

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 266/64

URTEIL

Verkündet am

1. März 1967
Klett, Justiz-
hauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

- 1) der Vertriebsgesellschaft E. F. & Co.,
- 2) der Erich F. Gesellschaft mit beschränkter Haftung,
gesetzlich vertreten durch ihren Geschäftsführer Erich
F.,
- 3) des Kaufmanns Erich F.,
sämtlich in S. , F. -straße ,
Beklagten und Revisionskläger,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

gegen

den Kaufmann David A. , Inhaber der Firma H.
F. in H. , D. -straße ,
Klägerin und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -.

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 1. März 1967 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Golhaar, Dr. Mezger, Dr. Weber, Mormann und Braxmaier

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 16. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 28. Oktober 1964 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin stellt unter Verwendung des Wassers der H. F. alkoholfreie Getränke her, und zwar die "H. F. natur" (ein mineralarmes Wasser im Sinne der Tafelwässer-Verordnung - im folgenden TWVO - vom 12. November 1934/11. Februar 1938 - RGBI I 199) sowie durch Zusatz von Zitronen- bzw. Orangensirup zwei Limonaden. Der Beklagte zu 3 hatte im Jahre 1958 zwecks Vertriebs dieser Getränke im Heimdienst, also unmittelbar an die Haushalte, die Beklagte zu 1 gegründet, eine Kommanditgesellschaft, deren persönlich haftender Gesellschafter inzwischen die Beklagte zu 2 geworden ist. Nachdem diese Gesellschaft ab Mai 1958 die von der Klägerin abgefüllten Flaschen bezogen und vertrieben hatte, schloß die Klägerin am 1. Dezember 1958 mit der Beklagten zu 1 und dem Beklagten zu 3 einen Lie-

for- und Bezugsvertrag, der bis zum Jahre 1968 gelten sollte und in dem die Klägerin den Beklagten "im Rahmen ihrer betrieblichen Möglichkeiten einwandfreie Ware zu liefern" versprach unter Einräumung von Mengenrabatten, gestaffelt nach der Zahl der im Jahr abgenommenen Flaschen. Die Klägerin verpflichtete sich, ihre Erzeugnisse an keine andere Heimdienstfirma im Gebiet von Solingen zu liefern, während die Beklagten versprachen, in diesem Gebiet nur die von der Klägerin hergestellten alkoholfreien Getränke zu vertreiben.

Nachdem die Beklagten etwa drei Millionen Einheiten abgenommen hatten, beanstandeten sie im Sommer 1962 einige Flaschen, weil ihr Inhalt weder geschmacklich noch bakteriologisch einwandfrei sei. Sie ließen in der Folgezeit nochmals Abfüllungen der Klägerin untersuchen und kündigten mit Schreiben vom 5. September 1962 den Liefervertrag fristlos mit der Begründung, aus den von ihnen eingeholten Gutachten ergebe sich, daß die von der Klägerin abgefüllten Getränke hygienisch nicht einwandfrei seien. Seit diesem Zeitpunkt nahmen sie die Waren der Klägerin nicht mehr ab, sondern bezogen ihre alkoholfreien Getränke von der Firma B[REDACTED]. Nachdem die Klägerin ihnen dies durch eine einstweilige Verfügung hatte untersagen lassen, schloß sie mit den Beklagten am 22. September 1962 einen Vergleich, dessen wesentliche Bestimmungen lauten:

- "1. Die H[REDACTED] F[REDACTED] wird binnen zwei Wochen den Nachweis erbringen, daß die Beschaffenheit ihrer Quelle, der Abfüllanlagen und der sonstigen Einrichtungen ihres Betriebes hygienisch einwandfrei sind, und zwar durch das chemische Institut Fresenius in Wiesbaden.



2. Bis zur Erbringung dieses Nachweises macht die H [REDACTED] F [REDACTED] Rechte aus der einstweiligen Verfügung des Landgerichts ... nicht geltend ...
3. Sobald der Nachweis zu 1 erbracht ist, werden die zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarungen vom 1. Dezember 1958 und vereinbarte Nachträge mit folgender Maßgabe wieder in Kraft gesetzt:
 - a) Unter Aufrechterhaltung aller sonstigen Vertragspunkte wird die Dauer des Vertragsverhältnisses dahin abgeändert, daß die Kündigung für beide Teile frühestens am 1. Oktober 1964 zum 31. März 1965 ausgesprochen werden darf,
 - b) ...
4. Um auch während der Dauer des wieder inkrafttretenden Vertrages eine einwandfreie Qualitätsgarantie sicherzustellen, werden ferner folgende Maßnahmen festgelegt: ...
5. Mit dem Abschluß dieser Vereinbarung werden alle gegenseitigen Schadensersatzansprüche für erledigt erklärt ..."

Die Klägerin beauftragte sofort das Institut Fresenius, das am 25. September 1962 ihren Betrieb prüfen ließ. Bevor das Instituts-Gutachten eingegangen war, schrieben die Beklagten der Klägerin am 27. September 1962:

"In Ziffer 4 i) unserer Vereinbarung (vom 22. September 1962) hat die H [REDACTED] F [REDACTED] bei der Herstellung ihrer Limonaden und ihres Wassers die ausschließliche Verwendung des Quellwassers garantiert. Der Ausdruck "Quellwasser" dürfte infolge Unkenntnis der technischen Begriffe falsch gewählt sein. Ich darf daran erinnern, daß wir bei der Besprechung dieses Punktes auf Abdampfrückstände u. Glührückstände zu sprechen kamen. Es war ja der Verdacht geäußert worden, daß möglicherweise die H [REDACTED] F [REDACTED] bei der Herstellung von Limonaden nicht das natürliche Mineralwasser benutzte. Herr A [REDACTED] (= Inhaber der Klägerin) hat sofort das Gegenteil ver-

sichert ... Ich darf deshalb bitten, mir zu bestätigen, daß mit "Quellwasser" hier Naturbrunnen-Limonade mit ausschließlicher Verwendung von natürlichem Mineralwasser gemeint gewesen ist."

Das Institut Fresenius stellte der Klägerin unter dem 28. September 1962 folgende Bescheinigung aus:

"Am 25.9.1962 führte unser Herr A. Schneider in Ihrem Betrieb eine bakteriologische Stufenkontrolle durch, ferner wurde hierbei der Betrieb einer eingehenden Besichtigung unterzogen. Besondere Aufmerksamkeit wurde dem Sirupraum sowie der Abfüllanlage gewidmet. Wir weisen ferner darauf hin, daß bei unseren seit vielen Jahren regelmäßig durchgeführten Routineuntersuchungen regelmäßig der hygienische Betriebszustand überprüft wird.

Der Betrieb entspricht danach in hygienischer Hinsicht den Anforderungen, die an einen Mineralwasserbetrieb zu stellen sind. Ferner haben wir unsere Akten durchgesehen und konnten feststellen, daß die von der Haarer Felsenquelle hergestellten Sprudel- und Limonadenfüllungen über Jahre zurück durchweg bakteriologisch in Ordnung waren."

Nachdem die Klägerin diese Bescheinigung den Beklagten am 1. Oktober 1962 zugeleitet hatte, antwortete diese am 2. Oktober 1962, damit sei der in Nr. 1 des Vergleichs vorgesehene Nachweis nicht erbracht, weil in der Bescheinigung zwar von einer bakteriologischen Stufenkontrolle gesprochen werde, im übrigen aber nur auf eine Besichtigung Bezug genommen sei; mit einer Besichtigung könne aber nicht festgestellt werden, daß die Quelle, die Abfüllanlagen und die sonstigen Einrichtungen hygienisch einwandfrei seien. Daraufhin schrieb die Klägerin am 5. Oktober 1962:

"... Entgegen Sinn und Inhalt unserer Vergleichsverhandlung stellt Herr F. (= Beklagter zu 3) jetzt weitere Forderungen, die durchweg erkennen lassen, daß er offenbar einen Grund sucht, den Vergleich nicht zu erfüllen. Bei gutem Willen konnte er die von ihm so anschaulich geschilderten Bedenken, die er in hygienischer Hinsicht gegenüber den Erzeugnissen der H. F. geäußert hatte, bereits durch die kurze Bescheinigung von Fresenius als ausgeräumt betrachten. Eine umfangreiche Beurteilung von Fresenius ist in Bearbeitung und wird in etwa 10 Tagen nachgereicht werden ...

Mir liegt sehr daran festzustellen, ob Herr F. ernsthaft zur Vergleichserfüllung bereit ist und damit zur Erfüllung des ursprünglichen Vertrages. Ich sehe daher einer verbindlichen Erklärung bis zum 20. d.M. gern entgegen, wobei die angekündigte Beurteilung von Fresenius noch abgewartet werden mag."

Am 13. Oktober 1962 übersandte die Klägerin das angekündigte eingehendere Gutachten des Instituts Fresenius, das vom 11. Oktober 1962 datiert ist und wie folgt lautet:

"Betr.: Ortsbesichtigung und Probenahme bei der
----- H. F. am 5.10.62 durch unseren Herrn A. S.

Die Betriebsbesichtigung ergab, daß die Beschaffenheit der Quelle, der Abfüllanlage und der sonstigen Betriebseinrichtungen hygienischen Anforderungen entspricht. Die am selben Tage entnommenen Fertigfüllungen

klare Zitrone	0,7 l	Hebelverschluß	vom 1.10.62
trübe Orange	0,7 l	Hebelverschluß	vom 2.10.62
Sprudel	0,7 l	Hebelverschluß	vom 2.10.62,

wobei von jeder Getränkesorte jeweils 3 Proben untersucht wurden, ergaben eine erfreulich gute bakteriologische Beschaffenheit."

Dieser Bescheinigung lagen die Prüfungsberichte für die untersuchten drei Getränkearten an, wonach überall die Keimzahlen = 0 gewesen und keine E.coli nachzuweisen wa-

ren, so daß sämtliche Proben als bakteriologisch einwandfrei bezeichnet wurden. Gestützt auf dieses neue Gutachten setzte die Klägerin den Beklagten eine letzte Frist: zur Wiederaufnahme des Getränkebezugs bis zum 16. Oktober 1962.

Bevor jedoch die Beklagten in den Besitz dieser Gutachten gelangt waren, hatten sie mit Schreiben vom 11. Oktober 1962 den Liefervertrag von 1958 erneut fristlos mit der Begründung gekündigt, daß die Klägerin den ihr nach dem Vergleich obliegenden Nachweis nicht fristgemäß binnen zwei Wochen erbracht hätte; sie hätten die am 6. Oktober 1962 abgelaufene Frist stillschweigend verlängert in der Annahme, daß der Nachweis noch erbracht würde, doch sei ein längeres Zuwarten nicht mehr tragbar. Dieses Schreiben wies die Klägerin sofort als unberechtigt zurück, vor allem weil "Ihnen vorher mit meinem Schreiben vom 5. d.M. die Beurteilung von Fresenius angekündigt worden war, die natürlich einige Zeit erforderte, und als vorher eine Fristsetzung nicht erfolgt war."

In einem längeren Schreiben vom 7. November 1962 setzte sich die Klägerin mit den Einwendungen der Beklagten auseinander und nahm dabei auch Stellung zu dem in dem Brief der Beklagten vom 27. September 1962 enthaltenen Verlangen nach einer Bestätigung, daß die Klägerin nicht "Quellwasser", sondern "natürliches Mineralwasser" bei der Herstellung ihrer Limonaden verwende. Dabei schrieb sie, die Lieferung von (natürlichem) Mineralwasser sei zu keiner Zeit Gegenstand ihrer Vereinbarungen gewesen, sie habe vielmehr, wie es in Nr. 1 des Vertrages vom 1. Dezember 1958 heiße, "Naturbrunnen und Limonaden ... unter Verwendung der natürlichen H

...-F... zu liefern gehabt. Bei diesem von ihr ausschließlich verwendeten Quellwasser handele es sich um ein sog. mineralarmes Wasser im Sinne des § 3 TWVO, das nach § 7 Abs. 5 TWVO noch wie früher mit dem Quellnamen bezeichnet werden dürfe. In ihrem Antwortschreiben vom 29. November 1962 behaupteten nunmehr die Beklagten, durch den Brief der Klägerin erstmalig erfahren zu haben, daß sie ihr kein Mineralwasser geliefert habe, und fochten den Lieferungsvertrag an.

Mit der Klage verlangt die Klägerin von den Beklagten Schadensersatz, und zwar von den Beklagten zu 1 und 3 als Gesamtschuldnern und von der Beklagten zu 2 als persönlich haftender Gesellschafterin der Beklagten zu 1. Sie berechnet ihren Verdienstausschlag auf jährlich 38.000 DM = monatlich 3.166,66 DM. Im Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens hat sie mit der Begründung, die Beklagten verweigerten zu Unrecht die Erfüllung des Lieferungsvertrages von 1958, diesen auch ihrerseits zum 28. Februar 1963 gekündigt und hat daher vor dem Landgericht beantragt, die Beklagten zur Zahlung von 18.999,96 DM nebst Zinsen zu verurteilen und festzustellen, daß sie ihr auch den weiteren auf die Zeit vom 1. März 1963 bis zum 31. März 1965 entfallenden Verdienstausschlag zu ersetzen hätten.

Das Landgericht hat den Zahlungsantrag dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und die begehrte Feststellung der Ersatzpflicht der Beklagten ausgesprochen. Im Berufungsrechtszug haben die Beklagten Widerklage erhoben mit dem Antrag, die Klägerin zur Zahlung von 34.125 DM zu verurteilen. Sie behaupten, sie hätten dadurch, daß sie die Getränke nicht mehr von der Klägerin, sondern anderweitig hätten beziehen müssen,

eine Gewinneinbuße von 34.125 DM erlitten. Mit ihrer Anschlußberufung erweiterte die Klägerin ihren bezifferten Ersatzanspruch auf die Zeit bis Ende 1963, indem sie Zahlung von 47.500 DM begehrte und demgemäß ihren Feststellungsantrag auf die Zeit vom 1. Januar 1964 bis zum 31. März 1965 begrenzte.

Das Berufungsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen, der Anschlußberufung der Klägerin stattgegeben und die Widerklage abgewiesen.

Mit der Revision verfolgen die Beklagten ihre Anträge auf Abweisung der Klage und aus ihrer Widerklage weiter. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

1. Das Berufungsgericht nimmt an, die Klägerin habe den Beklagten keinen Anlaß gegeben, sich von ihrer langfristigen Bezugsverpflichtung loszusagen, diese hätten ihr vielmehr durch hartnäckige und endgültige Weigerung, den Vertrag fortzusetzen, Grund gegeben, diesen ihrerseits fristlos zu kündigen und Schadensersatz zu verlangen. Im einzelnen führt das Berufungsgericht aus:

Zwar sei der ursprüngliche Liefervertrag vom 1. Dezember 1958 durch den Vergleich vom 22. September 1962

aufgehoben worden. Doch hätten die Parteien durch diese Vereinbarung einen neuen Vertrag geschlossen, nach welchem die früheren Verpflichtungen, von einigen Änderungen und Ergänzungen abgesehen, fortan neu gelten sollten, sofern die Klägerin binnen zwei Wochen durch ein Gutachten des Instituts Fresenius den Nachweis erbringe, daß die Beschaffenheit der Quelle, der Abfüllanlagen und der sonstigen Betriebseinrichtungen hygienisch einwandfrei sei. Es könne auf sich beruhen, ob die Klägerin diesen Nachweis, wie sie glaube, bereits durch die Bescheinigung des Instituts vom 28. September 1962 geführt habe. Jedenfalls habe das zweite Gutachten vom 11. Oktober 1962 in Verbindung mit den ihm beigelegten Prüfungsergebnissen und mit der ersten Bescheinigung vom 28. September 1962 zusammen ausgereicht, den der Klägerin auferlegten Unbedenklichkeitsnachweis zu erbringen. Denn das zweite Gutachten habe sich auch auf die bakteriologische Beschaffenheit der drei Getränkesorten erstreckt und diese für einwandfrei befunden. Mehr hätten die Beklagten nach dem Zweck der Überprüfung billigerweise nicht erwarten können. Der Vergleich habe nichts darüber bestimmt, in welcher Weise das Institut Fresenius die Überprüfung habe durchführen sollen. Da die Parteien der Sachkunde und der Zuverlässigkeit des von ihnen gewählten Gutachters voll vertraut hätten, sei es entscheidend nur auf das vom Institut gefundene Untersuchungsergebnis und allenfalls auf Einzelheiten über die bakteriologische Untersuchung angekommen. Unerhoblich sei auch, daß das Institut die Sonderwünsche, die ihm die Beklagten in ihrem Schreiben vom 27. September 1962 mitgeteilt hatten, nicht berücksichtigt habe. Denn auch hierüber habe der Vergleich nichts bestimmt gehabt; die Beklagten hätten aber nicht eine Untersuchung verlangen können, die über das

im Vergleich Niedergelegte hinausgegangen sei. Ebenso wenig sei es von Bedeutung, daß das Institut nicht unmittelbar das Quellwasser, sondern die Fertigfüllungen untersucht habe. Die Untersuchung von Proben aus der Quelle selbst hätte nämlich keinen größeren Wert für den zu erbringenden Nachweis gehabt als die Untersuchung frisch abgefüllter Flaschen. Für die von den Beklagten vermuteten Unterschibungen "manipulierter" Proben bestünden keine Anhaltspunkte.

Das Berufungsgericht ist ferner der Auffassung, der Umstand, daß die Klägerin die zweite Bescheinigung des Instituts erst nach Ablauf der Zweiwochenfrist beigebracht habe, habe den Beklagten noch nicht ein Recht zu fristloser Kündigung gegeben. Der Vergleich vom 22. September 1962 ergebe nichts dafür, daß die Parteien die Beibringung des Nachweises an eine strikte Frist von zwei Wochen hätten binden wollen, so daß das um wenige Tage verzögerte zweite Gutachten habe unberücksichtigt bleiben sollen. Es verweist auf die Erklärung der Beklagten in ihrem zweiten Kündigungsschreiben vom 11. Oktober 1962, daß sie die Frist, die an sich schon am 6. Oktober 1962 abgelaufen gewesen sei, stillschweigend verlängert hätten. Bei Berücksichtigung der beiderseitigen Belange und des Anlasses der Verzögerung, sei, so führt das Berufungsgericht aus, den Beklagten zuzumuten, das zweite Gutachten des Instituts, das sie am 13. Oktober 1962 erhalten hatten, noch als fristgerecht hinzunehmen. Durch diese geringe Fristüberschreitung sei ^{ihnen} weder die Umstellung auf den Wiedervertrieb der Erzeugnisse der Klägerin über Gebühr erschwert worden, noch seien ihnen dadurch, daß sie ihre Kunden auch noch in der Woche vom 7. bis zum 13. Oktober 1962 mit

den anderen Getränken hätten beliefern müssen, unzumutbare Nachteile entstanden.

2. Vergeblich greift die Revision diese Erwägungen des Berufungsgerichts als rechtsirrtümlich an. Wenn das Berufungsgericht das zweite Gutachten des Instituts Fresenius sowohl seinem Inhalt wie seinem Zeitpunkt nach für ausreichend angesehen hat, so kann das nicht aus Rechtsgründen beanstandet werden.

a) Fraglich kann allerdings sein, ob die Auffassung des Berufungsgerichts fehlerfrei ist, daß die Parteien mit dem Abschluß des Zwischen-Vergleichs vom 22. September 1962 den ursprünglichen Liefervertrag von 1958 aufgehoben und durch einen neuen Vertrag, nämlich die Vereinbarung vom 22. September 1962, ersetzt hätten. Vieles spricht dafür, daß die Parteien in jenem Vergleich lediglich das zeitlich befristete Ruhen ihrer gegenseitigen Pflichten und Rechte vereinbart hatten und daß der alte Vertrag von 1958, wenn auch mit den Ergänzungen des Vergleichs, wieder in Kraft treten sollte, falls die Klägerin den ihr auferlegten Nachweis erbrachte. Doch kommt es für die rechtliche Beurteilung auf diese Frage nicht weiter an. Bei beiden Betrachtungsweisen ist es gleichermaßen entscheidend, ob die Klägerin jenen Nachweis erbracht hat. Das aber hat das Berufungsgericht fehlerfrei bejaht.

Ob die Beklagten sich nicht sogar schon mit dem ersten Gutachten hätten zufrieden geben müssen, kann in der Tat zweifelhaft sein. Schon diese Bescheinigung beruhte nicht nur auf einer Besichtigung des Betriebes der Klägerin, sondern auch auf einer bakteriologischen Stufenkontrolle. Jedenfalls unterliegt es keinen Be-

denken, wenn das Berufungsgericht erklärt, das zweite Gutachten habe zusammen mit den ihm beigelegten Einzeluntersuchungen und mit der ersten Bescheinigung dem entsprochen, was die Parteien in Nr. 1 des Vergleichs ausgemacht hatten. Die hiergegen von der Revision geführten Angriffe richten sich in Wahrheit gegen die Bewertung und die Auslegung des Berufungsgerichts, decken aber keinen Rechtsfehler auf. Zu Unrecht verlangt die Revision, daß das Institut Fresenius schon bei seinem gemäß Nr. 1 des Vergleichs zu erstattenden Gutachten habe so verfahren müssen, wie dies in Nr. 4 vorgesehen war. Die hier vorgesehenen Regeln sollten erst für die Untersuchungen gelten, die die Klägerin nach Wiederinkraftsetzen des Liefervertrages durchführen lassen sollte. Mit Recht hat das Berufungsgericht auch das Verlangen der Beklagten zurückgewiesen, das Institut habe bei der Untersuchung nach den Wünschen verfahren müssen, die sie, die Beklagten, in ihrem Schreiben vom 27. September 1962 geäußert hatten. Denn es kam nur auf die Pflichten an, die die Klägerin in Nr. 1 des Vergleichs am 22. September 1962 übernommen hatte. Danach hatte sie den Nachweis zu erbringen, daß die Beschaffenheit der Quelle, der Abfüllanlagen und der sonstigen Einrichtung des Betriebes "hygienisch einwandfrei" war. Diesen Nachweis hat sie erbracht spätestens durch das zweite Gutachten des Instituts Fresenius, das für die Parteien wie ein Schiedsgutachter tätig werden sollte. Das Gutachten lautete dahin, daß "die Beschaffenheit der Quelle, der Abfüllanlage und der sonstigen Betriebseinrichtungen hygienischen Anforderungen entspricht" und daß alle Proben bakteriologisch "einwandfrei" waren. Daß dieses Urteil offenbar unrichtig gewesen sei (vgl. § 319 BGB), haben die Beklagten nicht dargetan. Sie haben in den Tatsacheninstanzen sich nur insofern auf das

Gutachten eines Sachverständigen bezogen, als dadurch bewiesen werden sollte, daß die vom Institut Fresenius angewandten Untersuchungsmethoden nicht genügend zuverlässig gewesen seien, insbesondere dazu, wie eine Stufenkontrolle durchgeführt werden müsse. Diesen Beweis brauchte das Berufungsgericht nicht zu erheben.

b) Es ist auch rechtlich nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht den Beklagten zugemutet hat, auch noch den um einige Tage verspäteten Nachweis hinzunehmen. Zu Unrecht meint die Revision, eine auf zwei Wochen bemessene Frist dürfe nicht um eine weitere Woche überschritten werden. Die Frage, ob hier die Fristüberschreitung derart schwerwiegend war, daß den Beklagten weiteres Zuwarten nicht mehr zugemutet werden konnte, ist nicht nach der Länge der Fristen zu beantworten, sondern nach den Umständen des Falles. Insofern hat das Berufungsgericht ausdrücklich erwogen, daß die Beklagten im Hinblick auf die wirtschaftliche Bedeutung der Absprachen an einer schnellen Klärung interessiert waren (BU S. 18). Mit Recht hat es aber auch auf die Belange der Klägerin abgestellt. Diese hatte sich auf eine langfristige Belieferung der Beklagten eingestellt; das war für die den Beklagten zugobilligten Freisnächlässe von wesentlicher Bedeutung. Die Verzögerung der Bescheinigung hatte die Klägerin nicht verschuldet. Die erste - möglicherweise schon ausreichende - Bescheinigung des Instituts Fresenius war bereits vom 28. September 1962; daß eine nochmalige Untersuchung notwendig wurde, lag im Grunde daran, daß die Beklagten sich mit der ersten Bescheinigung nicht zufrieden geben wollten. In ihrem Brief vom 5. Oktober 1962 hatte die Klägerin die Beklagten darauf hingewiesen, daß "eine umfangreiche Beurteilung von Fresenius" in Bearbeitung sei und "in etwa 10 Tagen nachgereicht" werden würde.

Darauf haben die Beklagten nicht etwa sogleich geantwortet, ihre wirtschaftliche Lage lasse eine solche Fristüberschreitung nicht zu, vielmehr haben sie in ihrem Schreiben vom 11. Oktober 1962 selbst erwähnt, daß sie die Frist zunächst stillschweigend verlängert hätten. Wenn das Berufungsgericht angesichts dieser Umstände die Überschreitung der Frist um wenige Tage für unerhoblich erklärt, so ist das rechtlich nicht zu beanstanden.

c) Ohne Erfolg beruft sich die Revision darauf, daß die Beklagten schon im Sommer 1962 die Lieferungen der Klägerin beanstandet hätten und daß auch Lieferungen, die im Jahre 1963 an Abnehmer gegangen seien, nicht einwandfrei gewesen seien. Auf etwaige Schlechtlieferungen vor dem 22. September 1962 können sich die Beklagten, wie das Berufungsgericht zutreffend annimmt, nicht berufen. Denn sie waren den Parteien bei Abschluß des Vergleichs bekannt und sind dahin geregelt worden, daß sie dann, wenn die Klägerin den von ihr verlangten Nachweis erbrachte, keine Rolle mehr spielen sollten. Ob die Beklagten sich auf mangelhafte Auslieferungen im Jahre 1963 berufen könnten, ist schon deshalb zweifelhaft, weil sie selbst zu dieser Zeit nicht mehr von der Klägerin bezogen hatten und die Klägerin ihnen den Liefervertrag bereits aufgekündigt hatte. Jedenfalls ist der Standpunkt des Berufungsgerichts nicht zu beanstanden, die von den Beklagten behaupteten Mängel bei mehreren Limonaden-Flaschen würden keine solch schwere Leistungsstörung bedeutet haben, daß die Beklagten deshalb den Vertrag hätten aufkündigen können (BU S. 26). Ob die Behauptungen der Beklagten für die Höhe des Schadensersatzanspruches der Klägerin bedeutsam sein können, ist hier nicht zu prüfen.

II.

1. Das Berufungsgericht läßt auch die von den Beklagten erklärte Anfechtung des Liefervertrages von 1958 nicht durchgreifen. Zur Begründung dieses Einwandes haben die Beklagten behauptet, der Beklagte zu 3 habe erstmals durch das Schreiben der Klägerin vom 7. November 1962 erfahren, daß aus der H. F. nur "mineralarmes Wasser" entnommen werden könne, nicht aber, wie er seit 1958 geglaubt habe, "Mineralwasser", also Naturwasser mit mindestens einem Gramm Mineralien pro Liter. In diesem Irrtum habe ihn die Klägerin dadurch arglistig versetzt, daß sie ihre Erzeugnisse als "Naturbrunnen" und als "natürliche" H. F. bezeichnet und mehrfach die Werbung der Beklagten zugelassen habe, die auf ihren Prospekten und Anzeigen die Getränke als "Mineralwasser" angepriesen hätten.

2. Das Berufungsgericht hält eine Täuschung des Beklagten zu 3 nicht für nachgewiesen. Zunächst führt es aus, daß unter "Naturbrunnen" nicht nur Mineralwasser, sondern auch sog. mineralarmes Wasser zu verstehen sei, wenn sie - wie die Erzeugnisse der Klägerin - unmittelbar am Quellort abgefüllt und mit einem Brunnen- oder Quellnamen bezeichnet werden. Auch der Ausdruck "natürlich" weise nicht ohne weiteres auf ein wirkliches Mineralwasser hin. Die Klägerin habe sich daher durch die Bezeichnung, die sie in dem Liefervertrage mit den Beklagten und auf ihren Flaschenetiketten verwandt habe, nicht einer Täuschung schuldig gemacht. Im übrigen habe der Inhaber der Klägerin, wie das Berufungsgericht aufgrund dessen Vernehmung feststellt, den Beklagten zu 3

einmal auf den geringen Mineralgehalt der Quelle aufmerksam gemacht und ihm gesagt, daß er in seinen Werbeprospekten das Wort Mineralwasser nicht verwenden dürfe. Infolgedessen habe sich die Klägerin mit Recht auf den Standpunkt stellen können, daß die Beklagten die Richtigkeit und Zulässigkeit ihrer Werbung selbst verantworten müßten. Das Berufungsgericht fährt fort, es sei auch nicht überzeugt, daß sich der Beklagte zu 3, auf dessen Vorststellung es ankomme, über die Eigenschaften des Wassers der Felsenquelle geirrt habe. Nachdem dieser nämlich erklärt habe, ihm sei die Tafelwasser-Verordnung mit ihrer Unterscheidung zwischen Mineralwasser und mineralarmem Wasser bis zum Streit über den Vergleich vom September 1962 gar nicht bekannt gewesen, könne die Möglichkeit nicht ausgeschlossen werden, daß er sich über den Mineralgehalt des Wassers keine näheren Vorstellungen, also auch kein falsches Bild, gemacht habe.

Diese tatsächliche Würdigung hat das Berufungsgericht entgegen den Rügen der Revision rechtsfehlerfrei getroffen. Ist aber schon zweifelhaft, ob der Beklagte zu 3 - und damit auch die übrigen Beklagten - überhaupt in einem Irrtum über die Eigenschaft des Wassers und über seine rechtliche Einordnung befangen war, so ist damit sowohl der Anfechtung wegen Irrtums (§ 119 Abs. 2 BGB) wie wegen arglistiger Täuschung (§ 123 BGB) von vornherein der Boden entzogen. Ebenso wenig kann von einem Fehlen oder dem Wegfall der beiderseitig vorausgesetzten Geschäftsgrundlage die Rede sein.

III.

1. Nach alledem war der Liefervertrag zwischen den Parteien rechtswirksam und, da die Klägerin den von ihr im Vergleich verlangten Nachweis erbracht hatte, wieder in Kraft getreten. Deshalb hätten die Beklagten die Erzeugnisse der Klägerin wieder abnehmen müssen. Nachdem sie sich grundlos geweigert haben, müssen sie ihr den Schaden ersetzen (§§ 326 BGB, 128, 161 HGB). Da das Berufungsgericht es für wahrscheinlich hält, daß der Klägerin Verdienst entgangen ist, stand dem Erlaß eines Grundurteils entgegen der Ansicht der Revision nichts im Wege. Die Frage, ob die Klägerin schon vom 4. September oder erst von Mitte Oktober 1962 ab Schadensersatz verlangen kann, wird im Verfahren über die Höhe des Anspruchs zu klären sein. Auch kann es in diesem Verfahren auf die Einwendung der Beklagten ankommen, daß sie jedenfalls in den späteren Jahren das Recht gehabt haben würden, einzelne Schlechtlieferungen unbezahlt zurückgehen zu lassen.

Das angefochtene Urteil begegnet auch insoweit keinen Bedenken, als es dem Feststellungsantrag stattgegeben hat.

2. Die Widerklage hat das Berufungsgericht mit Recht abgewiesen, weil der von den Beklagten behauptete Vertragsverstoß der Klägerin nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht vorliegt.

IV.

Da somit die Revision in vollem Umfang zurückzuweisen war, fallen die Kosten des Rechtsmittels den Beklagten zur Last (§ 97 ZPO).

Dr. Gelhhar

Dr. Mezger

Dr. Weber

Mormann

Braxmaier