

Verkündet

am 21. Juni 1956

Jodas, Justizangestellter,

als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

der W [REDACTED] C [REDACTED] in M [REDACTED]/We [REDACTED],  
K [REDACTED] str. [REDACTED] - [REDACTED], vertreten durch ihre Vorstandsmit-  
glieder Direktor Wilhelm B [REDACTED] - K [REDACTED] und  
Direktor Siegfried R [REDACTED] M [REDACTED], Ro [REDACTED] [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]-

gegen

die Firma C. A. H [REDACTED], Lebensmittelgroßhandlung  
GmbH, in Liquidation in D [REDACTED], G [REDACTED]-  
str. [REDACTED], vertreten durch ihre Liquidatoren, Karl  
August H [REDACTED] und Bücherrevisor Emil Sch [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]-

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-  
liche Verhandlung vom 14. Juni 1956 unter Mitwirkung des Se-  
natspräsidenten Dr. Canter und der Bundesrichter Dr. Delbrück,  
Dr. Fischer, Dr. Winkelmann und Dr. Haager

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des  
2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Hamm vom  
1. Juli 1954 wird auf Kosten der Beklagten zurück-  
gewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien schlossen am 11. Juli 1949 mündlich einen Kaufvertrag über 1.000 to Trockenkartoffeln, dessen Abschluß die Klägerin der Beklagten mit Schreiben vom 12. Juli 1949 bestätigte. Bei den Verhandlungen legte die Klägerin (Verkäuferin) ein Muster für die zu liefernde Ware vor. Als Kaufpreis war ein Betrag von 19 DM je 100 kg vereinbart. Am 28. Juli 1949 teilte die Klägerin der Beklagten mit, daß die bemusterte Ware bei der beabsichtigten Übernahme durch sie nicht den gewünschten Zustand gehabt habe, wie sie - die Klägerin - ihn der Beklagten durch Mustervorlage dargetan hatte. In der Folgezeit kam es dann nicht zu der vorgesehenen Lieferung der Trockenkartoffel. Die Beklagte setzte daher der Klägerin unter Androhung der Klageerhebung Nachfrist für die Lieferung und verlangte sodann nach fruchtlosem Ablauf dieser Frist von der Klägerin Schadensersatz wegen Nichterfüllung in Höhe von 10.000 DM.

In der Zwischenzeit hatte die Klägerin auf Grund eines anderen Kaufvertrages Speisebohnen zum vereinbarten Preis von 9.904,70 DM geliefert. Gegen diese Kaufpreisforderung der Klägerin rechnete die Beklagte mit der von ihr in Anspruch genommenen Schadensersatzforderung aus dem Trockenkartoffelgeschäft auf.

Die Klägerin leugnet die Voraussetzungen für die Entstehung einer Schadensersatzforderung aus dem Trockenkartoffelgeschäft und macht mit der Klage einen Teilbetrag von 2.500 DM von ihrer Kaufpreisforderung aus dem Speisebohngeschäft geltend. Zur Begründung ihrer Rechtsansicht hat sie im einzelnen folgendes vorgetragen:

Während der Blockade Berlins (24.6.1948 - 12.5.1949) sei zum Zwecke der Versorgung der Berliner Bevölkerung

von der britischen und amerikanischen Militärregierung angeordnet worden, Trockenkartoffel in Westdeutschland herzustellen. Diese Trockenkartoffel, die einen Verkaufswert von 200 bis 250 DM je 100 kg gehabt hätten, seien in F [REDACTED] (amerikanische Abflugbasis) und in Wu [REDACTED] (britische Abflugbasis) gelagert worden. Bei Aufhebung der Berliner Blockade sei es nicht mehr möglich gewesen, die noch vorhandenen Trockenkartoffelbestände für die menschliche Ernährung abzusetzen und damit die ursprünglichen Preise zu erzielen. Der Berliner Magistrat habe sich daher damals entschlossen, diese Bestände bestmöglichst zu anderen Zwecken (als Viehfutter und zur Herstellung von Branntwein) zu verwerten. Hierbei seien vom Berliner Magistrat nur Preise in Höhe von 18 DM je 100 kg erzielt worden. Sie - die Klägerin - habe die in F [REDACTED] lagernden Bestände von etwa 1.000 to zu diesem Preise gekauft, sich Muster von diesen Beständen geben lassen und danach mit der Beklagten den Kaufvertrag vom 11. Juli 1949 abgeschlossen, wobei der Beklagten dieser Sachverhalt im wesentlichen bekannt gewesen sei. Nachdem sich dann anschließend herausgestellt habe, daß die in F [REDACTED] lagernden Bestände dem zunächst gezogenen Muster nicht entsprochen hätten, vielmehr zum Teil schimmelig und unbrauchbar geworden seien, habe sie der Beklagten ein neues Muster vorgelegt. Die Beklagte habe daraufhin die Entgegennahme einer solchen Ware abgelehnt. Infolge dieser Umstände sei ihr - der Klägerin - die Lieferung von Trockenkartoffeln aus den F [REDACTED] Beständen unmöglich geworden. Daraufhin habe sie sich sofort darum bemüht, aus den Wu [REDACTED] Beständen einen entsprechenden Posten Trockenkartoffel für die Beklagte zu erhalten. Das sei ihr dann auch von dem für die Wu [REDACTED] Bestände verantwortlichen Mann verbindlich zugesagt worden. Ehe jedoch diese Trockenkartoffel hätten ausgeliefert werden können, seien die Wu [REDACTED]



Bestände von der britischen Militärregierung erneut beschlagnahmt und als Sicherungsreserve nach Berlin verbracht worden. Daraufhin sei es ihr - der Klägerin - endgültig unmöglich geworden, der Beklagten für die zugesagten F██████ Bestände einen anderweitigen Ersatz zu liefern. Sonstige Bestände an Trockenkartoffeln habe es in Westdeutschland nicht gegeben, weil sofort nach Aufgabe der Berliner Blockade die weitere Herstellung von Trockenkartoffeln eingestellt worden sei. Die Klägerin ist der Meinung, daß sie angesichts dieser Verhältnisse von ihrer ursprünglichen Lieferungsverpflichtung freige worden sei.

Die Beklagte ist der Rechtsauffassung der Klägerin entgegengetreten. Sie meint, daß es sich bei dem Vertrag um einen Kauf nach Probe handle und daß die Klägerin demgemäß das volle Risiko dafür zu tragen habe, daß sie aus den F██████ Beständen nicht mustergerecht habe liefern können. Sie hat während der Berufungsinstanz im Wege der Widerklage die Feststellung begehrt, daß der Klägerin über den eingeklagten Betrag hinaus gegen die Beklagte eine Forderung bis zu 9.904,70 DM nicht zustehe.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat dieses Urteil abgeändert; es hat der Klägerin die Klagesumme zugesprochen und die Widerklage abgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihre bisherigen Anträge weiter, während die Klägerin um Zurückweisung der Revision bittet.

#### Entscheidungsgründe:

1.) Das Berufungsgericht ist aus tatsächlichen Gründen der Meinung, daß der zwischen den Parteien abgeschlossene Vertrag über die Lieferung von Trockenkartoffeln auf

den F [REDACTED] Bestand von etwa 1.000 to beschränkt gewesen sei, also nicht einen sog. unbeschränkten Gattungskauf zum Gegenstand gehabt habe. Dieses könne zwar nicht schon aus dem Wortlaut des Bestätigungsschreibens entnommen werden, ergebe sich aber aus den gesamten, im wesentlichen auch der Beklagten bekannt gewesenen Umständen, wie sie sich nach Aufgabe der Berliner Blockade ergeben hätten und die einen Verkauf von Trockenkartoffeln zu dem auffallend niedrigen Preis nur aus den den Parteien bekannten F [REDACTED] Blockadebeständen damals als möglich erscheinen ließen. Was die Revision gegen diese Auslegung vorbringt, stellt sich als ein unzulässiger Angriff gegen die Beweiswürdigung des Berufungsgerichts dar. Insbesondere läßt sich entgegen den eingehenden Ausführungen des Berufungsgerichts nichts Abweichendes aus dem Schreiben der Klägerin vom 28. Juli 1949 herleiten, auf das die Revision in diesem Zusammenhang besonders hinweist.

2.) Weiter legt das Berufungsgericht an Hand der Beweisaufnahme dar, daß die Parteien beim Vertragsabschluß übereinstimmend davon ausgegangen sind, daß der F [REDACTED] Bestand nicht nur der Klägerin zur Verfügung gestanden, sondern daß dieser auch dem vorgelegten Muster entsprochen habe. Die Parteien hätten sich also bei Vertragsabschluß nicht die sich erst später ergebende Tatsache, daß dieser F [REDACTED] Bestand nicht mustergerecht war, vor Augen geführt. Hätten sie dieses getan, dann würden sie, wie das Berufungsgericht im einzelnen tatsächlich belegt, den Vertrag in der Form geschlossen haben, daß die Beklagte nur bei mustergerechter Beschaffenheit der Ware zur Abnahme verpflichtet und die Klägerin ihrerseits bei Qualitätsmängeln nicht zur Nachlieferung oder zur Leistung von Schadensersatz verpflichtet sein sollte. Der Vertrag der Parteien müsse, da er insoweit eine Lücke aufweise, gemäß § 157 BGB in dieser Weise ergänzt werden.

Die Revision hält diese Darlegungen des Berufungsgerichts in ihrem Ausgangspunkt für rechtsirrig. Sie meint, es handle sich bei dem zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrag um einen Kauf nach Probe im Sinne des § 494 BGB. Angesichts der Tatsache, daß die Vorschriften der §§ 494, 459 Abs 2, 463 BGB für den Fall eines Mangels der verkauften Ware im Vergleich zu dem vorgelegten Muster eine erschöpfende Regelung böten, könne von einer Vertragslücke im Sinne des § 157 BGB nicht gesprochen werden.

Diesen Ausführungen der Revision kann nicht gefolgt werden. Die Revision verkennt, daß die Auslegung des Berufungsgerichts gerade dahin geht, daß es sich bei dem zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrag nicht um einen Kauf nach Probe im Sinne des § 494 BGB handelt. Eine solche Auslegung ist rechtlich möglich, da die Vorlage eines Musters beim Kaufabschluß für sich allein noch nicht genügt, um den Kauf als einen solchen im Sinne des § 494 BGB anzusehen (RGZ 94, 336; RG Warn 1922 Nr 95). Maßgeblich ist insoweit vielmehr der Parteiwille, der bei einem Kauf nach Probe darauf gerichtet sein muß, daß die Eigenschaften der Probe für die verkaufte und zu liefernde Ware zugesichert sein sollen. Das Berufungsgericht sieht sich bei den hier gegebenen Verhältnissen aus tatsächlichen Gründen gehindert, einen dahingehenden übereinstimmenden Parteiwillen festzustellen. Bei dieser Sachlage konnte das Berufungsgericht aus Rechtsgründen daher zu der Feststellung gelangen, daß der Vertrag der Parteien insofern eine Lücke aufweist, als der Fall, daß die F Trockenkartoffelbestände nicht mustergerecht seien, von den Parteien nicht bedacht und nicht geregelt worden ist. Auch gegen die Art, in der das Berufungsgericht diese von ihm festgestellte Vertragslücke gemäß § 157 BGB ausgefüllt hat, läßt sich aus Rechtsgründen

nichts einwenden. Denn die ergänzende Vertragsauslegung des Berufungsgerichts entspricht den in der Rechtsprechung ausgebildeten Grundsätzen über die Ausfüllung vorhandener Vertragslücken (vgl dazu BGHZ 9, 273). Schließlich begegnet auch das Ergebnis, zu dem das Berufungsgericht gelangt, keinen rechtlichen Bedenken. Dieses Ergebnis bedeutet seinem sachlichen Inhalt nach, daß der Kauf unter der auflösenden Bedingung der Probemäßigkeit geschlossen worden ist, eine Vertragsgestaltung, die bei Vorlage einer Probe durchaus nicht aus dem Rahmen des Üblichen fällt (vgl RGRK BGB § 494 Bem 1; Staudinger-Ostler Komm BGB § 494 Bem 4) und die den vom Berufungsgericht festgestellten und seiner Auslegung zugrunde gelegten besonderen Verhältnissen des vorliegenden Falles durchaus Rechnung trägt.

3.) Schließlich wendet sich die Revision auch noch gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, daß der ursprüngliche Vertragsinhalt nicht dadurch geändert worden sei, daß die Klägerin nach der Feststellung der Qualitätsmängel bei den F██████████ Trockenkartoffelbeständen versucht habe, der Beklagten als Ersatz einen entsprechenden Posten von Trockenkartoffeln aus den Wu██████████ Beständen zu liefern. Das Berufungsgericht begründet seine dahingehende Auffassung damit, daß nach dem eigenen Vortrag der Beklagten ein Ersatzvertrag über eine Lieferung von Trockenkartoffeln aus den Wu██████████ Beständen nicht geschlossen worden sei. Die Revision meint demgegenüber, daß das Berufungsgericht damit den Vortrag der Beklagten entstelle. Die Beklagte habe sich nämlich, so führt die Revision aus, immer auf den Standpunkt gestellt, daß zwischen den Parteien ein unbeschränkter Gattungskauf über die Lieferung mustergerechter Trockenkartoffel zu dem vereinbarten Preis abgeschlossen worden sei. Die Beklagte

habe daher von diesem Standpunkt aus auch den Abschluß eines Ersatzvertrages über eine Lieferung von Trockenkartoffeln aus den Wu[REDACTED] Beständen verneint.

Auch diese Rüge der Revision ist unbegründet. Das Berufungsgericht konnte durchaus in diesem Zusammenhang den unstreitigen Vortrag der Beklagten verwerten. Es brauchte im Hinblick auf § 138 Abs 1 ZPO nicht davon auszugehen, daß dieser tatsächliche Vortrag der Beklagten nur ein zweckbedingter Vortrag sei und für den Fall, daß der Rechtsansicht der Beklagten über den Charakter des am 11. Juli 1949 geschlossenen Vertrages nicht gefolgt werde, überhaupt nicht gelten solle.

4.) Die übrigen Angriffe der Revision richten sich gegen eine Hilfsbegründung des Berufungsgerichts. Da es nach den vorstehenden Ausführungen auf diese Hilfsbegründung für die Entscheidung nicht ankommt, ist es auch nicht erforderlich, auf diese Angriffe der Revision im einzelnen einzugehen.

Die Revision ist somit mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO als unbegründet zurückzuweisen.

Dr.Canter Dr.Delbrück Dr.Fischer Dr.Winkelmann Dr.Haager