohnt habe, vielmehr beharrlich der Verpflichtung aus dem Vergleich nicht nachgekommen sei. Die Feststellungen des Berufungsgerichts, die Beklagte habe spätestens im März 1962 das Vertrauen zur Klägerin zu 1 verloren, das

gestörte Vertrauensverhältnis sei auch anlässlich der damaligen Vorverhandlungen über einen Bauauftrag nicht wiederhergestellt worden, die Beklagte habe schließlich das fortdauernde vertragswidrige Verhalten der Klägerin zu 1 nicht mehr hinnehmen wollen, rechtfertigen besonders im Hinblick darauf, daß gerade die Erteilung von Bauaufträgen auf Vertrauen beruht, die Auffassung, der Zweck des gesamten Vertragsverhältnisses sei so erheblich gefährdet gewesen, daß der Beklagten eine Fortsetzung des Vertrages - auch unter Abänderungen des Inhalts - nicht zuzumuten gewesen sei. Unter diesen Umständen konnte das Berufungsgericht es dahingestellt sein lassen, ob ein Beweggrund für die Beklagte, sich vom Vertrage zu lösen, auch der Umstand gewesen ist, daß sie beabsichtigte, ihre Großaufträge einem anderen Berliner Unternehmen, der "Neuen Bauhütte", zu übertragen, an der sie nach Darstellung der Klägerinnen beteiligt ist. Das Berufungsgericht brauchte den hierüber angebotenen Beweis nicht zu erheben.

3. Das Berufungsgericht war auch nicht gehalten, sich mit dem Vorbringen der Klägerin zu 1 zu befassen, sie habe für die während der Vertragsdauer von der Beklagten bezogenen Schmier- und Treibstoffe einen höheren Preis gezahlt, als die Konkurrenten der Beklagten gefordert hätten, der Unterschiedsbetrag habe seinen Ausgleich in der vertraglich begründeten Aussicht gefunden, bei einer Beteiligung an den Großbauten der Beklagten beträchtlichen Gewinn zu ziehen. Die Klägerin will anscheinend mit der Zahlung des höheren Preises eine Leistung im Voraus erbracht haben, für die nunmehr die Gegenleistung ausbleibt. Wenn die Darstellung der Klägerin zu 1 zutrifft, so könnte allen-

falls ein Anspruch auf Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung gegeben sein. Einer Entscheidung hierüber bedarf es nicht. Die Klägerin zu 1 hat einen solchen Anspruch nicht geltend gemacht; sie fordert ausschließlich Ersatz des Schadens, der ihr dadurch entstanden sein soll, daß sie den bei Erteilung eines Bauauftrages ihr zugeflossenen Gewinn nicht ziehen konnte.

C.

Die Revision der Klägerinnen war daher zurückzuweisen. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Dr. Gelhaar

Artl

Dr. Mezger

Dr. Messner

Dr. Weber