

Nachschlagewerk: ja

Amtliche Sammlung: ja

BGB §§ 817 S. 2, 994 ff

a) Zur Anwendbarkeit des § 817 Satz 2 BGB auf Pacht- und
Aufbauverträge über ein Bordell.

b) Auf Verwendungsersatzansprüche nach den §§ 994 ff BGB
ist § 817 Satz 2 BGB nicht anwendbar.

BGH, Urt. v. 20. Mai 1964 - VIII ZR 56/63 - OLG Braunschweig
LG Braunschweig

VIII ZR 56/63

Verkündet
am 20. Mai 1964
Klett,
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s
In dem Rechtsstreit

der Frau Irmgard M [REDACTED] in W [REDACTED], Hotel und
Restaurant "A [REDACTED]", N [REDACTED] Weg,

Beklagten, Revisionsklägerin
und Anschlußrevisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

Frau Hedwig Q [REDACTED] in Bra [REDACTED], B [REDACTED] weg [REDACTED],

Klägerin, Revisionsbeklagte und
Anschlußrevisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 20. Mai 1964 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger und der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Dr. Mezger, Dr. Messner und Mormann
für Recht erkannt:

1. Die Anschlußrevision der Klägerin wird zurückgewiesen.
2. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Braunschweig vom 10. Januar 1963, soweit die Beklagte zur Räumung verurteilt ist, und im Kostenpunkt aufgehoben.
3. Von den bisher entstandenen Kosten des Rechtsstreits werden 3/4 der Klägerin auferlegt.
4. Im übrigen wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen, dem auch die Entscheidung über die restlichen Kosten des Revisionsverfahrens übertragen wird.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Die Klägerin ist Eigentümerin des Grundstücks Bra[REDACTED], Br[REDACTED]straße [REDACTED]. Die Straße ist eine geschlossene Bordellstrasse, auch im Hause der Klägerin wurde und wird ein Bordell betrieben. Das Haus wurde im Kriege beschädigt. Am 19. Oktober 1950 schloß die Klägerin mit dem Ehemann der Beklagten (damals Bauingenieur, jetzt Gastwirt) folgenden notariellen Pachtvertrag (auszugsweise):

"§ 1 ... (Klägerin) verpachtet das ... Grundstück mit Wirkung vom 1. November 1950 auf die Dauer von 20 Jahren - bis zum 31.12.1970 - an den (Ehemann der Beklagten).

§ 2 Die Verpachtung erfolgt zum Zwecke, in dem genannten Grundstücke, das fliegerbeschädigt ist und zunächst wieder aufgebaut werden muß, einen Bordellbetrieb zu unterhalten, der auch früher bereits dort bestanden hat.

§ 3 Der Pachtpreis beträgt monatlich 15 % der gehabten Einnahmen, mindestens jedoch 150 DM. Er ist jeweils bis zum 15. eines jeden Monats nachträglich zu bezahlen.

...

Sollte wider Erwarten behördlicherseits der Betrieb nicht genehmigt oder später verboten werden, so werden als Pacht 15 % der alsdann erzielten Einnahmen gezahlt.

...

§ 6 Pächter verpflichtet sich, auf eigene Kosten das zerbombte Wohnhaus wieder aufzubauen und 3 Geschosse (Erdgeschoß, erste Etage, ausgebautes Dachgeschoß) zu errichten.

Mit den Bauarbeiten ist unverzüglich zu beginnen.

§ 7 Bei normaler Beendigung des Pachtvertrages hat die Grundstückseigentümerin, der das Wahlrecht zuerst zusteht, die Berechtigung, zu dem alsdann gültigen Verkehrswert das vom Pächter errichtete Gebäude zu erwerben bzw. ihm die entsprechende Entschädigung für die Verbesserung ihres Grundbesitzes zu bezahlen.

Sollte die Verpächterin den Erwerb des Hauses ablehnen, so hat der Pächter das Recht, seinerseits den Grund und Boden, auf dem er das Gebäude errichtet hat, zu erwerben. Auch hier wird alsdann der gültige Zeitwert zugrunde gelegt.

..."

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



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Am Tage der Beurkundung dieses Vertrages bewilligte die Klägerin die Eintragung einer Grundschuld von 20 000 DM für den Ehemann der Beklagten. Die Grundschuld wurde am 13. März 1951 im Grundbuch eingetragen; sie sollte nach einer mündlichen Abrede der Vertragsparteien "zur Sicherung der Bauaufwendungen des Ehemannes der Beklagten dienen". Der Ehemann der Beklagten baute das Haus wieder auf; in ihm wurde ein Bordell eröffnet. Am 26. Mai 1951 trat er in notarieller Urkunde der Beklagten seine Rechte aus dem Pachtvertrag vom 19. Oktober 1950 "in vollem Umfange mit allen Rechten und Pflichten ab, und zwar mit Wirkung vom 1. Mai 1951". Mit notariell beglaubigter Erklärung vom 15. Januar 1952 stimmte die Klägerin "als Grundstückseigentümerin der Abtretung zu und trat, soweit erforderlich, dem erwähnten Verträge bei".

Die Klägerin ist der Meinung, der Pachtvertrag sei sittenwidrig und deshalb gemäß § 138 BGB nichtig. Sie verlangt Räumung des Grundstücks und Einwilligung der Beklagten in die Löschung der Grundschuld. Die Beklagte hat Abweisung der Klage und hilfsweise beantragt, sie nur Zug um Zug gegen Zahlung von 100 000 DM (Bauaufwendungen) zu verurteilen. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. In der Berufungsinstanz hat die Klägerin hinsichtlich der Grundschuld hilfsweise beantragt, die Beklagte zu verurteilen, zu veranlassen und herbeizuführen, daß die für ihren Ehemann eingetragene Grundschuld gelöscht werde. Das Berufungsgericht hat die Beklagte zur Räumung - ohne Gegenleistung der Klägerin - verurteilt, hinsichtlich der Grundschuld aber die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Gegen das Urteil hat die Beklagte Revision eingelegt, die Klägerin hat sich angeschlossen. Die Beklagte beantragt, auch die Räumungsklage abzuweisen, hilfsweise, sie nur Zug um Zug gegen Zahlung von 100 000 DM zu verurteilen, ferner die Anschlußrevision der Klägerin zurückzuweisen. Die Klägerin beantragt,

die Revision der Beklagten zurückzuweisen, und hinsichtlich der Grundschild gemäß ihrem Hilfsantrag zu erkennen.

Entscheidungsgründe:

I. Die Revision der Beklagten.

1. Das Berufungsgericht hat zutreffend angenommen, daß der Pachtvertrag vom 19. Oktober 1956 gegen die guten Sitten verstößt und deshalb gemäß § 138 BGB nichtig ist. Der Verstoß gegen die guten Sitten liegt darin, daß nach § 2 des Vertrages die Verpachtung ausdrücklich zu dem Zweck erfolgte, auf dem Grundstück einen Bordellbetrieb zu unterhalten; ferner ist die Bestimmung des § 3 sittenwidrig, der als Pachtzins einen Prozentsatz der Einnahmen aus dem Bordell festsetzt. Aus dem Pachtvertrag, in den die Beklagte (ob neben oder anstelle ihres Ehemannes kann dahinstehen) eingetreten ist, kann sie deshalb gegenüber der klagenden Eigentümerin kein Recht zum Besitz herleiten.

Sie oder ihr Mann sind auch nicht etwa Eigentümer des neu errichteten Hauses geworden, wenn, worüber das Berufungsurteil nichts feststellt, das alte so erheblich beschädigt gewesen sein sollte, daß der Ehemann der Beklagten praktisch einen Neubau errichtet hat. Denn aus § 7 des Pachtvertrages ergibt sich, daß der Ehemann der Beklagten das Haus nicht nur zu einem vorübergehenden Zweck im Sinne des § 95 BGB errichtet hat. Auch das neue Haus ist also gemäß §§ 94, 93 BGB Eigentum der Klägerin. Sie kann deshalb gemäß § 985 BGB von der Beklagten, die kein Recht zum Besitz hat, Herausgabe des Hauses verlangen.

2. Dem steht, wie das Berufungsgericht ebenfalls mit Recht annimmt, § 817 Satz 2 BGB nicht entgegen, und zwar wegen der besonderen Fallgestaltung ohne Rücksicht darauf, ob bei einem Anspruch aus § 985 BGB an sich § 817 Satz 2 BGB anwendbar ist. Diese Bestimmung setzt eine Leistung voraus, deren Zweck in der Art bestimmt ist, daß der Leistende durch sie gegen die guten Sitten verstoßen hat. Als Leistung der Klägerin in diesem Sinne kommt nur das Gewähren des Gebrauchs und der Nutzung des Hauses während der Pachtzeit in Betracht. Da die Beklagte nach § 2 des Pachtvertrages das Haus als Bordell benutzen und nutzen wollte, war der Zweck der Leistung der Klägerin in der Tat so bestimmt, daß diese durch die Leistung gegen die Sittenordnung verstieß. § 817 Satz 2 BGB würde nur der Rückforderung dieser Leistung entgegenstehen. Da die Leistung nur in einer zeitweiligen Gewährung des Pachtgegenstandes an die beklagte Pächterin besteht, würde deshalb die Klägerin ihren Anspruch auf Herausgabe des Hauses gemäß § 817 Satz 2 BGB nicht für immer, sondern nur für die Pachtzeit verloren haben, d.h. § 817 Satz 2 BGB würde den Rechtsgrund dafür abgeben, daß die Beklagte - trotz Nichtigkeit des Pachtvertrages - den Pachtgegenstand bis zum Ende der Pachtzeit (31. Oktober 1970) behalten dürfte (vgl. für den Fall der Rückforderung der Darlehensvaluta des Wucherers RGZ 161, 52, 56, 57; ferner Boehmer, Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung, 1. Buch, S. 55; von Caemmerer SJZ 1950, 646, 650 Fußnote 39; Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, 6. Aufl. II. Bd. S. 366; Staudinger, BGB 11. Aufl. § 817 Nr. 19; Soergel/Siebert/Mühl, BGB 9. Aufl. § 817 Anm. 12).

Dieses Ergebnis würde jedoch dem Zwecke des § 138 BGB zuwiderlaufen. Diese Bestimmung entkleidet das gegen die guten Sitten verstoßende Rechtsgeschäft jeder Rechtswirksamkeit. Könnte der Pächter eines Bordells der Räumungsklage des Verpächters für die Pachtzeit mit dem Einwand aus § 817 Satz 2 BGB

begegnen, so würde damit das gemäß § 138 BGB nichtige Pachtverhältnis insoweit legalisiert, als der Pächter in seinem Pachtbesitz geschützt würde, allerdings mit der Abwandlung, daß er den Pachtgegenstand sogar unentgeltlich nutzen könnte, weil einer Pachtzinsklage des Verpächters die Nichtigkeit des Pachtvertrages entgegenstehen würde. Es kann dahinstehen, ob das Letztere noch durch den Gesetzeszweck gerechtfertigt werden könnte, daß, wer außerhalb der Rechts- oder Sittenordnung Geschäfte macht, dies gemäß § 817 Satz 2 BGB auf eigenes Risiko tut. Jedenfalls gilt das nicht für eine Legalisierung des Bordell-Betriebes, die notwendig darin läge, daß dem Pächter über § 817 Satz 2 BGB eine rechtliche Möglichkeit zur Fortführung des Bordell-Betriebes gegeben würde. Im Widerstreit zwischen der rechtspolitisch problematischen und in ihrem Anwendungsbereich umstrittenen Vorschrift des § 817 Satz 2 BGB und der Generalklausel des § 138 BGB gebührt der letzteren der Vorzug. In einem Fall wie dem vorliegenden, in dem der Pachtgegenstand dem Pächter zu sittenwidriger Nutzung überlassen ist, kann deshalb der Rückgabeklage des Verpächters nicht mit dem Einwand aus § 817 Satz 2 BGB begegnet werden.

3. Das Berufungsgericht hat ferner zu Recht den Räumungsanspruch der Klägerin auch nicht daran scheitern lassen, daß die Parteien das Pachtverhältnis trotz seiner Rechtsunwirksamkeit 11 Jahre lang wie ein gültiges Pachtverhältnis abgewickelt haben, und die Klägerin deshalb gegen Treu und Glauben verstoße, wenn sie plötzlich und ohne Grund das Pachtverhältnis beenden wolle. Insoweit kann nicht an die Rechtsprechung angeknüpft werden, die unter bestimmten Voraussetzungen, insbesondere bei langjähriger beiderseitiger Erfüllung eines Dauerschuldverhältnisses, gegenüber der Berufung auf die Formnichtigkeit eines Vertrages die Einrede der allgemeinen Arglist gewährt. Formvorschriften und die Generalklau-

sel des § 138 BGB können in ihrer Bedeutung nicht miteinander verglichen werden. Wenn die Rechtsprechung über die Verletzung von Formvorschriften in Ausnahmefällen hinwegsehen kann, um ein Ergebnis zu erzielen, das der materiellen Gerechtigkeit entspricht, so stellt sich ein vergleichbares Problem jedenfalls dann nicht, wenn das Hinwegsehen über die Nichtigkeit eines sittenwidrigen Rechtsgeschäfts dazu führen würde, die Aufrechterhaltung des durch das nichtige Geschäft herbeigeführten sittenwidrigen Zustandes zu ermöglichen. Der Grundsatz, daß Vertragsparteien Treu und Glauben bei der Abwicklung des Vertrages zu wahren haben, kann es grundsätzlich nicht rechtfertigen, die Aufrechterhaltung eines von der Rechtsordnung nicht gebilligten Zustandes zu legalisieren. Die Rechtsordnung erfordert vielmehr die Beseitigung dieses Zustandes durch Liquidierung des rechtlich nichtigen, aber tatsächlich praktizierten Vertragsverhältnisses.

Daran ändert im vorliegenden Fall auch die Tatsache nichts, daß der Rechtsvorgänger der Beklagten im Pachtverhältnis, ihr Ehemann, für den Wiederaufbau des Hauses beträchtliche Aufwendungen gemacht hat. Durch die vorzeitige Liquidierung des Pachtverhältnisses entfällt zwar für die Beklagte die Möglichkeit, während der restlichen Pachtzeit einen Ausgleich für diese Aufwendungen in den Erträgen des Bordells zu finden. Auch hat die Beklagte keine vertraglichen Ansprüche aufgrund des § 7 des Pachtvertrages; denn der Pachtvertrag ist gemäß § 139 BGB in seinem ganzen Umfang nichtig, ohne Rücksicht darauf, inwieweit die einzelnen Bestimmungen selbst gegen § 138 BGB verstoßen. Damit werden aber die Beklagte und ihr Ehemann nicht rechtlos gestellt. Wegen der Bauaufwendungen verbleiben ihnen vielmehr die ihnen nach dem Gesetz zustehenden und im folgenden zu erörternden Ansprüche.

4. Das Berufungsgericht verneint, daß die Beklagte wegen der Bauaufwendungen ihres Ehemannes das Grundstück zurückhalten könne. Es führt aus: Der Ehemann der Beklagten habe, weil der ganze Vertrag vom 19. Oktober 1950 nichtig sei, wegen seiner Bauaufwendungen keine vertraglichen Ansprüche gegen die Klägerin. Schon deshalb habe er solche an die Beklagte nicht abtreten können. Auch würde die Abtretung selbst sittenwidrig und deshalb nichtig sein. Wirksam abgetreten seien deshalb allenfalls gesetzliche Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung oder aus §§ 946, 951 BGB. Solchen Ansprüchen stehe aber der Einwand aus § 817 Satz 2 BGB entgegen.

Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

a) Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, daß der ganze Vertrag vom 19. Oktober 1950 nichtig ist (§ 139 BGB). Nichtig ist deshalb auch § 6 des Pachtvertrages, durch den der Pächter sich verpflichtete, das Haus auf eigene Kosten wieder aufzubauen. Da der Ehemann der Beklagten und später diese selbst ihr Recht zum Besitz des Grundstücks ausschließlich aus dem (nichtigen) Vertrag vom 19. Oktober 1950 herleiten, waren sie von Anfang an und während der ganzen Dauer der Besitzzeit gegenüber der Klägerin unrechtmäßige Besitzer. Der Ehemann der Beklagten hat durch den Wiederaufbau des kriegsbeschädigten oder kriegszerstörten Hauses im Sinne der §§ 994 ff BGB Verwendungen auf das Grundstück gemacht. Zwar hat der Bundesgerichtshof wiederholt (BGHZ 10, 171, 178; ferner Urteil vom 26. Februar 1964 - V ZR 105/61, zur Aufnahme in die Amtliche Sammlung bestimmt = WM 1964, 456, 457) ausgesprochen, daß die Bebauung eines Grundstücks nicht schlechthin eine Ver-

wendung auf das Grundstück darstellt. Unter den Begriff der Verwendung sollen vielmehr nach dieser Rechtsprechung nur solche Maßnahmen fallen, die der Sache zugute kommen sollen, ohne sie grundlegend zu verändern. Es kommt deshalb hiernach darauf an, ob die Bebauung darauf abzielt, den Bestand der Sache als solcher zu erhalten oder wieder herzustellen. Das ist für die vom Ehemann der Beklagten vorgenommenen Baumaßnahmen zu bejahen. Er hat nicht auf einem bisher unbebauten Grundstück gebaut, sondern ein Haus wiederaufgebaut, und zwar sollte dieses Haus (siehe § 2 des Pachtvertrages) - ebenso wie das alte - als Bordell verwendet werden. Der Wiederaufbau veränderte mithin das Grundstück nicht grundlegend, sondern stellte seine Verwendbarkeit für den alten Zweck wieder her. Die Ansprüche wegen dieser Verwendungen gegen die Klägerin als Eigentümerin des Grundstücks werden durch die §§ 994 ff BGB geregelt. Nach § 999 Abs. 1 BGB kann die Beklagte, weil sie Rechtsnachfolgerin ihres Mannes im Besitz geworden ist, für dessen Verwendungen in demselben Umfang Ersatz verlangen, in welchem ihn ihr Ehemann verlangen könnte, wenn er das Grundstück herauszugeben hätte. Ihre Sachlegitimation ist also schon kraft Gesetzes gegeben, so daß es auf die während des Rechtsstreits vorgenommene Abtretung nicht mehr ankommt. Die Regelung der §§ 994 ff BGB ist nach allgemeiner Meinung eine ausschließliche in dem Sinne, daß sie alle anderen gesetzlichen Anspruchsgrundlagen ausschließt. Entgegen der Meinung des Berufungsgerichts kommen deshalb insbesondere Bereicherungsansprüche und Ansprüche aus § 951 BGB nicht in Frage. Die Beklagte kann vielmehr gegenüber der auf § 985 BGB gestützten Räumungsklage ein Zurückbehaltungsrecht nur aufgrund des § 1000 BGB haben. Das Berufungsurteil könnte danach nur aufrechterhalten werden, wenn im vorliegenden Falle die Beklagte, obwohl ihr Ehemann als unrechtmäßiger Besitzer Verwendungen auf das Grundstück gemacht hat, gleichwohl aus besonderen Rechtsgründen einen Ersatzanspruch oder ein Zurückbehaltungsrecht nicht hätte.

b) Insoweit kommt zunächst der Bestimmung des § 556 Abs. 2 BGB, nach der dem Mieter (Pächter) eines Grundstücks wegen seiner Ansprüche gegen den Vermieter (Verpächter) ein Zurückbehaltungsrecht nicht zusteht, im vorliegenden Fall schon deshalb keine Bedeutung zu, weil diese Bestimmung ein Zurückbehaltungsrecht nur verneint gegenüber dem Rückgabeanspruch des Vermieters (Verpächters) aus § 556 Abs. 1 BGB. Die Klägerin klagt aber als Eigentümerin aus § 985 BGB; einen Anspruch aus § 556 Abs. 1 BGB hat sie wegen der Nichtigkeit des Pachtvertrages nicht. Gegenüber einem Herausgabeanspruch aus § 985 BGB schließt aber § 556 Abs. 2 BGB ein Zurückbehaltungsrecht nicht aus (BGH, Urt. vom 9. März 1960 - V ZR 168/58 = LM BGB § 556 Nr. 1).

c) Einem Ersatzanspruch der Beklagten, und damit ihrem Zurückbehaltungsrecht, steht entgegen der Meinung des Berufungsgerichts auch § 817 Satz 2 BGB nicht entgegen.

Das Berufungsgericht hat diese Frage nur im Hinblick auf einen etwaigen Anspruch der Beklagten aus Bereicherung oder aus § 951 BGB, die in Wirklichkeit nicht gegeben sind, geprüft. Es bejaht unter diesem Blickwinkel die Voraussetzungen des § 817 Satz 2 BGB: Der Ehemann der Beklagten habe die Bauaufwendungen gemacht, um in dem Gebäude ein Bordell zu betreiben; der Zweck seiner Leistung sei deshalb sittenwidrig und dies sei ihm auch bewußt gewesen. Gegen diese Feststellungen und die daraus gezogene Folgerung, der Ehemann der Beklagten habe durch den Wiederaufbau des Hauses im Sinne des § 817 Satz 2 BGB gegen die guten Sitten verstoßen, sind aus Rechtsgründen Bedenken nicht herzuweisen. Es ist insbesondere nicht möglich, den Vertrag vom 19. Oktober 1950 in einen Aufbauvertrag und einen Pachtvertrag aufzuteilen, und dabei den einen als sittlich neutral, den anderen als sittenwidrig zu werten, und in gleicher Weise die aufgrund des Vertrages erbrachten Leistungen der Vertragsparteien

verschieden einzustufen. Das würde der Tatsache nicht gerecht werden, daß die verschiedenen Teile des Vertrages dem einheitlichen Zwecke dienten, in dem Hause ein Bordell zu betreiben, aus dem beide Parteien ihren Nutzen ziehen wollten. Dieser sittenwidrige Zweck machte auch den Wiederaufbau des Hauses durch den Ehemann der Beklagten zu einer sittlich mißbilligten Leistung im Sinne des § 817 Satz 2 BGB. Insoweit kann dem Berufungsgericht unbedenklich gefolgt werden.

Das Berufungsgericht erwägt dann, ob die Beklagte nicht dem Einwand aus § 817 Satz 2 BGB mit der Einrede der Arglist begegnen könne, weil die Klägerin gegen Treu und Glauben verstoße, wenn sie das Grundstück (mit dem wiederaufgebauten Haus) herausverlange, sich aber weigere, die Bauaufwendungen zu ersetzen. Nach Ansicht des Berufungsgerichts könnte in der Tat der Ehemann der Beklagten, wenn dieser der Beklagte wäre, sich auf einen Rechtsmißbrauch der Klägerin berufen; die Beklagte könne es aber nicht, weil sie die Bauaufwendungen nicht erbracht habe und deshalb ihr gegenüber die Klägerin nicht arglistig handele.

Dem kann nicht beigetreten werden. Wenn dem Ehemann der Beklagten gegenüber einer Räumungsklage der Klägerin unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben ein Zurückbehaltungsrecht wegen seiner Bauaufwendungen nicht versagt werden könnte, so müßte das gleiche für die Beklagte gelten, weil sie mit Zustimmung der Klägerin und ihres Ehemannes in den Vertrag vom 19. Oktober 1950 eingetreten ist und ihr Ehemann ihr im Rechtsstreit die Gegenansprüche wegen der Bauaufwendungen abgetreten hat. Nicht zweifelsfrei ist aber, ob überhaupt § 817 Satz 2 BGB im Einzelfall durch den Grundsatz von Treu und Glauben modifiziert werden kann, wie das Berufungsgericht in Anlehnung an RGZ 71, 432, 436 annimmt (dagegen: BGHZ 8, 348, 373, Staudinger, 11. Aufl. § 817 Nr. 24; Esser, Schuldrecht, 2. Aufl. § 194 2b). Der vor-

liegende Fall gibt keine Veranlassung, in dieser Streitfrage Stellung zu beziehen. Denn vor der Frage, ob dem Einwand aus § 817 Satz 2 BGB mit der Replik der Arglist begegnet werden kann, ist die Frage zu beantworten, ob § 817 Satz 2 BGB überhaupt über das Bereicherungsrecht hinaus gilt und deshalb auch dem Verwendungsersatzanspruch der Beklagten nach den §§ 994 ff BGB entgegengesetzt werden kann.

Der Bundesgerichtshof ist, darin dem Reichsgericht folgend, wiederholt einer Auffassung entgegengetreten, die in § 817 Satz 2 BGB einen allgemeinen Rechtsgrundsatz finden und diese Bestimmung auch gegenüber anderen als Bereicherungsansprüchen anwenden will. So hat er in dem Urteil IV ZR 37/50 vom 14. Juni 1951 (NJW 1951, 643) § 817 Satz 2 BGB für unanwendbar erklärt gegenüber Ansprüchen aus § 985, §§ 989, 990 und aus § 823 BGB, in BGHZ 39, 87, 91 gegenüber Ansprüchen aus Geschäftsführung ohne Auftrag. In der letzteren Entscheidung setzt sich der VII. Zivilsenat auch mit den im Schrifttum erhobenen Bedenken auseinander, die vor allem damit begründet werden, der Grundgedanke des § 817 Satz 2 BGB, keinen Rechtsschutz für Ansprüche aus anstößigen Verträgen zu gewähren, könne nicht auf Bereicherungsansprüche beschränkt bleiben. Auch der erkennende Senat hält diese Bedenken jedenfalls insoweit nicht für durchgreifend, als Ansprüche auf Verwendungsersatz gemäß §§ 994 ff BGB in Frage stehen. Schon das Reichsgericht hat sich in seiner Rechtsprechung zu § 817 Satz 2 BGB - selbst innerhalb des Bereicherungsrechts - immer wieder der Schwierigkeit gegenüber gesehen, bei einer uneingeschränkten Anwendung des § 817 Satz 2 BGB Ergebnisse zu finden, die noch mit der materiellen Gerechtigkeit zu vereinbaren sind. Diese Schwierigkeiten beruhen vor allem darauf, daß § 817 Satz 2 BGB gegen eine Vertragspartei anwendbar ist ohne Rücksicht darauf, ob die Gegenpartei schon ihre Leistung erbracht hat oder nicht. Es hängt deshalb oft vom Zufall ab, welche Partei bei dem Geschäft zu Schaden kommt, und zwar zum Vorteil der anderen Partei. Im vorliegenden Fall stellt sich nicht die Frage, wie die

se Schwierigkeiten für das Bereicherungsrecht zu lösen sind. Die Tatsache dieser Schwierigkeiten allein ist jedenfalls hinreichender Grund, die rechtspolitisch umstrittene Bestimmung des § 817 Satz 2 BGB, die nach ihrem Wortlaut und ihrer Stellung im Gesetz unmittelbar nur für das Bereicherungsrecht gilt, nicht ohne gewichtigen Grund darüber hinaus auf andere Ansprüche anzuwenden. Das gilt insbesondere für Ansprüche des Besitzers auf Verwendungsersatz gemäß §§ 994 ff BGB. Diese Ansprüche haben die Natur von Gegenrechten. Sie kommen nur in Frage, wenn der Besitzer zur Herausgabe verpflichtet ist, und gelten nur, wenn hinsichtlich der Verwendungen keine Vertragsbeziehungen zwischen den Beteiligten bestehen. Würde man § 817 Satz 2 BGB auch gegenüber Verwendungsersatzansprüchen nach §§ 994 ff BGB durchgreifen lassen, so wäre damit der Besitzer, der seinerseits die Sache herausgeben müßte, hinsichtlich seiner Verwendungen endgültig rechtlos gestellt. Dieses vom Standpunkt der Gerechtigkeit aus mindestens fragwürdige Ergebnis spricht jedenfalls nicht dafür, § 817 Satz 2 BGB auf die Verwendungsersatzansprüche der §§ 994 ff BGB entsprechend anzuwenden.

Das angefochtene Urteil kann deshalb keinen Bestand haben, soweit die Beklagte zur Räumung verurteilt ist. Das Berufungsgericht wird aufgrund der insoweit erforderlichen neuen Verhandlung zu prüfen haben, ob und in welchem Umfang die Beklagte gemäß § 1000 BGB wegen ihrer Verwendungsersatzansprüche das Grundstück zurückhalten kann.

Für den Umfang dieser Ansprüche kommt es darauf an, ob die Verwendungen des Ehemannes der Beklagten als notwendige im Sinne des § 994 BGB anzusehen sind (vgl. dazu BGH Urteil vom 17. September 1954 - V ZR 235/54 = LM BGB § 1004 Nr. 14) und ob der Ehemann der Beklagten hinsichtlich seines Rechts zum Besitz bösgläubig im Sinne des § 990 BGB war. Dies wäre

nur zu bejahen, wenn er im Zeitpunkt der Besitzergreifung gewußt oder nur infolge grober Fahrlässigkeit nicht gewußt hätte, oder wenn er bis zum Zeitpunkt der Verwendungen erfahren hätte, daß er kein Recht zum Besitz hatte, weil der Pachtaufbauvertrag nichtig war. Dies festzustellen, ist Sache des Tatsachenrichters. Dabei kann eine Rolle spielen, daß selbst der Notar, der den Pachtvertrag beurkundet hat, anscheinend an seiner Rechtswirksamkeit nicht gezweifelt hat, weil er ihn sonst nicht hätte beurkunden dürfen.

II. Anschlußrevision der Klägerin

Da das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien gemäß § 138 BGB nichtig ist, besteht für einen Anspruch der Klägerin, die Beklagte solle die Löschung der für ihren Ehemann eingetragenen Grundschuld veranlassen und herbeiführen, keine vertragliche Grundlage. Auch ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung ist nicht gegeben, weil nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht die Beklagte, sondern ihr Ehemann Inhaber der Grundschuld ist. Andere Anspruchsgrundlagen sind nicht ersichtlich. Das Berufungsgericht hat deshalb zu Recht den Hilfsantrag der Klägerin hinsichtlich der Grundschuld abgewiesen.

Da die Klägerin mit ihrem Antrag, die Beklagte zur Löschung der Grundschuld zu verurteilen, rechtskräftig abgewiesen ist, waren ihr gemäß § 92 ZPO insofern die anteiligen Kosten des Rechtsstreits aufzuerlegen. Über die restlichen Kosten wird das Berufungsgericht zu entscheiden haben.

Dr. Haidinger Dr. Gelhaar Dr. Mezger Dr. Messner Mormann