

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB § 325

Die Entscheidung darüber, von welchen der in § 325 BGB vorgesehenen Rechte bei Vorliegen der Voraussetzungen dieser Vorschrift der Gläubiger Gebrauch macht, steht allein diesem zu, nicht dem Prozeßgericht.

BGH, Urt. v. 11./12. Mai 1971 - V ZR 185/67 - OLG Celle
IG Göttingen

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V_ZR_185/67

URTEIL

An Verkündungs Statt
zugestellt:

a) der Beklagten am
11. Mai 1971,

b) der Klägerin am
12. Mai 1971

H i r t h ,
Justizsekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma Ziegelei H [REDACTED], R [REDACTED] & Co. in H [REDACTED]/G [REDACTED],
vertreten durch den persönlich haftenden Gesellschafter,
Fabrikant Ewald R [REDACTED] in H [REDACTED]/G [REDACTED],

Beklagten, Widerklägerin und
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

1. die Firma L. B [REDACTED] in F [REDACTED], Inhaberin Ursula
N [REDACTED] geb. B [REDACTED] in F [REDACTED],
2. die Firma D [REDACTED] Ziegelwerk Carl Be [REDACTED] KG in
D [REDACTED], Sch [REDACTED]ring [REDACTED], vertreten durch die per-
sönlich haftenden Gesellschafter Ingenieur Carl Be [REDACTED]
und Franz Ulrich Be [REDACTED] in D [REDACTED],
3. die Firma Dampfziegelei P [REDACTED], Inhaber Herbert Fr [REDACTED]
in P [REDACTED],

- 2 -

4. die Firma Hermann Fri[REDACTED] KG, Ziegelei W[REDACTED], vertreten durch den persönlich haftenden Gesellschafter Hermann Fri[REDACTED],
5. die Firma Anselm G[REDACTED] oHG, Ziegelei Ne[REDACTED], Gö[REDACTED] Landstraße, vertreten durch den persönlich haftenden Gesellschafter Anselm G[REDACTED],
6. die Firma Ziegel- und Klinkerwerk He[REDACTED] & Si[REDACTED] GmbH in Gö[REDACTED], A[REDACTED]berg [REDACTED], vertreten durch die Geschäftsführer Dietrich M[REDACTED] und Gerhard M[REDACTED],
7. die Firma A. J[REDACTED] Ziegelwerk KG, D[REDACTED], vertreten durch den persönlich haftenden Gesellschafter Herbert J[REDACTED],
8. die Firma J[REDACTED] Tonwerke GmbH in Bi[REDACTED], vertreten durch den Geschäftsführer Herbert J[REDACTED],
9. die Firma Barthold L[REDACTED] in Gö[REDACTED], Lu[REDACTED], vertreten durch Barthold L[REDACTED] in Gö[REDACTED], Lu[REDACTED],
10. die Firma Ziegelwerk Friedrich Me[REDACTED] in Gö[REDACTED], A[REDACTED]berg [REDACTED], vertreten durch den Gesellschafter Rolf Me[REDACTED],
11. die Firma Ziegelwerk Wi[REDACTED], C. Ru[REDACTED] Nachf., Inhaber Fritz Sch[REDACTED] in Wi[REDACTED],
12. die Firma Wilhelm Su[REDACTED] KG, Dampfziegelei in E[REDACTED], vertreten durch den persönlich haftenden Gesellschafter Wilhelm Su[REDACTED],
13. die Firma Ziegelei K[REDACTED], Inhaber Karl von Z[REDACTED] in K[REDACTED],

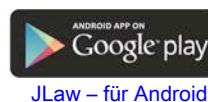
Klägerinnen, Widerbeklagte und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat
am 27. April 1971 nach § 128 Abs. 2 ZPO ohne münd-
liche Verhandlung unter Mitwirkung des Senatspräsi-
denten Dr. Augustin und der Bundesrichter Dr. Rothe,
Dr. Mattern, Hill und Dr. Grell

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten
wird das Urteil des 11. Zivilsenats
des Oberlandesgerichts Celle vom
31. Oktober 1967 aufgehoben. Die Sache
wird zur anderweiten Verhandlung und
Entscheidung, auch über die Kosten des
Revisionsrechtszugs, an das Berufungs-
gericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerinnen schlossen als "Interessengemein-
schaft St. [REDACTED] Ziegeleien" mit der Beklagten
am 1. April 1966 einen schriftlichen Vertrag. Die Be-

klagte verpflichtete sich darin, ihre Produktion von Gittersteinen einzustellen und auf einem ihr gehörigen Grundstück zugunsten der Klägerinnen eine erstrangige beschränkte persönliche Dienstbarkeit des Inhalts eintragen zu lassen, daß auf dem Grundstück kein Ziegelmateriale produziert werden dürfe (§ 1). Ferner verpflichtete sie sich, in den nächsten 10 Jahren kein neues Ziegelwerk zu errichten und auch kein stillgelegtes Ziegelwerk in Betrieb zu nehmen (§ 8). Als Gegenleistung hatten die Klägerinnen einen Abfindungsbetrag von 200 000 DM zu zahlen (§ 2), davon 100 000 DM Zug um Zug gegen die Erteilung der Eintragungsbewilligung für die Dienstbarkeit (§ 4), die weiteren 100 000 DM später an eine Bank, an die die Beklagte ihre Forderung insoweit abgetreten hatte (§ 5). Die Beklagte hatte die bezeichnete Produktion "zwei Wochen nach Vertragsschluß bzw. der Zahlung des ersten Betrages in Höhe von 100 000 DM und der Unterzeichnung des Eintragungsantrags" einzustellen (§ 6), durfte aber den bereits gepreßten Vorrat an Rohlingen noch abbrennen und den vorhandenen Bestand an Gittersteinen noch veräußern (§ 7). Die Parteien erklärten sich darüber einig, daß der Vertrag nicht gegen Bestimmungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen verstoße (§ 11).

Am 4. April 1966 bewilligte und beantragte die Beklagte die Eintragung der Dienstbarkeit, jedoch ohne

daß vorgehende Gläubigerinnen den Vorrang eingeräumt hatten. Ihr persönlich haftender Gesellschafter erhielt von den Klägerinnen einen Verrechnungsscheck über 100 000 DM. Nachdem am selben Tag der Bauunternehmer Ja[REDACTED] - Kommanditist der Beklagten - und seine Ehefrau auf Grund von gegen die Beklagte erwirkten Arrestbefehlen in den Verrechnungsscheck zu vollstrecken versucht hatten, beantragte die Beklagte am folgenden Tag - 5. April 1966 - die Eintragung einer - der Dienstbarkeit vorgehenden - Eigentümergrundschuld über 200 000 DM. Auf Grund einer Vereinbarung der Parteien vom 5. April 1966 gab die Beklagte den Verrechnungsscheck zurück und überwies die Klägerinnen 100 000 DM auf ein Anderkonto, das die beiderseitigen Anwälte bei der Bank für Gemeinwirtschaft in Gö[REDACTED] gemeinsam eröffneten und über das sie gemeinsam verfügen konnten. Die Parteien waren sich darüber einig, daß die Beklagte die bezeichnete Produktion am 18. April 1966 einzustellen hatte.

Durch Schreiben vom 21. April 1966 teilte jedoch der Anwalt der Beklagten den Anwälten der Klägerinnen mit, die Anwälte des Kommanditisten Ja[REDACTED] hätten in einem Schreiben an die Beklagte die Unwirksamkeit des Vertrags vom 1. April 1966 wegen Verstoßes gegen § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) geltend gemacht und es als wahrscheinlich unumgänglich bezeichnet, daß der Vertrag der Kartellbehörde zur Kenntnis gebracht werde. Der Anwalt der Beklagten setzte sich in dem Schreiben mit

der Frage der Anwendbarkeit des § 1 GWB auf den Vertrag der Parteien auseinander, bezeichnete die Wirksamkeit des Vertrags auf Grund dieser rechtlichen Erwägungen als so erheblich in Frage gestellt, daß die Beklagte sich nicht zur Einstellung der Ziegelproduktion entschließen könne, und bat um Stellungnahme zu der Rechtsfrage.

Die Klägerinnen widersprachen durch Anwaltschreiben vom 9. Mai 1966 den gegen den Vertrag erhobenen kartellrechtlichen Bedenken und wiesen darauf hin, daß die Parteien Bedenken dieser Art schon vor dem Abschluß des Vertrags erörtert hätten, durch einen Notar jedoch dahin belehrt worden seien, daß der Vertrag nicht gegen § 1 GWB verstoße. Nachdem die Beklagte die Produktion am 18. April 1966 nicht eingestellt und der Dienstbarkeit nicht die vereinbarte Rangstelle verschafft habe, befinde sie sich im Verzug und habe sich einer positiven Vertragsverletzung schuldig gemacht. Der Zweck des Vertrags - nämlich die Einstellung der Produktion der Beklagten so rasch wie möglich - sei durch das Verhalten der Beklagten vereitelt. Die Klägerinnen verlangten mit dieser Begründung Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach § 326 BGB und bezeichneten eine besondere Fristsetzung unter Hinweis auf ihr fortgefallenes Interesse als entbehrlich. Als "Mindestschaden" verlangten sie zunächst Bewilligung der Rückzahlung der 100 000 DM bis zum 16. Mai 1966 sowie Erstattung von Kosten in Höhe von 540,80 DM; außerdem behielten sie sich die Geltendmachung etwaigen weiteren Schadens ausdrücklich vor.

Die Beklagte widersprach mit Schreiben vom 16. Mai 1966 und erklärte, die Entscheidung der mit der Prüfung des Vertrags befaßten Kartellbehörde müsse abgewartet werden.

Durch Schreiben vom 14. Juli 1966 teilte der Niedersächsische Minister für Wirtschaft und Verkehr der Beklagten mit, nach eingehender Prüfung des Vertrags und Einholung einer Stellungnahme des Bundeskartellamts, die wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Angelegenheit erforderlich erschienen sei, sehe er von der Einleitung eines Bußgeldverfahrens gegen die Vertragspartner ab: "Es konnte davon ausgegangen werden, daß der Vertrag nicht unter § 1 GWB fällt." Einer etwaigen zivilgerichtlichen Entscheidung werde mit dieser verwaltungsbehördlichen Beurteilung nicht vorgegriffen.

Die Klägerinnen haben die Einwilligung der Beklagten in die Auszahlung des bei der Bank für Gemeinwirtschaft hinterlegten Betrags von 100 000 DM nebst Zinsen an die Klägerinnen verlangt.

Die Beklagte hat Abweisung der Klage, in der Berufungsinstanz außerdem widerklagend Einwilligung der Klägerinnen in die Auszahlung des Betrags an die Beklagte begehrt.

Die Klägerinnen haben Abweisung der Widerklage beantragt.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Das Berufungsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen und die Widerklage abgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihr Begehren auf Abweisung der Klage sowie ihren Widerklageantrag weiter. Die Klägerinnen beantragen Zurückweisung des Rechtsmittels.

Die Parteien haben sich mit dem Erlass einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung nach § 128 Abs. 2 ZPO einverstanden erklärt.

Entscheidungsgründe

I.

Das Berufungsgericht hat zunächst die Frage geprüft, ob der Rechtsstreit nach § 96 Abs. 2 GWB ausgesetzt werden muß. Nach dieser Vorschrift hat, wenn die Entscheidung eines Rechtsstreits ganz oder teilweise von einer nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen zu treffenden Entscheidung abhängt, das erkennende Gericht - wenn es nicht ein Kartellspruchkörper ist - das Verfahren bis zur Entscheidung der nach diesem Gesetz zuständigen Stellen auszusetzen. Der Aussetzungszwang entfällt jedoch, wenn das nach diesem Gesetz zu beurteilende Rechtsverhältnis zwischen den Parteien in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht unstreitig ist und das Prozeßgericht in Übereinstimmung damit seiner-

seits die Sach- und Rechtslage für völlig unzweifelhaft hält (Beschluß des Kartellsenats BGHZ 30, 186, 194).

Ein solcher Fall liegt nach Auffassung des Berufungsgerichts hier vor: Unter den Parteien bestehe darüber, daß der Vertrag mit dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vereinbar sei, kein Streit. Die Voraussetzungen des § 1 GWB (Unwirksamkeit von Kartellverträgen und -beschlüssen) lägen nicht vor, weil die Parteien sich nicht zur Förderung eines gemeinsamen Zwecks verpflichtet hätten (Hinweis auf BGHZ 31, 105, 111; Frankfurter Kommentar GWB, § 1 Nr. 8; Gemeinschaftskommentar GWB, 2. Aufl. § 1 Nr. 15), sondern zu einem Leistungsaustausch. Ob der Vertrag, den die Klägerinnen untereinander abgeschlossen hätten, mit § 1 GWB vereinbar sei, bedürfe nicht der Entscheidung, da der zwischen den Parteien abgeschlossene Vertrag dadurch nicht berührt werde.

Diese Ausführungen sind rechtlich bedenkenfrei. Sie werden auch von der Revision nicht angegriffen. Soweit diese das Verhalten der Beklagten nach dem Vertragsschluß mit dem Hinweis auf Zweifel hinsichtlich der kartellrechtlichen Beurteilung zu rechtfertigen sucht, geht es ihr ersichtlich nur um die Beurteilung aus der damaligen Sicht der Beklagten, nicht um die kartellrechtliche Frage als solche. Zu einer Aussetzung nach § 96 Abs. 2 GWB besteht daher auch in der Revisionsinstanz kein Anlaß, zumal der Kartellsenat des Bundesgerichts-

hofs, dem der erkennende Senat die Sache zugeleitet hatte, die Übernahme abgelehnt und auch seinerseits auf seine oben erwähnte Entscheidung BGHZ 30, 186, 194 hingewiesen hat.

II.

1. Die Erfüllung des Vertrags ist nach Ansicht des Berufungsgerichts nicht mehr möglich. Nachdem die Beklagte ihrer Verpflichtung, ab 18. April 1966 die Herstellung von Gittersteinen zu unterlassen, bis zur Gegenwart (gemeint ist ersichtlich: bis zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz am 17. Oktober 1967) zuwidergehandelt habe, könne die vertraglich geschuldete, zeitgebundene Leistung jetzt nach Ablauf von nahezu zwei Produktionsperioden nicht mehr ohne wesentliche Veränderung des Leistungsinhalts nachgeholt werden.

Die Leistungsstörung sei, so führt das Berufungsgericht weiter aus, allein oder ganz überwiegend durch die Beklagte verschuldet. Ihre rechtlichen - aus dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen hergeleiteten - Bedenken gegen die Wirksamkeit des Vertrags könnten sie nicht entlasten. Der in § 11 des Vertrags ausdrücklich betonten Einigkeit der Parteien über die Vereinbarkeit des Vertrags mit dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen mißt das Berufungsgericht die Bedeutung bei, daß derjenige Vertragspartner, der von der vertraglich niedergelegten Rechtsauffassung nach Vertragsschluß objektiv

grundlos abweiche, dies auf eigene Gefahr tue. Nachdem die Beklagte die Rechtslage nicht vor Vertragsschluß habe prüfen lassen, habe sie ihre später aufgetretenen Zweifel, die schließlich zur Unmöglichkeit der Leistung geführt hätten, zu vertreten.

Das Berufungsgericht hat als für die Ansprüche der Klägerinnen unerheblich angesehen, daß diese mit Schreiben vom 9. Mai 1966 ihrerseits die Erfüllung des Vertrages abgelehnt hätten. Denn dies gehe auf die Ablehnung der Erfüllung durch die Beklagte mit deren Schreiben vom 21. April 1966 zurück. Bis zu dieser Mitteilung hätten die Klägerinnen sich vertragstreu verhalten und insbesondere auch die ihnen obliegende Teilleistung erbracht, obwohl die Beklagte noch nicht die erste Rangstelle für die Dienstbarkeit beschafft hatte. Spätestens auf das Schreiben der Klägerinnen vom 9. Mai 1966 hin habe die Beklagte die Produktion einstellen müssen.

Die durch die Beklagte zu vertretende Unmöglichkeit der Leistung berechtige die Klägerinnen, ihre teilweise bewirkte Leistung zurückzufordern (§ 325 Abs. 1 in Verbindung mit § 323 BGB). Daß die Klägerinnen ihren Anspruch als Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung aus anderen Vorschriften als den im Berufungsurteil angewendeten herleiten, hält das Berufungsgericht für unschädlich.

2. In einer Hilfsbegründung führt das Berufungsgericht aus, die Klage sei auch bei Anwendung der Verzugsvorschriften begründet:

Die Beklagte sei in Verzug gewesen, als die Klägerinnen mit Schreiben vom 9. Mai 1966 die Vertragserfüllung abgelehnt hätten. Einer Mahnung habe es aus dem Grunde nicht bedurft, weil der Zeitpunkt der Produktionseinstellung für das Wertverhältnis der beiderseitigen Leistungen von so entscheidender Bedeutung gewesen sei, daß eine Mahnung sich erübrigt habe. Auch aus dem weiteren Grunde sei die Mahnung entbehrlich gewesen, weil das Schreiben der Beklagten vom 21. April 1966 eine "uneingeschränkte Erfüllungsablehnung" enthalte. Die Klägerinnen seien daher ohne Nachfristsetzung und Ablehnungsandrohung berechtigt gewesen, die Erfüllung sofort abzulehnen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern.

Allerdings könne sich ein solcher Schadensersatzanspruch sowohl nach der Austauschtheorie als auch nach der Differenztheorie grundsätzlich nicht auf die Rückforderung der eigenen Leistung richten. Einen Nichterfüllungsschaden hätten die Klägerinnen nicht substantiiert. Dessen bedürfe es aber auch nicht. Die beiderseitigen Leistungspflichten seien in dem Schadensersatzverhältnis aufgegangen. Die Klägerinnen hätten durch die ihnen obliegende Teilleistung den Zahlungsanspruch der Beklagten noch nicht erfüllt. Durch ihr Verlangen auf Leistung von Schadensersatz wegen Nichterfüllung sei ihre noch be-

stehende Leistungspflicht entfallen, der Anspruch der Beklagten auf Auszahlung untergegangen, der von den Treuhändern verwaltete Betrag stehe daher wieder den Klägerinnen zu.

III.

Die Ausführungen des Berufungsgerichts halten nicht in allen Punkten den Angriffen der Revision stand.

1. Im Tatbestand des Berufungsurteils wird nicht angegeben, worauf die Klägerinnen ihren Anspruch stützen. Da sie jedoch in ihrem Schreiben vom 9. Mai 1966 unter Hinweis auf § 326 BGB Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt haben, da ferner auch das Landgericht in seinem der Klage stattgebenden Erkenntnis einen solchen Anspruch für begründet gehalten hat und die Klägerinnen sich diesen Standpunkt in ihrer Berufsbeantwortung vom 14. August 1967 zu eigen gemacht haben, erscheint es angezeigt, zunächst auf die einen solchen Anspruch bejahende Hilfsbegründung des Berufungsurteils einzugehen.

2. Ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach § 326 BGB setzt in der Regel Schuldnerverzug, Ablehnungsandrohung des Gläubigers mit Nachfristsetzung und fruchtlosen Fristablauf voraus.

a) Der Verzug der Beklagten mit der ihr obliegenden Unterlassungspflicht läßt sich zwar entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht damit begründen, daß der Zeitpunkt der Produktionseinstellung für das Wert-

verhältnis der beiderseitigen Leistungen von "entscheidender Bedeutung" war. Eine für die Begründung des Schuldnerverzugs sonst grundsätzlich erforderliche Mahnung (§ 284 Abs. 1 BGB) erübrigte sich aber hier aus dem Grunde, weil die Parteien in ihrer Abmachung vom 5. April 1966 für die Unterlassungspflicht der Beklagten eine Zeit nach dem Kalender bestimmt hatten (§ 284 Abs. 2 BGB), indem sie ihren Beginn auf den 18. April 1966 festlegten. Durch die in ihrem Schreiben vom 21. April 1966 geäußerten kartellrechtlichen Bedenken konnte die Beklagte sich, wie noch darzutun sein wird, nicht entlasten.

Hinsichtlich der Eintragung der Dienstbarkeit allerdings sind die Voraussetzungen des Schuldnerverzugs nicht festgestellt. Insoweit war eine Mahnung der Klägerinnen nicht entbehrlich.

b) Die Klägerinnen haben der Beklagten keine Nachfrist zur Bewirkung der Leistung verbunden mit einer Ablehnungsandrohung gesetzt.

Dies wäre nach ständiger Rechtsprechung dann unschädlich, wenn die Beklagte die Erfüllung ernsthaft und endgültig verweigert oder erklärt hätte, sie sei zur Leistung außerstande, da die Fristsetzung dann eine nutzlose Förmlichkeit wäre (BGH Urteile vom 9. Januar 1961, VIII ZR 86/60, LM BGB § 326 D c Nr. 2; vom 25. Februar 1971, VII ZR 102/69, WM 1971, 504; Soergel/Schmidt, BGB 10. Aufl. § 326 Nr. 24 und 25; Palandt, BGB 29. Aufl.

§ 326 Anm. 6 d). Eine "uneingeschränkte Erfüllungsweigerung" erblickt das Berufungsgericht in dem Schreiben der Beklagten vom 21. April 1966.

Die dagegen erhobenen Revisionsangriffe sind begründet: Bei Prüfung der Frage, ob eine Leistungsweigerung des Schuldners die bezeichneten Merkmale aufweist, ist nach ständiger Rechtsprechung ein strenger Maßstab anzulegen; die Zwecklosigkeit der Nachfristsetzung muß außer Zweifel stehen (vgl. auch dazu die vorstehenden Zitate). Wie ein bloßes Ausweichen des Schuldners nicht genügt (RGZ 67, 313, 318; 66, 415, 421), so kann auch in der Äußerung von hinsichtlich der Wirksamkeit des Vertrags bestehenden rechtlichen Zweifeln, um deren Prüfung der Gläubiger gebeten wird, nicht ohne weiteres eine die bezeichneten Merkmale aufweisende abschließende Erfüllungsweigerung erblickt werden. Dies gilt auch dann, wenn der Schuldner wie hier gleichzeitig mitteilt, er könne sich wegen seiner rechtlichen Bedenken nicht zur Erbringung seiner Leistung entschließen. Daß die Beklagte ferner, wie das Berufungsgericht hervorhebt, in ihrem Schreiben keinen bestimmten Zeitraum für die Prüfung der Rechtsfrage angegeben hatte, ändert daran nichts. Denn auch daraus ergab sich nicht, daß die Beklagte, durch Nachfristsetzung und Ablehnungsandrohung vor die Wahl gestellt, ob sie den Vertrag erfüllen oder stattdessen die Folgen des § 326 BGB auf sich nehmen wollte, sich mit Sicherheit für das letztere entschieden hätte. Die Klägerinnen waren daher durch das Schreiben der Beklagten der Notwendigkeit einer Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung nicht enthoben.

Der Bestimmung einer Nachfrist hätte es ferner dann nicht bedurft, wenn der Verzug der Beklagten das Interesse der Klägerin an der Erfüllung des Vertrags hätte entfallen lassen. Das Berufungsgericht hat nun zwar in seiner Hauptbegründung ausgeführt, die seitens der Beklagten geschuldete Leistung lasse sich "jetzt" - Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz war der 17. Oktober 1967 - nicht mehr nachholen. Selbst wenn man diesen und den weiteren damit in Zusammenhang stehenden Ausführungen entnehmen wollte, daß jedenfalls im Oktober 1967 das Interesse der Klägerinnen an der Vertragserfüllung entfallen war (vgl. dazu die nachstehenden Ausführungen unter IV 4), so besagt das nichts darüber, ob dies auch schon zur Zeit des Schreibens der Klägerinnen vom 9. Mai 1966 der Fall war. Entsprechende Feststellungen sind dem angefochtenen Urteil auch im übrigen nicht zu entnehmen. - Bei der dem Tatrichter obliegenden Prüfung dieser Frage könnte auch der Umstand - in dessen Nichtberücksichtigung die Revision einen Verfahrensverstoß nach § 286 ZPO sieht - eine Rolle spielen, daß die Beklagte auch bei pünktlicher Einhaltung ihrer Verpflichtungen nicht sofort aus dem Markt auszuscheiden brauchte, sondern den bereits gepreßten Vorrat an Rohlingen hätte abbrennen und den noch vorhandenen Bestand an Gittersteinen hätte veräußern dürfen (§ 7 des Vertrags vom 1. April 1966).

3. Die in der Hilfsbegründung ausgesprochene Zubilligung eines Schadensersatzanspruchs wegen Nichterfüllung nach § 326 BGB kann hiernach keinen Bestand

haben, ohne daß es noch der Erörterung der Frage bedarf, ob ein solcher Anspruch der Klägerinnen, die auch nach Ansicht des Berufungsgerichts einen Nichterfüllungsschaden nicht substantiiert dargetan haben, überhaupt auf die Einwilligung der Beklagten in die Auszahlung der 100 000 DM an die Klägerinnen gerichtet sein konnte.

IV.

1. In der Hauptbegründung bejaht das Berufungsgericht - was die Revision verkennt - nicht einen Schadensersatzanspruch nach § 326 BGB; es sieht vielmehr die Voraussetzungen des § 325 Abs. 1 BGB (vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit der Leistung) als gegeben an und hält den Klageanspruch nach dieser Vorschrift in Verbindung mit § 323 Abs. 3 BGB für begründet. Daß die Klägerinnen ihren Anspruch als Schadensersatz wegen Nichterfüllung aus einer anderen Vorschrift hergeleitet hätten, sei unschädlich.

Auch diese Begründung des Berufungsurteils kann aus den im folgenden dargelegten Gründen keinen Bestand haben.

2. § 325 BGB setzt zunächst voraus, daß die aus einem gegenseitigen Vertrag dem einen Teil obliegende Leistung infolge eines von ihm zu vertretenden Umstandes unmöglich wird. Ist diese Voraussetzung erfüllt, so kann der andere Vertragspartner nach seiner Wahl Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder von dem Ver-

trag zurücktreten oder die in § 323 BGB bestimmten Rechte - mithin insbesondere die Zurückforderung seiner schon bewirkten Gegenleistung nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung, § 323 Abs. 3 BGB - geltend machen. Auch bei nur teilweiser Unmöglichkeit stehen dem andern Vertragspartner diese Rechte dann zu, wenn die noch mögliche teilweise Erfüllung für ihn kein Interesse hat (§ 325 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit § 280 Abs. 2 BGB).

Von welcher dieser rechtlichen Möglichkeiten der Gläubiger bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 325 BGB Gebrauch macht, ist seiner Wahl überlassen. Die Entscheidung darüber steht ihm zu, nicht dem Prozeßgericht.

Die Geltendmachung der Rechte aus § 323 BGB (in Verbindung mit § 325 BGB) setzt voraus, daß der Gläubiger sich auf den Standpunkt dieser Vorschrift stellt; er muß ausdrücklich oder durch schlüssige Handlung erklären, daß er die Schuld des Gegners an der Unmöglichkeit der Leistung nicht geltend machen will (RGZ 108, 184, 186; Staudinger/Kaduk, BGB 11. Aufl. § 325 Nr. 76; Erman, BGB 4. Aufl. § 325 Anm. 12). Tut er dies, so ist zum mindesten zweifelhaft, ob er später noch zu einem Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung übergehen und vorerst nicht im Streit befindliche weitere Schäden - hier etwa die im Schreiben der Klägerinnen vom 9. Mai 1966 geforderten Kosten in Höhe von 540,80 DM - geltend machen kann (vgl. auch dazu die vorstehend zitierten Fundstellen). Schon deshalb kann das Prozeßgericht dem Gläubiger, der einen Schadensersatzanspruch wegen Nicht-

erfüllung nach § 325 BGB geltend macht, nicht einen - zudem inhaltlich damit nicht übereinstimmenden - Anspruch aus § 325 Abs. 1 Satz 3 in Verbindung mit § 323 BGB auf Grund der Erwägung zubilligen, daß der Gläubiger sich ja auch für einen solchen Anspruch hätte entscheiden können. Zudem haben die Klägerinnen sich auf die Voraussetzungen des § 326 BGB, nicht auf die des § 325 BGB berufen und darauf ihren Klageanspruch gestützt.

4. Davon abgesehen ergeben die Feststellungen des Berufungsgerichts auch nicht, daß die Voraussetzungen für die Geltendmachung eines der in § 325 BGB vorgesehenen Rechte hier vorgelegen hätten.

Was zunächst die Unmöglichkeit der Leistung angeht, so ist folgendes zu erwägen: Die Beklagte hatte nach den vertraglichen Abmachungen der Parteien - von der Eintragung der Dienstbarkeit abgesehen - ihre Gittersteinproduktion ab 18. April 1966 einzustellen, und sie durfte in den folgenden 10 Jahren innerhalb eines bestimmten Bereichs auch kein anderes Ziegelwerk in Betrieb nehmen. Dies stellte eine Dauerverpflichtung der Beklagten dar.

Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts trat dadurch, daß die Beklagte ihrer Unterlassungsverpflichtung jedenfalls in der Zeit bis zur letzten mündlichen Verhandlung im Berufungsrechtszug (17. Oktober 1967) nicht nachkam, insoweit Unmöglichkeit der ihr obliegen-

den Leistung ein. Dies folgt aus der vom Berufungsgericht rechtlich unangreifbar festgestellten Zeitgebundenheit der Leistung, wie sie sich aus dem Wechsel der jeweiligen Marktsituation und den von den Klägerinnen bei Vertragsschluß erkennbar verfolgten, durch die Beklagte hingenommenen Interessen der Klägerinnen ergab.

Daraus folgt jedoch zunächst nur eine teilweise, auf den Zeitraum bis zum 17. Oktober 1967 begrenzte Unmöglichkeit der der Beklagten obliegenden Unterlassungsverpflichtung. Daß die Beklagte diese Verpflichtung für den verbleibenden Zeitraum nicht hätte erfüllen können, steht damit noch nicht fest.

Allerdings begründet die teilweise Unmöglichkeit der Leistung, falls sie - worauf im folgenden eingegangen wird - vom Schuldner der Leistung zu vertreten ist, die gleichen Rechte für den Gläubiger wie die volle Unmöglichkeit, wenn die noch mögliche teilweise Erfüllung des Vertrags für ihn kein Interesse hat (§ 325 Abs. 1 Satz 2 BGB). Das aber hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Es könnte allerdings bei seinen Ausführungen darüber, daß eine etwa zum Winter 1967/68 oder später einsetzende Unterlassung der Ziegelproduktion sich als wirtschaftlich andersartige Leistung darstellen würde, diesen Gesichtspunkt im Auge gehabt haben. Es hätte sich bei diesen von der Revision angegriffenen Ausführungen dann aber auch mit der Frage auseinandersetzen müssen, ob die Klägerinnen nicht trotz ihres Interesses daran, daß die Beklagte schon am 18. April 1966

ihre Produktion einstellte, nicht ein - wenn auch geringer zu bewertendes - Interesse daran behielten, daß die Beklagte jedenfalls hinsichtlich des verbleibenden Zeitraums ihrer Unterlassungsverpflichtung nachkam. Dem Hinweis auf die seit dem Frühjahr 1966 wesentlich veränderte - gemeint ist offenbar: gedämpfte - Baukonjunktur kann der Wegfall des Interesses der Klägerinnen schon deshalb nicht ohne weiteres entnommen werden, weil ein Nachlassen der Nachfrage nach Gittersteinen das Interesse der Produzenten daran, daß das Angebot durch Ausschaltung eines Produzenten verringert wurde, gerade erhöht haben könnte. Andererseits kann allerdings in einer solchen Konjunktursituation ihre wirtschaftliche Leistungsfähigkeit und damit auch ihre Bereitschaft zur Aufbringung von Stilllegungsprämien der hier vorliegenden Art beeinträchtigt sein. Dies im Einzelfall gegeneinander abzuwägen bleibt, soweit es rechtlich darauf ankommt, Sache des Tatrichters.

5. Den Klägerinnen als Gläubigerinnen stehen die in § 323 BGB bezeichneten Rechte - bei Unterstellung der Unmöglichkeit der Leistungen der Beklagten - nicht nur dann zu, wenn, wie § 325 BGB voraussetzt, die Beklagte als Schuldnerin die Unmöglichkeit zu vertreten hat, sondern auch dann, wenn die Unmöglichkeit von keiner der Parteien zu vertreten ist. Da aber die Beklagte Verschulden der Klägerinnen geltend macht und überdies aus den oben dargelegten Gründen auch andere Ansprüche der Klägerinnen als die aus § 325 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. § 323 BGB sich ergebenden in Betracht zu ziehen sind, bedarf auch die Frage des Vertretenmüssens der Erörterung.

a) Das Berufungsgericht ist der Auffassung, nicht die Klägerinnen, sondern allein die Beklagte habe die erörterte Unmöglichkeit zu vertreten. Demgegenüber beruft die Revision sich vor allem auf das Schreiben des Anwalts der Beklagten vom 21. April 1966 und die darin niedergelegten kartellrechtlichen Bedenken, die zu prüfen der Anwalt erst auf das Schreiben des Kommanditisten Jass der Beklagten hin Anlaß gehabt habe.

Nun kann zwar ein Rechtsirrtum der Annahme vorsätzlichen Handelns entgegenstehen; ist er entschuldbar, so vermag er auch Fahrlässigkeit auszuschließen (RGZ 84, 188, 194; 119, 265, 267; 156, 113, 120; nach dem BGH-Urteil vom 3. Juni 1953, II ZR 236/52, NJW 1953, 1426 kann auch ein Rechtsirrtum des Inhalts, daß eine Kundenschutzklausel infolge des Dekartellisierungsgesetzes Nr. 56 der Amerikanischen Militärregierung unverbindlich sei, die Annahme eines Verschuldens bei Zuwiderhandlungen gegen die Klausel ausschließen; aus neuerer Zeit vgl. BGH Urteil vom 12. März 1969, VIII ZR 97/67, WM 1969, 638). Aber einmal sind bei Prüfung der Entschuldbarkeit eines Rechtsirrtums nach ständiger Rechtsprechung strenge Anforderungen zu stellen. Vor allem aber haben hier die Parteien nach der mit Rechtsgründen nicht angreifbaren Auslegung des § 11 des Vertrags durch das Berufungsgericht vereinbart, daß derjenige Vertragspartner, der von der im Vertrag niedergelegten Rechtsauffassung der Parteien über die Vereinbarkeit des Vertrags mit den Vorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen später abwich, dafür einzustehen habe, wenn sich dies als objektiv grundlos erwies. Dabei hat das Berufungsge-

richt nicht verkannt, daß die Parteien die etwaige Unwirksamkeit des Vertrags nach Vorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen nicht durch eine Klausel wie die in § 11 des Vertrags enthaltene hätten ausräumen können. Wohl aber konnten sie die Rechtsfolgen eines etwaigen späteren Irrtums über die Anwendbarkeit von Vorschriften dieses Gesetzes auf den Vertrag regeln.

Dies haben sie nach der für die Revisionsinstanz bindenden tatrichterlichen Auslegung getan. Dann aber kam es für die Frage des Vertretenmüssens nicht darauf an, ob später aufgetretene kartellrechtliche Bedenken der Beklagten an sich verständlich waren oder nicht. Entscheidend ist vielmehr die Frage, ob sie bei objektiver, nicht auf die damalige Situation der Beklagten abstellender Beurteilung begründet waren oder nicht. Da diese Frage - was ersichtlich auch die Revision nicht in Zweifel zieht - zu verneinen ist, hat die Beklagte nach der insoweit rechtsirrtumsfreien Auffassung des Berufungsgerichts zu vertreten, daß sie wegen der ihr erst nach Vertragsschluß aufgekommenen, trotz des in § 11 des Vertrags enthaltenen Hinweises nicht vorher geprüften kartellrechtlichen Zweifelsfragen ihrer Unterlassungspflicht nicht nachkam. Daß die Einstellung der Gittersteinproduktion für die Beklagte von wirtschaftlich sehr erheblicher Bedeutung gewesen sein mag, ändert an dieser rechtlichen Beurteilung nichts.

b) Alles dies gilt indessen in vollem Umfang nur für die Zeit bis zum Zugang des Schreibens der Klägerinnen vom 9. Mai 1966, in dem die Klägerinnen unter Hinweis darauf,

daß sie infolge des Verzugs der Beklagten kein Interesse mehr an der Erfüllung des Vertrags hätten, Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach § 326 BGB verlangt hatten.

Das Berufungsgericht ist bei der Begründung seiner Auffassung, daß die Beklagte "die Leistungsstörung allein oder ganz überwiegend verschuldet" habe, ersichtlich von der allerdings an anderer Stelle des Urteils (S. 14) dargelegten Ansicht ausgegangen, das Schreiben der Beklagten vom 21. April 1966 habe eine uneingeschränkte Erfüllungsweigerung enthalten. Dieser Ausgangspunkt des Berufungsgerichts erweist sich jedoch aus den oben unter III 2 b) dargelegten Gründen als nicht stichhaltig. Dann aber stellt sich die Frage, ob und gegebenenfalls in welchem Ausmaß auch die Klägerinnen ein Verschulden an der Unmöglichkeit der Leistung hinsichtlich des mit dem Zugang des Schreibens vom 9. Mai 1966 beginnenden Zeitraums trifft, in anderem Licht.

Das Berufungsgericht steht auf dem Standpunkt, die Beklagte habe sich spätestens auf dieses Schreiben der Klägerinnen hin zur unverzüglichen Einstellung der Produktion bereit erklären und insofern ihre Erklärung vom 21. April 1966 widerrufen müssen. Diese Auffassung ist rechtlich nicht bedenkenfrei. Zwar konnte die Beklagte die ihr obliegende Leistung - von der oben erörterten Teilleistung abgesehen - auch nach diesem Schreiben der Klägerinnen erfüllen. Diese gerieten nicht in Gläubigerverzug, da es ihrer Mitwirkung zu der Leistung der Beklagten nicht bedurfte (vgl. Soergel/Schmidt, BGB 10. Aufl. § 293 Nr. 1; Palandt, BGB 29. Aufl. § 293 Anm. 1). Eine

andere Frage ist aber die, ob sie sich nicht zu ihrem eigenen früheren Verhalten, nämlich der in ihrem Schreiben vom 9. Mai 1966 zum Ausdruck gebrachten Ablehnung der Vertragserfüllung, auf eine gegen Treu und Glauben verstoßende Weise in Widerspruch setzen, wenn sie sich im vorliegenden Rechtsstreit auf den Standpunkt stellen, die Beklagte habe trotz dieses Schreibens ihre Produktion einstellen müssen, und ihr allein falle ein Verschulden dafür zur Last, daß sie es nicht getan habe.

Das Berufungsgericht wird diese Frage unter Berücksichtigung der vorstehenden Erwägungen gegebenenfalls neu zu prüfen haben. Sollte es zu dem Ergebnis kommen, daß beiden Seiten hinsichtlich der ab Zugang des Schreibens vom 9. Mai 1966 eingetretenen Unmöglichkeit Verschulden zur Last fällt, so wäre § 254 BGB auf Schadensersatzansprüche der Klägerinnen unmittelbar anzuwenden, während für andere Ansprüche wie etwa die aus einem Rücktritt sich ergebenden Rechte die entsprechende Anwendung in Betracht käme (vgl. dazu RGZ 71, 187, 192; 94, 140, 141; RG JW 1937, 3029; BGB RGRK 11. Aufl. § 325 Anm. 1; Palandt, Vorbem. 2 vor §§ 323 - 325).

V.

Das angefochtene Urteil kann nach alledem weder hinsichtlich der Klage noch der Widerklage aufrechterhalten werden, ohne daß noch die weiteren Revisionsangriffe erörtert zu werden brauchen. Auf Grund der bisherigen Klagebegründung und der vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen vermag der Senat auch nicht unter

anderen rechtlichen Gesichtspunkten abschließend zu entscheiden wie etwa dem, daß der mit der Einzahlung der Klägerinnen nach dem Inhalt der Vereinbarungen der Parteien erstrebte Erfolg nicht eingetreten und die Beklagte um ihre Beteiligung an dem auf Anderkonto eingezahlten Betrag ungerechtfertigt bereichert sei (§ 812 Abs. 1 Satz 2 BGB). Die Sache war daher, da sie weiterer tatrichterlicher Aufklärung bedarf, unter Aufhebung des angefochtenen Urteils an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Diesem war auch die vom Ausgang des Rechtsstreits abhängige Entscheidung über die Kosten des Revisionsrechtszugs zu übertragen.

Dr. Augustin

Rothe

Mattern

Hill

Dr. Grell