

Az: 1 U 31/99  
Vorhergehendes Az:  
Gericht: Hanseatisches OLG  
Datum: 26.11.1999

#### Tatbestand:

Die brasilianische Klägerin verlangt von der Beklagten, einer Hamburger Textilienhändlerin, Bezahlung von zwei Lieferungen Jeans-Hosen, ersatzweise die Auskehrung des aus dem Selbsthilfeverkauf der Ware durch die Beklagte erzielten Überschusses. Die Beklagte wendet demgegenüber Vertragsaufhebung wegen einer Vertragsverletzung der Klägerin ein und rechnet gegenüber dem Zahlungsverlangen mit einer Schadensersatzforderung aufgrund der Schlechtlieferung auf.

Die Rechtsvorgängerin der Klägerin fertigte im Auftrag ihrer Kunden Textilien unter deren Marke und Etikett. Die Beklagte verkauft insbesondere Jeans unter dem eigenen Markennamen "Shamo". Diese läßt sie nach ihren Vorgaben überwiegend in Ländern mit niedrigem Lohnniveau anfertigen.

Nachdem mehrere Liefergeschäfte vorausgegangen waren, bestellte die Beklagte am 11. und 14. Januar 1993 ca. 17.000 Damen- und Herrenjeans unter Beifügung umfangreicher Fertigungsvorgaben (vgl. Anlagenkonvolut B 1). Geliefert werden sollte zwischen Ende Februar und Ende März 1993. Die Beklagte erhielt die beiden streitgegenständlichen Lieferungen im Mai 1993 per Luftfracht. Die Beklagte, die zuvor nach fruchtlosen Fristsetzungen wegen Lieferverzögerungen die erste Bestellung zunächst widerrufen hatte (vgl. Anl. B 3), nahm auf Bitten ihres Vertragspartners die gelieferte Ware ab. Die Rechtsvorgängerin der Klägerin berechnete der Beklagten für die erste Lieferung von angeblich 8.900 Hosen mit Rechnung vom 19. April 1993 75.183,- US-\$ (Anl. K 1 A) und für die zweite Lieferung von angeblich 8.160 Hosen mit Rechnung vom 5. Juni 1993 69.664,- US-\$ (Anl. K 1 B).

Mit Fax vom 17. Mai 1993 (Anl. B 4) bestätigte die Beklagte, in der vergangenen Woche zwei Lieferungen von 890 + 816 Kartons Jeans erhalten zu haben; bei der zweiten Lieferung hätten allerdings sechs Kartons gefehlt; auch sei der zweiten Lieferung die Packliste nicht beigelegt gewesen. Darüber hinaus habe die Beklagte beim Öffnen der Kartons festgestellt, daß viele Jeans mit falschen Größenbezeichnungen versehen gewesen seien, so daß sie die Größe habe nachmessen müssen, was viel Arbeit gemacht habe. Da sie noch mit der Warenkontrolle beschäftigt sei, könne sie die Ware nicht verkaufen und auch die Rechnung erst bezahlen, wenn sie herausgefunden habe, welche Kosten ihr

dadurch entstehen würden.

Mit Fax vom 19. Mai 1993 (Anl. B 5) machte die Beklagte weitere Reklamationen geltend und schlug dem Verkaufsleiter der Herstellerin vor, nach Hamburg zu kommen und dort die Lieferungen selbst zu überprüfen. Dem wurde indes nicht entsprochen.

Mit Fax vom 1. September 1993 (Anl. B 6) vervollständigte die Beklagte die Mängelliste.

Mit Fax vom 10. September 1993 (Anl. K 3) bot die Beklagte an, 71.534,63 US-\$ zu überweisen, wenn die Rechtsvorgängerin der Klägerin die in den Debetnoten (vgl. Anl. K 4) mitgeteilten Gegenansprüche wegen Liefermängel anerkenne. Zu einer Einigung kam es zwischen den Parteien nicht. Mit Fax vom 22. September 1993 (Anl. B 9) teilte die Beklagte der Klägerin u.a. mit, sie könne die Ware jederzeit abholen lassen; sie, die Beklagte, verfüge nicht über ausreichend Lagerraum und sei daher nicht in der Lage, die Ware länger zu lagern. Da dies nicht geschah, veräußerte die Beklagte zwischen April 1995 und November 1996 den größten Teil der Ware.

Im Zusammenhang mit den von der Beklagten zur Aufrechnung gestellten Schadensersatzansprüchen haben die Parteien unstreitig gestellt, daß der Durchschnittsverkaufspreis der Beklagten pro Hose DM 24, 95 und der entgangene Gewinn der Beklagten 5 % vom Nettoverkaufspreis betragen hätte.

Die Klägerin hat vorgetragen:

Entgegen der Behauptung der Beklagten seien die Hosen vertragsgemäß geliefert worden. Der vereinbarte Preis habe 8,75 US-\$ je Jeans betragen, mit Ausnahme der auf der Rechnung vom 19. April 1993 zuletzt genannten 1.460 Herrenhosen, für die 7,35 US-\$ pro Stück vereinbart gewesen seien. Die Ware habe keine Mängel aufgewiesen, die Hosen seien weder verschnitten noch in sonstiger Weise fehlerhaft gewesen. Die Beklagte habe Mängel auch nicht unverzüglich bzw. innerhalb angemessener Frist gerügt. Richtig sei auch nicht, daß sie die Ware nur unter ausdrücklichem Vorbehalt entgegengenommen habe. Die Beklagte habe vielmehr erst drei bis vier Monate später, nämlich mit Fax vom 10. September 1993 (Anl. K 3), Gegenansprüche geltend gemacht.

Die Klägerin hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin US-\$ 145.495,- nebst 4 % Zinsen seit Klagerhebung zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Sie hat vorgetragen:

Zum einen seien ihr überhöhte Preise in Rechnung gestellt worden, wie sich aus der als Anlage B 21 zur Akte gereichten Auflistung ergebe; der vereinbarte Preis habe lediglich US-\$ 7,90 bzw. 6,50 betragen. Zum anderen seien auch weniger als die in Rechnung gestellten Hosen geliefert worden.

Insbesondere sei sie aber wegen Mängel der gelieferten Hosen nicht zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet. Ihr stehe vielmehr aus diesem Grunde ein Schadensersatzanspruch zu, der den ausstehenden Kaufpreisanspruch übersteige und mit dem sie aufrechne. Die Ware sei von ihr nach Ankunft der beiden Lieferungen am 10. und 13. Mai 1993 stichprobenartig geprüft worden. Der geprüfte Teil der Ware habe sich als fehlerhaft erwiesen. Diese Beanstandungen seien mit dem Fax vom 17. Mai 1993 (Anl. B 3) mitgeteilt worden. Die Prüfung der Gesamtlieferung habe sich längere Zeit hingezogen, da jede einzelne Hose nachgemessen werden müssen. Dabei habe sich gezeigt, daß sämtliche Hosen aus beiden Lieferungen mangelhaft gewesen seien. Die an jede Hose gehefteten Papieretiketten hinsichtlich der Größenangabe seien nicht mit den in den Hosen eingenähten Textiletiketten übereinstimmend gewesen. Sämtliche Hosen seien um ein bis zwei Größen zu groß oder zu klein gewesen, 80 - 90 % der Kartons seien so etikettiert gewesen, daß deren Größenangabe weder mit den Papieretiketten noch mit den Textiletiketten noch mit den tatsächlichen Größen übereingestimmt habe, alle Hosenbeine seien ein bis zwei Größen zu lang gewesen und auch die übrigen Maße, z.B. Hüftweite, seien nicht entsprechend den vertraglichen Vorgaben ausgefallen, so daß die Hosen insgesamt als verschnitten einzustufen gewesen seien. Darüber hinaus seien Teilmengen von Schimmel befallen oder mit Bleichflecken versehen gewesen, so daß diese Hosen hätten entsorgt werden müssen.

Das Angebot, bei Anerkennung der Debetnoten einen Restbetrag von 71.534,63 US-\$ zu zahlen, habe sie abgegeben, bevor sie Klarheit über den gesamten Umfang der Mängel habe gewinnen können. Nachdem die Rechtsvorgängerin der Klägerin darauf nicht eingegangen sei, habe sie dieser per Fax vom 22. September 1993 mitgeteilt, daß die Ware jederzeit abgeholt werden könne. Die Rechtsvorgängerin der Klägerin habe darauf erwidert, sie sei bereit, die Probleme auf kaufmännische Weise zu lösen, jedoch erst nach Begleichung der beiden streitgegenständlichen Rechnungen in voller Höhe.

Wegen zunehmender Lagerprobleme habe sie angekündigt, einen Sonderverkauf für Hosen zweiter Wahl einzuleiten, um ihre Kosten zu decken, falls die Rechtsvorgängerin der Klägerin keine andere Lösung vorschlage. Schließlich habe sie 1.582 schimmelige Hosen entsorgt und die übrigen 15.419 Jeans als Sonderposten zweiter Wahl im wesentlichen nach Tschechien mit einem Gesamterlös von DM 91.255,35 veräußert.

Bei regulärem Verkauf hätte sie für 17.001 vertragsgerecht gelieferte Hosen im Schnitt, wie unstreitig ist, DM 24,95, mithin insgesamt DM 424.174,95 erzielt. Der Reingewinn hätte dabei, was ebenfalls unstreitig sei, 5 %, also DM 21.251,55 betragen. Ihr Schaden habe sich zudem dadurch erhöht, daß der Dollarkurs von seinerzeit DM 1,50 zwischenzeitlich gestiegen sei.

Im übrigen seien die Kaufpreisansprüche verjährt.

Das Landgericht hat nach Beweiserhebung durch Vernehmung der Zeugin ... der Klage durch Urteil vom 23. Dezember 1998 in Höhe von 70.002,80 DM nebst 4 % Zinsen seit Rechtshängigkeit entsprochen. Zur Begründung hat es angeführt, daß der Kaufpreisanspruch der Klägerin nach den Vorschriften des anzuwendenden Übereinkommens der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf vom 11. April 1980 (im folgenden CISG) erloschen sei. Die Beweisaufnahme habe ergeben, daß der Klägerin eine wesentliche Vertragsverletzung vorzuwerfen sei, weil die Ware insgesamt nicht der vereinbarten Qualität entsprochen habe. Die Beklagte habe die Vertragswidrigkeit zeitgerecht im Sinne von Artikel 39 CISG gerügt und die Aufhebungserklärung gemäß Artikel 49 Absatz 2 lit. a CISG auch fristgemäß abgegeben. Infolge der wirksamen Aufhebung des Vertrages gemäß § 49 Absatz 1 lit. a CISG habe die Klägerin gemäß Artikel 81 Absatz 1 Satz 1 CISG den Anspruch auf Kaufpreiszahlung verloren. Der Klägerin stehe aber ein Anspruch auf Auskehrung des Erlöses aus dem Selbsthilfeverkauf nach Artikel 88 Absatz 3 Satz 2 CISG in Höhe von 70.002,80 DM zu. Der erzielte Überschuß habe zwar 91.255,35 DM betragen, in Höhe von 21.151,55 DM sei der Anspruch auf Auskehrung des Erlöses aber durch wirksame Aufrechnung der Beklagten mit einer Schadensersatzforderung aus Artikel 45, 74 CISG erloschen. Die Beklagte hätte unstreitig einen Reingewinn von 5 % des Verkaufspreises erzielt, was bei einem Gesamtverkaufspreis von 424.174,95 DM einen Betrag von 21.251,55 DM ausmache. Ein weitergehender Schadensersatzanspruch stehe der Beklagten nicht zu. Der Zinsanspruch rechtfertige sich aus Artikel 74 CISG in Verbindung mit § 288 BGB.

Gegen das ihr am 4. Januar 1999 zugestellte Urteil des Landgerichts hat die Beklagte mit am 4. Februar 1999 eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und diese mit am 2. März 1999 eingegangenen Schriftsatz begründet.

Die Beklagte trägt vor:

Das angefochtene Urteil sei unzutreffend, weil es den Umfang des Schadensersatzanspruchs, der ihr, der Beklagten, aus Artikel 74 Satz 1 CISG erwachsen sei, zu gering bemessen habe. Der Schadensersatzanspruch, mit dem gegenüber dem Anspruch der Klägerin auf Auskehrung des Überschusses aus dem Selbsthilfeverkauf aufgerechnet worden sei, erschöpfe sich keineswegs in dem vom Landgericht zugrunde gelegten entgangenen Gewinn von 5 % des Verkaufserlöses. Sie, die Beklagte, könne vielmehr wegen der mangelhaften

Lieferung durch die Klägerin Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Kaufvertrages verlangen. Bei der Berechnung dieses Nichterfüllungsschadens sei davon auszugehen, daß sie unstreitig aus der Weiterveräußerung der mangelfreien Ware einen Erlös von 424.174,95 DM erzielt hätte, von welchem der Preis abzuziehen sei, den sie, die Beklagte, bei ordnungsgemäßer Abwicklung des Vertrages an die Klägerin zu zahlen gehabt hätte; dies mache bei einem Dollarkurs von 1,52 DM einen Betrag von 221.152,40 DM aus, weswegen ihr, der Beklagten, wegen Nichtdurchführung des Weiterverkaufs ein Schaden in Höhe von 203.022,55 DM erwachsen sei. Gehe man davon aus, daß von diesem Betrag ca. 21.000,- DM Reingewinn gewesen seien, so sei der verbleibende Restbetrag von ca. 183.000,- DM als auf die Gemeinkosten der Beklagten entfallend anzusehen. Der sich einschließlich des entgangenen Gewinns auf insgesamt ca. 203.000,- DM belaufende Schaden übersteige die Forderung der Klägerin in Höhe von 91.255,35 DM bei weitem, so daß diese durch die erklärte Aufrechnung erloschen sei. Auch wenn es sich bei den unstreitigen Preis- und Gewinnangaben nur um Durchschnittszahlen und damit ohnehin nur um Näherungswerte handele, sei dadurch jedoch ausreichend belegt, daß ihr, der Beklagten, durch die mangelhafte Lieferung ein Schaden entstanden sei, dessen Höhe die Auskehrungsforderung der Klägerin in jedem Fall übersteige; insofern bedürfe es einer pfenniggenauen Bezifferung des Schadens nicht. Folglich sei das angefochtene Urteil abzuändern und die Klage insgesamt abzuweisen.

Die Beklagte beantragt, das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 23. Dezember 1998 abzuändern und die Klage insgesamt abzuweisen.

Die Klägerin beantragt, die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

Sie trägt vor:

Das Landgericht habe, soweit es der Klage stattgegeben habe, zutreffend entschieden. Das Landgericht habe klar und deutlich ausgeführt, daß die Beklagte einen weiteren Schaden als den Nettoeingewinn, etwa erhöhte Personalkosten durch aufwendige Überprüfung oder zusätzliche Lagerkosten, nicht dargelegt habe. Unstreitig sei, daß die Beklagte an dem ganzen Geschäft ohnehin nur 21.000,- DM verdient hätte. Zu bestreiten sei, daß die Beklagte Gemeinkosten von rund 183.000,-DM tatsächlich gehabt habe und diese durch den bedingten Einnahmeausfall nicht habe decken können.

Darüber hinaus sei vorsorglich darauf hinzuweisen, daß entgegen den Ausführungen im landgerichtlichen Urteil der Kaufpreisanspruch nicht erloschen und jedenfalls in Höhe der vom Landgericht ausgeurteilten Summe von 70.002,80 DM gerechtfertigt sei. Das Landgericht habe zur Begründung einer wesentlichen Vertragsverletzung zu sehr auf die Aussage der Zeugin ... abgestellt, die langjährig bei der Beklagten beschäftigt gewesen sei. Es treffe nicht zu, daß die Ware nicht im großen und ganzen der vereinbarten Qualität

entsprochen habe. Jedenfalls habe die Beklagte das Recht, sich auf eine Vertragswidrigkeit der Ware zu berufen, durch Zeitablauf verloren gehabt. Angemessen gewesen sei allenfalls eine Frist von zwei oder drei Wochen gewesen, die Überprüfung der Ware hätte nicht monatelang dauern müssen. Insofern sei auch die Erklärung zur Vertragsaufhebung nicht in angemessener Frist abgegeben worden.

Im übrigen erhebe sie, die Klägerin, wegen etwaiger Rechtsbehelfe und Schadensersatzansprüche der Beklagten die Einrede der Verjährung. Gemäß Artikel 3 des Zustimmungsgesetzes vom 5. Juli 1989 zum CISG verjährten Ansprüche der Käuferin wegen Vertragswidrigkeit entsprechend §§ 477, 478 BGB innerhalb von sechs Monaten ab Übergabe der Ware. Da das Zustimmungsgesetz § 479 BGB nicht erwähne, könne die Beklagte mit etwaigen Schadensersatzansprüchen trotz § 478 BGB nicht aufrechnen.

Nach allem müsse die Berufung der Beklagten ohne Erfolg bleiben.

Wegen weitere Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird ergänzend auf den vorgetragenen Inhalt der wechselseitig zur Akte gereichten Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen Bezug genommen.

### **E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :**

I .

Die zulässige, insbesondere form- und fristgemäß eingelegte und ordnungsgemäß begründete Berufung der Beklagten hat in der Sache Erfolg. Der Klägerin steht der geltend gemachte Zahlungsanspruch gegen die Beklagte nicht zu. Zu Unrecht wendet die Klägerin sich im Berufungsrechtszug dagegen, daß das Landgericht ihr den erstinstanzlich primär geltend gemachten Kaufpreisanspruch versagt hat (dazu 1.). Auch der ihr vom Landgericht zuerkannte Anspruch auf Auskehrung des von der Beklagten durch Weiterveräußerung der mangelhaften Ware erzielten Erlöses in Höhe von 70.002,80 DM nebst 4 % Rechtshängigkeitszinsen steht der Klägerin nicht zu. Diese Forderung ist durch Aufrechnung der Beklagten mit dem ihr zustehenden Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung aus Artikeln 45, 74 CISG vollen Umfangs erloschen (dazu 2.).

Zu Recht hat das Landgericht der Klägerin den erstinstanzlich primär geltend gemachten Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises für die von der Beklagten bestellten Jeans-Hosen versagt. Die dagegen von der Klägerin im Rahmen der Berufungserwiderung erhobenen Einwendungen greifen nicht durch. Der Kaufpreisanspruch der Klägerin ist aufgrund der von der Beklagten gemäß Artikel 49 Absatz 1 CISG wirksam erklärten Aufhebung des Vertrages gemäß Artikel 81 Absatz 1 Satz 1 CISG erloschen.

Die Klägerin hat eine wesentliche Vertragsverletzung im Sinne von Artikel 25, 35

Absatz 1 CISG begangen. Diese liegt darin, daß die von der Klägerin gelieferten Ware insgesamt nicht der vertraglich vereinbarten Qualität entsprochen hat. Soweit die Klägerin einwendet, daß das Landgericht zu dieser Feststellung verfahrensfehlerhaft gekommen sei, weil es der Aussage der langjährig bei der Beklagten beschäftigten Zeugin kritiklos gefolgt sei, greift ihre Rüge nicht durch. Allein der Umstand, daß die Zeugin Beschäftigte der Beklagten gewesen ist, rechtfertigt nicht, ihrer Aussage keinen Glauben zu schenken. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, daß die Aussage der Zeugin mit unstrittigen Einzelheiten des Geschehensablaufs in Einklang steht und auch von der Klägerin keine konkreten Tatsachen dafür vorgebracht werden, daß der Darstellung der Zeugin, deren Aussage nach der Einschätzung des Landgerichts glaubhaft ist, nicht zu folgen sei.

Auch der Einwand der Klägerin, die Beklagte habe die Mängel nicht fristgerecht und spezifiziert genug gerügt, ist nicht berechtigt. Mit dieser Einwendung der Klägerin hat sich das Landgericht in seinem Urteil ausführlich auseinandergesetzt. Der Senat tritt dem bei. Zur Begründung kann auf die diesbezüglichen Ausführungen im angefochtenen Urteil (vgl. Seiten 8 f der Urteilsausfertigung) Bezug genommen werden. Insbesondere gibt es auch keine Anhaltspunkte dafür, die für eine sachgerechte Untersuchung der gesamten Ware von der Beklagten in Anspruch genommenen Dauer durch einen Sachverständigen auf ihre Angemessenheit hin überprüfen zu lassen, wie es die Klägerin beantragt hat.

Ausgehend davon, daß die Beklagte sich berechtigterweise für die Prüfung der Menge bis Anfang September 1993 hat Zeit nehmen dürfen, war auch die nach Artikel 49 Absatz 1 CISG erforderliche Aufhebungserklärung vom 22. September 1993 (vgl. Anl. B 9) noch fristgerecht im Sinne von Artikel 49 Absatz 2 CISG. Folge der wirksam erklärten Aufhebung des Vertrages ist, daß die Klägerin ihren Kaufpreisanspruch verloren hat, Artikel 81 Absatz 1 Satz 1 CISG.

Der Klägerin steht auch der ihr vom Landgericht zugesprochene Anspruch auf Auskehrung des erzielten Erlöses aus der Weiterveräußerung der von der Klägerin nicht zu-rückgenommenen Ware durch die Beklagte nicht zu. Die Beklagte ist zwar gemäß Artikel 88 Absatz 3 Satz 2 CISG verpflichtet, den Überschuß, den sie aus dem Selbsthilfeverkauf in Höhe von 91.255,35 DM erzielt hat, an die Klägerin auszukehren (dazu a]). Dieser Zahlungsanspruch ist jedoch durch die von der Beklagten erklärten Aufrechnung mit einem Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung aus Artikeln 45, 74 CISG erloschen (dazu b]).

a)

Gemäß Artikel 88 Absatz 3 Satz 2 CISG ist die Beklagte verpflichtet, den von ihr aus der Weiterveräußerung der streitgegenständlichen Ware erzielten Erlös an die Klägerin auszukehren. Die Beklagte hat zum Beleg der von ihr erzielten Verkaufserlöse die Anlagen B 10 - B 18 vorgelegt und die darin enthaltenen

Rechnungspositionen in den Aufstellungen gemäß Anlagen B 19 und B 20 zusammengefaßt. Daraus ergibt sich ein von der Beklagten erzielter Gesamterlös von 91.255,35 DM (vgl. Anl. B 20). Gegen diese Aufstellung hat die Klägerin keine spezifizierten Einwendungen erhoben. Andererseits hat auch die Beklagte nicht dargetan, daß sie berechtigt sei, von diesem Betrag noch Aufwendungen im Sinne von Artikel 88 Absatz 3 Satz 1 CISG wie Maklerlohn oder Transportkosten absetzen zu dürfen. Insofern hat der Klägerin aus Artikel 88 Absatz 3 Satz 2 CISG ein Anspruch auf Zahlung von 91.255,35 DM zugestanden.

b) Dieser Anspruch der Klägerin aus Artikel 88 Absatz 3 Satz 2 CISG ist indes durch die von der Beklagten erklärte Aufrechnung mit einem Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung aus Artikeln 45, 74 CISG, der der Beklagten trotz der Aufhebung des Vertrages erhalten geblieben ist (vgl. Artikel 81 Abs. 1 Satz 1 CISG), erloschen.

Der der Beklagten aufgrund der von der Klägerin begangenen Vertragsverletzung nach Artikel 74 Satz 1 CISG zustehende Schadensersatz übersteigt den Anspruch auf Auskehrung des Übererlöses von 91.255,35 DM, so daß der Zahlungsanspruch der Klägerin vollen Umfangs durch Aufrechnung erloschen ist.

Der Schadensersatz, den die Klägerin wegen der Nichterfüllung ihrer Pflichten aus dem Kaufvertrag zu leisten hat, beschränkt sich nach Artikel 74 CISG nicht auf den entgangenen Gewinn, sondern umfaßt grundsätzlich den gesamten Nichterfüllungsschaden (vgl. Staudinger/Magnus, 13. Bearbeitung 1994, Artikel 74 CISG Rdn. 20 ff).

Als Schadensersatz wegen Nichterfüllung kann die Beklagte die Differenz zwischen ihrem Interesse an der Vertragserfüllung und der von ihr ersparten Gegenleistung verlangen. Diese Differenz ist, anders als im Rahmen des Artikel 76 CISG, wo ein Rückgriff auf den Marktpreis möglich ist, grundsätzlich konkret zu berechnen (vgl. Staudinger/Magnus, a.a.O., Artikel 74 CISG Rdn. 25). Da zwischen den Parteien unstreitig ist, daß die Beklagte aus der Weiterveräußerung mangelfrei gelieferter Ware einen Erlös von 424.174,95 DM erzielt hätte, beläuft sich der Unterschiedsbetrag zu dem von der Beklagten an sich zu entrichtenden Einkaufspreis von umgerechnet DM 221.152,40 auf 203.022,50 DM. Dieser Unterschiedsbetrag ist der Ausgangspunkt für die Berechnung des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung, den die Klägerin der Beklagten schuldet (vgl. zur Schadensberechnung auf der Verkäuferseite bei Nichtabnahme durch den Käufer BGHZ 107, 67, 69 f).

Entgegen der Ansicht des Landgerichts beschränkt sich der Schadensersatzanspruch nicht auf den zwischen den Parteien unstreitigen Reingewinn von 5 % der Veräußerungserlöse. Es ist nämlich unzutreffend, daß zu den durch die Nichtlieferung seitens der Klägerin von der Beklagten ersparten

Kosten auch die sogenannten fixen Kosten (Generalunkosten) gehören, also diejenigen Aufwendungen, die mit der Aufrechterhaltung der Betriebsbereitschaft, mit der Unterhaltung der Be- und Vertriebsanlagen sowie mit der Betriebsführung und der Verwaltung zusammenhängen. Der Bundesgerichtshof hat in der bereits erwähnten Entscheidung vom 22. Februar 1989 (BGHZ 107, 67, 69) zur Berechnung des bei der Nichtabnahme der bestellten Ware durch den Käufer dem Verkäufer entstandenen Schadens ausgeführt, daß es zwar zutreffend sei, daß auch die fixen Kosten Gegenstand der Preiskalkulation des Verkäufers seien, daß aber nicht übersehen werden könne, daß der Verkäufer durch den Schadensersatz wegen Nichterfüllung so zu stellen sei, wie er bei ordnungsgemäßer Erfüllung durch den Käufer gestanden hätte; insofern sei es Sache des Schadensersatzpflichtigen darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen, daß im Falle der Vertragserfüllung die fixen Kosten höher gewesen wären als bei der unterbliebenen Abnahme. Dies gelte deshalb, weil eine Vermutung dafür bestehe, daß die allgemeinen Geschäftsunkosten generell anfielen. Der Senat sieht keinen Anlaß dafür, diese vom Bundesgerichtshof für die Berechnung des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung des Verkäufers bei unterbliebener Abnahme der Ware durch den Käufer angestellten Überlegungen nicht auch auf den Fall zu übertragen, in welchem der Käufer wegen mangelhafter Belieferung durch den Verkäufer Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen kann. Der Senat sieht sich dabei in Übereinstimmung mit den Entscheidungen des OLG Stuttgart vom 13. Dezember 1956 (JR 1957, 343, 344) und des OLG München vom 28. August 1958 (MDR 1959, Seite 300), die schon vor der genannten Entscheidung des Bundesgerichtshofs diese Grundsätze auf die Schadensberechnung des Käufers, der Schadensersatz wegen Nichterfüllung eines Kaufvertrages vom Verkäufer beanspruchen kann, angewandt haben.

Sind demnach von dem Unterschiedsbetrag zwischen Verkaufs- und Einkaufspreis in Höhe von 203.022,55 DM die sogenannten fixen Kosten (Generalunkosten) nicht in Abzug zu bringen, so bleibt als ersatzfähiger Schaden in jedem Fall ein Betrag, der die Forderung der Klägerin in Höhe von 91.255,35 DM übersteigt. Von dem Betrag von 203.022,50 DM abzuziehen sind neben der Umsatzsteuer, was zu einer Minderung auf ca. 176.500,-DM führt, demnach nur (noch) die sogenannten Spezialunkosten, d.h. solche Kosten, die die Erledigung, also die Hereinnahme und der Weiterverkauf der von der Klägerin gekauften Ware, für die Beklagte mit sich gebracht hätten. Abgesehen davon, daß die Beklagte im vorliegenden Fall ein Teil dieser Spezialunkosten ohnehin zu tragen gehabt hat, ist nichts dafür ersichtlich oder von der Klägerin dargetan, daß die von der Beklagten wegen der Nichtdurchführung dieses Geschäftes ersparten Kosten einen Betrag erreicht hätten, der 80.000,- DM übersteigt.

Selbst wenn man die Spezialunkosten vorliegend mit 40 % des Einkaufs- bzw. 20 % des Verkaufspreises netto annehmen würde, was sicherlich sehr großzügig bemessen ist (vgl. etwa OLG Stuttgart JR 1957, 343, 344, wo die Spezialunkosten auf 20 % vom Einkaufspreis geschätzt worden sind), würde sich

mit ca. 77.000,- DM bzw. knapp 74.000,- DM ein Betrag ergeben, dessen Ersparung nicht dazu führen würde, daß der der Beklagten zustehende Schadensersatzbetrag in einem Maße reduziert werden müßte, daß er nicht mehr den Betrag der Forderung der Klägerin erreicht, gegen die die Beklagte aufgerechnet hat.

Zieht man von dem nach Abzug der Umsatzsteuer verbleibenden Differenzbetrag zwischen Ein- und Verkaufspreisen in Höhe von ca. 176.500,- DM noch als geschätzte Spezialunkosten einen Betrag von 80.000,- DM ab, so verbleibt immer noch ein die klägerische Forderung von 91.255,35 DM übersteigender Schadensbetrag von über 95.000,-DM, weswegen die von der Beklagten erklärte Aufrechnung den Anspruch der Klägerin vollen Umfangs zum Erlöschen gebracht hat.

Gegenüber diesem Gegenanspruch der Beklagten beruft sich die Klägerin ohne Erfolg auf die Einrede der Verjährung.

Die Beklagte ist nicht nur gegenüber dem Kaufpreisanspruch, sondern auch gegenüber dem Anspruch auf Auskehrung des Erlöses aus dem Selbsthilfeverkauf nach Artikel 88 Absatz 3 Satz 2 CISG berechtigt, die Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen wegen Nichterfüllung zu erklären. Die Aufrechnung gilt als allgemeines Prinzip im Sinne von Artikel 7 Absatz 2 CISG jedenfalls insoweit, als sich, wie hier, gegenseitige Ansprüche aus der Konvention gegenüberstehen (vgl. Staudinger/Magnus, a.a.O. Artikel 81 CISG Rdn. 15 und Artikel 4 Rdn. 46 jeweils m.w.N.) . Dahinstehen kann, ob das Recht der Beklagten, den Verkaufserlös wegen des ihr gegen die Klägerin zustehenden Schadensersatzanspruchs einbehalten zu dürfen, unmittelbar aus der Konvention hergeleitet werden kann (in diesem Sinne Staudinger/Magnus, a.a.O., Artikel 88 CISG Rdn. 25, ähnlich Herber/Czerwenka, UN-Kaufrecht 1991, Artikel 88 Rdn. 8) oder ob die Aufrechnung sich nach dem anwendbaren nationalen Recht richtet (vgl. v.Caemmerer/Schlechtriem/Eberstein, UN-Kaufrecht, 2. Auf I. 1995, Art. 88 Rdn. 32) . Denn auch auf der Grundlage des anwendbaren nationalen Rechts hat sich die Beklagte gemäß § 479 BGB durch rechtzeitige Mängelanzeige das Recht erhalten, auch gegenüber dem Anspruch auf Auskehrung des Übererlöses aus dem Selbsthilfeverkauf mit Schadensersatzansprüchen wegen Nichterfüllung des Kaufvertrages aufzurechnen. Entgegen der Ansicht der Klägerin ist es dafür ohne Bedeutung, daß Artikel 3 des Vertragsgesetzes vom 5. Juli 1989 zum CISG für die Frage der Verjährung nur auf §§ 477, 478 BGB, nicht aber auf § 479 BGB verweist; denn dort ist nur die Verjährung von Ansprüchen wegen Vertragswidrigkeit der Ware geregelt, nicht indes die Aufrechnung.

II.

Die Klägerin hat als vollen Umfangs unterlegene Partei die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Die Nebenentscheidungen im übrigen folgen aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. Die Festsetzung der Beschwer erfordert § 546 ZPO.