

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

BGB §§ 326 A, 459, 477, 480, 249 Hd; EWG-Vertrag Art. 177
Abs. 3; ZPO § 286 A

- a) Zur Begrenzung einer mangelhaften von einer Falschlieferung (aliud), wenn eine im Rahmen der EWG-Agrarmarktordnung von der deutschen Interventionsstelle anzukaufende Ware frei von jeglichen Zusätzen sein soll, eine Lieferung diesen Anforderungen aber nicht entspricht.
- b) Die Vorlage an den Europäischen Gerichtshof (Art. 177 Abs. 3 EWGV) ist nicht erforderlich, wenn die Entscheidung des deutschen Gerichts zwar von der Auslegung einer EWG-Vorschrift abhängt, der Europäische Gerichtshof die für die Auslegung wesentlichen Fragen aber bei der Auslegung einer anderen Vorschrift bereits beantwortet hat.
- c) Macht die deutsche Interventionsstelle Schadensersatz wegen Nichterfüllung eines Interventionskaufvertrages gegen den Verkäufer geltend, so sind die von ihr aufgewendeten, auch bei Vertragserfüllung anfallenden Finanzierungskosten kein Teil des Schadens, wenn ein Gewinn aus dem Weiterverkauf der Ware nicht zu erwarten war.
- d) Zur Verwertbarkeit eines in erster Instanz in einem nachgelassenen Schriftsatz neu eingeführten Tatsachenvortrages, der in der Berufungsinstanz nicht ausdrücklich erörtert worden ist, auf den dort jedoch pauschal Bezug genommen worden ist.

BGH, Urt. v. 18. September 1985 - VIII ZR 244/84 - OLG Frankfurt
LG Frankfurt

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 244/84

URTEIL

Verkündet am: 18. September 85
Kanik, Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma K [REDACTED], Alleininhaber: Kaufmann
Kurt K [REDACTED], A [REDACTED] 33 - 34 in H [REDACTED],

Beklagte und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED] und
[REDACTED] -

g e g e n

die Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung,
Anstalt des öffentlichen Rechts, vertreten durch den
Vorstand Dr. D [REDACTED], G [REDACTED] und Dr. W [REDACTED], A [REDACTED] -
allee 40 in F [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

8

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 18. September 1985 durch den Vorsitzenden Richter Braxmeier und die Richter Treier, Dr. Brunotte, Dr. Paulusch und Groß

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 25. Juni 1984 (1 U 173/83) geändert.

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts Frankfurt am Main vom 22. Juni 1983 (2/4 O 5/83) wird in Höhe von 11.007,11 DM nebst Zinsen zurückgewiesen.

Im übrigen wird das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin, die Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung von Kaufverträgen geltend macht, ist die staatliche Interventionsstelle im Bereich der



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



gemeinsamen Marktordnung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft. Ihr obliegt u.a. die staatliche Übernahme der unter die Marktordnung fallenden Agrarerzeugnisse zu den gemeinschaftsrechtlich festgelegten Interventionspreisen sowie die Abgabe derartiger Interventionsbestände im Rahmen der jeweils festgelegten Abgabebestimmungen. Zu den in die Interventionsregelung einbezogenen Agrarerzeugnissen gehört auch Magermilchpulver.

Den Interventionsverträgen liegen die VO (EWG) Nr. 804/68 des Rates vom 27. Juni 1968 - ABl. Nr. L 148/13 vom 28. Juni 1968 - und die VO (EWG) Nr. 1108/68 der Kommission vom 27. Juli 1968 - ABl. Nr. L 184/34 vom 29. Juli 1968 - zugrunde.

Artikel 1 Abs. 1 Satz 1 der VO (EWG) Nr. 1108/68 in der Fassung der VO (EWG) Nr. 1093/75 der Kommission vom 28. April 1975 - ABl. Nr. L 109/5 vom 29. April 1975 - lautet:

"Die Interventionsstellen kaufen nur Magermilchpulver der ersten Qualität, das den in den Anhängen genannten Bedingungen hinsichtlich Qualität, Verpackung und Kennzeichnung entspricht und das am Tage der Abgabe des Verkaufsangebots bei der Interventionsstelle nicht älter als zwei Monate ist."

Anhang I der VO (EWG) Nr. 1108/68 lautet auszugsweise:

"Sprühhägemilchpulver

1. Qualität

a)	Gehalt an Milchfett	höchstens 1,5 v.H.
b)	Gehalt an Wasser	höchstens 4,0 v.H.
c)	Gesamtsäuregehalt in Milchsäure	höchstens 0,15 v.H. (180° Dornic)
d)	Neutralisierungsmittel	Nachweis negativ
e)	gestattete Zusätze	keine
f)	Phosphatase	Nachweis negativ
g)	Löslichkeit	höchstens 0,5 ml (mindestens 99 v.H.)
h)	Reinheitsgrad	mindestens Muster- scheibe B (15,0 mg)
i)	Keimgehalt	höchstens 50 000 pro Gramm
k)	Kolinachweis	negativ in 0,1 g
l)	Geschmack und Geruch	einwandfrei
m)	Aussehen	weiße bis leicht gelb- liche Farbe, schmutzfrei, keine verbrannten Teil- chen

2. Verpackung

...."

Die Einfuhr- und Vorratsstelle für Fette, Rechts-
vorgängerin der Klägerin, hatte zur Durchführung der
Intervention bei Hägemilchpulver Richtlinien vom
20. August 1969 - BAnz. Nr. 155 vom 23. August 1969 -
erlassen. Nr. 8 der Richtlinien in der geänderten
Fassung vom 15. Februar 1973 - BAnz. Nr. 37 vom
22. Februar 1973 - und vom 17. Mai 1974 - BAnz. Nr.
96 vom 25. Mai 1974 - lautet:

"Nach Einlagerung der Ware zieht die EVSt-F
aus 1 % der Gebinde Proben, die je Partie
zu einer Mischprobe vereinigt werden. Die
Untersuchung dieser Mischproben erfolgt in
einer milchwirtschaftlichen Lehr- und
Untersuchungsanstalt.

Entspricht die Ware nach dem Untersuchungsergebnis nicht den gestellten Mindestanforderungen, so wird die EVSt-F eine weitere Mischprobe aus 2 % der Gebinde ziehen und von einer milchwirtschaftlichen Lehr- und Untersuchungsanstalt bzw. einer milchwirtschaftlichen Forschungsanstalt untersuchen lassen. Dieses Untersuchungsergebnis ist sowohl für die EVSt-F als auch für den Anbieter verbindlich, selbst wenn letzterer, obwohl ihm hierzu Gelegenheit gegeben wurde, bei Probenziehung nicht zugegen war. Bei Nichterfüllung der Qualitätsanforderungen ist die EVSt-F berechtigt, von dem Anbieter entweder den kostenlosen Austausch oder die Rücknahme der beanstandeten Ware unter Rückerstattung des Kaufpreises und der aufgewendeten Lagerkosten zu verlangen. Außerdem sind der EVSt-F die angefallenen zusätzlichen Kosten (z.B. Untersuchungskosten) zu ersetzen. Der zurückzuzahlende Betrag ist vom Tag des Empfangs bis zur Zahlung mit 2 v.H., bei Verzug vom Tag des Verzugs an mit 3 v.H. über dem jeweiligen Diskontsatz der Deutschen Bundesbank zu verzinsen; der am Ersten eines Monats geltende Diskontsatz ist für jeden Zinstag dieses Monats zugrunde zu legen. Bei positiver Beurteilung der Probe gehen die Kosten der Untersuchung zu Lasten der EVSt-F. Sonstige vertragliche oder gesetzliche Ansprüche der EVSt-F werden durch die in Abs. 3 getroffene Regelung nicht ausgeschlossen".

Durch zwei Verträge vom 13. Januar 1978 (Imp Nrn. 10 178 und 10 180) kaufte die Klägerin von der Beklagten insgesamt 50 t Sprühhagermilchpulver für 321,09 DM/100 kg. Die Lieferung erfolgte am 26. Januar und 10. Februar 1978. Die beiden Partien wurden von einem milchwirtschaftlichen Labor geprüft, das mit Untersuchungszeugnissen vom 16. Februar 1978 bestätigte, daß die Ware den Qualitätsnormen im Rahmen der staatlichen Intervention (EWG) entspreche.

Die Beklagte hatte das gelieferte Pulver von der Firma Milchwerk A. B. KG (im folgenden: Hersteller) bezogen. Im Jahre 1979 wurde bekannt, daß der Hersteller wegen erheblicher Verluste bei der Magermilchpulverproduktion in der Zeit von November 1977 bis zur Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der Firma am 9. November 1979 ein kostengünstigeres Pulver erzeugt hatte, indem er ein Pulvergemisch aus billigeren Milchinhaltsstoffen wie Molkenpulver, Lactose und Natriumkaseinat in Magermilch auflöste und dieses Gemisch trocknete anstatt Milchpulver durch Trocknung reiner Magermilch zu gewinnen. Der Komplementär der Herstellerfirma wurde deshalb durch Urteil des Landgerichts Hildesheim vom 26. Februar 1981 wegen Betrugs zum Nachteil seiner Abnehmer zu einer mehrjährigen Freiheitsstrafe verurteilt.

Die Klägerin ist der Ansicht, das gelieferte Trockenmilcherzeugnis stelle kein Magermilchpulver dar, sondern eine Ware anderer Art. Sie forderte deshalb die Beklagte mit Schreiben vom 22. Oktober 1979 auf, die Kaufverträge zu erfüllen und bis zum 15. November 1979 50 t Sprühmagermilchpulver zu liefern. Da die Beklagte dies zurückwies, drohte die Klägerin ihr mit Schreiben vom 8. April 1980 unter Nachfristsetzung bis zum 23. April 1980 an, die Annahme nach Ablauf der Frist abzulehnen. Die Beklagte weigerte sich erneut mit Schreiben vom 14. April 1980.

Unter dem 6. August 1980 beantragte die Klägerin im Hinblick auf die hier streitigen Lieferungen

ein Beweissicherungsverfahren, in welchem Prof. Dr. K. [REDACTED] vom Institut für Chemie und Physik der Technischen Universität M. [REDACTED] am 23. Februar 1981 ein Gutachten über die Analysewerte der Pulverproben, die aus den noch lagernden 50 t entnommen waren, erstellte.

Mit der Klage macht die Klägerin einen Schaden in Höhe von 103.672,71 DM geltend, der ihr durch Mindererlös, Lagerkosten einschließlich Probenahme- und Untersuchungskosten, Kosten des Beweissicherungsverfahrens und Finanzierungskosten für das Jahr 1978 entstanden sein soll.

Dagegen sieht die Beklagte das gelieferte Trockenmilcherzeugnis allenfalls als Schlechtlieferung an, hält die daraus möglicherweise erwachsenen Gewährleistungsrechte aber für verjährt. Die Schadensersatzansprüche bestreitet sie dem Grunde und der Höhe nach.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, weil die Lieferung mangelhaft (§ 459 BGB) gewesen sei, Gewährleistungsansprüche wegen Verjährung aber nicht mehr geltend gemacht werden könnten.

Das Oberlandesgericht hat die Beklagte antragsgemäß zum Schadensersatz verurteilt.

Mit der Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, erstrebt die Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe

Die Revision hat teilweise endgültigen Erfolg und führt im übrigen zur Aufhebung und Zurückverweisung.

I. 1. Das Berufungsgericht stellt fest, die Beklagte habe der Klägerin Ende Januar und Anfang Februar 1978 in den beiden Teilpartien von je 25 t (Verträge Nr. 10 178 und 10 180) ein Pulver geliefert, das nicht den im Anhang I zur EWG-VO 1108/68 für Sprühmagermilchpulver festgelegten Merkmalen entsprochen, sondern aus dem sog. "A-XXXXXXXXXX-Gemisch" bestanden habe.

2. Die Revision beanstandet diese Feststellung nicht. Sie macht geltend, das Berufungsgericht habe die Menge der von der Beklagten zugestandenen Molkenpulverbeimischung sowie das Vorhandensein anderer, milchfremder Zusätze nicht aufgeklärt; deshalb sei revisionsrechtlich davon auszugehen, daß die chemisch-physikalische Zusammensetzung des gelieferten Pulvers den in den EWG-Vorschriften gestellten Anforderungen völlig entspreche.

Diese Ausführungen beziehen sich nur auf die Rechtsfolgen einer Abweichung von der geschuldeten Leistung, nicht dagegen auf die Abweichung selbst, deren Feststellung aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden ist.

II. Ohne Erfolg rügt die Revision, das Berufungsgericht habe die in Nr. 8 Absätze 1 und 2 der Richtlinien enthaltene Schiedsgutachter-Vereinbarung übergangen; bei zutreffender Auslegung und Anwendung dieser Regelung sei die Klägerin an das Ergebnis der ersten, die Übereinstimmung mit den Anforderungen bestätigenden Laboruntersuchung vom 16. Februar 1978 gebunden gewesen, ohne daß es darauf ankomme, ob sich die Lieferung aufgrund einer späteren Prüfung als mangelhaft oder gar als Falschlieferung herausgestellt habe.

1. Nr. 8 Abs. 2 Satz 2 der Richtlinien erklärt das Ergebnis der dort genannten labortechnischen Untersuchung als "für beide Parteien verbindlich". In einer solchen Vertragsregelung kann die Vereinbarung eines auf die Feststellung bestimmter Tatsachen gerichteten Schiedsgutachtens liegen (Senatsurteil vom 19. Februar 1957 - VIII ZR 38/56 = LM BGB § 317 Nr. 7; BGH Urteile vom 26. Oktober 1972 - VII ZR 44/71 = LM BGB § 319 Nr. 13 und vom 9. Juni 1983 - IX ZR 41/82 = NJW 1983, 2244). Ob die Richtlinien in dieser Weise auszulegen sind und ob - wie die Beklagte ferner meint - ein aufgrund erst später als ungenügend erkannter Prüfmethoden erstattetes Gutachten nicht "offenbar unrichtig" und damit verbindlich wäre, kann indessen dahingestellt bleiben. Es fehlt nämlich bereits an einem unter die fragliche Bestimmung fallenden Gutachten.

2. Die Beklagte will die von der Klägerin alsbald nach der Lieferung veranlaßte Laboruntersuchung

vom 16. Februar 1978, in der die Übereinstimmung mit den EWG-Anforderungen bestätigt worden war, als verbindlich ansehen. Diese Laborprüfung war jedoch die in Nr. 8 Absatz 1 der Richtlinien vorgesehene Untersuchung, deren Verbindlichkeit als Schiedsgutachten nicht vereinbart ist. Das ergibt sich vor allem aus dem eindeutigen Wortlaut der vom Revisionsgericht selbst auszulegenden Regelung. Deren Absatz 1 sieht für jede Lieferung eine Laborprüfung vor, ohne besondere Rechtsfolgen festzulegen. Wird die Erfüllung der Anforderungen nicht bestätigt, ordnet Absatz 2 Satz 1 eine weitere Prüfung aus einem größeren Probenmaterial an. Nur "diese Untersuchung" - also die zweite - soll nach Absatz 2 Satz 2 für beide Teile verbindlich sein.

Diese am Wortlaut entwickelte Auslegung entspricht auch dem beiderseitigen Interesse. Endgültig verbindlich soll ersichtlich nur eine auf breiterer Grundlage und unter besonderer Aufmerksamkeit aller Beteiligten durchgeführte Untersuchung sein. Diesen Anforderungen wird die erste Prüfung nach Absatz 1 nicht gerecht. Wäre sie dennoch verbindlich, würde sich das einseitig zum Nachteil der Klägerin auswirken. Denn die sofortige Bindung ergäbe sich nur, wenn die Vertragsmäßigkeit der Lieferung fälschlich bestätigt würde; würde sie - auch zu Unrecht - vom Erstprüfer bezweifelt, müßte dagegen nach Absatz 2 der Regelung zwingend eine zweite Untersuchung mit der Chance der Richtigstellung zugunsten des Lieferanten stattfinden.

3. Andere Gründe, die die Klägerin im Hinblick auf das Ergebnis der ersten Laboruntersuchung an der Geltendmachung von Ansprüchen hindern könnten, sind nicht ersichtlich. Insbesondere läßt sich der etwa 20 Monate währenden, auf Unkenntnis beruhenden Untätigkeit der Klägerin kein Verzicht auf etwaige Ansprüche entnehmen.

III. Das Berufungsgericht ist der Ansicht, die Lieferungen der Beklagten vom 26. Januar 1978 und vom 10. Februar 1978 hätten nicht der geschuldeten Leistung entsprochen. Die Abweichung erschöpfe sich nicht in einem Qualitäts- und damit Sachmangel (§ 459 BGB), dessen Geltendmachung nach § 477 BGB verjährt wäre, sondern lasse die Lieferung als die Leistung einer anderen Warengattung, also als sog. "aliud" erscheinen, mit deren Genehmigung die Beklagte wegen des ihr bekannten Inhalts und Zwecks der EWG-Interventionsvorschriften nicht habe rechnen können. Da sie die geschuldete Leistung nicht erbracht und die Erfüllung des Vertrages endgültig und ernsthaft verweigert habe, stehe der Klägerin nach § 326 Absatz 1 Satz 1 BGB ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung zu.

Gegen diese Ausführungen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

1. Die zwischen den Parteien abgeschlossenen Verträge sind nach Form und Inhalt privatrechtliche Kaufverträge (§§ 433 ff BGB). Das wird auch von der Revision nicht in Zweifel gezogen.

2. Die Frage, ob das von der Beklagten gelieferte gegenüber dem vertraglich geschuldeten Magermilchpulver nur einen Sachmangel aufwies oder ein sog. "aliud" darstellte, hängt nicht nur vom Inhalt individueller Vereinbarungen, sondern auch von der Auslegung gemeinschaftsrechtlicher Bestimmungen ab.

a) Beim Kauf einer nur der Gattung nach bestimmten Ware ist für die Unterscheidung, ob es sich um eine mangelhafte oder um eine andere als die bedungene Sache handelt, in erster Linie auf den ausdrücklich vereinbarten oder dem Verkäufer wenigstens bekannten Vertragszweck und die danach erforderlichen Merkmale der zu liefernden Ware abzustellen, wobei auf die Verkehrsauffassung Rücksicht zu nehmen ist (Senatsurteile vom 4. Dezember 1968 - VIII ZR 208/66 = NJW 1969, 787, 788 = WM 1969, 95; vom 7. Mai 1969 - VIII ZR 145/67 = DB 1969, 1056; vom 30. April 1975 - VIII ZR 164/73 = NJW 1975, 2011 = WM 1975, 562; vom 29. März 1978 - VIII ZR 245/76 = NJW 1978, 2394 = WM 1978, 725 und vom 16. Mai 1984 - VIII ZR 40/83 = NJW 1984, 1955 = WM 1984, 1059 mit Ausnahme des Senatsurteils vom 7. Mai 1969 jeweils m.w.N., auch auf das Schrifttum).

Eine Verkehrsanschauung, nach der ein aus reiner Magermilch gewonnenes Magermilchpulver derselben Gattung angehört wie das hier umstrittene Produkt hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Eine solche Verkehrsauffassung ist von der Beklagten auch nicht dargetan worden.

b) Der Gegenstand der Kaufverträge ist in deren Text nur mit "Sprühhagermilchpulver" bezeichnet. Aus dieser Formulierung allein läßt sich kein Wille der Parteien entnehmen, die Gattung der zu liefernden Ware näher zu bestimmen oder einzuschränken.

c) Die von der Klägerin angenommenen Verkaufsanträge der Beklagten legen den Verträgen aber ausdrücklich die die Intervention für Magermilchpulver regelnden EWG-Verordnungen Nr. 804/68 und Nr. 1108/68 zugrunde. Soweit diese Vorschriften mit der Festlegung der Bedingungen für Interventionskäufe, insbesondere mit der Aufzählung von Bestandteilen und Merkmalen (Art. 7 der VO 804/68 und Art. 1 der VO 1108/68 mit Anhang I), die Gattung der ankaufsfähigen Ware begrenzen, ist deshalb davon auszugehen, daß die Parteien die vertragsmäßige Leistung der Beklagten nach den genannten Vorschriften bestimmen wollten. Diese sind damit auch für die Frage der Abgrenzung zwischen Sachmangel und "aliud" maßgebend.

3. Entgegen der Ansicht der Revision bedarf es zur Auslegung der EWG-Bestimmungen keiner Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (Art. 177 Abs. 3 EWGV), weil die hier entscheidungserhebliche Frage bereits verbindlich entschieden ist.

a) In seinem auf Vorlage des Verwaltungsgerichts Frankfurt am Main ergangenen Urteil vom 21. September 1983 (Rs. 205-215/82 = EuGHE 1983, 2633; auszugsweise abgedruckt in NJW 1984, 2024) hat der Gerichtshof u.a.

ausgesprochen, daß das den Anlaß auch des vorliegenden Verfahrens bildende Magermilchpulver-Gemisch kein b e i h i l f e f ä h i g e s Magermilchpulver i.S. der EWG-VO 804/68 und der dazu ergangenen Ausführungsbestimmungen sei. Ein Anspruch der Futtermittelhersteller, die das "Gemisch" für ihr Produkt verwendet haben, auf Zahlung der in Art. 10 der VO 804/68 vorgesehenen Beihilfe bestehe nicht. Als Begründung hat der Gerichtshof ausgeführt, das Gemisch könne selbst dann nicht als "aus dem Gemelk einer oder mehrerer Kühe" stammend (Art. 1 der EWG-VO 986/68) angesehen werden, wenn es in seiner chemischen Zusammensetzung (u.a. aus Molkenpulver und Kaseinat) dem natürlichen, nur durch Trocknung gewonnenen Produkt vollkommen gleiche. Der Sinn der Interventionsregelung verbiete es, Beihilfen für ein Erzeugnis zu gewähren, dessen Bestandteile ganz oder teilweise bereits Gegenstand einer Interventionsmaßnahme gewesen seien oder hätten sein können.

b) Der Revision ist zuzugeben, daß sich das zitierte Urteil nur mit der Beihilferegulierung und nicht mit den Vorschriften über den Interventionskauf auseinandersetzt. Beide Regelungstatbestände stimmen aber jedenfalls hinsichtlich der hier interessierenden Herstellung unter Verwendung von Molkenpulver und Kaseinat in ihren Voraussetzungen und den mit ihnen verfolgten Zielen offensichtlich so weitgehend überein, daß die erneute Vorlage an den Gerichtshof mit der Frage nach der Interventionsfähigkeit eine bloße Förmelerei wäre.

aa) Die Tatsache, daß Interventionskauf und Beihilfe in verschiedenen Einzelbestimmungen geregelt sind und teilweise unterschiedlich formulierte Voraussetzungen haben, steht dieser einschränkenden Anwendung des Art. 177 Abs. 3 EWGV nicht entgegen. Die Revision nimmt zu Unrecht einen grundsätzlichen Unterschied zwischen Interventionskauf und Beihilfegewährung an. Beide Maßnahmen sind Teile der den Milchmarkt regulierenden Gemeinschaftsregelung und dienen deshalb, wie das Berufungsgericht mit Recht annimmt, einem gemeinsamen Zweck. Davon geht ersichtlich auch der Europäische Gerichtshof aus, indem er die Beihilfebestimmungen als Maßnahme "im Rahmen der Intervention" bezeichnet (EuGHE aaO. S. 2663 zu Nr. 13; insoweit in NJW aaO. nicht abgedruckt).

bb) Tragender Grund für die Entscheidung des Gerichtshofs war das Regelungsziel, Förderungs- und andere Interventionsmaßnahmen nicht mehrfach für dieselbe Ware oder Bestandteile davon in Anspruch nehmen zu lassen. Er hat es deshalb ausdrücklich für unerheblich erklärt, daß auch die in dem Gemisch verarbeiteten Teile von Molkenpulver und Kaseinat aus Milch gewonnen werden, also - dem Wortlaut des Art. 1 der VO 986/68 entsprechend - "dem Gemelk einer oder mehrerer Kühe" entstammen, und daß das Gesamtprodukt möglicherweise der chemischen Zusammensetzung natürlicher Milch entsprach.

Diese für die Beihilfefähigkeit aus der Zielsetzung der Regelung begründete Auslegung trifft offensichtlich in gleicher Weise für die Ankaufs-

fähigkeit des gleichen Gemischs zu. Die in dem Ankauf und in der Einlagerung liegende Subventionierung würde Produkten (Molkenpulver, Kaseinat) zugute kommen, die bereits anderweitig subventioniert sein könnten. Es steht deshalb aufgrund der Entscheidung des Gerichtshofs fest, daß das Gemisch kein ankaufsfähiges Magermilchpulver i.S. von Art. 7 der VO 804/68 und Art. 1 der VO 1108/68 (i.V.m. deren Anhang I zu 1 e) ist. Da dieses Ergebnis im wesentlichen aus dem Zweck der Regelungen hergeleitet ist, kommt es entgegen der Ansicht der Revision nicht darauf an, daß die in der VO 986/68 für Beihilfefähigkeit und in der VO 1108/68 für die Ankaufsfähigkeit gestellten Anforderungen unterschiedlich formuliert sind, indem im ersteren Fall auf die Herkunft aus dem Gemelk von Kühen, im letzteren Fall auf "erste Qualität" abgestellt wird.

c) Ist das Gemisch im Sinne der oben erörterten gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen nicht interventionsfähig, so steht damit zugleich fest, daß die Beklagte eine nicht vertragsgemäße andere Ware (ein "aliud") und nicht nur mangelhaftes Pulver geliefert hat. Denn wenn der Zweck der Intervention darauf gerichtet ist, bestimmte Milcherzeugnisse einmalig zu fördern und bereits subventionierte Produkte von dieser Förderung auszuschließen, so kann diese Regelung nur den Sinn haben, die vertragsmäßige Gattung der Interventionsware festzulegen und von der nicht interventionsfähigen zu unterscheiden. Die Abgrenzung gegenüber der Eigenschaftsbestimmung für eine Ware kann - wie in Rechtsprechung und Schrifttum allgemein anerkannt ist - häufig zu

Schwierigkeiten führen. Im vorliegenden Fall ist sie aber eindeutig. Nach dem oben erörterten Regelungszweck sollten nicht die qualitative Brauchbarkeit des Pulvers und damit dessen Eigenschaften umschrieben, sondern - mit der Formulierung "kaufen nur ..." in Artikel 1 in Verbindung mit dem Verbot jeglicher Zusätze in Anhang I unter 1 e - der für einen Vertrag in Betracht kommende Gegenstand bezeichnet werden. Ob das in gleicher Weise für alle in dem zitierten Anhang I aufgezählten Merkmale gilt, bedarf hier keiner Entscheidung.

Gegenüber dieser im wesentlichen aus dem Zweck der Regelung hergeleiteten Folgerung ist es ohne Bedeutung, daß der Ausschluß von Zusätzen in einer mit "Qualitätsmerkmale" überschriebenen Zusammenstellung enthalten und daß die Höhe des Beimischungsanteils nicht genau festgestellt ist. Ebenso unerheblich ist der Hinweis der Revision, nach allgemeiner Anschauung im Handelsverkehr begründe es stets einen Sachmangel, wenn eine als "rein" vereinbarte Sache mit minderwertigen Zusätzen geliefert wird. Ein derartiger Rechtssatz besteht nicht und wird auch nicht in dem von der Revision zitierten Großkommentar zum HGB (Brüggemann in der 3. Aufl., § 378 Anm. 4) in dieser Allgemeinheit vertreten. Im übrigen könnte im Einzelfall kein Sachmangel angenommen werden, wenn - wie hier - die Vertragsparteien eine bestimmte Zusammensetzung der Ware als Gattungsbegrenzung festgelegt haben.

Der weitere Hinweis der Revision auf die Anwendbarkeit des § 477 BGB in Fällen, in denen die ausbedungene Vertragsleistung nicht auf eine Gattung, sondern nur auf eine besondere Art der Ware innerhalb derselben Gattung beschränkt wird (Senatsurteil vom 22. März 1961 - VIII ZR 52/60 = LM BGB § 477 Nr. 5), führt zu keiner anderen Beurteilung. Im vorliegenden Verfahren haben die Parteien den Leistungsgegenstand nicht auf eine besondere "Art" von Magermilchpulver festgelegt, sondern ohne Rücksicht auf sonstige Qualitätserwägungen nicht interventionsfähiges Pulver als Vertragsgegenstand ausgeschlossen.

4. Ansprüche wegen der nicht vertragsmäßigen Lieferung sind daher nicht nach § 477 BGB verjährt. Vielmehr konnte die Klägerin anstatt der Falschlieferung weiterhin Erfüllung des Vertrages fordern. Da die Beklagte dem nicht nachkam, war für die Klägerin gemäß § 326 Absatz 1 BGB ein Schadensersatzanspruch dem Grunde nach entstanden. Dessen Voraussetzungen - Verzug, Nachfristsetzung und Ablehnungsandrohung - hat die Klägerin mit ihren Schreiben vom 22. Oktober 1979 und vom 8. April 1980 erfüllt. Auf die vom Berufungsgericht erörterte Entbehrlichkeit der Fristsetzung kommt es daher nicht an.

IV. Dem Berufungsgericht ist auch darin zu folgen, daß die Klägerin sich kein Mitverschulden (§ 254 BGB) anrechnen lassen muß. Die Beklagte will ein solches Mitverschulden zwar in nicht ausreichender Kontrolle des Herstellers sehen. Sie beachtet dabei aber nicht, daß die Klägerin zwar

allgemein gehalten ist, "in geeigneter Weise" die Herstellung des Magermilchpulvers zu überwachen (Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 21. September 1983, aaO. S. 2672 zu Nr. 43), daß dies aber naturgemäß in der Art und in dem Umfang geschehen mußte, wie es sich aus den voraussehbaren Risiken und den zur Verfügung stehenden technischen und finanziellen Möglichkeiten ergab.

Unstreitig war das Risiko der erst im Herbst 1979 aufgedeckten Fälschung bis zur Lieferung durch die Beklagte noch nicht bekannt. Die Klägerin durfte deshalb mit Recht davon ausgehen, daß etwaige Abweichungen der vertragsmäßigen Beschaffenheit bei den regelmäßigen Laboruntersuchungen aufgedeckt würden. Damit hatte sie sich in dem ihr zumutbaren Maß gegen Schäden durch unzulässige Beimischungen zu sichern versucht.

V. Seiner Höhe nach ist der Anspruch der Klägerin entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts bereits aufgrund der bisherigen Feststellungen teilweise unbegründet.

1. Das Berufungsgericht hat der Klägerin insgesamt 103.672,71 DM nebst Zinsen auf die Gesamtsumme zuerkannt und hat dabei berücksichtigt:

Erlösdifferenz zwischen Ankaufspreis und Weiterverkaufserlös	84.095,-- DM
Lager-, Untersuchungs- und Probenahmekosten	8.570,60 DM

Finanzierungskosten für die vor- 9.334,78 DM
genannten Teilposten

Anteilige Kosten des Beweissicherungs- 1.672,33 DM
verfahrens

2. Von den aufgeführten Posten können die Beweissicherungskosten nicht als materielle Schadensersatzforderung beansprucht werden, weil sie - sofern wie hier ein Hauptsacheverfahren stattfindet - zu den Kosten des Rechtsstreits gehören (BGH Urteil vom 7. Oktober 1982 - III ZR 148/81 = NJW 1983, 284, 285; Baumbach/Hartmann, ZPO 43. Aufl. Übers. § 485 Anm. 2).

3. Die weiteren Schadensposten beanstandet die Revision nur hinsichtlich der Finanzierungskosten.

Dabei kann es dahinstehen, ob das Berufungsgericht die Finanzierungskosten im Wege der Schätzung nach § 287 ZPO als gerechtfertigt ansehen durfte oder ob die Klägerin - wie die Revision meint - weiteren Beweis hätte antreten müssen. Denn die Klägerin kann ihren Finanzierungsaufwand aus Rechtsgründen nicht verlangen.

Zwar können bei der Berechnung des Nichterfüllungsschadens unter Umständen auch Aufwendungen des Käufers berücksichtigt werden, die er im Hinblick auf den Vertrag gemacht hat und die durch die Nichterfüllung nutzlos geworden sind (Senatsurteile vom 28. Mai 1969 - VIII ZR 135/67 = WM 1969, 835, 836 -, vom 22. September 1971 - VIII ZR 38/70 = BGHZ 57, 78, 80 -, vom 22. Juni 1977 - VIII ZR 240/75 = WM 1977, 1089, 1090 -; BGH Urteil vom 21. April 1978 - V ZR 235/77 =

BB 1978, 1034, 1035 -; RGZ 127, 245, 248; MünchKomm/Emmerich, BGB 2. Aufl. § 325 Rdn. 45). Dies wird mit der Vermutung begründet, der Käufer werde die Aufwendungen aus dem Gewinn decken (aaO.). Gegenüber dieser Vermutung bleibt jedoch der Beweis eröffnet, daß sich der Vertrag bei ordnungsmäßiger Durchführung für den Gläubiger als Verlustgeschäft erwiesen hätte (BGH Urteil vom 21. April 1978 aaO. S. 1035; RGZ aaO. S. 249).

So liegt es auch hier. Die "Rentabilitätsvermutung" kommt bei den Interventionskäufen nicht zum Tragen. Diese Geschäfte dienen nicht der Vermögensmehrung der Klägerin, sondern wirtschaftslenkenden Zwecken. Üblicherweise kann die Interventionsware nicht mit Gewinn abgesetzt werden; sie wird überdies teilweise im Rahmen der Lebensmittelhilfe unentgeltlich abgegeben. Anhaltspunkte für einen hier ausnahmsweise zu erwartenden Gewinn sind nicht festgestellt und von der Klägerin auch nicht vorgetragen.

VI. In Höhe der unbegründeten Teilforderung von 11.007,11 DM nebst Zinsen (vgl. oben zu V 2 und 3) mußte auf die Revision der Beklagten das angefochtene Urteil geändert und die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts zurückgewiesen werden. Dagegen war das Berufungsurteil wegen des verbleibenden Teils der Klageforderung von 92.665,60 DM aufzuheben und die Sache zu weiterer Aufklärung an die Vorinstanz zurückzuverweisen. Die Revision macht insoweit mit Recht geltend, daß das Berufungsgericht Vorbringen der Beklagten über das Erlöschen des

Klageanspruchs durch eine von der Klägerin erklärte Aufrechnung nicht geprüft hat (§ 286 ZPO).

In erster Instanz hatte die Beklagte in einem in der letzten mündlichen Verhandlung vom 11. Mai 1983 nachgelassenen Schriftsatz vom 1. Juni 1983 vorgetragen, die Klägerin habe in einem dem Schriftsatz beigefügten Schreiben vom 3. Mai 1983 an den Vergleichsverwalter der Beklagten mit ihrem in diesem Rechtsstreit verfolgten (und mit einem weiteren) Anspruch gegen eine unstreitige Gegenforderung der Beklagten aufgerechnet und ihn dadurch zum Erlöschen gebracht. Die Klägerin hatte - in einem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 16. Juni 1983 - die Abgabe der Aufrechnungserklärung nicht bestritten, sondern für den Fall ihrer Erheblichkeit die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung beantragt und im übrigen die Beachtlichkeit für das laufende Verfahren in Zweifel gezogen. In der Berufungsinstanz haben beide Parteien die Aufrechnung und deren Wirkung nicht ausdrücklich erörtert. Die Beklagte hat aber in ihrem Berufungserwiderungsschriftsatz vom 5. März 1984 (dort S. 13) allgemein auf ihr "Vorbringen in der ersten Instanz" verwiesen und sodann einzelne hier nicht interessierende Streitpunkte wiederholend dargelegt. Damit hat sie auch den Einwand der von der Klägerin erklärten Aufrechnung in ausreichender Weise zum Gegenstand ihres Vortrags und der mündlichen Verhandlung gemacht. Denn als Berufungsbeklagte war sie nicht gehalten, alle Einwendungen nochmals im einzelnen vorzutragen, die - wie hier - das Landgericht bei seiner die Klage

aus anderen Gründen abweisenden Entscheidung nicht erörtert hatte und auch nicht zu behandeln brauchte (vgl. Senatsurteil vom 12. Dezember 1984 - VIII ZR 295/83 = WM 1985, 431 unter III 2 m.w.N.). Dabei bedarf es keiner Entscheidung darüber, ob der Einwand in erster Instanz zulässiger Teil des nachgelassenen Schriftsatzes und damit wie ein Bestandteil der mündlichen Verhandlung (§ 283 Satz 2 ZPO) zu behandeln war. Vorbringen aus dem ersten Rechtszug, das in der Berufungsinstanz zulässigerweise in Bezug genommen werden darf, ist jedenfalls auch solcher Vortrag des Berufungsbeklagten, der vor Erlaß des landgerichtlichen Urteils zu den Akten gelangt und sowohl dem Gericht als auch dem Gegner bekannt ist. Das Berufungsgericht hätte deshalb entweder den Einwand der Aufrechnung als unstreitig behandeln müssen, so daß jedenfalls ein Anspruch der Klägerin auf Zahlung nicht oder nicht mehr in voller Höhe bestanden hätte, oder es hätte die Klägerin auf die Notwendigkeit einer vollständigen Erklärung zu der Einwendung hinweisen müssen (§ 139 ZPO).

Soweit der Klägerin nach dem vorgetragenen Inhalt ihres Schreibens vom 3. Mai 1983 eine Restforderung von ca. 215.000 DM verbleiben soll, die den hier streitigen Restanspruch übersteigen würde, führt das zu keiner anderen Lösung. Denn abgesehen davon, daß die Klägerin die Reihenfolge der zur Aufrechnung gestellten Forderungen nicht festgelegt hat, ist auch ungeklärt, ob ihr die Aufrechnungsforderung, die nicht Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits ist, in der behaupteten Höhe zusteht. Der erkennende

Senat hat in seinem ebenfalls am 18. September 1985 verkündeten Urteil in dem Rechtsstreit über diese andere Forderung das Berufungsurteil aufgehoben und, soweit nicht die Klage teilweise abgewiesen worden ist, die Sache an die Vorinstanz zurückverwiesen (VIII ZR 252/84 = 1 U 172/83 OLG Frankfurt am Main).

Da die Kostenverteilung vom endgültigen Ausgang des Rechtsstreits abhängt, war dem Berufungsgericht auch die Entscheidung über die Kosten der Revisionsinstanz zu übertragen.

Braxmeier

Treier

Dr. Brunotte

Dr. Paulusch

Groß

VIII ZR 244/84

Leitsatzberichtigung

In dem Leitsatz zum Urteil vom 18. September 1985
- VIII ZR 244/84 - muß es unter a) in der ersten
Zeile richtig lauten: "Zur Abgrenzung"
(statt "Zur Begrenzung").

Karlsruhe, den 14.10.1985
Bundesgerichtshof
Geschäftsstelle