

7

.....

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V ZR 146/77

URTEIL

Verkündet am
2. Februar 1979
Hirth,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Frau Ingeborg W. [REDACTED] geb. E. [REDACTED],
S. [REDACTED] Straße [REDACTED], M. [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

1. den Rentner Josef S. [REDACTED],
2. dessen Ehefrau Ruth S. [REDACTED] geb. Z. [REDACTED],
beide wohnhaft B. [REDACTED], M. [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 2. Februar 1979 durch den Vorsitzenden Richter Hill und die Richter Offterdinger, Dr. Eckstein, Prof. Dr. Hagen und Linden

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 13. Juli 1977 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Kläger sind Eigentümer des Grundstücks S [REDACTED] Straße [REDACTED] in M [REDACTED]. Im Herbst 1974 boten sie das Grundstück in einer Zeitungsanzeige für 350 000 DM zum Verkauf an. Die Beklagte setzte sich daraufhin mit den Klägern in Verbindung. Im Verlaufe der Kaufverhandlungen schlossen die Parteien am 30. September 1974 einen schriftlichen "Kaufvorvertrag", in dem als Kaufpreis ein Betrag von 350 000 DM angegeben ist. Die Beklagte zahlte am 28. Oktober 1974 einen Betrag von 50 000 DM in bar an die Kläger.

Am 14. November 1974 schlossen die Parteien einen notariellen Kaufvertrag über das Grundstück. In der Urkunde ist der Kaufpreis mit 247 500 DM angegeben. Er



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

sollte durch Übernahme dinglicher Belastungen (in Höhe von 28 750,52 DM) und Barzahlungen (am 30. November 1974: 21 779,48 und am 30. November 1980: 197 500 DM) beglichen werden. Die Beklagte verpflichtete sich, den Restkaufpreis vom 1. August 1974 an mit 8 % zu verzinsen.

Der Vertrag enthält weiter folgende Bestimmung:

"Sollte die Erwerberin vor dem 1. Dezember 1980 einen Teil der erworbenen Grundbesitzung zum Zwecke der Bebauung parzellieren lassen, so ist die Erwerberin verpflichtet, die zugunsten der W. [REDACTED] L. [REDACTED] Girozentrale in D. [REDACTED] in Abt. III des Grundbuches eingetragenen Belastungen in Höhe von 13 300 DM und 27 800 DM abzulösen und zur Löschung zu bringen. Weiterhin ist die Käuferin verpflichtet, an die Verkäufer in Anrechnung auf den Restkaufpreis einen Betrag in Höhe von 50 000 DM ... zu zahlen.

Die Verkäufer verpflichten sich, nach Erhalt des Betrages von 50 000 DM die aus der Gesamtgrundbesitzung heraus parzellierten Grundstücksteile aus der Mithaft zu entlassen."

Die Kläger übergaben der Beklagten das Grundstück am 1. Dezember 1974. Am 10. Dezember 1974 wurde eine Auflassungsvormerkung zugunsten der Beklagten in das Grundbuch eingetragen. In der Zeit von Dezember 1974 bis einschließlich Juni 1975 zahlte die Beklagte Zinsen in Höhe von monatlich 1 313,30 DM (= jährlich 8 % von 197 500 DM) an die Kläger.

Die Kläger verlangen von der Beklagten Herausgabe des Grundbesitzes, Bewilligung der Löschung der

Auflassungsvormerkung und Auskunft über die Höhe der von der Beklagten seit Besitzübertragung eingenommenen Mieten Zug um Zug gegen Zahlung von 59 193,34 DM. Sie halten den notariell beurkundeten Kaufvertrag für unwirksam, weil in ihn der tatsächlich vereinbarte Kaufpreis von 350 000 DM nicht aufgenommen worden sei. Aufwendungen, die die Beklagte nach Besitzerwerb gemacht habe, könne sie nicht erstattet verlangen, da ihr die Unwirksamkeit des Kaufvertrages von Anfang an bekannt gewesen sei.

Die Beklagte hat demgegenüber die Auffassung vertreten, der Kaufvertrag sei wirksam. Im Falle der Unwirksamkeit des Vertrages bestehe aber eine Herausgabepflicht nur Zug um Zug gegen Zahlung von - zuletzt geltend gemacht - 189 779,76 DM.

Das Landgericht hat nach Durchführung einer Beweisaufnahme - sie war dem Berichterstatter als beauftragtem Richter übertragen worden - der Klage stattgegeben. Die dagegen eingelegte Berufung der Beklagten blieb ohne Erfolg.

Mit der Revision begehrt die Beklagte in erster Linie Aufhebung des angefochtenen Urteils und Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Landgericht; hilfsweise erstrebt sie Klageabweisung, weiterhin hilfsweise Verurteilung nur Zug um Zug gegen Zahlung von 189 779,76 DM. Die Kläger beantragen, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt, es möge zwar als Verfahrensfehler zu werten sein, daß das Landgericht den Rechtsstreit dem Berichterstatter "als Einzelrichter" (richtig: als beauftragtem Richter) nur zur Durchführung der Beweisaufnahme und nicht zur Entscheidung übertragen und nach Durchführung der Beweisaufnahme die Entscheidung in voller Besetzung getroffen habe. Der etwaige Verfahrensfehler sei jedoch gemäß § 295 ZPO geheilt worden, so daß auch eine Anwendung des § 539 ZPO nicht in Betracht komme.

Die hiergegen von der Revision unter Hinweis auf die Entscheidungen des 17. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 18. Februar 1976 (NJW 1976, 1103) und des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 10. März 1976 (NJW 1976, 1101) erhobenen Bedenken sind unbegründet.

Nach § 355 Abs. 1 ZPO hat die Beweisaufnahme vor dem Prozeßgericht zu erfolgen. Sie ist nur in den durch die ZPO bestimmten Fällen einem Mitglied des Prozeßgerichts zu übertragen. Gemäß § 375 Abs. 1 ZPO darf die Aufnahme des Zeugenbeweises einem Mitglied des Prozeßgerichts nur in den dort im einzelnen näher bestimmten - hier nicht gegebenen - drei Fällen übertragen werden.

Die im vorliegenden Rechtsstreit vom Berichterstatter des Landgerichts als beauftragtem Richter

durchgeführte Beweisaufnahme ist damit unter Verstoß gegen die §§ 355 Abs. 1, 375 Abs. 1 ZPO erfolgt. Ob der diesbezügliche Revisionsangriff aber nicht schon deshalb ohne Erfolg bleiben muß, weil nach § 355 Abs. 2 ZPO - wie das Reichsgericht angenommen hat (vgl. RGZ 149, 287, 289; 159, 235, 242) - die Anfechtung eines Beschlusses, durch den eine von § 355 Abs. 1 ZPO abweichende Beweisaufnahme angeordnet wird, nicht statthaft ist, kann dahingestellt bleiben. Die Revision kann hier nämlich jedenfalls deshalb keinen Erfolg haben, weil der von ihr gerügte Mangel gemäß § 295 ZPO durch Unterlassung der Rüge in der der Beweisaufnahme folgenden mündlichen Verhandlung vom 22. Juli 1976 vor dem Landgericht geheilt ist.

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat bereits im Urteil BGHZ 40, 179 ff ausgeführt, ein Verstoß gegen den Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme - wie er in § 355 Abs. 1 ZPO seinen Niederschlag gefunden hat - könne in der Regel nicht mit der Revision angegriffen werden, wenn der Revisionskläger das Recht, die Abweichung von dem Grundsatz zu rügen, nach § 295 ZPO verloren habe. Der erkennende Senat schließt sich dem in Übereinstimmung mit der ganz überwiegenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur an (vgl. z.B. OLG Düsseldorf MDR 1978, 60, NJW 1977, 813, NJW 1977, 2320; OLG Frankfurt NJW 1977, 301; OLG Köln NJW 1976, 2219 und MDR 1978, 322; Stein/Jonas, ZPO 19. Aufl. § 355 Anm. III 3; Rosenberg/Schwab, ZPR 12. Aufl. § 119 IV S. 650; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO 37. Aufl. § 355 Anm. 3). Der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme ist einmal von der Zivilprozeßordnung nicht lückenlos durchgesetzt worden. So ist jeder Richterwechsel während des

Verfahrens ohne Auswirkung auf eine zuvor durchgeführte Beweisaufnahme; nach § 309 ZPO entscheidet das Gericht in der Besetzung der letzten mündlichen Verhandlung auch dann, wenn keiner der Richter an einer früheren Beweisaufnahme teilgenommen hat. Zum anderen ist im Bereich der Beweisaufnahme Raum für eine Parteidisposition. So können, worauf der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs (BGHZ 40, 183) hingewiesen hat, die Parteien sich damit einverstanden erklären, daß Protokolle über die Vernehmung von Zeugen in einem früheren Verfahren vorgelegt und vom Gericht als Beweisurkunden verwertet werden. Unter diesen Umständen bestehen keine Bedenken, den in erster Linie den Interessen der am Rechtsstreit beteiligten Parteien dienenden Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme in der Regel dem § 295 Abs. 1 ZPO zu unterstellen.

Soweit die Revision ihren Angriff auf § 348 ZPO stützt, fehlt ihm schon deshalb die Grundlage, weil das Landgericht die Durchführung der Beweisaufnahme nicht dem Berichterstatter als Einzelrichter, sondern als beauftragtem Richter übertragen hat.

Die Anwendung des § 295 Abs. 1 ZPO auf Verstöße gegen die §§ 355, 375 ZPO darf allerdings nicht dazu führen, daß die vom Gesetz nicht vorgesehene Form der Beweisaufnahme zur Regel wird. Hierauf hat der Bundesgerichtshof bereits in BGHZ 40, 184 hingewiesen (vgl. hierzu auch Thomas/Putzo, ZPO 10. Aufl. § 355 Anm. 2 und 3 a). Die Voraussetzungen eines solchen Mißbrauchs sind hier jedoch nicht ersichtlich.

Hat die Beklagte damit aber gemäß § 295 Abs. 1 ZPO das Recht, die Verletzung der §§ 355, 375 ZPO zu rügen, verloren, so kommen eine Aufhebung des landgerichtlichen Urteils und eine Zurückverweisung des Rechtsstreites gemäß § 539 ZPO durch das Berufungsgericht nicht in Betracht.

II.

1. Das Berufungsgericht hat angenommen, der in der Form des § 313 BGB abgeschlossene Kaufvertrag vom 14. November 1974 sei als Scheingeschäft gemäß § 117 Abs. 1 BGB nichtig, weil der darin niedergelegte Kaufpreis von 247 500 DM nicht der Betrag sei, auf den sich die Parteien tatsächlich geeinigt hätten. Der wirklich vereinbarte Kaufpreis - 297 500 DM (247 500 DM + 50 000 DM) oder 350 000 DM (so der Kaufvorvertrag vom 30. September 1974) - sei nicht in der in § 313 BGB vorgeschriebenen Form festgelegt worden.

Die hiergegen von der Revision erhobenen Verfahrensrügen (Verletzung der §§ 128, 282, 286 ZPO) hat der Senat geprüft. Er hält sie nicht für durchgreifend und sieht gemäß § 565 a ZPO von einer Begründung ab. Soweit die Revision eine Verletzung des § 551 Nr. 7 ZPO rügt (das Berufungsgericht habe auf Seite 15 des Berufungsurteils die Begründung für seine dort vertretene Auffassung unterlassen), ist die Rüge unbegründet. Das Berufungsgericht hat lediglich aus einem bestimmten Geschehensablauf (hier Erscheinen des Ehemannes der Beklagten beim Notar an dem der Beurkundung nachfolgenden Tag und Bemängelung der Nichtbeurkundung einer angeblichen Verrechnungsabrede) nicht die von der Revision gewünschten

Schlüsse gezogen. Eine Entscheidung ohne Gründe liegt insoweit nicht vor.

Da das Berufungsurteil insoweit auch keine sonstigen Rechtsfehler aufweist, ist von der Unwirksamkeit des notariellen Kaufvertrages auszugehen. Die Beklagte ist demnach zur Herausgabe des Grundstücks, zur Löschung der zu ihren Gunsten eingetragenen Auflassungsvormerkung und zur Auskunftserteilung hinsichtlich der seit Besitzübertragung aus dem Grundstück gezogenen Nutzungen verpflichtet.

2. Hinsichtlich des von der Beklagten geltend gemachten Zurückbehaltungsrechtes wegen des Ersatzes der von der Beklagten seit dem Besitzübergang (1. Dezember 1974) auf das Grundstück gemachten Verwendungen hat das Berufungsgericht die Auffassung vertreten, die Beklagte könne als bösgläubige Besitzerin in Höhe des § 990 Abs. 1 BGB von den Klägern gemäß § 994 Abs. 1 und 2 BGB nur Ersatz für notwendige Verwendungen nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag verlangen.

Gegenüber diesem rechtlich zutreffenden Ausgangspunkt macht die Revision geltend, das Berufungsgericht habe zu Unrecht eine grobe Fahrlässigkeit der Beklagten hinsichtlich des Fehlens ihres Besitzrechtes bejaht.

Der Revisionsangriff bleibt ohne Erfolg.

Das Berufungsgericht hat zunächst richtig herausgestellt, daß die Kenntnis oder grob fahrlässige

Unkenntnis von der Formnichtigkeit des Vertrages nicht gleichbedeutend zu sein braucht mit der Kenntnis oder grob fahrlässigen Unkenntnis vom Fehlen des Besitzrechtes. Bei einem nach § 313 BGB formnichtigen Vertrag ist es - auch mit Rücksicht auf die Heilungsmöglichkeit nach § 313 Satz 2 BGB - denkbar, daß die Parteien beabsichtigen, den unwirksamen Vertrag mit dem abgesprochenen Inhalt zu erfüllen. Solange sie bereit sind, einen der Form des § 313 BGB entsprechenden Vertrag noch abzuschließen oder den als formungültig erkannten Vertrag durch Auflassung und Eintragung der Heilung zuzuführen, kann nicht ohne weiteres von einer Kenntnis oder grob fahrlässigen Unkenntnis des fehlenden Besitzrechtes ausgegangen werden (vgl. hierzu auch die vom Berufungsgericht zitierten Entscheidungen des Reichsgerichts JW 1928, 2437, 2438 und DR 1942, 1278 ff). Will aber eine Partei am Inhalt des formnichtigen Vertrages im Zeitpunkt des Besitzerwerbes nicht festhalten, werden also Heilung durch Auflassung und Eintragung oder Abschluß eines formgültigen Vertrages mit dem gleichen Inhalt wie der formungültige Vertrag nicht übereinstimmend angestrebt, so kann derjenige Vertragspartner, der im Zeitpunkt des Besitzerwerbes den Vertrag nicht mit dem vereinbarten Inhalt erfüllen will, in der Regel nicht ohne grobe Fahrlässigkeit von einem Besitzrecht ausgehen. Denn er verneint ja gerade die Grundlage für den Glauben an ein Besitzrecht. Der Besitzer, der den abgesprochenen aber als Scheingeschäft unwirksam vereinbarten Kaufpreis im Zeitpunkt des Besitzerwerbes nicht bezahlen will, kann doch - entgegen der Auffassung der Revision - nicht damit rechnen, daß das Kaufgeschäft abgewickelt und er als Eigentümer im

Grundbuch eingetragen wird. Dabei ist unerheblich, ob der Gegner, der am Vertrag mit dem vereinbarten Inhalt festhalten will, die Herausgabe des Besitzes verlangt oder nicht. Entscheidend für den guten Glauben hinsichtlich des Besitzrechts ist, ob der Besitzer den Vertrag mit dem vereinbarten Inhalt erfüllen will oder nicht.

Das Berufungsgericht ist nach Durchführung einer Beweisaufnahme rechtsfehlerfrei zu der Überzeugung gelangt, daß die Beklagte im Zeitpunkt des Besitzüberganges nicht willens war, den vereinbarten Kaufpreis von mindestens 297 500 DM zu zahlen. Hiergegen trägt die Beklagte in der Revisionsbegründung auch keine Einwendungen vor. Das Berufungsgericht hat damit zutreffend die Bösgläubigkeit der Beklagten im Sinne des § 990 Abs. 1 BGB bejaht. Verwendungsersatz kann folglich nur für notwendige Verwendungen nach den Vorschriften der Geschäftsführung ohne Auftrag verlangt werden.

3. Das Berufungsgericht hat das Vorliegen notwendiger Verwendungen verneint. Die hiergegen von der Revision vorgebrachten Einwendungen sind nicht begründet:

a) Das Berufungsgericht hat den Begriff der notwendigen Verwendungen zutreffend bestimmt. Insoweit werden von der Revision auch keine Rügen erhoben.

b) Soweit das Berufungsgericht den einzelnen von der Beklagten vorgetragenen Verwendungen die Notwendigkeit im Sinne des § 994 Abs. 2 BGB abgesprochen hat, sind Rechtsfehler nicht zu erkennen. Die Abgrenzung zwischen notwendigen und nur nützlichen Verwendungen

obliegt dem Tatrichter. Sie kann vom Revisionsgericht nur eingeschränkt dahin überprüft werden, ob der Tatrichter die rechtlichen Begriffe verkannt, bei der Zuordnung von Verwendungen gegen Denk- und allgemeine Erfahrungssätze verstoßen oder für die Zuordnung erheblichen Tatsachenvortrag übergangen hat. Vorliegend sind derartige Rechtsfehler nicht ersichtlich. Soweit die Revision in diesem Zusammenhang Verfahrensrügen erhoben hat, hat sie der Senat geprüft und für nicht durchgreifend gehalten. Von einer Begründung wird gemäß § 565 a ZPO abgesehen.

4. Nicht zu beanstanden ist endlich, daß das Berufungsgericht die Verwendungsersatzansprüche nicht unter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung (§§ 812 ff BGB) geprüft hat. Die §§ 994 ff BGB enthalten eine erschöpfende Sonderregelung, die insbesondere den Rückgriff auf die §§ 812 ff BGB ausschließt (vgl. Urteile des Senats vom 24. Februar 1964, BGHZ 41, 157 und 2. März 1973, WM 1973, 560). Der Senat hält auch nach erneuter Überprüfung an seiner bisherigen Rechtsprechung fest.

III.

Da das angefochtene Urteil keine sonstigen Rechtsfehler aufweist, war die Revision mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Hill

Offterdinger

Dr. Eckstein

Hagen

Linden