

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 262/84

URTEIL

Verkündet am: 18. September 1985
Kanik

Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma Paul F. W. [REDACTED] GmbH i.L.,
vertreten durch den Abwickler Eckhard K. [REDACTED],
F. [REDACTED]straße 59 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] -

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 unter Zurück-
weisung des weitergehenden Rechtsmittels das
Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
Frankfurt am Main vom 25. Juni 1984 (1 U 171/83)
geändert.

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin
46.354,53 DM nebst 3 % Zinsen über dem jeweiligen
Bundesbankdiskontsatz seit dem 23. April 1980 zu
zahlen. Die weitergehende Berufung der Klägerin
gegen das Urteil des Landgerichts Frankfurt am
Main vom 22. Juni 1983 (2/4 O 3/83) bleibt zu-
rückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits werden der Klägerin
zu 1/9 und der Beklagten zu 8/9 auferlegt.

Von Rechts wegen

Tatbestand

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

- 3 -

Marktordnung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft.
Ihr obliegt u.a. die staatliche Übernahme der unter die
Marktordnung fallenden Agrarerzeugnisse zu den gemein-
schaftsrechtlich festgelegten Interventionspreisen sowie
die Abgabe derartiger Interventionsbestände im Rahmen der
jeweils festgelegten Abgabebestimmungen. Zu den in die
Interventionsregelung einbezogenen Agrarerzeugnissen ge-
hört 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 Magermilch-
pulver der ersten Qualität, das den in den Anhän-
gen 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:



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

"Sprühhagermilchpulver

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. (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 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 Vertrag vom 4. Januar 1978 (IMp Nr. 10 073) kaufte die Klägerin von der Beklagten 25 t Sprühhagermilchpulver für 321,09 DM/100 kg. Die Lieferung erfolgte am 3. Februar 1978.

Die Partie wurde von einem milchwirtschaftlichen Labor geprüft, das mit Untersuchungszeugnis vom 16. Februar 1978 bestätigte, daß das Pulver 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, den Kaufvertrag zu erfüllen und bis zum 15. November 1979 25 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. Auch dieses Schreiben blieb ohne Erfolg.

Unter dem 6. August 1980 beantragte die Klägerin im Hinblick auf die hier streitige Lieferung 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 Pulverprobe, die aus den noch lagernden 25 t entnommen war, erstellte.

Mit der Klage macht die Klägerin einen Schaden in Höhe von 52.062,31 DM geltend, der ihr durch Mindererlös, Lagerkosten einschließlich Probenahme- und Untersuchungs-

kosten, 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 Erfolg und ist im übrigen zurückzuweisen.

I. 1. Das Berufungsgericht stellt fest, die Beklagte habe der Klägerin Anfang Februar 1978 aufgrund des Vertrages Nr. 10 073 25 t eines Pulvers geliefert, das nicht den im Anhang I zur EWG-VO 1108/68 für Sprühmagermilchpulver festgelegten Merkmalen entsprochen, sondern aus dem sog. "A-[REDACTED]-Gemisch" bestanden habe.

2. Die Einwendungen der Revision gegen diese Feststellungen sind nicht begründet.

a) Den Beweis für die Abweichung des gelieferten Pulvers von der vertraglich vereinbarten, der Anlage I zur VO 1108/68 entsprechenden Zusammensetzung sieht das Berufungsgericht unter anderem als durch das Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. K-[REDACTED] vom 23. Februar 1981 geführt an. Das ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Das Gutachten ist in dem von der Klägerin beantragten Beweissicherungsverfahren erstattet und in das vorliegende Verfahren eingeführt worden. Es bezieht sich hinsichtlich der in ihm als "Pulver I" erörterten Substanz auf die von der Beklagten gelieferten und damals noch in Berlin lagernden 25 t. Unter Darstellung der für eine sichere Aussage bestehenden Schwierigkeiten stellt es als Ergebnis fest, daß die Lieferung Zusätze von Molkenpulver und Kaseinat in nicht unerheblichem, wenn auch nicht genau zu berechnendem Ausmaß enthalten habe.

Das Berufungsgericht war entgegen der Ansicht der Revision nicht verpflichtet, ein weiteres Sachverständigengutachten über die Ungeeignetheit der von Prof. Dr. Klostermeyer angewandten Methoden einzuholen. Die Beklagte hatte in ihrem darauf abzielenden, nach Ansicht der Revision übergangenen Beweisantrag vom 23. März 1983 nur allgemein behauptet, die von dem Sachverständigen Prof. Dr. K[REDACTED] angewandte Methode sei ungeeignet, den genauen Anteil von Molkenpulver festzustellen, weil es dafür überhaupt keine sichere Methode gebe. Von dieser Annahme geht das erstattete Gutachten aber selbst aus. Anhaltspunkte dafür, daß auch seine weiteren Schlußfolgerungen unrichtig und insoweit die Erkenntnismöglichkeiten eines anderen Gutachters denen Prof. K[REDACTED]s überlegen seien, hat die Beklagte nicht dargelegt.

b) Da das Gutachten Prof. K[REDACTED]s bereits für sich allein Beweis für die Beimischung in der Lieferung der 25 t erbringt, brauchen die weiteren, gegen die Verwertung des Strafurteils vom 26. Februar 1981 sowie gegen die mangelnde Beachtung weiterer Indizien gerichteten Revisionsangriffe nicht mehr erörtert zu werden.

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 Falschliefierung 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 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 Lieferung der Beklagten vom 3. Februar 1978 habe 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 Zweck der EWG-Interventionsvorschriften nicht habe rechnen können. Da sie die geschuldete Leistung trotz Mahnung, Nachfristsetzung und Ablehnungsandrohung der Klägerin nicht erbracht habe, stehe dieser nach § 326 Absatz 1 Satz 1 BGB ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung zu.

Gegen diese Ausführungen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

1. Der zwischen den Parteien abgeschlossene Vertrag ist nach Form und Inhalt ein privatrechtlicher Kaufvertrag (§§ 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 des Kaufvertrags ist in dessen Text nur mit "Sprühmagermilchpulver" bezeichnet. Aus dieser Formulierung allein läßt sich kein Wille der Parteien entnehmen, die Gattung der zu liefernden Ware näher zu bestimmen oder einzuschränken.

c) Der von der Klägerin angenommene Verkaufsantrag der Beklagten legt dem Vertrag 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 Beihilferegulung 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 Förmerei 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 Ankaufsfähigkeit 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 jedoch 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 und hat gemäß § 326 Absatz 1 BGB dem Grunde nach Anspruch auf Schadensersatz. Dessen Voraussetzungen - Verzug, Nachfristsetzung und Ablehnungsandrohung - hat die Klägerin mit ihren Schreiben vom 22. Oktober 1979 und vom 8. April 1980 erfüllt.

IV. Dem Berufungsgericht ist auch darin zu folgen, daß die Klägerin sich kein Mitverschulden (§ 254 BGB) anrechnen lassen muß. Die Beklagte will ein solches Mitver-

schulden 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 nur teilweise begründet.

1. Das Berufungsgericht hat der Klägerin insgesamt 52.062,31 DM nebst Zinsen auf die Gesamtsumme zuerkannt und hat dabei berücksichtigt:

Erlösdifferenz zwischen Ankaufspreis und Weiterverkaufserlös	42.047,50 DM
Lager-, Untersuchungs- und Probe- nahmekosten	4.307,03 DM
Finanzierungskosten	4.871,51 DM
Anteilige Kosten des Beweissicherungs- verfahrens	836,17 DM.

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 Be-
weis eröffnet, daß sich der Vertrag bei ordnungsmäßiger
Durchführung für den Gläubiger als Verlustgeschäft erwie-
sen 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 Lebensmittel-
hilfe unentgeltlich abgegeben. Anhaltspunkte für einen
hier ausnahmsweise zu erwartenden Gewinn sind nicht fest-
gestellt und von der Klägerin auch nicht vorgetragen.

4. Danach ist die Klageforderung nur in Höhe von 46.354,63 DM nebst den zuerkannten Zinsen gerechtfertigt und die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts in dieser Höhe begründet. In Höhe von 5.707,68 DM nebst Zinsen ist die Klage dagegen unbegründet.

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 92, 97 ZPO.

Braxmaier

Treier

Dr. Brunotte

Dr. Paulusch

Groß