

48

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 199/64

URTEIL

Verkündet am

20. März 1967
Klett, Justiz-
hauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. des Kaufmanns Bernhard G. [REDACTED] in V. [REDACTED] Krs. M. [REDACTED],
T. [REDACTED] Straße (Kies- und Sandbaggerei),
2. des Kaufmanns Friedrich Wilhelm R. [REDACTED] jun.,
ebenda,
beide handelnd unter der Firma "Kies- und Sandbagger-
rei R. S. [REDACTED], Inh. G. [REDACTED] & R. [REDACTED], V. [REDACTED]
[REDACTED] Krs. M. [REDACTED]",

Beklagten, Widerkläger und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Rudolf S. [REDACTED] in R. [REDACTED]-K. [REDACTED],
K. [REDACTED]weg [REDACTED],

Kläger, Widerbeklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. März 1967 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger und der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Dr. Mezger, Dr. Weber und Braxmaier

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 10. Juli 1964 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Durch schriftlichen Vertrag vom 27. November 1957 pachtete der Kläger von der Erbengemeinschaft S., vertreten durch den Bevollmächtigten Anton S., ein nach Flurstücken genau bezeichnetes Grundstück zwecks Ausbeutung von Kies und Sand. In dem Vertrage war die Größe dieses Grundstücks mit 5 ha 21 a angegeben, während nach dem Vortrag des Klägers das Grundstück in Wahrheit rund 28 Morgen groß gewesen sein soll. Der Kläger richtete dort eine Kiesbaggerei ein. In einem Schreiben vom 5. Januar 1958 bestätigte Anton S. dem Kläger, daß die im Vertrag festgelegte Kiesabbaufäche auf 20 ha erweitert werde. In einem weiteren von dem Kläger und Anton S. am 10. Februar 1958 unterzeichneten, als Zusatzvertrag bezeichneten Schriftstück verpflichtete sich der Kläger, die Abräum-

arbeiten in einer Tiefe von 2 bis 2,5 m, bzw. bis zur Förderung von brauchbarem Material, und das Verfüllen des ausgebaggerten Geländes selbst zu übernehmen. Der Zusatzvertrag schließt mit dem Satz:

"Die Auskiesungsfläche bezieht sich auf den Vorvertrag vom 5. Januar 1958."

Durch Vertrag vom 10. November 1960, der am 27. November 1960 schriftlich niedergelegt wurde, überließ der Kläger, der bis dahin rund 12 Morgen ausgebeutet hatte, seine Auskiesungsrechte gemäß den Verträgen vom 27. November 1957, 5. Januar 1958 und 10. Februar 1958 mit der Erbengemeinschaft S. den Erstbeklagten. Das Abräumen des auszukiesenden Geländes und das Verfüllen der Kiesgrube behielt der Kläger sich vor. Der Erstbeklagte hatte die mit den Erben S. vereinbarte Auskiesungsvergütung von 0,65 DM je geförderten cbm und außerdem einen Zuschlag, der monatlich mindestens 2 500 DM betragen sollte, an den Kläger zu zahlen. Der Erstbeklagte übernahm ferner den in dem Verträge einzeln aufgeführten Maschinenpark des Klägers für 270 000 DM. Änderungen oder Ergänzungen des Vertrages sollten der Schriftform bedürfen. Der Erstbeklagte zahlte nach Abschluß des Vertrages nicht nur die 270 000 DM, sondern noch einen weiteren Betrag von 30 000 DM an den Kläger, ohne daß der schriftliche Vertrag dem Erstbeklagten eine solche Leistung auferlegte.

Im Januar 1961 trat der Zweitbeklagte auf seiten des Erstbeklagten in den Vertrag mit dem Kläger ein. Etwa um dieselbe Zeit stellte sich heraus, daß Anton



43

S [REDACTED] sein vom Kläger behauptetes Einverständnis mit der Überlassung des Pachtlandes von der Begrenzung der Fläche auf insgesamt 50 Morgen abhängig machte und daß die außer den 28 Morgen noch zur Auskiesung verfügbaren 22 Morgen nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit der bereits überlassenen Fläche standen.

Mit Schreiben vom 11. Februar 1961 warfen die Beklagten dem Kläger vor, daß seine Angabe, es stehe eine geschlossene Parzelle von 50 Morgen zur Verfügung, unrichtig gewesen sei, und machten den Vorschlag, einen Gutachterausschuß zu berufen. Der von dem Kläger beauftragte Rechtsanwalt betonte in seiner Antwort vom 14. Februar 1961, es sei verbindlich vereinbart worden, daß die Fläche auf 50 Morgen beschränkt werde, und es sei nicht zugesichert worden, daß die Fläche zusammenhänge.

Am 24. Februar 1961 vereinbarten die Parteien mündlich, daß der Kläger das ihm nach dem Vertrage verbliebene Recht auf Verwertung des Abraum- und Füllkieses auf die Beklagten übertragen sollte. Bei einem einige Tage später geführten Ferngespräch wurde das hierfür zu zahlende Entgelt auf 67 500 DM vereinbart, von denen die Hälfte sofort und der Rest am 1. Mai 1961 gezahlt werden sollte. Die Beklagten zahlten alsbald 33 750 DM an den Kläger. Der von dem Kläger beauftragte Rechtsanwalt übersandte den Beklagten am 27. Februar 1961 ein Schreiben, dem er einen Vertragsentwurf beifügte, in dessen Eingang es heißt:

".... (Die Parteien) bestätigen hierdurch den

am 24. Februar 1961 mündlich bereits verbindlich geschlossenen Vertrag wie folgt:"

Die Beklagten unterzeichneten den Vertragsentwurf nicht, bestätigten aber ihrerseits mit Schreiben vom 6. März 1961 die getroffenen Vereinbarungen. Der vom Kläger beauftragte Rechtsanwalt antwortete mit einem Schreiben vom 15. März 1961, in dem er verschiedene Punkte klarstellte und vorschlug, daß die Parteien sich zur Festlegung des Vereinbarungstextes zusammenfinden sollten.

Die am 1. Mai 1961 fälligen weiteren 33 750 DM zahlten die Beklagten nicht. Sie stellten für die Zeit ab 1. Juli 1961 auch die Zahlung des im Vertrage vom 27. November 1960 vorgesehenen monatlichen Festbetrages von 2 500 DM an den Kläger ein.

Mit der Klage verlangte der Kläger Zahlung von 33 750 DM nebst Zinsen von den Beklagten. Die Beklagten erhoben Widerklage auf Zahlung von 10 000 DM nebst Zinsen. Sie machten geltend, der Kläger könne keine weiteren Zahlungen mehr verlangen, weil er ihnen nicht das an 50 Morgen fehlende Gelände zusammenhängend zur Verfügung gestellt habe, er müsse vielmehr von dem geleisteten Betrag mindestens 10 000 DM zurückerstatten.

Während der Rechtsstreit vor dem Landgericht anhängig war, übersandte der Kläger mit Schreiben vom 28. Mai 1962 den Beklagten eine Katasterzeichnung und bot ihnen ein darin rot umrandetes 22 Morgen großes Gelände zur Auskiesung an. Diese Fläche lag etwa 150 m von der bisherigen Kiesgrube entfernt. Die Beklagten lehnten es ab, das ihnen angebotene Grundstück als Vertragserfüllung anzusehen.

Das Landgericht gab der Klage unter Kürzung des Zinsanspruchs statt und wies die Widerklage ab.

Im Berufungsrechtszuge erklärten beide Parteien mit Rücksicht darauf, daß das den Beklagten angebotene Gelände von 22 Morgen inzwischen anderweitig verpachtet worden war, den Klageanspruch in der Hauptsache für erledigt. Die Beklagten erhöhten ihre Widerklage auf 22 205,75 DM nebst Zinsen.

Das Berufungsgericht hat den Kläger auf die Widerklage verurteilt, an die Beklagten 5 328,95 DM nebst Zinsen zu zahlen. Im übrigen hat es die Widerklage abgewiesen. Die Kosten des Rechtsstreits hat es überwiegend den Beklagten auferlegt.

Mit der Revision, deren Zurückweisung der Kläger erstrebt, verfolgen die Beklagten ihre im zweiten Rechtszuge zuletzt gestellten Anträge weiter, soweit das Berufungsgericht ihnen nicht entsprochen hat.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist nicht begründet.

1. Nach Ansicht des Berufungsgerichts ist der sogenannte Füllkiesvertrag vom 24. Februar 1961 wirksam zustande gekommen, obwohl er nicht schriftlich niedergelegt worden war. Die Revision verweist demgegenüber darauf, daß nach Nr. 12 des Vertrages vom 27. November 1960 jede Abänderung der Schriftform

bedurfte, und vertritt die Ansicht, daß es sich bei dem sogenannten Füllkiesvertrag in Wahrheit nur um eine Abänderung des Vertrages vom 27. November 1960 handele. Diese Rüge ist nicht begründet. Auch wenn in einem schriftlich niedergelegten Vertrage bestimmt ist, daß Änderungen und Ergänzungen der Schriftform bedürfen, so bleibt es den Parteien unbenommen, dennoch den Vertrag durch mündliche Abreden zu ändern oder zu ergänzen. Es kommt lediglich darauf an, daß die Parteien übereinstimmend gewollt haben, für ihre vertraglichen Beziehungen sollten auch die gleichzeitig oder später getroffenen mündlichen Vereinbarungen maßgebend sein (vgl. BGH Urt. v. 20. Juni 1962 - V ZR 157/60 - LM BGB § 505 Nr. 3 und vom 26. November 1964 - VII ZR 111/63 - LM BGB § 125 Nr. 20). Nach den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts, die den Angriffen der Revision standhalten, waren sich die Parteien mündlich darüber einig geworden, daß die Beklagten das Recht zur Auswertung des Füllkieses für eine Fläche von 50 Morgen erhielten und daß sie als Gegenleistung eine Vergütung von 67 500 DM zu entrichten hatten. Es ist überdies mit der Durchführung des Vertrages begonnen worden. Die Beklagten beuteten den Füllkies für ihre Rechnung aus, sie zahlten auch die fällige erste Rate der vereinbarten Vergütung an den Kläger. Wenn das Berufungsgericht in diesem Verhalten der Beklagten ein entscheidendes Anzeichen dafür gesehen hat, daß die Beklagten - ebenso wie der Kläger - den Vertrag als wirksam zustande gekommen betrachteten, so ist dies rechtlich nicht zu beanstanden. Seine hier wiedergegebenen Feststellungen tragen die Annahme, daß der Füllkiesvertrag bindend geworden war, obwohl die Parteien ihn nicht schriftlich nieder-

gelegt hatten, und es kommt nicht darauf an, ob die von dem Berufungsgericht angestellten, in andere Richtung gehenden Erwägungen ebenfalls geeignet wären, den von ihm gezogenen Schluß zu rechtfertigen.

Ob Rechtsanwalt Dr. L. [REDACTED], der die Schriftlichkeitsklausel in dem Vertrage vom 27. November 1960 kannte, als Vertreter des Klägers die Rechtslage anders beurteilt und geglaubt hat, eine mündliche Abänderungsvereinbarung sei nur wirksam, wenn "allerseits auf die Einhaltung der vertraglich vorgesehenen Schriftform ausdrücklich verzichtet würde", ist rechtlich ohne Bedeutung. Auch wenn Rechtsanwalt Dr. L. [REDACTED], dessen Aussage an der von der Revision erwähnten Stelle sich im übrigen auf eine frühere Vereinbarung der Parteien bezieht, beim Abschluß des Füllkiesvertrages vom 24. Februar 1961 von derselben Rechtsauffassung ausgegangen sein sollte, wie die Revision geltend macht, ändert das nichts daran, daß nach den Feststellungen des Berufungsgerichts der Füllkiesvertrag nicht wegen der Nichteinhaltung der Schriftform unwirksam ist, weil die Parteien insoweit eine feste Bindung gewollt und mit der Durchführung des Vertrages begonnen hatten.

2. Dem Vorbehalt der Zustimmung der Erbengemeinschaft S. [REDACTED] zu dem Füllkiesvertrag mißt das Berufungsgericht keine Bedeutung bei, weil die Beklagten nicht behauptet hätten, daß die Mitglieder der Erbengemeinschaft oder ihr Vertreter dem Vertrage widersprochen hätten. Die Revision hält diese Annahme zu Unrecht für aktenwidrig. Es war unstreitig, daß sich der Füllkiesvertrag nur auf 50 und nicht auf 80 Morgen bezog. Dem Vorbringen des Klägers, daß Anton S. [REDACTED]

mit dem Unterpachtverhältnis zwischen den Parteien einverstanden war, wenn die Größe der von der Erbgemeinschaft zur Auskiesung zur Verfügung zu stellenden Fläche von 80 auf 50 Morgen herabgesetzt wurde, sind die Beklagten nicht entgegengetreten. Die Revision rügt als übergangen die Behauptung der Beklagten, Schmitz sei später nur bereit gewesen, die an den 50 Morgen fehlenden 22 Morgen zur Verfügung zu stellen, wenn ein Vertrag, auf den Schmitz bereits seit zwei Jahren wartete, schriftlich niedergelegt werde. Hierauf kommt es jedoch nicht an. S. [REDACTED] hatte keine Einwendungen dagegen erhoben, daß die Beklagten die Ausbeutung des Füllkieses auf dem Gelände, das dem Kläger ursprünglich zur Verfügung gestellt worden war, übernahmen. Ob S. [REDACTED] später anderen Sinnes geworden war und die weiteren 22 Morgen nicht mehr zur Verfügung stellen wollte, bedurfte keiner Prüfung. Der Vertrag zwischen den Parteien wurde nur in Bezug auf die ursprünglich dem Kläger überlassene Fläche von 28 Morgen durchgeführt. Die den Beklagten von dem Kläger angebotenen weiteren 22 Morgen anzunehmen, haben sie ausdrücklich abgelehnt. Die nach Erledigung der Klage in der Hauptsache noch anhängige Widerklage bezieht sich nicht auf die weiteren 22 Morgen. Streitig ist vielmehr zwischen den Parteien lediglich, ob der Kläger an die Beklagten noch eine Rückzahlung zu leisten hat, weil die Beklagten mehr gezahlt hatten als den von ihnen geschuldeten Betrag für die Überlassung des Füllkieses auf der dem Kläger ursprünglich zur Verfügung gestellten Fläche von 28 Morgen, von denen der Kläger bereits 12 Morgen ausgebeutet hatte.

3. Auch die übrigen von der Revision erhobenen

Rügen verkennen diese Rechtslage. Die Widerklage dient nur dem Zweck der endgültigen Abrechnung der Parteien hinsichtlich der Verpflichtungen aus dem Füllkiesvertrag, soweit dieser zur Durchführung gelangte.

a) Ob die Beklagten hinsichtlich der hier in Frage stehenden ersten Rate von 33 750 DM vorleistungspflichtig waren, ist für die Entscheidung über die Widerklage gleichgültig. Der nur teilweise durchgeführte Füllkiesvertrag stellt sich, wie die Revision selbst betont, als ein gesonderter Vertrag dar, der unabhängig von dem ursprünglichen Vertrage abgerechnet werden kann. Daß eine solche Betrachtungsweise auch dem Willen der Parteien entspricht, ergibt sich daraus, daß der Kläger wegen seiner Ansprüche aus dem Füllkiesvertrag eine besondere Klage erhoben hat und die Beklagten ihre Widerklage nur darauf stützen, daß ihnen deshalb Rückzahlungsansprüche zustünden, weil sie für das Recht, den Füllkies zu verlangen, mehr gezahlt hätten, als angesichts der nur teilweisen Durchführung des Vertrages von ihnen geschuldet worden sei. Die Revision kann daher nicht die Streitigkeiten der Parteien, die sich aus dem Vertrage vom 27. November 1960 ergeben haben, in den hier zu entscheidenden Rechtsstreit hineinziehen.

b) Das Berufungsgericht hat den Beklagten einen Teil des von ihnen mit der Widerklage geforderten Betrages mit der Begründung zuerkannt, daß der Rechtsgrund für die Leistung nach der faktischen Beendigung des Vertragsverhältnisses, die das Berufungsgericht in der Erschöpfung des Kiesvorkommens auf dem bisherigen Gelände erblickt, weggefallen sei. Diese

Betrachtungsweise enthält keinen Rechtsirrtum zum Nachteil der Beklagten. Den Bereicherungsanspruch der Beklagten hat das Berufungsgericht auf den Betrag von 5 328,95 DM beziffert. Die Berechnungsweise des Berufungsgerichts hat die Revision nicht beanstandet. Ein sachlichrechtlicher Verstoß, den der erkennende Senat von Amts wegen hätte berücksichtigen müssen, ist auch insoweit nicht zu Tage getreten.

Die Widerklage ist mithin, soweit ihr nicht entsprochen wurde, mit Recht abgewiesen worden.

4. Die Revision wendet sich ferner dagegen, daß das Berufungsgericht die Beklagten mit den Kosten der in der Hauptsache erledigten Klage belastet hat. Insoweit beruht die Kostenentscheidung des Berufungsgerichts auf § 91 a ZPO. Sie ist nur deshalb nicht in Form eines Beschlusses, sondern durch Urteil ergangen, weil gleichzeitig die Entscheidung über die Widerklage getroffen wurde. Nach Ansicht des V. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs in seinem zur Veröffentlichung vorgesehenen Urteil vom 24. Februar 1967 - V ZR 110/65 - ist es in einem derartigen Falle nicht möglich, die Kostenentscheidung über den in der Hauptsache erledigten Teil des Rechtsstreits mit der Revision anzugreifen.

Aber auch wenn der Rechtsauffassung des II. Zivilsenats gefolgt und eine Nachprüfung durch das Revisionsgericht darauf, ob das Berufungsgericht die Grenze seines billigen Ermessens überschritten hat, für zulässig gehalten wird (BGH Urt. v. 10. Januar 1951 - II ZR 27/50 - LM ZPO § 91 a Nr. 1), kann die Revision keinen Erfolg haben.

a) Mit Recht hat das Berufungsgericht angenommen, daß bei der von ihm zu treffenden Billigkeitsentscheidung in erster Linie der vermutliche Ausgang des Rechtsstreits ohne Berücksichtigung des erledigenden Ereignisses maßgebend sei. Es gelangt bei seiner Prüfung zu dem Ergebnis, daß die Berufung der Beklagten gegen die sie verurteilende Entscheidung des Landgerichts voraussichtlich keinen Erfolg gehabt hätte, und führt hierzu aus: Die Beklagten hätten die weiteren 33 750 DM bereits am 1. Mai 1961 zahlen müssen und seien nicht berechtigt gewesen, die Zahlung von der Überlassung der gesamten zur Gewinnung des Füllkieses vorgesehenen Fläche abhängig zu machen, sondern sie hätten insoweit vorleisten müssen. Außerdem hätten sie das ihnen angebotene weitere Gelände von 22 Morgen zu Unrecht mit der Begründung zurückgewiesen, daß es nicht an das im Abbau begriffene Gelände angrenzte. Sie hätten nämlich den Füllkiesvertrag abgeschlossen in Kenntnis dessen, daß weiteres zusammenhängendes Gelände nicht zur Verfügung gestellt werden konnte.

b) Es kann dahingestellt bleiben, ob das Berufungsgericht die Beklagten mit Recht als vorleistungspflichtig angesehen hat und seine auf diese Annahme gestützten Erwägungen einer rechtlichen Prüfung standhalten können. Jedenfalls läßt die Hilfsbegründung des Berufungsgerichts einen Mißbrauch des ihm eingeräumten Ermessens bei der von ihm getroffenen Kostenentscheidung über den erledigten Teil der Hauptsache nicht erkennen.

Die Feststellung, die Beklagten hätten den Füllkiesvertrag in Kenntnis der Tatsache abgeschlossen,

daß ihnen weiteres zusammenhängendes Gelände nicht zur Verfügung gestellt werden konnte, beruht auf einer möglichen Würdigung der im ersten Rechtszuge durchgeführten Beweisaufnahme. Die Bekundung des als Zeugen vernommenen Rechtsanwalts Dr. L. [REDACTED], bei der Besprechung vom 24. Februar 1961 sei erwähnt worden, daß Schmitz die restlichen 22 Morgen möglicherweise auch zusammenhängend zur Verfügung stellen könne, zwingt keinesfalls zu dem Schluß, daß der Kläger zugesagt habe, den Beklagten zusammenhängendes Gelände zu überlassen. Vielmehr ist die gegenteilige Annahme des Berufungsgerichts nicht als rechtsirrig zu beanstanden.

Im Rahmen der von ihm zu treffenden Billigkeitsentscheidung war das Berufungsgericht nicht gehalten, sich mit allen Einzelheiten des Parteivorbringens zu beschäftigen und die Aussagen der vernommenen Zeugen im einzelnen zu würdigen. Es genügt, daß eine sachgerechte Würdigung erfolgt ist.

Daß der Kläger den Beklagten weitere 22 Morgen Land während des Rechtsstreits mit Schreiben vom 28. Mai 1962 anbot, ist ebenso unstreitig wie die Tatsache, daß die Beklagten dieses Gelände ablehnten. Schmitz war nach dem eigenen Vorbringen der Beklagten jedenfalls dann zu der Überlassung dieser Fläche bereit, wenn er einen entsprechenden schriftlichen Vertrag erhielt. Es besteht kein Anhaltspunkt dafür, daß der Kläger sich geweigert hätte, einen solchen Vertrag mit S. [REDACTED] zu schließen, wenn die Beklagten die angebotene Fläche nicht abgelehnt hätten. Es enthält daher keinen Rechtsverstoß, daß das Berufungs-

gericht in dem Schreiben des Klägers vom 28. Mai 1962 ein wirksames Angebot erblickt hat, das die Beklagten zu Unrecht ablehnten.

Bei dieser Sachlage liegen somit keine Anhaltspunkte dafür vor, daß das Berufungsgericht die Grenzen des billigen Ermessens bei der von ihm zu treffenden Kostenentscheidung gemäß § 91 a ZPO überschritten habe.

Die Revision muß deshalb in vollem Umfange zurückgewiesen werden. Die Entscheidung über die Kosten beruht auf § 97 ZPO.

Dr. Haidinger

Dr. Gelhaar

Dr. Mezger

Dr. Weber

Braxmaier