LG Arnsberg

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. Oktober 2000 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Rinne und die Richter Dr. Wurm, Dr. Kapsa, Dörr und Galke

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 11. August 1998 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als Klage und Widerklage folgende Grundstücke betreffen:

Mutungsfeld Hillenberg, Gemarkung Warstein, lfd. Nr. 6 Flur 6 Flurstück 217,

Mutungsfeld St. Maria, Gemarkung Kallenhardt, lfd. Nr. 37 Flur 12 Flurstück 141/10

Mutungsfeld Sophia, Gemarkung Suttrop, lfd. Nr. 6 Flur 16 Flurstück 69,

Mutungsfelder Elisabeth und Flinz, Gemarkung Suttrop, lfd. Nr. 17 Flur 15 Flurstück 74,

Mutungsfeld Eva I, Gemarkung Kallenhardt, lfd. Nr. 39 bis 48 Flur 13 Flurstücke 205, 83/2, 86, 87, 204, 88, 90 bis 93.

Der Widerklageantrag zu 1 wird, soweit über ihn noch nicht rechtskräftig entschieden ist, als unzulässig abgewiesen.

Im übrigen wird - unter Zurückweisung der weitergehenden Revision - im Umfang der Aufhebung die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsrechtszuges, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Parteien nehmen wechselseitig für sich das Recht zum Abbau von Kalkgesteinen auf einer Reihe von Grundstücken im Raum Warstein-Kallenhardt in Anspruch.

Durch Urkunden vom 1. und 28. Oktober 1863 sowie vom 10. Mai, 8. Juni und 2. November 1864 verlieh das Königliche Oberbergamt Bonn dem Kaufmann P. und den Mitgliedern einer Gesellschaft P. & Co. nach den Vorschriften der kurkölnischen Bergordnung vom 2./4. Januar 1669 das Bergwerkseigentum an den Bergwerken Hillenberg, St. Maria, Sophia, Flinz, Elisabeth und Eva I "zur Gewinnung alles darin vorkommenden Marmors". Nach Inkrafttreten des Bundesberggesetzes wurde den damaligen Rechtsinhabern unter dem 9. und 11. August 1982 sowie dem 22. September 1988 die Auf-

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

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

rechterhaltung des Bergwerkseigentums durch das Landesoberbergamt Nordrhein-Westfalen bestätigt. Die Beklagte hat teils das Bergwerkseigentum oder eine Grunddienstbarkeit hieran erworben, teils nach ihrer Behauptung das Gewinnungsrecht gepachtet. Die am Revisionsverfahren beteiligten Klägerinnen zu 3 bis 5 (künftig: Klägerinnen) sind Eigentümerinnen oder Pächterinnen einzelner Feldgrundstücke und betreiben dort Kalksteinbrüche.

Das Recht zur Gewinnung von Marmor auf den Feldern Hillenberg, Sophia und Elisabeth war bereits Gegenstand eines mit umgekehrten Parteirollen bis zum Reichsgericht geführten Vorprozesses (RGZ 147, 161; erster sogenannter "Marmorprozeß"). Die seinerzeit von einer Pächterin der Bergwerkseigentümerin erhobene Klage - im wesentlichen auf Feststellung ihrer ausschließlichen Abbauberechtigung in den verliehenen Marmorfeldern - blieb in allen Instanzen erfolglos.

Mit der vorliegenden Klage begehren die Klägerinnen im Hauptantrag Feststellung ihrer Berechtigung, auf näher bezeichneten Parzellen innerhalb der oben genannten Bergwerksfelder Gestein jeglicher Art abzubauen, ohne daß die auf Marmor gerichteten, behaupteten Bergrechte der Beklagten entgegenständen. Das Landgericht hat, nachdem in einem ersten Berufungsverfahren das Berufungsgericht die Zulässigkeit des Zivilrechtsweges rechtskräftig bejaht hatte (Nichtannahmebeschluß des Senats vom 25. Mai 1992 - III ZR 146/90), der Klage stattgegeben. Die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht ebenso zurückgewiesen wie deren in zweiter Instanz erhobene Widerklage auf Feststellung, daß die Beklagte (dort) ausschließlich berechtigt sei, Gestein jeglicher Art abzubauen, hilfsweise, sie neben den Klägerinnen zum Abbau berechtigt sei und diese gegen ihren Widerspruch kein Recht auf An-

eignung des Marmors hätten. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihre zweitinstanzlichen Anträge weiter. Der Senat hat die Revision nur hinsichtlich einzelner im Tenor aufgeführter Grundstücke angenommen.

Entscheidungsgründe

Im Umfang der Annahme hat das Rechtsmittel überwiegend Erfolg. Mit Ausnahme des Hauptantrags der Widerklage, der unzulässig ist und mit diesem Inhalt abgewiesen bleibt, führt die Revision zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

A.

Das Oberlandesgericht hält die Feststellungsklage der Klägerinnen auch im Hinblick auf die Behauptung der Beklagten, die streitbefangenen Grundstücke seien zum Teil im Rahmen des rechtlich Möglichen bereits vollständig ausgebeutet oder für einen Abbau ungeeignet, uneingeschränkt für zulässig. Das erforderliche Feststellungsinteresse habe das Gericht bereits im ersten Berufungsurteil bindend (analog § 565 Abs. 2 ZPO) bejaht. Im übrigen könne die streitige Ausbeutung angesichts der von der Beklagten in der Vergangenheit geltend gemachten Rechtsverletzungen seitens der Klägerinnen deren Feststellungsinteresse ohnehin nicht entgegenstehen.

Die Klagen seien auch begründet. Das Recht der Beklagten zur Gewinnung von Marmor stehe einer Berechtigung der Klägerinnen zum Abbau jeglichen auf den hier noch interessierenden Parzellen anstehenden Gesteins nicht entgegen, weil in diesen nach den Ergebnissen des vom Berufungsgericht beauftragten Sachverständigen Dr. S. kein Marmor vorkomme. Marmor im Sinne der streitigen Verleihung sei Kalkstein, der sich für eine Verwendung zu künstlerischen oder kunstgewerblichen Zwecken eigne. Das aber setze, wie der Sachverständige überzeugend dargelegt habe, jedenfalls nach den heutigen handels- und produktionsbedingten Anforderungen Schneidbarkeit des Gesteins in großen Blöcken voraus, d.h. Gewinnbarkeit in quaderförmigen Blökken von mindestens 0,4 m³ Rauminhalt. Schneidbares Material solcher Qualität sei jedoch in keinem der Steinbrüche vorhanden. Aus diesem Grunde könne auch die Widerklage keinen Erfolg haben.

B.

Diese Ausführungen halten den Angriffen der Revision in entscheidenden Punkten nicht stand.

I.

Zur Klage

1. Mit Recht hat das Berufungsgericht allerdings die von den Klägerinnen erhobene Feststellungsklage für zulässig gehalten.

a) Soweit es um das von der Beklagten angezweifelte Feststellungsinteresse (§ 256 Abs. 1 ZPO) geht, genügt es zwar nicht, auf die Bindungswirkung des ersten Berufungsurteils entsprechend § 565 Abs. 2 ZPO zu verweisen; denn diese Bindung bezieht sich nur auf den jeweiligen Aufhebungsgrund (BGHZ 132, 6, 10; BGH, Beschluß vom 21. Februar 1995 - KZA 29/94 - NJW-RR 1998, 1260 f.) und entfällt ohnedies bei einer Änderung des maßgebenden Sachverhalts (vgl. BGH, Urteil vom 27. November 1991 - VIII ZR 225/90 - NJW-RR 1992, 611, 612). Das rechtlich geschützte Interesse der Klägerinnen an einer alsbaldigen gerichtlichen Klärung des Streitverhältnisses folgt aber ohne weiteres aus der mit der Widerklage noch im Prozeß aufgestellten Rechtsbehauptung der Beklagten, die streitbefangenen Grundstücke allein ausbeuten zu dürfen.

b) Ebensowenig steht die - vom Berufungsgericht nicht erörterte - Rechtskraft der Urteile im ersten Marmorprozeß einer Zulässigkeit der neuen Feststellungsklage entgegen. Freilich verbietet die materielle Rechtskraft gerichtlicher Entscheidungen (§ 322 ZPO) nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs grundsätzlich jede neue Verhandlung und Entscheidung über denselben Streitgegenstand (BGHZ 93, 287, 288 f.; 123, 30, 33 f.; BGH, Urteil

vom 17. März 1995 - V ZR 178/93 - NJW 1995, 1757). Inwieweit sich im Streitfall die materielle Rechtskraft der früheren Urteile nach § 325 Abs. 1 ZPO auf die Parteien des heutigen Rechtsstreits erstreckt, weil diese entweder Rechtsnachfolger der Parteien des Vorprozesses oder der damaligen Bergwerkseigentümerin, deren Abbaurecht Grundlage des ersten Marmorprozesses war, geworden sind oder weil sie ihren unmittelbaren Besitz von einer dieser Parteien oder ihren Rechtsnachfolgern ableiten, ist weitgehend ungeklärt, aber auch nicht entscheidend. Zeitlich werden jedenfalls die Grenzen der Rechtskraft durch den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung bestimmt (vgl. § 767 Abs. 2 ZPO). Infolgedessen kann es bei der in die Zukunft greifenden Feststellung eines dauernden Rechtsverhältnisses, wie hier, weder der unterlegenen Partei noch - bei entsprechendem Rechtsschutzinteresse - ihrem Gegner (oder deren Rechtsnachfolgern) verwehrt sein, in einem Zweitprozeß geltend zu machen, die Rechtslage habe sich seitdem wesentlich geändert (vgl. dazu RGZ 46, 65, 67 f.; 147, 385, 390; Habscheid, ZZP 78 [1965], 401, 448 ff.; MünchKomm/Gottwald, ZPO, § 322 Rn. 128, 145; Zöller/Vollkommer, ZPO, 21. Aufl., vor § 322 Rn. 53 m.w.N.). Die Beklagte vertritt aber gerade die Auffassung, das am 1. Januar 1982 in Kraft getretene Bundesberggesetz regele den Konflikt zwischen Grundstückseigentümer und Bergwerkseigentümer nunmehr anders als vom Reichsgericht entschieden.

2. Entgegen der Meinung des Berufungsgerichts kann die mit der Klage in erster Linie begehrte Feststellung, das Marmorgewinnungsrecht der Beklagten stehe dem Abbau von Kalkstein seitens der Klägerinnen nicht entgegen, nicht schon deshalb getroffen werden, weil jede Berechtigung der Beklagten zur Förderung von Marmor mangels Vorkommens dieses Minerals auf den streitigen Grundstücken mindestens heute gegenstandslos sei.

a) Rechtsfehlerfrei nimmt das Berufungsgericht zunächst an, das in den Jahren 1863 und 1864 noch auf der Grundlage der kurkölnischen Bergordnung von 1669 verliehene Bergwerkseigentum zur Gewinnung von Marmor sei trotz der späteren Rechtsänderungen durch das Allgemeine Berggesetz für die Preußischen Staaten vom 24. Juni 1865 (PreußAllgBergG) und das Bundesberggesetz, die beide Marmor nicht mehr als bergfreien Bodenschatz kennen, ihn vielmehr den Grundeigentümermineralien zurechnen, bestehengeblieben (§§ 1, 222 PreußAllgBergG; 3, 149 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4, 150 Abs. 2, 154 Abs. 1 BBergG). Nicht zu beanstanden ist ferner die im wesentlichen auf tatrichterlicher Würdigung beruhende Feststellung, das aus dem Bergwerkseigentum folgende Gewinnungsrecht könne gegenwärtig die Beklagte - aus eigenem oder abgeleitetem Recht - geltend machen. Das zieht auch die Revisionserwiderung nicht in Zweifel.

b) Dem Berufungsgericht ist weiter darin zuzustimmen, daß weder die Verleihungsurkunden der Jahre 1863 und 1864 noch die das Bergwerkseigentum bestätigenden Bescheide des Landesoberbergamts Nordrhein-Westfalen aus den Jahren 1982 und 1988 verbindliche Aussagen über das Vorhandensein von Marmor innerhalb der Bergwerksfelder treffen. Die von der Revision hiergegen vorgebrachten Rügen sind unbegründet; sie unterscheiden nicht genügend zwischen den Voraussetzungen derartiger Bescheide und ihrem Gegenstand oder Inhalt, wobei dahingestellt bleiben mag, ob es sich bei solchen Bestätigungen überhaupt um Verwaltungsakte handelt, wie die Revision meint (ablehnend BVerwGE 85, 223, 245; OVG Münster im Urteil vom 30. September 1997 - 21 A 3785/96, Umdruck S. 7 ff.). Nur an den Inhalt der im Verwaltungsakt getroffenen Regelungen sind aufgrund dessen Tatbestands-

wirkung auch die Zivilgerichte gebunden (vgl. etwa BGH, Urteil vom 25. Oktober 1990 - IX ZR 13/90 - NJW 1991, 700, 701). "Geregelt" wurden hier aber allenfalls die Einräumung und das Fortbestehen eines Abbaurechts auf Marmor, während das im Verleihungsverfahren zusätzlich geprüfte und in den ausgestellten Urkunden erwähnte lagerartige Marmorvorkommen lediglich zu den tatbestandlichen Voraussetzungen der Verleihung gehört. Eine Bindung an tatsächliche Feststellungen solcher Art (Feststellungswirkung) tritt nur ganz ausnahmsweise ein (vgl. zum Ganzen Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht I, 11. Aufl., § 20 Rn. 47, 64 f.) und findet im Streitfall keinerlei rechtliche Grundlage.

c) Im Ansatz zu Recht hat darum das Berufungsgericht eine Auslegung des in Teil II Art. 5 Abs. 2 der kurkölnischen Bergordnung (abgedruckt bei Brassert, Bergordnungen der preußischen Lande, 1858, S. 525) und den Verleihungsurkunden verwendeten Rechtsbegriffs "Marmor" für erforderlich gehalten. Hingegen ist der von ihm ermittelte Begriffsinhalt, der als Anwendung revisiblen Landesrechts (§ 549 Abs. 1 ZPO) - ohne Rücksicht darauf, daß dieses Gesetz inzwischen außer Kraft getreten ist (vgl. BGHZ 24, 253, 255) - sowie als Auslegung behördlicher Akte (vgl. dazu BGHZ 86, 104, 110; BGH, Urteil vom 19. März 1998 - IX ZR 120/97 - NJW 1998, 2139) der freien Nachprüfung des Revisionsgerichts unterliegt, von Rechtsfehlern beeinflußt. Auszugehen ist vielmehr nach wie vor von dem Marmorbegriff des Reichsgerichts im ersten Marmorprozeß (RGZ 147, 161, 166 ff.), den der Senat für zutreffend hält und den er übernimmt. Das fordern nicht zuletzt die Gebote von Rechtssicherheit und Vertrauensschutz, die hier insbesondere unter dem Gesichtspunkt des eigentumsrechtlichen Bestandsschutzes zu beachten sind und die auch im allgemeinen ein Festhalten an der einmal eingeschlagenen Rechtsentwicklung

verlangen. Ein Abgehen von der Kontinuität einer anerkannten Rechtsprechung kann darum nur ausnahmsweise hingenommen werden, wenn deutlich überwiegende oder sogar schlechthin zwingende Gründe dafür sprechen (BGHZ 85, 64, 66; 106, 34, 37; 125, 218, 222). Im Streitfall sind solche Gründe nicht erkennbar.

aa) Die kurkölnische Bergordnung definiert den Begriff "Marmor" nicht und setzt ihn als bekannt voraus. Marmorbergwerke werden lediglich in Teil II Art. 5 Abs. 2 im Zusammenhang mit der Abgabe eines Zehnten erwähnt. Die Vorschrift lautet:

> "Und dieweilen nicht allein die Marmor- und Alabaster-Brüch, sondern auch alle Mühlenstein- und dergleichen Hauptbrüch in Unseren Landen, wo selbige nur anzutreffen, dessgleichen auch die Schiefersteinbrüch den Bergwercken ankleben, einverleibet und mit incorporirt seynd; Als sollen nicht desto weniger Unser Zehendtner und Bergwercks-Bedienten den Zehenden davon quartalig einfordern und unfehlbar entrichtet nehmen; keinem aber soll zugelassen sein, dergleichen Brüche auffzuräumen, weniger seiner Partirung damit zu treiben, es seye dan, dass er selbige vor Unserem Bergambt ördentlich gemutet und Inhalt Unserer Bergordtnung sich desswegen gebührender massen bestättigen lassen."

bb) In Ermangelung chemischer Abgrenzungsmöglichkeiten ist Marmor nach der Entscheidung des Reichsgerichts "Kalkstein ..., der sich für die Verwendung zu künstlerischen oder kunstgewerblichen Zwecken eignet. Diese Begriffsbestimmung schließt die Erfordernisse des schönen Aussehens und der Schneid-, Schleif- und Polierbarkeit sowie die Freiheit von Verunreinigungen und Umbildungen, die zu der bezeichneten Verwendung untauglich machen, ein. Dagegen kann das Erfordernis der Gewinnbarkeit in Blöcken von bestimmter Größe nur insoweit aufgestellt werden, daß die Brauchbarkeit für

künstlerische oder kunstgewerbliche Zwecke noch gewahrt sein muß" (RGZ aaO S. 168 f.).

cc) Das Berufungsgericht will von dieser weiten Definition insofern abweichen, als es für (technischen) Marmor eine Gewinnbarkeit des Kalksteins in quaderförmigen Blöcken von mindestens 0,4 m³ Rauminhalt verlangt. Es entnimmt diese Voraussetzung - gestützt auf ein von ihm eingeholtes Gutachten des Sachverständigen Dr. S. - einerseits der auch vom Reichsgericht hervorgehobenen Schneidfähigkeit, die ein Sägen in großen quaderförmigen Platten erfordere, und andererseits - hilfsweise - der heutigen Verkehrsübung. In beiden Punkten vermag ihm der Senat nicht zu folgen. Er hält vielmehr an der Definition des Reichsgerichts fest. Danach kommt es auf eine Verwendbarkeit in der Innen- oder Außenarchitektur, die fachtechnisch weitaus im Vordergrund stehen mag, nicht an. Ebensowenig spielen wirtschaftliche Fragen eine Rolle, insbesondere die Abbauwürdigkeit der Lagerstätten. Sie wurden, soweit sie in rechtlicher Hinsicht von Bedeutung sind, im Verleihungsverfahren geprüft und sind mit diesem abgeschlossen. Das vom Berufungsgericht eingeholte und für seine Rechtsauffassung hauptsächlich herangezogene Gutachten des Sachverständigen Dr. S. basiert aber neben einer fachlich-technischen Sichtweise, die lediglich architektonischen Zwecken Raum läßt und den insbesondere bei kunstgewerblichen Gegenständen an das Ausgangsmaterial zu stellenden geringeren Anforderungen an die Blockgröße kaum Beachtung schenkt, betont auf wirtschaftlichen Überlegungen, die dem Sachverständigen durch den ergänzenden Beweisbeschluß des Berufungsgerichts vom 17. Dezember 1996 auch nahegelegt worden waren. Nichts anderes gilt für die vom Berufungsgericht und dem Sachverständigen Dr. S. zitierten Fundstellen aus der Fachliteratur, soweit sich diese überhaupt mit einer Verwendung der gewonnenen

Blöcke befassen. Was schließlich die vom Berufungsgericht hilfsweise einbezogenen heutigen Marktverhältnisse betrifft, so kann es auf eine etwaige Änderung der Handelsgewohnheiten gleichfalls nicht ankommen. Für den rechtlichen Marmorbegriff maßgebend sind die Verhältnisse zum Verleihungszeitpunkt und auch nur die technische Eignung des gewonnenen Kalksteins mindestens zu den erwähnten Gegenständen des Kunstgewerbes, nicht dessen Absetzbarkeit unter Marktgesichtspunkten oder die Abbauwürdigkeit der Lagerstätten zur Marmorgewinnung. Daran geht auch der vom Berufungsgericht gezogene Vergleich mit einem durch Naturkatastrophen oder andere gewaltsame äußere Ereignisse nachträglich zerstörten Gestein vorbei.

d) Unter diesem Blickwinkel hat das Berufungsgericht das Vorkommen von Marmor auf den noch streitigen Parzellen nicht geprüft. Für die Revisionsinstanz ist dies daher zugunsten der Beklagten zu unterstellen. Mit der gegebenen Begründung kann das Berufungsurteil nach alledem nicht bestehenbleiben.

3. Eine eigene Sachentscheidung des Revisionsgerichts kommt nicht in Betracht. Nach dem gegenwärtigen Sach- und Streitstand stellt sich weder das angefochtene Urteil jedenfalls deswegen als richtig dar (§ 563 ZPO), weil die Klägerinnen vor einem Marmorgewinnungsrecht der Beklagten vorrangig zum Abbau jeglichen auf den streitigen Flächen anstehenden Kalksteins berechtigt wären, noch kann der Senat gegenteilig - im Sinne einer Klageabweisung - entscheiden (§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO).

a) aa) Das aufrechterhaltene Bergwerkseigentum gewährt der Beklagten im Grundsatz gemäß §§ 8 Abs. 1 Nr. 1, 9 Abs. 1, 151 Abs. 1 Nr. 1 und 2,

154 Abs. 1 BBergG das ausschließliche Recht, Marmor in den Bergwerksfeldern aufzusuchen, zu gewinnen und das Eigentum daran zu erwerben sowie nach Maßgabe des § 42 BBergG - Notwendigkeit gemeinschaftlicher Gewinnung nach Entscheidung der Bergbehörde - dort andere Bodenschätze (beibrechende Mineralien) mitzugewinnen und das Eigentum daran zu erwerben. Zu diesen anderen Bodenschätzen gehören auch die dem Grundeigentümer gehörenden Mineralien, ohne Rücksicht darauf, ob es sich um die in § 3 Abs. 4 BBergG genannten grundeigenen Bodenschätze oder um vom Bundesberggesetz nicht erfaßte sonstige Rohstoffe (Grundeigentümerbodenschätze) handelt, wie den hier in Rede stehenden Kalkstein (vgl. Boldt/Weller, BBergG, § 8 Rn. 12, § 42 Rn. 1).

In erster Linie ist allerdings zum Abbau der auf seinem Grundstück anstehenden Grundeigentümerbodenschätze kraft seines Eigentumsrechts - vorbehaltlich der Rechte anderer - der Grundstückseigentümer befugt (§§ 903, 905 BGB), unbeschadet der zusätzlichen - nach öffentlichem Recht zu entscheidenden - Frage, inwieweit er dazu noch einer behördlichen Genehmigung - hier nach dem Abgrabungsgesetz des Landes Nordrhein-Westfalen - bedarf (vgl. dazu Senatsurteil BGHZ 90, 17, 21 f.). Dieses Recht schließt, wenn ein getrennter Abbau nicht möglich ist, auch die Befugnis zu einer mindestens tatsächlichen Mitgewinnung regaler Mineralien ein (RGZ 147, 161, 172). Das ist für grundeigene Bodenschätze nach § 3 Abs. 4 BBergG - auch soweit es sich darüber hinaus um den Eigentumserwerb an mitgewonnenen Rohstoffen handelt - heute in den §§ 34 und 43 BBergG ausdrücklich anerkannt und näher geregelt (dazu Boldt/Weller, § 42 Rn. 11, § 43 Rn. 2), kann aber für Grundeigentümerbodenschätze nicht anders gelten (so auch Boldt/Weller, § 43 Rn. 1; Kühne, ZfB 126 [1985], 178, 183 f.). Ein sachlicher Grund für eine unterschied-

liche Behandlung ist nicht erkennbar. Denn ebenso wie ein Bergbau auf verliehene Mineralien oder grundeigene Bodenschätze könnte auch die Gewinnung von Grundeigentümerbodenschätzen ohne eine Mitgewinnung damit häufig eng verwachsener beibrechender Mineralien erschwert oder sogar gänzlich unmöglich werden. Der Zweck des Mitgewinnungsrechts liegt aber gerade darin, Bergbau nicht dadurch zu behindern, daß ihm Mineralien im Wege stehen, die dem Betreiber nicht verliehen sind, und dieses Ziel ist unabhängig davon, ob das Gesetz - auch aus Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten - die Rohstoffgewinnung bergrechtlichen Regelungen oder anderen Vorschriften unterstellt. Dem Willen des Gesetzgebers widerspricht dieses Ergebnis nicht, es wird vielmehr mittelbar durch die Gesetzgebungsgeschichte bestätigt. Während § 3 des Regierungsentwurfs eines Bundesberggesetzes von 1975 (BR-Drucks. 350/75) noch von einem weiten Begriff grundeigener Bodenschätze ausging, der alle nicht bergfreien Mineralien umfaßte, so daß die dem heutigen § 43 BBergG entsprechende Regelung in § 48 dieses Entwurfs sich auch auf die jetzigen Grundeigentümerbodenschätze bezog, wurde im späteren Regierungsentwurf 1977 der Begriff grundeigener Bodenschätze auf den heutigen Bedeutungsinhalt verengt (§§ 3, 41 f. des Entwurfs, BT-Drucks. 8/1315). Das geschah aber augenscheinlich allein mit Rücksicht auf Zuständigkeiten der Länder im Bereich des Naturschutzes, der Landschaftspflege, des Wasserrechts und des Baurechts und der deswegen zum vorangegangenen Entwurf angemeldeten Bedenken des Bundesrats (vgl. Boldt/Weller, § 3 Rn. 1), nicht jedoch mit dem Ziel, das Mitgewinnungsrecht des Grundeigentümers gegenüber dem Vorentwurf zu beschränken. Einwände waren insoweit im Gesetzgebungsverfahren auch nicht erhoben worden.

bb) Zwischen den widerstreitenden, jeweils auf das Gewinnungsrecht des anderen übergreifenden Rechten des Grundeigentümers und des Bergwerkseigentümers entsteht damit, wenn beide an denselben Punkten zusammentreffen und - wie hier zumindest unterstellt werden muß - ein getrennter Abbau der Mineralien nicht möglich ist, ein vom Bundesberggesetz nicht voll gelöster Konflikt. Das Gesetz sieht zwar in derartigen Fällen die Entscheidung der zuständigen Bergbehörde vor, ob mehrere Bodenschätze bei planmäßiger Durchführung der Gewinnung aus bergtechnischen oder sicherheitstechnischen Gründen nur gemeinschaftlich gewonnen werden können (§ 42); damit wird im Einzelfall das Mitgewinnungsrecht konkretisiert. Die Vorschrift enthält jedoch keine Regelung über ein Rangverhältnis mehrerer an derselben Stelle konkurrierender Berechtigter. Eine allgemeine Vorzugsstellung des Bergbaus vor dem Recht des Grundstückseigentümers zum Abbau der ihm gehörenden Mineralien über die gesetzlich besonders normierten Konfliktfälle hinaus, für die sich in neuerer Zeit - freilich noch zum früheren Rechtszustand - insbesondere Turner ausgesprochen hat (ZfB 106 [1965], 321, 331; ders. ZfB 108 [1967], 251, 252 ff.), findet in den Vorschriften des Bundesberggesetzes keine zureichende Stütze und ist heute darum ebensowenig anzuerkennen wie unter Geltung des preußischen Allgemeinen Berggesetzes (hierzu RGZ 147, 161, 170; H. Schulte, ZfB 113 [1972], 166, 170 f.; Boldt/Weller, § 42 Rn. 10). Ein derartiges Vorzugsrecht des Bergwerkseigentümers folgt auch nicht aus der besonderen gesamtwirtschaftlichen Bedeutung des Abbaus bergfreier Mineralien und dem Allgemeininteresse an der Gewinnung solcher Bodenschätze. Das Bundesberggesetz stellt vielmehr, wie sich aus den §§ 34 und 114 Abs. 2 Nr. 2 ergibt, mindestens bei grundeigenen Bodenschätzen den privaten Grundeigentümerbergbau der Gewinnung bergfreier Mineralien im Rang gleich (Boldt/Weller aaO). Aus den oben zu aa) dargestellten Gründen ist dies aber

auf den Abbau der vom Bundesberggesetz sonst nicht erfaßten Grundeigentümerbodenschätze zu übertragen.

cc) Ein Zusammenstoß von Grundeigentümer-Abbau und Bergbau auf verliehenes Mineral an demselben Ort des Grubenfeldes findet nach Ansicht des Reichsgerichts seine natürliche Lösung durch Anerkennung des auch sonst im Recht vielfach maßgebenden Grundsatzes des zeitlichen Vorrangs (RGZ 147, 161, 171 f.; ebenso bereits Werneburg, ZfB 70 [1929], 181, 194 f.). Schrifttum und Praxis sind dem weitgehend gefolgt (Boldt/Weller, § 42 Rn. 9 f.; Dietzsch, ZfB 107 [1966], 404, 406, 418; Miesbach/Engelhardt, Bergrecht, Art. 206 BayBergG - § 148 ABG Anm. 5 b; Oberbergamt Bad Ems, ZfB 100 [1959], 325, 330 f.; a.A. Turner aaO). Der Senat schließt sich dieser Auffassung an. Nur eine solche Lösung vermag angesichts der Ranggleichheit beider Gewinnungsrechte und des somit Vertrauensschutz für die erfolgten Investitionen fordernden Bestandsinteresses für den früher aufgenommenen Betrieb den auftretenden Interessenkonflikt befriedigend zu lösen.

dd) Auf dieser Grundlage kann die Feststellungsklage der Klägerinnen Erfolg haben, wenn und soweit sie auf den streitigen Flächen bereits Kalksteinabbau betreiben und mit diesen Unternehmen Priorität vor einer von der Beklagten erst beabsichtigten Gewinnung von Marmor genießen. Das gilt allerdings nur vorbehaltlich einer von der zuständigen Behörde noch zu treffenden Entscheidung nach den §§ 42 und 43 BBergG. Diese Vorschriften behalten die Feststellung, daß beide Bodenschätze bei planmäßiger Durchführung der Gewinnung aus bergtechnischen oder sicherheitstechnischen Gründen nur gemeinschaftlich gewonnen werden können, einer Entscheidung der Verwaltungsbehörde vor. Erst diese konkretisiert das in den §§ 8 Abs. 1 Nr. 1, 9

Abs. 1 und 151 Abs. 1 Nr. 2 BBergG lediglich allgemein umschriebene Mitgewinnungsrecht (Begründung zu § 41 des Regierungsentwurfs, BT-Drucks. 8/1315, S. 101; Piens/Schulte/Graf Vitzthum, BBergG, § 42 Rn. 4). Ein solcher Vorbehalt ist auch von den Zivilgerichten zu beachten. Er gilt hier entsprechend für die Mitgewinnung regaler Mineralien bei der Förderung von Grundeigentümerbodenschätzen.

Zur Priorität des Abbaus hat das Berufungsgericht - anders als das Oberlandesgericht im ersten Marmorprozeß - keine Feststellungen getroffen. Das wird, sollte die Klage nicht schon aus den nachstehend zu b) erörterten Gründen begründet erscheinen, nachzuholen sein.

b) Nach dem tatsächlichen Vorbringen der Klägerinnen, dessen Richtigkeit das Berufungsgericht ebenfalls nicht geprüft hat, dem aber die Beklagte jedenfalls im Kern offenbar nicht entgegengetreten ist, geht es der Beklagten gar nicht um die Gewinnung von Marmor. Sie will vielmehr, nicht anders als die Klägerinnen, das Mineral zertrümmert als Kalkstein zur Verwendung in der Baustoffindustrie abbauen. Träfe dies zu, so verfehlte das lediglich zur Marmorgewinnung verliehene und von der Beklagten jetzt ausgeübte Recht seinen Zweck. Das Bergwerkseigentum gewährt primär nur die Befugnis, die in der Verleihungsurkunde bezeichneten Bodenschätze aufzusuchen und zu gewinnen (§§ 8 Abs. 1 Nr. 1, 9 Abs. 1 BBergG) und kann als Sonderrecht auch nur mit dieser Zielsetzung das Grundeigentum beschränken. Andere Bodenschätze dürfen mit Blick hierauf und nach zudem ausdrücklicher Bestimmung des Gesetzes lediglich mitgewonnen werden. Vorausgesetzt ist darum - obwohl im allgemeinen die tatsächliche Verwendung des gewonnenen Minerals der Entscheidung des Unternehmers überlassen bleiben muß - ein ernsthaft auf den

Abbau des verliehenen Minerals und nicht unter dem bloßen Deckmantel eines derartigen Bergbaus ein planmäßig und ausschließlich auf die Gewinnung der prinzipiell dem Grundeigentum zugeordneten Bodenschätze gerichteter Betrieb (vgl. VG Arnsberg ZfB 138 [1997], 171, 186; Isay, AllgBergG, 2. Aufl., § 57 Rn. 1 a; Turner, ZfB 108 [1967], 45, 65; H. Wilde, Kollisionen mehrerer Mineralgewinnungsrechte, Diss. 1970, S. 70, 79 f.; so auch der Erlaß des Preußischen Ministers für öffentliche Arbeiten vom 27. Mai 1882, ZfB 24 [1883], 16, 21 für die Gewinnung von Strontianit bei vorgegebenem Abbau von Schwefelkies; Rekursbescheid des Hessischen Innenministeriums vom 1. Juli 1910, ZfB 51 [1910], 646, 650 für die allein beabsichtigte Gewinnung von Schwerspat aufgrund einer auf Eisenerz verliehenen Bergwerksberechtigung; in RGZ 147, 161, 170 insoweit offengelassen, bejaht hingegen aaO S. 171 f. für den umgekehrten Fall eines Grundeigentümerbergbaus zur ausschließlichen Gewinnung verliehener Mineralien). Ohne jenes Primärziel, das jedenfalls zum Teil oder als Endzweck (etwa nach der Abtragung von Deckschichten) nachvollziehbar angestrebt werden müßte, wäre das verliehene Gewinnungsrecht in der Hand der Beklagten nicht schutzwürdig, seine Ausübung gegen den Willen der Grundstückseigentümer damit unzulässige Rechtsausübung.

Durch die Zurückverweisung erhalten die Parteien Gelegenheit, auch unter diesem Gesichtspunkt noch ergänzend vorzutragen.

II.

Zur Widerklage

1. Die Widerklage ist in ihrem Hauptantrag, mit dem die Beklagte die Feststellung begehrt, zum Abbau jeder Art von Gestein (auf den streitigen Grundstücken) ausschließlich berechtigt zu sein, unzulässig. Angesichts der bereits von den Klägerinnen mit umgekehrtem Klageziel erhobenen Feststellungsklage, sie seien selbst berechtigt, dort jegliches Gestein abzubauen, ohne daß Bergrechte der Beklagten entgegenständen, fehlt dem Widerklageantrag zumindest das notwendige Feststellungsinteresse (§ 256 Abs. 1 ZPO). Das ist auch in der Revisionsinstanz von Amts wegen zu beachten (§ 559 Abs. 2 ZPO; vgl. BGH, Urteil vom 13. April 1989 - IX ZR 148/88 - WM 1989, 927, 928).

Der in erster Linie zur Entscheidung gestellte Klageantrag enthält eine Kombination von bejahender (soweit es um eigene Abbaurechte der Klägerinnen geht) und verneinender (in bezug auf entgegenstehende Rechte der Beklagten) Feststellungsklage. Im ganzen ist er darauf gerichtet, die entgegengesetzten Gewinnungsrechte der Parteien zu klären, und erstrebt damit auch das kontradiktorische Gegenteil zu der mit dem Widerklageantrag aufgestellten Rechtsbehauptung der Beklagten.

Eine positive Feststellungs(wider)klage, die einer bereits erhobenen negativen Feststellungsklage entgegentritt, ist - insofern anders als eine spätere Leistungs(wider)klage (vgl. hierzu nur BGH, Urteil vom 19. Dezember 1995 - VI ZR 15/95 - NJW 1996, 1128) - grundsätzlich unzulässig, sei es wegen anderweitiger Rechtshängigkeit (§ 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO; dafür etwa Rosenberg/

Schwab/Gottwald, Zivilprozeßrecht, 15. Aufl., §§ 93 IV 2, 100 III 1 c; Baltzer, Die negative Feststellungsklage aus § 256 I ZPO, 1980, S. 149 ff.), sei es in Ermangelung eines zusätzlichen berechtigten Interesses (so RG JW 1936, 2400, 2401, 2403); denn bereits die Abweisung der negativen Feststellungsklage als unbegründet stellt das Bestehen des geleugneten Rechts positiv fest (Zöller/Vollkommer, § 322 Rn. 11 m.w.N.). Anders liegt es nur dann, wenn eine eigene Feststellungsklage für den (Wider-)Kläger weitere Vorteile mit sich bringt, die er allein mit einer Abweisung der vom Gegner erhobenen Feststellungsklage nicht erreichen könnte, wie insbesondere eine Unterbrechung der Verjährung (dazu Macke, NJW 1990, 1651; a.A. [allgemein für Vorrang der positiven Feststellungsklage]: Musielak/Foerste, ZPO, 2. Aufl., § 256 Rn. 17). Solche besonderen Vorteile der Beklagten sind im Streitfall indessen nicht ersichtlich.

Durch die Abweisung als unzulässig statt als unbegründet wird die Beklagte prozessual nicht schlechter gestellt. Schon deswegen steht das Verbot der reformatio in peius (§ 559 Abs. 1 ZPO) nicht entgegen (vgl. auch BGH, Urteil vom 5. März 1990 - II ZR 86/89 - NJW-RR 1990, 739, 740; Urteil vom 11. Mai 2000 - I ZR 28/98 - Umdruck S. 14, für BGHZ bestimmt).

2. Für die Hilfsanträge der Widerklage gelten diese prozessualen Bedenken angesichts ihrer etwas abweichenden Zielsetzung und Fassung nicht. Materiellrechtlich hängt die Entscheidung indessen weitgehend von den Antworten

auf die oben zur Klage erörterten Fragen ab. Auch insoweit ist daher unter Aufhebung des angefochtenen Urteils die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Rinne Wurm Kapsa

Dörr Galke