

Verkündet
laut Protokoll
am 15. Oktober 1957
Klett, Justizsekretär
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 L [REDACTED] S [REDACTED], T [REDACTED],
Inhaber Wolfgang H [REDACTED] in L [REDACTED],
Klägerin, Berufungsklägerin, Revisionsklägerin
und Anschlußrevisionsbeklagten,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

- 1 Die Firma V [REDACTED]'s Heilwasserversand und Getränke-
handel KG i.L. in B [REDACTED], V [REDACTED],
gesetzlich vertreten durch ihren Liquidator, Steuerbe-
rater Herbert S [REDACTED] in B [REDACTED]
- 2 den Kaufmann Kurt V [REDACTED] in B [REDACTED]
V [REDACTED]
Beklagte, Berufungsbeklagte, Revisionsbeklagte
und Anschlußrevisionskläger
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 15. Oktober 1957 unter Mitwir-
kung des Senatspräsidenten Dr. Großmann sowie der Bundes-
richter Dr. Gelhaar, Dr. Spieler, Dr. Mezger und Dr. Messner

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin und die Anschlußrevision
der Beklagten gegen das Urteil des 3. Zivilsenats des
Oberlandesgerichts in Stuttgart - den Parteien an Ver-
kündungs Statt zugestellt am 7. und 9. Juli 1956 -
werden zurückgewiesen. Die Kosten des Revisionsver-
fahrens werden gegeneinander aufgehoben.

Von rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte, eine Kommanditgesellschaft, deren persönlich haftender Gesellschafter der Beklagte war und die sich seit dem 19. Oktober 1950 in Liquidation befindet, betrieb einen Getränkehandel, insbesondere den Versand und den Vertrieb von Mineralwasser. Ende 1948 erwarb der Beklagte einen erheblichen Anteil an der Irenenquelle Gesellschaft mit beschränkter Haftung, deren geschäftsführender Gesellschafter er wurde.

Die Klägerin gewinnt und vertreibt das Iamscheider Heilwasser, das sehr stark eisenhaltig ist. Sie schloß am 28. September 1948 einen Successivlieferungsvertrag mit der Beklagten, in dem sie der Beklagten für eine Reihe von Gebieten, in erster Linie für Niedersachsen, das alleinige Vertriebsrecht ihres Heilwassers übertrug und in dem sich die Beklagte verpflichtete, monatlich mindestens 25 000 Flaschen S [REDACTED] zu 3/4 Liter abzunehmen. Für den Fall, daß die Beklagte diesen Umsatz nicht erzielte, sollte die Klägerin das Recht haben, das Verkaufsgebiet einzuschränken. Die Beklagte verpflichtete sich, kein anderes eisenhaltiges Wasser zu führen. Der Vertrag sollte für die Dauer des Bestehens der Beklagten zu 1. Geltung haben. In einem Zusatzvertrag vom 24. Januar 1949, dessen Gültigkeit jedoch zwischen den Parteien streitig ist, verpflichtete sich die Beklagte, jährlich weitere 250 000 Flaschen I [REDACTED] Heilwasser zum Vertrieb im Lande Nordrhein-Westfalen abzunehmen. Dieser Vertrag ist von den Parteien nicht gehandhabt worden.

Während die Beklagte ihren Verpflichtungen aus dem Vertrage vom 28. September 1948 bis zum 30. Juni 1949 im wesentlichen nachgekommen war, hat sie seitdem im

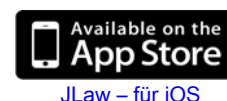
- 3 -

ganzen nur noch 12 916 Flaschen abgenommen. Der anfänglich gute Erfolg war darauf zurückzuführen, daß die Beklagte das Heilwasser nicht an den Großhandel abgab, sondern durch Vertreter eine Werbung und einen Verkauf von Haus zu Haus vornahm, die sie noch durch Werbung bei Ärzten und durch Herausgabe von Prospekten und anderer Werbemittel ergänzte. Der Rückgang ist, worüber zwischen den Parteien Einigkeit besteht, darauf zurückzuführen, daß der Beklagte nach seinem Eintritt in die I. [REDACTED] GmbH sein ganzes Interesse auf den Vertrieb dieses Brunnens richtete und auch seinen Werbeapparat hierauf einstellte. Das führte dazu, daß der Geschäftsbetrieb der Beklagten zu 1 allmählich und im Frühjahr 1950 vollends zum Erliegen kam, bis dann schließlich im Oktober 1950 die Liquidation beschlossen wurde.

Im Schriftwechsel der Parteien aus den ersten Monaten des Jahres 1949 beklagt sich die Klägerin darüber, daß der Beklagte die I. [REDACTED] vertreibe und den Lamscheider Sprudel darüber völlig vernachlässige, während der Beklagte in seinen Schreiben versucht, den Mißerfolg auf eine angeblich beginnende Geldknappheit der Kundschaft zurückzuführen. Die Parteien fanden sich alsdann am 23. Juni 1949 in Frankfurt am Main zu einer Besprechung zusammen, bei welcher die Klägerin der Beklagten hinsichtlich der Vertragsbestimmungen vom 28. September 1948 erhebliche Erleichterungen einräumte.

Auf diese Besprechung haben die Parteien in Bestätigungsschreiben Bezug genommen. In dem der Klägerin vom 25. Juni 1949 heißt es unter Abschnitt II:

"1) Der Vertrag vom 28. September 1948 bleibt grundsätzlich in Kraft. Sie werden sich nach Kräften bemühen, Ihre Abnahmeverpflichtung aus diesem Vertrag zu erfüllen. Sollte das vereinbarte Warenquantum trotzdem bis zum 28. September 1949 nicht zur Gänze abgenommen sein, so



werden wir aus diesem Titel keinen Schadensersatzanspruch an Sie stellen und auch von unserem Recht, das Vertragsgebiet zu verkleinern, keinen Gebrauch machen. Sollten wir uns später genötigt sehen, eine solche Verkleinerung Ihres Abnahmegebietes vorzunehmen, so werden wir Sie hiervon 8 Tage vorher in Kenntnis setzen."

Das Schreiben der Beklagten zu 1 vom 4. Juli 1949 lautet in seiner Stellungnahme:

"Ich bestätige hierzu noch meine Ihnen mündlich ausdrücklich gemachte Bestätigung, daß ich keinerlei Garantie auf Mengenabnahme lt. unserer Vereinbarungen vom 28. September 1948 und 24. Januar 1949 übernehme. Es steht Ihnen, wie ich Ihnen schon erklärte, jederzeit frei, Gebiete für sich in Anspruch zu nehmen.

Hiernach betrachten wir unsere Vereinbarungen auf Garantie-Mengenabnahme als hinfällig.

Um kein Mißverständnis zu Ihren Ausführungen zu Punkt II, 1 und 2 aufkommen zu lassen, wiederhole ich nochmals, daß ich keinerlei Verpflichtung auf Abnahme-Mengen eingegangen bin. Dieses schreibe ich Ihnen zu Punkt II: "Sie werden sich nach Kräften bemühen, Ihre Abnahmeverpflichtung aus diesem Vertrage zu erfüllen", um für beide Teile Mißverständnisse auszuschalten."

In einem Erwiderungsschreiben vom 15. Juli 1949 erklärte sich die Klägerin mit diesen Ausführungen einverstanden.

In dem nachfolgenden Schriftwechsel beklagt sich die Klägerin immer wieder, daß die Beklagte die Abnahme des I. B. vernachlässige, und weist darauf hin, daß sie selbst den Vertrieb in dem für die Beklagte reservierten Gebiet übernehmen müsse. In einem Schreiben vom 5. Januar 1950 weist der Beklagte die Darstellung der Klägerin zurück, daß die Beklagte nicht mehr bestehe, und zwar mit der Behauptung, sie habe ihren Betrieb lediglich wegen des derzeitigen schlechten Wetters geschlossen.

Am 5. Mai 1950 teilt der Beklagte mit, daß die Firma V [REDACTED] wegen Unrentabilität aufgelöst worden sei und sich bereits in Liquidation befinde. Am 19. Mai 1950 erklärt der Beklagte, die Klägerin könne in seinem Vertragsgebiet selbst nach Gutdünken organisieren, die Beklagte liefere den I [REDACTED] B [REDACTED] nur dann an Kunden, wenn Anfragen eingingen. Schließlich erklärt die Klägerin in ihrem Schreiben vom 28. Juni 1950, daß sie Erfüllung des Vertrages verlange und wegen der Nichterfüllung im letzten Jahre Schadensersatz fordern werde. Anschließend hat die Klägerin Klage erhoben und unter Be-
zeiherung ihres Schadens für die Zeit bis zum 30. Juni 1950 auf 32 873,13 DM einen Teilbetrag von 6 000,- DM verlangt sowie 374,- DM aus Nebenverpflichtungen der Beklagten nebst 6 % Zinsen auf beide Beträge seit 1. Juli 1950.

Das Landgericht hat wegen der Nebenverpflichtungen einen Betrag von 106,- DM zuerkannt, im übrigen die Klage abgewiesen.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen.

Auf die Revision der Klägerin hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs durch Urteil vom 15. November 1952 - II ZR 18/52 - das Urteil des Oberlandesgerichts aufgehoben, den Schadensersatzanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und die Sache zur weiteren Verhandlung und Entscheidung an das Oberlandesgericht verwiesen.

In dem Verfahren über den Betrag des Schadens hat die Klägerin ihren Nebenanspruch nicht weiterverfolgt, hinsichtlich des Hauptanspruchs jedoch die Klage auf Zahlung von 30 000,- DM erweitert. Sie hat den Standpunkt vertreten, daß sich die Vertragsverletzung mindestens bis zum Ende des

Jahres '952 hingezogen habe, und das Recht für sich in Anspruch genommen, auch für diese Zeit Schadensersatz zu fordern. Sie beziffert den Schaden auf insgesamt etwa 204 000,- DM und verlangt nunmehr hiervon einen Teilbetrag von 50 000,- DM. Sie führt insbesondere aus, die Beklagte könne sich für ihre Auffassung, daß der Vertrag spätestens Anfang '950 beendet worden sei, nicht auf die Liquidation berufen, weil der Beklagte diese nur deshalb herbeigeführt habe um sich vom Vertrage zu lösen. Sie hat auch die Vereinbarung vom Juni 1949 mit der Begründung angefochten, daß der Beklagte sie arglistig getäuscht habe, indem er insbesondere seine weitere Erfüllungsbereitschaft, die damals schon nicht mehr bestanden habe, vorgespiegelt habe. Ihre Ansprüche hat sie im Hinblick auf die Anfechtung auch auf den ursprünglichen Vertrag vom 28. September 1948 und auf unerlaubte Handlung gemäß § 823 Abs. II BGB gestützt. Deshalb ist sie der Ansicht, daß die Beklagte verpflichtet gewesen sei, ihrer vollen Abnahmeverpflichtung von monatlich mindestens 25 000 Flaschen nachzukommen. Demgemäß sei auch der Schadensersatz zu bemessen.

Das Oberlandesgericht hat einen Schaden in Höhe von 18 000,- DM angenommen und der Klägerin diesen Betrag nebst 3 % Zinsen seit 26. August 1950 auch zugesprochen.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin den abgewiesenen Teil ihres Klageanspruches in Höhe von 12 000 DM samt Zinsen weiter.

Die Beklagten wollen das Rechtsmittel zurückgewiesen haben und begehren mit der Anschlußrevision Abweisung der Klage, soweit der Klägerin außer den 106,- DM laut Urteil des Landgerichts mehr als 6 000,- DM zugesprochen sind.

Die Klägerin beantragt weiter, die Anschlußrevision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

A.

I. Das Berufungsgericht hatte im Hinblick auf die im zweiten Rechtszuge erfolgte Klageerweiterung erneut über den Klagegrund zu entscheiden. Es hat dabei einen Schadensersatzanspruch der Klägerin auch hinsichtlich des den ursprünglich eingeklagten Betrag von 6 000,- DM übersteigenden Klagebetrages bejaht, den es der Begründung des Revisionsurteils vom 15. November 1952 folgend aus einer positiven Vertragsverletzung der Beklagten herleitet. Ferner hat es in Anlehnung an die Gründe des Revisionsurteils die von der Klägerin während des Rechtsstreits erklärte Anfechtung der Vereinbarung vom Juni 1949 mit der Folge für unbegründet erachtet, daß es der Klägerin verwehrt sei, auf den ursprünglich weitergehenden Vertrag vom 28. September 1948 zurückzugreifen. Des weiteren hat das Berufungsurteil ausgeführt, daß der Klägerin auch keine Ansprüche aus unerlaubter Handlung zuständen, weil ein Betrug der Beklagten zu 2 im Sinne des § 823 Abs. II BGB nicht nachzuweisen sei.

Keine der beiden Revisionen hat den Standpunkt des Berufungsgerichts in Bezug auf Anfechtung und unerlaubte Handlung angegriffen. Die Erwägungen des Berufungsgerichts, die zum größten Teil auf tatsächlichem Gebiete liegen, lassen auch insoweit einen Rechtsverstoß nicht erkennen.

II. Dagegen rügt die Anschlußrevision, daß sich das Berufungsgericht ohne erneute Prüfung im Umfange der Klageerweiterung der in dem Revisionsurteil vom 15. November 1952 vertretenen Auffassung angeschlossen habe, in der geringen Abnahme des Heilwassers der Klägerin sei eine positive Vertragsverletzung zu erblicken, welche die Beklagten zum Schadensersatz verpflichte.

Das Revisionsurteil des II. Zivilsenats vom 5. November 1952 vertritt im Gegensatz zu dem ersten Berufungsurteil vom 20. Dezember 1951 den Standpunkt, daß die Klägerin die Beklagte zu 1 bei den Besprechungen in Frankfurt a.M., die nach Maßgabe der sich anschließenden Bestätigungsschreiben vom 25. Juni und 4. Juli 1949 zu würdigen seien, nicht aus dem Vertrage entlassen habe. Die Klägerin, so führt das Urteil aus, sei dem Beklagten zu 2 im Hinblick auf dessen ihr bekannten Erwerb der Irenenquelle und sein Interesse, in erster Linie das Wasser dieser Quelle zu vertreiben, nur insoweit entgegengekommen, als sie auf die Abnahme bestimmter Mengen verzichtet habe. Demgegenüber habe aber die Beklagte zu 1 die Verpflichtung übernommen, "sich nach Kräften" um den Absatz des Heilwassers der Klägerin zu bemühen. Das Urteil vertritt weiterhin die Auffassung, daß auch der nachfolgende Schriftwechsel der Parteien an dieser Verpflichtung nichts geändert habe. Wenn die Klägerin in ihren Schreiben auch nicht auf ihre vertraglichen Rechte gekocht, sondern stets nur in höflicher Form gebeten habe, die Beklagte zu 1 möge sie nicht vernachlässigen und auch weiterhin ihr Heilwasser abnehmen, so sei darin kein Verzicht auf die Rechte aus dem Lieferungsvertrage zu sehen, weil die Klägerin finanziell nicht in der Lage gewesen sei, sofort selbst den Vertrieb des Wassers in den für die Beklagte zu 1 vorbehaltenen Gebieten zu übernehmen und deshalb an dem Fortbestehen der Geschäftsbeziehungen mit der Beklagten zu 1 in stärkstem Maße interessiert gewesen sei. Habe somit eine Verpflichtung der Beklagten zu 1, die Abnahme "nach Kräften" fortzusetzen, bestanden, so hätte sie nur dann nichts abzunehmen brauchen, wenn sie trotz angemessener Bemühungen keinen Absatz hätte finden können. Da aber aus den eigenen Schreiben der Beklagten zu 1, insbesondere dem Schreiben vom 19. Mai 1950 hervorgehe, daß sie sich in keiner Weise um den Vertrieb des Heilwassers der Klägerin bemüht habe, so sei sie wegen positiver Vertragsverletzung schadensersatzpflichtig.

Die Anschlußrevision bringt hierzu keine neuen Gesichtspunkte, die nicht schon in den früheren Rechtszügen eingehend erörtert worden wären. Der erkennende Senat schließt sich der rechtlichen Würdigung des II. Zivilsenats an und sieht daher keine Veranlassung, von der Beurteilung des Berufungsgerichts abzugehen. Die von ihm vorgenommene Auslegung läßt weder einen Verstoß gegen die Auslegungsregeln der §§ 133, 157 BGB noch einen gedanklichen Fehler erkennen, noch ist sie mit dem Wortlaut der Bestätigungsschreiben unvereinbar. Sie findet im Gegenteil gerade in dem Wortlaut des Schreibens vom 25. Juni 1949, aus dem ein Wegfall jeglicher Vertragsverpflichtung nicht zu folgern ist, eine wesentliche Stütze. Ebenso wenig kann mit der Anschlußrevision aus dem nachfolgenden Schriftwechsel der zwingende Schluß entnommen werden, daß die Klägerin auf jegliche Abnahmeverpflichtung der Beklagten verzichtet hätte. Das Berufungsgericht hat demnach ohne Rechtsirrtum angenommen, daß das Verhalten der Beklagten, jede Bemühung um den Vertrieb des Lamscheider Wassers zu unterlassen und nur noch dann an Kunden zu liefern, wenn Bestellungen eingingen, eine positive Vertragsverletzung darstelle.

III. Ohne Erfolg rügt die Anschlußrevision ferner, daß die Vereinbarungen der Parteien gegen die Bestimmungen der Polizeiverordnung über die Werbung auf dem Gebiete des Heilwesens vom 29. September 1941 (RGBl I 587) verstoßen hätten. Die vom Berufungsgericht in dieser Richtung vorgenommene Prüfung war insofern erforderlich, als die Beklagte das Heilwasser der Klägerin durch Vertreter vertreiben ließ, die von Haus zu Haus gingen und Anpreisungen vornehmen. Nach § 4 Abs. ., h) und i) der Verordnung ist aber die Hauswerbung für Arzneimittel sowie für Mittel und Gegenstände, die den Arzneimitteln gleichzusetzen sind (§ 1 aaO), unzulässig. Die Beklagten haben vorgetragen, daß das Heilwasser der Klägerin als solches den Arzneimitteln gleichzusetzendes Mittel anzusehen sei. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, daß eine

Nichtigkeit der Vereinbarung vom Juni 1949 gemäß § 134 BGB nicht anzunehmen sei. Denn die Verpflichtung der Beklagten, sich nach Kräften um den Absatz des Wassers zu bemühen, sei nicht auf eine verbotene Werbung gerichtet.

Die Ausführungen des Berufungsgerichts lassen einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Die Abmachungen der Parteien waren, wie sich aus dem schriftlichen Verträge vom 28. September 1948 ergibt, jeweils nur auf Lieferung und Abnahme von Heilwasser gerichtet, ohne daß die Art des Vertriebes durch die Beklagten einer näheren Regelung unterzogen worden war. Die Klägerin hätte demnach keine Einwendungen erheben können, wenn die Beklagte das Wasser statt durch Direktwerbung bei der Kundschaft durch Verkauf an Großhändler abgesetzt hätte. Im Verträge vom 28. September 1948 war lediglich die Abnahme einer bestimmten Menge vereinbart, eine Vereinbarung, die noch dazu durch den Junivertrag in Wegfall gekommen war. Ein Verstoß gegen die angezogene Polizeiverordnung und damit eine Nichtigkeit der Vereinbarungen gemäß § 134 BGB hat daher auszuscheiden, ohne daß es auf eine Prüfung ankomme, ob die Art der von der Beklagten durchgeführten Werbung von der Polizeiverordnung insbesondere von §§ 1, 4, 9 erfaßt wird.

Das Berufungsgericht hat ferner die Auffassung vertreten, die Verpflichtung entfalle auch nicht wegen Fehlens der Geschäftsgrundlage. Die Parteien seien zwar, so führt es aus, bei Abschluß des Vertrages vom 28. September 1948 und der Vereinbarung vom Juni 1949 davon ausgegangen, daß der Hauptteil der Umsätze der Beklagten durch Vertreter hereingeht, welche die Abnehmer unmittelbar besuchten. Da die Parteien ferner angenommen hätten, daß eine solche Werbung erlaubt sei, könne diese Annahme auch als Geschäftsgrundlage für die Abmachungen gelten. Da die Verkaufsbemühungen der Beklagten aber zu keiner Zeit behördlich

behindert worden seien, erweise sich das Fehlen der Vertragsgrundlage als unerheblich. Es entspreche daher nicht den Grundsätzen von Treu und Glauben, wenn man aus diesem Gesichtspunkte den Fortfall der Vertragspflichten der Beklagten herleiten wollte. Dem könne nicht entgegengehalten werden, diese Beurteilung laufe darauf hinaus, eine verbotene und mit Strafe bedrohte Tätigkeit als wirksame Vertragsgrundlage hinzunehmen. Denn die Heilmittelwerbeverordnung sei bis zum Jahre 1952 von den Behörden überhaupt nicht angewendet worden, weil man sie als überholte Reglementierung typisch nationalsozialistischer Art beurteilt habe

Die Anschlußrevision vertritt den Standpunkt, daß die Hausbesuche der Vertreter eine unzulässige Werbung bedeuteten, und daß das Berufungsgericht den Hinweis der Beklagten auf das Fehlen der Geschäftsgrundlage zu Unrecht nicht gelten lasse.

Die Ausführungen des angefochtenen Urteils über die Frage, ob ein für die Gültigkeit des Vertrages wesentlicher Irrtum der Parteien über die Geschäftsgrundlage vorliegt, sind frei von Rechtsirrtum. Die Anschlußrevision zeigt in dieser Richtung keinen erheblichen Gesichtspunkt auf. Entscheidend ist, wie das Berufungsurteil mit Recht hervorhebt, daß Verstöße gegen die Verordnung lange Zeit von den zuständigen Behörden nicht verfolgt worden sind, obwohl solche häufig vorkamen. Ob das nun bis zum Jahre 1952 so gehandhabt wurde, wie das Berufungsurteil unter Bezugnahme auf die Gutachten von Lange und Möhring in Heft 1 der "Schriftenreihe zur Heilmittelwerbung" (herausgegeben von der Interessengemeinschaft Heilmittelwerbung e.V.) S. 48, 49 und S. 62 hervorgehoben hat, oder mindestens bis Sommer 1950 (siehe BGHSt 5, 12) mag dahingestellt bleiben. Bis zum 1. Juli 1950 war jedenfalls ein Eingriff durch die Behörden weder zu erwarten noch erfolgt. Das hat auch die Beklagte

nicht bestritten, wie sie auch nicht die Behauptung aufgestellt hat, daß sie zu irgendeinem Zeitpunkte in der Handhabung ihrer Werbemethode durch behördliches Eingreifen behindert worden sei.

Mit Recht hat das Berufungsgericht auf die Grundsätze von Treu und Glauben abgestellt, die es verbieten, daß sich die Beklagte darauf beruft, die Polizeiverordnung sei durch neueste Erkenntnisse oberster Gerichte für gültig erklärt und untersage auch die Werbung für Heilwasser von Haus zu Haus. Zur Frage nach der Gültigkeit der Polizeiverordnung schließt sich der Senat der die Gültigkeit bejahenden Meinung des Bundesgerichtshofes in BGHSt 5, 12 und 8, 360 an. Ob das Mineralwasser der Klägerin allerdings unter § 1 a a O fällt, mag dahingestellt bleiben. Die Tatsachen jedenfalls, daß die Gültigkeit lange Zeit ungeklärt war, die Behörden bis mindestens Sommer 1950 dazu neigten, die Nachkriegsgeltung zu verneinen, und die Verordnung nicht handhabten, lassen erkennen, daß bis zu dem genannten Zeitpunkte auf alle Fälle ein Zustand stillschweigender Duldung herrschte, der zu keiner Beeinträchtigung der Werbetätigkeit führte und eine solche auch nicht befürchten ließ. Die Beklagten können daher nicht für sich in Anspruch nehmen, daß ihnen bis zu dem genannten Zeitpunkte die Art der Werbung irgend welche Nachteile hätte bringen können. Ein Verstoß gegen die damals in ihrer Weitergeltung umstrittene Polizeiverordnung, deren Befolgung nicht überwacht wurde, ist daher unerheblich.

B.

Das Berufungsgericht hat den Umfang des zu ersetzenden Schadens nach zwei Gesichtspunkten ermittelt. Es hat die Zeit begrenzt, für die eine Tätigkeit der Beklagten noch in Frage kam, und hat den Grad der Bemühungen

bestimmt, den die Beklagte nach der Vereinbarung vom Juni 1949 für den Absatz des Lamscheider Wassers noch aufzubringen hatte. Auf Grund dieser beiden Gesichtspunkte hat es die Zahl der noch abzunehmenden Flaschen im Sinne der Absatzmöglichkeit bei vertragstreuer Werbetätigkeit der Beklagten zu 1 festgestellt. Bei diesen Erwägungen und dem Verfahren einer Schätzung ist ein Rechtsverstoß des Berufungsgerichts nicht festzustellen.

I. Die Begrenzung des Zeitraums, auf den sich die Bezugspflicht der Beklagten erstreckt, hat das Berufungsgericht aus dem Vertrage vom 28. September 1948 hergeleitet. Dort heißt es in Ziffer 9, daß der Vertrag grundsätzlich für die Dauer des Bestehens der Firma V. Getränkehandel KG in Lehrte und deren eventuellen Rechtsnachfolger in Geltung bleiben soll. In dem Berufungsurteil ist festgestellt, daß der Betrieb der Beklagten zwar schon Anfang des Jahres 1950 eingestellt worden sei, wenn auch der Beschluß der Gesellschafter über die Auflösung erst im Oktober 1950 beurkundet worden sei, und daß die Eintragung im Handelsregister sogar erst im Jahre 1951 erfolgt sei. Im Hinblick darauf, daß die Beklagte jedoch die Betriebseinstellung mit Schreiben vom 3. Mai 1950 mitgeteilt habe, soll aber nach Auffassung des Berufungsgerichts der Vertrag noch solange Geltung haben, bis sich die Klägerin auf Grund dieser Mitteilung auf die Beendigung habe einstellen können.

Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe nicht berücksichtigt, daß die Parteien bei Abschluß des Vertrages vom 28. September 1948 einen langjährigen Lieferungsvertrag im Auge gehabt hätten, der nicht von einer Partei durch eine willkürliche Liquidation habe beendet werden können. Das ergebe sich schon daraus, daß man ursprünglich eine Klausel beabsichtigt habe, welche die Beendigung des Vertrages vom

Ableben des Beklagten abhängig gemacht hätte. Nur auf Anraten von Rechtsanwalt S [REDACTED], dem früheren Prozeßbevollmächtigten der Klägerin, sei die Änderung erfolgt. Man habe damit zu erreichen gehofft, daß sich die Vertragsdauer noch länger hinziehe. Die Revision will schon in dem Erwerb der Irenenquelle eine Vertragsverletzung sehen, die es der Beklagten zu 1 verbiete, sich auf die mit diesem Erwerbe zusammenhängende Liquidation zu berufen.

Das Berufungsgericht hat zu den von der Revision angeführten Gesichtspunkten folgendes erwogen. Es hat zunächst die Frage erörtert, ob die I [REDACTED] etwa als Rechtsnachfolgerin der Beklagten zu 1 anzusehen sei, dies aber abgelehnt, weil schon der wirtschaftliche Zweck beider Firmen im Hinblick darauf, daß die Beklagte Getränke jeder Art vertrieben habe, während die I [REDACTED] nur ihr eigenes Mineralwasser gewinne und vertreibe, verschieden sei. Sodann hat das Berufungsgericht die Auffassung vertreten, es komme nicht darauf an, daß im ersten Vertragsentwurf die Vertragsdauer von der Lebenszeit des Beklagten abhängig gemacht worden sei. Wenn man stattdessen dann auf die Zeit des Bestehens der Beklagten zu 1 abgestellt habe, um das Risiko eines baldigen Ablebens des Beklagten auszuschalten, so habe man damit das Risiko einer Auflösung der Beklagten zu 1 in Kauf genommen. Wenn eine solche Auflösung beim Abschluß des ersten Vertrages vom 28. September 1948 auch von keiner Seite in Betracht gezogen worden sei, so habe doch die Klägerin davon ausgehen müssen, daß es dem Beklagten freistehen würde, eines Tages die Beklagte zu liquidieren, wenn sich ihm eine lohnendere wirtschaftliche Betätigung bieten würde.

a) Wäre die I. [REDACTED] als Rechtsnachfolgerin der Beklagten zu 1 anzusehen, so stünde dies einer Beendigung des Vertrages der Parteien entgegen. Zutreffend hat aber das Berufungsgericht eine solche Betrachtungsweise abgelehnt. Eine Rechtsnachfolge scheitert schon an einem schlüssigen Vortrag der Klägerin, aus dem entnommen werden könnte, daß das von der Beklagten betriebene Unternehmen auf die Irenenquelle übergegangen sei. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ist der Betrieb der Beklagten zu 1, der in einem Getränkehandel verschiedener Art bestand, gerade eingestellt worden, ohne daß die I. [REDACTED] ihn übernehmen hätte. Diese hat sich im Gegenteil nach wie vor auf den Gewinn und den Vertrieb ihres eigenen Bitters beschränkt.

b) Es kann auch der Revision nicht darin gefolgt werden, daß die Beklagte ohne Rücksicht auf ihre Auflösung auf lange Zeit, mindestens auf mehrere Jahre an den Vertrag gebunden sei. Unerheblich ist, daß das Berufungsgericht, wie die Revision rügt, ein Beweisangebot übergangen hat. Die Klägerin hatte zwar durch das Zeugnis des Rechtsanwalts S. [REDACTED] unter Beweis gestellt, daß die Parteien nur deshalb von der ursprünglichen Klausel, welche die Beendigung des Vertrages von der Lebenszeit des Beklagten abhängig machte, abgesehen hätten, weil sie sich durch die spätere Fassung eine längere Vertragsdauer hätten sichern wollen. Das Berufungsgericht hat diese Erwägungen der Parteien unterstellt und dennoch angenommen, daß eine frühzeitige Auflösung der Beklagten zu 1 zur Beendigung des Vertrages habe führen können, indem es erwogen hat, die Parteien hätten dieses Risiko bei Vertragsabschluß übernommen. Diese Auslegung, die das Berufungsgericht den Parteivereinbarungen gibt, liegt im wesentlichen auf tatrichterlichem Gebiet. Ein Gesetzesverstoß ist nicht zu erkennen. Insbesondere hat die Revision nicht schlüssig dargetan, daß dabei die Anforderungen von Treu und Glauben übersehen seien.

Der Revision kann auch nicht gefolgt werden, wenn sie meint, die Beklagte habe das Recht zur Beendigung des Vertrages durch Auflösung des Betriebes dadurch verwirkt, daß der Beklagte eine Beteiligung an der Irenenquelle erworben habe. Die Erwägung des Berufungsgerichts, der Beklagte sei durch den Vertrag an dieser Beteiligung nicht gehindert gewesen, begegnet keinen Bedenken. Der Vertrag bestimmt in Nr. 7 nur, daß die Beklagte außer dem Lamscheider Wasser kein weiteres eisenhaltiges Wasser führen dürfe. Weitere Beschränkungen sind der Beklagten nicht auferlegt. Die I. [REDACTED] ist jedoch gerade nicht eisenhaltig. Auch in dem Schriftwechsel der Parteien findet sich kein Anhaltspunkt, der der Auslegung des Berufungsgerichts entgegenstehen könnte. Ein Verstoß gegen die Grundsätze von Treu und Glauben und damit eine Vertragsverletzung, welche die Auffassung der Revision rechtfertigen könnte, hätte nur dann angenommen werden können, wenn der Beklagten keinerlei sachliche Gründe für die Auflösung zur Seite stünden. Denn erkennbar hat das Berufungsgericht die Vertragsbestimmung so ausgelegt, daß die Liquidation keine Vertragsverletzung darstellt, wenn ihr vernünftige wirtschaftliche Erwägungen zugrundeliegen. Auch darin ist kein Rechtsirrtum zu erblicken, soweit diese Beurteilung im Revisionsverfahren überhaupt nachprüfbar ist.

Gerade eine solche Auslegung ist mit Wortlaut und Sinn der Klausel unter Berücksichtigung der von der Revision hervorgehobenen Gesichtspunkte durchaus vereinbar. Daß nun etwa der Beklagten keine solche vernünftige Gründe zur Seite gestanden hätten, ist, worauf das Berufungsgericht hinweist, nicht dargetan. Bei der nach den Grundsätzen von Treu und Glauben vorzunehmenden Würdigung der Gesamtumstände hat das Berufungsgericht in anderem Zusammenhange berücksichtigt, daß die Parteien mit der Frankfurter Vereinbarung vom

Juni 1949 ihre Vertragsbeziehungen neu geordnet haben und daß in diesem Zeitpunkte die Beteiligung des Beklagten an der Irenenquelle der Klägerin bekannt war. Es hat weiter beachtet, daß die Klägerin diese Beteiligung in den Kreis ihrer Erwägungen einbezogen habe und damit habe rechnen müssen, daß diese Beteiligung den Getränkehandel der Beklagten zu frühzeitig nachteilig beeinflussen würde. Es hat hierzu auf den Schriftwechsel der Parteien verwiesen, der die Einstellung der Klägerin hierzu deutlich erkennen läßt. Unter besonderer Berücksichtigung dieser beiden Parteien bekannten Gesichtspunkte ist es rechtlich nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht in der Auflösung der Beklagten zu keine Maßnahme erblickt hat, die einer sachlichen und vernünftigen Erwägung entbehrend und den letzten Vereinbarungen der Parteien widersprechend nur den Zweck gehabt habe, sich von den Verpflichtungen gegenüber der Klägerin zu lösen. Damit scheidet zugleich auch der Tatbestand einer sittenwidrigen Schädigung gemäß § 826 BGB aus.

c) Die Vertragsauslegung kann auch nicht wie die Revision meint, dazu führen, daß die Beendigung des Vertrages erst mit dem ordnungsmässig beurkundeten Beschluß über die Auflösung vom 19. Oktober 1950 eingetreten wäre. Das Berufungsgericht hat festgestellt, daß die Einstellung des Betriebes bereits in den ersten Monaten des Jahres 1950 erfolgt ist. In einer solchen Einstellung, mit der die Gesellschafter einverstanden sind, liegt aber in der Regel ein stillschweigender Auflösungsbeschluß (vgl. Baumbach-Buden HGB 2. Auflage § 131 Anm. 3). Diese Kürdigung ist nicht deshalb in sich widerspruchsvoll, weil das Berufungsgericht die Dauer der Verpflichtung der Beklagten zu gegenüber der Klägerin grundsätzlich auf ihr Bestehen abstellt.

d) Ebensowenig ist zu beanstanden, daß das Berufungsgericht die Haftung der Beklagten erst mit dem Zeitpunkte als beendet ansieht, in dem sich die Klägerin darauf hat einrichten können.

Denn nicht nur in der Verletzung ihrer Verpflichtung für die Klägerin tätig zu werden, besteht die positive Vertragsverletzung der Beklagten, sondern auch darin, daß sie die Klägerin in Sicherheit gewiegt und noch mit einem Schreiben vom 5. Januar 1950 der Andeutung der Klägerin, daß der Gewerbebetrieb der Beklagten eingestellt sei, ausdrücklich widersprochen hat. Diese Vertragsverletzung führt, wie das Berufungsgericht richtig erkannt hat, zu einer zeitlichen Verlängerung der Haftung.

Zu Unrecht bemängelt die Revision, das Berufungsgericht habe diesen Zeitraum bis zum 30. Juni 1950 zu kurz bemessen. Wenn auch das Berufungsurteil außer dem Hinweis auf die Angemessenheit dieses Zeitraumes seinen Standpunkt nicht unmittelbar begründet hat, so sind doch den übrigen Ausführungen eine Reihe von Feststellungen zu entnehmen, aus denen der Schluß auf eine Angemessenheit dieses Zeitraumes als gerechtfertigt erscheint, und die das Berufungsgericht erkennbar auch in diesem Zusammenhang gewürdigt hat. Es hat festgestellt, daß die Klägerin in die der Beklagten durch den Vertrag vorbehaltenen Gebiete in den späteren Jahren nur sehr zögernd nachgerückt ist, und daß sie auch in den späteren Jahren in diesen Gebieten keinen erheblichen Umsatz an dem Lemscheider Wasser tätigte. Daraus hat das Berufungsgericht folgern können, daß auch andere Umstände als die verzögerliche Mitteilung der Beklagten die Klägerin daran gehindert haben, den Vertrieb in den genannten Gebieten früher zu übernehmen.

II. Hinsichtlich der Höhe des für den in Frage kommenden Zeitraum zu ersetzenden Schadens hat das Berufungsgericht zunächst versucht, durch Einholung von Sachverständigengutachten die notwendigen Grundlagen zu ermitteln. Es hat jedoch die Überzeugung gewonnen und eingehend begründet, daß sowohl die von den Parteien vorgelegten Privatgutachten als auch das Gutachten des gerichtlichen Sachverständigen als Beweismittel nicht verwendbar sind. Um nun die unentbehrliche Grundlage für eine nach § 287 ZPO vorzunehmende Schätzung zu gewinnen, hat das Berufungsgericht eine Reihe von Umständen gewürdigt. Im einzelnen hat es erwogen.

Die Vereinbarung der Parteien vom Juni 1949, nach der die Beklagte u.a. eine nicht unerhebliche Menge vom Leergut der Klägerin käuflich erwerbe, lasse erkennen, daß die Klägerin, bei der dieses Material entbehrlich geworden sei, mit einem starken Rückgang ihres Umsatzes gerechnet habe. Dieselbe Feststellung lasse sich auch aus den einzelnen Schreiben der Klägerin treffen, aus denen hervorgehe, daß die Klägerin sich damit abgefunden hatte, daß der Beklagte in erster Linie das Wasser der I. [REDACTED] vertreiben werde. Auch aus dem Umstande, daß der Klägerin durch die Junivereinbarung das unbeschränkte Recht eingeräumt worden sei, in den der Beklagten vorbehaltenen Gebieten selbst zu werben, sei zu schließen, daß die Beklagte sich nicht mehr so intensiv wie früher um den Absatz zu bemühen brauchte. Auf der anderen Seite sei es aber der Klägerin auch nicht zum Mitverschulden anzurechnen, wenn sie der Beklagten trotz des Abnahmeausfalles die Gebiete weiter überlassen habe, denn sie habe auf Grund des Schriftwechsels immer wieder annehmen können, daß die Beklagte wieder zu einer stärkeren Werbung und Abnahme übergehen werde. Schließlich, so führt das Berufungsgericht aus, beste auch der Umstand, daß der ganze Umsatz der Klägerin in den späteren Jahren an dem I. [REDACTED] Wasser

nur etwa 16 000 Flaschen im Monat betragen habe, einen wertvollen Anhaltspunkt für das Maß der der Beklagten zuzurechnenden Abnahme bei einer nicht so starken Bemühung wie sie in dem ursprünglichen Verträge vorausgesetzt war.

Diese im wesentlichen auf tatsächlichem Gebiete liegenden Feststellungen und Erwägungen lassen einen gedanklichen Irrtum nicht erkennen. Soweit die Anschlußrevision rügt, das Berufungsgericht habe den Umstand, daß die Klägerin jeder Zeit in die geschützten Gebiete der Beklagten eindringen konnte im Rahmen seiner Schätzung zu gering bewertet, richtet sich dieser Angriff gegen die Schätzung selbst, die das Berufungsgericht im Rahmen seiner Befugnisse gemäß § 287 ZPO vorgenommen hat, die aber einer Nachprüfung durch das Revisionsgericht nicht unterliegt. Wie der Bundesgerichtshof (BGHZ 3, 162, 175 und 6, 62) in Anlehnung an die ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts (RGZ 76, 175; 130, 03, 112) entschieden hat, hat das Revisionsgericht nur nachzuprüfen, ob die Schadensermittlung auf grundsätzlich falschen oder unsachlichen Erwägungen beruht oder ob wesentliche, die Entscheidung bedingende Tatsachen außer acht gelassen worden sind. Diesen Erfordernissen ist, wie aus dem Dargelegten ersichtlich, genügt. Wenn das Berufungsgericht daher auf Grund seiner Erwägungen im Wege freier Schätzung dazu gelangt, daß der Klägerin ein Umsatz von monatlich 16 000 Flaschen entgangen ist und daß ihr Schaden bei einem zwischen den Parteien unstreitigen Reingewinn von 15 Dpf pro Flasche im Ganzen 18 000,-- DM für das in Betracht kommende Jahr betrage, so sind rechtliche Bedenken gegen dieses Ergebnis nicht zu erheben.

III. Erfolgrlos ist schließlich auch die Rüge der Anschlußrevision, der Zinsenlauf dürfe hinsichtlich des durch die Klageerweiterung in den Prozeß eingeführten Anspruches erst mit dem Zeitpunkt der Zustellung des betreffenden Schriftsatzes an die Beklagten beginnen. Zu Unrecht beruft sich die Beklagte auf § 284 BGB. Die geltend gemachten Zinsen in Höhe von 8 % wären zwar auch aus Verzug zu rechtfertigen. Die Klägerin ist aber auf diesen Gesichtspunkt nicht angewiesen, so daß es nicht darauf ankommt, ob und in welchem Zeitpunkte eine Mahnung anzunehmen ist.

Die Klägerin betreibt ein Handelsgeschäft das, wie sich aus den übrigen Feststellungen des Berufungsgerichts ergibt, auf den rechtzeitigen Eingang der Außenstände dringend angewiesen ist. Sie hat unwidersprochen dargelegt, daß sie Bankkredit in Anspruch nehmen muß. Diesen durch die Verzinsung des Bankkredits entstandenen Schaden haben die Beklagten aus dem Gesichtspunkte der positiven Vertragsverletzung aber mindestens vom Zeitpunkte der ursprünglichen Klageerhebung zu ersetzen. Bei dieser Sachlage braucht nicht noch erörtert zu werden, ob nicht in dem Hinweis auf die Gesamtschuld der Beklagten von 32 873.13 DM in der Klagschrift trotz Geltendmachen nur eines Teilbetrags nicht eine Mahnung wegen des Gesamtbetrages zu erblicken ist.

Beide Revisionen erweisen sich somit als unbegründet.
 Sie waren mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Großmann

Dr. Gelhaar

Dr. Spieler

Dr. Mezger

Dr. Messner