

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

BGB §§ 157 D, 306, 1250

Zur Frage der ergänzenden Vertragsauslegung, wenn der Verkäufer die vereinbarte Leistung aus Rechtsgründen nur in anderer Weise erbringen kann, als dies im Vertrag vorgesehen war, dazu aber auch bereit und in der Lage ist (hier: Verkauf eines Pfandrechts ohne die zugrundeliegende Forderung).

BGH, Urt. v. 14. März 1990 - VIII ZR 18/89 - OLG Schleswig
LG Kiel

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 18/89

URTEIL

Verkündet am:
14. März 1990
Kanik
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Jürgen L. [REDACTED] B. [REDACTED] GmbH & Co. KG, vertreten durch
ihre Komplementärin, die Jürgen L. [REDACTED] V. [REDACTED] gesell-
schaft mbH, diese vertreten durch ihren Geschäftsführer
Jürgen L. [REDACTED], S. [REDACTED] weg [REDACTED], K. [REDACTED],

Klägerin und
Revisionsklägerin,

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

g e g e n

Manfred M. [REDACTED], L. [REDACTED] H. [REDACTED], L. [REDACTED],

Beklagter und
Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

15

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. März 1990 durch den Vorsitzenden Richter Wolf und die Richter Dr. Skibbe, Treier, Groß und Dr. Hübsch

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in Schleswig vom 6. Dezember 1988 aufgehoben, soweit es der Berufung des Beklagten stattgegeben hat.

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

Von Rechts wegen



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Der Beklagte war Aktionär der dänischen Aktiengesellschaft D [REDACTED] K [REDACTED] F [REDACTED] A/S (im folgenden DKF). Diese beauftragte im Sommer 1983 die Klägerin, in R [REDACTED] (Dänemark) den Baukörper einer Fischzuchtanlage auf einem Grundstück der DKF zu erstellen. Zur Durchführung der Bauarbeiten schaffte die Klägerin Baumaterialien an, die in B [REDACTED] (Dänemark) gelagert wurden. Ferner bestellte die DKF bei der Firma T [REDACTED] GmbH Dachfolien, die diese an die Klägerin lieferte. Nachdem die DKF zahlungsunfähig geworden war, stellte die Klägerin im Mai 1984 die Arbeiten am Rohbau ein. Im Juli 1984 erklärte die DKF den Rücktritt vom Bauvertrag mit der Klägerin. Im Mai 1985 wurde gegen die DKF in Dänemark ein Konkursverfahren eröffnet, ihr Grundstück in R [REDACTED] wurde zwangsversteigert und der Grundstücksgesellschaft R [REDACTED] mbH zugeschlagen.

In dem Konkursverfahren über das Vermögen der DKF machte die Klägerin ein Unternehmerpfandrecht an den für das Bauprojekt vorgesehenen und bei ihr lagernden Dachfolien geltend.

Als Aktionär der DKF war der Beklagte an einer Fortführung des Fischzuchtprojekts interessiert. Er wandte sich deshalb an die spanische Firma F [REDACTED], um von ihr finanzielle Hilfe für den Weiterbau der Fischzuchtanlage zu erhalten. Diese Firma erklärte sich grundsätzlich bereit, das Projekt fertigzustellen und die Kosten zwischenzufinanzieren.

Am 12. September 1986 schlossen die Parteien zwei Kaufverträge über die noch vorhandenen Baumaterialien. In einem ("Folienvertrag") war u.a. bestimmt:

- "1. Kaufgegenstand
ist das von der Verkäuferin erklärte Pfandrecht an den im Eigentum der DKF A/S, R████, stehenden bei der Verkäuferin lagernden
 - 1.1 Folien im Umfang von ca. 150.000 m², Gewicht ca. 13,4 t.
 - 1.2 Netzwerk für eine Konstruktionsfläche von 2 x ca. 30.500 m².
2. ...
3. Leistungsinhalt, Minderung
 - 3.1 Grundlage des Kaufvertrages ist die Lieferung von 100 % der in den Lieferscheinen der Firma T████ GmbH ausgewiesenen Menge entsprechend Ziffer 1.

Der Käufer ist zur Minderung in zu vereinbarenden Höhe, im Falle der Nichteinigung in durch den zu 2.3 benannten Sachverständigen festzustellender Höhe, berechtigt, wenn
 - 3.1.1 nicht wenigstens 75 % der Folie nach Menge und Gewicht gem. Ziff. 1.1 zu seiner Verfügung gestellt werden,
 - 3.1.2 nicht wenigstens 90 % des Netzwerkes gem. Ziff. 1.2 zu seiner Verfügung gestellt werden.
 - 3.2 Die Minderung kann seitens der Verkäuferin durch Nachlieferung bis zu den genannten Prozentsätzen gemäß Vertragsspezifikation innerhalb von 6 Wochen nach Übergabe des Materials an den Käufer abgewendet werden.
4. ...
5. Abtretung
 - 5.1 Die Verkäuferin tritt hiermit das unter Ziff. 1 genannte Recht an den Käufer ab".

Mit dem anderen Vertrag verkaufte die Klägerin die in B[REDACTED] lagernden Materialien an den Beklagten zu einem Preis von 300.000 DM. Weiterhin wurde am selben Tag - ohne Einhaltung der Form des § 313 BGB - ein Kaufvertrag zwischen der Grundstücksgesellschaft R[REDACTED] GmbH und dem Beklagten über das Baugrundstück in R[REDACTED] geschlossen. Schließlich trafen die Prozeßparteien unter demselben Datum eine Zusatzvereinbarung, deren Nr. 1 folgendermaßen lautet:

"Beide Parteien sind sich einig, daß alle Forderungen L[REDACTED] (= Klägerin) und der mit ihm verbundenen Unternehmen und Personen gegen die DKF A/S R[REDACTED] sowie deren Forderungen gegen Vorgenannte, gleich aus welchem Rechtsgrunde, ob anhängig oder nicht, von den abgeschlossenen Kaufverträgen unberührt bleiben."

Der Beklagte stellte am 16. September 1986 bei einer Nachprüfung der Menge der bei der Klägerin vorhandenen Folien fest, daß gegenüber der verkauften Menge 41,92 % fehlten, und forderte die Klägerin auf, die Nachlieferung durch die T[REDACTED] GmbH zu bewirken. Die Folien wurden dem Beklagten nicht übergeben.

Die Klägerin verlangt vom Beklagten Zahlung des Kaufpreises aus dem "Folienvertrag", den sie unter Berücksichtigung der Fehlmengen auf 2.148.960 DM beziffert, sowie den Kaufpreis für die in B[REDACTED] gelagerten Materialien von 300.000 DM. Den Gesamtbetrag hat sie nebst Zinsen mit der Klage geltend gemacht und ferner die Feststellung begehrt, daß der Beklagte mit der Annahme von Folie und Netzwerk in Verzug sei.

Die Klägerin hat behauptet, bei den Verhandlungen über die Übernahme der Baumaterialien habe man die Wendung "von der Verkäuferin erklärtes Pfandrecht" (Nr. 1 des Vertrages) eingefügt, um auszudrücken, daß sie nicht mehr verkaufen könne, als sie habe. Hierauf habe ihr anwaltlicher Vertreter Dr. W[REDACTED] bei den Verhandlungen auch ausdrücklich hingewiesen.

Der Beklagte hat u.a. die Ansicht vertreten, der Vertrag über die Dachfolien sei nichtig, weil die durch das Pfandrecht gesicherte Forderung - wie sich aus der Zusatzvereinbarung ergebe - ausdrücklich nicht mitübertragen werden sollte. Vorsorglich hat er seine auf den Vertragsschluß gerichtete Willenserklärung mit der Begründung angefochten, daß der Klägerin zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits die Fehlmenge der Dachfolie bekannt gewesen sei und sie gewußt habe, daß die T[REDACTED] GmbH aus wirtschaftlichen Gründen nicht nachliefern könne.

Das Landgericht hat der Klage in Höhe von 2.448.960 DM sowie eines Teils der Zinsforderung stattgegeben und den Feststellungsantrag abgewiesen. Gegen seine Verurteilung zur Zahlung hat der Beklagte Berufung eingelegt und in der Berufungsinstanz hilfsweise ein Zurückbehaltungsrecht mit einem Anspruch auf Übertragung des Pfandrechts sowie Herausgabe der Folien, Netzwerke und der in B[REDACTED] lagernden Baumaterialien ausgeübt. Die Klägerin hat in der zweiten Instanz behauptet, mit der Klausel "von der Verkäuferin erklärtes Pfandrecht" habe man klarstellen wollen, daß auch eine Übertragung der bloßen Besitzposition gewollt sei, falls ihr

kein Pfandrecht zustehe. Vorsorglich hat sie dem Beklagten die Abtretung der ihrem Unternehmerpfandrecht zugrundeliegenden Forderung gegen die DKF angeboten. Das Berufungsgericht hat das erstinstanzliche Urteil aufgehoben und die Klage in vollem Umfang abgewiesen. Mit ihrer Revision erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt:

Die Klägerin habe keinen Zahlungsanspruch aus den abgeschlossenen Kaufverträgen. Der Vertrag über das Pfandrecht an den Dachfolien sei gemäß § 306 i.V.m. § 1250 Abs. 1 BGB nichtig. Gegenstand dieses Vertrages sei nach dem erklärten Willen der Parteien der Verkauf des Pfandrechts. Der Inhalt des Begriffs sei rechtlich eindeutig und den Parteien bekannt gewesen. Daß man wegen der Zweifel des Rechtsberaters der Klägerin am Bestehen des Unternehmerpfandrechts die Formulierung "das von der Verkäuferin erklärte Pfandrecht" eingefügt habe, habe nur für die Gewährleistung Bedeutung: die Klägerin sollte für den Bestand des Rechts nicht einstehen müssen. Dafür, daß der Verkauf des Pfandrechts gewollt war, spreche auch der Vortrag der Klägerin, ihr Rechtsanwalt Dr. W. [REDACTED] sei sich bei der Aushandlung des

Vertrages der Problematik des § 1250 BGB bewußt gewesen. Nach seiner Auffassung sei die zugrundeliegende Forderung nach Nr. 5.1 des Kaufvertrages übertragen worden. Wenn die Klägerin sich durch ihren rechtlichen Berater solche Gedanken machte, sei dies nur damit zu erklären, daß auch sie selbst allein den Verkauf des Pfandrechts und nicht anderer Besitz(rechts)positionen vereinbaren wollte, die ohne eine zu sichernde Forderung hätten übertragen werden können.

Der Kaufvertrag sei unwirksam, da die Vertragsparteien die Übertragung der dem Pfandrecht zugrundeliegenden Forderungen ausdrücklich ausgeschlossen hätten. Dies ergebe sich aus Nr. 1 der Zusatzvereinbarung, wonach alle Forderungen der Klägerin gegen die DKF von den abgeschlossenen Kaufverträgen unberührt bleiben sollten. Die Zusatzvereinbarung sei von vornherein Teil eines Gesamtkonzepts gewesen, innerhalb dessen die Parteien alle rechtlichen und wirtschaftlichen Probleme lösen wollten. Hieraus folge, daß durch die Regelung in dem Kaufvertrag nicht etwa zunächst eine Abtretung der Forderung erfolgt und dann wieder rückgängig gemacht worden sei. Vielmehr müsse man davon ausgehen, daß die Regelung der Zusatzvereinbarung Teil des "Folienvertrages" war. Damit verbiete sich ein Verständnis des Kaufvertrages dahin, daß mit der Verpflichtung zur Abtretung des Pfandrechts zugleich eine Verpflichtung zur Abtretung der Forderung gemeint gewesen sei. Die Behauptung der Klägerin, zwischen den Rechtsberatern der Parteien habe Willensübereinstimmung darüber bestanden, daß bezüglich der unter 5.1 des Kaufvertrages enthaltenen Abtretungsklausel auch die Forderung gemeint gewesen sei, sei demgegenüber unsubstantiiert.

Die Folgen der Übertragung eines Pfandrechts ohne Abtretung der zugrundeliegenden Forderung bestimmten sich nach § 306 BGB und nicht nach § 437 BGB. Die in der letztgenannten Vorschrift zum Ausdruck kommende Besserstellung des Rechtskäufers gegenüber dem Sachkäufer beruhe auf der Überlegung, daß ersterer mehr Schutz verdiene, da das verkaufte Recht nicht sichtbar und er deshalb auf die Angaben des Verkäufers angewiesen sei. Diese Regelung könne daher nicht angewendet werden, wenn sich die Unübertragbarkeit des Rechts bereits aus dem Gesetz ergebe, wie dies bei der isolierten Übertragung des Pfandrechts ohne die Forderung der Fall sei. Daher gehe auch das Angebot der Klägerin, dem Beklagten die Forderung zu zedieren, ins Leere. Eine Verpflichtung zur Abtretung der Forderung habe sie mit dem abgeschlossenen Vertrag nicht übernommen, so daß dementsprechend der Beklagte auch nicht verpflichtet sei, ein derartiges Angebot anzunehmen.

Die Verpflichtung zur Abtretung des Pfandrechts könne ferner nicht in eine Pflicht zur Abtretung auch der Forderung umgedeutet werden. § 140 BGB habe nicht den Zweck, einem Rechtsgeschäft, das wegen Verstoßes gegen eine gesetzliche Vorschrift nichtig sei, durch eine im Wege der Fiktion erfolgte Nachholung der fehlenden Rechtshandlung zur Wirksamkeit zu verhelfen. Der Vertrag könne auch nicht ergänzend ausgelegt werden. Es fehle an einer ausfüllungsbedürftigen Lücke, da die Parteien ausdrücklich vereinbart hätten, daß die zugrundeliegende Forderung nicht zediert werden sollte. Daß sie dabei die eintretenden Rechtswirkungen falsch eingeschätzt hätten, rechtfertige eine ergänzende Vertragsaus-

legung nicht. Der Zahlungsanspruch sei auch nicht nach § 307 Abs. 1 BGB begründet, da Rechtsanwalt Dr. W. sich nach dem eigenen Vorbringen der Klägerin der Problematik des § 1250 BGB bewußt gewesen sei. Überdies mache die Klägerin einen Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses auch nicht geltend. Weil Rechtsanwalt Dr. W. nach dem Vortrag der Klägerin bei den Vertragsverhandlungen die Problematik des § 1250 BGB vor Augen gestanden habe, käme ein Anspruch aus Verschulden bei Vertragsschluß oder positiver Vertragsverletzung schon mangels Kausalität einer Nebenpflichtverletzung für den entstandenen Schaden ebenfalls nicht in Betracht.

Die Klage sei ferner unbegründet, soweit der Kaufpreis für die in B. lagernden Baumaterialien geltend gemacht werde. Dieser Kaufvertrag sei nach § 139 BGB nichtig, da nicht angenommen werden könne, daß er ohne den Vertrag über das Pfandrecht an den Folien abgeschlossen worden wäre. Beide Verträge bildeten eine rechtliche Einheit. Dafür sei entscheidend, daß die Parteien bei Abschluß der Verträge die Einheitlichkeit beider Rechtsgeschäfte gewollt hätten.

II. Das hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

1. Ohne Erfolg greift die Revision die vom Berufungsgericht vorgenommene Auslegung der zwischen den Parteien geschlossenen Verträge an; es hat allerdings eine gebotene ergänzende Vertragsauslegung unterlassen (dazu unten 2), was zur Aufhebung führt.

Die Auslegung, daß Gegenstand des Vertrages bezüglich der Dachfolien ein Pfandrecht daran sei, ist möglich und nicht von Rechtsfehlern beeinflußt. Sie wird schon durch den Wortlaut des § 1 dieser Vereinbarung gestützt. Fehl geht die Rüge der Revision, die Vorinstanz habe die Interessenlage der Parteien nicht hinreichend berücksichtigt, da dem Beklagten auch der "Kauf des Besitzes" genügt hätte. Das Berufungsgericht begründet seine Auslegung gerade damit, daß der Beklagte daran interessiert gewesen sei, ein Pfandrecht und nicht nur ein sonstiges Besitzrecht oder den bloßen Besitz an den Folien zu erhalten, weil der Kaufpreis in Millionenhöhe von der spanischen Firma F. [REDACTED] finanziert werden sollte, deren Bereitschaft dazu aber ganz offensichtlich vom Verkauf eines Pfandrechts abhing. Diese Erwägung ist nicht zu beanstanden.

Der Revision hilft auch die Berufung auf das Gebot der "rechtskonformen Auslegung" nicht weiter. Es besagt, daß von mehreren möglichen Auslegungen diejenige den Vorzug verdient, bei der das Rechtsgeschäft wirksam ist (Senatsurteil vom 3. März 1971 - VIII ZR 55/70 = WM 1971, 503, 504 = NJW 1971, 1034, 1035 unter 2 a). Dieser Grundsatz kann jedoch nur eingreifen, wenn mehrere Interpretationsmöglichkeiten gleichwertig nebeneinander stehen. Nach der Würdigung des Berufungsgerichts bestand hingegen ein ausschließliches Interesse des Beklagten daran, nur eine durch ein Pfandrecht vermittelte Rechtsposition zu kaufen. Eine andere, vom Vertragswortlaut her vielleicht denkbare Auslegung schied damit aus.

2. a) Zu Unrecht geht das Berufungsgericht hingegen davon aus, daß der Klägerin die Erfüllung des Vertrages über das Pfandrecht wegen § 1250 Abs. 1 Satz 2 BGB unmöglich sei. Daher braucht nicht entschieden zu werden, ob die Unmöglichkeit in einem solchen Fall gemäß § 306 BGB zur Nichtigkeit des Vertrages führen oder der Kaufpreisanspruch nach §§ 437 Abs. 1, 440 Abs. 1, 323 Abs. 1 BGB entfallen würde.

Zutreffend ist zwar, daß § 1250 Abs. 1 Satz 2 BGB als Ausdruck der absoluten Akzessorietät des Pfandrechts seine Übertragung ohne die ihm zugrundeliegende Forderung nicht zuläßt. Dies führt im Streitfall indessen nicht dazu, daß ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag anzunehmen ist.

b) Die Vorinstanz legt die Zusatzvereinbarung vom 12. September 1986 dahin aus, daß die Übertragung der dem Pfandrecht zugrundeliegenden Forderung ausgeschlossen werde. Diese Auslegung ist möglich. Die dagegen vorgebrachte Verfahrensrüge hat der Senat geprüft, jedoch nicht für durchgreifend erachtet. Von der Wiedergabe der Begründung wird abgesehen (§ 565 a Satz 1 ZPO).

c) Das Berufungsgericht hat jedoch zu Unrecht eine ergänzende Auslegung der Vereinbarung vom 12. September 1986 abgelehnt. Die ergänzende Auslegung setzt eine Regelungslücke, also eine planwidrige Unvollständigkeit in den Bestimmungen des Rechtsgeschäfts voraus (vgl. nur BGHZ 90, 69, 73 ff). Das hat das Oberlandesgericht nicht verkannt. Seine Begründung, es fehle an einer solchen ausfüllungsbedürftigen

Lücke, ist jedoch nicht zutreffend, weil sie allein darauf abstellt, daß die Parteien ausdrücklich vereinbart hätten, die zugrundeliegende Forderung sollte nicht zediert werden. Dabei wird nicht berücksichtigt, daß der für diese Vertragsgestaltung - im Augenblick - maßgebliche Gesichtspunkt, nämlich die Geltendmachung der Forderung im Konkurs der DKF, demnächst wegfallen könnte, der Abtretung auch der Forderung seitens der Klägerin also nichts mehr im Weg stehen würde und daß die Parteien eben dies vorgesehen hätten, wenn ihnen die Rechtsfolgen einer Verpflichtung zur isolierten Pfandrechtsübertragung bewußt gewesen wären.

d) Eine ergänzende Vertragsauslegung ist hier nicht deshalb ausgeschlossen, weil das Gesetz mit den §§ 306 bzw. 437, 440, 323 ff BGB Bestimmungen enthält, die auf den vorliegenden Fall anwendbar sein könnten. Die dem Vertrag fehlenden Regelungen sind nämlich dann nicht durch Gesetzesvorschriften zu schließen, wenn feststeht, daß die Parteien nach ihrem mutmaßlichen Willen die gesetzliche Regelung nicht wollten (BGH Urteil vom 19. März 1975 - VIII ZR 262/73 = WM 1975, 419, 421 unter IV 2 a; Palandt/Heinrichs, BGB, 49. Aufl., 1990, § 157 Anm. 2 c aa). Um einen solchen Fall handelt es sich hier. Das dispositive Recht würde der Durchführung des Pfandrechtsverkaufs entgegenstehen. Das hätten die Parteien jedoch nicht gewollt.

e) Die vom Berufungsgericht unterlassene Auslegung kann das Revisionsgericht selbst nachholen (BGHZ 65, 107, 112; BGH Urteil vom 12. Februar 1988 - V ZR 8/87 = WM 1988, 767, 769 unter II 2). Dabei ist darauf abzustellen, welche Rege-

lung die Parteien im Hinblick auf den mit dem Vertrag verfolgten Zweck bei sachgerechter Abwägung ihrer beiderseitigen Interessen nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung der Verkehrssitte getroffen hätten (BGHZ 90, 69, 75; BGH Urteil vom 19. März 1975 aaO unter IV 2 c aa).

Vertragszweck war es hier, dem Beklagten das Pfandrecht an den Dachfolien und dem Netzwerk zu verschaffen. Die zur Erfüllung des Vertrages notwendige Abtretung der zugrundeliegenden Forderung hatten die Parteien allein im Interesse der Klägerin ausgeschlossen. Sie wollte sich - wie das Berufungsgericht feststellt - das Recht vorbehalten, die Aufhebung des Konkursverfahrens gegen die DKF von ihrer Zustimmung abhängig zu machen. Dies setzte voraus, daß sie weiterhin Inhaberin der Forderung und damit Konkursgläubigerin war. Für den Beklagten war es hingegen ohne Interesse, daß die Klägerin Inhaberin der Forderung blieb.

Hätten die Parteien gewußt, daß die Durchführung des Folienvertrages und der weiteren am 12. September 1986 getroffenen Vereinbarungen scheitern werde, falls die Klägerin den durch das Pfandrecht gesicherten Anspruch nicht an den Beklagten zedierete, hätten sie die Verpflichtung zur Abtretung der Forderung vereinbart. Der Klägerin hätte an der Erlangung des Kaufpreises für das Pfandrecht mehr gelegen als an ihrer weiteren Teilnahme am Konkurs der DKF. Dafür spricht schon, daß sie dem Beklagten nunmehr die Abtretung der Forderung anbietet. Die Interessen des Beklagten werden demgegenüber durch den Erwerb der Forderung nicht zu seinen Ungunsten beeinträchtigt, so daß aus seiner Sicht keine Gründe gegen eine derartige vertragliche Regelung sprechen.

Nach alledem ist eine Auslegung, die der erfüllungsbe-
reiten Klägerin ein Festhalten am Vertrag verwehren und dem
Beklagten eine Abkehr vom Vertrag ermöglichen würde, mit dem
bei der ergänzenden Vertragsauslegung zu beachtenden Grund-
satz von Treu und Glauben nicht zu vereinbaren.

Das angefochtene Urteil ist deshalb aufzuheben (§ 564
Abs. 1 ZPO). Daran ist der erkennende Senat nicht durch den
Nichtannahme-Beschluß des V. Zivilsenats des Bundesgerichts-
hofes vom 12. Oktober 1989 in der Parallelsache V ZR 17/89
gehindert. Ein Grund zur Vorlage an den Großen Senat für
Zivilsachen gemäß § 136 GVG (Abweichung in einer Rechts-
frage) besteht nicht, weil der hier maßgebliche Aufhebungs-
grund in der Entscheidung vom 12. Oktober 1989 nicht berührt
worden ist (vgl. Wieczorek, ZPO, 2. Aufl., § 136 GVG Anm. B
III Abs. 2). Da der Senat mangels Entscheidungsreife nicht
selbst endgültig über die Sache befinden kann (§ 565 Abs. 3
Nr. 1 ZPO), ist sie an das Berufungsgericht zurückzuverwei-
sen (§ 565 Abs. 1 ZPO).

III. Bei der anderweiten Verhandlung und Entscheidung
wird nunmehr zu prüfen sein, ob der Vertrag über die Folien
aus anderen Gründen unwirksam ist, was sich beim gegenwär-
tigen Prozeßstand nicht ausschließen läßt.

1. Dies kann allerdings nicht schon daraus folgen, daß
im Parallelrechtsstreit, in dem die Grundstücksgesellschaft
R■■■■ GmbH den Grundstückskaufpreis gegen den Beklagten gel-
tend gemacht hat, die Klage mit der Begründung abgewiesen

worden ist, der Folienvertrag und - wegen § 139 BGB - der Grundstückskaufvertrag seien unwirksam. Die Annahme, der Folienvertrag sei gemäß § 306 BGB nichtig, ist - wie ausgeführt - unzutreffend. Deshalb kann eine Nichtigkeit des Folienvertrags auch nicht unter dem Gesichtspunkt angenommen werden, eine daraus hergeleitete Nichtigkeit des Grundstückskaufvertrags erstrecke sich - wiederum über § 139 BGB - auf den Folienvertrag.

2. Es wird aber zu bedenken sein, daß der Folienvertrag gemäß § 313 BGB notarieller Beurkundung bedurft haben kann. Eine Vereinbarung, die für sich allein nicht formbedürftig ist, unterliegt der Formvorschrift des § 313 BGB dann, wenn sie mit einem Grundstückskaufvertrag eine rechtliche Einheit bildet (BGHZ 101, 393, 396; BGH Urteil vom 7. Dezember 1989 - VII ZR 343/88 unter I 2 a, zur Veröffentlichung bestimmt). Diese Voraussetzungen können hier im Hinblick auf den Kaufvertrag über das Grundstück in R. erfüllt sein. Ein danach in Betracht kommender Formmangel wäre aber - ebenso wie ein etwaiger Formmangel des Grundstückskaufvertrages selbst, der als solcher über § 139 BGB auch zur Nichtigkeit des Folienvertrags führen könnte - in entsprechender Anwendung des § 313 Satz 2 BGB geheilt, sofern das Eigentum an dem dänischen Grundstück inzwischen wirksam auf den Beklagten übertragen worden ist (vgl. BGHZ 73, 391, 396).

3. Ferner kann sich die Nichtigkeit des Vertrages daraus ergeben, daß der Beklagte seine Vertragserklärung wegen arglistiger Täuschung wirksam angefochten haben könnte (§§ 123 Abs. 1, 142 Abs. 1 BGB). In diesem Zusammenhang ist

darauf hinzuweisen, daß eine Bestätigung des Rechtsgeschäfts (§ 144 Abs. 1 BGB) nicht mit der vom Landgericht gegebenen Begründung bejaht werden könnte. Das Landgericht sieht eine Bestätigung darin, daß der Beklagte mit Schreiben vom 3. Oktober 1986 auf eine Nachlieferung gedrängt habe. Nach dem Vortrag des Beklagten war ihm zu diesem Zeitpunkt jedoch nur der Umfang der Fehlmenge von 41,92 % bekannt. Daß die Klägerin davon bei Vertragsschluß gewußt habe, habe sein Rechtsberater aber erst am 18. November 1986 erfahren. Voraussetzung für die Bestätigung eines anfechtbaren Rechtsgeschäfts ist indes, daß der Anfechtungsberechtigte in seiner Erklärung seinen Willen zum Ausdruck bringt, ein ihm bekanntes Anfechtungsrecht nicht auszuüben. Im Falle der arglistigen Täuschung kann der Anfechtungsberechtigte daher den Bestätigungswillen nur haben, wenn er weiß oder mindestens mit der Möglichkeit rechnet, daß der Gegner ihn bewußt getäuscht hat. Außerdem muß er wissen, daß sich daraus für ihn ein Anfechtungsrecht ergibt (Senatsurteil vom 28. April 1971 - VIII ZR 258/69 = WM 1971, 749, 753 = NJW 1971, 1795, 1800 unter II 3 e cc; vgl. zu den Voraussetzungen der Bestätigung zuletzt BGH Urteil vom 2. Februar 1990 - V ZR 266/88 unter II 1, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen). An dieser Kenntnis würde es nach dem Vortrag des Beklagten am 3. Oktober 1986 gefehlt haben.

4. Die zwischen den Parteien umstrittene Frage, ob die Klägerin überhaupt Inhaberin eines Unternehmerpfandrechts (§ 647 BGB) geworden ist, läßt allerdings die Wirksamkeit des "Folienvertrages" unberührt. Besteht das verkaufte Recht nicht, so richten sich die Rechtsfolgen der Unmöglichkeit

der Erfüllung grundsätzlich nach den §§ 437, 440, 320 ff BGB. Der Vertrag wäre unter diesem Gesichtspunkt allein dann gemäß § 306 BGB nichtig, wenn die Entstehung des verkauften Rechts überhaupt unmöglich war (vgl. RGZ 90, 240, 244; MünchKomm/ H.P. Westermann, BGB, 2. Aufl. 1988, § 437 Rdnr. 1). Ein derartiger Fall liegt hier nicht vor. Der Beklagte hat zwar die Ansicht vertreten, ein Bauunternehmer - wie die Klägerin - könne zur Sicherung ihrer werkvertraglichen Forderungen nur einen Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek nach § 648 BGB, nicht dagegen ein Werkunternehmerpfandrecht erwerben. Das trifft nicht zu. Allerdings regelt § 648 BGB eine für den Bauunternehmer spezifische Sicherungsmöglichkeit, die dem Umstand Rechnung trägt, daß nach seiner Vorleistung regelmäßig nur das Grundstück als Sicherungsobjekt zur Verfügung steht. Das schließt indessen nicht aus, daß für den Bauunternehmer im Zusammenhang mit seiner Tätigkeit auch ein Pfandrecht an beweglichen Sachen entsteht (vgl. Ingenstau/Korbion, VOB, 11. Aufl. 1989, § 16 VOB/B Rdnr. 414). Konkret kann sich ein derartiges Pfandrecht aus folgendem, im Tatbestand des Berufungsurteils festgehaltenen Sachverhalt ergeben, auf den das Oberlandesgericht - von seinem Standpunkt mit Recht - nicht weiter eingegangen ist (vgl. zur Rechtslage MünchKomm-Soergel, BGB, 2. Aufl., § 647 Rdnr. 9): "Die fertig zu konfektionierenden Dachfolien waren ursprünglich von der DKF bei der T■■■■ GmbH bestellt worden. Aufgrund einer späteren Vereinbarung zwischen der DKF und der Klägerin war der Verarbeitungsteil aus dem Lieferungs- und Verarbeitungsvertrag zwischen der DKF und der T■■■■ GmbH herausgenommen und in den Vertrag zwischen der DKF und der Klägerin einbezogen worden. Inwie-

weit die Bearbeitung der Folien tatsächlich Leistungsgegenstand des Vertrages zwischen der DKF und der Klägerin war, ist zwischen den Parteien streitig. Jedenfalls bearbeitete die T[REDACTED]-GmbH die Folien und lieferte sie bei der Klägerin an. Die T[REDACTED]-GmbH erhielt auch eine entsprechende Vergütung." Soweit die für die Entstehung des Unternehmerpfandrechts erforderlichen Voraussetzungen (wie: Forderungen der Klägerin gegen die DKF und Eigentum der DKF an den Folien) streitig sind, handelt es sich um Umstände, deren Fehlen nicht die Wirksamkeit des Vertrages zwischen den Parteien betrifft, das allerdings zum Verlust des Kaufpreisanspruchs führen würde (§§ 440 Abs. 1, 323 Abs. 1 BGB).

IV. Solange nicht die Wirksamkeit des Vertrages über den Verkauf des Pfandrechts feststeht, kann auch die Wirksamkeit des Vertrags hinsichtlich der in B[REDACTED] lagernden

Materialien nicht abschließend beurteilt werden. Das Berufungsgericht hat zwischen beiden Verträgen Einheitlichkeit im Sinne von § 139 BGB angenommen. Dagegen bestehen keine Bedenken.

Wolf

Dr. Skibbe

Treier

Groß

Dr. Hübsch