

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 252/84

URTEIL

Verkündet am
18. September 1985
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] -

gegen

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,
F [REDACTED],

Klägerin und
Revisionsbeklagte,

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

10

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 Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 25. Juni 1984 (1 U 172/83) geändert.

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts Frankfurt am Main vom 22. Juni 1983 (2/4 O 4/83) wird in Höhe von 202.705,56 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

- 3 -

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 1969 - AB1 Nr. L 148/13 vom 28. Juni 1968 - und die VO (EWG) Nr. 1108/68 der Kommission vom 27. Juli 1968 - AB1 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 - AB1 Nr. L 109/5 vom 29. April 1975 - lautet:



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

"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 Milcfett	höchstens 1,5 v.H.
b) Gehalt an Wasser	höchstens 4,0 v.H.
c) Gesamtsäuregehalt in Milchsäure	höchstens 0,15 v.H. (18° 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 Musterscheibe 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 gelbliche Farbe, schmutzfrei, keine 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 Tage 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."

Im ersten Halbjahr 1978 kaufte die Klägerin insgesamt 400 t Sprühhagermilchpulver für 321,09 DM/100 kg (IMp Nrn. 65911, 65912, 10179, 10181, 10618, 10619, 10620, 10621, 11667, 11668, 11669, 11670, 13133, 13134, 13135, 13136), das in 16 Partien

zwischen dem 4. Januar und 19. Mai 1978 geliefert wurde. Die Sendungen wurden von einem milchwirtschaftlichen Labor geprüft, das mit Untersuchungszeugnissen vom 16.1./16.2./31.3./22.4./19.5./20.5./15.6. und 16.6.1978 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 Milch-inhaltsstoffen 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 Betruges 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. In einem Schreiben vom 22. Oktober 1979, in welchem sie die Lieferung von 50 t Sprühmagermilchpulver ver-

langte, die Gegenstand eines anderen Rechtsstreits sind, behielt sie sich hinsichtlich der Lieferungen aus den für das vorliegende Verfahren maßgebenden Verträgen Ersatzansprüche vor. Mit der Begründung, die Beklagte habe die Verträge nicht erfüllt und sich nachdrücklich und endgültig geweigert, vertragsgemäße Lieferungen zu erbringen, macht die Klägerin einen Schaden in Höhe von 1.372.857,38 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, weil in der fraglichen Zeit vom Hersteller auch reines Magermilchpulver erzeugt und in den Verkehr gebracht worden sei. 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 16 Teillieferungen von insgesamt 400 t ein Pulver geliefert, das nicht den im Anhang I zur EWG-VO 1108/68 aufgestellten Merkmalen entsprochen, sondern aus dem sog. "A--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 Lieferung 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. Die Revision weist zutreffend darauf hin, daß im Strafurteil keine Feststellung über den Verbleib des auf diese Weise hergestellten Produkts enthalten sei. 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. [REDACTED] vom 5. November 1980 nicht zutreffend gewürdigt sowie den Berichtverfasser 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 zumindest eine erhebliche Wahrscheinlichkeit für die mit ihr getroffene Schlußfolgerung. Sie war geeignet, die Stich-

haltigkeit 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 - nach-
zugehen haben.

II. Die weiteren Angriffe der Revision sind teilweise
ebenfalls begründet. Sie führen bereits aufgrund der bisherigen
Feststellungen zur Teilabweisung der Klage.

1. Grundlage des Anspruchs sind die zwischen den Parteien
abgeschlossenen Verträge über die Lieferung von Magermilchpul-
ver, die als bürgerlich-rechtliche Kaufverträge gestaltet und zu
behandeln sind. Das wird auch von der Beklagten nicht in Zweifel
gezogen.

2. Hat die Beklagte das von dem Hersteller produzierte
Gemisch geliefert, so sind die der Klägerin daraus erwachsenden
Ansprüche nicht nach § 477 BGB verjährt. Denn die nicht ver-
tragsmäßige Lieferung begründete keine Mängelansprüche nach
§§ 459 ff BGB, sondern ließ den Erfüllungsanspruch unberührt
weiterbestehen, weil das Gemisch kein "mangelhaftes" Magermilch-
pulver war, sondern eine Ware anderer als der geschuldeten Art
(ein "aliud").

Nach dem Inhalt der Kaufverträge haben die Parteien die
Leistung auf die Gattung eines interventionsfähigen Magermilch-
pulvers beschränkt. Den dafür gestellten Anforderungen entsprach

das gelieferte Pulver nicht. Die Abweichung stellt jedoch keinen Sachmangel dar, sondern die Nichterfüllung einer durch die Parteivereinbarung begrenzten Gattungsschuld. Wegen der Begründung hierfür im einzelnen wird auf Abschnitt III des zwischen denselben Parteien ergangenen, ebenfalls am 18. September 1985 verkündeten und zur Veröffentlichung bestimmten Senatsurteils (VIII ZR 244/84) verwiesen.

3. Hatte die Klägerin verfälschtes Pulver erhalten, war für sie ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung dem Grunde nach entstanden, weil die Voraussetzungen des § 326 BGB zwar nicht erfüllt waren, ihre Erfüllung aber entbehrlich ist.

a) Wegen der in diesem Verfahren streitigen Lieferungen hat die Klägerin die Beklagte unstreitig weder gemahnt noch ihr eine Nachfrist mit Ablehnungsandrohung (§ 326 Abs. 1 Satz 1 BGB) gesetzt. Das Mahnschreiben vom 22. Oktober 1979 bezog sich nach seinem eindeutigen Inhalt nur auf die Nachlieferung für die "in Berlin lagernde Ware", d.h. auf die 50 t, die den Gegenstand des Revisionsverfahrens VIII ZR 244/84 (= 2/4 O 5/83 LG Frankfurt = 1 U 173/83 OLG Frankfurt) bilden. Gleiches gilt von dem Schreiben der Klägerin vom 8. April 1980, mit dem sie der Beklagten eine Nachfrist für die 50 t gesetzt und für den Fall der Nichteinhaltung die Ablehnung der Annahme angedroht hat. Die Beklagte ist also 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.

b) Das Berufungsgericht hält jedoch mit Recht die Nachfristsetzung und Ablehnungsandrohung mit Rücksicht auf die von der Beklagten zum Ausdruck gebrachte ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung für entbehrlich.

aa) 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).

bb) Die Leistungsverweigerung der Beklagten sieht das Berufungsgericht nicht in einer - unstreitig nicht abgegebenen - ausdrücklichen Erklärung, sondern in ihrer Auffassung, bereits erfüllt zu haben und in der darauf gestützten Ablehnung des Nachlieferungsverlangens für die in der Parallelsache streitigen 50 t. Im Ergebnis ist das aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Insbesondere ist nicht ersichtlich, daß das Berufungsgericht bei der ihm obliegenden tatrichterlichen Würdigung der Äußerungen der Beklagten den Rechtsbegriff der Erfüllungsverweigerung verkannt hat.

Unstreitig hat die Beklagte sich geweigert, der Aufforderung der Klägerin zur Nachlieferung eines anderen nicht vom vorliegenden Rechtsstreit erfaßten Teilpostens nachzukommen, selbst nachdem in dem anderen Verfahren Molkenbeimischungen in der noch vorhandenen Ware festgestellt waren. Das Berufungsgericht war nicht gehindert, dieser Weigerung eine Erfüllungsablehnung auch für das vorliegende Verfahren zu entnehmen. Allerdings kann die Ablehnung der Erfüllung ausnahmsweise nicht die Voraus-

setzungen des § 326 BGB ersetzen, wenn sie auf einer anderen Auslegung der Liefervereinbarung beruht (BGH Urteil vom 25. Februar 1971 - VII ZR 102/69 = NJW 1971, 798; RGZ 66, 419, 421). Diesen Fällen ist der hier zu entscheidende aber nicht gleichzusetzen. Denn die Weigerung der Beklagten beruht nicht auf einer von der der Klägerin abweichenden Auffassung über den Inhalt ihrer vertraglichen Leistungspflicht, sondern auf der Ansicht, die nach übereinstimmender Vertragsauslegung geschuldete Leistung bereits erbracht zu haben.

4. Auf ihren Anspruch braucht sich die Klägerin ein Mitverschulden nicht anrechnen zu lassen. Auch insoweit wird auf das oben zitierte Senatsurteil vom 18. September 1985 in der Parallelsache VIII ZR 244/84 verwiesen.

5. Zur Höhe des Anspruchs hat die Revision teilweise endgültigen Erfolg. Der Teilbetrag von 202.705,56 DM nebst Zinsen ist nicht gerechtfertigt.

a) Das Berufungsgericht hat der Klägerin insgesamt 1.372.857,38 DM nebst Zinsen zuerkannt und hat dabei berücksichtigt:

Hauptbetrag in Kaufpreishöhe	1.284.360,-- DM
Lager-, Untersuchungs- und Probenahme- kosten	26.820,85 DM
Finanzierungskosten	61.676,53 DM

b) Die Revision macht mit Recht geltend, daß sich die Klägerin auf den Hauptbetrag den von ihr aus der Falschlieferrung und deren Weiterverkauf erzielten Erlös von mindestens 141.029,03 DM anrechnen lassen muß. 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 wurde 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 141.029,03 DM erweist sich die Klage daher als unbegründet. Ob sich der Anrechnungsbetrag in dem bisher berück-

sichtigten 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 im Rahmen der Verwertung von Interventionsware entsprach.

c) Mit Recht beanstandet die Revision auch den Ansatz der Finanzierungskosten.

Ohne Bedeutung ist es insofern, ob das Berufungsgericht diese Kosten 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 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 verschenkt. Anhaltspunkte für einen hier ausnahmsweise zu erwartenden Gewinn sind nicht festgestellt und von der Klägerin auch nicht vorgetragen.

6. Die noch festzustellende Restforderung ist möglicherweise durch eine von der Klägerin erklärte Aufrechnung gegen eine unstreitige Gegenforderung der Beklagten ganz oder teilweise erloschen. Insoweit rügt die Revision mit Recht, daß das Berufungsgericht das in erster Instanz schriftsätzlich vorgebrachte und im Berufungsrechtszug in Bezug genommene Vorbringen der Beklagten übergangen hat. Wegen der Begründung im einzelnen

wird auf Abschnitt VI des oben erwähnten Senatsurteils vom 18. September 1985 in der Parallelsache VIII ZR 244/84 verwiesen.

7. Die Revision führte danach in Höhe von 202.705,56 DM nebst Zinsen zur Änderung des Berufungsurteils und zur teilweisen Zurückweisung der Berufung der Klägerin gegen die Entscheidung des Landgerichts. Im übrigen war die Sache zur weiteren Aufklärung und zur Entscheidung auch über die Kosten des Revisionsverfahrens an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Braxmaier

Treier

Dr. Brunotte

Dr. Paulusch

Groß