

9

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ: nein

---

BGB § 326 C

Zur Frage, ob eine die Nachfristsetzung entbehrlich machende Erfüllungsverweigerung des Verkäufers vorliegt, wenn der Käufer, der eine bereits erhaltene Lieferung nachträglich als "aliud" ansieht, ohne Angabe von Gründen Schadensersatz verlangt und der Verkäufer dies mit der Begründung ablehnt, er habe erfüllt.

BGH, Urt.v. 18. September 1985 - VIII ZR 249/84 - OLG Frankfurt  
LG Frankfurt

# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 249/84

### URTEIL

Verkündet am: 18. September 1985  
Kanik, Justizamtsinspektorin  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma D [REDACTED] M [REDACTED]-K [REDACTED] GmbH, vertreten durch ihre  
Geschäftsführer Fritz T [REDACTED], Dr. Hans Gerd H [REDACTED],  
Dr. Gerd K [REDACTED], Dr. Walter K [REDACTED], Dr. Hans P [REDACTED] und  
Dr. Manfred W. T [REDACTED], H [REDACTED]straße 86 in H [REDACTED],

Beklagte und Revisionsklägerin,

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

g e g e n

die Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung,  
Anstalt des öffentlichen Rechts, vertreten durch ihren  
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] -

9

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat  
auf die mündliche Verhandlung vom 18. September 1985  
durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier 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 Oberlandes-  
gerichts Frankfurt am Main vom 25. Juni 1984  
(1 U 257/83) geändert.

In Höhe von 290.750,07 DM nebst Zinsen wird  
die Berufung der Klägerin gegen das Urteil  
des Landgerichts Frankfurt am Main vom  
19. Oktober 1983 (2/4 O 6/83) zurückge-  
wiesen.

Im übrigen wird das Berufungsurteil aufge-  
hoben und die Sache zur anderweiten Ver-  
handlung und Entscheidung, auch über die  
Kosten des Revisionsverfahrens, an das Be-  
rufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand

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

"Sprühmagermilchpulver

1. Qualität

|                                       |                                                                                 |
|---------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------|
| a) Gehalt an Milchfett                | höchstens 1,5 v.H.                                                              |
| b) Gehalt an Wasser                   | höchstens 4,0 v.H.                                                              |
| c) Gesamtsäuregehalt in<br>Milchsäure | höchstens 0,15 v.H.<br>(18° Dornic)                                             |
| d) Neutralisierungsmittel             | Nachweis negativ                                                                |
| e) gestattete Zusätze                 | keine                                                                           |
| f) Phosphatase                        | Nachweis negativ                                                                |
| g) Löslichkeit                        | höchstens 0,5 ml<br>(mindestens 99 v.H.)                                        |
| h) Reinheitsgrad                      | mindestens Musterscheibe B<br>(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 gelbliche<br>Farbe, schmutzfrei, keine<br>verbrannten Teilchen |

2. Verpackung

..."

Die Einfuhr- und Vorratsstelle für Fette, Rechtsvorgängerin der Klägerin, hatte zur Durchführung der Intervention bei Magermilchpulver 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 Verträge vom 6. Februar 1978 (IMp Nrn. 10 424, 10 425, 10 426), 19. April 1978 (IMp Nrn. 12 337, 12 338, 12 340, 12 339), 2. Mai 1978 (IMp Nrn. 12 747, 12 748, 12 750, 12 749), vom 22. Mai 1978 (IMp Nrn. 20 237, 20 238, 20 239, 20 240), vom 26. Mai 1978 (IMp Nrn. 20 597, 20 598, 20 599, 20 600), vom 8. Juni 1978 (IMp Nrn. 21 875, 21 877)

und vom 20. Dezember 1977 (IMp Nr. 65 906) kaufte die Klägerin von der Beklagten insgesamt 550 t Sprühmagermilchpulver für 325,88 DM/100 kg (IMp Nrn 20 237, 20 238, 20 239, 20 240, 20 597, 20 598, 20 599, 20 600) und die übrigen für 321,09 DM/100 kg. Die Lieferung erfolgte bis September 1981. Die Partien wurden von einem milchwirtschaftlichen Labor geprüft, das mit Untersuchungszeugnissen vom 16.1./9.3./11.5./19.5./16.6./14.7. und 14.9.1978 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; die Beklagte sei zum Schadensersatz verpflichtet, weil sie trotz Hinweises auf die Nichterfüllung ihrer Verpflichtungen alle Forderungen zurückgewiesen habe.

Mit der Klage macht die Klägerin einen Schaden in Höhe von 1.888.516,88 DM geltend, der ihr durch Zahlung des Kaufpreises, Lagerkosten einschließlich Probenahme- und Untersuchungskosten sowie Finanzierungskosten für das Jahr 1978 entstanden sein soll.

Die Beklagte hat bestritten, daß das gelieferte Pulver verfälscht war. Sie sieht das etwaige Gemisch allenfalls als Schlechtlieferung an, hält aber möglicherweise entstandene Gewährleistungsrechte für verjährt. Die Schadensersatzansprüche bestreitet sie dem Grunde und der Höhe nach.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, weil die Lieferung zwar 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 nimmt an, die Beklagte habe der Klägerin mit den in diesem Verfahren streitigen 22 Teilpartien von insgesamt 550 t ein Pulver geliefert, das nicht den im Anhang I zur EWG-VO 1108/68 aufgestellten Merkmalen entsprochen, sondern aus dem sog. "A-[REDACTED]-Gemisch" bestanden habe. Das sei nach dem im Urkundenbeweis verwerteten, gegen den Hersteller des Gemischs ergangenen Strafurteil vom 26. Februar 1981 als bewiesen anzusehen; denn nach den strafgerichtlichen Feststellungen sei es für den Hersteller nach seiner Interessenlage erforderlich gewesen, die gesamten von ihm produzierten 6.313.365 kg verfälschten Pulvers an seine Abnehmer, u.a. die Beklagte, abzusetzen; infolgedessen müsse davon ausgegangen werden, daß sämtliche Teillieferungen der Beklagten an die Klägerin aus verfälschtem Material bestanden hätten; die Behauptung der Beklagten, der Hersteller habe in der fraglichen Zeit auch "reines" Magermilchpulver produziert und veräußert, beruhe auf bloßer Spekulation.

2. Diese Ausführungen greift die Revision mit Recht als verfahrensfehlerhaft an.

a) Ein unmittelbarer, aus der Überprüfung des gelieferten Pulvers über dessen Zusammensetzung gewonnener Beweis ist - wie auch das Berufungsgericht annimmt - nicht geführt. Da die Klägerin das Pulver aus den hier streitigen Lieferungen bereits an Dritte veräußert hatte, als sie Verdacht auf eine "Verfälschung" schöpfte, konnten keine Proben des Materials mehr entnommen werden.

b) Das Berufungsgericht war allerdings nicht gehindert, sich seine Überzeugung von der nicht vertragsgemäßen Lie-

ferung aufgrund anderer, indizieller Umstände zu bilden. Bei dieser an den Gesamtumständen des Falles zu orientierenden Überzeugungsbildung (§ 286 Abs. 1 ZPO) hat es jedoch die Grenzen tatrichterlicher Würdigungsfreiheit überschritten und den Beweis für die Lieferung ausschließlich nicht vertragsgemäßen Pulvers zu Unrecht als geführt angesehen.

aa) Im Strafurteil ist ausdrücklich festgestellt, der Hersteller des Gemischs habe 1977 und bis in das Jahr 1978 hinein zunächst etwa 357 t eines Trockenmilchpulvers hinzugekauft und mit frischer Magermilch vermischt, das hinsichtlich seiner Zusammensetzung nicht bekannt sei und deshalb nicht beanstandet werden könne. Feststellungen über den Verbleib des auf diese Weise hergestellten Produkts sind in dem Strafurteil jedoch nicht enthalten. Ist aber nicht bekannt, wann und an wen das Produkt geliefert worden ist, so kann auch die Beklagte einen Teil davon erhalten und an die Klägerin veräußert haben. Die Annahme des Berufungsgerichts, jede Lieferung "reinen" Magermilchpulvers sei nach dem Inhalt des Strafurteils ausgeschlossen, findet schon aus diesem Grunde keine Stütze in festgestellten Umständen und ist damit nicht haltbar.

bb) Unhaltbar ist auch die weitere Erwägung, der Beweis für ausschließliche Falschlieferungen der Beklagten sei deshalb erbracht, weil der Hersteller ein dringendes Interesse am Absatz der von ihm produzierten ca. 6300 t seines Gemischs - einschließlich der oben zu aa) erörterten und nicht zu beanstandenden Teilmenge - gehabt habe. Diese Schlußfolgerung wäre nur nachvollziehbar und zwingend, wenn feststünde, daß der Hersteller in der fraglichen Zeit, vor

allem im ersten Halbjahr 1978, kein "reines" Pulver produziert hat. An einer solchen Feststellung fehlt es jedoch auch in dem vom Berufungsgericht als Grundlage seiner Erwägung herangezogenen Strafurteil. In ihm werden nur die den Betrugsvorwurf stützenden Tatumstände aufgeführt. Ob und in welcher Menge neben dem verfälschten auch ordnungsgemäßes Pulver hergestellt wurde, war für den Nachweis einer Straftat ohne Bedeutung. Aus dem Fehlen einer Feststellung über "reines" Pulver läßt sich deshalb nicht entnehmen, das Strafgericht habe jede Herstellung solchen Pulvers verneinen wollen.

cc) Wollte das Berufungsgericht nicht aufgrund der oben erörterten Bedenken annehmen, die Klägerin habe den von ihr nach § 363 BGB zu erbringenden Beweis für die Lieferung ausschließlich verfälschten Pulvers nicht geführt, hätte es den Sachverhalt weiter aufklären müssen. In diesem Zusammenhang rügt die Revision weiterhin mit Recht, das Berufungsgericht habe wesentliche gegen die Behauptung der Klägerin sprechende Umstände übergangen und insbesondere den Bericht des für das Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft tätigen Prüfers E. vom 5. November 1980 nicht zutreffend gewürdigt sowie den Berichtsverfasser nicht als Zeugen vernommen. Dessen in dem Bericht geäußerte Ansicht über die Möglichkeit einer Herstellung von etwa 2000 t reinen Pulvers durfte das Berufungsgericht nicht als "bloße Spekulation" bewerten. Sie beruhte auf der Überprüfung aller Einkaufs- und Produktionsunterlagen und ging hinsichtlich der Zusammensetzung des Gemischs von denselben Werten aus, die auch das Strafgericht zugrunde gelegt hat. War nach diesen Unterlagen die Herstellung von 6300 t Gemisch nur erklärbar, wenn daneben

auch etwa 2000 t reines Pulver produziert war, so stellt diese Berechnung keine bloße Spekulation dar, sondern begründet mindestens eine erhebliche Wahrscheinlichkeit für ihre Richtigkeit. Sie war geeignet, die Stichhaltigkeit der nur aus der Tatsache der Herstellung des Gemischs und dem Interesse des Herstellers am Absatz hergeleiteten Beweisführung für die Lieferung ausschließlich verfälschten Materials zu erschüttern.

An dieser Sachlage ändert auch der vom Berufungsgericht zitierte Bericht des Zollfahndungsamtes Hannover vom 11. Februar 1980 nichts. Abgesehen davon, daß nicht alle darin erwähnten Tatsachen in dem späteren Strafverfahren bestätigt worden sind, stellt der Bericht nur fest, "echtes" Pulver sei zu Milchaustauschfutter und Vollmilchpulver verarbeitet worden. Nachprüfbare Anhaltspunkte dafür, daß es nicht a u c h als Magermilchpulver veräußert worden sei, enthält der Bericht nicht.

3. Danach kann das angefochtene Urteil mit der von ihm gegebenen Begründung nicht aufrechterhalten werden. Eine eigene Sachentscheidung (§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO) war dem Senat verwehrt. Sie hängt von der weiteren Aufklärung darüber ab, welches Pulver die Beklagte geliefert hat. Hierzu hat die Klägerin Beweis durch Benennung des Herstellers als Zeugen dafür angetreten, daß er in der fraglichen Zeit kein "reines" Magermilchpulver verkauft habe.

Das Berufungsgericht wird nach Zurückverweisung der Sache diesen Beweis zu erheben und zu würdigen ggf. auch weiteren Beweisanträgen der Klägerin und Gegenanträgen der Beklagten - z.B. den in der Revisionsinstanz neu angekündigten - nachzugehen haben.

II. Das angefochtene Urteil hält aus einem weiteren Grunde den Angriffen der Revision nicht stand. Die Beklagte macht mit Recht geltend, das Berufungsgericht habe keine ausreichenden Feststellungen über die Voraussetzungen des von ihm bejahten Schadensersatzanspruchs nach § 326 Abs. 1 BGB getroffen und die Entbehrlichkeit von Mahnung und Nachfristsetzung unzureichend begründet.

1. Wegen der in diesem Verfahren streitigen Lieferungen hat die Klägerin nach den bisherigen Feststellungen die Beklagte nicht gemahnt und ihr auch keine Nachfrist mit Ablehnungsandrohung (§ 326 Abs. 1 Satz 1 BGB) gesetzt. Die Beklagte ist danach weder in Verzug geraten noch sind die weiteren Voraussetzungen des § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB erfüllt. Verzug ist auch nicht durch Klageerhebung (§ 284 Abs. 1 Satz 2 BGB) eingetreten, weil die Klägerin im vorliegenden Rechtsstreit von Anfang an nicht auf Erfüllung, sondern auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung geklagt hat.

2. Aufgrund der bisherigen Feststellungen hält das Berufungsgericht zu Unrecht die Nachfristsetzung und Ablehnungsandrohung für entbehrlich.

a) Nach ständiger Rechtsprechung und allgemeiner Ansicht im Schrifttum (u.a. Senatsurteile vom 15. November 1967 - VIII ZR 150/65 = BGHZ 49, 56, 60 -, vom 10. Dezember 1975 - VIII ZR 147/74 = LM BGB § 326 (Dc) Nr. 4 unter II 1 b -, vom 16. Juni 1982 - VIII ZR 89/81 = NJW 1982, 2316 m.w.N.) bedarf es im Falle zuvor erklärter Erfüllungsverweigerung keiner Nachfrist und Ablehnungsandrohung, weil das Beharren darauf auf eine bloße Förmerei hinausliefe, sofern die Weigerung des Schuldners endgültig ist und nicht erwartet

werden kann, daß er sein Verhalten unter der Androhung der Folgen seiner Nichterfüllung ändert.

Entbehrlich ist unter solchen Umständen nicht nur die Nachfrist und Ablehnungsandrohung, sondern auch eine den Verzug begründende Mahnung; denn für sie gelten dieselben Erwägungen (BGH Urteile vom 21. März 1974 - VII ZR 139/71 = NJW 1974, 1080, 1081 und vom 21. Dezember 1984 - V ZR 233/82 = WM 1985, 392, 394; vgl. auch Senatsurteil vom 15. November 1967 - VIII ZR 150/65 aaO; BGB-RGRK/Ballhaus, 12. Aufl. § 326 Rdn. 46; Palandt/Heinrichs, BGB 44. Aufl. § 326 Anm. 6 d; im Ergebnis auch Staudinger/Otto, BGB 12. Aufl. § 326 Rdn. 127).

b) Die Leistungsverweigerung der Beklagten sieht das Berufungsgericht nicht in einer - unstreitig nicht abgegebenen - ausdrücklichen Erklärung, sondern in ihrer Auffassung, bereits erfüllt zu haben und deshalb zu weiteren Leistungen nicht mehr verpflichtet zu sein. In welcher Art und Weise diese "Auffassung" zum Ausdruck gekommen sein soll, ist in dem angefochtenen Urteil nicht erörtert. Aus dem in Bezug genommenen unstreitigen Parteivortrag ist nur zu entnehmen, daß die Klägerin der Beklagten am 26. November 1982 - also nur einen Monat vor der Klageerhebung und mehr als 4 Jahre nach den Lieferungen - ohne weitere Erläuterung eine Lastschrift über ihren vermeintlichen Schadensersatzanspruch übersandt und daß die Beklagte - wie die Revision einräumt - diesen Anspruch unter Hinweis auf die von ihr behauptete Vertragserfüllung abgelehnt hat.

Als ernsthafte Ablehnung der Vertragserfüllung reicht eine solche Erklärung nicht aus. Sie war erst nach der Erteilung der Lastschrift abgegeben und konnte deshalb den darin enthaltenen Übergang zum Schadensersatzanspruch nicht rechtfertigen. Im Ergebnis gilt dasselbe auch hinsichtlich der etwa einen Monat später erhobenen Schadensersatzklage. Nach ständiger Rechtsprechung (BGH aaO) sind an die Annahme einer Erfüllungsverweigerung strenge Anforderungen zu stellen. Es muß deutlich sein, daß sich der Schuldner über das auf die vertragliche Leistung gerichtete Erfüllungsverlangen des Gläubigers klar ist und ohne Rücksicht auf die möglichen Folgen - gewissermaßen als sein letztes Wort - seine Weigerung zum Ausdruck bringt. An dieser Klarheit der Situation fehlt es, wenn der Schuldner eine von beiden Seiten zunächst als Erfüllung angesehene Leistung erbracht hat, der Gläubiger das nach mehr als 4 Jahren wegen angeblicher Falschlieferung nicht mehr anerkennen will und nunmehr sofort Schadensersatz fordert, ohne die Gründe für diesen Anspruch im einzelnen darzulegen. Verweigert in einem solchen Falle der Schuldner die Schadensersatzzahlung mit der Begründung, bereits erfüllt zu haben, läßt sich daraus keine auf vertragsuntreuem Verhalten beruhende Erfüllungsverweigerung herleiten.

Die Einlassung der Beklagten im Verlauf des Rechtsstreits, insbesondere ihr Klageabweisungsbegehren, hat an dieser Sachlage nichts geändert. Ein Schadensersatzanspruch läßt sich auf eine Erfüllungsablehnung nur stützen, wenn die Weigerung vor dem Übergang des Gläubigers zum Schadensersatz erklärt worden ist bzw. wenn die Umstände, aus denen auf die Weigerung geschlossen werden soll, vor diesem Zeitpunkt entstanden sind (BGHZ 11, 80, 86; Senatsurteil vom

18. November 1958 - VIII ZR 148/57 = LM BGB § 326 (H) Nr. 4 unter IV 1). Die Einbeziehung eines späteren Verhaltens des Schuldners (auch im Prozeß) in die Auslegung seiner früheren Erklärungen mag dadurch nicht völlig ausgeschlossen sein. Im vorliegenden Fall läßt sich aber aus der gegen den Zahlungsanspruch gerichteten Prozeßverteidigung nichts dafür herleiten, die Beklagte habe sich bereits auf die Lastschrift hin auch gegen ein Erfüllungsverlangen wehren wollen. Der erkennende Senat hat aus den gleichen Gründen in mehreren Fällen den Bestand eines Schadensersatzanspruchs verneint und nicht etwa mit Rücksicht auf den beharrlich aufrecht erhaltenen Klageabweisungsantrag des Schuldners bejaht (vgl. Senatsurteile vom 10. Dezember 1975 aaO, vom 6. Oktober 1976 - VIII ZR 66/75 = LM BGB § 326 (J) Nr. 3 und vom 27. Oktober 1982 - VIII ZR 190/81 = LM HGB § 376 Nr. 4). Das Urteil des VII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 8. Dezember 1983 (VII ZR 139/82 = NJW 1984, 1460, 1461), der einen Klageabweisungsantrag als Erfüllungsverweigerung angesehen hat, steht dem nicht entgegen, weil die Klage dort nicht auf Schadensersatz, sondern auf Erfüllung gerichtet war.

3. Eine endgültige Sachentscheidung wegen der fehlenden Anspruchsvoraussetzungen nach § 326 BGB konnte der Senat nicht treffen. Die Klägerin hat nämlich in ihrem erstinstanzlichen Schriftsatz vom 20. April 1983 Zeugenbeweis dafür angetreten und in der Berufungsbegründungsschrift vom 21. Dezember 1983 wiederholt, daß Vertreter der Parteien nach Erteilung der Lastschrift miteinander telefoniert hätten und die Beklagte dabei erklärt habe, auf keinen Fall mehr leisten zu wollen. Die Beklagte hat ein solches Gespräch mit Schriftsatz vom 31. Mai 1983

bestritten. Sollte es in der Beweisaufnahme bestätigt werden, könnte sich - je nach dem festzustellenden Inhalt - ergeben, daß die Beklagte sich auch gegenüber einer in dem Gespräch gestellten Nachlieferungsforderung ernsthaft und endgültig weigern wollte.

III. Hinsichtlich der Höhe des Anspruchs hat die Revision bereits jetzt teilweise endgültigen Erfolg. Der Anspruch der Klägerin ist zum Teilbetrag von 290.750,07 DM nebst Zinsen nicht begründet.

1. Das Berufungsgericht hat der Klägerin insgesamt 1.888.516,88 DM nebst Zinsen zuerkannt und dabei berücksichtigt:

|                                             |                 |
|---------------------------------------------|-----------------|
| Hauptbetrag in Kaufpreishöhe                | 1.777.970,-- DM |
| Lager-, Untersuchungs- und Probenahmekosten | 36.679,49 DM    |
| Finanzierungskosten                         | 73.867,39 DM    |

2. Die Revision macht geltend, der Klägerin sei keinerlei Schaden entstanden, weil sie sich wegen Weiterverkaufs des ihr gelieferten Pulvers vermögensrechtlich genauso stelle wie bei Vertragserfüllung.

Dem kann nicht gefolgt werden. Da der Zweck der Intervention nicht der Sacherwerb als solcher ist, sondern die Beeinflussung und Stützung des Milchmarktes, ist ein Schaden schon dann eingetreten, wenn dieser Zweck mit den eingesetzten Finanzmitteln nicht erreicht wird. Das ist hier der Fall, sofern die Beklagte nicht vertragsgemäßes Magermilchpulver geliefert hat.

Allerdings muß entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts der Erlös aus dem Weiterverkauf des verfälschten Pulvers angerechnet werden. Dabei kann es dahingestellt bleiben, ob sich diese Rechtsfolge - wie die Beklagte meint - aus dem Gesichtspunkt der Schadensberechnung oder aus dem der Vorteilsausgleichung ergibt. Im letzteren Fall würde es entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht an einem Ursachenzusammenhang zwischen der - nicht erbrachten - Vertragsleistung und dem erlangten Vorteil fehlen. Dieser Vorteil würde unmittelbar durch den Vorgang begründet, in dem die Nichterfüllung offenbar wurde, nämlich durch die Lieferung des verfälschten Pulvers und die dadurch entstandene Möglichkeit zur Veräußerung. Im Ergebnis wäre es jedenfalls untragbar, wenn die Klägerin einerseits den vollen Wert des ihr nicht gelieferten Pulvers berechnen und andererseits den Erlös behalten könnte, der ihr aus dem Verkauf des vertragswidrig gelieferten und von ihr als Erfüllung abgelehnten Gemischs zugeflossen ist.

In Höhe von 216.882,68 DM erweist sich die Klage daher als unbegründet. Ob sich der Anrechnungsbetrag in dem bisher berücksichtigten Erlös erschöpft, wird das Berufungsgericht nach Zurückverweisung der Sache zu überprüfen haben. Hingewiesen sei darauf, daß die Klägerin über einen ihr tatsächlich zugeflossenen Erlös hinaus nur dann ausgleichspflichtig wäre, wenn sie schuldhaft das gelieferte Pulver zu einem Preis veräußert hätte, der nicht dem üblichen Rahmen der Verwertung von Interventionsware entsprach.

3. Während die Beklagte die übrigen Einzelposten des Schadens zu Unrecht angreift, weil sie aufgrund vertraglicher Vereinbarung in Nr. 8 Abs. 3 der Richtlinien gerechtfertigt

sind, ist ihr allgemeines Bestreiten eines Schadens auch dahin aufzufassen, daß sie jedenfalls geltend machen will, die Klägerin habe bei Erfüllung des Vertrages über den Kaufpreis hinaus die Finanzierungskosten von 73.867,39 DM aufwenden müssen. Darin hat sie recht.

Ohne Bedeutung ist es insofern, ob das Berufungsgericht die Finanzierungskosten im Wege der Schätzung nach § 287 ZPO als gerechtfertigt ansehen durfte oder ob die Klägerin weiteren Beweis hätte antreten müssen. Denn die Klägerin kann ihren Finanzierungsaufwand aus Rechtsgründen nicht verlangen.

Zwar können bei der Berechnung des Nichterfüllungsschadens auch Anwendungen 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 verschenkt. Anhaltspunkte für einen hier ausnahmsweise zu erwartenden Gewinn sind nicht festgestellt und von der Klägerin auch nicht vorgetragen.

IV. In Höhe des endgültig unbegründeten Anspruchsteils von 290.750,07 DM nebst Zinsen (vgl. oben III 2 und 3) war das angefochtene Urteil zu ändern und die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts zurückzuweisen. Im übrigen mußte das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an die Vorinstanz zurückverwiesen werden.

Sollte sich in der weiteren Verhandlung feststellen lassen, daß und in welchem Umfang die Beklagte kein vertragsmäßiges Magermilchpulver geliefert hat und sollten sich die Voraussetzungen des § 326 BGB als entbehrlich erweisen, so wird das Berufungsgericht - vorbehaltlich neuen Parteivortrags - wie bisher davon auszugehen haben, daß die Beklagte ein "aliud" geliefert hat, eine Vorlage an den Europäischen Gerichtshof gemäß Artikel 177 EWGV nicht

erforderlich ist und die Klägerin sich kein Mitverschulden anrechnen zu lassen braucht. Wegen der Begründung hierfür im einzelnen wird auf das zu einem ähnlichen Sachverhalt ergangene und zur Veröffentlichung bestimmte Senatsurteil vom 18. September 1985 in der Sache VIII ZR 244/84 (1 U 173/83 OLG Frankfurt am Main) verwiesen.

Braxmaier

Treier

Dr. Brunotte

Dr. Paulusch

Groß