

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

BGB §§ 242 Be, 433

Zur Frage des Umfangs der Sorgfaltspflichten eines Großabnehmers von Backwaren gegenüber dem wirtschaftlich von ihm abhängigen Lieferanten bei der Vertragsabwicklung (hier der Abnahmeverweigerung wegen Verdachts unhygienischer Produktionsverhältnisse).

BGH, Urt. v. 12. Januar 1981 - VIII ZR 110/79 - OLG Koblenz
LG Koblenz

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 110/79

URTEIL

in dem Rechtsstreit

Verkündet am
12. Januar 1981
S c h e i b l ,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Rudolf D [REDACTED], O [REDACTED] Straße [REDACTED] in V [REDACTED],
Kläger und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

1. die Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch den
Bundesminister der Verteidigung in Bonn,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

2. Dr. Ilse P [REDACTED], Am R [REDACTED] in K [REDACTED],
Bundesamt für Wehrtechnik und Beschaffung,

3. Regierungsamtmann K. Sch [REDACTED], Auf der S [REDACTED] [REDACTED]
in M [REDACTED] (Post B [REDACTED]),

4. Regierungsoberinspektor M. M [REDACTED], Am R [REDACTED] [REDACTED]
in K [REDACTED], Bundesamt für Wehrtechnik und Beschaffung,

5. Verwaltungsangestellten S [REDACTED], A [REDACTED]allee [REDACTED]
in B [REDACTED]-F [REDACTED],

6. Regierungsamtmann Kr [REDACTED] in L [REDACTED], Bundeswehr-
bereichsverwaltung II,

7. Verwaltungsangestellten Pa [REDACTED], L [REDACTED]weg [REDACTED]
in R [REDACTED]/N [REDACTED],

8. Regierungsinspektor E.E. B. [REDACTED] in H. [REDACTED]
F. [REDACTED], Wehrbereichsverpflegungsamt,
9. Regierungsinspektor J.H. Wi. [REDACTED], Bundeswehrbe-
reichsverwaltung, jetzt: S. [REDACTED] weg [REDACTED]
in W. [REDACTED],
10. General Dietrich W. [REDACTED], Am R. [REDACTED]
in K. [REDACTED], Bundesamt für Wehrtechnik und Be-
schaffung,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter Rechtsanwalt [REDACTED] -
zu 2-10 in II. Instanz:

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf
die mündliche Verhandlung vom 12. Januar 1981 durch
den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter
Hoffmann, Wolf, Merz und Dr. Skibbe

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das
Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlan-
desgerichts Koblenz vom 7. März 1979,
soweit die Klage wegen eines Betrages
von 129 000 DM gegen die Beklagte zu 1
abgewiesen worden ist und im Kostenpunkt
aufgehoben, soweit über die Gerichtskosten
und die außergerichtlichen Kosten des Klä-
gers und der Beklagten zu 1 entschieden
worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur
anderweiten Verhandlung und Entscheidung
an den 8. Zivilsenat des Berufungsgerichts
zurückverwiesen.



Die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 2 bis 10 und 1/5 der übrigen Kosten der Revisionsinstanz hat der Kläger zu tragen. Im übrigen bleibt die Entscheidung über die Kosten der Revision dem Berufungsgericht vorbehalten.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

A.

Der Kläger war Inhaber der Firma D. - Brotfabrik in Bad H. Das Unternehmen ist 1972 in Konkurs geraten. Das Konkursverfahren wurde im August 1974 mangels Masse eingestellt. Die Firma des Klägers hatte Produktionsstätten in Bündheim, Hameln und Palandsmühle.

Ab 1957 lieferte der Kläger Brot für die Bundeswehr und zwar Brot in Folien, Roggenbrot in Dosen und Dauerbrot in Waffelform. Die Aufträge wurden über das Bundesamt für Wehrtechnik und Beschaffung (BWB) in Koblenz erteilt. Die Überwachung der Produktion und der Produktionsstätten erfolgte durch Güteprüfer.

Vom Jahre 1962 traten Schwierigkeiten in den Beziehungen zwischen der Beklagten zu 1 und dem Kläger auf. Es kam insbesondere zu Beanstandungen der Produktionsstätten des Klägers und der von ihm hergestellten Produkte, die verschiedentlich nicht oder verspätet abgenommen worden sind.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, daß solche Beanstandungen unberechtigt und schikanös gewesen seien. Ihm seien Aufträge nicht oder verspätet erteilt worden. Durch die vertragswidrigen Maßnahmen sei ihm ein Schaden von über 19 Mio. DM entstanden.

Die am 3. April 1973 eingereichte und nach erfolglosem Armenrechtsprüfungsverfahren Anfang 1975 zugestellte Klage hat der Kläger mit Schriftsatz vom 18. September 1975 - unter teilweiser Rücknahme - auf 13 Teilbeträge in einer Gesamthöhe von 160 000 DM reduziert. Diesen Betrag, hat er gemeint, schuldeten ihm die Beklagte zu 1 und - mit ihr gesamtschuldnerisch haftend - die Beklagten zu 2 - 10, diese jedoch jeweils nur in unterschiedlicher, im Schriftsatz vom 18. September 1975 im einzelnen bezifferter Höhe.

B.

I.

Der Streit der Parteien betrifft 13 unterschiedliche Sachverhalte, zu denen der Kläger im wesentlichen vorgebracht hat:

II.

Auf ein vergleichsweises Nachgeben im Betrage von insgesamt 1 721 441,61 DM, die Ansprüche aus der Lieferung von Waffelbrot (Aufträge vom 4. Juli 1962 und 5. Februar 1964) betraf, habe er sich nur eingelassen, weil die Beklagte zu 1 ihm versichert habe, die

Firma K [REDACTED] habe nach derselben Rezeptur, die auch ihm vorgegeben worden war, Waffelbrot hergestellt. Dieses Waffelbrot sei einwandfrei, während seine, des Klägers Lieferungen - unstreitig - ranzig geworden seien. Nach Abschluß der drei Vergleiche vom 22. Februar, 5. März und 2. Dezember 1965, in denen er einen Nachlaß von 269 000 DM gewährt und sich zur kostenlosen Lieferung von 2 305 477 Packungen Waffelbrot verpflichtet habe, habe sich herausgestellt, daß die Firma K [REDACTED] abweichend von der Rezeptur Hefe mit Ascorbinsäurezusatz verwandt habe. Dieser Zusatz verhindere das Ranzigwerden.

Da die Vergleiche nach § 779 BGB unwirksam seien, müsse die Beklagte ihm seine Leistungen zurückgewähren, jedenfalls 45 000 DM zahlen.

III.

Auf Veranlassung der Beklagten zu 2 habe er die Decke seiner Produktionsstätten in Bündheim mit einem baktericiden Anstrich versehen lassen. Ein Mitarbeiter der Beklagten zu 2, Dr. He [REDACTED], habe erklärt, den Anstrich könne jede Malerfirma ausführen. Unter dem Einfluß der Luftfeuchtigkeit in den Backhallen habe sich die Farbe alsdann zersetzt. Dadurch sei der Gärungsprozeß des Brotteigs derart nachteilig beeinflusst worden, daß die Brote zerfielen.

Den auf diese Weise entstandenen Schaden hat der Kläger mit 250 000 DM beziffert, wovon 8 000 DM mit der Klage geltend gemacht werden.

IV.

Ein Schaden von 8 000 DM sei ihm dadurch zugefügt worden, daß Dosenbrotlieferungen ohne vorherige Probenentnahme mit der unwahren Behauptung zurückgewiesen worden seien, in der Palandsmühle sei verschimmeltes Brot verarbeitet worden. Erst nachdem die von ihm veranlaßte Begutachtung, welche die angegebenen Kosten verursacht habe, den einwandfreien Zustand der Ware bescheinigt habe, seien die Lieferungen abgenommen worden.

3 000 DM Schadensersatz müsse ihm die Beklagte wegen dieses Vorfalles leisten.

V.

Unberechtigte Beanstandungen seines Betriebes in Hameln (ekelerregende Produktionsanlagen) durch den Beklagten zu 3 am 22. November 1967 hätten zur zeitweisen Stilllegung des Betriebes - bei Lohnfortzahlungen in Höhe von 160 000 DM - gezwungen. Außerdem sei ihm wegen des Prüfberichts ein Auftrag von 3 Mio. Einheiten Brot entgangen.

Auf den erlittenen Gesamtschaden müsse die Klägerin ihm 22 000 DM ersetzen.

VI.

Als im Herbst 1967 die Aufträge zur Deckung des Jahresbedarfs der Bundeswehr an Folien- und Dosenbrot für 1968 vergeben worden seien, sei von Bediensteten

der Beklagten zu 1 gegen ihn ein Verfahren wegen Verdachts der Bestechung eingeleitet worden, um ihn als Bewerber auszuschalten. Der nach Einstellung dieses Verfahrens erteilte Auftrag sei zu gering gewesen, um die Ausfallkosten und die fixen Kosten in seinem Betrieb - insgesamt 900 000 DM - zu decken.

Mit der Klage verlangt der Kläger insoweit 1 000 DM Schadensersatz.

VII. (X.)

Während die zuständige Gesundheitsbehörde seine Betriebe als den hygienischen Vorschriften entsprechend angesehen habe, hätten die Beklagten zu 2, 3 und 5 die Fertigung beanstandet. Die Beanstandungen hätten sich als unzutreffend erwiesen. Durch Verzögerungen in der Produktion, Umbau- und Gutachterkosten sei ihm ein Gesamtschaden von 180 000 DM entstanden.

Eingeklagt sind 30 000 DM.

VIII. (XI.)

Im März 1970 sei es aufgrund einer vom Beklagten zu 5 unsachgemäß entnommenen Schrotprobe zur unberechtigten Verwerfung der Produktion ab 23. März 1970 gekommen. Erst aufgrund eines Tolerierungsantrags sei die Ware abgenommen worden. Der Gesamtschaden betrage 110 000 DM.

20 000 DM hiervon klagt der Kläger ein.

C.

Die Beklagten sind den Vorwürfen im einzelnen entgegengetreten.

D.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

Die Berufung des Klägers hatte keinen Erfolg.

Mit der zunächst uneingeschränkt eingelegten Revision verfolgt der Kläger das Zahlungsbegehren nur noch gegenüber der Beklagten zu 1 weiter. Die Beklagte zu 1 beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels.

Soweit Ersatzansprüche im Betrage von 5 000 DM (Komplex VII der Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils) von 1 000 DM (Komplex VIII), von 5 000 DM (Komplex IX), von 5 000 DM (Komplex XII), von 5 000 DM (Komplex XIII) und von 10 000 DM (Komplex XIV der Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils) abgewiesen worden sind, ist die Revision nicht angenommen worden.

Entscheidungsgründe:

I. (= Komplex II der Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils).

1. Das Berufungsgericht ist der Ansicht, die drei im Jahre 1965 vom Kläger und der Beklagten zu 1 abgeschlossenen Vergleiche hätten Bestand, die Voraussetzungen ihrer Unwirksamkeit gemäß § 779 BGB seien nicht erfüllt.

Die Vorinstanz hat zugunsten des Klägers unterstellt, daß die von der Beklagten vorgegebene Rezeptur für das Waffelbrot fehlerhaft gewesen sei und die Firma K. nur deshalb einwandfreies Brot habe liefern können, weil sie von der Rezeptur abgewichen sei. Im Streit darüber, ob der Beklagten zu 1 wegen der Mangelhaftigkeit des vom Kläger gelieferten Brotes Gewährleistungsansprüche zustünden, habe der Kläger geltend gemacht, ihm seien keine Fertigungsfehler unterlaufen, die Firma K. sei von der Rezeptur abgewichen, daran müsse es liegen, daß ihr Waffelbrot nicht ranzig geworden sei. Demgegenüber habe die Beklagte zu 1 angeführt, es bestünden ausreichende Anhaltspunkte für eine unsachgemäße Herstellung, es sei unwahrscheinlich, daß eine Abweichung von der Rezeptur von ihrem Güteprüfer nicht bemerkt worden wäre. Streitig sei mithin auch gewesen, ob und gegebenenfalls welche Rechtsfolgen aus einer Fehlerhaftigkeit der Rezeptur herzuleiten seien. Der Standpunkt des Klägers, daß niemand überhaupt "ernsthaft" an eine Fehlerhaftigkeit der Rezeptur gedacht habe, sei, wie der Besprechungsvermerk vom 8. November 1965 eindeutig ergebe, unrichtig. Im Streit über diese unaufgeklärten Gesichtspunkte habe die Beklagte zu 1 sich in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht durchgesetzt und eine Einigung dahin erzielt, angesichts der bestehenden Ungewißheiten solle der Kläger "in gewissem Umfang für die verdorbene Ware gewährleistungspflichtig sein".

2. Gegenüber der Auffassung des Berufungsgerichts zur Wirksamkeit der Vergleiche bestehen durchgreifende rechtliche Bedenken; ausschließen läßt sich insbesondere nicht, daß sie auf verfahrensfehlerhaft getroffenen Feststellungen beruht.

a) Der besondere Unwirksamkeitsgrund des § 779 BGB wurzelt in der Eigentümlichkeit des Vergleichs als Neuordnung eines streitigen oder ungewissen Rechtsverhältnisses. Danach ist zu unterscheiden zwischen (aa) dem als streitig oder ungewiß angesehenen Bereich des alten Rechtsverhältnisses, der neu geordnet werden soll, (bb) dem nicht als streitig oder ungewiß angesehenen Bereich des alten Rechtsverhältnisses, der als feste Grundlage der vergleichsweisen Neuregelung genommen wird und (cc) der Neuordnung selbst, die durch den Vergleich vereinbart wird (vgl. dazu Mormann in Soergel-Siebert-Mormann, BGB, 10. Aufl., § 779 Rdn. 18). Den Bereich (bb) bezeichnet das Gesetz als "den nach dem Inhalt des Vergleichs zugrunde gelegten Sachverhalt", sieht diesen Bereich also als die Geschäfts- oder Vergleichsgrundlage an.

b) Während das Berufungsgericht zu dem streitigen oder als ungewiß angesehenen Bereich des alten Rechtsverhältnisses auch die Frage gerechnet hat, ob die Rezeptur fehlerhaft und ursächlich für die Mangelhaftigkeit des Brotes gewesen ist, macht die Revision geltend, Geschäftsgrundlage der Vergleiche sei allein die übereinstimmende Annahme der Parteien gewesen, das Waffelbrot sei infolge eines Herstellungsfehlers der Klägerin ranzig geworden; diese Annahme erhebe zur Vergleichsgrundlage zwangsläufig auch, daß ein Rezepturfehler nicht vorgelegen habe.

c) Die Revision hat darin recht, daß die von der Vorinstanz getroffenen tatsächlichen Feststellungen in Verbindung mit den zugunsten des Klägers als wahr unterstellten Behauptungen es nicht rechtfertigen, die Fehlerhaftigkeit der Rezeptur dem streitigen oder ungewissen Bereich des alten Rechtsverhältnisses zuzuordnen. Richtig ist, daß der Kläger versucht hat, die Fehlerhaftigkeit der Rezeptur zum Gegenstand der Erörterungen zu machen. Er mutmaßte, die Firma Kesemann könnte von der Rezeptur der Beklagten zu 1 insgeheim abgewichen sein. Das Berufungsgericht hat in diesem Zusammenhang festgestellt, daß er für seinen Verdacht jedoch keine Bestätigung erhalten habe. Nach den weiteren Feststellungen der Vorinstanz hat es die Beklagte zu 1 abgelehnt, auf diesen Vorhalt überhaupt einzugehen. Das bestätigt gerade auch der Inhalt des Besprechungsvermerks vom 8. November 1965 sinnfällig. Die Beklagte zu 1 hat danach ferner für unwahrscheinlich gehalten, daß eine Abweichung von der Rezeptur von ihren Güteprüfern unbemerkt geblieben wäre. Nach diesen Feststellungen des Berufungsgerichts war die Verhandlungsposition auch vor Abschluß des dritten Vergleichs dadurch gekennzeichnet, daß es die Beklagte zu 1 ablehnte, dem Gedanken an eine Fehlerhaftigkeit der Rezeptur überhaupt Raum zu geben, und daß der Kläger nicht mehr äußern konnte, als einen nicht konkretisierbaren Verdacht einer Rezeptabweichung bei der Produktion der Firma K[REDACTED]. Das aber reicht nicht aus, um über die Frage der Fehlerhaftigkeit der Rezeptur einen Streit oder auch nur eine im Rechtssinne erhebliche Ungewißheit aufkommen zu lassen. Daß ein Rezepturfehler überhaupt nicht Verhandlungsgegenstand war, zeigt der vom Berufungsgericht herangezogene aber nicht erschöpfend ausgewertete Besprechungsvermerk vom 8. November 1965 auch insofern, als danach dem Kläger, dem es um die Erteilung weiterer Aufträge zu tun war, keine andere Möglichkeit blieb, als

die "Mängel aus dem letzten Auftrag im Rahmen der Gewährleistung anzuerkennen".

Sprechen die bisher festgestellten Tatsachen bereits dafür, daß nicht einmal der Verdacht eines Rezepturfehlers Diskussionsgegenstand war, sein Nichtvorhandensein vielmehr für die Beklagte sicher und für den Kläger wohl oder übel hinzunehmen war, durfte das Berufungsgericht dem Kläger jedenfalls nicht die Möglichkeit abschneiden, den Nachweis zu führen, daß die Parteien bei Abschluß der Vergleiche (zu Unrecht) übereinstimmend angenommen haben, das Waffelbrot sei infolge eines Herstellungsfehlers ranzig geworden. Beweis hierfür war angetreten. Ferner waren die angetretenen Beweise über die Behauptung zu erheben, es sei bei Vergleichsabschluß nicht einmal gerüchtweise bekannt gewesen, daß die Firma K. von der Rezeptur abweiche; die Firma K. habe dies entschieden in Abrede gestellt.

War die Rezeptur fehlerhaft und lag darin die alleinige Ursache für die Mangelhaftigkeit des Waffelbrottes, so liegt auf der Hand, daß bei Kenntnis dessen, was das Berufungsgericht als wahr unterstellt hat, der Streit über Gewährleistungsansprüche gegenüber dem Kläger vermieden worden wäre. Dann aber wären die Voraussetzungen für eine Anwendung des § 779 BGB gegeben.

3. Für den Fall, daß die Unwirksamkeit der Vergleiche nicht in Betracht käme, bestehen durchgreifende Bedenken gegen die Auffassung der Vorinstanz, die Beklagte zu 1 handle nicht treuwidrig, wenn sie an den Vergleichen festhielte. Die Beklagte hat sich mit ihrer auf unzutreffenden tatsächlichen Voraussetzungen beruhenden

Auffassung nur deshalb durchsetzen können, weil sie die Erteilung neuer Aufträge, auf die der Kläger, wie er unwidersprochen vorgetragen hat, wegen der Ausrichtung seiner Betriebe auf den Brotbedarf der Bundeswehr angewiesen war, von der Anerkennung der Mängelhaftung im Rahmen des in Rede stehenden Auftrags abhängig gemacht hat. Sie hat danach aus einer Position wirtschaftlicher Stärke verhandelt, auf deren Früchte sie jedenfalls dann gemäß § 242 BGB verzichten muß, wenn sich ergibt, daß die Mangelhaftigkeit des Brotes auf einem Rezepturfehler beruht, also ausschließlich in ihrer Sphäre lag.

4. Die Abweisung eines Teilbetrages von 45 000 DM konnte danach keinen Bestand haben. In der anderweiten Verhandlung werden die näheren Umstände der Vergleichsabschlüsse aufzuklären, und es wird zu prüfen sein, ob die Rezeptur fehlerhaft und dies wiederum die alleinige Ursache für das Ranzigwerden des Brotes war.

II. (= Komplex III der Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils).

1. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, es sei Sache des Klägers gewesen, die wiederholt beanstandete dunkle Verfärbung und Schimmelbildung an der Decke der Bündheimer Backhalle endgültig zu beseitigen, nachdem Kalken nichts genutzt habe. Zwar habe Dr. He. [REDACTED] einen schimmeltötenden Anstrich für erforderlich gehalten, der Kläger habe jedoch den Rat einer Spezialfirma einholen sollen und müssen, denn er habe letztlich die Entscheidung bezüglich des Anstrichs zu treffen gehabt.

2. Der Revision ist zuzugeben, daß die rechtliche Beurteilung der Vorgänge um den baktericiden Anstrich der Backhallendecke in Bündheim den besonderen Umständen des vorliegenden Falles nicht gerecht wird. Zwar trifft es nicht zu, daß Dr. He[REDACTED] als Beauftragter der Beklagten zu 1 den baktericiden Anstrich angeordnet, sondern nach den Bekundungen der Zeugen R[REDACTED] und Re[REDACTED] "empfohlen, wohl auch gefordert" hat. Gleichwohl blieb dem Kläger auch gegenüber einer solchen Aufforderung des Beauftragten der Beklagten zu 1 kein nennenswerter Spielraum für eine eigene Entscheidung. Er mußte den Wünschen der Beklagten zu 1 Rechnung tragen, wenn er nicht Gefahr laufen wollte, daß seine Produktion zurückgewiesen werden würde. Die Beklagte war Großabnehmer der Produktion des Klägers an Dauerbrotsorten. Er hatte seine Betriebe unstreitig auf den speziellen Bedarf der Bundeswehr eingerichtet und war auf diese Weise von ihren Aufträgen abhängig. Nahm die Beklagte, wie geschehen, Einfluß auf innerbetriebliche Maßnahmen des Klägers, um so eine Broterzeugung unter Beobachtung strenger hygienischer Anforderungen gewährleistet zu sehen, so hat sie grundsätzlich dafür die Verantwortung zu tragen. Da es sich bei Dr. He[REDACTED] um einen fachkundigen Bediensteten aus einer Spezialbehörde der Beklagten zu 1 handelte, hatte der Kläger nur dann Anlaß zu einer Überprüfung der Empfehlung, wenn er bei der in seinem Gewerbebezweig gebotenen Sorgfalt hätte erkennen können, daß baktericide Anstriche deshalb für die Anwendung in Bäckereibetrieben schädlich sein könnten, weil sie die zur Brotherstellung notwendigen Gärungsprozesse im Teig beeinträchtigt. Unter diesem Gesichtspunkt könnte den Kläger ein mitursächliches Verschulden an der Schadensentstehung treffen. Er hat immerhin selbst vortragen und unter Beweis stellen lassen, im Jahre 1963 sei dieses Wissen vom schädlichen Einfluß baktericider

Anstriche auf Gärungsprozesse in der chemischen Literatur Allgemeingut gewesen. Dieser Sachvortrag legt die allerdings noch aufzuklärende Annahme nahe, daß jenes Wissen auch an interessierte Kreise in der gewerblichen Wirtschaft, an Bäckermeister und Brotfabrikanten, über deren Fachzeitschriften weitergegeben worden ist.

3. Da die Vorinstanz die Verantwortlichkeit der Beklagten zu 1 für den Anstrichschaden zu Unrecht von vornherein verneint und demgemäß die einzelnen Voraussetzungen einer positiven Vertragsverletzung nicht geprüft hat, konnte die Abweisung eines weiteren Teilbetrages von 8 000 DM ebenfalls keinen Bestand haben.

In der anderweiten Verhandlung werden Feststellungen zur generellen Schädlichkeit von baktericiden Anstrichen in Bäckereibetrieben, wie die Vorinstanz sie bereits mit Verfügung vom 13. März 1978 aufgrund eines entsprechenden Beweisbeschlusses eingeleitet hatte, zum Verschulden Dr. He[REDACTED]s und zum Mitverschulden des Klägers zu treffen sein.

III. (= Komplex IV der Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils).

1. Einen Ersatzanspruch aus dem Gesichtspunkt positiver Vertragsverletzung wegen unberechtigter Zurückweisung der Dosenbrot-Chargen 128 und 129 hat das Berufungsgericht mit der Begründung verneint, die Zurückweisung sei zwar objektiv unbegründet gewesen, es fehle aber am Verschulden des Güteprüfers Pa[REDACTED].

2. Die Zurückweisung von 22 460 Dosen Vollkornbrot erfolgte mit Schreiben des Güteprüfers vom 19. Juli 1967, weil nach seinen Feststellungen "bei dieser Ware angeschimmeltertes Brot zur Verarbeitung gelangt" sei. Der Vorwurf war unberechtigt. Den Nachweis fehlenden Verschuldens stützt das Berufungsgericht auf den Bericht des Prüfers vom 20. Juli über eine Betriebsbesichtigung am 18. Juli 1967 und auf Feststellungen des vom Kläger beauftragten Notars Ka[REDACTED] vom selben Tage.

Die Revision hat darin recht, daß der bestrittene Inhalt des Prüferberichts ohne Beweiserhebung der Entscheidung nicht zugrunde gelegt werden durfte. Die Vorinstanz hat zwar ausgeführt, der Bericht könne inhaltlich insoweit nicht in Zweifel gezogen werden, als aus ihm hervorgehe, in Bearbeitungsräumen des Klägers habe sich auch angeschimmeltertes Brot befunden, denn das habe auch der Notar Ka[REDACTED] festgestellt. In dessen Protokoll vom 18. Juli 1977 heißt es, "bei einigen der in großen Massen dort (in den Fabrikationsräumen) lagernden Brotstangen stellte ich ausschließlich an den Köpfen (die nach der vorausgegangenen Beschreibung abgeschnitten wurden) ganz leichten Schimmelbelag fest". Soweit das Berufungsgericht daraus folgert, im Hinblick auf die fehlende absolute Trennung von Brot, das noch für die Verarbeitung bestimmt gewesen sei und bereits angeschimmelterten, zum Verkauf vorgesehenen Resten, sei eine vorbeugend ausgesprochene Zurückweisung nicht zu beanstanden, läßt sich nicht ausschließen, daß sich die Vorinstanz auch von dem Bericht des Güteprüfers hat leiten lassen, mit dessen Beanstandung, angeschimmeltertes Brot sei zur Verarbeitung gelangt, sich die Feststellungen des Notars Ka[REDACTED] inhaltlich gerade nicht in Einklang bringen lassen, denn dieser hat in der Niederschrift über seine Ortsbesichtigung am selben Tage (18. Juli 1967) beschrieben, daß nur an den Köpfen einiger Vollkornbrotstangen leichter Schimmelbelag vorhanden war und daß diese Endstücke abgeschnitten wurden.

Seine Niederschrift bietet keinen Anhaltspunkt dafür, es sei im Betrieb des Klägers verschimmelteres Brot verarbeitet worden. Deshalb konnte die Abweisung eines weiteren Schadensersatzanspruchs von 3 000 DM keinen Bestand haben.

In der anderweiten Verhandlung werden außer Feststellungen zum Verschulden des Güteprüfers auch Feststellungen zur Angemessenheit des Mittels der Zurückweisung zu treffen sein. In diesem Zusammenhang wird es auch darauf ankommen können, ob der Güteprüfer nicht gehalten war, gerade fertiggestelltes Vollkornbrot in Dosen, wie es Notar Ka[REDACTED] getan hat, auf Aussehen und Geruch zu überprüfen.

IV. (= Komplex V der Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils).

1. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, der Beklagten zu 1 könne die am 24. November 1967 verfügte Verwerfung von 90 225 Schachteln Dauerbrot und der damit verbundene Hinweis, eine weitere Fertigung von Dauerbrot geschehe auf eigenes Risiko des Klägers, welcher zur vorübergehenden Stilllegung des Betriebes geführt habe, nicht als positive Vertragsverletzung angelastet werden, weil der Beklagte zu 3 (und der Zeuge G[REDACTED]) ohne Verschulden hätte annehmen dürfen, das Rohrsystem, über welches der Brotteig zu den Backautomaten gelange, sei aus hygienischen Gründen zu beanstanden. Wenn sich später aufgrund einer wissenschaftlichen Untersuchung eine andere Kenntnis als richtig erweisen sollte, könne das einen Schuldvorwurf gegen den Beklagten zu 3 nicht begründen.

2. Soweit das Berufungsgericht auf mangelndes Verschulden des Beklagten zu 3 und des mit einer Begutachtung

der Rohranlage beauftragten Oberfeldapothekers G. [REDACTED] abgehoben hat, fehlen konkrete Revisionsangriffe. Mit Recht lastet die Revision der Vorinstanz indessen an, daß sie den geltend gemachten Ersatzanspruch nicht unter dem Gesichtspunkt eines Organisationsverschuldens geprüft hat. Dazu bestand Anlaß, weil die Sachkunde des Beklagten zu 3 und des Zeugen G. [REDACTED] für die von ihnen getroffenen tatsächlichen Feststellungen und die daraus gezogenen Schlußfolgerungen nicht ersichtlich ist. Die Beanstandungen haben sich nach dem vom Berufungsgericht nicht in Zweifel gezogenen Gutachten des Sachverständigen Dr. Dr. K. [REDACTED] als unhaltbar erwiesen. Der Beklagten zu 1, die eigene Forschungs- und Untersuchungsstellen unterhält, war zuzumuten, vor einer den Vertragspartner wirtschaftlich so nachhaltig treffenden Entscheidung, wie es die Zurückweisung von Waren im Werte von weit über 100 000 DM darstellt, einen Lebensmittelchemiker mit der Überprüfung der Rohranlage zu beauftragen.

3. Bei der anderweiten Verhandlung zur Frage eines Organisationsverschuldens wird zu berücksichtigen sein, daß der Zeuge Göpfert sich irrte, wenn er in seinem Bericht ausführte, der Betriebsleiter des Klägers habe keine überzeugenden Angaben über die Möglichkeiten, das Rohrsystem zu reinigen, machen können. Alles, was der Betriebsleiter dem Zeugen G. [REDACTED] gesagt hat, insbesondere das Hinausdrücken von Teigresten durch frischen Teig, hat der Sachverständige Dr. Dr. K. [REDACTED] als sachgerecht bezeichnet. Er hat überdies deutlich gemacht, daß Reinigungsmaßnahmen, wie sie sich der Zeuge G. [REDACTED] offensichtlich vorstellte, nicht selten zum Eindringen von Bakterien führen. Der Vergleich des Berichts des Zeugen G. [REDACTED] mit dem Gutachten des Sachverständigen läßt erkennen, daß es dem Beauftragten der Beklagten zu 1 an grundlegender Sachkunde für die ihm übertragene konkrete Aufgabe fehlte.

V. (= Komplex VI der Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils).

1. Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, daß die Beklagte zu 1 schon aufgrund der langen vertraglichen Beziehungen der Parteien grundsätzlich verpflichtet gewesen sei, den Kläger zu entstehenden Verdachtsmomenten anzuhören und ihm die Möglichkeit einer Stellungnahme zu geben. Dies könne aber nur gelten, wenn die Art des Vorwurfs und die erforderliche Klärung die Einschaltung der Ermittlungsbehörden von vornherein nicht notwendig erscheinen lasse. Die Nichtanhörung sei auch im Hinblick auf eine Verdunkelungsgefahr gerechtfertigt gewesen.

2. Der Standpunkt der Vorinstanz begegnet durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Die Beklagte zu 1 war, wie das Berufungsgericht nicht verkennt, nach Treu und Glauben verpflichtet, den Kläger - wahrheitsgemäß - von den Gründen zu unterrichten, die sie veranlaßten, eine bereits angelaufene öffentliche Ausschreibung von Lieferaufträgen (Jahresbedarf 1968 an Folien- und Dosenbrot) aufzuheben und ihn auch von der freihändigen Auftragsvergabe ganz oder teilweise auszuschließen. Eine konkrete vertragliche Verpflichtung hierzu bestand außerdem nach den geltenden Vergabebedingungen (VOL 1961) in der Fassung vom 3. Juli 1961. Die einschränkende Auslegung der Unterrichtungspflicht durch das Berufungsgericht erweist sich jedenfalls insofern als unzutreffend, als zu ihrer Rechtfertigung angeführt wird, die Beklagte zu 1 habe der Gefahr einer Verschleierung des Geschehens vorbeugen müssen. Derartige Voraussetzungen hat das Berufungsgericht hier zu Unrecht angenommen, denn der Kläger hat unwidersprochen vorgetragen, die Güteprüfer seien zu der Behauptung, er habe sie in seinem Privathaus kostenlos übernachten lassen, bereits vernommen gewesen, ehe das Ermittlungsverfahren eingeleitet worden sei.

Schließlich hält auch das Argument des Berufungsgerichts einer Nachprüfung nicht stand, selbst bei einer vorausgegangenen Unterrichtung von dem Bestechungsvorwurf würde ebenfalls eine Verzögerung in der Auftragsvergabe schon wegen der Dauer des Ermittlungsverfahrens eingetreten sein. Wäre der Kläger sofort davon unterrichtet worden, ihm werde aktive Bestechung von Güteprüfern vorgeworfen, weil er sie kostenlos in seinem Privathaus habe übernachten lassen, so hätte er unverzüglich nachweisen können, daß er für die Übernachtung ein Entgelt verlangt habe und daß dieses Entgelt nicht unangemessen gewesen sei.

3. Auch hinsichtlich des Komplexes VI der Entscheidungsgründe konnte das angefochtene Urteil mithin keinen Bestand haben.

In der anderweiten Verhandlung wird zu klären sein, ob der Beklagten zu 1 auch deshalb ein vertragswidriges Verhalten vorzuwerfen ist, weil sie dem Kläger unwahre Gründe über die Aufhebung der öffentlichen Ausschreibung für die Auftragsvergabe 1968 und für seine Nichtberücksichtigung, nämlich angebliche Qualitätsmängel seiner Angebotsmuster genannt hat.

VI. (= Komplex X der Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils).

1. Das Berufungsgericht hat gemeint, bei dem vom Kläger wegen unberechtigter Zurückweisung von Dosen- und Folienbrot aus der Produktion der Palandsmühle geltend gemachten Ersatzanspruch müsse zwar davon ausgegangen werden, daß das bloße Vorhandensein von Kolibakterien in Abwässern der Backkammer noch nicht den Schluß zulasse, daß

auch die hergestellte Ware derartige Bakterien aufweise. Der Ersatzanspruch scheitere jedoch am fehlenden Verschulden der Güteprüfer. Die für die objektiv unberechtigte Zurückweisung der Ware sprechenden Gesichtspunkte seien erst aufgrund einer wissenschaftlichen Untersuchung festgestellt worden, zu der die Güteprüfer weder den Sachverstand gehabt hätten, noch hätten zu haben brauchen. Ihnen hätten auch nicht die Erkenntnismöglichkeiten der Gutachter zur Verfügung gestanden. Andererseits hätten sie ihre Entscheidungen umgehend treffen müssen. Bei Abwägung der Interessen einerseits des Klägers an einem Schutz vor vermeidbaren wirtschaftlichen Einbußen und andererseits der Beklagten zu 1 an einem Schutz vor Gesundheitsgefahren für eine Vielzahl von Soldaten, sei die Verwerfungsentcheidung nicht zu beanstanden.

2. Die Auffassung der Vorinstanz hält einer Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

Zwar begegnet es keinen durchgreifenden Bedenken, ein schuldhaftes Verhalten der beteiligten Güteprüfer zu verneinen. Zu prüfen wäre indessen gewesen, ob der Beklagten zu 1 nicht ein Organisationsverschulden anzulasten ist, weil sie Güteprüfer ohne den erforderlichen Sachverstand eingesetzt oder es jedenfalls unterlassen hat, vor einer Verwerfung der Ware eine ihr zumutbare wissenschaftliche Überprüfung der Feststellungen der Beamten, insbesondere aber ihrer Schlußfolgerungen vorzunehmen. Dabei erkennt der Senat nicht, daß die Beklagte zu 1 nicht nur Rücksicht auf berechnete Belange des Klägers zu nehmen, sondern auch dafür zu sorgen hatte, daß die Bundeswehrangehörigen nicht Gesundheitsgefahren ausgesetzt würden. Es war indessen zu berücksichtigen, daß der Sachverständige Dr. P. dem am 8. September 1970 der Gutachtenauftrag erteilt worden ist, nur eine Ortsbesichtigung am 12. September 1970

nötig hatte, um die Frage, ob dem Erscheinen von Kolibakterien in Kondenz- und Spülwässern der Backkammern eine hygienische Bedeutung beizumessen sei, eindeutig zu verneinen. Die Beklagte zu 1 hätte also binnen kürzester Frist durch einen Sachkundigen feststellen können, ob der Befund, Kolibakterien im Abwasser einer Backkammer, begründeten Anlaß zur Beanstandung des Betriebes des Klägers und seiner Produkte gab. Diese Feststellung zu treffen, war zumutbar. Stattdessen ist von der erstmaligen Erhebung des Bakterienbefundes im Februar 1970 bis zur Verwerfung der Produktion im September 1970 offensichtlich nichts geschehen, um die Begründetheit des Verdachts unhygienischer Produktionsbedingungen zu erhärten.

3. Die Abweisung eines Ersatzanspruchs im Betrage von 30 000 DM konnte deshalb keinen Bestand haben.

VII. (= Komplex XI der Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils).

1. Das Berufungsgericht hat schließlich den Standpunkt vertreten, die Beklagte sei berechtigt gewesen, im Rahmen der Fertigungsbeobachtung Schrot zu prüfen, das zu Brot verarbeitet werde. Es habe auch ohne Hinzuziehung von Personal des Klägers geschehen dürfen. Dem Kläger sei verwehrt zu behaupten, am 18. März 1970 sei eine Schrotprobe unsachgemäß gezogen worden. Es sei nicht zu beanstanden, daß nach Vorliegen des Untersuchungsbefundes vom 26. März 1970 die Güteprüfer am 1. April 1970 vorgeschlagen hätten, das hergestellte Brot abzulehnen.

2. Die Abweisung des weiteren Schadensersatzanspruchs von 20 000 DM beruht auf Verfahrensfehlern (§ 286 ZPO) und ist auch sonst nicht frei von Rechtsirrtum.

Die Revision rügt mit Recht, die Vorinstanz habe verkannt, daß die Beklagte im Falle substantiierten Bestreitens die Beweislast dafür trägt, daß die in Rede stehende Schrotprobe sachgemäß entnommen worden ist. Der Kläger hat geltend gemacht, daß am 31. März 1970 im Beisein seines Produktionsleiters eine Schrotprobe unsachgemäß aus einem Sack entnommen worden sei. Es müsse deshalb davon ausgegangen werden, daß am 18. März 1980 ebenso unsachgemäß - nämlich ohne Verwendung eines Probestechers - verfahren worden sei. Dieses Vorbringen reicht aus, um die Beklagte mit dem Beweis ordnungsgemäßer Probeentnahme zu belasten.

Da eine ordnungsgemäße Probeentnahme bisher nicht festgestellt worden ist, konnte das angefochtene Urteil auch in diesem Punkt keinen Bestand haben.

Bei der anderweiten Verhandlung wird zu erwägen sein, ob die Beklagte im Falle ordnungsgemäßer Entnahme einer Probe und ordnungsgemäßer Auswertung - auch sie ist bestritten - die gesamte Brotproduktion aus 90 000 kg Roggenschrot zurückweisen durfte, die sich später als einwandfrei erwiesen hat.

VIII. Soweit der Kläger ursprünglich die Abweisung der Klage gegen die Beklagten zu 2 bis 10 mit der Revision angegriffen hat, gilt das Rechtsmittel als zurückgenommen.

IX. Im Umfang der Nichtannahme und der Rücknahme der Revision war über die Kosten, wie geschehen, zu entscheiden. Im übrigen war die Kostenentscheidung dem Berufungs-

gericht vorzubehalten, weil der endgültige Erfolg oder Mißerfolg des Rechtsmittels vom Ergebnis der anderweitigen Verhandlung abhängt.

Braxmaier

Hoffmann

Wolf

Merz

Dr. Skibbe