

15
V_ZR_133/61

Verkündet
am 25. September 1963
[REDACTED], Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

2215 086

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

In dem Rechtsstreit

des Bauunternehmers Albert J [REDACTED] in E [REDACTED], M [REDACTED]-
straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungs- und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Maximilian R [REDACTED] in W [REDACTED]-P [REDACTED],
Bu [REDACTED]straße 16,

Kläger, Berufungs- und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche
Verhandlung vom 25. September 1963 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Dr. Tasche sowie der Bundesrichter
Dr. Piepenbrock, Dr. Rothe, Dr. Mattern und Offterdinger
für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil
des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Köln
vom 29. Mai 1961 wird, soweit sie sich gegen den
Feststellungsausspruch richtet, zurückgewiesen.

Im übrigen wird auf die Revision des Beklagten
das vorbezeichnete Urteil aufgehoben. In diesem
Umfang wird die Sache zur anderweiten Verhandlung
und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückver-
wiesen, dem auch die Entscheidung über die Kosten
des Revisionsverfahrens übertragen wird.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger und der Landwirt Josef W. [REDACTED] sind Kommanditisten, der Kaufmann Arnold Rösgen, ein Bruder des Klägers, persönlich haftender Gesellschafter der Josef W. [REDACTED] KG, die seit 1953 in Gelnhausen über Euskirchen eine Ziegelei betrieb. Der zur Herstellung der Ziegel erforderliche Ton wurde aus Grundstücken gewonnen, die teils Winter, teils anderen Personen gehörten. Das Betriebsgrundstück, das im Eigentum von Josef W. [REDACTED] stand, wurde im Jahre 1954 auf die Kommanditgesellschaft übertragen.

Am 5. Februar 1955 schlossen die drei Gesellschafter der Josef W. [REDACTED] KG, die stark verschuldet war, mit dem Beklagten einen Vertrag über die Gründung einer stillen Gesellschaft. In der Vorbemerkung zu dem Vertrag heißt es, der Beklagte sei zur Behebung der Liquiditätsschwierigkeiten der Firma bereit, sich an der KG mit einer Bareinlage von 185 000 DM als stiller Gesellschafter zu beteiligen mit der Maßgabe, daß der KG ein zeitlich unbegrenztes und uneingeschränktes alleiniges Ausbeutungsrecht grundbuchmäßig gesichert werde, zum mindesten solange der Beklagte oder seine Erben in irgend einer Form an der Kommanditgesellschaft beteiligt seien. Zur Sicherung seiner Einlage sollte der Beklagte Briefgrundschulden in Höhe von insgesamt 350 000 DM erhalten. Die stille Gesellschaft war nach dem Vertrag seitens der Kommanditgesellschaft nicht vor dem 31. Dezember 1960 kündbar.

Auf Grund der Bewilligung des Kommanditisten Josef W. [REDACTED] vom 5. Februar 1955 wurde auf seinen im Grundbuch von K. [REDACTED] Band 34 Blatt [REDACTED] verzeichneten Grundstücken am 4. April 1955 zugunsten des Klägers eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit eingetragen, wonach der Kläger berechtigt war, "für die

- 3 -

Dauer des Bestehens der Firma Josef W [REDACTED] KG die Tonvorkommen auf sämtlichen Grundstücken auszubeuten, und zwar mit der Befugnis, die Ausübung der Dienstbarkeit einem Dritten zu übertragen". Ebenfalls am 5. Februar 1955 übertrug der Kläger die Ausübung der Dienstbarkeit auf die Kommanditgesellschaft, und zwar "für den Zeitraum, während dessen der Baumeister Albert J [REDACTED] aus E [REDACTED] (Beklagter) in irgend einer Form an der Firma Josef W [REDACTED] KG beteiligt ist." Auch diese Übertragung wurde am 4. April 1955 im Grundbuch eingetragen.

Durch Vertrag vom 2. September 1955 verpachtete die Kommanditgesellschaft der Firma G [REDACTED] Ziegelwerk GmbH den Ziegeleibetrieb mit sämtlichen Ausbeutungsrechten. Dieser Pachtvertrag wurde, nachdem die Zwangsverwaltung des Betriebsgrundstückes angeordnet war, durch einen Pachtvertrag ersetzt, den der Zwangsverwalter des Betriebsgrundstücks am 29. September 1955 mit dem Beklagten abschloß. Am 28. Oktober 1955 faßten die Gesellschafter der Kommanditgesellschaft nach Behauptung des Klägers den Beschluß, den Beklagten wegen vorsätzlicher Verletzung der ihm gegenüber der Kommanditgesellschaft und deren Gesellschaftern obliegenden Treuepflicht mit sofortiger Wirkung oder, falls dies nicht möglich sei, zum nächst zulässigen Termin aus der stillen Gesellschaft auszuschließen. Ob und in welcher Weise dieser Beschluß dem Beklagten mitgeteilt wurde, ist streitig.

Am 5. Dezember 1955 wurde auf Grund der Bewilligung des Kommanditisten Josef W [REDACTED] auf dessen Grundbesitz zugunsten des Beklagten und seiner Erben auf deren Lebenszeit eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit des gleichen Inhalts eingetragen, wie sie dem Kläger eingeräumt war. Am 29. Oktober 1956 erwarb der Beklagte in der Zwangsversteigerung das Betriebsgrundstück der Kommanditgesellschaft, die nunmehr den Ziegeleibetrieb einstellte. Der Beklagte führte den Betrieb fort.

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



Am 9. Januar 1957 vereinbarte der Kläger mit seinem Bruder als dem geschäftsführenden und vertretungsberechtigten Gesellschafter der Kommanditgesellschaft, daß die Ausübung der für den Kläger eingetragenen beschränkten persönlichen Dienstbarkeit wieder dem Kläger zustehen solle. Diese Vereinbarung wurde am 1. April 1957 im Grundbuch eingetragen. Die Kommanditgesellschaft befindet sich seit dem 21. Juli 1958 in Liquidation. Am 28. November 1958 wurde die Zwangsversteigerung der dem Kommanditisten Josef W. [REDACTED] gehörenden Grundstücke durchgeführt. Der Beklagte erwarb den mit den Dienstbarkeiten belasteten Grundbesitz. Für die von ihm nicht mit übernommene Dienstbarkeit des Klägers wurden diesem gemäß § 121 ZVG Deckungsbeträge zugeteilt. Über die gegen den Teilungsplan erhobene Widerspruchsklage des Beklagten (1. O 68/59 LG Bonn) ist noch nicht entschieden.

Im gegenwärtigen Rechtsstreit hat der Kläger mit der Begründung, der Beklagte habe dadurch, daß er in der Zeit vom 1. April 1957 bis zum 28. November 1958 Lehm aus einem mit der Dienstbarkeit des Klägers belasteten Grundstück entnommen habe, seine Dienstbarkeit verletzt, einen Anspruch auf Zahlung von 25 000 DM geltend gemacht mit dem Antrage, den Beklagten zur Zahlung von 25 000 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 1. Februar 1958 zu verurteilen. Außerdem hat er, weil der Beklagte das Bestehen der Dienstbarkeit bestritten hat, beantragt, festzustellen, daß die für ihn eingetragene Dienstbarkeit bis zur Versteigerung der belasteten Grundstücke zu Recht bestanden habe.

Der Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt. Er hat gegenüber der Feststellungsklage die Einrede der Rechtshängigkeit erhoben und auch die Voraussetzungen für das Feststellungsbegehren des Klägers verneint. Im übrigen macht er geltend, der Kläger könne sich auf Grund der bei Gründung der stillen Gesellschaft getroffenen Vereinbarungen nicht auf die Dienstbarkeit berufen. Selbst wenn er (Beklagter) unberechtigter-

weise Lehm aus einem mit der Dienstbarkeit des Klägers belasteten Grundstück entnommen habe, sei der Kläger hierdurch nicht in einem Recht verletzt worden, weil die Ausübung der Dienstbarkeit der Josef W. KG für die Dauer seiner Beteiligung an der Kommanditgesellschaft übertragen worden sei. Eine wirksame Kündigung der stillen Gesellschaft sei nicht erfolgt. Eine derartige Kündigung würde auch auf das Ausbeutungsrecht der Kommanditgesellschaft keinen Einfluß gehabt haben, weil der Ziegelselbetrieb einschließlich des Ausbeutungsrechts mit Wirkung von Anfang September 1955 an ihn (Beklagten) verpachtet worden sei. Infolgedessen habe die Ausübung der Dienstbarkeit auch auf Grund der Vereinbarung vom 9. Januar 1957 nicht wieder an den Kläger zurückfallen können.

Das Landgericht hat den Zahlungsanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und dem Feststellungsantrag stattgegeben. Die Berufung des Beklagten hatte keinen Erfolg. Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter. Der Kläger bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist nur teilweise begründet.

I. Die Voraussetzungen für die vom Kläger erhobene Feststellungsklage sind gegeben.

1. Die Bedenken der Revision gegen die vom Oberlandesgericht bejahte Zulässigkeit der Feststellungsklage sind nicht gerechtfertigt. Bei dem Feststellungsbegehren des Klägers handelt es sich um eine Zwischenfeststellungsklage gemäß § 280 ZPO. Die Einrede der Rechtshängigkeit, die der Beklagte im Hinblick

15

auf den vor dem Landgericht Bonn anhängigen Rechtsstreit über den Widerspruch des Beklagten gegen den Teilungsplan im Zwangsversteigerungsverfahren erhoben hat, greift nicht durch, weil, wie das Berufungsgericht zutreffend und von der Revision unbeanstandet ausführt, der Streitgegenstand in beiden Verfahren verschieden ist. § 280 ZPO setzt voraus, daß die Entscheidung des Rechtsstreits ganz oder teilweise von dem Bestehen oder Nichtbestehen eines im Laufe des Prozesses streitig gewordenen Rechtsverhältnisses abhängt. Die Tatsache, daß die erstrebte Feststellung sich auf ein Rechtsverhältnis bezieht, das schon vor Einleitung des Prozesses streitig war, steht der Zulässigkeit der Klage nicht entgegen (BGH Urteil vom 8. Juli 1953, II ZR 178/52, LM Nr. 2 zu § 280 ZPO). Die vom Kläger begehrte Feststellung ist auch vorgreiflich für die Entscheidung über den Hauptanspruch, weil der Zahlungsanspruch von dem Bestehen der Dienstbarkeit des Klägers abhängig ist. Für eine Zwischenfeststellungsklage ist allerdings dann kein Raum, wenn durch die Entscheidung über die Hauptklage die Rechtsbeziehungen, die sich aus dem streitigen Rechtsverhältnis ergeben können, mit Rechtskraftwirkung erschöpfend klargestellt werden. Besteht indessen die Möglichkeit, daß aus dem streitigen Rechtsverhältnis noch andere Ansprüche als die mit der Hauptklage verfolgten erwachsen sind, so ist die Feststellungsklage zulässig (BGH Urteil vom 29. Oktober 1954, I ZR 169/53, LM Nr. 4 zu § 280 ZPO sowie Urteil vom 22. Mai 1963, V ZR 42/61). Der Hauptanspruch des Klägers, der darauf gestützt wird, daß der Beklagte unberechtigtweise Lehm aus einem mit der Dienstbarkeit des Klägers belasteten Grundstück entnommen habe, bezieht sich auf den Zeitraum vom 1. April 1957 bis zum 28. November 1958. Die Annahme der Revision, der Kläger habe mit der Klage seinen gesamten angeblichen Schaden aus der Tonentnahme geltend gemacht, ist nicht richtig; denn der Kläger hat im Schriftsatz vom 9. März 1959 zum Ausdruck

gebracht, daß ihm auch noch für die Zeit seit dem 1. Januar 1957 eine Vergütung für die Tonentnahme zustehe und eine entsprechende ~~Erhöhung der Klageforderung vorbehalten bleibe~~. Es trifft deshalb nicht zu, daß, wie die Revision meint, nicht einmal der Kläger sich darauf berufen habe, daß er aus der Dienstbarkeit noch weitere Ansprüche gegen den Beklagten herleiten wolle. Abgesehen hiervon ist, wie bereits das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, die vom Kläger erstrebte Feststellung auch für die Entscheidung über die Widerspruchsklage gegen den Teilungsplan von Bedeutung. Die Feststellungsklage ist deshalb zulässig.

2. Das Feststellungsbegehren ist auch sachlich gerechtfertigt.

Die dem Kläger eingeräumte beschränkte persönliche Dienstbarkeit ist nach dem Wortlaut der Eintragung im Grundbuch zeitlich beschränkt auf "die Dauer des Bestehens der Firma Ziegelei Josef W. [REDACTED] KG". Das Berufungsgericht legt diese Eintragung in Übereinstimmung mit dem Landgericht dahin aus, daß für die Befristung der Dienstbarkeit das Bestehen der Firma im Sinne des Handelsrechts maßgebend sei. Durch die Eintragung im Handelsregister, die während der ganzen Dauer der Eintragung der Dienstbarkeit im Grundbuch bestanden habe, werde, so führt das Oberlandesgericht aus, die Vermutung begründet, daß die Firma auch tatsächlich existiere, auch wenn sie sich seit dem 21. Juli 1958 in Liquidation befinde. Es könne keine Rede davon sein, daß die Dienstbarkeit etwa bereits in dem Zeitpunkt habe erlöschen sollen, in dem die Josef W. [REDACTED] KG ihren Geschäftsbetrieb als verbende Gesellschaft eingestellt habe. Die Revision verkennt nicht, daß auch eine Liquidationsgesellschaft rechtlich noch besteht. Sie macht jedoch geltend, das Oberlandesgericht habe nicht den aus dem Gesellschaftsvertrag vom 5. Februar 1955 sich ergebenden Sinn und Zweck

der Bestellung der Dienstbarkeit berücksichtigt, woraus sich ergebe, daß die Beteiligten nur das Bestehen der Kommanditgesellschaft als werbende Gesellschaft im Auge gehabt hätten. Diese Rüge ist nicht begründet. Die Beantwortung der Frage, wie die zeitliche Beschränkung der Dienstbarkeit zu verstehen ist, hängt von der Auslegung der Eintragung ab. Das Revisionsgericht ist an die Auslegung des Berufungsgerichts nicht gebunden; es kann vielmehr Grundbucheintragungen selbständig würdigen und auslegen (BGHZ 37, 147, 149 mit weiteren Nachweisen). Bei der Auslegung einer Grundbucheintragung muß, wie der Senat im Urteil vom 10. Mai 1961 (V ZR 34/60, LM Nr. 5 zu § 1018 BGB) ausgeführt hat, auf den Wortlaut abgestellt werden, wie er sich aus dem Grundbuch selbst und aus der etwa in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung des Eingetragenen ergibt; Umstände, die außerhalb dieser Urkunden liegen, dürfen für die Ermittlung von Inhalt und Umfang einer dinglichen Berechtigung nur insoweit herangezogen werden, als sie nach den besonderen Verhältnissen des einzelnen Falles für jedermann ohne weiteres erkennbar sind. Die Eintragung der Dienstbarkeit zugunsten des Klägers enthält ebenso wie die Eintragungsbewilligung keinerlei Anhaltspunkte für die Annahme, daß das "Bestehen" der Firma Ziegelei Josef WinterKG anders als im handelsrechtlichen Sinne aufzufassen sei. Außerhalb der Eintragung wie auch der Eintragungsbewilligung liegende Umstände kommen für eine Auslegung nicht in Betracht. Eine allgemeine Erkennbarkeit der Vorgänge, die zur Eintragung der Dienstbarkeit geführt haben, besteht nicht. Es kommt deshalb auf das Vorbringen der Parteien zu diesem Punkt nicht an. Ein gewerbliches Unternehmen erlischt zwar in der Regel mit der endgültigen Einstellung des Geschäftsbetriebes. Dies gilt jedoch nicht für Handelsgesellschaften, wenn eine Liquidation stattfindet. In diesem Fall erlischt die Firma erst mit der Beendigung der Verteilung des reinen Vermögens

(Baumbach/Duden, HGB 15. Aufl. § 157 Anm. 1 A); bis dahin besteht immer noch die Möglichkeit, daß die Handelsgesellschaft wieder zu einem verbenden Unternehmen wird. Die Firma Josef W. KG hat danach auch während der Dauer der Liquidation fortbestanden. Daß die Liquidation schon vor der Löschung der Dienstbarkeit des Klägers beendet gewesen sei, ist nicht behauptet. Der Auffassung des Berufungsgerichts, daß die Dienstbarkeit des Klägers bis zur Versteigerung der belasteten Grundstücke am 28. November 1958 rechtswirksam bestanden habe, ist somit zuzustimmen.

II. Mit dem Vorbringen, der Kläger könne sich dem Beklagten gegenüber auf die für ihn eingetragene Dienstbarkeit nicht berufen, wendet der Beklagte sich gegen den vom Kläger geltend gemachten Zahlungsanspruch. Dieser Anspruch ist, wie das Oberlandesgericht zutreffend ausführt, sowohl nach § 823 Abs. 1, § 823 Abs. 2 in Verbindung mit § 1090 BGB wie auch aus dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung (§ 812 BGB) dem Grunde nach gerechtfertigt, es sei denn, daß der Beklagte dem Kläger gegenüber berechtigt war, die Tonvorkommen auf den mit der Dienstbarkeit des Klägers belasteten Grundstücken unentgeltlich auszubeuten. Auf die für ihn selbst eingetragene Dienstbarkeit kann der Beklagte sich dem Kläger gegenüber nicht berufen, weil diese Dienstbarkeit dem Recht des Klägers im Range nachging. Zu Unrecht glaubt der Beklagte, ein Recht zur Tonentnahme aus den Vereinbarungen herleiten zu können, die bei der Gründung der stillen Gesellschaft getroffen worden sind. Die in dem Gesellschaftsvertrag vorgesehene Einräumung eines zeitlich unbegrenzten und uneingeschränkten Tonausbeutungsrechts an die Firma Josef W. KG ist in der Weise durchgeführt worden, daß zugunsten des Klägers eine entsprechende beschränkte persönliche Dienstbarkeit auf den Grundstücken des Josef W. eingetragen wurde und der Kläger auf Grund der ihm eingeräumten Befugnis die Ausübung der Dienstbarkeit mit der im Gesellschaftsvertrag zugunsten des Beklagten vorge-

schenen Befristung der Kommanditgesellschaft übertragen hat. Die Kommanditgesellschaft hat trotz der (nicht zulässigen) Eintragung im Grundbuch kein dingliches Recht an dem belasteten Grundbesitz erworben. Die Überlassung der Ausübung erschöpft sich vielmehr in der Begründung der schuldrechtlichen Verpflichtung des Dienstbarkeitsberechtigten, dem anderen Teil die Geltendmachung der Befugnisse zu ermöglichen, die sich aus der Dienstbarkeit gegenüber dem Eigentümer ergeben (RGZ 159, 193, 204, 208). Der Kläger war somit auch nach der Überlassung des Ausbeutungsrechts an die Kommanditgesellschaft Inhaber der Dienstbarkeit geblieben.

1. Aus dem Gesellschaftsvertrag vom 5. Februar 1955 und den bei Gründung der stillen Gesellschaft getroffenen Vereinbarungen kann der Beklagte ein Recht zur Tonentnahme nicht herleiten. Einer Stellungnahme zu der Frage, ob die stille Gesellschaft, wie der Kläger vorgetragen hat, seitens der Josef W. KG aus wichtigem Grunde rechtswirksam gekündigt und dadurch aufgelöst worden ist, oder ob die stille Gesellschaft, die eine Beteiligung an dem von einem anderen betriebenen Handelsgewerbe voraussetzt (§ 335 Abs. 1 HGB), etwa dadurch, daß die Kommanditgesellschaft als Inhaberin des Handelsgewerbes infolge der Versteigerung des Betriebsgrundstücks am 29. Oktober 1956 ihren Geschäftsbetrieb einstellen mußte, ohne weiteres ihr Ende gefunden hat (vgl. dazu Baumbach/Duden aaO § 339 Anm. 2 C; Schlegelberger, HGB 4. Aufl. § 335 Anm. 31, § 339 Anm. 10), bedarf es nicht. Mit der Revision mag davon ausgegangen werden, daß die stille Gesellschaft in dem hier in Betracht kommenden Zeitraum noch bestanden hat. Durch die stille Gesellschaft haben die Vertragspartner sich zu einem gemeinsamen, von den Grundsätzen von Treu und Glauben in einem besonderen Maße beherrschten Rechtsverhältnis zusammengeschlossen (BGHZ 3, 75, 81). Hieraus erwachsen den Gesellschaftern gegenseitige Treuepflichten; sie dürfen dem gemeinsamen Gesellschaftszweck nicht zuwiderhandeln. Der stille

Gesellschafter hat deshalb einen Anspruch darauf, daß der Gewerbebetrieb, an dem er sich beteiligt hat, fortgeführt wird und in seinen wesentlichen Grundlagen keine Änderung gegen seinen Willen erfährt (vgl. dazu Baumbach/Duden aaO § 335 Anm. 4; Schlegelberger aaO § 335 Anm. 30). Die Josef Winter KG war deshalb während der Dauer der stillen Gesellschaft dem Beklagten gegenüber zur Fortführung des Ziegeleibetriebes verpflichtet. Mit der Versteigerung des Betriebsgrundstücks verlor die Kommanditgesellschaft die Grundlage ihres Geschäftsbetriebes, so daß sie zur Fortführung der Ziegelei nicht mehr in der Lage war und ihren Geschäftsbetrieb einstellen mußte. Ob und inwieweit der Kläger oder der Beklagte oder beide Parteien durch die Dienstbarkeit gesichert werden sollten, ist streitig, für die Entscheidung jedoch ohne Bedeutung. Der Beklagte hatte zwar ein erhebliches Interesse daran, daß die Fortführung des Ziegeleibetriebes durch die Sicherung der Rohstoffbezugsquelle für die Kommanditgesellschaft gewährleistet wurde. Er hatte jedoch nach dem Gesellschaftsvertrag und auch auf Grund der Vereinbarungen, die bei Gründung der stillen Gesellschaft getroffen waren, weder gegen die Kommanditgesellschaft noch gegen den Kläger einen Anspruch darauf, daß ihm die Tonausbeutung gestattet wurde. Ein solcher Anspruch könnte dem Beklagten nur auf Grund einer Vereinbarung mit der Kommanditgesellschaft oder dem Kläger zustehen.

2. Möglicherweise hat der Beklagte als Pächter ein Recht zur Tonentnahme gehabt. Der Pachtvertrag vom 2. September 1955 scheidet allerdings für die Beurteilung aus, weil dieser Vertrag nach den Feststellungen des Berufungsgerichts schon alsbald nach seinem Abschluß durch einen Pachtvertrag ersetzt worden ist, den der Zwangsverwalter des Betriebsgrundstücks der Kommanditgesellschaft am 29. September 1955 mit dem Beklagten abgeschlossen hat. Das Oberlandesgericht hat die

Frage, ob dieser neue Pachtvertrag überhaupt das der Kommanditgesellschaft überlassene Ausbeutungsrecht zum Gegenstand hatte, offen gelassen, weil der Zwangsverwalter nicht berechtigt gewesen sei, auch das Tonausbeutungsrecht der Kommanditgesellschaft pachtweise dem Beklagten zu überlassen. Für die Entscheidung im Revisionsverfahren ist deshalb zu unterstellen, daß der Pachtvertrag vom 29. September 1955 sich auch auf das Tonausbeutungsrecht der Kommanditgesellschaft bezog (wofür übrigens der Wortlaut des § 1 des Vertrages in Verbindung mit der dem Vertrag beigelegten Zeichnung sprechen könnte). Dem Berufungsgericht ist darin zuzustimmen, daß der Zwangsverwalter, dessen Befugnisse sich nur auf das Betriebsgrundstück der Kommanditgesellschaft erstreckten, zum Abschluß eines so weitgehenden Pachtvertrages nicht berechtigt war. Die Revision verkennt dies nicht; sie rügt jedoch mit Recht, das Oberlandesgericht habe nicht geprüft, ob der Pachtvertrag mit dem Ausbeutungsrecht nicht von der verfuhrsberechtigten Josef W. KG genehmigt worden sei, weil diese wie im übrigen auch der Kläger, keine Einwendungen dagegen erhoben hätten, daß der Beklagte seit dem Abschluß des Pachtvertrages die ganze Ziegelei weitergeführt und aus den mit der Dienstbarkeit des Klägers belasteten Grundstücken des Josef W. Ton entnommen sowie auch den Pachtzins gemäß § 8 des Pachtvertrages gezahlt habe. Der vom Zwangsverwalter geschlossene Pachtvertrag konnte durch Genehmigung seitens der Kommanditgesellschaft wirksam werden. Gegen die Befugnis der Josef W. KG, die ihr übertragene Ausübung der Dienstbarkeit pachtweise dem Beklagten zu überlassen, bestehen keine Bedenken, da die Kommanditgesellschaft die Dienstbarkeit auch im Wege der Verpachtung ausüben konnte. Abgesehen hiervon ist das Ausübungsrecht, soweit nichts anderes bestimmt ist, gemäß §§ 399, 413 BGB auch übertragbar (für den Nießbrauch vgl. Erman, BGB 3. Aufl. § 1059 Anm. 4). Die Frage, ob die Kommanditgesellschaft den vom Zwangsverwalter geschlossenen Pachtvertrag genehmigt hat, bedarf noch einer

tatrichterlichen Prüfung. Wenn der Pachtvertrag durch Genehmigung seitens der Kommanditgesellschaft wirksam geworden sein sollte, müßte der Kläger die Verpachtung und damit auch die Tonentnahme durch den Beklagten während der Dauer des Pachtvertrages, der nach dem Vorbringen des Beklagten bis zur Versteigerung der Grundstücke des Josef W. fortbestanden hat, gegen sich gelten lassen.

An dieser Beurteilung ändert nichts die Tatsache, daß durch die Vereinbarung vom 9. Januar 1957, nach der die Ausübung der Dienstbarkeit wieder dem Kläger zustehen sollte, die Kommanditgesellschaft auf das ihr übertragene Tonausbeutungsrecht verzichtet hat. War diese Vereinbarung, wie der Beklagte glaubt, rechtsunwirksam, so blieb der Pachtvertrag zwischen der Josef W. KG und dem Beklagten unberührt. Wenn dagegen der Verzicht auf das Ausübungsrecht rechtswirksam sein sollte, ist eine weitere tatrichterliche Prüfung in der Richtung erforderlich, ob der Kläger nicht auf Grund der den Gesellschaftern obliegenden gegenseitigen Treuepflicht nach Maßgabe der Vereinbarungen beim Abschluß des Gesellschaftsvertrages dem Beklagten gegenüber verpflichtet war, die Ausübung der Dienstbarkeit der Josef W. KG zu belassen, solange der Beklagte finanziell an der Gesellschaft beteiligt war. Für eine solche Verpflichtung des Klägers könnte der Umstand sprechen, daß sämtliche Gesellschafter der Josef W. KG persönlich den Vertrag vom 5. Februar 1955 geschlossen haben und der Eintritt des Beklagten als stiller Gesellschafter davon abhängig gemacht war, daß der Kommanditgesellschaft ein Tonausbeutungsrecht eingeräumt wurde, solange der Beklagte in irgend einer Form an der Gesellschaft beteiligt war. Wenn auch entgegen dem Vertrag kein dingliches Recht für die Josef W. KG begründet wurde, so hat doch der Kläger den Vereinbarungen beim Abschluß des Gesellschafts-

vertrages insofern Rechnung getragen, als er die Ausübung der zu seinen Gunsten bestellten Dienstbarkeit der Kommanditgesellschaft für die Dauer der Beteiligung des Beklagten überließ. Ob der Kläger dem Beklagten gegenüber verpflichtet war, die Ausübung der Dienstbarkeit der Kommanditgesellschaft zu gestatten, muß zunächst der Beurteilung des Tatrichters überlassen bleiben. Ist die Verpflichtung zu bejahen, so könnte der Kläger sich nicht auf den Verzicht vom 9. Januar 1957 berufen, sondern müßte sich dem Beklagten gegenüber so behandeln lassen, als ob die Ausübung der Dienstbarkeit bei der Josef W. KG verblieben wäre. Dies hätte zur Folge, daß der Beklagte auch über den 9. Januar 1957 hinaus auf Grund des Pachtvertrages zur Tonentnahme berechtigt gewesen wäre. Auf die Vereinbarungen, die der Kläger mit der Kommanditgesellschaft über eine Vergütung für die Überlassung der Ausübung der Dienstbarkeit getroffen hat, kommt es nicht an. Die Beziehungen zwischen dem Kläger und dem Beklagten werden hierdurch nicht berührt.

III.

Die Revision war deshalb, soweit sie sich gegen den Feststellungsausspruch richtet, als unbegründet zurückzuweisen. Im übrigen mußte das angefochtene Urteil aufgehoben werden. In diesem Umfang ist die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurück-

verwiesen worden, dem auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens zu übertragen war.

Dr. Tasche

Dr. Piepenbrock

Rothe

Dr. Mattern

Offterdinger