

VII ZR 8/56

Verkündet am 8. November 1956
 Woitscheck, Justizobersekretär
 als Urkundsbeamter der
 Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Firma D. [REDACTED] & Co., Samenzucht und Samengrosshand-
 lung in R. [REDACTED],

Klägerin, Widerbeklagten, Berufungsklägerin
 und Berufungsbeklagten, Revisionsklägerin und
 Revisionsbeklagten,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma S. [REDACTED] & F. [REDACTED], Grossdruckerei, S. [REDACTED],
 T. [REDACTED] strasse [REDACTED]

Beklagte, Widerklägerin, Berufungsklägerin
 und Berufungsbeklagte, Revisionsbeklagte und
 Revisionsklägerin,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
 mündliche Verhandlung vom 8. November 1956 unter Mit-
 wirkung des Senatspräsidenten Glanzmann sowie der Bun-
 desrichter Scheffler, Rietschel, Dr. Heimann-Trosien
 und Erbel

für Recht erkannt:

1. Die Revision der Beklagten gegen das Urteil
 des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
 Stuttgart vom 12. Juli 1955 wird mit der Mass-
 gabe zurückgewiesen, dass die Beklagte bis
 zum 12. Juli 1955 5 % Zinsen und von da ab
 7 % Zinsen zu zahlen hat.
2. Auf die Revision der Klägerin wird das ange-
 fochtene Urteil insoweit aufgehoben, als ihr
 Klagsanspruch in Höhe von 1.633,49 DM nebst

Zinsen abgewiesen worden ist. In diesem Umfang wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Im übrigen wird die Revision der Klägerin zurückgewiesen.

3. Von den Kosten der Revisionsinstanz hat die Beklagte $\frac{3}{4}$ zu tragen. Die Entscheidung über das letzte Kostenviertel wird dem Berufungsgericht vorbehalten.

. Von Rechts wegen

.. 3 -

Tatbestand:

Die Klägerin betreibt eine Samenzucht und einen Samengrosshandel. Die Beklagte hat eine Grossdruckerei und befasst sich u.a. mit dem Druck von Samentüten nach Einzelwünschen der Besteller. In den Jahren 1948 und 1949 lieferte die Beklagte auftragsgemäss an die Klägerin insgesamt etwa 8.800.000 Samentüten, die u.a. den Aufdruck der Firma der Klägerin trugen. Sie stellte dafür insgesamt 35.964,65 RM (= 3.596,46 DM) und 32.340,26 DM in Rechnung. Hiervon hat die Klägerin an die Beklagte die in R-Mark ausgestellten Rechnungen voll und von den in D-Mark ausgestellten Rechnungen 12.340,26 DM bezahlt, so dass noch ein unbezahlter Restbetrag von 20.000 DM blieb

Das Papier, aus dem die Samentüten hergestellt werden sollten, sollte von den H[REDACTED]'schen Papierfabriken in A[REDACTED] geliefert werden. Hierzu hat die Beklagte in ihrer Auftragsbestätigung vom 14. Oktober 1947 folgendes geschrieben:

"Von Herrn H[REDACTED], dem hiesigen Vertreter der H[REDACTED]'schen Papierfabriken in A[REDACTED], erhielten wir den Bescheid, dass uns das für obige Bestellung in Frage kommende Samenbeutelpapier von vorstehend genannter Papierfabrik in Ihrem Auftrag zur Verfügung und auch in Rechnung gestellt wird. Die genauen Format- und Gewichtsangaben dieses Papiers haben wir mit Herrn H[REDACTED] bereits besprochen und den Haindl'schen Papierfabriken schriftlich aufgegeben.

Bei dieser Gelegenheit weisen wir nochmals darauf hin, dass das für vorstehenden Auftrag benötigte Samenbeutelpapier nicht auf unser Kontingent angerechnet werden darf."

Das Papier wurde von der Firma H[REDACTED] an die Beklagte



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

geliefert und von dieser bezahlt.

Im Frühjahr und Sommer 1949 liefen bei der Klägerin in erheblichem Umfang Beanstandungen von Kunden ein, die die Keimfähigkeit ihrer Sämereien bemängelten. Die Klägerin, die das Versagen der Keimfähigkeit auf die Beschaffenheit der von der Beklagten gelieferten bunten Tüten zurückführte, kündigte mit Schreiben vom 18. Juni 1949 und 18. Juli 1949 Gewährleistungsansprüche an. Schon vorher, am 28. Mai 1949, kam es zu einer Vereinbarung zwischen den Parteien, dass die Frage der keimschädigenden Wirkung der Tüten dem Direktor des Instituts für Samenkunde und der Landesanstalt für Samenprüfung an der Landwirtschaftlichen Hochschule H[REDACTED], Professor Dr. L[REDACTED], zur Begutachtung vorgelegt werden sollte. Das Gutachten des Dr. L[REDACTED] ging am 4. Juli 1949 bei der Klägerin ein.

Auf den am 1. August 1949 beim Amtsgericht Stuttgart eingegangenen Antrag der Klägerin erging am 3. August 1949 gegen die Beklagte ein Zahlungsbefehl über 15.936,72 DM nebst Zinsen, der auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, hilfsweise auf Wandelung gestützt wurde. Die Beklagte erhob rechtzeitig Widerspruch. Mit einer weiteren, bei dem Landgericht Stuttgart am 4. August 1949 eingereichten Klage begehrte die Klägerin ausserdem die Feststellung, dass ihr die Beklagte alle weiteren aus der Lieferung der mangelhaften Tüten erwachsenen und noch erwachsenden Schäden zu ersetzen habe. Zuletzt hat die Klägerin den Antrag gestellt, die Beklagte zur Nachlieferung von insgesamt 8.880.450 buntbedruckten Samen-tüten, hilfsweise zur Zahlung von 15.936,72 DM nebst 7 1/2 % Zinsen zu verurteilen.

Sie hat dazu vorgetragen, auf die Beschaffenheit der Tüten sei die mangelnde Keimfähigkeit der darin an ihre Kundschaft gelieferten Samen zurückzuführen. Dafür habe die Beklagte einzustehen.

Die Beklagte hat die Abweisung der Klage beantragt und Widerklage erhoben mit dem Antrag, die Klägerin zur Zahlung von 20.000,- DM nebst 5 % Zinsen seit 1. Juni 1949 zu verurteilen.

Sie hat geltend gemacht, die Klägerin könne schon deshalb keine Nachlieferung verlangen, weil es sich um einen reinen Werkvertrag gehandelt habe, denn nicht die Beklagte, sondern die Klägerin habe das für die Tüten benutzte Papier gestellt. Es sei nicht erwiesen, worauf die fehlende Keimfähigkeit der Samen zurückzuführen sei; deshalb entfalle auch ein Anspruch auf Schadensersatz oder Wandelung. Ein solcher Anspruch sei übrigens auch deshalb ausgeschlossen, weil die Klägerin es an der erforderlichen Aufforderung und Fristsetzung zur Nachbesserung habe fehlen lassen. Schliesslich seien die Ansprüche der Klägerin verjährt.

Das Landgericht hat die Beklagte antragsgemäss zur Nachlieferung sämtlicher Samentüten, jedoch Zug um Zug gegen Rückgabe der alten Tüten in gleicher Menge verurteilt. Die Widerklage wurde abgewiesen.

Gegen dieses Urteil haben beide Parteien Berufung eingelegt. Die Klägerin hat in der Berufungsinstanz ihren in der ersten Instanz zuletzt gestellten Hauptantrag auf Nachlieferung der Samentüten wiederholt, jedoch mit dem Zusatz, dass sie die Nachlieferung Zug

klagte beantragt, gemäss den zuletzt gestellten Anträgen zu erkennen und die Revision der Klägerin zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht ist der Auffassung, dass es sich bei dem strittigen Auftrag auf Lieferung der Samentüten um einen Werklieferungsvertrag im Sinne des § 651 BGB gehandelt hat. Es stellt dazu fest, dass das für die Herstellung der Tüten erforderliche Papier von der Beklagten beschafft worden sei, diese also auch etwaige Mängel des Papiers zu vertreten habe. Weiter stellt das Berufungsgericht fest, dass bei den Samen, die in den von der Beklagten gelieferten Tüten verpackt waren, erhebliche Keimschädigungen eingetreten und dass diese Schädigungen auf die Beschaffenheit der von der Beklagten gelieferten Tüten zurückzuführen seien. Die Klägerin könne daher Mängelhaftungsansprüche nach Werkvertragsrecht geltend machen. Sie könne zwar keine Nachlieferung verlangen, da es sich bei den Tüten um nicht vertretbare Sachen gehandelt habe und deshalb § 480 BGB nicht anwendbar sei; sie könne aber Wandelung beanspruchen. Dieser Anspruch sei auch noch vor seiner Verjährung gerichtlich geltend gemacht worden, denn die Verjährung, die am 1. Januar 1949 zu laufen begonnen habe, sei durch eine Prüfungsvereinbarung vom 28. Mai 1949 bis zum 4. Juli 1949 gehemmt gewesen. Der Anspruch auf Wandelung sei auch nicht nur insoweit gegeben, als die Klägerin noch in der Lage sei,

die gelieferten Tüten zurückzugeben, sondern auch darüber hinaus insoweit, als diese Tüten in der Zwischenzeit durch Zufall untergegangen seien; das seien die Tüten aus den von der Kundschaft der Klägerin beanstandeten und den Kunden zurückvergüteten Sendungen sowie die anlässlich des Rechtsstreites zu wissenschaftlichen Versuchen verbrauchten Tüten. Nicht dagegen sei der Wandelungsanspruch hinsichtlich der Tüten gegeben, die von der Klägerin ohne Beanstandung an die Kundschaft verkauft und von dieser bezahlt worden seien. Dabei kommt das Berufungsgericht auf Grund einer überschlägigen Berechnung zu dem Ergebnis, dass etwa $\frac{1}{4}$ der Tüten auf diese Weise an die Kundschaft der Klägerin verkauft worden seien, die Klägerin somit einen Wandelungsanspruch nur in Höhe von $\frac{3}{4}$ der gesamten Tütenmenge habe. Sie könne daher Zug um Zug gegen Rückgabe der bei ihr noch vorhandenen 6.030.000 Tüten in Höhe von $\frac{3}{4}$ des vereinbarten Kaufpreises die geleisteten Zahlungen zurückverlangen und die Erfüllung der noch ausstehenden Restschuld verweigern. Das Berufungsgericht kommt dabei - rechnerisch richtig - auf einen Betrag von $\frac{3}{4}$ von 35.936,72 DM = 26.952,54 DM, so dass die Klägerin nach Abzug der von ihr unstreitig noch nicht bezahlten 20.000,- DM noch 6.952,54 DM zu beanspruchen habe. Ausserdem erkennt das Berufungsgericht der Klägerin noch 7 % Zinsen hieraus zu, da die Klägerin Bankzinsen in dieser Höhe habe bezahlen müssen.

Damit kommt das Berufungsgericht zur Abweisung des Nachlieferungsanspruchs der Klägerin und der in ihrem Hilfsantrag gestellten weitergehenden Klageansprüche und zur Abweisung der Widerklage der Beklagten.

II.

1.) Die Revision der Beklagten ist, abgesehen von einem Teil des Zinsanspruchs, nicht begründet.

a) Zu Unrecht wendet sich die Revision gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, dass das Papier für die Tüten von der Beklagten beschafft worden sei. Das Berufungsgericht führt hierzu aus, dass es sich bei der "Bestellung" des Papiers durch die Klägerin nur um eine Formsache gehandelt habe, damit durch diese Lieferung das Papierkontingent der Beklagten nicht belastet werde, dass die Beklagte aber im übrigen unberührt hiervon das Papier unmittelbar von der Papierfabrik H[REDACTED] erwerben sollte. Dafür spreche, dass die Klägerin als Samenhandlung sich normalerweise nicht mit Papiereinkäufen befasse, dass das Papier direkt an die Beklagte geliefert worden sei, diese das Papier auch bezahlt und der Klägerin keine besondere Abrechnung darüber erteilt habe und dass die Beklagte schliesslich, wie sie selbst nicht bestreite, das Papier zum Teil auch für Aufträge anderer Besteller verwendet habe.

Diese Ausführungen enthalten keinen Verstoss gegen Denkgesetze, Erfahrungssätze oder Rechtsgrundsätze der Auslegung (§ 133 BGB). Das Berufungsgericht hat auch den Rechtsbegriff der Beschaffung (§ 651 BGB) nicht verkannt. Insbesondere ergibt sich entgegen der Auffassung der Revision aus dem Schreiben der Beklagten an die Klägerin vom 14. Oktober 1947 in keiner Weise "eindeutig", dass die Beklagte mit dem Vertreter der H[REDACTED]'schen Papierfabriken nur die Format- und Gewichtsangaben des Papiers besprochen habe, Qualität und Preis des Papiers aber von der Klägerin mit den Papierfabriken unmittelbar ver-

einbart worden seien, so dass die Klägerin auch für die Qualität des Papiers verantwortlich sei. Ein solcher Schluss kann aus dem Inhalt dieses Schreibens nicht schon deshalb gezogen werden, weil dort über Preis und Qualität des Papiers nichts ausdrücklich erwähnt ist. Auch die Worte "in Ihrem Auftrag" zwingen noch nicht zu dem Schluss, dass die Klägerin und nicht die Beklagte das Papier beschafft habe. Das kann, wovon das Berufungsgericht zutreffend ausgegangen ist, nur unter Berücksichtigung der sonstigen Begleitumstände beurteilt werden.

b) Das Berufungsgericht gelangt auf Grund eingehender Würdigung der erhobenen Beweise, insbesondere der Sachverständigengutachten, zu der Überzeugung, dass die fehlende Keimfähigkeit der Samen nur auf einen Mangel in der Beschaffenheit der Tüten zurückgeführt werden könne und dass die Beklagte deshalb als Lieferantin der Tüten hierfür einzustehen habe, auch wenn es nicht gelungen sei, die Art dieses Mangels mit voller Sicherheit festzustellen. Das Berufungsgericht kommt zu diesem Ergebnis, indem es alle anderen Möglichkeiten, die dem Samen die Keimfähigkeit entzogen haben könnten, ausschliesst. Es stellt fest, dass die mangelnde Keimfähigkeit nicht am Saatgut der Klägerin gelegen haben könne, da Versuche mit geprüftem mangelfreiem Saatgut, das in die Tüten abgefüllt worden sei, ebenfalls ein starkes Nachlassen der Keimfähigkeit gezeigt hätten. Auch der von der Klägerin zum Verschliessen der Tüten verwendete Klebstoff scheide als Schadensursache aus, da die Schäden sich auch bei nicht verklebten Tüten in gleicher Weise gezeigt hätten. Es bleibe somit nur noch die Möglichkeit einer nicht einwandfreien Lagerung des Samens

übrig. Aber auch diese sei auszuschliessen, denn die Feuchtigkeit in den Lagerräumen der Klägerin sei normal gewesen; es hätten sich bei den Versuchen, die unter normalen Feuchtigkeitsverhältnissen vorgenommen worden seien, die gleichen Mängel gezeigt, ebenso bei anderen von der Beklagten belieferten Firmen. Dem könne auch nicht entgegengehalten werden, dass nach dem Gutachten des Sachverständigen Dr. N. bei aussergewöhnlich trockener Lagerung die Schäden nicht aufgetreten seien, denn der Sachverständige habe gleichzeitig festgestellt, dass eine solche "anomal trockene Lagerung für die Praxis nicht in Frage komme". Massgebend sei, dass die Lagerung den damaligen Erkenntnissen entsprechend hinsichtlich der Luftfeuchtigkeit normal gewesen sei.

Das lässt keinen Irrtum erkennen. Die Revision der Beklagten erhebt in diesem Zusammenhang auch nur verfahrensrechtliche Rügen.

aa) Sie trägt vor, die Beklagte sei bei der Besichtigung des Betriebes der Klägerin durch den Sachverständigen Dr. N. nicht zugezogen worden. Darauf habe sie aber einen Anspruch gehabt. Die Beklagte ist der Auffassung, dass der Sachverständige bei jeder Besichtigung die Parteien zuziehen müsse, da er sonst leicht ein unrichtiges Bild gewinne. Das Berufungsgericht vertrete demgegenüber die irrige Ansicht, dass eine solche Zuziehung der Parteien nicht notwendig sei. Infolgedessen habe das Berufungsgericht es unterlassen, jenen Umstand bei der Beweismwürdigung gebührend zu berücksichtigen.

Diese Rüge geht fehl. Der Auffassung der Revision

kann nicht beigetreten werden. Es mag vielfach zwar zweckmässig sein, die Parteien bei einer solchen Besichtigung zuzuziehen. Ein prozessualer Anspruch hierauf besteht aber nicht. Das Gesetz enthält darüber nichts. Dagegen spricht insbesondere auch, dass - worauf das Berufungsgericht mit Recht hinweist - die Parteien, wenn sie auf Zuziehung bei einer Besichtigung durch den Sachverständigen Wert legen, die Möglichkeit haben, die Vornahme eines richterlichen Augenscheins zu beantragen. Einen solchen Antrag hat die Beklagte aber nicht gestellt, obwohl sie hierzu hinreichend Gelegenheit gehabt hätte. Im übrigen lässt das angefochtene Urteil nicht erkennen, dass das Berufungsgericht jenen Umstand nicht im Auge gehabt und gewürdigt hat.

bb) Die Revision beanstandet ferner, dass es der Sachverständige Dr. N. [REDACTED] entgegen der Auflage des Gerichts unterlassen habe, die in seinem letzten Gutachten überprüften, von der Klägerin zur Verfügung gestellten Tüten der Beklagten zur Feststellung ihrer Identität mit der seinerzeitigen Lieferung zu übersenden. Das ist zwar richtig. Die Rüge geht aber ins Leere. Das Berufungsgericht hat nämlich dieses Gutachten seiner Urteilsfindung gar nicht zugrunde gelegt, wie in den Urteilsgründen des näheren dargelegt wird.

Ohne Rechtsfehler sieht das Berufungsgericht überdies im Rahmen seines pflichtmässigen Ermessens die von der Beklagten dagegen erhobene Rüge auch als verspätet an (§ 279 ZPO). Zwischen dem Gutachten, das am 5. Juli 1954 erstattet wurde, und der letzten mündlichen Verhandlung, die am 28. Juni 1955 stattfand, lag nahezu ein Jahr. Es konnte von der Beklagten daher erwartet werden, ihre Beanstandung rechtzeitig und nicht erst drei Tage vor der letzten mündlichen Verhandlung vorzubringen.

cc) Zu Unrecht rügt die Revision der Beklagten ferner, dass das Berufungsgericht ihren Antrag, die Sachverständigen Dr. N. [REDACTED] und Dr. K. [REDACTED] durch das Gericht zu vernehmen, gemäss § 279 ZPO zurückgewiesen hat. Auch dieser Antrag ist erst drei Tage vor der letzten mündlichen Verhandlung gestellt worden, obwohl das letzte Gutachten des Sachverständigen Dr. N. [REDACTED] fast ein Jahr und das des Sachverständigen Dr. K. [REDACTED] über vier Monate zurücklagen. Ob daraus, wie das Berufungsgericht annimmt, die Absicht der Prozessverschleppung entnommen werden kann, kann dahingestellt bleiben; jedenfalls ist die Ablehnung des Antrags schon deshalb gerechtfertigt, weil er infolge grober Nachlässigkeit zu spät gestellt worden ist.

c) Das Berufungsgericht geht davon aus, dass der Gesichtspunkt des Verschuldens bei der Frage nach der objektiven Mangelhaftigkeit der Lieferung im Sinne des § 633 BGB völlig auszuschneiden habe und eine Haftung des Lieferanten ohne Rücksicht auf eine etwaige Voraussehbarkeit nicht gegen Treu und Glauben verstosse.

Die Revision der Beklagten stellt das zur Nachprüfung. Sie ist der Auffassung, dass § 633 BGB nicht die Fälle umfasse, bei denen die Beeinträchtigung der Gebrauchsfähigkeit ausserhalb aller Erwartung und aller bisherigen Erfahrungen und Kenntnisse von Wissenschaft und Praxis liege.

Der von der Revision vertretenen Auffassung kann nicht beigetreten werden. Die Revision übersieht dabei, dass damit das Risiko des unvorhersehbaren Mangels ein-

seitig dem Besteller aufgebürdet würde, der vielfach ohnehin schon einen weit höheren Schaden, für den der Unternehmer nicht einzustehen hat, tragen muss. Es kann daher angesichts der vom Gesetz getroffenen eindeutigen Entscheidung auch nicht Treu und Glauben widersprechen, wenn die Haftung für die im objektiven Wirkungsbereich des Unternehmers liegenden Mängel ohne Rücksicht auf ihre Vorhersehbarkeit diesen trifft.

d) Das Berufungsgericht hat angenommen, die Beseitigung des Mangels sei unmöglich gewesen, und es habe deshalb keiner Fristsetzung zur Nachbesserung nach § 634 Abs 1 BGB bedurft, die Klägerin habe vielmehr sofort ihren Anspruch auf Wandelung geltend machen können.

Das wird von der Revision gerügt. Sie meint, solange der angebliche Fehler der gelieferten Tüten nicht zuverlässig ermittelt sei, könne^{es} nicht als erwiesen angesehen werden, dass die Beseitigung des Mangels unmöglich sei; die Beweislast hierfür trage die Klägerin.

Diese Rüge geht an den Tatsachen vorbei. Wenn das Berufungsgericht auch nicht in der Lage war, die Schadensursache genau zu ermitteln, so hat es doch jedenfalls festgestellt, dass sie in der Beschaffenheit der Tüten liegt, sei es nun in der Beschaffenheit des Papiers oder des bei der Anfertigung der Tüten verwendeten Leims oder im Aufdruck. Daraus folgert das Berufungsgericht mit Recht, dass eine Nachbesserung unmöglich ist, denn es erscheint bei vernünftiger Betrachtungsweise unerfindlich, wie die Nachbesserung derartiger Mängel der Tüten durchgeführt werden könnte; die Be-

klagte ist auch selbst nicht in der Lage, in dieser Richtung etwas vorzutragen.

War aus diesem Grunde der Wandelungsanspruch der Klägerin von Anfang an gegeben, so kann es auch nicht mehr darauf ankommen, dass sich die den Tüten anhaftenden keimschädigenden Eigenschaften im Laufe der Jahre möglicherweise verflüchtigt haben. Deshalb hat das Berufungsgericht auch auf das spätere Gutachten des Dr. Nieser keinen Wert mehr gelegt, da es gegen das Vorhandensein von Mängeln im Zeitpunkt der Lieferung nichts beweist.

e) Das Berufungsgericht hält den Verspätungseinwand der Beklagten aus den §§ 377, 381 Abs 2 HGB für ungegründet, weil von der Klägerin nicht habe verlangt werden können, nach Abfüllung des Samens in die Tüten noch weitere Untersuchungen vorzunehmen. Das wird von der Revision auch nicht angegriffen. Die Revision rügt aber, dass die Klägerin, nachdem sie die Mängel festgestellt habe, in ihren Schreiben vom 18. Juni und 18. Juli 1949 ihre Anzeige nicht so klar gefasst habe, dass die Beklagte daraus die Art des Mangels sowie die beanstandete Menge entnehmen konnte. Diese Rüge geht fehl. Eine nähere Kennzeichnung des Mangels war der Klägerin nicht möglich, wie sie sogar noch heute den Sachverständigen nicht möglich ist. Was den Umfang der Beanstandung betrifft, so ist den Schreiben eindeutig zu entnehmen, dass die Rüge in Ansehung aller gelieferter Tüten erhoben werden sollte.

f) Die Revision der Beklagten rügt schliesslich noch, dass das Berufungsgericht bei der Berechnung der Stückzahl der Tüten, für die die Wandelung verlangt werden

kann, die Retouren der Kunden der Klägerin sämtlich der Beklagten zur Last gelegt hat. Es könne sehr wohl sein, dass die von der Kundschaft vorgebrachten Anstände ihre Ursache nicht in der Beschaffenheit der Tüten, sondern in Mängeln des Saatguts hätten.

Diese Rüge ist nicht begründet. Die Möglichkeit, dass die damaligen Beanstandungen in Einzelfällen auch Mängel des Saatguts zum Grunde hatten, kann freilich nicht völlig ausgeschlossen werden. Nach dem unbestrittenen Vortrag der Klägerin haben die Beanstandungen der Kunden damals aber so ein ungewöhnliches Ausmass angenommen, dass etwaige nicht auf die Beschaffenheit der Tüten zurückzuführende Mängel hierbei nur eine völlig untergeordnete Rolle spielen konnten. Ihren Umfang genau festzustellen, ist unmöglich. Wenn das Berufungsgericht unter diesen Umständen bei seiner Berechnung, die ohnedies nur auf Schätzungen beruhen konnte, diesen verhältnismässig unbedeutenden Umstand ausser Acht liess, so lässt das keinen Rechtsfehler erkennen.

g) Das Berufungsgericht hat der Klägerin in Anbetracht ihres glaubhafterweise in Anspruch genommenen Bankkredits eine Zinsforderung von 7 % zugebilligt. Dabei hat es verkannt, dass die Klägerin im Falle der Wandelung nicht mehr als den gesetzlichen Zinssatz von 5 % beanspruchen kann (§ 352 HGB, § 347 Satz 3 BGB). Höhere Zinsen kann die Klägerin nur unter dem Gesichtspunkt des Verzugsschadens beanspruchen (§ 286 BGB). Verzug tritt zwar in der Regel spätestens mit der Rechtshängigkeit des Anspruchs ein (§ 284 BGB), liegt jedoch ausnahmsweise auch dann noch nicht vor, wenn die Leistung infolge eines Umstandes unterbleibt, den der

Schuldner nicht zu vertreten hat (§ 285 BGB). Das ist hier angesichts der bis zuletzt sehr zweifelhaften Sachlage für die Zeit des Rechtsstreites in beiden ersten Rechtszügen zu bejahen. Es kann für die Beurteilung der Lage von der Beklagten nicht mehr an Sachkenntnis verlangt werden als von den Sachverständigen, die sich bis zuletzt über die wirkliche Ursache des Mangels nicht im klaren waren. Deshalb konnte und durfte die Beklagte auch bis zum Erlass des Berufungsurteils immer noch ohne Verschulden damit rechnen, dass die Klage abgewiesen wird, weil die Ursache des Mangels nicht festgestellt werden kann. Erst nachdem die Beklagte auch gegenüber dem ihr ungünstigen Urteil des Berufungsgerichts bei ihrer Zahlungsweigerung geblieben ist, hat sie ihre Nichtleistung zu vertreten (vgl. BGH in NJW 1951, 398). Der der Klägerin vom Berufungsgericht zugebilligte Zinssatz von 7 % ist daher für die Zeit bis zum 12. Juli 1955, den Tag der Verkündung des Berufungsurteils, auf 5 % herabzusetzen.

h) Mit dieser Massgabe ist somit die Revision der Beklagten zurückzuweisen.

2.) Die Revision der Klägerin ist nur teilweise begründet.

a) Das Berufungsgericht ist der Auffassung, dass eine Wandelung in Ansehung der Tüten, die die Klägerin "erfolgreich" absetzen konnte, die also von den Kunden der Klägerin nicht zurückgeschlagen wurden, nicht begründet sei.

Das wird von der Revision der Klägerin gerügt, die der Meinung ist, dass sie an ihre Kunden "nicht Tüten,

sondern Samen verkaufte und bezahlt erhielt". Dieses Vorbringen bleibt ohne Erfolg. Auch die Tüten, die die Klägerin unbeanstandet abgesetzt hat, sind zwar im Sinne des § 350 BGB durch Zufall untergegangen; es ist deshalb nach dieser Vorschrift auch für sie die Wandelung nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Die Klägerin ist jedoch in diesem Falle nach § 281 BGB verpflichtet, der Beklagten den für die Tüten empfangenen Kaufpreis zur Verfügung zu stellen. Mit der Behauptung, es seien nicht Tüten, sondern Samen verkauft worden, kann die Revision nicht gehört werden; denn das Berufungsgericht hat ohne Rechtsfehler die Überzeugung erlangt, dass in dem Preis der gefüllten Samentüten der Preis der Verpackung mindestens in Höhe der reinen Gestehungskosten (mehr berechnet das Berufungsgericht nicht) eingerechnet war, die Tüten also von den Abkäufern an die Klägerin bezahlt worden sind. Das bedeutet im Ergebnis, dass die Klägerin insoweit von der Beklagten auch keine Rückgewähr des Kaufpreises der Tüten verlangen kann, da in gleichem Umfang der Beklagten ein Anspruch auf Abführung des erhaltenen Kaufpreises für die Tüten entgegenstehen würde.

b) Das Berufungsgericht berechnet die Zahl der Tüten, die für eine Wandelung in Frage kommen, wie folgt:

Vorhandene Tüten	6.030.000
durch Zufall bei der Klägerin und im Laufe des Prozesses unter- gegangene Tüten etwa	<u>170.000</u>
	6.200.000 Tüten.
	=====

Insoweit wird die nach § 287 ZPO vorgenommene Schätzung des Berufungsgerichts von den Parteien nicht beanstandet.

Darüber hinaus nimmt das Berufungsgericht aber an, dass etwa 400.000 weitere Tüten von der Kundschaft der Klägerin zurückgegeben worden sind. Dieser Schätzung legt das Berufungsgericht den Betrag von 70.000,- bis 74.000,- DM zugrunde, der für Retouren von der Klägerin ihren Kunden zurückerstattet werden musste; es geht ferner davon aus, dass der Durchschnittspreis einer abgefüllten Samentüte 0,20 DM betrage.

Diesen Durchschnittspreis von 0,20 DM je Tüte will die Revision der Klägerin nicht gelten lassen. Soviel betrage allenfalls der Kleinverkaufspreis; es müsse aber, da die Samen an Wiederverkäufer veräussert worden seien, der Grosshandelspreis zugrunde gelegt werden, der durchschnittlich nur 0,09 DM betrage. Dann würde die Berechnung der Menge der zurückgeschlagenen Samentüten aber zu einem weit höheren Ergebnis führen.

Diese Rüge ist begründet. Es ist der Klägerin darin recht zu geben, dass bei der vom Berufungsgericht angestellten Berechnung nicht der Klein-, sondern der Grossverkaufspreis zugrunde zu legen ist. Das wird dem Oberlandesgericht zwar nicht entgangen sein, obwohl die Gründe des angefochtenen Urteils dafür nichts erkennen lassen. Das Berufungsgericht hat die Klägerin aber über die von ihm beabsichtigte Berechnungsart nicht aufgeklärt; die Klägerin hatte deshalb keine Gelegenheit, sich über die Höhe des Grossverkaufspreises der Tüten zu äussern. Das ist von der Revision mit Recht als Verletzung der richterlichen Fragepflicht (§ 139 ZPO) gerügt worden.

Wird die Behauptung der Klägerin, der Grossverkaufspreis der gefüllten Samentüten habe durchschnittlich nur

0,09 DM je Stück betragen, als richtig unterstellt, so ergibt sich eine für die Klägerin günstigere Berechnung. Es errechnet sich dann nämlich unter Zugrundelegung eines Retourenbetrages von 70.000,- bis 74.000,- DM eine Tütenzahl von etwa $72.000 : 0,09 =$ etwa 800.000 (statt wie von dem Berufungsgericht angenommen 400.000), so dass die Klägerin dann nicht für 6,6, sondern für 7 Millionen Tüten Wandelung verlangen könnte. Das bedeutet, dass die Klägerin nicht $3/4$, sondern $70/88$ von 35.936,72 DM zu erhalten hätte, somit möglicherweise einen Betrag bis zu 28.586,03 DM abzüglich noch nicht bezahlter 20.000,- DM. Da der Klägerin in dem angefochtenen Urteil nur 6.952,54 DM zugesprochen worden sind, könnte sie somit möglicherweise einen Mehrbetrag bis zur Höhe von 8.586,03 DM abzüglich 6.952,54 DM = 1.633,49 DM (nebst Zinsen in entsprechender Verteilung hinsichtlich des Zinsenlaufs) beanspruchen.

Insoweit ist das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, das noch den Grosshandelspreis der abgefüllten Samentüten festzustellen und auf Grund dieser Feststellung die Zahl der zurückgeschlagenen Tüten zu ermitteln haben wird.

Im übrigen ist die Revision der Klägerin als unbegründet zurückzuweisen.

III.

Kostenentscheidung:

1.) Die Klägerin hatte in den beiden Vorderinstanzen mit 26.952,54 DM obgesiegt. Das sind bei einem Streitwert von 83.520,- DM in der ersten Instanz 31,07 % und bei einem Streitwert von 68.520,- DM in der Berufungsinstanz 39,33 %. Das Berufungsgericht hat der Klägerin für die erste Instanz 2/3 der Kostenaufgelegt, da sie etwa auch in dieser Höhe unterlegen ist. Für die Berufungsinstanz hat es, obwohl die Klägerin mit erheblich weniger als der Hälfte obgesiegt hat, die Kosten gegeneinander aufgehoben, und zwar aus der Erwägung, dass die Beklagte wegen ihres hartnäckigen Bestreitens die verhältnismässig erheblichen Kosten der Gutachten herbeigeführt hat. Diese nach § 92 Abs 2 ZPO für die Kosten der Berufungsinstanz getroffene Ermessensentscheidung des Berufungsgerichts lässt keinen Rechtsirrtum erkennen. Es ist auch nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht bei der Kostenentscheidung für die erste Instanz von einer solchen Ermessensentscheidung zugunsten der Klägerin nach § 92 Abs 2 ZPO abgesehen hat. Der Hinweis der Revision der Klägerin auf ihren durch die Währungsreform entstandenen Schaden geht fehl, da der Klägerin nur ein Wandlungsanspruch, nicht ein Anspruch auf Schadensersatz zugebilligt worden ist.

Eine Aufhebung dieser Kostenentscheidung erschien nicht angebracht. Selbst wenn die Klägerin günstigenfalls noch mit weiteren 1.633,49 DM obsiegen würde, so würde dies in Ansehung des gesamten Streitwertes nicht ins Gewicht fallen. Der Satz, mit dem die Klägerin streitwertmässig gesehen dann obgesiegt haben würde, würde für die erste Instanz höchstens 34,21 % betragen, also immer noch etwa 1/3. Der Prozentsatz für die zweite Instanz würde

sich auf 41,56 erhöhen, also immer noch weit unter der Hälfte liegen.

2.) In der Revisionsinstanz ist die Beklagte - abgesehen von der Herabsetzung des Zinssatzes, die die Kostenentscheidung nicht beeinflusst - voll unterlegen. Das macht genau $\frac{3}{4}$ des Streitwertes aus. In dieser Höhe können der Beklagten die Kosten der Revision daher jetzt schon auferlegt werden. Die Entscheidung über das letzte Kostenviertel hängt davon ab, ob und in welchem Umfang der Klägerin der noch im Streit stehende Betrag von 1.633,49 DM vom Berufungsgericht zugbilligt wird. Sie ist deshalb dem Berufungsgericht vorzubehalten.

Glanzmann

Scheffler

Rietschel

Heimann-Trosien

Erbel