

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 60/74

URTEIL

Verkündet am
21. April 1975
Kaufmann,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma Baustoff-Ko[REDACTED] K[REDACTED] GmbH, Ra[REDACTED]-Re[REDACTED],
vertreten durch den Geschäftsführer Rudolf L[REDACTED], Lü[REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte [REDACTED] und [REDACTED] -

gegen

1. die offene Handelsgesellschaft Hans Gi[REDACTED],
G[REDACTED], Cl[REDACTED]straße,
2. deren persönlich haftende Gesellschafter
 - a) Hans Joachim Gi[REDACTED], G[REDACTED], Cl[REDACTED]straße,
 - b) Frau Gertrud Gi[REDACTED], Se[REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. April 1975 durch den Vorsitzenden Richter Stimpel und die Richter Fleck, Dr. Bauer, Dr. Kellermann und Dr. Skibbe

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Teil-Urteil des 8. Zivilsenats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in Schleswig vom 12. Februar 1974 aufgehoben, soweit es über Klage und Widerklage entschieden hat.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an den Kartellsenat des Oberlandesgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin und die Beklagte zu 1 befassen sich unter anderem mit der Herstellung und dem Vertrieb von Baustoffen; die Beklagten zu 2 und 3 sind die persönlich haftenden Gesellschafter der Beklagten zu 1.

Am 16. Juli 1969 schlossen die Klägerin und die Beklagte zu 1 (weiterhin: Beklagte) über den gemeinsamen Vertrieb von Flugasche, zu deren Abnahme die Klägerin durch einen mit der H[REDACTED] Electricitätswerke AG (HEW) geschlossenen Vertrag vom 31. Juli/6. August 1968 verpflichtet war. Sie legten unter anderem fest:

"§ 1 Art der Zusammenarbeit

a) in geographischer Hinsicht

Mit Ausnahme der Absatzgebiete Schleswig-Holstein, Hamburg und nähere Umgebung und mit Ausnahme laut Abs. b) wollen Gi[REDACTED] und BKK den Absatz der Flugasche als Gemeinschaftsgeschäft durchführen, und zwar unter Berücksichtigung des sogenannten Einstandspreises gem. § 2 in der Form, daß der entstehende Handelsüberschuß 50 : 50 aufgeteilt wird.

Dies gilt auch für den Export, wo die Verkaufsbemühungen grundsätzlich federführend bei Gi[REDACTED] liegen ...

b) in fachlicher Hinsicht

Für den Sektor Dachpappenerzeugung wird unabhängig von der gebietlichen Aufteilung laut Abs. a) eine vollkommene Gemeinschaftsarbeit auf der Basis 50 : 50 vereinbart ...

§ 2 Preisbildung

- (1) Einschließlich des Maklers Dr. Werner Ro[REDACTED] zahlt BKK für die Flugasche DM/t 3,--. Wegen des Risikos der Beseitigung bzw. Vernichtung derjenigen Flugasche, die weder von Gi[REDACTED] noch vom BKK in der Zeit ihres Anfalls verkauft werden kann, nimmt BKK, da Gi[REDACTED] an dem Risiko der Beseitigung nicht teilnimmt, zunächst für 1969 den Betrag von DM/t 2,-- für sich in Anspruch, so daß der sogenannte Einstandspreis für 1969 DM/t 5,-- frei aufgeladenem Silo-Lkw HEW-Kraftwerke beträgt.

Der Risiko-Satz von DM/t 2,-- wird für 1970 ermäßigt bzw. erhöht, wenn die vom BKK aufzuwendenden Kosten für die Beseitigung im Hinblick auf die Einnahmen für die zum Absatz kommenden Mengen dafür nicht ausreichen bzw. überschritten werden. ...

§ 3 Lieferung

Die Abnahme der Flugasche erfolgt aufgrund der von Gi[REDACTED] an BKK erteilten Einzelaufträge ...



§ 4 Vertragsdauer

Dieser Vertrag hat bereits am 1. 1. 1969 aufgrund der erfolgten Vorabsprachen seine Wirkung gefunden. Seine Laufzeit soll solange gelten, wie der Vertrag des BKK mit der HEW Geltung hat, d. h., z. Zt. bis zum 31. 7. 1973. Entsprechend der Parallelvereinbarung HEW/BKK verlängert er sich jeweils um 1 Jahr, sofern er nicht mit einer Frist von 6 Monaten gekündigt wird. Die Kündigung muß durch eingeschriebenen Brief erfolgen.

Sollte aus zwingenden Gründen im gegenseitigen Einvernehmen der Vertrag zwischen HEW und BKK aufgehoben werden, hat BKK den Anspruch, auch diese Vereinbarung aufzuheben.

Nachbemerkungen:

Diese Vereinbarung bezieht sich ausschließlich auf die in den Kraftwerken der HEW anfallende Flugasche. Gi[REDACTED] und BKK sind sich darüber einig, auch andere sich bietende Übernahmemöglichkeiten von Flugasche genauestens zu untersuchen, um ggfs. in Gemeinsamkeit - dies könnte bei dem Kraftwerk der NWK in Br[REDACTED]-F[REDACTED] der Fall sein - Übernahmeverträge zu schließen.

Dabei ist es die Absicht, in geographischer Hinsicht in gleicher Form wie in dieser Vereinbarung unter § 1 Abs. a) geregelt, vorzugehen.

Gi[REDACTED] steht es jedoch frei, Abnahmeverträge in Flugasche zu schließen, wenn die Anfallstellen außerhalb der Bundesländer Niedersachsen, Hamburg Bremen und Schleswig-Holstein liegen."

Mit der völligen Einbeziehung des Sektors "Dachpappenerzeugung" (§ 1 b) erhielten insbesondere auch die Umsätze mit den Firmen Ru[REDACTED] Werke AG in H[REDACTED] und B[REDACTED] & Sohn in Pi[REDACTED], die die Klägerin schon bei Abschluß des Vertrages in erheblichem Umfang mit Flugasche belieferte, den Charakter eines Gemeinschaftsgeschäfts im Sinne der Vereinbarung. Die Beklagten haben hierzu behauptet und unter Beweis gestellt: Die insoweit in der Vereinbarung vorgesehene risikolose Beteiligung der Beklagten erkläre sich aus einem "Verzicht auf

Konkurrenz". Sie - die Beklagte - habe diese beiden Firmen früher mit Schiefermehl beliefert. Aus dieser Geschäftsverbindung habe sie die Klägerin mit ihrer preisgünstigeren Flugasche verdrängt. Sie habe deshalb geplant - und die Klägerin in den Vertragsverhandlungen darauf hingewiesen -, den Hamburger und Pi[REDACTED] Markt dadurch zurückzugewinnen, daß sie dort den in ihrem Werk Sch[REDACTED] produzierten Quarzsand anbietet. Als Gegenleistung für die Aufgabe dieses Planes habe sie die Klägerin auch an den Einnahmen aus den Lieferungen an diese beiden Unternehmen beteiligt.

In der Folgezeit belieferte die Klägerin die Unternehmen Ru[REDACTED] und B[REDACTED] weiter. Sie stellte die Lieferungen nunmehr jedoch der Beklagten in Rechnung, die ihrerseits mit diesen Unternehmen abrechnete.

Mit der Erklärung, die Vereinbarung sei "gegenstandslos", weil die Beklagte "kein einziges Gemeinschaftsgeschäft zustande gebracht habe, sondern lediglich in zwei unserer Dispositionen bei Dachpappenerzeugern ... eingetreten" sei, kündigte die Klägerin am 25. September 1970 die "Zusammenarbeit" zum 31. Dezember 1970.

Mit der Klage macht sie die noch offenen Rechnungsbeträge aus den bis 1. bzw. 19. Oktober 1970 über die Beklagte abgewickelten Lieferungen an Ru[REDACTED] und B[REDACTED] geltend. Die Beklagten bestreiten die Berechtigung zur Kündigung und wenden sich gegen die Höhe der Forderung; sie haben ferner mit ihrem hälftigen Anspruch auf den "Handelsüberschuß" insbesondere aus den nach der Kündigung an Ru[REDACTED] und B[REDACTED] erfolgten Lieferungen der Klägerin und mit angeblichen Schadensersatzansprüchen aufgerechnet. Sie beantragen im Wege der Widerklage

- soweit sie diese in der Berufungsinstanz aufrechterhalten haben -,

1. festzustellen, daß der Vertrag vom 16. Juli 1969 durch die Kündigung der Klägerin zum 31. Dezember 1970 nicht beendet worden ist,
2. die Klägerin zu verurteilen,
 - a) an die beklagte Gesellschaft 28.328,06 DM (50.000 DM abzüglich gegen die Klageforderung aufgerechneter 21.671,94 DM) nebst Zinsen zu zahlen,
 - b) Auskunft über die Lieferungen von Flugasche der HEW zu erteilen,
 - c) die nach der Auskunftserteilung aus der Vereinbarung vom 16. Juli 1969 sich ergebenden Beträge zu zahlen.

Das Landgericht hat - unter Abweisung der weitergehenden Klageanträge - die Beklagten zur Zahlung von 21.671,94 DM nebst Zinsen verurteilt und die Entscheidung über die Aufrechnung der Beklagten mit der behaupteten Forderung auf Zahlung der Hälfte des Handelsnutzens aus den seit 1. Januar 1971 erfolgten Lieferungen der Klägerin an Ru■■■■ und B■■■■ vorbehalten. Auf die Widerklage hat es festgestellt, daß der Vertrag zwischen der Klägerin und der beklagten Gesellschaft vom 16. Juli 1969 durch die Kündigung zum 31. Dezember 1970 nicht beendet worden ist. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Klägerin gegen die Feststellung der Wirksamkeit des Vertrages vom 16. Juli 1969 zurückgewiesen und auf die Berufung der Beklagten die Klage in Höhe weiterer 21.671,94 DM (aufgrund der Aufrechnung der Beklagten) abgewiesen, demgemäß den im erstinstanzlichen Urteil enthaltenen Vorbehalt über die Aufrechnung

aufgehoben, den Anspruch der beklagten Gesellschaft auf Zahlung von 28.326,06 DM dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und dem vorstehend wiedergegebenen Auskunftsantrag stattgegeben.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihren Klageantrag in Höhe von 21.671,94 DM nebst Zinsen und den Antrag auf Abweisung der Widerklage weiter. Die Beklagten beantragen, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht hat die zur Aufrechnung gestellte Forderung der Beklagten in Höhe von 21.674,94 DM sowie die mit der Widerklage erhobenen Ansprüche als gerechtfertigt angesehen, weil die außerordentliche Kündigung der Klägerin zum 31. Dezember 1970 unwirksam sei. Die Beklagten könnten auch für die Zeit nach dem 1. Januar 1971 den im Vertrag vom 6. Juli 1969 festgelegten Anteil am Handelsüberschuß der Lieferungen an die Firmen Ru[REDACTED] und B[REDACTED] beanspruchen, der sich auf wenigstens 21.674,94 DM belaufe, sowie Auskunft über den gesamten Vertrieb von Flugasche der HEW und Zahlung des Betrages verlangen, der sich aus der Auskunftserteilung ergebe.

Dem kann aus Rechtsgründen nicht gefolgt werden.

I. Von der unter II zu erörternden Frage abgesehen, ob die Vereinbarung nicht § 1 GWB verletzt und deshalb ganz oder teilweise nichtig ist, kann das angefochtene Urteil mit der bisherigen Begründung deshalb nicht aufrechterhalten werden, weil die Ausführungen des Berufungsgerichts, ein wichtiger Grund für eine sofortige Kündigung habe nicht vorgelegen, von Rechtsfehlern beeinflusst sind.

1. Das Berufungsgericht hat - zum Teil unter Bezugnahme auf das Urteil des Landgerichts - ausgeführt: Die Klägerin habe nicht zu beweisen vermocht, daß die Beklagte ihre vertraglichen Verpflichtungen schuldhaft verletzt habe. Die Beweisaufnahme habe vielmehr ergeben, daß diese sich um den Absatz von Flugasche in Niedersachsen bemüht und nicht schuldhaft versäumt habe, ein weiteres Absatzgebiet zu eröffnen. Die Klägerin hätte zwar das Vertragsverhältnis in entsprechender Anwendung des § 726 BGB auch dann vorzeitig kündigen können, wenn es der Beklagten unmöglich gewesen wäre, den ihr obliegenden Beitrag zu leisten, d. h. an dem Verkauf der Flugasche mitzuwirken. Das sei jedoch nicht der Fall gewesen. Schließlich sei auch die Geschäftsgrundlage des Vertrages nicht deshalb weggefallen, weil es der Beklagten trotz über einjähriger Bemühungen nicht gelungen sei, neue Kunden zu werben.

2. Das Berufungsgericht ist hiernach zu Recht davon ausgegangen, daß im vorliegenden Falle § 723 BGB anwendbar ist und der Vertrag vom 16. Juli 1969 bei Vorliegen eines wichtigen Grundes vorzeitig beendet werden konnte; die Zusammenarbeit zwischen der Klägerin und der Beklagten ist auf die Erreichung eines gemeinsamen Zieles, der Förderung des Absatzes der von der Klägerin übernommenen HEW-Flugasche, gerichtet und die Vereinbarung dementsprechend als Gesellschaftsvertrag im Sinne der §§ 705 ff BGB zu werten. Es hat jedoch den Begriff des wichtigen Grundes insofern verkannt, als es allein darauf abstellt, ob die Beklagte ihre Verpflichtungen aus dem Vertrag schuldhaft verletzt hat oder die Leistung des ihr obliegenden Beitrages unmöglich gewesen ist.

a) Bei den in § 723 BGB ausdrücklich genannten wichtigen Gründen (vorsätzliche oder grob fahrlässige

Verletzung wesentlicher gesellschaftsvertraglicher Verpflichtungen, Unmöglichkeit der Erfüllung einer solchen Verpflichtung) handelt es sich um Beispiele, deren Vorliegen typischerweise die außerordentliche Kündigung begründet. Andere Gründe sind damit nicht ausgeschlossen. Die Vorwerfbarkeit des Verhaltens eines Gesellschafters kann zwar bei der Beurteilung eine nicht unerhebliche Bedeutung erlangen und die Annahme eines wichtigen Grundes rechtfertigen. Sie ist jedoch hierfür nicht notwendig. Der wichtige Grund braucht überhaupt nicht in der Person des Vertragspartners zu liegen; es genügt vielmehr das Vorliegen objektiver Umstände. Mit der herrschenden Meinung ist ein zur fristlosen Kündigung berechtigender wichtiger Grund immer dann zu bejahen, wenn dem kündigenden Gesellschafter unter Abwägung aller Umstände ein Festhalten am Gesellschaftsvertrag bis zum nächsten ordentlichen Auflösungstermin nicht zugemutet werden kann (so schon RG JW 1913, 265, 266 unter Fortsetzung der Rechtsprechung des ROHG).

b) Die Klägerin hat vorgetragen (Berufungsbegründung Bl. 8 ff), ihr sei es bei Abschluß des Vertrages darauf angekommen, das von ihr betreute Absatzgebiet Schleswig-Holstein, Hamburg und Umgebung durch eine Partnerschaft mit der Beklagten zu erweitern. Dies sei von besonderer Bedeutung gewesen, weil sie dadurch das aus ihrer Vereinbarung mit der HEW fließende Risiko hätte entscheidend vermindern können. Aufgrund dieser Abmachung (mit der HEW) sei sie nämlich ohne Rücksicht auf ihre eigenen Absatzmöglichkeiten verpflichtet gewesen, die tatsächlich anfallende Flugasche abzunehmen und zu vergüten bzw. die Kosten der Vernichtung nicht absatzfähiger Flugasche zu tragen. In der Erwartung, die Beklagte werde ihr in Niedersachsen ein weiteres Absatzgebiet verschaffen, habe sie die vereinbarten beträchtlichen Vorleistungen über-

nommen, d. h. die Beklagte an den Erträgen der bereits bestehenden Lieferabmachungen mit Ru[REDACTED] und B[REDACTED] beteiligt. Die Beklagte habe ihre Erwartungen zunächst auch geteilt; tatsächlich habe sie aber im Jahre 1970 lediglich 267 t abgesetzt (gegenüber einem Absatz von mehr als 27.000 t der Klägerin).

Diesem - zum großen Teil unstreitigen - Sachverhalt kann die entscheidungserhebliche Bedeutung mit der bisherigen Begründung des Berufungsgerichts nicht abgesprochen werden. Im Hinblick darauf, daß der Erweiterung der Absatzgebiete in dem an Hamburg angrenzenden und deshalb frachtgünstig gelegenen Raum Niedersachsen besonderes Gewicht zukommt, könnte die Tatsache, daß es der Beklagten nicht gelungen ist, dort ständige Abnehmer für Flugasche zu finden, ohne Rücksicht darauf, ob ihr ein Verschulden zur Last fällt, den Schluß rechtfertigen, der Klägerin könne ein Festhalten an dem Vertrag billigerweise nicht mehr zugemutet werden. Das gilt auch dann, wenn - wie das Berufungsgericht weiter annimmt - die Erfüllung der geforderten vertraglichen Leistung nicht unmöglich geworden ist. Hierbei ist allerdings auch den dem Vertragsschluß vorangegangenen Besprechungen und Verhandlungen, deren Inhalt zwischen den Parteien umstritten ist, eine nicht unerhebliche Bedeutung beizumessen. Da das Berufungsgericht den Sachverhalt unter diesem Gesichtspunkt weder abschließend aufgeklärt noch rechtlich beurteilt hat, muß es das nachholen und im Wege der tatrichterlichen Würdigung neu prüfen, ob sich daraus eine andere Beurteilung der Klage- und Widerklageanträge ergibt. Zu diesem Zwecke muß das angefochtene Urteil - ohne daß es einer Prüfung der weiteren Rügen der Revision bedarf - aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

II. Bei der erneuten Verhandlung wird das Berufungsgericht zunächst zu prüfen haben, ob und inwieweit der Vertrag vom 16. Juli 1969 wegen Verletzung des § 1 GWB nichtig ist und aus diesem Grunde gegen die - auf diesen Vertrag gestützten - Ansprüche der Klage und Widerklage Bedenken bestehen. Unter diesem Gesichtspunkt bedarf es insbesondere eines Eingehens auf die unter Beweis gestellten Behauptungen der Beklagten über den abgesprochenen "Verzicht auf Konkurrenz" sowie auf die weiteren Umstände, die zu dem Vertragsschluß geführt haben, auf die mit dem Vertrag verfolgten Ziele und auf den Inhalt des Vertrags selbst, insbesondere auf den mit "Nachbemerktungen" überschriebenen Teil.

Da damit eine Beurteilung des Rechtsstreits unter kartellrechtlichen Gesichtspunkten in Frage steht, ist die Sache in Anwendung des § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO an den nach § 92 GWB für die Sache zuständigen Kartellsenat des Berufungsgerichts zurückzuverweisen (vgl. BGHZ 36, 105, 113).

Eine Abgabe der Sache an den Kartellsenat des Bundesgerichtshofs (§ 95 Abs. 1 Nr. 3 GWB) ist nicht geboten, weil dieser zu einer abschließenden kartellrechtlichen Beurteilung nicht in der Lage wäre: Das für die Beurteilung nach § 1 GWB erhebliche Vorbringen ist im wesentlichen bestritten; außerdem haben die Parteien hierzu noch nicht Stellung genommen und unter diesem Gesichtspunkt - insbesondere zu der im wesentlichen auf tatsächlichem Gebiete liegenden Frage, ob der Vertrag geeignet ist, die Marktverhältnisse durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen - keine Tatsachen

vorgetragen. Aus prozeßwirtschaftlichen Gründen erschien es deshalb angebracht, die Sache unmittelbar an den zuständigen Kartellsenat des Berufungsgerichts zu verweisen.

Stempel

Die Richter am Bundesgerichtshof Fleck und Dr. Skibbe sind beurlaubt und deshalb nicht in der Lage zu unterschreiben.

Stempel

Dr. Bauer

Dr. Kellermann