

V. ZR 33/51

2362 064 ¹⁰

Verkündet am 19. September 1952
Symalla, Justizobersekretär, als
Urkundsbeamter der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Fabrikanten Friedrich P [REDACTED] in W [REDACTED]
K [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

den Rentner Wilhelm S c h [REDACTED] sen. in W [REDACTED]
V [REDACTED], G [REDACTED]straße [REDACTED],

Kläger, Berufungskläger
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche
Verhandlung vom 19. September 1952 unter Mitwirkung des Senats-
präsidenten Prof. Dr. Pritsch und der Bundesrichter Dr. von
Normann, Dr. Heck, Schuster und Dr. Oechßler

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil
des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in
Düsseldorf vom 23. Februar 1951 wird auf Kosten
des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Dem beklagten Alleininhaber einer Stielfabrik waren in der Zeit vom 1. Dezember 1943 bis zum 31. Dezember 1944 die auf dem Grundstück W[REDACTED]-V[REDACTED], G[REDACTED]straße [REDACTED], gelegenen gewerblichen Räume des Klägers nebst Maschinen und Einrichtungsgegenständen zur Benutzung überlassen. In einem als "Vereinbarung und Mietvertrag" bezeichneten Vertrag vom 10. Mai 1944 wurden als "Entschädigung für das Nutzungsrecht" je Monat 1 000 RM festgesetzt, die durch spätere Vereinbarung auf 750 RM ermäßigt wurden. Der schriftliche Vertrag enthält in Ziff 4 Satz 2 die weitere Bestimmung: "die Entschädigung ist in bar oder in Waren zu leisten, je nach Wahl des Herrn Sch[REDACTED]."

Im Jahre 1944 teilte der Kläger dem Beklagten mit, daß er statt der Barzahlung die Entschädigung in Waren verlange. Schon vorher hatte er angebotenes Bargeld und auch einen Scheck über 7 900 RM mit dem Hinweis zurückgewiesen, daß er Warenlieferung wünsche. Der Beklagte trug in der Folge einen Teil der Schuld, und zwar etwa ein Drittel, durch Warenlieferungen ab. Den Rest der Entschädigungssumme bot er dem Kläger wiederholt in bar an.

Der Kläger forderte den Beklagten durch Schreiben seines Prozeßbevollmächtigten vom 9. Oktober und 1. Dezember 1947 wegen der bestehenden Restforderung erneut zur Lieferung von Waren auf. Die Restforderung bezifferte er dabei auf Grund einer eigenen Berechnung im Schreiben vom 14. Mai 1947 mit 6 095,02 RM. Eine Postscheckeinzahlung dieses Betrages überwies der Kläger an den Beklagten zurück.

Im Dezember 1947 klagte der Kläger in dem Vorprozeß 4 O 120/47 des Landgerichts Wuppertal eine diesem Betrag entsprechende Warenmenge mit dem Antrage ein,

- 3 -

den Beklagten zu verurteilen, an ihn Waren im Werte von 6 095,02 RM zu liefern, hilfsweise an ihn Waren eigener Fabrikation, nämlich Stiele aller Art, im Werte von 6 095,02 RM zu liefern, und zwar äußerst eventuell Zug um Zug gegen Aushändigung eines Holzbezugscheines L in der dem Beklagten noch nachzuweisenden Menge.

Im letzten Verhandlungstermin vom 9. Juli 1948 hat der Kläger diese Anträge "abgeändert auf 609,50 DM".

Das Landgericht in Wuppertal hat durch Urteil vom 23. Juli 1948 den Beklagten verurteilt, "an den Kläger Waren eigener Fabrikation, nämlich Stiele aller Art, im Werte von 609,50 DM zu liefern."

Dieses Urteil ist rechtskräftig.

Mit der vorliegenden Klage erhebt der Kläger eine Mietnachforderung, für die er Waren geliefert haben will. Er ist der Auffassung, er habe bereits vor der Währungsreform einen Anspruch auf Warenlieferung gehabt. Diese nicht auf Reichsmark gerichtete Forderung sei durch die Währungsreform unberührt geblieben. Den Klageanspruch habe er im Vorprozeß durch die Umstellung 10 : 1 irrtümlich ermäßigt; es sei ihm nur ein Teil seiner Warenforderung zugesprochen worden, und er sei daher durch das Vorurteil nicht gehindert, nunmehr den Rest geltend zu machen. Der Kläger hat im ersten Rechtszug beantragt:



- I. den Beklagten zu verurteilen, an ihn Waren eigener Fabrikation, nämlich Stiele aller Art, nach Wahl des Klägers im Werte von 6 763,92 DM unter Zugrundelegung der Stoppreise vom 1. Januar 1945 zu liefern;
- II. notfalls den Beklagten zu verurteilen, an ihn folgende Eschenstiele zu liefern:
- 1) 5 000 Vorschlaghammerstiele mit Vierkantansatz 30/40 mm, 800 mm lang,
 - 2) 1 000 Vorschlaghammerstiele mit Vierkantansatz 30/40 mm, 900 mm lang,
 - 3) 2 000 Axtstiele, Auge 30/70 mm, 800 mm lang,
 - 4) 1 000 Axtstiele, Auge 30/70 mm, 900 mm lang,
 - 5) 4 200 Beilstiele, 350 mm lang,
 - 6) 3 000 Beilstiele, 400 mm lang,
 - 7) 3 000 Kreuzhackenstiele, 950 mm lang, Auge Oval 40/75 mm,
 - 8) 3 900 Schaufelstiele 1350 mm lang, 41 mm Durchmesser gebogen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, da dem Klageanspruch der Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache entgegenstehe.

In der Berufungsinstanz hat der Kläger beantragt, unter Aufhebung des angefochtenen Urteils nach dem Klageantrag zu erkennen, wobei er lediglich in der Schlußposition des Hilfsantrags, wohl versehentlich, Kreuzhackenstiele anstatt Schaufelstiele verlangte.

Der Betrag von 6 763,92 RM ist wie folgt berechnet:

13 Monate zu 750 RM Miete	9 750,-- RM
abzüglich Leistungen des Beklagten gemäß dessen Rechnung vom 13. November 1946 ./.	3 015,78 "
zuzüglich eines nicht anerkannten Holz- überpreises in dieser Gegenrechnung von +	<u>639,20 "</u>
	7 373,42 RM
für Waren im Werte von 609,50 DM, die im Vorprozeß zugesprochen wurden, zieht der Kläger ab	./.
	<u>609,50 "</u>
Klagesumme:	<u>6 763,92 RM.</u> =====

Den Wert der Werkzeuge im Hilfsantrag hat der Kläger folgendermaßen angegeben:

Position II	1)	1 500 RM
	2)	330 "
	3)	640 "
	4)	360 "
	5)	420 "
	6)	360 "
	7)	1 260 "
	8)	<u>1 872 "</u>
		6 742 RM
		=====

Der Beklagte hat Klagabweisung, im zweiten Rechtszug Zurückweisung der Berufung beantragt. Er hat sich auf rechtskräftige Erledigung durch den Vorprozeß, allenfalls auf die in diesem noch bestehende Rechtshängigkeit des Klageanspruchs berufen. Im übrigen erkennt er einen Abzug von seiner Gegenrechnung wegen des Holzpreises nicht an. Er hat die Ansicht vertreten, daß der Kläger die Lieferung bestimmter Sorten und Mengen von Stielen nicht verlangen könne, vielmehr ihm, dem Beklagten, überlassen sei, welche

Waren er aus seiner Erzeugung im einzelnen liefern wolle.

Das OLG hat die Berufung gegen das klagabweisende Urteil des ersten Rechtszuges hinsichtlich des Hauptanspruchs zurückgewiesen, jedoch von dem Hilfsanspruch einen Teil dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt.

Mit der Revision erstrebt der Beklagte die volle Klagabweisung, hilfsweise bittet er unter Aufhebung des angefochtenen Urteils und des ihm zugrundeliegenden Verfahrens den Rechtsstreit zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht hat den Einwand der rechtskräftigen Entscheidung sowie die Einrede der Rechtshängigkeit für unbegründet erachtet und im übrigen ausgeführt:

Nach dem Willen der Parteien habe der Kläger nicht nur anstelle der Geldvergütung die Lieferung von Waren wählen können, es stehe ihm auch zu, zu bestimmen, welche Waren im einzelnen aus der Erzeugung im Betrieb des Beklagten geliefert werden sollten. Durch die Währungsreform sei der Anspruch des Klägers nicht betroffen worden, weil er am Währungsstichtag nicht auf Geldleistung, sondern auf Warenlieferung gerichtet gewesen sei. Der Kläger habe dem Beklagten schon vor Ende 1944 mitgeteilt, daß er Leistung in Waren wünsche, wenn er sie auch damals noch nicht im einzelnen bezeichnet habe. Auf jeden Fall habe der Kläger durch den Hilfsantrag im Vorprozeß, den Beklagten zu verurteilen, Waren eigener Fabrikation, nämlich Stiele aller Art, im Wert von 6 095,02 RM zu liefern, von seinem Wahlrecht rechtswirk-

sam Gebrauch gemacht, derart, daß sich die Schuld des Beklagten endgültig auf die Lieferung von Stielen konzentriert habe, eine Warengattung, die damals schon aus der Bewirtschaftung freigegeben gewesen sei. Ob es sich bei der Wahlklausel des Vertrages um die Vereinbarung einer Wahlschuld oder einer Ersetzungsbefugnis mit Wahlrecht des Gläubigers oder gar eine Zwischenlösung gehandelt habe, könne dahingestellt bleiben. Daß der Kläger vor der Währungsreform lediglich eine Warengattung gewählt hatte, sei unschädlich, da damals Stopppreise für die zu liefernden Waren bestanden hätten, so daß die Schuld eine mengen- und wertmäßig feste Größe dargestellt habe. Der Klageantrag zu 2) sei also insoweit dem Grunde nach gerechtfertigt, als die Lieferung einer Warenmenge verlangt werde, die am 1. Januar 1945 bei Zugrundelegung der damaligen Stopppreise für 6 124,72 RM zu liefern gewesen sei (dieser Betrag ist errechnet aus dem Gesamtmietbetrag von 9 750 RM abzüglich der Gegenrechnung des Klägers von 3 015,78 RM und eines Betrages von 609,50 RM für den bereits im Vorprozeß zuerkannten Anspruch). Die dem Kläger auf Grund dieses - dem Grunde nach festzustellenden - Teilanspruchs zustehende Warenmenge dürfe jedoch im Endergebnis nicht größer sein, als sie am 1. Januar 1945 zum damaligen Stopppreis für insgesamt 6 124,72 RM + 609,50 RM = 6 734,22 RM zu liefern gewesen sei abzüglich der Waren, die er auf Grund des Urteils im Vorprozeß erhalten habe oder die für 609,50 DM zu den im Juli 1948 üblichen Preisen erhältlich gewesen seien. Aufzuklären sei nach der Erlassung des Teilgrundurteils noch, wie hoch die Stopppreise am 1. Januar 1945 gewesen seien, um die zu liefernde Warenmenge festzustellen. Außerdem sei zu untersuchen, ob der Kläger mit Recht 639,20 RM von der Gegenrechnung des Beklagten deswegen abziehe, weil dieser einen zu hohen Holz-

preis in Rechnung gestellt habe.

Die Revision bekämpft die Ausführungen des Berufungsgerichts als rechtsirrig.

I. Zunächst ist zu prüfen, ob über den nunmehr vom Berufungsgericht zuerkannten Anspruch bereits rechtskräftig erkannt oder ob er nicht im Vorprozeß noch rechtshängig ist.

1.) Nach § 322 ZPO sind Urteile der Rechtskraft nur insoweit fähig, als über den durch die Klage erhobenen Anspruch entschieden ist. Im Vorprozeß hatte der Kläger zunächst beantragt, den Beklagten zu verurteilen, Waren im Wert von 6 095,02 RM zu liefern, nach der Währungsreform jedoch den Antrag dahin abgeändert, daß er die Verurteilung zur Lieferung von Waren (Stielen) im Werte von 609,50 DM begehrte. Es besteht kein Zweifel, daß der Kläger damit nur mehr einen Teil der ursprünglich begehrten Warenmenge verlangte. Über diese Teilforderung allein hat das Landgericht entschieden, indem es sie dem Kläger zusprach, andernfalls hätte es im übrigen die Klage abweisen müssen. Auch wenn das Gericht bei seiner Entscheidung der Meinung gewesen sein sollte - was übrigens im Urteil nicht zum Ausdruck kommt - die vom Kläger ursprünglich geltend gemachten weitergehenden Ansprüche seien unbegründet, ändert dies nichts an der auf den zugesprochenen Teilanspruch beschränkten Rechtskraftwirkung, erst recht nicht der Umstand, daß die Parteien glaubten, über den nunmehr zugesprochenen Anspruch hinaus bestünde kein weiterer Lieferungsanspruch (RGZ 120,317; Warn 1935, 76). Entschieden hat das Gericht nur über den zuletzt allein aufrecht erhaltenen Teilanspruch. Die Rechtskraft des Urteiles im Vorprozeß steht daher, wie das OLG richtig ausgeführt hat, der Nachforderung des Klägers im gegenwärtigen

Prozeß nicht entgegen.

2.) Der nunmehr geltend gemachte Mehranspruch ist aber auch nicht etwa noch rechtshängig, wie die Revision hilfsweise geltend macht. Der Kläger glaubte bei der Umstellung seines Anspruchs auf Waren im Wert von 609,50 DM, mit der er nur mehr einen Teil der ursprünglich geforderten Warenmenge verlangte, offenbar, daß der weitere nicht mehr aufrecht erhaltene Teilanspruch ihm durch die Währungsgesetzgebung genommen worden sei. Indem er diesen weitergehenden Anspruch im Rechtsstreit fallen ließ, verzichtete er auf ihn nicht, weil er ihn ja gar nicht mehr zu haben glaubte. Die Stellung des eingeschränkten Antrags muß vielmehr dahin gedeutet werden, daß der Kläger damit die Klage, soweit sie über den zuletzt aufrecht erhaltenen Anspruch hinausging, mit Zustimmung des Beklagten zurücknahm, was in der mündlichen Verhandlung (§ 271 ZPO) und auch durch schlüssige Handlung (RGZ 66, 12 [14]; 75, 286 [290]) geschehen konnte. Diese Auslegung ist geboten, weil beide Parteien den Prozeß mit dem Urteil als erledigt erachteten. Der Umstand, daß das Landgericht im Vorprozeß in seinem Urteil nicht festgestellt hat, daß die ursprüngliche Klage teilweise zurückgenommen worden sei, sondern sich zu der Umstellung des Klageantrags überhaupt nicht geäußert hat, hindert die im gegenwärtigen Rechtsstreit erkennenden Gerichte nicht an der rechtlichen Beurteilung des damaligen prozessualen Verhaltens der Parteien.

II. Der Revision kann nicht zugegeben werden, daß der Mietvertrag wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot nichtig sei. Soweit Bewirtschaftungsvorschriften in Frage kommen, hat bereits das Berufungsgericht ausgeführt, es sei nicht vereinbart, daß der Kläger seine Wahl auf bewirt-

schaftete Waren richten sollte. Abgesehen davon bestand die Möglichkeit, behördliche Genehmigung herbeizuführen, die sich nach der Aufhebung der Bewirtschaftung für Stiele erübrigte. Der Vertrag verstößt auch nicht gegen die VO Nr 92 der BritMilReg (Amtsbl 1947, 567), denn die vorgesehene Warenlieferung änderte am Nennwert des Reichsmarkmietbetrages nichts.

III. 1.) Das Berufungsgericht hat dahingestellt sein lassen, ob aus der Wahlklausel des Vertrages eine Wahlschuld oder eine Ersetzungsbefugnis für den Gläubiger zu entnehmen sei. Die Revision bemängelt, daß im letzteren Fall das Berufungsgericht die Bestimmungen des § 263 Abs 2 BGB nicht habe anwenden dürfen, nach der die gewählte Leistung als die von Anfang an allein geschuldete gilt. Die Rüge geht fehl. Bei der Ersetzungsbefugnis des Gläubigers, vermöge deren er statt der zunächst allein geschuldeten Leistung auch eine andere verlangen kann, hängt es allerdings lediglich vom Parteiwillen und der besonderen Gestaltung des Rechtsverhältnisses ab, ob der Gläubiger an seine Erklärung gebunden ist und das Schuldverhältnis sich auf die durch die Erklärung verlangte Leistung beschränkt (RGZ 136, 130; Warn 1916 Nr 158; 1934 Nr 32), ohne daß eine gesetzliche Regel bestünde. Das Berufungsgericht hat das aber nicht verkannt, vielmehr als Willen der Parteien durch Auslegung festgestellt, daß der Kläger nach Ausübung des Wahlrechts an seine Entscheidung gebunden sein sollte, und daß die Schuld vom Beklagten nur noch durch die gewählte Leistung erfüllt werden konnte. Das Berufungsgericht begründet seine Auslegung mit dem von den Parteien verfolgten Zweck, den Anspruch des Klägers von der Gefahr einer Geldentwertung unabhängig zu machen. Es weist auch darauf hin, daß der Beklagte sich gegen diese Auslegung nicht durch Darlegung von Einzelheiten

verwahrt habe, sondern nur andere Einwendungen gegen sie erhoben habe.

Die Auslegung des Berufungsgerichts ist möglich und mit dem Vertragswortlaut vereinbar. Es ist auch nicht ersichtlich, inwiefern sie, wie die Revision behauptet, gegen die Grundsätze der §§ 133, 157 BGB verstoßen sollte. Wenn die Revision ausführt, die Entschädigungsforderung sei eine nach § 16 UmstG im Verhältnis 10 : 1 auf DM umgestellte RM-Forderung, so daß der Kläger nur Waren im Werte des umgestellten DM-Betrages fordern könne, übersieht sie, daß bei wirksamer Wahl die RM-Forderung schon vor der Währungsreform untergegangen war. Herabsetzung der zu liefernden Warenmenge auf den Umfang, der sich aus dem Wert des im Verhältnis 10 : 1 bestimmten DM-Betrages ergibt, ist auch nicht etwa deswegen geboten, weil die Umstellungsvorschriften der Währungsreform zwingenden Rechts sind. In dem von der Revision in diesem Zusammenhang angeführten Urteil des BGH vom 29. März 1951 (Lindenmaier-Möhring § 13 UmstG Nr 2 = NJW 1951, 708) sollte der Schuldner einer Darlehensforderung verpflichtet sein, einen Geldbetrag zu zahlen, der dem Wert der zur Sicherung für die Forderung übereigneten Gegenstände nach der Währungsreform entsprach. Diese Entscheidung ist für den vorliegenden Fall nicht verwertbar, da in ihr die Sachgüter nur als Wertmaßstab für die Umstellung einer Geldforderung gedacht waren, während es sich im gegenwärtigen Rechtsstreit nicht um eine Geldforderung, sondern um einen Anspruch auf Lieferung von Sachen handelt.

2.) Zu prüfen ist weiter die Rüge der Revision, der Kläger habe das ihm zustehende Wahlrecht auf jeden Fall erst nach der Währungsreform wirksam ausgeübt, weil er erst in

der Berufungsinstantz des gegenwärtigen Rechtsstreits die ihm zu liefernden Waren durch den Hilfsantrag im einzelnen bezeichnet habe.

Hier liegt zunächst ein - allerdings unwesentlicher - Irrtum der Revision insofern vor, als der Hilfsantrag zwar erst nach der Währungsreform, aber schon im ersten Rechtszug des gegenwärtigen Prozesses gestellt wurde (Antrag vom 7. März 1950, verlesen am selben Tage, angekündigt schon im Schriftsatz vom 11. September 1949).

a) Auch eine Forderung, die vor der Währungsreform lediglich auf Lieferung von Waren im Werte eines bestimmten RM-Betrages mit dem Vorbehalt gerichtet war, daß der Kläger die Waren im einzelnen noch bezeichnen sollte, war weder eine auf Zahlung einer Geldsumme gerichtete Forderung, noch ein auf RM lautendes oder in RM zu erfüllendes Schuldverhältnis und wurde daher durch die Währungsreform nicht auf ein Zehntel herabgesetzt. Es kann dabei kein Unterschied machen, ob die Parteien von vornherein die Begründung einer solchen Forderung, die noch näherer Bestimmung bedurfte, als alleiniger Forderung vereinbart haben, oder ob zunächst eine Geldforderung bestand, aber dem Gläubiger das Recht eingeräumt war, durch seine Erklärung statt dieser Geldforderung eine Forderung auf Warenlieferung zur Entstehung zu bringen oder das Schuldverhältnis auf diese zunächst nur allgemein bestimmte Warenforderung zu beschränken, wenn nur der Gläubiger von dieser Befugnis vor der Währungsreform Gebrauch gemacht hat. Kraft der bestehenden Vertragsfreiheit können Parteien ein Wahlschuldverhältnis auch dergestalt begründen, daß zunächst eine Geldleistung oder Ware geschuldet sein, der Gläubiger aber später erst bestimmen sollte, welche Waren im einzelnen zu liefern wären. In die-

sem Fall kann schon die Erklärung des Gläubigers, er wolle die Sachleistung oder doch die Lieferung von Waren einer allgemeinen Gattung (hier Stiele), bewirken, daß nur mehr diese geschuldet werden und er keine Geldleistung mehr verlangen kann. Möglicherweise tritt diese Rechtswirkung aber auch erst ein, wenn der Gläubiger die Waren, die er haben will, im einzelnen angibt. Ob die eine oder andere Möglichkeit zutrifft, ist Frage der Auslegung. Dasselbe gilt auch für eine dem Gläubiger eingeräumte Ersetzungsbe-
fugnis: Auch hier kann nach dem Parteiwillen schon seine Erklärung, er verlange Sachleistung, die bis dahin noch nicht bestehende Schuld des Vertragsgegners zur Sachlei-
stung begründen, wobei der Gläubiger später noch die Wa-
ren im einzelnen anzugeben hat. Es kann aber auch hier der Bezeichnung der einzelnen zu erbringenden Leistungen bedürfen, damit überhaupt die Pflicht zur Warenlieferung entsteht und die Geldleistungspflicht wegfällt. Das Beru-
fungsgericht hat den Vertrag sowohl für den Fall der Wahl-
schuld als auch für den der Ersetzungsbezugnis jeweils im ersten Sinn ausgelegt, wenn es ausführt, man könne dem Parteiwillen nur gerecht werden, wenn man eine durch die Währungsreform nicht berührte Warenforderung als schon dadurch entstanden annehme, daß der Kläger mit seinem Hilfsantrag im Schriftsatz vom 1. April 1948 des Vorpro-
zesses die Lieferung von Stielen im Werte seiner RM-Ent-
schädigungsforderung verlangt habe, von denen jede Art ei-
nen Stopp Preis gehabt habe, so daß die Warenschuld mengen-
und wertmäßig schon eine feste Größe dargestellt habe. Auch bei diesem Teil der tatrichterlichen Vertragsausle-
gung ist nicht ersichtlich, daß das Berufungsgericht ge-
gen gesetzliche Auslegungsregeln oder die Denkgesetze ver-
stoßen oder wesentliches Auslegungsmaterial unbeachtet ge-
lassen hätte oder daß seine Auslegung mit dem Wortlaut un-
vereinbar wäre.

Ob der Kläger bereits im Jahre 1944 eine hinreichende Wahlerklärung abgegeben hat, kann dahingestellt bleiben; der Hilfsantrag im Vorprozeß genügt jedenfalls als Wahlerklärung im Sinne des vom Berufungsgericht festgestellten Parteiwillens.

b) Die Revision wendet weiter ein, für den Fall, daß schon die allgemeine Erklärung des Klägers, er verlange die Lieferung von Stielen, eine wirksame Wahl gewesen sei, sei doch die gewählte Leistung unmöglich gewesen und der Beklagte daher nach § 275 BGB von der Leistung frei geworden oder (bei Ersetzungsbefugnis) weiter nur zu Geldleistung verpflichtet geblieben. Die Unmöglichkeit leitet die Revision daraus ab, daß die Bewirtschaftung für Stiele erst am 21. April 1948 weggefallen sei. Die Revision übersieht, daß der die Wahlerklärung enthaltende Schriftsatz des Klägers zwar vom 1. April 1948 datiert ist, der Hilfsantrag aber erst in der Sitzung vom 7. Mai 1948 verlesen wurde, als die Bewirtschaftung bereits aufgehoben war.

c) Ein Rechtsverstoß des Berufungsgerichts ist auch insofern nicht festzustellen, als es zur Bestimmung der Menge der zu liefernden Waren ihren Wert nach den Stoppreisen vom 1. Januar 1945 berechnen will. Der Revision ist zuzugeben, daß das Berufungsgericht sich hier, soweit Ersetzungsbefugnis des Gläubigers in Frage kommt, nicht auf § 263 Abs 2 BGB stützen könnte. Das tut es auch nicht. Es stützt sich in erster Linie darauf, daß am 1. Januar 1945 der Gesamtbetrag der Vergütung fällig war. Eine gesetzliche Vorschrift über den Stichtag für den Wert besteht nicht. Es war daher Sache des Berufungsgerichts, ihn im Streitfall durch - notfalls

ergänzende - Vertragsauslegung zu bestimmen. Seine Auslegung begegnet keinen rechtlichen Bedenken. Der Zeitpunkt der Fälligkeit der Gesamtvergütung erscheint auch insofern sachgemäß, als dadurch von vornherein bei etwaigen späteren Preisschwankungen jede Spekulation des Klägers ausgeschlossen wurde und die Warenmenge einigermaßen umgrenzt wurde. Allerdings war der Gesamtentschädigungsbetrag schon am 1. Dezember 1944 fällig, da die Miete monatlich im voraus zu zahlen war (Nr 4 des Vertrages). Einen Unterschied zum Schaden des Beklagten bedeutet die Festlegung auf 1. Januar 1945 aber nicht.

Ob die weitere Erwägung des Berufungsgerichts zutrifft, der Kläger habe damals sein Wahlrecht schon ausgeübt gehabt, kann auch hier dahingestellt bleiben, da der erste Grund des Berufungsgerichts für seine Festlegung des Stichtages durchschlägt.

Nach alledem erwiesen sich die Angriffe der Revision gegen das Berufungsurteil als unbegründet. Da auch sonst ein sachlich-rechtlicher Irrtum des Oberlandesgerichts zum

Nachteil des Beklagten nicht ersichtlich ist, war die Revision mit der Kostenfolge des § 97 Abs 1 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Pritsch Dr.v.Normann Dr.Heck Schuster Dr.Oechßler