

ZR 95/51

Erkundet am 15. Dezember 1951

Hirth, Justizangestellter,
als Urkundsbeamter der Geschäfts-
stelle.

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Artur K [REDACTED] in B [REDACTED],
K [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]

gegen

den Weingutsbesitzer Harry W [REDACTED], W [REDACTED] K [REDACTED]
[REDACTED] in F [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED]

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 1. Dezember 1951 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Dr. Canter und der Bundesrichter Dr.

Drost, Dr. Selowsky, Dr. Benkard und Dr. Kuhn

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das
Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlan-
desgerichts in Neustadt/Weinstrasse vom
17. April 1951 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhand-
lung und Entscheidung, auch über die
Kosten der Revision, an das Berufungs-
gericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist Inhaber einer Weinkellerei in B [REDACTED], der Beklagte Weingutbesitzer in F [REDACTED]/Pfalz. Im Februar 1944 kaufte der Kläger von dem Beklagten 3.600 Liter Kallstadter naturreinen Weißwein aus den Jahrgängen 1939-1941 und 1.000 Flaschen, je 3/4 Liter enthaltend, Kallstadter Spätlese, Jahrgang 1941, erste Qualität. Als Kaufpreis für den Faßwein und den auf Flaschen abgezogenen Wein wurde ein Gesamtpreis von RM 16.200 zwischen den Parteien vereinbart. Auf diesen Betrag hat der Kläger im Jahre 1944 insgesamt RM 15.000 an den Beklagten bezahlt. Der Wein ist von dem Beklagten nicht geliefert worden. Die französische Besatzungsbehörde hat ihn nach seiner Behauptung im Jahre 1946 beschlagnahmt. Der Beklagte hat den ihm von dem Kläger bezahlten Betrag dem Kläger wieder zur Verfügung gestellt, indem er die RM 15.000 auf ein Sonderkonto bei der Kreissparkasse B [REDACTED], Zweigstelle F [REDACTED], einzahlte und hiervon den Kläger mit Schreiben vom 16. Juli 1946 benachrichtigte.

Der Kläger hat beantragt, den Beklagten zu verurteilen, 3.600 Liter Kallstadter naturreinen Weißwein Jahrgang 1939 und 1.000 Flaschen mit einem Inhalt von je 3/4 Liter Kallstadter Spätlese, erste Qualität, Jahrgang 1941, zu liefern. Er hat weiter beantragt, dem Beklagten zur Lieferung gemäss § 255 ZPO eine angemessene Frist zu setzen und ihn nach fruchtlosem Ablauf dieser Frist zur Zahlung einer in das Ermessen des Gerichts gestellten Schadensersatzsumme zu verurteilen. Schliesslich hat er hilfsweise beantragt, den Beklagten zu verurteilen, Auskunft darüber zu geben, was er durch die angebliche Beschlagnahme der 3.600 Liter Faßwein an Entschädigung erhalten habe und diese Entschädigungssumme an ihn, den Kläger, herauszugeben.

45

Zur Begründung seines Antrages hat er vorgetragen, der Beklagte habe die Übersendung des Weines an ihn übernommen und sich verpflichtet, die erforderlichen Transportgefäße zu stellen. Dies entspreche auch einem Handelsbrauch im Weinhandel. Der Beklagte sei mit der Lieferung des Weines im Verzuge. Er habe ihn unmittelbar nach Abschluss des Kaufvertrages zur Lieferung des Weines aufgefordert und im Jahre 1944 wiederholt gemahnt. Noch Ende des Jahres 1947 habe der Beklagte erklärt, der Kläger bekomme seinen Wein, er müsse nur warten. Auf jeden Fall stehe ihm der Betrag zu, den der Beklagte von der Besatzungsmacht als Ersatz für die Beschlagnahme des Faßweines erhalten habe.

Der Beklagte hat um Klagabweisung gebeten. Er hat geltend gemacht, bei Abschluss des Kaufvertrages sei nicht vereinbart worden, dass die Versendung des Weines durch ihn geschehe. Der Kläger habe bei Abschluss des Vertrages ausdrücklich erklärt, er werde selbst über den Wein verfügen. Der Kläger habe ihm aber keine Weisung gegeben. Es sei ihm auch nicht möglich gewesen, den Versand des Weines durchzuführen, da er im Jahre 1943 ausgebombt worden sei und nur noch 2 oder 3 Transportfässer gehabt habe. Aus diesem Grunde sei schon bei Vertragsschluss zwischen dem Kläger und ihm vereinbart worden, dass der Kläger die Fässer durch die "We [REDACTED]", eine Weintransportgesellschaft in N [REDACTED], stellen und den Versand selbst übernehmen solle. Der vom Kläger behauptete Handelsbrauch bestehe nicht. Der Kläger habe auch bei früheren Geschäften, die er mit ihm getätigt habe, den Wein selbst verladen. Er bestreite mit der Lieferung des Weines in Verzug gekommen zu sein. Nach Kriegsende sei die Lieferung des verkauften Weines unmöglich geworden. Die französische Besatzungsmacht habe



im Jahre 1946 seine Weinvorräte, die in seinem Keller in Freinsheim gelagert und unter denen sich auch die vom Kläger gekauften 3.600 Liter Kallstadter Weißwein befunden hätten, beschlagnahmt. Ebenso sei der vom Kläger gekaufte Flaschenwein, der zur damaligen Zeit infolge Mangels an Flaschen noch unabgefüllt bei dem Erzeuger, dem Weingut Ernst Ko[REDACTED] in K[REDACTED], gelagert habe, beschlagnahmt worden. Er habe dem Kläger im Jahre 1947 nicht versprochen, den Wein zu liefern. Für den Faßwein habe er eine Entschädigung von RM 4,80 für den Liter von der Besatzungsmacht erhalten.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Oberlandesgericht die hiergegen eingelegte Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der Revision erstrebt der Kläger die Verurteilung des Beklagten. Er hat in der Revisionsinstanz den Klagantrag auf Zahlung einer Schadensersatzsumme nicht mehr gestellt und, nachdem der Beklagte in der Berufungsinstanz erklärt hatte, dass er von der Besatzungsmacht eine Entschädigung für den Faßwein von RM 4,80 für den Liter erhalten habe, nunmehr hilfsweise beantragt, den Beklagten zur Zahlung von DM 1.728 zu verurteilen. Der Beklagte bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I. Es ist im Gegensatz zu den Ausführungen des Berufungsgerichts davon auszugehen, dass nicht erst die von dem Beklagten behauptete Beschlagnahme der Weine im Jahre 1946 durch die französische Besatzungsmacht die

Leistung des Beklagten unmöglich gemacht hat, sondern diese trat schon durch die Anordnung des Oberregierungspräsidiums Hessen-Pfalz vom 29. Oktober 1945 betreffend Erfassung von Weinbauerzeugnissen in Erzeuger- und Handelsbetrieben ein. Gemäss dieser Anordnung waren die Weinbestände der letzten und älteren Ernten in Erzeugerbetrieben sowie in Weingrosshandelsbetrieben, die in eigenen und fremden Kellern lagerten, gleichgültig, ob sie verkauft oder nicht verkauft waren, den Bürgermeisterämtern zu melden. Die hierdurch erfassten Weine waren mit Wirkung vom 1. November 1945 blockiert. Dieser Irrtum des Berufungsgerichts ist aber für die Entscheidung des Rechtsstreits unerheblich, da die gleichen Gründe, die das Berufungsgericht für die Unmöglichkeit der Lieferung zur Zeit nach der Beschlagnahme der Weine anführt, bereits für die Zeit nach der Blockierung im Jahre 1945 bestanden haben.

Es ist daher zunächst zu prüfen, ob der Beklagte sich mit der Lieferung der Weine zur Zeit ihrer Blockierung im Verzuge befunden hat, da er nur in diesem Falle für die Folgen der hierdurch eingetretenen Unmöglichkeit gegenüber dem Kläger eintreten muss (§ 287 Satz 2 BGB).

Die Entscheidung dieser Frage hängt davon ab, welche Vereinbarungen die Parteien bezüglich der Stellung der Transportgefässe und der Versendung des Weines getroffen haben. Hatte der Kläger auch nur eine dieser Verpflichtungen zu erfüllen, so konnte der Beklagte nicht in Verzug kommen, solange der Kläger der Verpflichtung zur Stellung der Transportgefässe nicht nachkam oder über die Weine nicht verfügte (§ 285 BGB).

Da der Beklagte die Behauptung des Klägers bestritten hatte, dass er, der Beklagte, die Stellung der Transportgefäße und die Versendung des Weines bei Vertragsabschluss übernommen habe, so hat das Berufungsgericht den Kläger für beweispflichtig erachtet, dass der Kaufvertrag zwischen den Parteien unter dieser Bedingung geschlossen worden sei.

Die Beweislastverteilung des Berufungsgerichts wäre nicht zu beanstanden, wenn der Kläger nicht vorgetragen haben würde, dass im Weinhandel ein Handelsbrauch bestehe, nach welchem es üblich sei, dass die Transportgefäße bei Verkäufen an ausserhalb des Weinbaugebietes ansässige Käufer von dem Verkäufer zu stellen seien. Würde ein solcher Handelsbrauch tatsächlich bestehen, so würde dieser, auch ohne dass es zwischen den Parteien ausdrücklich vereinbart worden wäre, Inhalt des Vertrages geworden sein. Dies würde zur Folge haben, dass der Beklagte, da er in Abweichung von diesem Handelsbrauche eine ausdrückliche gegenteilige Vereinbarung der Parteien behauptete, diese seinerseits hätte beweisen müssen. Das Berufungsgericht musste daher zunächst die Frage klären, ob diese Handelsusage besteht. Hierfür hatte sich der Kläger auf die Auskunft der Industrie- und Handelskammer für den Fall bezogen, dass das Bestehen dieses Handelsbrauches vom Berufungsgericht nicht als offenkundig anerkannt werde. Das Berufungsgericht hat hierzu weder aus eigener Sachkenntnis Stellung genommen, noch den angebotenen Beweis erhoben. Mit Recht hat die Revision diese Unterlassung gerügt. Die Feststellung des Berufungsgerichts, dass der Kläger die erforderlichen Transportgefäße zu stellen gehabt habe, ist daher auf Grund einer nicht erschöpfenden Berücksichtigung

des gesamten Inhalts der Verhandlungen erfolgt. Daher beruht die hieraus gezogene rechtliche Folge des Berufungsgerichts, der Beklagte habe nicht in Verzug kommen können, solange seine Leistung infolge der Nichtstellung der Transportgefäße durch den Kläger unterblieben sei, auf einer unzureichenden Klärung des Tatbestandes. Aus diesem Grunde bedurfte es jedoch nicht der Aufhebung des Urteils. Selbst wenn man unterstellen würde, dass der Beklagte zur Stellung der Transportgefäße verpflichtet gewesen sei, würde er nicht in Verzug gekommen sein, da es an der erforderlichen Mahnung seitens des Klägers fehlt. Der Kläger hat zwar vorgetragen, dass er den Beklagten insbesondere durch seine Schreiben vom 5. September und 1. Oktober 1944 gemahnt habe, den Wein zu liefern. Der Beklagte hat aber bestritten, diese Schreiben erhalten zu haben und ist hierbei bei seiner Vernehmung nach § 445 ZPO verblieben. Da eine Mahnung eine empfangsbedürftige Willensserklärung ist, so können Rechtsfolgen aus einer solchen dem Beklagten nicht zugegangenen Mahnung nicht hergeleitet werden.

II. Das Berufungsgericht hat festgestellt, dass der Beklagte nicht verpflichtet war, den Wein an den Kläger zu versenden, es vielmehr dessen Sache war, den Wein beim Beklagten abzuholen. Auch hierzu hatte der Kläger ausgeführt, es bestehe ein Handelsbrauch, nach welchem der Verkäufer bei Weinverkäufen an Käufer, die ausserhalb des Weinbaugebietes ihren Wohnsitz haben, zur Versendung des Weines verpflichtet sei. Das Bestehen dieses von dem Kläger behaupteten Handelsbrauches hat das Berufungsgericht aus eigener Sachkenntnis verneint und den von dem Kläger hierfür angebotenen Beweis, eine Auskunft der Industrie- und Handelskammer einzuholen, nicht erhoben.

Hiergegen wendet sich die Revision. Sie führt aus, das Berufungsgericht habe zu Unrecht auf Grund seiner eigenen Sachkenntnis erklärt, dass der von dem Kläger behauptete Handelsbrauch nicht bestehe. Es habe auf Grund privater Kenntnis den gegenteiligen Beweisantritt des Klägers nicht übergehen dürfen. Ein unkontrollierbares, gegenteiliges Wissen des Gerichts könne nicht anstelle der zu Beweis gestellten Parteibehauptung gesetzt werden.

Diesen Ausführungen der Revision kann nicht gefolgt werden. Das Berufungsgericht war in der Lage, von der Einholung der Auskunft der Industrie- und Handelskammer Abstand zu nehmen, wenn es glaubte, aus eigener Sachkenntnis die Frage über das Bestehen eines solchen Handelsbrauches entscheiden zu können. Die Herbeiziehung einer gutachtlichen Äusserung einer Fachbehörde steht im freien richterlichen Ermessen. Das Gericht kann sie ablehnen, wenn es sich eine als Überzeugung, genügende, eigene Sachkenntnis zutraut (RG in Warn 1921 Nr 146; RGZ 78, 194 [197]; Sydow-Busch ZPO 22. Aufl zu § 403 ZPO Ann 1; Stein-Jonas ZPO 17. Aufl vor § 402 ZPO zu III, 1). Dies war aber im vorliegenden Rechtsstreit der Fall. Das Berufungsgericht hat aus eigener Sachkenntnis festgestellt, dass der vom Kläger behauptete Handelsbrauch bezüglich der Versendung des Weines nicht bestehe. Es ist unzutreffend, wenn die Revision diese Sachkenntnis des Gerichts als unkontrollierbares, privates Wissen des Berufungsgerichts bezeichnet. Es handelt sich vielmehr um eine zulässige Beurteilung des Berufungsgerichts, das sich auf seine eigene Sachkenntnis stützt, die ihm ausreichte, sich eine Überzeugung dahingehend zu bilden, dass der Handelsbrauch nicht bestehe.

Wenn die Revision sich zur Unterstützung ihrer Ansicht auf die Entscheidung des Reichsgerichts vom 5. November 1915 (Warn 1915 Nr 282) beruft, so ist ihr entgegenzuhalten, dass der dieser Entscheidung zugrunde liegende Tatbestand ein wesentlich anderer war. In diesem Falle hatte das Gericht das Bestehen einer Handelsusance mit der Begründung abgelehnt, dass der behauptete Handelsbrauch bisher nicht zu seiner amtlichen Kenntnis gekommen sei. Mit Recht hat das Reichsgericht hierzu ausgeführt, dass dies allein nicht ausreiche, um das Nichtbestehen des Handelsbrauches zu begründen. Im vorliegenden Falle hatte aber das Gericht das Nichtbestehen des Handelsbrauches auf Grund seiner positiven Kenntnis über die im Weinhandel bestehenden Gepflogenheiten verneint. Es obtrugte sich somit für das Berufungsgericht, weitere Beweise in dieser Richtung zu erheben.

Da das Berufungsgericht somit in verfahrensrechtlich unangreifbarer Weise zu dem Ergebnis gelangt ist, dass der von dem Kläger behauptete Handelsbrauch über die Versandungspflicht des Beklagten nicht bestehe, so hat es den Kläger mit Recht als beweispflichtig für seine Behauptung erachtet, dass der Beklagte bei Abschluss des Kaufvertrages die Versendung des Weines übernommen habe. Der Kläger hatte sich hierfür auf die Vernehmung des Beklagten berufen. Diese Vernehmung ist gemäss § 445 ZPO von dem Landgericht angeordnet und vom Berufungsgericht mit Recht gebilligt worden. Diese Vernehmung des Beklagten hat das Berufungsgericht dahingewürdigt, dass der Kläger den ihm obliegenden Beweis nicht erbracht habe. Auch den Ausführungen des Klägers, dass aus der von ihm in der Berufungsinstanz vorgelegten Rechnung vom 2. Dezember 1943 über ein zwischen den Parteien Ende des Jahres 1943

getätigtes Weingeschäft hervorgehe, dass es nach der Art ihrer Geschäftsbeziehungen üblich gewesen sei, dass der Beklagte die Versendung des Weines übernehme, ist das Berufungsgericht nicht gefolgt. Es ist vielmehr zu der Überzeugung gelangt, dass bei diesem Geschäft im Dezember 1943 die Parteien ausdrücklich, zumindest aber stillschweigend übereingekommen seien, dass der Beklagte den Wein nach seiner Abfüllung in Flaschen auf die Bahn bringen sollte. Für eine gleiche Vereinbarung in dem zur Entscheidung stehenden Falle fehle es jedoch an Anhaltspunkten, die auf eine solche Vereinbarung schliessen liessen.

Die hiergegen von der Revision erhobenen Angriffe entkräften die Ausführungen des Berufungsgerichts insoweit nicht, als das Berufungsgericht ausführt, dass die damalige Übersendung des Weines durch den Beklagten nicht zwingend darauf hindeute, dass nach der Art der Geschäftsbeziehungen der Parteien beim Fehlen ausdrücklicher Vereinbarungen eine Verpflichtung des Beklagten für alle spätere Fälle angenommen werden müsse. Es erübrigte sich somit, auf die Ausführungen der Revision in dieser Beziehung einzugehen.

Würdigte somit das Berufungsgericht den gesamten Inhalt der Verhandlung und das Ergebnis der Beweisaufnahme dahin, dass weder ein Handelsbrauch bestehe, nach welchem der Beklagte gehalten war, die Versendung des Weines zu übernehmen, noch eine diesbezügliche Vereinbarung bei dem Kaufabschluss zwischen den Parteien ausdrücklich getroffen worden sei und dass schliesslich nach der Art der Geschäftsbeziehungen der Parteien eine solche stillschwei-

gende Vereinbarung nicht angenommen werden könne, so ist das Revisionsgericht hieran gebunden. Hatte aber der Beklagte die Versendung des Weines nicht übernommen, sondern war er lediglich verpflichtet, ihn "ab Keller" zu liefern, so konnte er nicht in Verzug kommen, solange seine Leistung infolge des von ihm nicht zu vertretenden Umstandes, der Abholung des Weines durch den Kläger, unterblieb.

Somit ist davon auszugehen, dass der Beklagte am 1. November 1945, dem Zeitpunkte, in welchem der Wein in der Pfalz durch behördliche Anordnung blockiert wurde, sich nicht im Verzug befunden hat.

III. Der Kläger hat des weiteren vorgetragen, dass die Parteien Ende des Jahres 1947 vereinbart hätten, dass der Beklagte, sobald er von den Beschränkungen der Besatzungsmacht befreit sei, den Wein liefern werde. Der Beklagte habe damals dem Interessenvertreter des Klägers, dem Rechtsanwalt Dr. Overbußmann, erklärt: "Kölsch bekomme seinen Wein, er müsse nur warten."

In dieser unter Zeugenbeweis gestellten Äusserung des Beklagten sieht der Kläger ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis.

Das Landgericht hatte in seinem Urteile ausgeführt, dass diese Behauptung von dem Kläger verspätet vorgetragen und für die Urteilsfindung unerheblich gewesen sei. In der Berufungsinstanz ist der Kläger diesen Ausführungen des landgerichtlichen Urteils entgegengetreten und

hat seinen diesbezüglichen Vortrag wiederholt. Hierzu hat das Berufungsgericht ausgeführt, das von dem Kläger behauptete deklaratorische Schuldanerkenntnis könne nicht als abgegeben angenommen werden. Diese Behauptung sei zu spät vorgetragen, der Kläger sei daher mit seinem Beweismittel zu Recht ausgeschlossen worden. Des weiteren sei sie deshalb nicht glaubhaft, weil der Wein im Zeitpunkte des angeblichen Schuldanerkenntnisses nicht mehr vorhanden gewesen sei. Es könne also ununtersucht bleiben, ob eine solche Äusserung als deklaratorisches Schuldanerkenntnis zu werten sei.

Hiergegen wendet sich die Revision. Sie erhebt eine verfahrensrechtliche Rüge. Das Landgericht sei auf diese Behauptung des Klägers überhaupt nicht eingegangen, habe sie auch nicht gemäss § 279 ZPO zurückgewiesen. Auf die in der Berufungsinstanz nochmals vorgetragene Behauptung des Klägers, dessen Vortrag rechtzeitig erfolgt sei, könne § 529 Abs 2 ZPO nicht zur Anwendung kommen, weil weder seine Voraussetzungen gegeben noch vom Berufungsgericht festgestellt worden seien. Auch die weitere Ausführung des Berufungsgerichts, die vom Kläger unter Beweis gestellte Behauptung sei unglaubhaft, reiche nicht aus, ihn mit diesem Angriffsmittel auszuschliessen.

Es ist zunächst zu prüfen, ob der diesbezügliche Vortrag des Klägers für die Urteilsfindung von Erheblichkeit sein könnte. In einem solchen schuldbestätigenden Anerkenntnis, das von der Gegenseite angenommen wird, kann möglicherweise ein Anerkenntnisvertrag gefunden werden, der formlos gültig ist und die Wirkung hat, dass ein

Schuldverhältnis dem Rechtsgrunde nach als dem Streite der Parteien entrückt zu gelten hat, wobei solche Einwendungen in Zukunft ausgeschlossen sind, die der Schuldner zur Zeit des Abschlusses dieses Schuldbestätigungsvertrages kannte (RGZ in Warn 1932 Nr 72; Urteil des Reichsgerichts vom 19. November 1918 III 279/18, im Leitsatz abgedruckt im Nachschlagebuch der Rechtsprechung des RG zu § 781 BGB Nr 35; RGRK BGB 9. Aufl Anm 3 zu § 781 BGB und die dort angegebene Rechtsprechung; Staudinger BGB zu § 781 Anm 4 I 4 b).

Somit könnte von Bedeutung sein, ob ein solcher schuldbestätigender Anerkenntnisvertrag zwischen den Parteien im Jahre 1947 zustande gekommen ist. Dieser würde die Folge gehabt haben, dass der Beklagte sich auf die damals bestehende Blockierung des Weines und die durch die französische Besatzungsmacht erfolgte Beschlagnahme nicht mehr berufen könnte, nachdem die Blockierung des Weines nicht mehr besteht. Diese Blockierung des Weines war auf Grund der Anordnung der französischen Besatzungsmacht erfolgt, wie aus den amtlichen Erläuterungen zur Durchführung der Anordnung vom 29. Oktober 1945 zu I hervorgeht. Diese Beschränkung des Weinhandels durch die Besatzungsmacht ist nach der Bekanntmachung des Ministeriums für Landwirtschaft, Ernährung und Forsten von Rheinland-Pfalz im Juli 1948 in Fortfall gekommen (vgl Beilage zur Deutschen Weinzeitung Nr 13/14 Jahrgang 1948). In der Abgabe eines solchen Schuldanerkenntnisses in Kenntnis der erfolgten Blockierung und Beschlagnahme des Weines würde ein Verzicht auf die Geltendmachung der sich hieraus ergebenden Rechtsfolgen zu erblicken sein.

Ob ein solcher Anerkenntnisvertrag zustande gekommen ist, ist Tatfrage. Die Ansicht des Berufungsgerichts,

dass es hierzu nicht gekommen sein dürfte, weil es die Behauptung des Klägers mit Rücksicht auf den Umstand, dass der Wein zur Zeit des von dem Kläger behaupteten Abschlusses bereits beschlagnahmt gewesen sei, für unglaublich halte, genüge nicht, um den Kläger mit seinem Angriffsmittel auszuschliessen. Der Beweis einer erheblichen Tatsache kann nicht um deswillen abgeschnitten werden, weil aus anderen Tatsachen sich ihre Unwahrscheinlichkeit und Unglaubhaftigkeit ergibt (RG 95, 188 [1917]). Aber auch die weitere Bemerkung des Berufungsgerichts, der Kläger habe diese Behauptung "zu spät" vorgetragen, ist nicht frei von rechtlichen Bedenken, umsomehr, weil aus ihr nicht hervorgeht, ob das Berufungsgericht den Kläger nach § 529 ZPO mit diesem Beweismittel ausschliessen wollte. Selbst wenn man jedoch in dieser Äusserung des Berufungsgerichts einen Ausschluss dieses Angriffsmittels nach § 529 ZPO erblicken wollte, so würde sie allein für seine Rechtfertigung nicht ausreichen. Das Gericht entscheidet zwar auf Grund freier Überzeugung, ob eine Partei Angriffs- oder Verteidigungsmittel in der Absicht, den Prozess zu verschleppen, oder aus grober Nachlässigkeit nicht früher vorgebracht hat. Eine Nachprüfung der Zurückweisung verspäteten Vorbringens durch das Revisionsgericht findet aber insoweit statt, als es sich um die Voraussetzungen und die Grenzen des Ermessens handelt. Das Gericht hat deshalb die Tatsachen, aus welchen es die Absicht der Verschleppung oder der groben Nachlässigkeit folgert, soweit festzustellen, dass die Nachprüfung in der Revisionsinstanz möglich ist (RG in JW 1932 S. 2875; RG in Wern 1930 Nr. 33 und die dort angeführten Entscheidungen). Aus den Ausführungen des Berufungsgerichts geht nicht hervor, in welchem Verhalten des Klägers, der in beiden Instanzen diese Behauptung unter

Beweisantritt vorgetragen hat, es Verschleppungsabsicht oder grobe Nachlässigkeit erblickt, die sich keineswegs aus dem Prozeßverlauf von selbst ergeben (vgl. RG im Recht 1932 Nr 109).

Somit ist die Rüge der Revision begründet. Das Berufungsurteil war daher aufzuheben. Das Berufungsgericht wird in der erneuten Verhandlung in tatsächlicher Hinsicht zu klären haben, ob es im Jahre 1947 zu einem Schuldanerkenntnisvertrage gekommen ist, inhalts dessen der Beklagte sich verpflichtet hatte, nach Aufhebung der durch die Besatzungsmacht angeordneten Beschränkungen im Weinhandel, also nach Aufhebung der Blockierung des Weines, und in Kenntnis der von ihm behaupteten, damals bereits erfolgten Beschlagnahme des an den Kläger verkauften Faß- und Flaschenweins die ihm aus dem Kaufvertrage vom Februar 1944 obliegenden Verpflichtungen zu erfüllen. Das Berufungsgericht wird weiter zu prüfen haben, welche rechtliche Wirkungen ein derartiges deklaratorisches Schuldanerkenntnis auf die Rechtsbeziehungen der Parteien gegebenenfalls hat.

IV. Ergibt die Beweisaufnahme, dass der von dem Kläger behauptete Schuldanerkenntnisvertrag nicht oder nicht mit dem vom Kläger behaupteten Inhalte zustandegekommen ist, oder, dass trotz seines Bestehens der Beklagte zur Lieferung des Weines aus Gründen, die nach seinem Abschlusse den Beklagten von seiner Lieferungsverpflichtung befreien, nicht verpflichtet ist, so dürfte es zweckmässig sein, eine Klärung darüber herbeizuführen, ob der Kläger von dem Beklagten 3.600 Liter Kallstadter Weißwein des

Jahrgangs 1939 oder aus den Jahrgängen 1939 bis 1941 gekauft hat. Der Tatbestand des Berufungsurteils ist insoweit nicht eindeutig. Dies dürfte deswegen von Bedeutung sein, weil der Beklagte in seinem Schriftsatz vom 13. Juli 1949 vorgetragen hat, dass die daselbst aufgeführten Fässer mit einem Gesamtinhalte von 3.685 Liter an die französische Besatzungsmacht auf Grund der Beschlagnahme abgeliefert worden seien. Dieser Wein sei der an den Kläger verkaufte Wein gewesen. In diesen Fässern befanden sich aber nur 550 Liter [REDACTED] Naturwein aus dem Jahrgang 1939, während der übrige abgelieferte Wein Kallstadter Naturwein Jahrgang 1938 und 1940 gewesen sein soll.

Die Klärung der Frage, ob der durch die französische Besatzungsmacht im Jahre 1946 bei dem Beklagten beschlagnahmte Wein identisch mit den an den Kläger verkauften 3.600 Liter Faßwein gewesen ist, dürfte für die Entscheidung der Frage erheblich sein, ob der Kläger einen Anspruch auf die von der Besatzungsmacht gezahlte Entschädigung von RM 4,80 für den Liter erheben kann. Das Berufungsgericht wird seine Ansicht, dass bei begrenzten Gattungsschulden, solange sie nicht nach § 243 Abs 2 BGB individualisiert seien, ein Anspruch aus § 281 BGB in keinem Falle bestehe, in Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts (RGZ 93, 142 [143]; 95, 21 [23]) überprüfen müssen.

Was den Flaschenwein anbetrifft, so wird davon auszugehen sein, dass auch er durch die Anordnung vom 28. Oktober 1945 erfasst und demzufolge blockiert war. Das Berufungsgericht hat bezüglich dieses Weines eine Leistungsbefreiung des Beklagten wegen wirtschaftlicher Unmöglichkeit angenommen. Es hat ausgeführt, dass die Leistung

auch dann als unmöglich betrachtet werden müsse, wenn die Beschaffung von Wein: der gleichen Gattung mit solchen Schwierigkeiten verbunden sei, dass sie dem Schuldner billigerweise nicht mehr zugemutet werden könne. Die Leistung müsse auch aus dem Grunde als unmöglich angesehen werden, wenn die Beschaffung des Weines die nach § 242 BGB zu ziehende Opfergrenze überschreite. Diesen Rechtsausführungen ist beizutreten. Das Berufungsgericht hat es aber unterlassen, die hierzu erforderlichen tatsächlichen Feststellungen zu treffen, auch insoweit dürfte bei der erneuten Verhandlung eine Klärung in tatsächlicher Richtung erforderlich sein.

Die Kostenentscheidung musste, da eine Entscheidung in der Hauptsache nicht ergehen konnte, dem Berufungsgericht überlassen bleiben.

Dr. Canter

Dr. Solowsky

Dr. Benkard

zugleich für den durch
Urlaub an der Unter-
schrift verhinderten
BR Dr. Drost

Dr. Kuhn