

V. ZR 106/57

Verkündet

am 25. Februar 1959
Hirth, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

1. der Mark G [REDACTED], vertreten durch den Markenvorsteher Kaufmann Paul v. d. H. in W [REDACTED], Ha [REDACTED]straße [REDACTED],
2. der Mark Ha [REDACTED], vertreten durch den Markenvorsteher Kaufmann Adolf B [REDACTED] in W [REDACTED], Ba [REDACTED]straße [REDACTED],
3. der Mark Me [REDACTED], vertreten durch den Markenvorsteher Kaufmann Heinrich M [REDACTED] in W [REDACTED], N [REDACTED]straße [REDACTED],
4. der Mark We [REDACTED], vertreten durch den Markenvorsteher Kaufmann Fritz Hü [REDACTED] in W [REDACTED], Ma [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten
und Revisionsklägerinnen,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Stadt W [REDACTED], vertreten durch den Rat der
Gemeinde,

Klägerin, Berufungsklägerin
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 25. Februar 1959 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Tasche sowie der Bundesrichter Dr. Piepenbrock, Dr. Rothe, Dr. Freitag und Dr. Mattern für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Hamm vom 6. Februar 1957 aufgehoben. Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen, dem auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens übertragen wird.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Wesentliche Stücke des von alters her in der Umgebung von W[REDACTED] liegenden Waldes, der vor allem in der zweiten Hälfte des vorigen Jahrhunderts durch Neuaufforstungen vermehrt worden ist, gehören zum Teil der Klägerin als politischer Gemeinde, zum Teil sind sie im Grundbuch für "die Gesamtheit der Miteigentümer" der die einzelnen beklagten Marken bildenden Grundstücke eingetragen. Über die "Miteigentümer" führt das Grundbuchamt ein besonderes Verzeichnis. Die Anteile an den zu den Marken gehörenden Grundstücken werden als Virilanteile bezeichnet, die durch Teilung der ursprünglichen Kopfanteile entstanden sind. Die Virilanteile, von denen die Beklagte zu 1 80, die Beklagte zu 2 144, die Beklagte zu 3 116 und die Beklagte zu 4 112 besitzen, werden wie Miteigentumsanteile an Grundstücken übertragen. Alle vier Jahre findet eine Markenversammlung der Markengenossen, Markeninteressanten genannt, statt, zu denen auch die Klägerin gehört. Abgestimmt wird nach dem Mehrheitsprinzip, wobei jeder Virilanteil eine Stimme gewährt. Die laufenden Geschäfte werden durch die Markenvorsteher, die von der Generalversammlung gewählt werden, geführt. Meinungsverschiedenheiten über die Waldnutzung hatten in den Jahren 1776/78 zu einem Verfahren vor dem erzbischöflichen Gericht in Köln geführt, dessen Ausgang nicht bekannt ist. Zur Beilegung der zu Beginn des vorigen Jahrhunderts zwischen der Klägerin und den Beklagten wegen des Besitzes an den Waldungen und wegen ihrer Nutzung entstandenen Streitigkeiten wurde am 8./9. Februar 1811 ein "Vertrag und Vergleich" geschlossen, der folgenden Wortlaut hat:

"Um itens den Zwistigkeiten, welche bishin zwischen Stadt W[REDACTED] von der einen und der vier Marken W[REDACTED], Me[REDACTED], Ha[REDACTED] und G[REDACTED] von der anderen Seite wegen den Rechten und Benutzung-

gen in sämtlichen Stadt- und Markwaldungen statt hatten, auf einmal ein Ende zu machen. Um 2tens die Waldungen für die Zeitgenossen und die Nachkommen zu erhalten, und in Flor zu bringen, so ist am 22. November v.J. zwischen beiden Teilen auf ewige Zeiten der aus nachbemerkten Punkten bestehende Vertrag und Vergleich abgeschlossen und am 29. Dezember nämlichen Jahres von beiden Transigenten ratifiziert worden.

Punkte des Vergleichs:

A. Den Marken bleibt das Recht des Eigentums, die ihnen sub Litt. G zugewiesenen zwei Drittel Nutzungsgelder unter sich und resp. unter die Interessenten einer jeder Mark zu verteilen, vorbehalten.

B. Die Stadt als solche hat kein Recht, eine Mark oder einen Teil derselben zu verpfänden oder zu veräußern, und so haben

C. die Marken kein Recht, einen Teil der städtischen Waldungen zu verpfänden oder zu veräußern.

D. Das Recht des Brennholzes aus allen, es seien Stadt- oder Markwaldungen, bleibt den dazu berechtigten Bürgern und Einwohnern unter der Modifikation vorbehalten, daß sie sich, wie es sich von selbst versteht, den Forstpolizeigesetzen und forstwirtschaftlichen Anordnungen unterwerfen müssen.

E. Alles dasjenige, was nach Abzug des erforderlichen Brennholzes, aus Kohlholz, Forststrafen, Fallholz, Werkholz, Weide und Verpachtungen, kurz aus allen Gegenständen, woraus ein Erlös in Stadt- und Markwaldungen entspringen und hervorgebracht werden kann, gelöst wird, kommt in eine gemeinschaftliche Kasse.

F. Aus dieser Kasse werden a) der Förster und b) der Mitaufseher salarirt, c) die Schatzungen, Vermögenssteuer, überhaupt alle öffentlichen Abgaben, welche in Beziehung auf sämtliche Waldungen oder einen Teil, er liege, wo er wolle, notwendig oder nützlich sind, bestritten.

G. Von dem reinen Überschuß partizipiert die Stadt einstweilen einen und sämtliche vier eingangsgemeinte Marken einstweilen Zween Teile, und zwar dem Grunde, weil dieser nämliche Maßstab rücksichtlich



der Auszahlung des Salaris für den Stadtförster bishin angenommen ist.

H. Bei der Anstellung des Försters wurde vorausgesetzt, daß die Stadt von sämtlichen Waldungen einen und die vier Marken zween Teile in Besitz und Benutzung hätten, und aus diesem Grunde würden die Stadt zu einem und die vier Marken zu zween Teilen des Beitrags zu dem Salarium des Försters verbindlich gemacht - würde sich inzwischen aus der künftigen geometrischen Vermessung der Waldungen ergeben, daß das angenommene Verhältnis nicht richtig, daß mithin die Stadtwaldungen mit Einschluß der Hälfte der Mark El[] größer als ein Drittel, oder die Markwaldungen zwei Drittel größer im Verhältnis des ganzen Complexus der Waldungen seien, so wird der Überschuß des Ususfructus nach der sich aus der geometrischen Vermessung resultierenden Proportion zwischen der Stadt und den Marken verteilt.

I. Bei der Vermessung können das Her[] und die Hel[] diesseit nach der Stadt hin von Hag[] bis ans Se[] diesseit dem Herrn K[] als völlig devastirte Walddistrikte in keine Betrachtung kommen.

K. Sölte der unverhoffte Fall eintreten, daß die Stadt oder die Marken oder eine derselben eine ihrer ursprünglichen Besitzungen schuldenhalber veräußern müssen oder auf irgendeine Art verlörn, so geht nach dem Verhältnis des veräußerten oder verlorenen Teiles auch die proportion des Ususfructus an dem Uebergenuß verloren. Wenn also z.B. die Stadt gegenwärtig $\frac{1}{3}$ Teil der Waldungen besitzt und $\frac{1}{6}$ Teil veräußerte oder verlöre, so kann sie nur auf $\frac{1}{6}$ des Ueberschusses des usus fructus Anspruch machen, und ebenso umgekehrt die Marken oder eine oder andere derselben.

L. Bei jedem Holzverkauf, er mag Namen haben wie er will, das Holz mag sich in Stadt- oder Markwaldungen befinden, müssen der Magistrat und die Markvorsteher gemeinschaftlich zu Werke gehen."

Die in dem Vertrag von 1811 vorgesehene Vermessung der Waldungen fand in den Jahren 1831/32 statt. Im Anschluß daran

wurden die bisherigen Zahlungen entsprechend der vermessenen Grundstücksgröße ausgeglichen und unter Berücksichtigung der sich aus der Teilung der Mark El[REDACTED] für die Beteiligten ergebenden Besitzveränderungen der Schlüssel für die künftige Verteilung des Überschusses festgelegt. Bei der Verteilung des 1838 vorhandenen Erlöses wurde für die Klägerin mit einem unter den Vergleich fallenden Waldbesitz von 3 489 Morgen 23 Ruthen und 13 Fuß gerechnet. Bei der Festlegung des Verteilungsschlüssels für die Zukunft sollte wegen der Teilung der Mark El[REDACTED] für die Klägerin ein Waldbesitz von 3 305 Morgen 82 Ruthen und 10 Fuß = 843,8828 ha, für die Beklagten zusammen ein Waldbesitz von 6 496 Morgen 98 Ruthen und 28 Fuß = 1 658,5648 ha zugrunde gelegt werden. An dem Markenbesitz waren die Beklagte zu 1 mit 576,1837 ha, die Beklagte zu 2 mit 431,8853 ha, die Beklagte zu 3 mit 274,1666 ha und die Beklagte zu 4 mit 376,3292 ha beteiligt. Der aus der Aufstellung von 1838 sich ergebende Verteilungsschlüssel wurde auch in der Folgezeit angewandt. Eine Verteilung des Reinerlöses - Markenverteilung genannt - erfolgte in unregelmäßigen Zeitabständen auf Grund von Beschlüssen der Stadt- und Markenvertretung. Es wird jeweils ein Betrag von 18 000 DM verteilt.

Neben dem auf Grund des Vertrages von 1811 gemeinschaftlich verwalteten und genutzten Grundbesitz waren die Parteien noch Eigentümer von Waldgrundstücken, die sie allein verwalteten und nutzten. Diese Grundflächen umfaßten bei der Klägerin rund 364 ha, bei den Beklagten zusammen rund 116 ha.

Die Klägerin behauptet, sie habe im Jahre 1859 nach aufgefundenen Kulturattesten und der dazugehörenden Schluß-

abrechnung mindestens 107 Morgen des Distrikts Br[REDACTED] auf ihre Kosten aufgeforstet. Diese Anpflanzungen, die nach der Behauptung der Beklagten auf Kosten der gemeinsamen Kasse der Parteien (Stadt- und Markenkasse) durchgeführt wurden, erfolgten im Zuge der Intensivierung der Forstwirtschaft auf Anregung der Forstbehörde. Dabei wurden statt des Laubholzes, das sich praktisch von selbst pflanzte, kostspieligere Fichtenkulturen eingeführt und Ödland sowie Heideflächen, die bisher nicht zum gemeinsamen Stadt- und Markenwald gehörten, in Kultur genommen. Dadurch entstanden erneut Streitigkeiten, die nach Verhandlungen der Parteien untereinander zu zwei Besprechungen mit den zuständigen staatlichen Stellen führten.

Vor der ersten Besprechung, die im Jahre 1863 stattfand, hatten die Marken eine EntschlieÙung ausgearbeitet. Es ging damals neben den Gehältern für das Forstpersonal um die Menge des Holzeinschlags und um die Aufstellung eines Wirtschaftsplanes für die nächsten Jahre, Betriebswerk genannt. Die EntschlieÙung, soweit sie sich mit den Kulturkosten und der Verteilung der Nutzungen befaßt, lautet:

"Die jährlich vorzunehmenden Culturen dürfen sich nur auf die Waldungen erstrecken und den jährlichen Betrag von 120, höchstens 150 Thlr nicht übersteigen. ... Ohne Genehmigung des Markenvorstandes dürfen in den Markenwaldungen keine Culturen vorgenommen werden. Culturen, die ohne diese Genehmigung vorgenommen werden, dürfen aus der gemeinschaftlichen Kasse nicht ausgezahlt werden. ...

Alles, was nach Abzug des erfordernten Brennholzes aus Mehrholz, Fallholz, Kohlholz, Forststrafen, Werkholz, kurz aus allen Gegenständen, woraus ein Erlös in Stadt- und Markenwaldungen entspringen und hervorgebracht werden kann, gelöst wird, fließt in die Stadt- und Markenkasse. Aus dieser Kasse werden

alle Ausgaben, die sich auf die Waldungen beziehen und vom Stadt- und Markenvorstande genehmigt sind; bestritten, und der Überschuß nach der Morgenzahl der Waldungen unter die vier Marken und die Stadt W. verteilt. Die bisherigen Blößen, die gemeinschaftlich kultiviert sind, partizipieren bei der Verteilung nicht. Blößen, welche die Stadt W. auf eigene Kosten kultiviert hat, sind alleiniges Eigentum der Stadt und fließt der zukünftige Erlös in die Stadtkasse."

In der anschließenden Besprechung von 1863 traten die Markenvorsteher entgegen der Auffassung der Markeninteressenten, die eine Auflösung der durch den Vertrag von 1811 geschaffenen gemeinsamen Verwaltung erstrebten, für die Aufrechterhaltung des bestehenden Zustandes ein. Sie gaben weiter folgende die Kulturkosten und die Nutzungen betreffende Erklärung ab:

"Sodann setzen wir die Kulturkosten, welche jährlich in den Stadt- und Markenwaldungen verwendet werden sollen, auf 150 rth. fest. Die Kulturkosten würden sich dann vorläufig auf Verbesserungen innerhalb der Grenzen der Waldungen beschränken und wären die außerhalb liegenden Blößen auszuschließen. Letztere anlangend, kann es dann der Stadt überlassen bleiben, die ihr zugehörigen Blößen für die Zukunft abgesondert zu kultivieren und hat selbige dann auch selbstverständlich allein die Nutzungen.

In Betreff der bereits vorgenommenen Kulturen, soweit die Kosten dafür aus der gemeinschaftlichen Stadt- und Markenkasse gezahlt sind, wollen wir uns mit der Stadtverwaltung einigen. Im Forstdistrikt Br. sind Anpflanzungen vorgenommen und die Kosten dafür, da wir die Zahlung aus der gemeinschaftlichen Stadt- und Markenkasse weigerten, vorschußweise aus der Stadtkasse gezahlt. Diese Kosten können wir nicht übernehmen und wollen wir der Stadt, wenn sie die ausgelegten Kulturkosten definitiv übernimmt, auch die spätere Nutzung aus diesem Distrikt allein überlassen. ... Zu dem Repartitionsmaßstab, nach welchem bisher die Überschüsse aus der Stadt- und Markenkasse zur Verteilung gelangen, bemerken wir, daß jetzt die Verteilung nicht mehr nach dem Vertrage von 1811 zu 1/3 für die Stadt

und $\frac{2}{3}$ für die Markeninteressenten geschieht, sondern, daß jetzt auf Grund einer später vorgenommenen Vermessung der Flächen, welche der Stadt auf der einen Seite gehören und den Markeninteressenten auf der anderen Seite, die Verteilung nach der Größe derselben geschieht und der Stadt hiernach etwas über $\frac{1}{3}$ zufällt. Es ist hierüber auch kein Streit."

Die Vertreter der Klägerin erklärten sich mit den Erklärungen der Markenvorsteher einverstanden.

Die Regierung in Arnsberg, die im Jahre 1867 in den Etat der Klägerin einen Betrag für Forstkulturen einsetzte, brachte dabei zum Ausdruck, daß die Vorsteher der beklagten Marken, obwohl sie bei einer Inspektion die Notwendigkeit der Anpflanzungen anerkannt hätten, doch die Mittel dafür verweigert hätten und daß so die Mittel für die Verbesserung des Waldes notwendig auf die Stadtkasse hätten übernommen werden müssen. Abschließend wird der Magistrat veranlaßt, unter ausführlicher Darlegung der Verhältnisse einen Beschluß der Stadtverordnetenversammlung darüber herbeizuführen, wie diese Differenzen beseitigt werden könnten. Am 1. Dezember 1868 einigte sich die Stadtvertretung mit der Markenvertretung über bisher nicht berücksichtigte Kosten für Anpflanzungen aus den Jahren 1860 und 1861, die teils von der Klägerin übernommen, teils von beiden Parteien gemeinsam getragen wurden.

Gegenstand der Besprechung mit der Regierung, die im Jahre 1869 stattfand, war die Frage der Ausarbeitung und Feststellung eines neuen Betriebsplanes, wobei vor allem der Holzeinschlag, die Tragung der Kosten für die Forstkulturen sowie die Frage der Aufforstung von Hütungen und

Heideflächen erörtert wurden. Dabei ergab sich, daß, wie es im Protokoll heißt, die Verteilung der Nutzungen des Stadt- und Markenwaldes nach der im Jahre 1838 aufgestellten Berechnung bewirkt worden war und daß hierüber allseitiges Einverständnis bestand. Gegenüber dem Hinweis des Vertreters der Regierung, daß zur Wahrung der Interessen der Stadtgemeinde eine Trennung der Verwaltung der Stadt- und Markenforsten unvermeidlich sei, erklärten die Marken-deputierten unter Zustimmung der Vertreter der Stadtgemeinde, daß die Beibehaltung der bisherigen gemeinschaftlichen Verwaltung im Interesse sämtlicher Beteiligten wünschenswert sei.

In einer Aufstellung über die Einnahmen und Ausgaben für die Jahre 1869 bis 1871 wurde die Größe des Waldes der Klägerin mit 1 143 ha und der Waldbesitz der Beklagten mit 1 751 ha angegeben. Weiterhin wurde vermerkt, daß sämtliche Einnahmen und Ausgaben der Stadt- und Markenwaldungen über die gemeinschaftliche Kasse verrechnet und der Überschuß im Verhältnis $1/3 : 2/3$ unter den Parteien geteilt werde.

Am 1. April 1873 erließ die Regierung in Arnberg an den Landrat in Brilon folgende Verfügung:

"Bekanntlich besteht ein unterm 8. und 9. Februar 1811 zwischen dem Magistrat und der Stadtvertretung einerseits und den Markeninteressenten, sämtlich zu W [REDACTED], andererseits abgeschlossener Vergleich, auf Grundlage dessen die Stadt- und Markonwaldungen gemeinschaftlich administriert werden sollen.

Nach dem Abschnitt H dieses Vergleichs sollen die Ausgaben und Einnahmen nach dem Verhältnis wie 1 zu 2, zwischen der Stadt und den Markeninteressenten verteilt werden, eine Änderung aber eintreten, wenn sich ergibt, daß das damals angenommene Verhältnis, wonach die Stadt $1/3$, die Markeninteressenten $2/3$ der

Waldfläche besaßen, im Laufe der Zeit sich geändert habe.

Nach einer von dem Oberförster Erdmann gefertigten Zusammenstellung besitzt die Stadt gegenwärtig 4477 Morgen oder 1143 Hectare, die Marken aber 6858 Morgen, oder 1751 Hectare, so daß also, selbst nach Abzug des in Abschnitt I des erwähnten Vergleichs aufgeführten Walddistriktes die Stadt mehr als $\frac{1}{3}$ der ganzen Waldfläche in Besitz hat.

Dem Vertrag gemäß wird die Stadt also nunmehr, sowohl bei den Ausgaben als auch bei den Einnahmen aus dem Walde nach Maßgabe ihres wirklichen Flächeninhaltes in Betracht kommen, was, sowie hier bekannt, bis jetzt nicht beachtet worden ist.

Wir beauftragen Sie daher, dem Bürgermeister Dransfeld zu Winterberg aufzugeben, über das bisherige Verfahren bei der Verteilung von Ausgaben und Einnahmen vom Walde zu berichten und bei dieser Gelegenheit sich darüber auszusprechen, ob es nicht wünschenswert sei, eine weitergehende Trennung des städtischen und des Markeninteressenten-Vermögens herbeizuführen."

In seinem Bericht vom 13. August 1873 führte der Bürgermeister der Klägerin aus:

"Seit dem Jahre 1838 haben sich die Waldflächen, wie eine Vergleichung mit den Mutterrollen-Auszügen ergibt, hin und wieder verändert, insbesondere sind inzwischen mehrere Blößen eingepflanzt, von letzteren einige der Stadt gehörige Parzellen lediglich auf Kosten der Stadtkasse. Es dürfte daher erforderlich sein, zwischen der Stadt und Marken eine neue Ausgleichung nach Maßgabe der zeitigen Waldflächen herbeizuführen, dabei jedoch diejenigen Flächen, welche die Stadt auf ihre Kosten kultiviert hat, näher zu bezeichnen und auszuschließen, indem die spätere Nutzung daraus der Stadt allein zufließen muß.

Was die Auszahlung der erhöhten Gehälter der Forstbeamten hier selbst anbelangt, so ist die Zahlung an die betreffenden Beamten bereits im Monat Juni d. Js. und zwar ganz aus der Stadtkasse erfolgt.

Wegen der Zahlung des ratierlichen Anteils zu dem Betrage, um welchen die fragl. Gehälter erhöht worden

sind, von Seiten der Marken, habe ich mit den Marken-Deputierten Verhandlungen angeknüpft und hoffe ich, daß dieselben sich gütlich zu einem angemessenen Betrag verstehen werden."

In den Jahren 1886/87 wurde das bei den Verhandlungen von 1863 und 1869 umstrittene Betriebswerk als umfassender Plan für die künftige Bewirtschaftung erstellt. Nach der dem Plan zugrunde liegenden Generalvermessungstabelle war der Waldbesitz der Klägerin 1100,63 ha, der Markenzwald 1756,61 ha groß. Über den Einfluß der Größenveränderungen im Wald auf die Nutzungen wird im Betriebswerk folgendes ausgeführt:

"Das Ergebnis der neuen General-Vermessungstabelle ist ein anderes geworden durch Heranziehung aufgeforsteter und noch aufzuforstender Blößen. Es ist daher, falls diese neue Größenberechnung nicht als Grundlage für die Reinertragszuweisung an die Gesamt-Marken und die Stadt betrachtet werden soll, bei der Zuführung von Erträgen und Abführung von Kosten später genau auseinander zu halten, welche Waldtheile dem Vertrage von 1811 zu Grunde liegen. Dieselben sind aufgeführt in den Acten Tit IV Nro II des Magistrats zu Winterberg. Es ist die Trennung der Waldtheile um so mehr gerechtfertigt, als bereits früher schon einzelne größere Forstorte (Ru[redacted], Br[redacted], W[redacted] E[redacted]) zufolge einer Weigerung der Markengenosenschaften und aus den Mitteln der Stadt aufgeforstet sind, und als demgemäß die aus denselben stammenden Einnahmen auch nur der Stadtkasse anheim fallen."

Im Jahre 1892 hat die Klägerin den Forstdistrikt S[redacted] erworben und auf eigene Kosten aufgeforstet.

Im Jahre 1903 wurde für die Gemarkung W[redacted] die Separation angeordnet. Für die Grundstücksumlegung stellten die Parteien aus der Stadt- und Markenkasse 15 000 - 20 000 M zum Erwerb von Grundstücken zur Verfügung. Der auf diese Weise erworbene Besitz sollte dazu dienen, als Wert-

posten den in die Umlegung einzubringenden Grundbesitz zu vergrößern, damit eine höhere Beteiligungsquote an der Masse und demgemäß bei der Endverteilung eine entsprechend höhere Zuteilung an Grundstücken gesichert wurde. Im Grundbuch wurden als Miteigentümer dieser neu hinzuerworbenen Grundstücke die Klägerin zu 1/3, die Beklagten zusammen zu 2/3 eingetragen.

In dem unmittelbar nach der Separation fertiggestellten und auf ihr aufbauenden Betriebswerk von 1913, das 1916 durch die Regierung in Kraft gesetzt wurde, war der Waldbesitz der Klägerin mit 1238,3096 ha, der Waldbesitz der Beklagten mit 1698,0003 ha ausgewiesen. Von dem Wald der Klägerin wurden rund 1161 ha über die Stadt- und Markenkasse und rund 82 ha getrennt davon allein über die Stadtkasse verwaltet und auch allein von der Klägerin genutzt. Seit 1912/13 hat sich der Gesamtwaldbesitz der Klägerin um rund 23 ha vermindert.

Im Jahre 1920 setzten wiederum Bestrebungen ein, eine anderweitige Verteilung der Nutzungen herbeizuführen. Dabei trat der damalige Stadtverordnete und spätere Rendant He [REDACTED] hervor. Auf seine Anregung wurde in einer gemeinschaftlichen Sitzung des Magistrats, der Stadtverordneten und der Markenvorsteher vom 2. Januar 1923 ein Beschluß gefaßt, wonach festgestellt werden sollte,

"welche Größenflächen die Stadt neu eingebracht habe, welche dieser Flächen aufgeforstet seien, aus welchen Mitteln, und welche Flächen noch nicht aufgeforstet seien."

Die zur Erledigung dieser Arbeiten eingesetzte Kommission ist nicht tätig geworden.

Erneute Bestrebungen, die durch den Vertrag von 1811 geschaffene Verwaltungs- und Nutzungsgemeinschaft zu lösen, führten zu einem Rechtsstreit der beklagten Mark Me [REDACTED] gegen die Stadt W [REDACTED] (2 O. 187/25 LG Arnberg = 8 U 158/27 OLG Hamm). Landgericht und Oberlandesgericht stellten sich auf den Standpunkt, daß eine einseitige Lösung des Vertragsverhältnisses ohne Vorliegen ganz besonderer Umstände nicht möglich sei.

Im Jahre 1937 wurde wiederum die Frage der Verteilung der Nutzungen angeschnitten. Es wurde jedoch nichts unternommen, weil der Gaujuristenführer der NSDAP der Auffassung gewesen sein soll, die Sache habe keine Aussicht auf Erfolg. Eine Verfügung der Klägerin vom 28. Juli 1953, durch die den Beklagten mit sofortiger Wirkung die Nutzung einiger näher bezeichneter Waldparzellen entzogen wurde, führte zu einem Verwaltungsgerichtsverfahren, das jedoch nach Einleitung des gegenwärtigen Rechtsstreits und Zurücknahme der angefochtenen Verfügung wegen Erledigung der Hauptsache eingestellt wurde.

Eine eigene Forstverwaltung für die Stadt- und Markwaldungen besteht nicht mehr. Die Waldungen werden innerhalb eines Zweckverbandes, der auch die benachbarten Waldungen umfaßt, vom Forstamt W [REDACTED] forstwirtschaftlich mitverwaltet.

Die Klägerin verlangt mit der Begründung, sie habe den im Laufe der Jahre nach 1838 neu hinzugekommenen Wald ebenso wie den Ru [REDACTED], die W [REDACTED] E [REDACTED] und den Lagerstein, die den heutigen allein von ihr genutzten Stadtwald bildeten, auf eigene Kosten gegen den Widerstand der Be-

klagten aufgeforstet, eine Änderung des Verteilungsschlüssels von der Währungsreform ab. Sie sieht in den Punkten H und K des Vertrages von 1811 sowie in den Festlegungen von 1838, 1863 und 1869, die nach ihrer Meinung im Rahmen des zunächst geschlossenen Vertrages erfolgt sind, eine für alle Zukunft geltende allgemeine Regelung dahin, daß für die Verteilung des Reinertrages das jeweilige Größenverhältnis der Grundstücke maßgebend sein solle. Zu der heutigen Situation sei es, so behauptet die Klägerin, nur gekommen, weil die Stadtvertreter zugleich Markeninteressenten gewesen seien und deshalb zu Lasten der Stadt gehandelt hätten. In den früheren Jahren habe Streit ja auch nicht zwischen den Parteien, sondern mit der Regierung bestanden.

Die Klägerin hat von dem Erlös, der bei einer Anpassung der Nutzungsverteilung an die Grundstücksgrößen auf sie entfallen würde, zunächst einen Teilbetrag geltend gemacht mit dem Antrage, die Beklagten als Gesamtschuldner zur Zahlung von 6 593,76 DM zu verurteilen.

Die Beklagten haben Abweisung der Klage beantragt und Widerklage erhoben mit dem Antrage festzustellen, daß der Klägerin über den von ihr geltend gemachten Betrag hinaus weitere Ansprüche nicht zustehen. Die Beklagten bestreiten, daß die Klägerin die nach 1838 in die gemeinsame Verwaltung einbezogenen Flächen auf ihre Kosten aufgeforstet habe, und machen geltend, die von der Klägerin bezeichneten Grundstücke gehörten, abgesehen von den Parzellen Br [REDACTED], An der Burg und S [REDACTED], zu den vom Vertrag von 1811 erfaßten Flächen. Es habe deshalb für die Klägerin kein Anlaß bestanden, diese Grundstücke auf alleinige Kosten aufzuforsten. Im übrigen sind die Beklagten der Auffassung, im Ver-

trage von 1811 sei nur der Verteilungsschlüssel für den damals vorhandenen und noch nicht vermessenen Wald festgelegt worden. Demgemäß hätten die Abmachungen von 1838 nur die Bedeutung einer Ausfüllung des Punktes H des Vertrages, also einer einmaligen Ausgleichsverhandlung gehabt. Einen weiteren Anhaltspunkt für die Richtigkeit dieser Auffassung sehen die Beklagten darin, daß bei der Besprechung vom Jahre 1863 zum Ausdruck gekommen sei, die bisherigen Blößen sollten an der Verteilung nicht partizipieren. Die Anwendung des alten Verteilungsschlüssels halten die Beklagten auch deshalb für gerechtfertigt, weil sie nach dem festgelegten Verhältnis zu den Kulturkosten des neuen Waldes beigetragen hätten. Diese Kosten hätten den Ertrag vermindert. Daraus folge, daß die Beklagten zu den Kosten im Verhältnis ihrer Beteiligung am Ertrag beigesteuert hätten. Aus diesem Grunde habe man auch in der Vergangenheit den ursprünglichen Maßstab für die Verteilung des Erlöses aus dem gesamten Wald beibehalten. Die Beklagten machen im übrigen geltend, die Ansprüche der Klägerin seien verjährt und verwirkt. Hilfsweise rechnen sie mit den Kulturkosten auf, die sie bei einer Änderung des Verteilungsschlüssels, etwa bei einer Aufschlüsselung nach dem Grundbesitz, nicht hätten zu tragen brauchen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Hiergegen hat die Klägerin Berufung eingelegt. Sie hat, indem sie die bei Anwendung des von ihr erstrebten Verteilungsschlüssels von der Währungsreform bis zum 7. November 1955 auf sie entfallenden Beträge geltend macht, beantragt:

- I. 1. die Beklagten zu 1 bis 4 gesamtschuldnerisch zur Zahlung von 75 370,54 DM nebst 4 % Zinsen von 1 500 DM ab 26. August 1954, von weiteren

5 093,76 DM seit dem 28. Juni 1955 und von weiteren 68 776,78 DM seit dem 20. November 1955 zu verurteilen,

2. gegenüber den Beklagten zu 1 bis 4 festzustellen, daß der Klägerin aus der gemeinsamen Kasse für die nächsten 16 Verteilungen 6 401,12 DM über ihren unstreitigen Anteil hinaus zustehen,
3. die Beklagten zu 1 bis 4 zu verurteilen, ihre Einwilligung dazu zu geben, daß der Klägerin aus dem gemeinsamen Sonderkonto über Einnahmen aus dem Br. [REDACTED] und S. [REDACTED] 31 485,29 DM nebst aufgelaufenen Zinsen ausgezahlt werden;

II. hilfsweise zu I 1:

die Beklagte zu 1 zur Zahlung von 35 866,52 DM,
die Beklagte zu 3 zur Zahlung von 11 526,62 DM und
die Beklagte zu 4 zur Zahlung von 24 576,84 DM
nebst 4 % Zinsen seit dem 21. Januar 1956 zu verurteilen.

Beide Parteien haben in der Berufungsinanz die Widerklage als gegenstandslos bezeichnet und ihr Vorbringen vor allem zu der Frage, wer die Kosten für die Neuaufforstung getragen habe, ergänzt.

Die Klägerin hat dazu vorgetragen, sie habe allein die Kosten für alle Neuaufforstungen bis ins letzte Jahrzehnt des vorigen Jahrhunderts gezahlt. Die Beklagten bestreiten, daß abgesehen von einem Teil des Bremberg wesentliche Aufforstungen auf Kosten der Klägerin erfolgt seien. Mit Rücksicht auf den Streit über die Nutzungen aus den Distrikten Br. [REDACTED] und S. [REDACTED] ist der Reinerlös aus diesen Waldflächen seit dem 17. Februar 1954 auf ein Sonderkonto eingezahlt worden.

Das Oberlandesgericht hat unter Zurückweisung der Berufung im übrigen und Abweisung der weitergehenden Ansprüche

1. festgestellt, daß der Klägerin aus der gemeinsamen Kasse (Stadt- und Markenkasse) für die nächsten 16 Verteilungen zusammen über ihren unstreitigen Anteil hinaus 6 401,12 DM zustehen,
2. die Beklagten zu 1 bis 4 verurteilt, ihre Einwilligung dazu zu geben, daß der Klägerin aus dem gemeinsamen Sonderkonto über die Einnahmen aus den Distrikten Br [REDACTED] und S [REDACTED] 12 058,55 DM nebst aufgelaufenen Zinsen für diesen Teilbetrag des Guthabens ausgezahlt werden,
3. weiter die Beklagten zu 1, 3 und 4 nach dem Hilfsantrag verurteilt.

Mit der Revision verfolgen die Beklagten den Klagabweisungsantrag weiter. Die Klägerin bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet.

I. Gegen die vom Berufungsgericht bejahte Parteifähigkeit der Marken, die von den Beklagten zunächst verneint, im Laufe des Berufungsverfahrens jedoch nicht mehr in Zweifel gezogen worden ist und auch von der Revision nicht beanstandet wird, bestehen keine Bedenken. Das Oberlandesgericht hat sich bereits im Urteil vom 13. Dezember 1930 (8 U 158/27) eingehend mit der Rechtsnatur der Markengenossenschaften befaßt. Es handelt sich danach bei den Mar-

ken um deutschrechtliche korporative Genossenschaften mit eigener Verfassung und Verwaltung, die seit Jahrhunderten als Eigentümer der Markenwaldungen gelten und im Rechtsverkehr als Gebilde mit eigener Rechtspersönlichkeit behandelt werden (vgl. zur Entwicklung und Rechtsnatur der Waldgenossenschaften: Westermann, Die Forstnutzungsrechte S. 56, 63, 142 ff, 219 ff). Das Preussische Allgemeine Landrecht (II 6 §§ 25 ff) hat ebenso wie das Gesetz über gemeinschaftliche Holzungen vom 14. März 1881 (PrGS 261) an diesem Rechtszustand nichts geändert. Die alten forstwirtschaftlichen Genossenschaften sind auch mit dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs (Art. 164 EGBGB) bestehen geblieben. Wie die einzelnen Anteile der Markeninteressenten, die Virilanteile, rechtlich zu beurteilen sind, mag dahingestellt bleiben. Die Tatsache, daß diese Anteile in gleicher Weise wie die Anteile an einer Hauberggenossenschaft im Kreise Siegen (vgl. Beschluß des erkennenden Senats als Senat für Landwirtschaftssachen vom 5. Februar 1957, V BLw 25/56, BGHZ 23, 241) als selbständige Rechte behandelt werden, steht der Annahme, daß die Genossenschaftsgrundstücke Eigentum der Genossenschaft als einer juristischen Person sind, nicht entgegen.

II. Die Beantwortung der Frage, ob die von der Klägerin erstrebte Änderung des Maßstabes für die Verteilung der Nutzungen aus den gemeinschaftlich verwalteten Stadt- und Markenwaldungen gerechtfertigt ist, insbesondere ob der Verteilungsschlüssel sich nach der Größe des Waldbesitzes der Parteien zu richten hat oder ob der in dem Vertrag vom Jahre 1811 vorgesehene Verteilungsmaßstab auch für den Fall Geltung haben sollte, daß der Wald sich vergrößerte und das Beteiligungsverhältnis der Parteien sich änderte, hängt von der Auslegung des Vertrages ab.

1. Das Berufungsgericht geht davon aus, daß die Frage einer Vermehrung des Waldbestandes und einer dadurch hervorgerufenen Verschiebung des Beteiligungsverhältnisses in den Abmachungen der Parteien keine Regelung gefunden habe, daß somit eine Lücke vorliege, die nach den Grundsätzen über die ergänzende Vertragsauslegung auszufüllen sei. Nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts und auch des Bundesgerichtshofs (vgl. RGZ 164, 202; BGHZ 9, 273, 277, 278; 16, 71, 76; 23, 282, 285) kommt eine ergänzende Vertragsauslegung nur dann in Betracht, wenn der Vertrag eine Lücke aufweist, wobei es unerheblich ist, ob die Parteien bewußt oder unbewußt eine Regelung unterlassen haben und ob die Vertragslücke von vornherein bestand oder sich erst nachträglich als Folge des weiteren Verlaufs der Dinge ergeben hat, sofern es sich um eine ausfüllungsbedürftige, für die Sicherung des Vertragszweckes wesentliche Lücke innerhalb des tatsächlichen Rahmens des Vertrages handelt. Die ergänzende Vertragsauslegung darf nur zu einer Ergänzung des Vertragsinhalts führen. Sie soll die bestehende Lücke schließen, indem sie darauf abzielt zu ermitteln, was die Vertragsteile in Anbetracht des gesamten Vertragszweckes bestimmt haben würden, wenn sie den offengebliebenen Punkt in ihren Vereinbarungen geregelt hätten, wobei zugleich die Grundsätze von Treu und Glauben zu berücksichtigen sind. Wesentliche Voraussetzung für die ergänzende Vertragsauslegung ist danach, daß die Auslegung des Vertrages eine Lücke ergibt. Dies hat das Oberlandesgericht nicht verkannt. Es trifft nicht zu, daß, wie die Revision meint, das Berufungsgericht den Vertrag von 1811 überhaupt nicht ausgelegt habe. Das Oberlandesgericht hat sich vielmehr in eingehenden Ausführungen mit der Auslegung des Vertrages befaßt.

Eine ausdrückliche Vereinbarung, daß der Reinerlös nach dem jeweiligen Verhältnis der Grundstücke verteilt werden solle, enthält der Vertrag nicht. Ob eine solche Vereinbarung, wie die Klägerin meint, unmittelbar aus den einzelnen Bestimmungen des Vertrages von 1811 entnommen werden könnte, mag dahingestellt bleiben. Das Berufungsgericht legt den Vertrag dahin aus, daß eine Vereinbarung des von der Klägerin behaupteten Inhalts sich nicht aus dem Vertrag von selbst ergibt. Diese Auslegung ist frei von Rechtsirrtum. Vor allem zwingt der Wortlaut des Vertrages nicht zu der Annahme, daß die Beteiligten sich bei Abschluß des Vertrages über eine Anpassung des Verteilungsschlüssels an die jeweilige Grundstücksgröße einig gewesen seien.

Nicht zu beanstanden ist aber auch die Auffassung des Oberlandesgerichts, daß die Frage, wie im Falle einer Vermehrung des Waldes und einer Verschiebung des Größenverhältnisses die Nutzungen zu verteilen seien, in dem Vertrag keine Regelung gefunden habe. Die Tatsache, daß der Vertrag von 1811 "auf ewige Zeiten" geschlossen wurde, steht, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, einer ergänzenden Vertragsauslegung nicht entgegen. Die genauen Grundstücksgrößen standen beim Abschluß des Vertrages nicht fest. Es wurde deshalb für die Verteilung der Nutzungen einstweilen ein Verteilungsmaßstab von $\frac{1}{3}$ für die Klägerin und von $\frac{2}{3}$ für die Beklagten festgelegt; der demnächst nach dem Ergebnis der in Aussicht genommenen Vermessung den wirklichen Grundstücksgrößen angepaßt werden sollte. Das Oberlandesgericht legt anhand der Bestimmungen in den Punkten G, H und K des Vertrages dar, daß mit dieser Regelung nach Meinung der Vertragsteile alles für die Laufzeit des Vertrages festgestanden habe. Weitere Veränderungen habe es im normalen Verlauf der Dinge nicht

geben können. Man habe zwar den Fall einer Verminderung des Waldbesitzes durch notwendige Veräußerung oder sonstigen Verlust als "unverhoffte", außergewöhnliche Maßnahmen geregelt, dagegen an eine Vergrößerung des Waldes nicht gedacht. Dieser aus dem Vertrag selbst sich ergebende Gesichtspunkt sei aus den damaligen Verhältnissen zu erklären. Der Vertrag stamme aus einer Zeit, in der es eine echte Forstwirtschaft in der W[] Gegend noch nicht gegeben habe. Insbesondere sei die Bedeutung der Fichte für eine intensive Forstwirtschaft noch nicht bekannt gewesen. Die Beteiligten hätten damals nur eine eigene Waldwirtschaft im Auge gehabt. Die Waldnutzung habe vor allem der Stärkung der landwirtschaftlichen Betriebe gedient. Man habe jedoch den Wald nicht als selbständiges Wirtschaftsobjekt angesehen. Die Fragen, die sich als Folge einer Vermehrung des Waldes ergaben, hätten erst auftauchen können, nachdem tatsächlich eine Aufforstung durchgesetzt worden sei. Im übrigen habe der Vertrag nur damals bestockte Flächen und keine Blößen umfaßt, so daß die Frage einer Vermehrung des Waldes nicht habe auftauchen können. Die Vermehrung der Waldflächen und eine Änderung des Beteiligungsverhältnisses der Parteien ist danach, wie das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum annimmt, ein Punkt, der in dem Vertrag von 1811 nicht geregelt worden ist, weil die Vertragsteile ihn nicht erwogen haben. Diese Auffassung ist auch von den Beklagten vertreten worden, die in erster Instanz erklärt haben, daß alle Dinge, die seit 1859 eine Änderung herbeigeführt hätten, beim Abschluß des Vertrages nicht hätten vorausgesehen werden können. Man habe also weder 1811 noch 1838 etwas regeln können, was noch nicht existiert habe.

2. Das Oberlandesgericht schließt allerdings in seinen weiteren Ausführungen die Möglichkeit nicht aus, daß die unter die gemeinsame Verwaltung fallenden Waldungen nach dem Willen der Vertragschließenden von 1811/1838 nicht hätten vergrößert werden sollen, und bemerkt abschließend, es möge letztlich auf sich beruhen, von welchen Vorstellungen die Beteiligten damals ausgegangen seien. Auch wenn man unterstelle, daß eine Veränderung des Besitzstandes beim Vertragsabschluß ausgeschlossen worden wäre, sei eine ergänzende Vertragsauslegung möglich. Man könne nicht an der unstreitigen Tatsache vorbeigehen, daß heute über die Stadt- und Markenkasse mehr Waldungen und vor allem ein anders verteilter Wald verwaltet werde als damals. Dies bedeute, daß der Vertrag heute insofern, als nicht nur der damals fest begrenzte, sondern auch ein größerer und in seinem Besitzverhältnis verschobener Wald dem Vertrag unterfalle, einen andern Gegenstand betreffe als früher.

Die Revision folgert hieraus zu Unrecht, daß das Berufungsgericht im Ergebnis eine Auslegung des Vertrages offengelassen habe. Dem Oberlandesgericht kann allerdings nicht darin gefolgt werden, daß die Vorstellungen, von denen die Parteien beim Vertragsabschluß ausgegangen sind, bedeutungslos seien. Vorstellungen einer Vertragspartei über den Eintritt oder Nichteintritt eines Ereignisses können, sofern sie nicht Vertragsinhalt geworden sind, unter Umständen zu einer Änderung des Vertrages nach den Grundsätzen über das Fehlen oder den Wegfall der Geschäftsgrundlage führen. Es ist jedoch nicht anzunehmen, daß das Berufungsgericht mit seinen Ausführungen die Feststellung einer Lücke im Vertrag von 1811 nachträglich habe in Zweifel ziehen wollen. Wenn

dies der Fall sein sollte, so könnten die Ausführungen des Oberlandesgerichts nur dahin verstanden werden, daß, selbst wenn die Parteien ursprünglich eine Vermehrung des Waldbesitzes und damit eine Verschiebung des Größenverhältnisses ausgeschlossen hätten, diese Vereinbarung dadurch, daß im Laufe der Jahrzehnte weitere Waldflächen unter die gemeinsame Verwaltung gestellt worden seien, eine Änderung erfahren habe. Eine Lücke im Vertrag wäre allerdings dann nicht vorhanden und somit eine ergänzende Vertragsauslegung ausgeschlossen, wenn die Parteien, nachdem sie weitere Waldflächen in die gemeinsame Verwaltung genommen hatten, wodurch eine Verschiebung des Beteiligungsverhältnisses eingetreten war, die Aufrechterhaltung des im Vertrage von 1811 nach Maßgabe der Vermessung vom Jahre 1831/32 festgelegten Verteilungsmaßstabes vereinbart hätten. Demgemäß führt das Berufungsgericht zutreffend aus, eine ergänzende Auslegung müsse dann ausscheiden, wenn die Parteien bewußt das später hinzugekommene Gebiet dem alten Verteilungsschlüssel unterstellt und dessen Anwendung ohne Rücksicht auf die Verschiebung des Größenverhältnisses beabsichtigt hätten.

Nicht folgerichtig sind allerdings die Ausführungen des Oberlandesgerichts, soweit es sich um den Wald handelt, der durch die Pläne der Betriebswerke neu in Kultur genommen wurde. Das Berufungsgericht stellt fest, daß die Parteien diese Waldflächen bewußt dem Vertrag von 1811 unterstellt hätten. Insoweit liege eine klare Vereinbarung über die Anwendung des bisherigen Verteilungsmaßstabes vor, so daß für eine ergänzende Vertragsauslegung kein Raum sei. Gleichwohl müsse, so meint das Berufungsgericht, für die Verteilung der Nutzungen aus diesen Grundstücken das Verhältnis der Grundstücksgrößen maßgebend sein. Diese Auffas-

sung wird von der Revision mit Recht beanstandet. Der Verteilungsmaßstab kann, soweit er durch eine Vereinbarung der Parteien geregelt ist, nicht nachträglich im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung geändert werden, weil insoweit eine Vertragslücke nicht vorhanden ist.

3. Die weiteren Angriffe der Revision betreffen vor allem die Frage der Beweislast und die Würdigung des Sachverhalts. Zu den Ausführungen der Revision, soweit sie im Zusammenhang mit der Auslegung des Vertrages stehen, ist zu bemerken, daß die Auslegung eines Vertrages mit der Beweislast an sich nichts zu tun hat. Lediglich die Feststellung der für die Auslegung wesentlichen Tatsachen hat nach Maßgabe der für die Behauptungs- und Beweislast geltenden Grundsätze zu erfolgen (vgl. BGHZ 20, 109, 111).

Die Beantwortung der Frage, ob die Parteien eine Vereinbarung des Inhalts, daß trotz der Vermehrung des Waldbestandes und der dadurch hervorgerufenen Veränderung des Besitzverhältnisses der bisherige Verteilungsmaßstab beibehalten werden solle, getroffen haben, ist Aufgabe des Tatrichters. Das Berufungsgericht hat den Beweis dafür, daß man sich in irgendeinem Zeitpunkt dahin geeinigt hätte, trotz der Verschiebung im Grundbesitz solle der ursprüngliche Verteilungsschlüssel endgültig maßgebend bleiben, nicht als geführt erachtet. Die Rüge der Revision, das Oberlandesgericht habe bei der Würdigung des Sachverhalts die Beweislast verkannt, ist nicht begründet. Die Klägerin hat ihrer Behauptungs- und Darlegungspflicht für das Vorhandensein einer Vertragslücke mit dem Hinweis auf das Fehlen einer Vereinbarung über die weitere Anwendung des alten Verteilungsschlüssels genügt. Es war Sache der Beklagten,

die Tatsachen, aus denen sie eine Vereinbarung über die Aufrechterhaltung der bisherigen Art der Nutzungsverteilung entnehmen zu können glauben, zu behaupten und zu beweisen. Der Umstand, daß nach der Vermehrung des Waldbestandes und der Verschiebung des Besitzverhältnisses eine ausdrückliche Vereinbarung über eine Änderung der Nutzungsverteilung nicht getroffen ist, zwingt nicht zu der Annahme, die Parteien seien darüber einig gewesen, daß die Nutzungen auch weiterhin in der gleichen Weise wie bisher verteilt werden sollten. Die Beklagten erblicken jedoch eine Vereinbarung über die Beibehaltung des Verteilungsschlüssels vor allem in der langjährigen Handhabung des Vertrages durch die Parteien.

Der Revision ist darin zuzustimmen, daß in dem Verhalten der Vertragsteile nach der Vermehrung des Waldbestandes, insbesondere in einer langjährigen von der Klägerin widerspruchslos hingenommenen Verteilung der Nutzungen eine Voreinbarung des Inhalts liegen kann, der alte Verteilungsschlüssel solle trotz der Verschiebung des Größenverhältnisses weiterhin bestehen bleiben. Ob eine solche Vereinbarung zustande gekommen ist, hat der Tatrichter zu entscheiden. Richtig ist, daß, wie die Revision hervorhebt und wovon auch das Berufungsgericht ausgeht, den Beteiligten die Veränderungen im Waldbestand sowohl der Klägerin wie auch der Beklagten nicht unbekannt gewesen sind. Die Vermehrung der Waldflächen hatte nach den Feststellungen des Berufungsgerichts sich nach 1858 angebahnt und bis zum Jahre 1870 zu einem nicht unwesentlichen Teil vollzogen, indem vor allem Heideflächen und Blößen, die ursprünglich nicht zum gemeinsam verwalteten Wald gehörten, auf Kosten der Klägerin oder der gemeinsamen Kasse aufgeforstet wurden. Das Oberlandesgericht bemerkt dazu, hier sei allerdings

die eigenartige Erscheinung zu verzeichnen, daß diese Flächen zum Teil entgegen dem Willen der Beklagten aufgeforstet seien, daß die Beklagten eine Übernahme der Kosten hierfür abgelehnt hätten und nach ihren ausdrücklichen Erklärungen die Nutzungen auch der Klägerin allein zustehen sollten. Gleichwohl seien aber solche Flächen dann doch über die gemeinsame Kasse verwaltet worden, ohne daß sich noch aufklären lasse, wie es dazu gekommen sei. Eine wesentliche Verschiebung des Größenverhältnisses im beiderseitigen Waldbesitz sei auch durch die Separation eingetreten, durch die rund 70 ha auf die Klägerin übergegangen seien. Wie die Vermehrung des Waldbesitzes im einzelnen erfolgt sei, wer die Anpflanzungen veranlaßt und wer die Kosten hierfür getragen habe, inwieweit die Aufforstungen auf behördliche Anordnung durchgeführt und inwieweit sie einseitig von der Klägerin oder von ihr im Einvernehmen mit den Beklagten vorgenommen worden seien, könne im Ergebnis dahingestellt bleiben. Jedenfalls sei der wesentliche Teil der neu aufgeforsteten Flächen in gemeinsame Verwaltung genommen worden. Diese Tatsache wertet das Oberlandesgericht als einen rechtsgeschäftlichen Akt, indem es darauf hinweist, daß man sich im Laufe der Jahre zwar mehrfach über eine Auflösung des Vertrages von 1811 unterhalten habe, daß aber in allen Besprechungen und Verhandlungen immer wieder klar geworden sei, daß die neu hinzugekommenen Flächen nicht wieder aus der gemeinsamen Verwaltung herausgenommen werden sollten. Daran, daß die über die gemeinsame Kasse verwalteten Grundstücke zusammenbleiben sollten, solange diese Kasse bestehe, habe niemand gezweifelt. Zutreffend führt das Oberlandesgericht aus, daß die Verhandlungen von 1863 und 1869 keine Vereinbarung über eine endgültige Beibehaltung des bisherigen Verteilungs-

schlüssels ergeben hätten, daß vor allem die Bemerkung im Protokoll über die Besprechung von 1863, daß die Verteilung der Nutzungen nach der Größe der Flächen erfolge und hierüber auch kein Streit bestehe, sich nur auf den Waldbesitz beziehen könne, der nach den Feststellungen von 1838 unter den Vertrag von 1811 gefallen sei. Daß keine endgültige Vereinbarung über den Verteilungsschlüssel getroffen sei, hat das Oberlandesgericht auch aus der Bemerkung im Protokoll vom 29. September 1863 entnommen, wonach die Beklagten erklärten, sie wollten sich wegen der auf gemeinsame Kosten aufgeforsteten Kulturen mit der Stadt einigen. In der Besprechung von 1869 wird ebenfalls lediglich festgestellt, daß die Verteilung der Nutzungen des Stadt- und Markenwaldes nach der Berechnung von 1838 bewirkt worden sei, worüber allseitiges Einverständnis bestehe. Die Frage einer Neuverteilung der Nutzungen ist in den Verhandlungen von 1863 und 1869 nicht erörtert worden. Die Feststellung des Berufungsgerichts, aus den vorhandenen Unterlagen ergäben sich keine Anhaltspunkte dafür, daß über die Beibehaltung des alten Verteilungsschlüssels gesprochen worden sei, erst recht nicht, daß man sich darüber geeinigt habe, wird von der Revision insoweit beanstandet, als sie glaubt, daß diese Einigung sich aus der bisherigen Handhabung des Vertrages ergebe.

Die Auffassung der Revision, daß die vom Oberlandesgericht festgestellte Kenntnis der Beteiligten von den Veränderungen im Waldbestand und die weitere Handhabung des Vertrages mit der Annahme einer Vertragslücke in Widerspruch ständen, ist dann zutreffend, wenn die Parteien, nachdem sie die Verschiebung des Beteiligungsverhältnisses, die durch die Einbringung neuer Waldflächen entstanden war, erkannt hatten, die Aufrechterhaltung des alten Verteilungsschlüssels

vereinbart haben. Es hätte allerdings nahe gelegen, daß die Klägerin, nachdem Aufforstungen in erheblichem Umfange erfolgt waren, die Neuverteilung der Nutzungen zur Sprache gebracht hätte. Daß dies nicht geschehen ist, mag sich daraus erklären, daß es sich bei den neu in gemeinsame Verwaltung genommenen Waldflächen um Fichtenkulturen handelte, deren Anlegung erhebliche Kosten verursacht hatte, die aber noch keinen Gewinn brachten. Mit wesentlichen Nutzungen konnte frühestens nach 25 - 30 Jahren, also erst in weiterer Zukunft gerechnet werden. Dies kann der Grund dafür gewesen sein, daß die Klägerin, die vorwiegend die Aufforstungen durchgeführt hatte, damals eine Änderung des Verteilungsmaßstabes nicht für erforderlich gehalten hat. Wenn das Berufungsgericht die Tatsache, daß trotz der Veränderung im Waldbestand, die durch die Aufforstungen herbeigeführt war, der ursprüngliche Vertrag mit dem darin vorgesehenen Verteilungsschlüssel zunächst fortgesetzt wurde, nicht als eine Vereinbarung über die endgültige Beibehaltung des alten Verteilungsmaßstabes gewertet hat, so ist das aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Eine andere Beurteilung würde jedoch geboten sein, wenn die Klägerin, nachdem aus den neu aufgeforsteten Flächen Einnahmen erzielt wurden, längere Zeit hindurch die Anwendung des bisherigen Verteilungsschlüssels widerspruchlos hingenommen und damit zu erkennen gegeben hätte, daß sie mit der Beibehaltung der bisherigen Art der Nutzungsverteilung einverstanden sei, weil darin eine stillschweigende Vereinbarung über die Aufrechterhaltung des alten Verteilungsschlüssels erblickt werden könnte, auch wenn man dabei berücksichtigt, daß die Waldbewirtschaftung lange Zeiträume umfaßt und deshalb auch für die Beurteilung des Verhaltens der Beteiligten große Zeiträume zugrunde zu legen sind.

Mit Recht rügt die Revision, das Berufungsgericht habe der tatsächlichen jahrzehntelangen Handhabung des Vertrages nicht genügend Rechnung getragen. Das angefochtene Urteil läßt zu diesem Punkt ausreichende tatsächliche Feststellungen und eine erschöpfende Würdigung des Verhaltens der Parteien vermissen. Das Oberlandesgericht führt dazu lediglich aus, im Jahre 1873 hätten, nachdem man die Vermehrung des Waldbestandes und die Verschiebung des Größenverhältnisses erkannt habe, auf seiten der Klägerin Bestrebungen eingesetzt, die eingetretenen Veränderungen auch im Verteilungsschlüssel zum Ausdruck zu bringen. Seitdem hätten die Erörterungen darüber, ob und wie der Verteilungsschlüssel geändert werden soll, praktisch nicht aufgehört, wenn sie auch immer wieder unterbrochen und mehr stoßweise geführt worden seien, je nachdem ob sich auf seiten der Klägerin jemand gefunden habe, der die Angelegenheit energisch aufgegriffen habe. Im Zusammenhang mit der Prüfung der Frage der Verwirkung bemerkt das Berufungsgericht, die Klägerin habe die sich aus den Veränderungen im Waldbestand ergebenden Folgen für die Vertragsgestaltung nicht etwa stillschweigend hingenommen. Sie sei vielmehr seit 1873 immer wieder mit ihren Änderungswünschen auf den Plan getreten. Die Beklagten hätten sich dem nicht widersetzt, sondern noch 1923 mit der Klägerin über deren Wünsche verhandelt. Mit dieser Begründung kann das Zustandekommen einer Vereinbarung über die Aufrechterhaltung des alten Verteilungsschlüssels nicht verneint werden. Es fehlt jede Feststellung darüber, was in der Zeit von 1873 - 1923 hinsichtlich einer Abänderung der Nutzungsverteilung geschehen ist. Bezeichnend ist, daß die Frage einer anderweitigen Verteilung der Nutzungen überhaupt nicht von der Klägerin, sondern im Jahre 1873 von der Regierung aufgegriffen wurde. Offensichtlich hat sich die Klägerin daraufhin wegen einer Änderung des Verteilungsschlüssels an die

Beklagten gewandt, die ihren Markenvorstehern für die Verhandlungen mit der Stadt Vollmacht erteilt hatten. Ob dann tatsächlich Verhandlungen stattgefunden haben, welches Ergebnis diese Verhandlungen hatten, insbesondere wie die Beklagten sich den Wünschen der Klägerin gegenüber verhalten haben, ob sie etwa bereit waren, einer Änderung des Verteilungsschlüssels zuzustimmen, oder ob sie eine Änderung abgelehnt haben, ist nicht aufgeklärt. Fest steht lediglich, daß in der Folgezeit der alte Verteilungsschlüssel weiter angewandt wurde. Es ist nicht einmal festgestellt, ob und wann die Klägerin in der Zeit von 1873 bis 1923 wegen einer Änderung des Verteilungsschlüssels an die Beklagten herangetreten ist. Wenn die Klägerin fast 50 Jahre lang die Handhabung des alten Vertrages widerspruchslos hingenommen hat, so kann darin ein Einverständnis der Klägerin mit dem bisherigen Verteilungsschlüssel und damit eine entsprechende stillschweigende Vereinbarung gefunden werden, und zwar auch dann, wenn man die Zeit von 1903 bis 1918 (Separation und Weltkrieg) unberücksichtigt läßt. Hinzu kommt, daß die auf Grund des Beschlusses der Stadtverordneten und Markenvorsteher vom 2. Januar 1923 gebildete Kommission, die feststellen sollte, welche Waldflächen die Stadt neu eingebracht habe, welche dieser Flächen aufgeforstet seien und mit welchen Mitteln dies geschehen sei, ihre Tätigkeit überhaupt nicht aufgenommen hat. Dies deutet darauf hin, daß die Klägerin ihre Bestrebungen nicht weiter verfolgt hat. Es ist jedenfalls nicht ersichtlich, daß außer dem damaligen Stadtverordneten He..., auf dessen Initiative der Beschluß vom Jahre 1923 zurückzuführen war, auf seiten der Klägerin jemand die Sache energisch aufgegriffen haben soll: Auch bis zur Einleitung des gegenwärtigen Rechtsstreits hat die Klägerin gegen die Beklagten anscheinend keine Schritte unter-

nommen, um eine Änderung der Nutzungsverteilung herbeizuführen.

Die Frage, ob aus dem Verhalten der Beteiligten eine stillschweigende Vereinbarung über die Beibehaltung des alten Verteilungsschlüssels gefolgert werden kann, bedarf danach einer nochmaligen tatrichterlichen Prüfung.

III. Sollte die erneute Prüfung ergeben, daß eine Vereinbarung über die Aufrechterhaltung des alten Verteilungsmaßstabes zustande gekommen ist, so würde eine ergänzende Vertragsauslegung nicht in Betracht kommen. Auch gesellschaftsrechtliche Grundsätze könnten eine Änderung des Verteilungsschlüssels nicht rechtfertigen. Ebensowenig kämen die Grundsätze über das Fehlen oder den Fortfall der Geschäftsgrundlage zur Anwendung. Falls eine Vereinbarung über die Beibehaltung des alten Verteilungsschlüssels nicht zustande gekommen oder nicht bewiesen ist, bleibt die Vertragslücke bestehen, so daß die ergänzende Vertragsauslegung Platz greift, es sei denn, daß das Berufungsgericht bei der erneuten Prüfung zu dem Ergebnis kommen sollte, der Vertrag vom Jahre 1811 könne dahin ausgelegt werden, daß für die künftige Verteilung der Nutzungen das jeweilige Größenverhältnis maßgebend sein solle. Für eine solche Auslegung könnte der Gesichtspunkt sprechen, daß durch den Vertrag der Streit über die Verteilung der Nutzungen endgültig beigelegt werden sollte und dem festgelegten Verteilungsmaßstab das tatsächliche Größenverhältnis zugrunde gelegt wurde, auch kein Zeitpunkt festgelegt war, bis zu welchem die "geometrische Vermessung" zu geschehen hatte, es auf einen solchen Zeitpunkt aber wohl nur dann nicht ankam, wenn das tatsächliche Größenverhältnis ein für alle mal und für alle Zeiten maßgebend sein sollte. Die richterliche

Ergänzung des Vertragsinhalts hat jedoch nicht etwa nach reinen Billigkeitsgesichtspunkten zu erfolgen. Die Vorschriften der §§ 315, 316 BGB finden entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts keine Anwendung, weil die Voraussetzungen hierfür nicht gegeben sind. Ein Fall des § 315 BGB läge nur dann vor, wenn beide Vertragsteile darüber einig gewesen wären, daß einer von ihnen oder ein Dritter die Gegenleistung für die Einbringung der neuen Waldflächen bestimmen sollte. Die Anwendung des § 316 BGB würde voraussetzen, daß nur der Umfang der für eine Leistung versprochenen Gegenleistung offengeblieben wäre, was hier ebenfalls nicht zutrifft. Die Ergänzung des Vertragsinhalts hat vielmehr, wie bereits ausgeführt, in der Weise zu erfolgen, daß ermittelt wird, wie die Parteien die Verteilung der Nutzungen geregelt haben würden, wenn sie in ihren Abmachungen die spätere Entwicklung berücksichtigt hätten. Die ergänzende Vertragsauslegung muß ferner, wie sich aus § 157 BGB ergibt, im Einklang mit den Grundsätzen von Treu und Glauben stehen. Eine hiermit im Widerspruch stehende Ergänzung des Vertragsinhalts ist von den Parteien als nicht gewollt anzusehen (vgl. BGHZ 12, 337, 345 mit Hinweis auf Soergel, BGB 8. Aufl. § 157 Anm. V 1 a).

Bei der Prüfung der Frage, wie die ergänzende Vertragsauslegung sich auf den Verteilungsschlüssel auswirkt, geht das Berufungsgericht von der dem Vertrag von 1811 zugrunde liegenden Regelung aus, wonach der Reingewinn nach der im Jahre 1838 festgestellten Grundstücksgröße verteilt werden sollte. Diese Regelung sei, so meint das Oberlandesgericht, in die Zukunft gerichtet, was sich auch daraus ergebe, daß eine starke Verminderung des Waldbestandes sich auch auf die Verteilung der Nutzungen habe auswirken sollen.

Eine an diese Grundsätze anknüpfende ergänzende Auslegung des Vertrages müsse sich ebenfalls an das Verhältnis der Größe des Besitzes der Beteiligten halten. Der Auffassung der Beklagten, es müsse bei dem bisherigen Verteilungsmaßstab verbleiben, weil wegen der gemeinsamen Aufwendungen für die Aufforstungen längere Zeit kein Erlös habe verteilt werden können, ist das Berufungsgericht nicht gefolgt. Es meint, die Gedankengänge der Beklagten liefen im Ergebnis darauf hinaus, daß die Beklagten glaubten, sie müßten, weil sie sich jahrelang den Nutzen hätten beschneiden lassen, jetzt auch an den Früchten der von ihnen gebrachten Opfer teilhaben. Einer solchen Berechnung könne man nicht zustimmen. Es sei durchaus möglich, daß in einem Jahr Unkosten nur für den Wald der Klägerin entstanden und im nächsten Jahr Aufwendungen nur für den Wald der Beklagten gemacht seien und daß in den 10 Jahren, in denen kein Erlös verteilt worden sei, in einem Jahr nur Blößen innerhalb des alten Waldbestandes, im anderen Jahr nur neu hinzugekommene Flächen, in wieder einem anderen Jahr beide Möglichkeiten zusammen den Ertrag gemindert hätten. In jedem Fall habe ein Überschuß erst nach Begleichung der Unkosten verteilt werden können, wobei es gleichgültig sei, ob die Unkosten für den Waldbesitz der Klägerin oder für die Waldflächen der Beklagten entstanden seien.

Zu diesen Ausführungen ist folgendes zu bemerken: Die Frage, auf wessen Kosten die in gemeinsame Verwaltung genommenen Flächen aufgeforstet worden sind, kann entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts bei der Entscheidung über eine Anpassung des Verteilungsschlüssels nicht außer Betracht bleiben. Soweit Neuanpflanzungen aus der gemeinsamen Kasse bezahlt worden sind, dürfte allerdings eine

Änderung des Verteilungsschlüssels nicht ohne weiteres in Betracht kommen. Die gemeinschaftliche Bewirtschaftung des Waldbesitzes der Klägerin und der Beklagten hatte zur Folge, daß sämtliche Einnahmen aus den Stadt- und Markenwaldungen in eine gemeinsame Kasse flossen. Aus dieser Kasse wurden alle Unkosten gezahlt, unabhängig davon, ob sie auf den Wald der Klägerin oder die Waldungen der Beklagten entfielen. Der verbleibende Erlös wurde dann nach Maßgabe der im Jahre 1838 festgestellten Grundstücksgrößen zu rund $\frac{1}{3}$ an die Klägerin und zu rund $\frac{2}{3}$ an die Beklagten verteilt. Diese Regelung wirkte sich nach der Vermehrung des Waldbesitzes der Klägerin dahin aus, daß für die Waldflächen der Klägerin, vor allem durch die Aufforstungen, mehr Kosten entstanden, als dies bei der ursprünglichen Größe des Waldes der Fall war. Die Tatsache, daß die erhöhten Kosten, die durch eine Vergrößerung der Waldflächen verursacht waren, aus der gemeinsamen Kasse gezahlt wurden, hatte zur Folge, daß beide Parteien an der Tragung dieser Kosten beteiligt waren. Es trifft nicht zu, daß, wie die Klägerin meint, beide Parteien die Unkosten für ihren gesamten Waldbesitz entsprechend ihrem Anteil an dem beiderseitigen Waldbestand getragen hätten, daß also die Klägerin die gesamten Verwaltungskosten für ihr Waldeigentum entsprechend der Größe des Eigentums getragen habe, weil die Unkosten aus der gemeinsamen Kasse gezahlt worden seien. Richtig ist, daß beide Parteien an der Tragung der Unkosten beteiligt waren. Diese Beteiligung wirkte sich aber nur in dem Verhältnis aus, in dem die Nutzungen verteilt wurden. Wenn z.B. die Einnahmen in zwei aufeinanderfolgenden Jahren gleich hoch waren und die Ausgaben im einen Jahr die gleiche Höhe hatten wie im anderen Jahr, so war der zur Verteilung gelangende Erlös in beiden Jahren

gleich hoch und die Beklagten erhielten ebenso wie die Klägerin in jedem Jahr einen dem Verhältnis 1 : 2 entsprechenden gleich hohen Betrag. Wenn nun in dem einen Jahr durch Neuaufforstungen von seiten der Klägerin besondere Kosten entstanden wären, die aus der gemeinsamen Kasse gezahlt wurden, so würde sich durch diese Aufwendungen der verbleibende Erlös um die erhöhten Kosten verringert haben, so daß ein entsprechend geringerer Betrag zur Verteilung gekommen wäre. Der auf die Klägerin entfallende Anteil am Erlös hätte sich im Vergleich zum Vorjahr um rund $\frac{1}{3}$, der Erlös für die Beklagten um rund $\frac{2}{3}$ der Unkosten verringert. Dieses Beispiel zeigt, daß die Auffassung der Klägerin, sie habe ebenso wie die Beklagten dadurch, daß die Kosten aus der gemeinsamen Kasse gezahlt worden seien, die Kosten für ihr ganzes Waldeigentum getragen, nicht richtig sein kann. Hinzu kommt, daß durch die gemeinsame Verwaltung und Bewirtschaftung der neu hinzugekommenen Flächen weitere Aufwendungen notwendig wurden, die ebenfalls aus der gemeinsamen Kasse gezahlt, also im Ergebnis gleichfalls im Verhältnis 1 : 2 von den Parteien getragen wurden. Der Hinweis des Berufungsgerichts, die Beklagten würden in späteren Jahren, sobald die neuen Flächen einen Gewinn abwerfen, auch bei einer Änderung des Verteilungsschlüssels mehr bekommen haben und noch bekommen, als sie nach dem ursprünglichen Vertrag erhalten hätten, mag richtig sein; er rechtfertigt aber nicht ohne weitere die Änderung des Verteilungsmaßstabes. Daß die Beteiligten auch bei einer Änderung des Verteilungsschlüssels einen höheren Erlös erhalten haben würden und erhalten, liegt daran, daß die neu hinzugekommenen Waldflächen in einigen Jahrzehnten einen Gewinn brachten. Dies ist aber wiederum eine Folge der Tatsache, daß beide Parteien die Voraussetzungen hierfür durch gemeinsame, im

Verhältnis 1 : 2 getragene Aufwendungen geschaffen haben.

Soweit Waldflächen, die bereits einen Nutzen abwarfen, also einen fertigen Wald darstellten, in gemeinsame Verwaltung genommen wurden, würde eine Anpassung des Verteilungsschlüssels an das veränderte Größenvorhältnis ohne weiteres gerechtfertigt sein. Eine anderweitige Verteilung der Nutzung kann auch insoweit in Betracht kommen, als eine der Parteien auf eigene Kosten Anpflanzungen vorgenommen hat und diese Flächen dann später in gemeinsame Verwaltung genommen wurden, es sei denn, daß die Kosten der Aufforstung gegenüber den Aufwendungen, die durch die jahrzehntelange gemeinsame Verwaltung und Bewirtschaftung entstanden sind, nicht ins Gewicht fallen. Unter diesem Gesichtspunkt wird auch die Verteilung der Nutzungen aus den Distrikten Bremberg und Sonneborn, soweit diese gemeinsam verwaltet werden, zu beurteilen sein. Beide Parteien haben anhand von Aufstellungen dargelegt, welche Flächen angeblich auf alleinige Kosten der Klägerin und welche Flächen auf gemeinsame Kosten aufgeforstet sind. Die Klägerin behauptet, daß sie bis etwa 1900 die Aufforstungen allein vorgenommen und bezahlt habe. Die Beklagten wollen offenbar nicht bestreiten, daß bis zum Jahre 1870 die Aufforstungen allein auf Kosten der Klägerin erfolgt sind. Soweit es für die im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung vorzunehmende Ergänzung des Vertragsinhalts auf von der Klägerin zur Begründung ihrer Ansprüche geltend gemachte Tatsachen ankommt, gehen Unklarheiten zu Lasten der Klägerin: Ob auf eine etwaige Änderung des Verteilungsschlüssels gesellschaftsrechtliche Grundsätze anzuwenden sind, kann dahingestellt bleiben, weil sich hieraus andere Folgerungen als bei einer ergänzenden Vertragsauslegung nicht ergeben würden.

Für den gemeinsam verwalteten Waldbesitz der Klägerin hat das Berufungsgericht der Entscheidung eine Gesamtgröße von 1054 ha zugrunde gelegt. Die Revision macht dazu geltend, das Oberlandesgericht habe bei einer Änderung des Verteilungsschlüssels die von der Klägerin allein genutzten Waldflächen mit einbeziehen müssen, weil diese Flächen aus der Stadt- und Markenkasse mitverwaltet würden. Dabei übersieht die Revision, daß die Parteien in der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht übereinstimmend erklärt haben, sie seien sich darüber einig, daß für die Berechnung des Verteilungsschlüssels im gegenwärtigen Prozeß der Stadtwald, womit die gemeinsam verwalteten Waldungen der Klägerin gemeint sind, mit 1054 ha einzusetzen sei, und daß etwaige Ausgleichsansprüche, die sich daraus ergäben, daß die Parteien nicht immer genau zwischen dem reinen Stadtwald und dem Stadt- und Markenzwald geschieden hätten, einer besonderen Auseinandersetzung vorbehalten bleiben und demgemäß durch die Änderung im gegenwärtigen Rechtsstreit nicht berührt werden sollten.

Die Einrede der Verjährung ist, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, nicht begründet. Die Revision hat hiergegen auch keine Einwendungen erhoben. Sie bekämpft jedoch die Auffassung des Berufungsgerichts, daß die Ansprüche der Klägerin nicht verwirkt seien. Die Verwirkung bedeutet nichts anderes als die Ablehnung einer späten Rechtsverfolgung als wider Treu und Glauben verstoßend (vgl. BGHZ 1, 31, 32). Sie ist kein Verzicht auf die Geltendmachung eines Anspruchs. Die Bemerkung des Berufungsgerichts, man könne aus den Verhandlungen der Parteien nicht den Schluß ziehen, daß die Klägerin sich so verhalten habe wie jemand, der auf eine Änderung des Verteilungsschlüs-

sels verzichtet und sich mit dem bisherigen Verteilungsschlüssel einverstanden erklärt habe, ist offensichtlich nicht so zu verstehen, daß damit, wie die Revision anzunehmen scheint, ein Verzicht im Rechtssinne gemeint wäre. Die Frage, ob eine Verwirkung vorliegt, steht mit der Frage, ob eine Vereinbarung über die Beibehaltung des alten Verteilungsschlüssels zustande gekommen ist, in engem Zusammenhang. Bei Bejahung eines stillschweigenden Vertragsschlusses würde der Verwirkungseinwand gegenstandslos sein. Wenn die erneute Würdigung des Sachverhalts ergeben sollte, daß eine Vereinbarung über die Aufrechterhaltung der bisherigen Nutzungsverteilung nicht zustande gekommen ist oder sich nicht feststellen läßt, so würde der für eine solche Beurteilung maßgebliche Gesichtspunkt, obwohl der Verwirkungseinwand sich nicht auf einen Vertrag stützt, möglicherweise der Annahme einer Verwirkung entgegenstehen. Eine abschließende Beurteilung ist jedoch erst nach erschöpfender tatrichterlicher Würdigung des Sachverhalts möglich.

Eine Aufrechnung der Beklagten mit den Kulturkosten, die sie bei einer Änderung des Verteilungsschlüssels nicht hätten zu tragen brauchen, kommt nicht in Betracht, weil die zur Begründung der Aufrechnung geltend gemachten Gesichtspunkte bereits bei der Prüfung der Frage, wie im Falle einer ergänzenden Auslegung des Vertrages die Verteilung der Nutzungen zu erfolgen hat, zu berücksichtigen sein würden.

Ein Rückzahlungsanspruch würde gemäß § 814 BGB ausgeschlossen sein, wenn die Klägerin gewußt hätte, daß die Verteilung so, wie sie vorgenommen wurde, ungerechtfertigt war. Dies hat das Berufungsgericht nicht festzustellen ver-

mocht. Daß die Klägerin, weil sie den Vertrag anders auslegt als die Beklagten, die Berechtigung des bisherigen Verteilungsschlüssels angezweifelt hat, bedeutet noch nicht, daß sie auch die Unrichtigkeit der Verteilung erkannt habe. Auf einen Wegfall der Bereicherung (§ 818 Abs. 3 BGB), der dadurch eingetreten sein soll, daß die Markengenossenschaften den empfangenen Erlös unter die Markengenossen verteilt haben, können sich die Beklagten, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, schon deshalb nicht berufen, weil den Beklagten, wenn die Ausschüttung des Erlöses nicht gerechtfertigt war, gegen die Markeninteressenten ein Anspruch auf Rückzahlung zustehen würde, wobei es dahingestellt bleiben kann, wie das Verhältnis der Markeninteressenten zu den Markengenossenschaften rechtlich zu beurteilen ist. Eine Zahlungsunfähigkeit der Markengenossen ist nicht geltend gemacht. Im übrigen würden die Beklagten auch jederzeit in der Lage sein, bei der künftigen Verteilung des Erlöses an die Markeninteressenten einen dem Rückzahlungsanspruch entsprechenden Betrag einzubehalten.

IV. Die Sache mußte deshalb unter Aufhebung des angefochtenen Urteils an das Berufungsgericht zurückverwie-

sen werden, dem auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens übertragen wird.

Dr. Tasche

Dr. Piepenbrock

Rothe

Dr. Freitag

Bundesrichter Dr. Mattern
ist durch Urlaub verhin-
dert zu unterschreiben.

Dr. Tasche