

Verkündet am 8. April 1964
Klett, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

2234 015

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

In dem Rechtsstreit

des Rechtsanwalts Rudolf E [REDACTED] in Bad D [REDACTED],
W [REDACTED]straße S [REDACTED] Nr. [REDACTED], als Verwalter im Konkurs über das
Vermögen der Firma Karl F [REDACTED] Söhne, Kalkwerk, Gesellschaft
mit beschränkter Haftung, in Ka [REDACTED] a.d.W.,

Beklagten, Widerklägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Theodor K [REDACTED] Gesellschaft mit beschränk-
ter Haftung in L [REDACTED] a.Rhein, P [REDACTED]straße [REDACTED], vertre-
ten durch ihren Geschäftsführer Theodor K [REDACTED],

Klägerin, Widerbeklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 8. April 1964 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter
Artl, Dr. Mezger, Dr. Messner und Mormann

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 2. Zivil-
senats des Oberlandesgerichts in Neustadt
vom 7. Mai 1962 wird auf Kosten des Beklagten
zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die ursprüngliche Beklagte, die im Laufe des Rechtsstreits in Konkurs geriet, betrieb in Ka [REDACTED] (Pf [REDACTED]) ein Kalkwerk. Durch schriftliche Bestätigung vom 17. März 1955 verpflichtete sich die Klägerin, von der Beklagten auf fünf Jahre täglich rund 15 Tonnen von dieser geförderten, gebrannten und gemahlenen Stückkalk zum Preise von 2,50 DM je Zentner ab Werk abzunehmen. Der Kalk war für die Herstellung von Kalksandsteinen in einem von der Klägerin in Bo [REDACTED] errichteten Kalksandsteinwerk bestimmt. Die Beklagte richtete ihren Betrieb durch Neuanschaffungen auf die Bedürfnisse der Klägerin ein und sollte sie ausschließlich mit Stückkalk beliefern. Die Klägerin veräußerte der Beklagten einen Silo. Aus diesem Geschäft verblieb ein Restbetrag, für den die Beklagte einen Wechsel über 5548 DM akzeptierte. Die Klägerin klagte den am 16. Juni 1956 fällig gestellten Wechsel mit Nebenkosten und Zinsen am 21. Juni 1956 ein und erwirkte im Wechselprozeß entsprechendes Versäumnisurteil. Es wurde im Einspruchsverfahren unter Anrechnung eines Betrages von 2584,54 DM per 21. Juni 1956 durch Vorbehaltsurteil aufrechterhalten.

Im Nachverfahren rechnete die Beklagte mit einer Schadensersatzforderung auf. Hiervon machte sie einen weiteren Teilbetrag von 10 000 DM nebst Zinsen im Wege der Widerklage geltend. Sie stützte die Schadensersatzforderung darauf, daß die Klägerin ihre Verpflichtungen zur laufenden Abholung und Abnahme von gebranntem gemahlenem Feinkalk in der Zeit ab 24. August 1959 nur zum Teil erfüllt habe. Dabei geht es um folgende Einzelheiten.

Nach Herstellung der Neuanlage für die Fertigung von Kalksandstein in Bo[REDACTED] begann die Klägerin damit, aus dem Kalkwerk der Beklagten gebrannten und gemahlenen Kalk abzuholen. Die im März 1955 festgelegten Mengen von 15 to pro Arbeitstag wurden dabei nicht erreicht. In der Zeit vom 24. August bis 8. Dezember 1955 bezog die Klägerin nämlich nur 649 to, während das Abnahmesoll 1515 to betrug. Die Herstellung von Kalksandsteinen bei der Klägerin war auf Schwierigkeiten gestoßen. Sie ließ deshalb den Produktionsvorgang durch das Lieferwerk ihrer neuen Anlage, die A[REDACTED]werke AG in B[REDACTED], überwachen. Mit Schreiben vom 30. September 1955 teilte die Klägerin der Beklagten mit, der gelieferte Kalk entspreche nicht den Anforderungen, um einen gleichmäßig haltbaren Sandstein herzustellen. Die gefertigten Steine wiesen nicht die erforderliche Druckfestigkeit auf. Der Kalk müsse einen gleichbleibenden Kalziumoxyd (CaO)-Gehalt von mindestens 80 % haben. Untersuchungen von Proben hätten ergeben, daß es hieran fehle und der Kalk nicht genügend durchgebrannt sei. Mit Schreiben vom 27. Oktober 1955 teilte die Klägerin der Beklagten wieder mit, aus neuerlichen Analysen der Atlaswerke gehe hervor, daß die Proben nur 68 bzw. 70 % ^{frei} CaO enthielten. Der hohe Prozentsatz an CO₂ lasse darauf schließen, daß der Kalk nicht genügend durchgebrannt sei. Die Beklagte bestritt, vertragswidrigen Kalk geliefert zu haben, und wies die Klägerin wiederholt auf ihre Abnahmepflicht hin.

Ab 9. Dezember 1955 verweigerte die Klägerin weitere Abnahmen. Sie kündigte mit Schreiben ihres beauftragten Rechtsanwalts vom 14. Dezember 1955 das Lieferungsabkommen fristlos unter Hinweis auf mehrere Untersuchungen von Kalkproben mit der Begründung, daß die Beklagte trotz wiederholter Vorstellungen keinen vertragsmäßigen



Brandkalk geliefert habe. Die Analyse des Instituts für Beton und Stahlbeton bei der Technischen Hochschule Karlsruhe vom 2. Dezember 1955 zeige bei fünf Proben aus der Zeit vom 14. bis 19. November 1955 einen wesentlich niedrigeren CaO-Gehalt als er von der Beklagten in dem schriftlich niedergelegten Vertragsentwurf vom 25. März 1955 zugesichert worden sei. Nach diesem habe sich nämlich die Klägerin dazu verpflichtet, Kalk mit einem Gehalt von mindestens 90 % freiem CaO zu liefern.

Die Beklagte geriet in Zahlungsschwierigkeiten und beantragte am 24. Januar 1956 den Erlass einer einstweiligen Verfügung, wonach der Klägerin aufgegeben werden sollte, täglich rund 15 to gebrannten und gemahlenen Stückkalk abzunehmen. In der mündlichen Verhandlung über diesen Antrag schlossen die Parteien am 7. Februar 1956 einen Vergleich, Danach sollten aus der laufenden Produktion der Antragstellerin auf die Dauer von 14 Tagen täglich Proben aus gebranntem und gemahlenem Kalk entnommen und abwechselnd den Technischen Hochschulen Darmstadt und Karlsruhe zur Begutachtung vorgelegt werden. Während der Probeentnahme sollte die Antragsgegnerin täglich mindestens 10 to Kalk abnehmen. Die Kündigung nahm die Klägerin in dem Vergleich für den Fall zurück, daß bei sämtlichen Proben der glühverlustfreie CaO-Gehalt zwischen 80 bis 90 % liege. Ziffer II des Vergleichs lautet:

"Die Parteien sind sich darüber einig, daß ein CaO-Gehalt von 80 bis 90 %, bezogen auf die glühverlustfreie Substanz als vertragsgemäße Lieferung gilt."

Die Technischen Hochschulen Darmstadt und Karlsruhe begutachteten je sechs Kalkproben aus der Zeit vom

18. März bis 3. April 1956. Der Untersuchungsbericht der Technischen Hochschule Karlsruhe bezieht sich auf Probeentnahmen vom 19. März bis 31. März 1956. Die Klägerin nahm ab 3. April 1956 wieder gemahlten Kalk ab, blieb indes dabei unter dem vorgesehenen Abnahmesoll. Mit Schreiben des von ihr beauftragten Rechtsanwalts vom 29. Mai 1956 beanstandete die Klägerin unter anderem auch, untersuchte Proben hätten ergeben, daß der Kalk zum Teil einen zu hohen Glühverlust aufweise.

Vereinbarungsgemäß sollte der gelieferte Kalk wöchentlich abgerechnet und bezahlt werden. Die Klägerin weigerte sich, eine Rechnung der Beklagten vom 14. Juni 1956 über 1809,86 DM zu bezahlen. Die Beklagte konnte deshalb aus Mangel an Zahlungsmitteln einen Waggon Koks nicht einlösen. Sie mußte die Produktion von gebranntem Feinkalk am 20. Juni 1956 einstellen. Darauf hat die Klägerin den zu Protokoll gegangenen Wechsel eingeklagt.

Die Beklagte hat behauptet, sie sei seit Beginn der Lieferungen an die Klägerin stets lieferbereit gewesen. Diese sei laufend durch Minderabnahmen in Verzug geraten. Der gelieferte und der Klägerin angebotene Kalk habe der vereinbarten Qualität entsprochen. Die Klägerin habe jedoch durch unbegründete Beanstandungen versucht, sich von der Abnahmepflicht zu lösen. Sie sei auch mit ihren Zahlungsverpflichtungen in Verzug gekommen. Auf das Verhalten der Klägerin sei es zurückzuführen, daß sie, die Beklagte, schließlich wirtschaftlich zusammengebrochen sei. Der von der Klägerin zu vertretende Schaden bestehe vor allem in dem Verdienstausfall wegen der laufend unzulänglichen Abnahme und der schließlichen Einstellung weiterer Bezüge. Er

belaufe sich auf 14,--DM pro Tonne und übersteige daher den zur Aufrechnung gestellten Betrag und die Widerklageforderung.

Die Klägerin hat erwidert, die Beklagte habe zugesichert, ungelöschten gebrannten Feinkalk mit einem CaO-Gehalt von mindestens 90 % zu liefern. Der gelieferte Kalk habe dieser Zusicherung nicht entsprochen. Er sei nicht einmal in handelsüblicher Beschaffenheit geliefert worden. Die Kündigung des Liefervertrages sei daher berechtigt. Aus der Unterschreitung des Abnahmesolls in der Zeit bis zum 9. Dezember 1955 könne die Beklagte auch deswegen keine Ansprüche herleiten, weil sie die Klägerin insoweit nicht in Verzug gesetzt habe. Dem Ersatzanspruch stehe insoweit auch der Vergleich vom 7. Februar 1956 entgegen. Die Qualität des nach dem Vergleich gelieferten Kalkes habe den vertraglich berechtigten Anforderungen ebenfalls nicht entsprochen.

Die Beklagte hat bestritten, einen CaO-Gehalt von mehr als 90 % zugesichert zu haben. Die in dem Vergleich vereinbarten Untersuchungen von Kalkproben hätten ergeben, daß sie in der Lage gewesen wäre, Kalk mit dem in dem Vergleich festgelegten CaO-Gehalt und damit in vertragsgemäßer Qualität zu liefern. Die Beklagte habe die nach dem Vergleich bezogenen Mengen auch nicht beanstandet, sondern sich mit anderen Ausreden der laufenden Abnahmepflicht entzogen.

Das Landgericht hat die Klage unter Aufhebung des Versäumnisurteils und des Vorbehaltsurteils abgewiesen. Es hat auf die Widerklage die Klägerin verurteilt, 10 000 DM nebst 9 % Zinsen aus 4214 DM seit 20. Juni bis 31. August 1956 und aus 10 000 DM seit 1. September 1956 zu zahlen, und zwar analog im Urteil näher be-

zeichneten Pfändungsgläubiger. Die Schadensersatzforderung leitet das Landgericht daraus her, daß die Beklagte in der Zeit vom 4. April 1956 bis 19. Juni 1956 insgesamt 301 Tonnen Kalk zu wenig abgenommen habe und daß ab 20. Juni 1956 infolge gänzlicher Einstellung der Abnahme ein werktäglicher Verlust von 210 DM entstanden sei.

Am 16. Februar 1957 wurde über das Vermögen der Beklagten der Konkurs eröffnet. Der Konkursverwalter nahm den Rechtsstreit auf. Die Klägerin meldete darauf ihre Restforderung gegen die Gemeinschuldnerin in Höhe von 2461,95 DM im Konkursverfahren an. Die Forderung wurde vom Konkursverwalter wegen der Aufrechnung bestritten. Sodann hat die Klägerin schließlich beantragt, das Vorbehaltsurteil des Landgerichts unter Wegfall des Vorbehalts mit der Maßgabe zu bestätigen, daß die angemeldete Forderung zur Konkurstabelle festgestellt wird. Der Konkursverwalter hat beantragt, die Berufung der Klägerin zurückzuweisen.

Das Oberlandesgericht hat dem geänderten Klageantrage entsprochen. Die Widerklage hat es abgewiesen.

Mit der Revision erstrebt der Konkursverwalter die Abweisung der Klage und die Zurückweisung der Berufung hinsichtlich der Widerklage, während die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Die Revision des Konkursverwalters verfißt den Standpunkt, die zur Konkurstabelle angemeldete und mit dem Feststellungsantrag der Klägerin weiterverfolgte

Restforderung (§ 146 KO) sei bereits vor Konkursöffnung durch Aufrechnung der Gemeinschuldnerin mit deren Schadensersatzforderung gegen die Klägerin erloschen. Außerdem macht der Konkursverwalter im Wege der Widerklage nach § 10 KO die Schadensersatzforderung der Gemeinschuldnerin in Höhe des weiteren Teilbetrages von 10 000 DM nebst Zinsen geltend. Die Entscheidung über Klage und Widerklage hängt somit allein von der Beurteilung der Schadensersatzforderung der Gemeinschuldnerin ab.

Das Oberlandesgericht stellt dazu fest, die Klägerin sei bis zum 14. Dezember 1955 mit keiner der ihr obliegenden vertraglichen Pflichten in Verzug geraten. Von diesem Zeitpunkt ab sei der Vertrag zwischen ihr und der Gemeinschuldnerin durch Rücktritt der Klägerin erloschen. Diese sei nämlich zur Lieferung von Kalk mit der vereinbarten Qualität nicht bereit und fähig gewesen. Aus diesem Grunde sei die Klägerin berechtigt gewesen, weitere Kalkabnahmen zu verweigern. Dieses Leistungsverweigerungsrecht stehe dem Eintritt des Verzuges entgegen, ohne daß sich die Klägerin ausdrücklich darauf zu berufen brauchte.

Nach Sinn und Zweck des Vertrages habe die Gemeinschuldnerin einen Kalk besonderer Qualität liefern müssen, wie er zur Herstellung von Kalksandsteinen erforderlich sei. Diese Verpflichtung sei zwar in dem Vertrag nicht ausdrücklich festgelegt worden; sie ergebe sich jedoch aus einer ergänzenden Auslegung des Vertrages nach § 157 BGB.

Solchen Kalk habe die Beklagte nicht geliefert. Denn nach dem im Berufungsverfahren eingeholten Gut-

achten des Oberingenieurs M. beim Institut für Beton und Stahlbeton an der Technischen Hochschule in Karlsruhe vom 30. November 1961 solle der bei der Kalksandstein-Produktion verwendete Brandkalk einen Glühverlust von höchstens 6 bis 7 % aufweisen. Die im November 1955 von diesem Institut untersuchten Kalkproben hätten bei weitem nicht den geringen Glühverlust von 6 bis 7 % gehabt. Der Kalk sei bis zu 20,42 % vorhydratisiert gewesen. Bei so hohen Glühverlusten könne mit großer Wahrscheinlichkeit darauf geschlossen werden, daß auch die früheren Kalklieferungen der Gemeinschuldnerin nicht der vereinbarten Qualität entsprochen haben.

Angesichts der vorliegenden Untersuchungsergebnisse habe der für die ordnungsgemäße Erfüllung des Vertrages durch die Gemeinschuldnerin beweispflichtige Beklagte nicht überzeugend dargetan, daß die Gemeinschuldnerin bis zum 14. Dezember 1955 zur Lieferung von für die Kalksandsteinherstellung geeignetem Kalk in der Lage gewesen sei und solchen Kalk tatsächlich jeweils geliefert oder angeboten habe. Zu dieser Zeit sei die Beklagte daher zum Rücktritt vom Vertrage berechtigt gewesen. Hierfür sei es unerheblich, ob sie die bis dahin abgenommenen Mengen ordnungsgemäß gerügt habe. Ihr Leistungsverweigerungsrecht habe auch ohne eine solche Mängelrüge bestanden. Die Rücktrittserklärung sei durch den Vergleich vom 7. Februar 1956 nicht gegenstandslos geworden. Dabei könne dahingestellt bleiben, welche Vorstellungen die Vergleichspartner mit der Erklärung über die Rücknahme der Kündigung im Vergleich verbunden haben. Die Gemeinschuldnerin habe nämlich auch während der in dem Vergleich vorgeschriebenen Probezeit keinen Kalk von der vereinbarten Qualität geliefert.

In dem Vergleich sei zwar nur abgesprochen, daß der Kalk einen CaO-Gehalt von 80 bis 90 % aufweisen müsse. Daneben komme es aber besonders auf den Glühverlust des dazu verwendeten Kalkes an. Deshalb habe die Gemeinschuldnerin ohne besondere Absprache angesichts des Vertragszweckes Kalk mit einem so niedrigen Glühverlust liefern müssen, daß eine Verarbeitung zu Kalksteinen möglich war. Kalk dieser Qualität habe die Gemeinschuldnerin jedoch nicht bereit gehalten. Durch das Gutachten des Sachverständigen M. in Verbindung mit dem Untersuchungsergebnis der Staatlichen Materialprüfungsanstalt bei der Technischen Hochschule Karlsruhe vom 10. April 1956 sei erwiesen, daß die Gemeinschuldnerin lediglich in zwei von sechs Fällen Kalk geliefert habe, der zur Kalksandsteinherstellung geeignet war. Bei diesem Untersuchungsergebnis könne nicht angenommen werden, daß der im übrigen während der Probezeit gelieferte (nicht untersuchte) Kalk den vertraglichen Qualitätsanforderungen genügt habe.

II. Das Urteil des Berufungsgerichts hält im Ergebnis den Angriffen der Revision stand. Dabei ist nicht entscheidungserheblich, ob die Klägerin sich durch die Kündigung vom 14. Dezember 1955 rechtswirksam von dem Lieferungsvertrag gelöst hat, obwohl sie, wie nach dem Berufungsurteil zu unterstellen ist, festgestellte Mängel nicht ordnungsgemäß gerügt hat. Es ist auch unerheblich, ob durch die Kündigung überhaupt Minderabnahmen in der Zeit vor der Kündigung betroffen worden sein können. Entscheidend ist vielmehr auch insoweit, ob die Gemeinschuldnerin imstande war, die Klägerin vertragsgemäß zu beliefern. Wer Schadensersatz nach § 326 BGB wegen Nichterfüllung verlangen will, muß nämlich

fähig gewesen sein, den Vertrag zu erfüllen. Das ist nach ständiger Rechtsprechung auch des Reichsgerichts (vgl. z.B. RG JW 1925, 606⁹) ein feststehender Rechtsgrundsatz. Die Feststellungen des Berufungsgerichts rechtfertigen den Schluß, daß es an dieser Voraussetzung bei der Gemeinschuldnerin gefehlt hat.

Bei dem hier zu beurteilenden Vertragsverhältnis war es für die Klägerin wesentlich, daß sie laufend und gleichmäßig mit dem für den Vertragszweck geeigneten Stückkalk beliefert wurde. Die Fähigkeit der Beklagten zur vertragsgemäßen Belieferung der Klägerin ist daher zu verneinen, wenn sie nicht in der Lage war, eine entsprechende Qualität laufend zu gewährleisten. Die Revision meint zwar, für die Vertragsmäßigkeit der von der Gemeinschuldnerin zu erbringenden Leistungen sei es nicht von Bedeutung, ob der gelieferte und zur Lieferung angebotene Kalk für die Herstellung von Kalksandstein tauglich war. Diese Rechtsansicht ist jedoch nach den Feststellungen des Berufungsgerichts über den Vertragszweck rechtlich unzutreffend.

Nach diesen Feststellungen kommt es für die Eignung von gebranntem "Weißfeinkalk" zur Herstellung von Sandstein nicht nur auf den Gehalt des Kalkes an freiem CaO (bezogen auf die glühverlustfreie Substanz, wobei der an Kohlensäure (CO₂) und an Schwefel (SO₃) gebundene Kalk (CaO) außer Betracht bleibt - vgl. Gutachten M. S. 1), sondern auch noch auf weitere Eigenschaften an, die der gebrannte Kalk aufweisen muß. Er darf nämlich keinen zu hohen Glühverlust aufweisen, um für die Kalksandsteinherstellung brauchbar zu sein. Diese Feststellung wird von der Revision nicht angegriffen. Es kommt nicht darauf an, daß diese Eigenschaft

in dem Vergleich vom 6. Februar 1956 nicht ausdrücklich erwähnt ist. Deshalb kann auch dahingestellt bleiben, ob die Einigung über den Mindestgehalt an CaO in dem Vergleich auch rückwirkend für die Vertragszeit von Bedeutung ist.

Nach der rechtlich einwandfreien Auslegung des Lieferungsvertrages durch das Berufungsgericht ergab sich eindeutig schon aus dem Sinn und Zweck des Vertrages, daß der von der Gemeinschuldnerin zu liefernde Kalk zur Herstellung von Kalksandsteinen verwendet werden sollte, so daß diese auch der Gemeinschuldnerin schon bei Vertragsabschluß bekannte Zweckbestimmung Vertragsinhalt geworden war. Bei dieser Sachlage folgt die Verpflichtung der Beklagten, Kalk zu liefern, der für den nach dem Vertrage vorausgesetzten Verwendungszweck tauglich ist, unmittelbar aus § 459 BGB, der auf das Vertragsverhältnis gemäß § 651 BGB (Absatz 1 Satz 2 erster Halbsatz) Anwendung findet. Es bedarf deshalb insoweit nicht der von dem Berufungsgericht vorgenommenen ergänzenden Vertragsauslegung, so daß dahingestellt bleiben kann, ob die in der Rechtsprechung hierfür geforderten Voraussetzungen vorliegen. Wenn das Berufungsgericht ferner annimmt, die Verpflichtung zur Lieferung eines für den Vertragszweck tauglichen Kalkes sei durch den Vergleich vom 6. Februar 1956 nicht beseitigt worden, so liegt darin eine Auslegung dieser Vereinbarung, an die das Revisionsgericht gebunden ist. Sie ist möglich und sogar besonders naheliegend. Die Revision hat nicht aufgezeigt, daß das Berufungsgericht wesentlichen Auslegungsstoff übergangen habe oder daß ihm ein sonstiger Rechtsverstoß unterlaufen sei. Deshalb ist ihr Standpunkt, es komme nur darauf an, ob der auf Grund des Vergleiches bereitgestellte Kalk einen Gehalt von 80 bis 90 % an reinem CaO aufwies, nicht gerechtfertigt.

Auch die weiteren Ausführungen der Revision in diesem Zusammenhang sind unerheblich. Sie führt aus, der Sachverständige M. habe als Ergebnis seines Gutachtens vom 30. November 1961 festgestellt, daß der Kalk sowohl nach der DIN 1060 als auch nach dem Vergleich nicht zu beanstanden sei. Lediglich aus den Erfahrungen der Kalksandsteinindustrie ergabe sich, daß der Wassergehalt der Proben für die Herstellung von Kalksandsteinen zu hoch liege. Der Hinweis der Revision auf die Ausführungen des Sachverständigen über die Güteanforderung für Baukalke nach der DIN 1060 läßt folgendes unbeachtet: Der Sachverständige hat ausdrücklich hervorgehoben, in DIN 1060 sei nichts über die Höhe des Glühverlustes bzw. des Wassergehaltes bei ungelöschtem Weißfeinkalk gesagt. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts haben die Parteien sich nicht auf eine Ware geeinigt, die den Güteanforderungen nach DIN 1060 entsprechen sollte, sondern auf Lieferung einer Ware, die zu dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch tauglich sein sollte. War sie das nicht, so war sie mangelhaft und daher nicht vertragsgemäß im Sinne von § 459 BGB. Wie der Sachverständige M. weiter ausgeführt hat, kann ungelöschter Feinkalk auch für die Herstellung von Putz- und Mauermörtel verwendet werden. Bei solcher Verwendung seien höhere Glühverluste für die Qualität des Mörtels ohne Einfluß. Im Hinblick auf die Verwendung zur Kalksandsteinherstellung seien aber Glühverluste über 8 % nicht als handelsüblich anzusehen.

Der Sachverständige hat an der angeführten Stelle entgegen der Revisionsrüge nicht erklärt, daß der Kalk nach dem Vergleich nicht zu beanstanden sei. Er hat nur ausgeführt, die in der Zeit vom 19. März bis 31. März 1956

entnommenen Proben hätten nach dem Untersuchungsbericht vom 10. April 1956 innerhalb der Normenrichtwerte gelegen. Diese Ausführung bezieht sich jedoch ersichtlich nicht auf den Glühverlust. Dieser lag nach den zusammenfassenden Feststellungen des Sachverständigen bei den Proben II und III und evtl. auch noch bei der Probe I zu hoch. Daraus ergibt sich, daß die Beschaffenheit des Kalkes unterschiedlich und schwankend war.

Wenn das Berufungsgericht auf Grund des Gutachtens des Sachverständigen M. im Zusammenhang mit dem Bericht vom 10. April 1956 zu der Feststellung gelangt, die Gemeinschuldnerin habe lediglich in zwei von sechs Fällen Kalk geliefert, der zur Kalksandsteinherstellung geeignet gewesen sei, so liegt dieser Feststellung offensichtlich die Annahme zugrunde, daß nach einer Ausführung des Sachverständigen auf Seite 3 des Gutachtens der Glühverlust bestenfalls 6 bis 7 % betragen dürfe. Auch wenn das Berufungsgericht dabei die abschließende Erklärung des Sachverständigen, wonach Glühverluste bis 7 oder 8 % noch als handelsüblich bezeichnet werden könnten, zu Unrecht übergangen haben sollte, so bliebe noch die Feststellung gerechtfertigt, daß mindestens drei von den sechs Proben einen zu hohen Glühverlust ergeben haben. Die Klägerin durfte aber eine Belieferung mit einem Kalk in gleichmäßiger Güte verlangen. Deshalb ist dem Berufungsgericht dahin beizutreten, daß eine solche Belieferung in der Zeit nach dem Vergleich vom 6. Februar 1956 nicht gewährleistet war.

Diese Feststellungen rechtfertigen aber auch den Schluß, daß die Gemeinschuldnerin auch vorher nicht im-

stande war, der Klägerin eine laufend vertragsgemäße Ware zu liefern. Hierfür kommt noch hinzu, daß nach dem Untersuchungsbericht des genannten Instituts vom 2. Dezember 1955 bei sämtlichen fünf Kalkproben aus der Zeit vom 14. bis 19. November 1955 die Glühverluste der einzelnen Kalkproben die zulässige Grenze sehr erheblich überstiegen, nämlich über 15 % bis zu 20,42 % betrugen. Dies haben auch der Sachverständige M. und ihm folgend. das Berufungsgericht als Mangel gekennzeichnet.

Die Revision meint zu Unrecht, es sei nicht angängig, die Gemeinschuldnerin mit dem Risiko zu belasten, das darin bestehe, daß die Klägerin, wie anzunehmen sei, über die Erfordernisse eines brauchbaren Kalks für die Herstellung von Kalksandsteinen keine genügend klare Vorstellung gehabt habe. Darauf kann es nicht ankommen. Denn nach § 459 BGB trägt der Verkäufer grundsätzlich das Risiko für seine Fähigkeit, eine Ware zu liefern, die für den nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch tauglich ist. Er haftet allerdings auf Schadensersatz nur unter besonderen Voraussetzungen, nämlich im Falle der Zusicherung von besonderen Eigenschaften und im Falle arglistigen Verschweigens von Mängeln der Ware. Darum geht es hier aber nicht, sondern allein darum, die Vertragspflichten der Gemeinschuldnerin dem Umfange nach zu bestimmen. Der Vorwurf, der der Gemeinschuldnerin gemacht wird, geht danach dahin, daß es an ihrer Fähigkeit zur fortlaufenden Belieferung der Klägerin mit einem mangelfreien Brandkalk gefehlt hat. Es ist nach Lage der Sache

nicht unbillig und rechtfertigt insbesondere keinen Vorwurf der Arglist gegen die Klägerin, wenn sie sich gegenüber den Schadensersatzansprüchen, die der Beklagte geltend macht, auf die fehlende Fähigkeit der Gemeinschuldnerin zur vertragsmäßigen Lieferung beruft. Auch eine schuldhafte Vertragsverletzung der Klägerin gegenüber der Gemeinschuldnerin ist insoweit nicht dargetan.

III. Das Berufungsgericht hat ferner verneint, daß die Klägerin wegen Verzuges mit der Bezahlung der Rechnung vom 14. Juni 1956 schadensersatzpflichtig geworden sei. Auch in diesem Punkt ist dem Berufungsgericht im Ergebnis beizutreten.

Wenn die Gemeinschuldnerin, wie zu unterstellen ist, infolge des Zahlungsverzuges keinen Koks mehr zur Verfügung hatte und deshalb am 20. Juni 1956 die Produktion einstellen mußte, so entfiel zwar dadurch für sie die Möglichkeit, die Klägerin weiter zu beliefern. Daraus kann jedoch deshalb kein Schadensersatzanspruch hergeleitet werden, weil auch für diese Zeit angenommen werden muß, daß die Gemeinschuldnerin nicht fähig gewesen wäre, die Klägerin mit Stückkalk in vertragsgemäßer Beschaffenheit zu beliefern. Dafür, daß der Gemeinschuldnerin wegen des Zahlungsverzuges der Klägerin andere Geschäfte entgangen seien, fehlt es an der erforderlichen Darlegung. Was die Revision in diesem Zusammenhang ausführt, ist nicht geeignet, einen Schadensersatzanspruch zu rechtfertigen.

IV. Zusammenfassend ergibt sich, daß das Berufungsgericht die Schadensersatzforderungen im Ergebnis rechtlich zutreffend verneint hat. Deshalb muß die Revision des Beklagten als unbegründet zurückgewiesen werden. Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens beruht auf § 97 ZPO.

Dr.Haidinger Artl Dr.Mezger Dr.Messner Mormann