

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGB §§ 326 Eb, 252

Als Schadensersatz wegen Nichterfüllung einer Bierbezugsvereinbarung kann die Brauerei entgangenen Gewinn in Höhe des Unterschiedes zwischen Vertragspreis und Herstellungspreis der vertragswidrig nicht abgenommenen Getränkmenge verlangen. Zu den ersparten Kosten der Brauerei gehören ihre sog. fixen Kosten (Generalunkosten) dann nicht, wenn ihr ausreichende Produktionskapazitäten zur Verfügung standen, um ohne Investitionen im Bereich der fixen Kosten auch den vereinbarten Bierbezug durch den Vertragspartner befriedigen zu können.

BGH, Urt. v. 22. Februar 1989 - VIII ZR 45/88 - OLG Karlsruhe
LG Mannheim

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 45/88

URTEIL

Verkündet am:
22. Februar 1989
Kant
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Firma Brauerei Karl O. GmbH & Co. KG, vertreten durch die
persönlich haftende Gesellschafterin Firma O. Beteili-
gungsgesellschaft mbH, diese vertreten durch die Geschäfts-
führer Max und Helmut O., A. in B.,

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

gegen

Walter T., W. Straße in L.,

Beklagter und Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. und Dr. -

WI

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. Februar 1989 durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter Treier, Dr. Brunotte, Dr. Paulusch und Groß

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 16. Dezember 1987 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin, ein Brauereiunternehmen mit Sitz in B [REDACTED], unterhielt bis zum Jahre 1976 ein Getränkedepot in H [REDACTED], von dem aus sie ihre Erzeugnisse an ihre Kunden auslieferte. Mit schriftlichem Vertrag vom 29. November 1976 übertrug sie dieses Depot auf die Firma Heinrich J [REDACTED], deren Alleininhaber der Beklagte war, und überließ diesem die Belieferung ihrer bisherigen Kundschaft. In dem Vertrag heißt es:

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



§ 2

J [REDACTED] verpflichtet sich, von O [REDACTED] insgesamt 23.000 hl Bier abzunehmen, und zwar nach Möglichkeit innerhalb eines Zeitraumes von zehn Jahren und nach Möglichkeit gleichmäßig.

...

Die Abnahme von Bier durch J [REDACTED] soll möglichst in Einzellieferungen von 800-1.000 Kasten jeweils in den Sorten Vollbier, Export-, Pils- und Weizenbier nach freier Wahl von J [REDACTED] erfolgen. ...

§ 3

...

Die vereinbarten Abgabepreise ergeben sich aus der diesem Vertrag beigefügten Preisliste. Die danach vereinbarten Preise verändern sich in demselben Verhältnis wie J [REDACTED] die Preise für Bierverleger in ihrem Verkaufsgebiet für sonstige Biere ändert, ohne Verpflichtung für J [REDACTED], die Preise der von O [REDACTED] bezogenen Biere gegenüber ihren Abnehmern in demselben Verhältnis zu verändern.

§ 11

Dieser Vertrag gilt für etwaige beiderseitige Rechts- und Geschäftsnachfolger einschließlich der Fälle von Fusionen oder Zusammenschlüsse sonstiger Art.

Der Beklagte übernahm das Getränkedepot zum 1. Januar 1977. In den Jahren 1977 bis 1979 bezog er von der Klägerin 1.090,2 hl, 795,2 hl und 689,7 hl Bier. Im Jahre 1979 und mit Schreiben vom 22. Januar 1980 beanstandete die Klägerin die zu geringe und zudem rückläufige Abnahmemenge. Der Beklagte antwortete, nach dem Vertrag habe die Klägerin keinen Anspruch auf eine bestimmte jährliche Abnahmemenge.

Im Jahre 1980 nahm der Beklagte 479,9 hl Bier ab. Im Dezember 1980 wurde die Firma Heinrich J. [REDACTED] im Handelsregister gelöscht. Der Beklagte bezog unter der Firma Heinrich T. [REDACTED], deren Alleininhaber er ebenfalls war, weiterhin Bier von der Klägerin, und zwar im Jahre 1981 362 hl. Im November 1981 verpachtete der Beklagte sein Unternehmen an die neu gegründete Heinrich T. [REDACTED] GmbH, eine Tochtergesellschaft der P. [REDACTED] Brauerei H. [REDACTED] GmbH & Co. KG (künftig: P. [REDACTED] Brauerei). Nach diesem Vertrag sollte die Pächterin im bisherigen Umfang Bier von der Klägerin beziehen und anstelle des Beklagten in den Vertrag vom 29. November 1976 eintreten; wenn die Klägerin eine etwa damit verbundene Schuldübernahme nicht genehmige, solle die Vereinbarung als Erfüllungsübernahme gelten. Die T. [REDACTED] GmbH wies die Klägerin darauf hin, daß sie den Abnahmevertrag "übernommen" habe. Die Klägerin widersprach gegenüber dem Beklagten einer Vertragsübernahme und setzte ihm eine Frist zur Wiederaufnahme des Bierbezuges. Die T. [REDACTED] GmbH erklärte der Klägerin daraufhin, sie werde nach wie vor deren Biere weiterbeziehen und den seinerzeit abgeschlossenen Vertrag respektieren. Die Klägerin belieferte die T. [REDACTED] GmbH in den Jahren 1982 bis 1984 mit 119,9 hl, 24,5 hl und 40,8 hl Bier.

Mit Schreiben vom 31. Dezember 1984 rügte die Klägerin gegenüber dem Beklagten erneut die nicht hinreichende Vertragserfüllung und forderte ihn - auf der Grundlage der noch offenen Abnahmemenge und einer "entgegenkommenderweise" auf 11 Jahre erstreckten Gesamtlieferzeit - auf, ab sofort, erstmals spätestens bis 31. Januar 1985, monatlich 539,05 hl Bier zu beziehen und bis zum 31. Januar 1985 eine Erklärung

über seine diesem Verlangen entsprechende Abnahmebereitschaft abzugeben; sie kündigte an, sie werde nach Ablauf der Frist die Annahme der Leistung des Beklagten ablehnen mit der Folge, daß sie dann berechtigt sei, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen. Im Jahre 1985 wurden noch 31,5 hl Bier abgenommen. Ab Mitte 1985 stellten der Beklagte und die T. [REDACTED] GmbH den Bezug ein. In der Folgezeit kam es zu Verhandlungen unter Einbeziehung der P. [REDACTED] Brauerei, über deren Ergebnis die Parteien streiten. Im Dezember 1985 machte die Klägerin Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung gegen den Beklagten geltend und erhob im Mai 1986 Klage.

Am 16. Mai 1986 schloß die Klägerin mit der F. [REDACTED] Brauerei T. [REDACTED] und T. [REDACTED] R. [REDACTED] GmbH einen "Lohnbrauvertrag" über die Erzeugung und Abfüllung von Weizenbier ab. In Ausführung dieses Vertrages lieferte die Klägerin zwischen dem 15. August 1986 und dem 30. Oktober 1987 an die P. [REDACTED] Brauerei 2.293,3 hl Weizenbier. Darüber, ob durch den Abschluß des Lohnbrauvertrages und die Lieferungen der Klägerin an die P. [REDACTED] Brauerei die Ansprüche der Klägerin gegen den Beklagten berührt werden sollten, führten die Parteien, die P. [REDACTED] Brauerei und die T. [REDACTED] und T. [REDACTED] GmbH einen kontroversen Schriftwechsel.

Nach Rücknahme der Klage hinsichtlich der zunächst noch geltend gemachten Mehrwertsteuer verlangt die Klägerin als entgangenen Gewinn aus dem unterbliebenen Bezug von 19.374,3 hl Bier den Betrag von 576.772,91 DM. Der Beklagte hat dem entgegengehalten, er habe die Bezugsverpflichtung

wirksam auf die T [REDACTED] GmbH übertragen. Eine Pflicht, jährlich 2.300 hl Bier abzunehmen, habe nach dem Vertrag ohnehin nicht bestanden, so daß er hiermit auch nicht in Verzug gekommen sei. Zudem habe sich die Klägerin mit der P [REDACTED] Brauerei über die Erfüllung seiner Bezugsverpflichtung geeinigt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht zurückgewiesen. Mit ihrer Revision, deren Zurückweisung der Beklagte beantragt, verfolgt die Klägerin ihren Klageanspruch in vollem Umfang weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision hat Erfolg.

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt: Zwar sei der Beklagte mit Übernahme der Bezugsverpflichtung durch die T [REDACTED] GmbH nicht aus dem Vertrag entlassen worden. § 11 des Vertrages vom 29. November 1976 enthalte bei interessengerechter Auslegung nicht eine vorweggenommene Zustimmung der Klägerin zu einer befreienden Schuldübernahme, sondern lege nur beiden Parteien auf, ihre Vertragspflichten an Rechtsnachfolger weiterzugeben. Auch an einer Genehmigung der Schuldübernahme durch die Klägerin fehle es, weil sie sogleich nach Kenntnisnahme widersprochen habe. Ein Schadensersatzanspruch der Klägerin aus § 326 BGB sei dem Grunde nach gegeben. Der Beklagte sei vor dem 31. Dezember 1984 mit der Abnahme in Verzug geraten. Die Klägerin

habe zwar nicht den Abruf von genau 2.300 hl Bier jährlich verlangen können. § 2 des Vertrages müsse so verstanden werden, daß Abnahmemengen, die nicht erheblich hinter der Jahresquote von 2.300 hl zurückblieben, nicht zu Sanktionen führen sollten, solange die Vertragserfüllung im wesentlichen gesichert sei. Das sei aber nicht mehr der Fall gewesen, nachdem der Beklagte nach Ablauf von acht Jahren erst wenig mehr als 15 % der Gesamtabnahmemenge bezogen habe. Die Klägerin habe ihn daher mit ihrem Schreiben vom 31. Dezember 1984, das zugleich Fristsetzung und Ablehnungsandrohung enthalten habe, in Verzug setzen dürfen. Ob die Klägerin eine monatliche Abnahme von 539,05 hl Bier habe fordern dürfen, sei unerheblich; selbst wenn hierin eine Zuvielforderung liege, mache dies die Mahnung nicht unwirksam, weil sie der Beklagte nur als Aufforderung zur Abnahme der tatsächlich geschuldeten Mengen habe verstehen können. Hinsichtlich des nichterfüllten Teils könne die Klägerin grundsätzlich Schadensersatz verlangen. Dabei könne letztlich offenbleiben, ob das von dem Beklagten behauptete Kompensationsgeschäft ganz oder teilweise zustande gekommen sei.

Jedenfalls könne die Klage deshalb keinen Erfolg haben, weil die Klägerin den ihr entgangenen Gewinn nicht hinreichend substantiiert dargelegt habe. Sie habe zumindest vorzutragen müssen, wie die Gewinnspannen im Brauereigewerbe üblicherweise aussähen und welcher Teilbetrag des Verkaufspreises als Reingewinn erwirtschaftet werde. Bei dem von der Klägerin behaupteten Deckungsbeitrag handele es sich nicht um ihren entgangenen Gewinn. Ihre Schadensberechnung sei schon deshalb bedenklich, weil sie von den für das Jahr 1985 geltenden Verkaufspreisen ausgehe, obwohl der Vertrag von

1976 eine Preisanpassung durch die Klägerin nicht vorsehe, und weil sie einen Durchschnittspreis von 90 DM je hl ansetze, während der Beklagte seine Vertragspflichten auch durch ausschließlichen Bezug des billigsten Bieres habe erfüllen können. Jedenfalls sei es aber unzulässig, daß die Klägerin von dem Vertragspreis nur die variablen und nicht auch die fixen Kosten abziehe. Der Beklagte sei nur zum Ersatz desjenigen Betrages verpflichtet, um den der Abnahmepreis die auf den hl Bier entfallenden gesamten Herstellungskosten übersteige. Zur Herstellung des Bieres aber hätte die Klägerin neben den von ihr berechneten variablen auch fixe Kosten aufzuwenden gehabt, die Gegenstand ihrer Preiskalkulation hätten sein müssen. Da die Klägerin zu diesen fixen Kosten nichts vorgetragen habe, sei auch das beantragte Sachverständigengutachten zum Beweis für die Üblichkeit und Angemessenheit der Deckungsbeitragsrechnung nicht einzuholen gewesen; auch eine Schätzung gemäß § 287 ZPO sei mangels eines schlüssigen Vorbringens zu den fixen Kosten nicht möglich.

II. Die vom Berufungsgericht für die Abweisung der Klage gegebene Begründung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

1. Die Ansicht des Berufungsgerichts, es bestehe ein Schadensersatzanspruch der Klägerin gemäß § 326 BGB dem Grunde nach, nimmt die Revision als ihr günstig hin. Auch die Revisionserwiderung wendet sich hiergegen nicht. Rechtsfehler sind nicht ersichtlich (vgl. Senatsurteile vom 5. November 1980 - VIII ZR 232/79 = WM 1981, 95 unter II 2 und vom 31. Oktober 1984 - VIII ZR 229/83 = WM 1985, 61 unter II 2 b bb m.Nachw.).

Mit fruchtlosem Ablauf der mit ihrem Schreiben vom 31. Dezember 1984 wirksam gesetzten Nachfrist konnte die Klägerin wegen Nichterfüllung des gesamten Bierlieferungsvertrages den ihr entgangenen Gewinn als Schadensersatz gemäß § 326 Abs. 1 BGB in Verbindung mit § 252 Satz 1 BGB verlangen (vgl. auch Senatsurteil vom 17. Januar 1979 - VIII ZR 262/77 = WM 1979, 493 unter III). Die Revision wendet sich zwar zu Recht gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, der Vertrag aus dem Jahre 1976 habe mit dem "Rücktritt" der Klägerin seine Wirksamkeit verloren. Hierbei handelt es sich aber offenbar nur um eine unscharfe Formulierung, mit der ersichtlich ausgedrückt werden sollte, daß mit fruchtlosem Ablauf der Nachfrist die beiderseitigen Erfüllungsansprüche ausgeschlossen waren (§ 326 Abs. 1 Satz 2 2. Halbs. BGB). Denn in der Sache hat das Berufungsgericht der Klägerin einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung gemäß § 326 BGB zugestanden. Weder enthält das Schreiben der Klägerin vom 31. Dezember 1984 die Ankündigung eines Rücktritts noch haben die Parteien etwas über eine spätere Rücktrittserklärung vorgetragen; statt dessen hat die Klägerin mit Schreiben vom 20. Dezember 1985 ausdrücklich Schadensersatzansprüche geltend gemacht.

2. Dem Berufungsgericht kann indessen nicht darin zugestimmt werden, daß die Klägerin die Schadenshöhe nicht substantiiert dargelegt habe.

a) Als Schadensersatz wegen Nichterfüllung kann die Klägerin die Differenz zwischen ihrem Interesse an der Vertragserfüllung und der von ihr ersparten Gegenleistung verlangen. So kann der Verkäufer von dem Käufer, der die Ware

vertragswidrig nicht abnimmt, als entgangenen Gewinn den Unterschied zwischen Vertragspreis und billigerem Einkaufspreis (Senatsurteil vom 3. Mai 1960 - VIII ZR 88/59 = LM BGB § 252 Nr. 5; RGZ 60, 346, 347) oder - wenn er selbst Hersteller der Ware ist - den Unterschied zwischen Vertragspreis und Herstellungspreis beanspruchen (RG JW 1919, 445). Zu Unrecht meint das Berufungsgericht, daß zu den von der Klägerin durch die Nichtbelieferung des Beklagten ersparten Kosten auch die sog. fixen Kosten (Generalunkosten) gehören, also diejenigen Kosten, die mit der Aufrechterhaltung der Betriebsbereitschaft, mit der Unterhaltung der Be- und Vertriebsanlagen sowie mit der Betriebsführung und der Verwaltung zusammenhängen. Das Berufungsgericht erkennt zwar zutreffend, daß auch die fixen Kosten Gegenstand der Preiskalkulation des Herstellers/Verkäufers sein müssen. Es übersieht aber, daß die Klägerin durch den Schadensersatz wegen Nichterfüllung so zu stellen ist, wie sie bei ordnungsgemäßer Erfüllung durch den Beklagten gestanden hätte, und daß in diesem Falle die fixen Kosten jedenfalls dann nicht höher gewesen wären als bei der unterbliebenen Abnahme, wenn der klagenden Brauerei ausreichende Produktionskapazitäten zur Verfügung standen, um ohne Investitionen im Bereich der fixen Kosten außer ihrer weiteren Kundschaft auch noch den vertragsgemäßen Bierbezug durch den Beklagten mitbefriedigen zu können. Letzteres hat der Beklagte nicht einmal behauptet; ihn aber traf hierfür die Darlegungs- und Beweislast (RG JW 1936, 797, 798 a.E.), weil eine Vermutung dafür besteht, daß die allgemeinen Geschäftsunkosten generell anfallen (ebenso für den umgekehrten Fall des unterbliebenen Weiterverkaufs durch den Käufer z.B. Baumgärtel/Strieder, Handbuch der Beweislast im Privatrecht, Bd. 1, § 252 Rdn. 13 m.Nachw.).

Die Auffassung, daß der Schadensersatzanspruch des Herstellers/Verkäufers wegen Nichterfüllung sich in der Regel nur um die besonderen Aufwendungen, die sog. Spezialunkosten, mindert, die die Ausführung gerade des einzelnen Auftrags erfordert, während die Generalunkosten als Element der Schadensberechnung regelmäßig ausscheiden, weil sie anfallen, einerlei ob es zur Vertragserfüllung kommt oder nicht, hat bereits das Reichsgericht vertreten (aaO 797 f). Betriebswirtschaftlich findet diese Ansicht ihre Rechtfertigung darin, daß der sich aus der Differenz zwischen den entgehenden Erlösen und den einzusparenden variablen Kosten (Spezialunkosten) ergebende sog. Deckungsbeitrag zur Deckung der fixen Kosten dient (z.B. Rejschek in: Der Weihenstephaner 1985, 132, 133). Die Rechtsprechung der Instanzgerichte (z.B. OLG München MDR 1959, 300; OLG Nürnberg bei Zeller, Bierlieferungsrecht, Bd. 3, 1988, S. 346; LG Amberg bei Zeller aaO S. 337; zum Fall der "abstrakten" Schadensberechnung des Käufers auch OLG Stuttgart JR 1957, 343) und das Schrifttum (z.B. Palandt/Heinrichs, BGB, 48. Aufl., § 252 Anm. 2 c; Erman/Battes, BGB, 7. Aufl., § 325 Rdn. 11; Baumgärtel/Strieder aaO; Rejschek aaO; unklar Würdinger/Röhrich, Großkomm. zum HGB, 3. Aufl., Anm. 363 einerseits und 369 andererseits) sind der Entscheidung des Reichsgerichts ganz überwiegend gefolgt. Auch der erkennende Senat schließt sich ihr an. Offenbleiben kann dabei die vom Beklagten im Berufungsrechtszug vertretene Auffassung, zumindest Personalkosten könnten nicht ohne weiteres ohne Rücksicht auf den erzielten Produktionsausstoß als fixe Kosten betrachtet werden. Mit diesem nicht näher substantiierten Vortrag genügte der - wie ausgeführt - darlegungspflichtige Beklagte seiner Darlegungslast nicht.

Der nach allem entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts allein erforderliche Vortrag der Klägerin zur Höhe der ihr entgangenen Erlöse und der hiervon abzuziehenden sog. variablen Kosten war hinreichend substantiiert und, soweit er von dem Beklagten überhaupt bestritten worden ist, der Nachprüfung durch Erhebung des von der Klägerin angebotenen Beweises durch Zeugenvernehmung und Sachverständigen-gutachten, gegebenenfalls einer gerichtlichen Schätzung nach § 287 ZPO zugänglich. Die entsprechenden Feststellungen wird das Berufungsgericht nach Zurückverweisung der Sache nachzuholen haben.

b) Die weiteren Erwägungen des Berufungsgerichts rechtfertigten die Abweisung der gesamten Klageforderung ebenfalls nicht.

aa) Soweit es das Berufungsgericht für "bedenklich" hält, daß die Klägerin ihrer Schadensberechnung den für das Jahr 1985 geltenden durchschnittlichen Verkaufspreis von 90 DM je hl zugrunde legt, berücksichtigt es zwar zutreffend, daß sich die Abgabepreise nach § 3 Abs. 2 des Vertrages aus der dem Vertrag beigelegten Preisliste für 1976 ergeben und nur dann ändern sollten, wenn der Beklagte seinerseits seine Weiterverkaufspreise für sonstige Biere änderte. Dem läßt sich auch nicht mit der Revision entgegenhalten, nach der Lebenserfahrung müßten solche Preisänderungen des Beklagten notwendigerweise erfolgt sein. Diese Vermutung ersetzte nicht den erforderlichen Vortrag der Klägerin über Art und Umfang tatsächlich vom Beklagten vorgenommener Preisänderungen. Derartigen Vortrag zeigt die

Revision nicht auf; auch den vom Berufungsgericht in Bezug genommenen Unterlagen ist hierfür - außer einer von der Klägerin eingereichten Aktennotiz über eine Preiserhöhung des Beklagten gegenüber einem einzigen Getränkevertrieb hinsichtlich der Biere der Klägerin - nichts zu entnehmen.

Gleichwohl durfte das Berufungsgericht mit dieser Begründung nicht die Klage insgesamt abweisen. Denn die bei Vertragsschluß vereinbarten Abgabepreise konnte es der dem Vertrag beigefügten Preisliste entnehmen und die Feststellungen zu den hiervon abzuziehenden ersparten Kosten auf der Grundlage der von der Klägerin alternativ auch für das Jahr 1976 erstellten Deckungsbeitragsrechnung treffen.

bb) Ähnliches gilt für die Auffassung des Berufungsgerichts, der Beklagte hätte seine Bezugspflicht auch durch ausschließliche Bestellung des billigsten Bieres erfüllen können (vgl. § 2 Abs. 3 des Vertrages), während die Klägerin ihrer Schadensberechnung einen Durchschnittspreis für die bisher vom Beklagten regelmäßig abgenommenen Biersorten zugrunde gelegt hatte. Auch dieser Umstand machte dem Berufungsgericht die Feststellungen zur Schadenshöhe nicht unmöglich. Den Preis des billigsten Bieres der Klägerin konnte es der für 1976 gültigen Preisliste entnehmen und den auf ihn entfallenden Deckungsbeitrag - gegebenenfalls unter Vornahme eines geringen Abschlags auf die von der Klägerin für 1976 angestellte Berechnung - schätzen oder mit Hilfe eines Sachverständigen feststellen.

Das Berufungsgericht wird im übrigen Gelegenheit haben, seine Auffassung, der Beklagte hätte sich auch bei Bezug allein des billigsten Bieres vertragsgemäß verhalten, unter

Auslegung des gesamten Wortlauts des § 2 Abs. 3 des Vertrages ("jeweils in den Sorten Vollbier, Export-, Pils- und Weizenbier nach freier Wahl") und unter Berücksichtigung der Ausführungen der Revision zu überprüfen.

c) Das Berufungsgericht hat offengelassen, ob das vom Beklagten unter Beweisantritt behauptete "Kompensationsgeschäft" zwischen der Klägerin einerseits und der T [REDACTED] und T [REDACTED] GmbH, der P [REDACTED] Brauerei oder der T [REDACTED] GmbH andererseits ganz oder teilweise zustande gekommen ist. In rechtlicher Hinsicht ist dazu der Hinweis veranlaßt, daß es dabei nicht um die Erfüllung der Bezugsverpflichtungen geht, die der Beklagte zu erfüllen hatte. Denn da die Vereinbarungen nach der Behauptung des Beklagten erst nach Ablauf der mit Schreiben der Klägerin vom 31. Dezember 1984 gesetzten Nachfrist getroffen worden sein sollen, waren zu dieser Zeit die beiderseitigen Erfüllungsansprüche bereits ausgeschlossen und der Schadensersatzanspruch der Klägerin schon entstanden. Das hinderte die Klägerin zwar nicht, mit dem Beklagten oder mit einem Dritten zugunsten des Beklagten - etwa im Wege eines Vergleichs (§ 779 BGB) - zu vereinbaren, daß ihre Ersatzansprüche mit einer Getränkeabnahme durch Dritte abgegolten werden sollten. Bedenken bestehen aber gegen die vom Berufungsgericht angedeutete Ansicht, dem Vergleichsangebot der Klägerin vom 4. Oktober 1987 sei der Abschluß des Lohnbrauervertrages "im Hinblick" auf die Abnahmeverpflichtung des Beklagten zu entnehmen, so daß die Weigerung der Klägerin, Lieferungen aus diesem Vertrag anzurechnen, rechtsmißbräuchlich sei. Fehlte es an einer rechtsgeschäftlichen Einigung, spätere Geschäfte auf die Ersatzpflicht des Beklagten "anzurechnen", so ist ein treuwidriges

Verhalten der Klägerin nicht ersichtlich. Zum anderen hat die Klägerin, die einen Zusammenhang zwischen dem Lohnbrauvertrag und den Verpflichtungen des Beklagten stets bestritten hatte, in dem Vergleichsangebot - worauf die Revision zu Recht hinweist - nur erklärt, sie habe das Weizenbiergeschäft angenommen, "um der P. [REDACTED] Brauerei einen Gefallen zu tun"; dem läßt sich nicht ohne weiteres entnehmen, daß sie mit dem in diesem Punkt als "schlichten Forderungsnachlaß" bezeichneten Vergleichsangebot in Abweichung von ihrem früheren Vortrag eine Anrechnungsvereinbarung auf die gegen den Beklagten gerichteten Schadensersatzansprüche unstreitig gestellt hat. Die abschließende Bewertung des Parteivortrags und die gegebenenfalls zu treffenden tatsächlichen Feststellungen wird das Berufungsgericht nachzuholen haben.

Braxmaier

Treier

Dr. Brunotte

Dr. Paulusch

Groß