

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V ZR 48/81

URTEIL

Verkündet am

12. März 1982

H i r t h

Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch den Bundesminister
für Verkehr, dieser vertreten durch die Wasser- und Schifffahrts-
direktion W [REDACTED], W [REDACTED]straße [REDACTED], W [REDACTED],

Beklagte und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Firma Josef P [REDACTED] KG, Bauunternehmung, Sägewerk, Holz-
handlung, Kieswerk und Betonwerk, Güternahverkehr, gesetz-
lich vertreten durch die Firma Josef P [REDACTED] Verwaltungs
GmbH, diese vertreten durch den Geschäftsführer Josef
P [REDACTED], I [REDACTED]straße [REDACTED], P [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

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

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. März 1982 durch die Richter Dr. Eckstein, Prof. Dr. Hagen, Linden, Dr. Vogt und Dr. Räfle

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Nürnberg vom 17. Dezember 1980 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin verlangt Schadensersatz aus einem Vergleich, den ihr Geschäftsführer Josef P. [REDACTED] mit der Beklagten am 23. April 1956 geschlossen hat. Alle Rechte aus dem Vergleich stehen nunmehr der Klägerin zu.

Josef P. [REDACTED] war Eigentümer der in der Donau unmittelbar nach der Einmündung des Inns gelegenen sogenannten Lüftenäckerinsel. Im Bereich dieser Insel lagerten sich große Kiesmengen ab, die der Inn als Geschiebe mitbrachte. Die Firma Josef P. [REDACTED], die u.a. ein Kieswerk in H. [REDACTED] betrieb, entnahm im Bereich der Insel den hierfür erforderlichen Kies. Bei starkem Hochwasser im Jahre 1951 wurden Teile der Insel

- 3 -

weggeschwemmt. Als sich neue Kiesbänke bildeten, die nur unter Wasser Verbindung mit der Lüftenäckerinsel hatten, entstand Streit mit der Beklagten über das Eigentum an diesen Kiesbänken, der nach langen Verhandlungen mit dem erwähnten Vergleich beendet wurde. Darin verzichtete Josef P. unter Anerkennung einer bestimmten Uferlinienfestsetzung auf Eigentumsansprüche an zwei Flurstücken (Ziff. I des Vergleichs). Er erhielt dafür Rechte zur Entnahme von Sand und Kies aus der Donau in näher bestimmten Gebieten im Bereich der Innmündung, wobei für jeden Kubikmeter entnommenen Materials 1/12 der jeweils gültigen Entnahmegebühr zu zahlen war (Ziff. II des Vergleichs). Für den Fall, daß Josef P. oder seine Rechtsnachfolger aus von ihnen nicht zu vertretenden Gründen in der Zeit bis 31. Dezember 1980 nicht mehr in der Lage sein sollten, das in den Flußabschnitten zu Ziff. II des Vergleichs eingeräumte Baggerrecht auszuüben, verpflichtete sich die Beklagte, Entnahmestellen weiter flußabwärts neu zuzuweisen. Für die Entnahme von Sand und Kies an diesen Stellen war dann die Hälfte der jeweils gültigen Entnahmegebühr zu entrichten (Ziff. III des Vergleichs).

Den Beteiligten war bei Abschluß des Vergleichs bekannt, daß bei einem weiteren Bau von Kraftwerken auf dem Inn die von diesem Fluß mitgeführten Geschiebemengen abnehmen und schließlich ganz aufhören würden. Bekannt war ferner, daß im Gebiet, auf das sich der Vergleich bezog, auch die Donau Kraftwerk J. AG (im folgenden: DKJ) umfangreiche Baggerungen durchführen würde.



Früher als erwartet wurde bei P- I- ein neues Kraftwerk mit Staudamm gebaut, wodurch die Geschiebezufuhr durch den Inn zum Erliegen kam. Wegen der Gefahr des Brückeneinsturzes in P- untersagte das Landratsamt P- mit Bescheid vom 21. November 1970 jede weitere Baggerung im Bereich der Innmündung. Der Klägerin nach Ziff. III des Vergleichs zunächst zugewiesene Entnahmestellen donauabwärts waren nach ihrer Auffassung nicht allzu ergiebig. Mit Schreiben vom 13. Dezember 1972 sah sich das Wasser- und Schifffahrtsamt P- nicht mehr in der Lage, andere Entnahmestellen im vorgesehenen Gebiet zuzuweisen. Die Klägerin legte ihr Kieswerk im August 1973 still.

Sie verlangt von der Beklagten Schadensersatz und hat einen auf das Jahr 1974 entfallenden Teilbetrag in Höhe von 640 000 DM (Wertminderung des Sachanlagevermögens, verschiedene Aufwendungen, Gewinnentgang) eingeklagt.

Die Vorinstanzen haben die Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und die Frage eines etwaigen Mitverschuldens der Klägerin (wegen eventueller Verletzung ihrer Pflicht, den Schaden abzuwenden oder zu mindern) dem Bettragsverfahren vorbehalten. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter; die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

Die Revision hat Erfolg.

Der Rechtsstreit ist unter Aufhebung des Berufungsurteils an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

I.

Nach Auffassung des Berufungsgerichts stehen der Klägerin Schadensersatzansprüche aus § 325 BGB zu. Der Vergleich verpflichtete die Beklagte in Ziff. III unter den dort genannten Voraussetzungen zur Zuweisung anderer Entnahmestellen mit abbaufähigem Kies. Falls Entnahmestellen dieser Art nicht mehr zur Verfügung gestellt werden könnten, seien die gesetzlichen Bestimmungen für die nachträgliche Unmöglichkeit (Unvermögen) anwendbar. Die Klägerin habe nicht zu vertreten, daß sie das in den Flußabschnitten zu Ziff. II des Vergleichs eingeräumte Baggerrecht nicht mehr ausüben könne. Auch wenn die Klägerin ihre Produktion nach Vergleichsabschluß wesentlich ausgeweitet (unterstellt wird eine Ausweitung auf fast das Dreifache der früheren Jahresmenge) und so die vorhandenen Kiesvorräte erschöpft habe, sei ihr dies nicht vorzuwerfen, weil der Vergleich die Entnahmemenge nicht begrenze und die Klägerin keinen Raubbau getrieben habe. Ein jährlicher Abbau von etwa 50 000 m³ (die von der Beklagten behauptete Jahresmenge der Firma Josef P. bei Vergleichsabschluß) sei auch nicht Geschäftsgrundlage des Vergleichs geworden. Ebensowenig zu vertreten habe die Klägerin die Erschöpfung der Kiesvorräte in den zu Ziff. III des Vergleichs genannten Gebieten. Dagegen müsse die Beklagte vertreten, daß sie weitere abbaufähige Entnahmestellen flußabwärts nicht anbieten könne. Auch wenn ihr die Umstände nicht angelastet werden könnten, die nach Abschluß des Vergleichs zu dieser Unmöglichkeit geführt hätten, liege doch ihr Verschulden schon im Vertragsschluß, weil damals schon alle Umstände bekannt oder vorhersehbar gewesen seien, die die spätere Unmöglichkeit bedingt hätten.

II.

1. Soweit das Berufungsgericht die Regelung in Ziff. III des Vergleichs dahin auslegt, daß sie (ebenfalls als Gegenleistung für einen Eigentumsverzicht des Josef Pfaffinger) grundsätzlich eine Verpflichtung der Beklagten enthalte, der Klägerin unter bestimmten Voraussetzungen donauabwärts Entnahmestellen mit abbaufähigem Kies zuzuweisen, sind Rechtsfehler nicht ersichtlich. Die Revision erinnert dagegen auch nichts.

2. Rechtsfehlerhaft ist dagegen die weitere Annahme des Berufungsgerichts, der Vergleich enthalte keine mengenmäßige Begrenzung des Sand- und Kiesabbaus durch die Klägerin mit der Folge, daß die Beklagte über Ziff. III des Vergleichs bis zum 31. Dezember 1980 der Klägerin im wesentlichen unbeschränkte Kiesmengen (Ausnahme: Raubbau) gewährleistet hätte. Diese Auslegung läßt schon die Auslegungsregeln der §§ 316 und 315 BGB außer Betracht und berücksichtigt so erheblichen Sachvortrag der Beklagten nicht.

Der Vergleich zwischen Josef Pfaffinger und der Beklagten ist ein gegenseitiger Vertrag. Gegen einen Verzicht auf Eigentumsansprüche für zwei Flurstücke erhielt Josef P[REDACTED] von der Beklagten Kiesabbaurechte unterschiedlichen Inhalts an diesen Flurstücken (Ziff. II a des Vergleichs) und in anderen Gebieten (Ziff. II b und Ziff. III des Vergleichs), wobei er für das entnommene Material nur einen Bruchteil der sonst üblichen Entnahmegebühr zu entrichten hatte. Damit ist aber der Umfang der von der Beklagten zu erbringenden Gegenleistung (Verzicht auf 11/12 bzw. 1/2 der üblichen Entnahmegebühr) noch nicht festgelegt; er ergibt sich erst unter Berücksichtigung auch der Abbaumenge. Ein Einigungsmangel nach § 154 Abs. 1 BGB wird allerdings von den Parteien darin nicht

erblickt. Andererseits sähe der Vergleich nach Auffassung des Berufungsgerichts eine mengenmäßige Begrenzung der Kiesentnahme nicht vor. Dann hätten aber die Auslegungsregeln der §§ 316, 315 BGB berücksichtigt werden müssen, wonach - im Zweifel - der Klägerin zwar das Bestimmungsrecht zustand, sie (die Klägerin) dabei aber nicht völlig ungebunden war, sondern die Bestimmung nach billigem Ermessen zu treffen hatte. Dabei kann offenbleiben, ob die Beklagte es hätte erreichen können, in den Entnahmegebieten zu Ziff. II des Vergleichs über § 315 Abs. 3 BGB die von der Klägerin abgebaute Materialmenge auf ein "billiges" Maß zu beschränken, solange die Vorräte dieser Gebiete noch nicht erschöpft waren (und/oder durch Geschiebezufuhr wieder aufgefüllt wurden) und ein Abbau weiter möglich blieb (vor der Verfügung des Landratsamtes Passau vom 21. November 1970). Jedenfalls mußte das Berufungsgericht unter Beachtung der §§ 316, 315 BGB dem Gesichtspunkt einer Mengenbegrenzung im Rahmen billigen Ermessens - und zwar jetzt für die gesamte Gegenleistung der Beklagten nach dem Vergleich also auch unter Einbeziehung der in den Gebieten nach Ziff. II des Vergleichs abgebauten Kiesmengen - Rechnung tragen, nachdem nunmehr eine Verpflichtung der Beklagten nach Ziff. III des Vergleichs in Frage steht (die ja erst in Betracht kam, nachdem ein Abbau in den Gebieten zu Ziff. II des Vergleichs nicht mehr möglich war). Es liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, daß Josef Pfaffinger über Ziff. III des Vergleichs praktisch der Abbau einer unbeschränkten Menge Kies gewährleistet werden sollte, obwohl bei Vergleichsabschluß unstreitig bekannt war, daß die Geschiebezufuhr durch den Inn einmal ganz aufhören würde und - wie das Berufungsgericht an anderer Stelle feststellt - mit einer Geschiebezufuhr durch die Donau niemand rechnete. Der vorerwähnten Prüfungspflicht wird das Berufungsgericht nicht schon damit gerecht, daß es - wohl unter dem Gesichtspunkt des § 242 BGB - feststellt, die Klägerin habe nicht im Übermaß abgebaut und keinen Raubbau getrieben.

Der Tatrichter hätte mithin zu prüfen, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe unter Berücksichtigung der abgebauten Kiesmengen noch eine Leistungspflicht der Beklagten nach Ziff. III des Vergleichs "der Billigkeit" entspricht. Mit diesem Begriff soll Austauschgerechtigkeit im Einzelfall erreicht werden. Das erfordert eine Prüfung und Abwägung der Interessenlage beider Parteien unter Berücksichtigung aller Umstände (vgl. BGHZ 41, 271, 279; BGB-RGRK 12. Aufl. § 315 Rdn. 10 und 19; MünchKomm/Söllner § 315 Rdn. 16 und 28). Insoweit wird u.a. der vom Berufungsgericht bislang nicht näher geprüfte Vortrag der Beklagten zum Wert des Eigentumsverzichts, zur Höhe der von der Klägerin ersparten Entnahmegebühr, bezogen auf deren Fördermengen, sowie zur abbaufähigen Kiesmenge in den Gebieten des Vergleichs im Verhältnis zu dem behaupteten Jahresabbau der Klägerin bei Vergleichsabschluß (50 000 m³) und der Laufzeit der Abbaurechte ebenso eine Rolle spielen wie die Behauptungen der Beklagten zur Betriebsausweitung der Klägerin auf angeblich das Dreifache der früheren Jahresmenge.

Bei der erneuten Verhandlung und Entscheidung wird sich das Berufungsgericht allerdings zunächst fragen müssen, ob der Vergleich nicht schon nach seinem Sinn und Zweck und der Interessenlage der Parteien sachgerecht dahin auszulegen ist, daß die Leistungspflicht der Beklagten auf die in den Gebieten zu Ziff. II und III des Vergleichs jeweils vorhandenen abbaufähigen Kiesmengen beschränkt war. Josef P. [REDACTED] und die Beklagte waren sachkundig. Der Vergleich beschränkt die Leistungspflicht der Beklagten auf bestimmte Gebiete, deren Vorrat abschätzbar war. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts war sowohl das große Baggerprogramm der DKJ als auch die Gefahr bekannt, daß die Geschiebezufuhr durch den Inn ganz zum Erliegen

kommen konnte. Es ist unter diesen Umständen wenig wahrscheinlich, daß über Ziff. III des Vergleichs praktisch unbeschränkte Kiesmengen bis 31. Dezember 1980 gewährleistet werden sollten, wenn - nach der Behauptung der Beklagten - unter Berücksichtigung der Abbaumenge die Ersparnis von Entnahmegebühren den Wert des umstrittenen Grundeigentums ausglich oder sogar überstieg.

III.

Rechtsfehlerhaft (schon auf der Grundlage seiner eigenen Vertragsauslegung) nimmt das Berufungsgericht auch an, die Beklagte habe die Unmöglichkeit der Leistung nach Ziff. III des Vergleichs zu vertreten. Dabei wird der Schuldvorwurf gegenüber der Beklagten allein darauf gestützt (u.a. unter Hinweis auf das BGH-Urteil vom 12. Januar 1960, VIII ZR 34/59 = Betrieb 1960, 261, 262 und auf RGZ 93, 17, 18), sie habe in Kenntnis aller Umstände, die zur Unmöglichkeit führten, den Vertrag abgeschlossen. Als solche Umstände werden nur der weitere Ausbau des Inn mit der Gefahr des Nachlassens und möglicherweise des völligen Stillstandes der Geschiebezufuhr und die Tatsache von Kiesentnahmen durch die DKJ erörtert. Die vom Berufungsgericht angezogene Rechtsprechung beruht darauf, daß jemand, der bei gehöriger Überlegung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits mit der Unmöglichkeit seiner Leistung rechnen mußte, sich nicht soll darauf berufen können, er habe diese Unmöglichkeit nicht zu vertreten. Fahrlässig in diesem Sinne hätte die Beklagte bei Vergleichsabschluß allenfalls dann gehandelt, wenn sie hätte voraussehen können, daß alle in den hier interessierenden Donauabschnitten (Ziff. II u. III des Vergleichs) vorhandenen abbaufähigen Kiesvorräte durch die Klägerin (und/oder die DKJ) innerhalb der Vertragszeit ausgeschöpft

14

sein würden oder jedenfalls nicht mehr abgebaut werden könnten. Eine wesentliche Rolle spielt in diesem Zusammenhang, von welchen Kiesvorräten und von welchen jährlichen Entnahmemengen die Beklagte ausgehen durfte. Dazu trifft das Berufungsgericht keine genauen Feststellungen, obwohl die Beklagte auch hierzu Zahlenmaterial vorgetragen hatte. Von Bedeutung ist insoweit ebenfalls, ob die Beklagte eine angebliche Steigerung des Jahresabbaues allein der Klägerin auf das Dreifache des 1955 getätigten Volumens in Rechnung stellen mußte, obwohl nach den Feststellungen des Berufungsgerichts eine solche Betriebsvergrößerung des Kieswerks in H[REDACTED] bei Vergleichsabschluß nicht erörtert wurde.

Dr. Eckstein

Hagen

Linden

Vogt

Räfle