

BUNDESGERICHTSHOF

32

IM NAMEN DES VOLKES

VERSÄUMNIS- URTEIL

VIII ZR 88/88

Verkündet am:
10. Mai 1989
Kanik,
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Rechtsanwalt Dr. W. [REDACTED], N. [REDACTED] Wa. [REDACTED] in H. [REDACTED]
als Konkursverwalter über das Vermögen der Firma
M. [REDACTED]-U. [REDACTED] V. [REDACTED] Gesellschaft mit beschränkter
Haftung Nord, Mi. [REDACTED] weg [REDACTED] in H. [REDACTED],

Kläger und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

1. Oskar R. [REDACTED],
2. Ingeborg R. [REDACTED],
beide wohnhaft A. [REDACTED] straße [REDACTED] in O. [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter Rechtsanwalt [REDACTED], [REDACTED]
II. Instanz: in [REDACTED] -

WI

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. Mai 1989 durch den Vorsitzenden Richter Wolf und die Richter Dr. Skibbe, Treier, Dr. Brunotte und Dr. Hübsch

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Oldenburg vom 10. Februar 1988 aufgehoben. Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revisionsinstanz, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist Konkursverwalter über das Vermögen der am 1. August 1985 in Konkurs geratenen Firma M- U V- gesellschaft mit beschränkter Haftung Nord (im folgenden: Gemeinschuldnerin). Deren Muttergesellschaft, die Firma M- U GmbH H, schloß am 17. April 1970

mit dem Erstbeklagten einen Kreditvertrag, in dem neben der Gewährung eines Darlehens eine 10-jährige Bezugsverpflichtung des Erstbestklagten für Schmierstoffe vereinbart wurde. Die Zweitbeklagte übernahm die selbstschuldnerische Bürgschaft für die vertraglichen Zahlungsverbindlichkeiten.

Das Darlehen ist zurückgezahlt. Statt der vorgesehenen 40.000 Liter hat der Erstbeklagte in der Vertragszeit jedoch nur 17.690 Liter an Schmierstoffen bestellt und abgenommen. Daraufhin hat die Gemeinschaftschuldnerin, die noch während der Vertragszeit in alle Rechte und Pflichten ihrer Muttergesellschaft aus dem Vertrag vom 17. April 1970 eingetreten war, beide Beklagten auf Schadensersatz ursprünglich in Höhe von 46.620 DM nebst Zinsen, im Betragsverfahren ermäßigt auf 41.009,03 DM mit 9 % Zinsen seit dem 1. August 1981, in Anspruch genommen. Diesen Anspruch hat das Oberlandesgericht durch ein von den Beklagten nicht angefochtenes Urteil vom 4. August 1983 dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt.

Im Betragsverfahren hat das Landgericht mit Urteil vom 21. Juli 1987 der Klage in vollem Umfange stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat sie abgewiesen. Mit der Revision erstrebt der Kläger die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. Die Beklagten haben sich im Revisionsverfahren nicht vertreten lassen. Der Kläger beantragt den Erlass eines Versäumnisurteils.



Entscheidungsgründe:

Die Revision führt - im Wege des Versäumnisurteils - zur Aufhebung und Zurückverweisung.

I. Da nach dem Grundurteil des Oberlandesgerichts der Schadensersatzanspruch gegen die Beklagten wegen Nichterfüllung der Abnahmepflicht für Schmierstoffe dem Grunde nach feststeht, ist Gegenstand des Revisionsverfahrens nur noch die Höhe des Anspruchs. Hierzu hat das Berufungsgericht in seinem jetzt angefochtenen Urteil ausgeführt: Die Klage sei unbegründet, weil der Kläger auch unter Berücksichtigung seines Vortrags im Berufungsverfahren einen Schaden der Gemeinschuldnerin nicht schlüssig dargelegt habe. Seine Berechnung enthalte schon insoweit einen Fehler, als er fälschlich von einer nicht gelieferten Menge von 23.310 anstatt von 22.310 Liter ausgegangen sei. Daraus ergebe sich aufgrund seiner eigenen Berechnung kein Anspruch von 41.009,03 DM, sondern allenfalls von 39.252,90 DM. Auch dieser Anspruch sei jedoch nicht schlüssig. Für die Schadenshöhe wegen entgangenen Gewinns seien neben den Ein- und Verkaufspreisen der Gemeinschuldnerin deren Betriebskosten von entscheidender Bedeutung. Die Höhe dieser Kosten habe der Kläger mit 11 DM pro hundert Liter verkaufter Schmierstoffe angegeben. Wie er zu diesem Betrag gekommen sei, sei jedoch unklar geblieben. Zwar seien die für die Berechnung angegebenen Zahlen auch in der vorgelegten Bilanz für 1981 enthalten. Ihre Auswahl erscheine jedoch mehr oder weniger willkürlich, da der Kläger eine Erklärung dafür nicht gegeben habe. Damit sei der gewählte Berechnungsansatz nicht

verwertbar. Selbst wenn man aber von den angegebenen Gesamtbetriebskosten ausgehe, bleibe offen, wie der Kläger sie auf den Gesamtumsatz der Gemeinschuldnerin verteile. In der Schadensberechnung fehle ein Hinweis auf den bei der Ermittlung der Betriebskosten berücksichtigten Gesamtumsatz. Offen sei ferner, ob der Kläger die Betriebskosten für die veräußerten Kraft- und Schmierstoffe gleich hoch angesetzt habe, obwohl bei einem gewöhnlichen Geschäftsablauf der Umsatz an Kraftstoffen wesentlich höher, die hierfür anfallenden Betriebskosten aber verhältnismäßig geringer gewesen sein dürften. Bei dieser Unklarheit des Sachvortrags habe kein Anlaß bestanden, einen Sachverständigen mit der Überprüfung des vorgelegten Rechnungsmodells zu beauftragen.

Diese Ausführungen des Berufungsgerichts werden dem Sachvortrag des Klägers nicht gerecht. Sie halten deshalb den Angriffen der Revision nicht stand.

II. 1. Zutreffend geht das Berufungsgericht zunächst davon aus, daß der Kläger als Nichterfüllungsschaden gemäß §§ 326, 252 Satz 1 BGB den der Gemeinschuldnerin entgangenen Gewinn in Ansatz bringen kann. Keine Bedenken hat das Oberlandesgericht dabei mit Recht gegen den Ausgangspunkt der Berechnung, nämlich die Differenz zwischen den Ein- und Verkaufspreisen der Gemeinschuldnerin für die bei Vertragsbeendigung nicht abgenommene Menge an Schmierstoffen.

Die Fehlmenge ergibt sich unmittelbar aus dem Vergleich zwischen dem Vertrag und der als unstreitig vom Berufungsgericht festgestellten tatsächlichen Abnahme von 17.690

Litern. Die dafür anfallenden Preise hat der Kläger im Schriftsatz vom 9. Januar 1985 unter Vorlage der Preislisten für 1981 im einzelnen dargelegt und Beweis für ihre Richtigkeit angetreten. Daß diese Preise und nicht etwa diejenigen früherer Jahre für die auf den Zeitpunkt der Vertragsbeendigung angestellte Schadensberechnung maßgebend sind, wird vom Oberlandesgericht - offensichtlich aufgrund seiner Auslegung des Vertrages - nicht in Zweifel gezogen. Aus Rechtsgründen ist diese Annahme auch nicht zu beanstanden (dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 22. Februar 1989 - VIII ZR 45/88 = ZIP 1989, 450 -, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt, lag insoweit ein anderer Sachverhalt zugrunde, vgl. dort unter II 2 b aa). Im einzelnen vorgetragen und der Nachprüfung zugänglich ist auch die Aufteilung der Fehlmenge auf die drei Sorten Motoröl, Hydrauliköl und Getriebeöl. Der Kläger hat dabei für den Schadensersatzanspruch dasselbe Verhältnis zugrunde gelegt wie bei dem Durchschnitt aller tatsächlich in der Vertragszeit erbrachten Lieferungen. Substantiierte Einwendungen gegen diese Aufteilung haben die Beklagten nicht erhoben. Daher steht nichts im Wege, sie für die Wahrscheinlichkeit eines entgangenen Gewinns gemäß § 252 Satz 2 BGB zugrunde zu legen. Insgesamt hat also der Kläger die Rohdifferenz zwischen Ein- und Verkaufspreisen als Ausgangspunkt für den entgangenen Gewinn (vgl. dazu das zitierte Urteil vom 22. Februar 1989, aaO unter II 2 a) hinreichend dargelegt.

2. Zu Unrecht meint das Berufungsgericht, die für die Schadensberechnung entscheidenden, den Rohgewinn mindernden Betriebskosten seien nicht schlüssig und nachvollziehbar

dargelegt. Jedenfalls für den Umfang des vom Kläger geltend gemachten Schadens trifft das nicht zu.

a) Der Kläger hat seinen Schaden in der Weise berechnet, daß er anteilige Betriebskosten von 11 DM pro 100 Liter Schmierstoffe von dem Rohgewinn abgezogen und den verbleibenden Rest geltend gemacht hat. Dabei hat er, wie sich aus der mit Schriftsatz vom 13. Januar 1988 vorgelegten Bilanz nebst Gewinn- und Verlustrechnung und Erläuterungen dazu ergibt, zunächst die gesamten Betriebskosten für 1981 zugrunde gelegt, auf den Gesamtumsatz an Kraftstoff und Schmierstoffen in Höhe von 9.796.429 Liter Kraftstoff und 208.282 Liter Schmierstoffe bezogen den Anteil der Schmierstoffe an der Gesamtmenge Waren (in Liter) auf 2,13 % errechnet und dementsprechend auch bei den Betriebskosten 2,13 % der Gesamtkosten auf den Schmierstoff-Gewinn angerechnet.

Soweit dem Berufungsurteil entnommen werden muß, daß die Bezifferung und Berechnung der Gesamtbetriebskosten nicht nachvollziehbar sei, kann dem nicht gefolgt werden, weil es für die Minderung des Rohgewinns beim Schadensersatz wegen Nichtabnahme durch den Käufer nicht auf die Betriebskosten insgesamt (einschließlich der sog. Generalunkosten) ankommt, sondern nur auf die den unterbliebenen Lieferungen zuzuordnenden Spezialunkosten. Das hat der erkennende Senat in dem bereits zitierten Urteil vom 22. Februar 1989 (aaO unter II 2 a m.w.Nachw.) entschieden. Denn die Generalunkosten entstehen unabhängig davon, ob ein bestimmter Auftrag bzw. die Lieferung an einen einzelnen Kunden ausgeführt wird. Anhaltspunkte für einen Ausnahmefall, etwa bei der Be-

schränkung oder starken Konzentrierung des Geschäftsbetriebes auf die Beziehung zu nur dem einen, seine Abnahmeverpflichtung nicht erfüllenden Kunden sind hier nicht festgestellt.

b) Unerheblich ist unter diesen Umständen die Ansicht des Berufungsgerichts, die Darlegung des Klägers sei schon deshalb unschlüssig, weil die Auswahl der für die Betriebskostenberechnung herangezogenen, in der Bilanz allerdings enthaltenen Zahlen mehr oder weniger willkürlich sei. Ersichtlich zielt die nicht näher erläuterte Bemerkung des Berufungsgerichts darauf, daß der Kläger im Schriftsatz vom 9. Januar 1985 diejenigen Betriebskosten, die sich auf Tankstellenpächterprovisionen sowie den Betrieb und die Unterhaltung von Tankstellen und Kraftstofftransportfahrzeugen beziehen, vorweg von den Gesamtkosten abgezogen und nicht mehr berücksichtigt hat. Kommt es für die Ermittlung des entgangenen Gewinns nur auf die Spezialunkosten derjenigen Geschäfte an, die vertragswidrig unterblieben sind, brauchen auch solche Spezialunkosten, die bei der Ausführung der fraglichen Geschäfte nicht hätten anfallen können (hier die Kosten im Zusammenhang mit dem Betrieb und der Unterhaltung von Tankstellen) nicht berücksichtigt zu werden. Maßgebend sind danach nur diejenigen Betriebskosten, die konkret durch Schmierstofflieferungen veranlaßt sein können.

c) Außer den vom Kläger im Schriftsatz vom 9. Januar 1985 aufgeführten Aufwandsposten für Kraftstoff- und Tankstellengeschäfte in Höhe von 649.000 DM entfallen damit alle

sog. Generalunkosten, die der Kläger in der Gewinn- und Verlustrechnung für 1981 aufgeführt hat. Es verbleiben nur folgende, möglicherweise im Zusammenhang mit Schmierstoffgeschäften stehende Posten:

Einkommen- und Vermögensteuer	8.187,35 DM
Sonstige Steuern	14.407,70 DM
Aus "Sonstige Aufwendungen"	
Kraftstoff- und Ölverbrauch	44.739,44 DM
Verpackungsmaterial	26.839,66 DM
Frachten	74.512,86 DM

	168.687,01 DM

Diese Aufwendungen entfallen nicht ausschließlich auf Schmierstofflieferungen, sondern können ebenso durch Kraftstofflieferungen verursacht sein. Deshalb ist es gerechtfertigt, wenn der Kläger sie entsprechend den Mengenteilen von Kraftstoff- und Schmierstoffgeschäften aufteilt. Seine Angaben, der Schmierstoffanteil belaufe sich auf 2,13 % der Gesamtmenge (in Litern), sind der Darstellung nach eindeutig und einer eventuellen Nachprüfung durch einen Sachverständigen zugänglich, falls die Beklagten diese Angaben substantiiert bestreiten. Bezogen auf die nur zu berücksichtigenden Spezialunkosten folgt - bei Berücksichtigung des zutreffend mit 2,08 % anzusetzenden Anteils (vgl. unten zu d) - daraus ein Unkostenanteil von 3.508,68 DM. Bei 208.282 Liter verkaufter Schmierstoffe entfallen dann auf je 100 Liter 1,68 DM. Dieser Anteil liegt erheblich unter dem vom Kläger angesetzten Betrag von 11 DM.

d) Den weiteren vom Berufungsgericht erhobenen Beanstandungen ist ebenfalls nicht zu folgen. So bleibt keineswegs unklar, wie der Kläger die Betriebskosten auf den Umsatz der Gemeinschuldnerin verteilen will. Angaben zum Gesamtumsatz sind im Schriftsatz vom 9. Januar 1985 (dort S. 5) enthalten. Danach sind im Jahre 1981 9.796.429 Liter Treibstoffe und 208.282 Liter Schmierstoffe verkauft worden, so daß sich der Anteil der Schmierstoffe an der Gesamtmenge verkaufter Kraft- und Schmierstoffe auf 2,08 % (vom Kläger zu seinen Ungunsten irrtümlich auf 2,13 % beziffert) beläuft. Dafür, daß die angegebenen Verkaufsmengen nicht den Gesamtumsatz der Gemeinschuldnerin darstellten, ergibt sich aus dem Sachvortrag der Parteien keinerlei Anhaltspunkt.

Unrichtig ist ferner, daß der Vortrag des Klägers offen lasse, ob er die Betriebskosten für Kraft- und Schmierstoffe gleich hoch angesetzt habe. Der Ansatz in gleicher Höhe ergibt sich eindeutig daraus, daß der Kläger von einem prozentualen Anteil der Schmierstofflieferungen am Gesamtumsatz ausgeht und einen diesem Prozentsatz entsprechenden Anteil der Betriebskosten, umgerechnet auf je 100 Liter Schmierstoffe mit 11 DM, von dem von ihm errechneten Rohgewinn abzieht (Schriftsatz vom 9. Januar 1985 S. 3-5 i.V.m. der mit Schriftsatz vom 13. Januar 1988 vorgelegten Gewinn- und Verlustrechnung für 1981).

e) Ob die gleichmäßige Verteilung der Betriebskosten auf Kraft- und Schmierstoffe berechtigt ist - was das Berufungsgericht anscheinend in Zweifel ziehen will -, mag

eine andere Frage sein, die aber die Eindeutigkeit des Sachvortrags des Klägers nicht berührt. Seinen Darlegungen in den Schriftsätzen vom 9. Januar 1985, 30. Dezember 1987 und 13. Januar 1988 ist zu entnehmen, daß er behaupten will, die angesetzten Betriebskosten würden in gleicher Höhe durch jeweils gleiche Mengen an Kraftstoffen und Schmierstoffen verursacht. Offenkundige Unrichtigkeit ist bei keinem der heranzuziehenden Aufwandsposten (oben zu c) ersichtlich. Abweichungen geringeren Ausmaßes könnten und müßten bei der ohnehin erforderlichen Schadensschätzung nach § 287 ZPO (vgl. dazu das oben zitierte Senatsurteil vom 22. Februar 1989, aaO unter II 2 a) hingenommen werden. Im übrigen hängt die Notwendigkeit weiterer Aufklärung durch Vernehmung von Zeugen oder Einholung eines Sachverständigengutachtens in erster Linie davon ab, ob die Beklagten die Richtigkeit des Kostenansatzes und seiner Verteilung auf Kraft- und Schmierstoffe hinreichend substantiiert bestritten haben oder noch bestreiten werden. Das mag besonders hinsichtlich der Frage gelten, ob der Aufwandsposten "Verpackungskosten" in gleicher Weise durch Kraftstoffe und Schmierstoffe verursacht wird. Erst nach entsprechendem Bestreiten der Beklagten bestünde Anlaß für den Kläger, die bestrittenen Angaben gegebenenfalls zu ergänzen und zu konkretisieren. Zu seinen Gunsten wird bei der Schadensschätzung nach § 287 ZPO andererseits zu berücksichtigen sein, daß vor allem in den ausgewiesenen Steueraufwendungen, möglicherweise aber auch beim "Kraftstoff- und Ölverbrauch" und bei den "Frachtkosten" (oben zu c) ein gewisser Anteil von Generalunkosten enthalten ist, die nichts mit Spezialunkosten aus Kraftstoff- und Schmierstofflieferungen zu tun haben.

3. Soweit das Berufungsgericht den Anspruch des Klägers in Höhe von 1.756,13 DM für unbegründet hält, weil versehentlich 23.310 Liter (anstatt 22.310 Liter) nicht abgenommener Kraftstoffe zugrunde gelegt worden sind, hat der Kläger keine Einwendungen erhoben. Seine Revision kann in Höhe dieses Teilbetrages hinsichtlich der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung daher keinen Erfolg haben. Von einer teilweisen Zurückweisung des Rechtsmittels hat der Senat dennoch abgesehen, weil es sich bei dem Differenzbetrag nicht um einen selbständigen Schadensteilposten handelt, sondern nur um einen Rechnungsfaktor innerhalb des einheitlichen Schadens. Da der Kläger 11 DM pro 100 Liter Schmierstoffe von dem von ihm ermittelten Rohgewinn absetzt, die vorstehenden Erörterungen bisher aber nur einen anrechenbaren Betrag von 1,68 DM pro 100 Liter ergeben, könnte die Verminderung des Rohgewinns so viel geringer sein, daß die durch die unrichtige Mengenannahme an nicht abgenommenen Schmierstoffen verursachte Zuvielforderung ausgeglichen wird.

Nach alledem konnte das angefochtene Urteil mit der in ihm gegebenen Begründung keinen Bestand haben. Es ließ sich auch nicht aus anderen Gründen (§ 563 ZPO) aufrechterhalten, insbesondere nicht deshalb, weil die Schadensersatzberechnung nach den Geschäftsunterlagen für das Jahr 1981 von vornherein unbegründet wäre. Das Berufungsgericht hat diese zeitliche Anknüpfung aufgrund des Parteivortrages und des Vertragsinhalts ersichtlich für berechtigt gehalten und die Vorlage der Bilanzunterlagen für 1981 ausdrücklich angeregt (Verfügung des Berichterstatters vom 6. Januar 1988). Aus

Rechtsgründen ist dies nicht zu beanstanden. Daher mußte das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revisionsinstanz, an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

Wolf

Dr. Skibbe

Treier

Dr. Brunotte

Dr. Hübsch