

10

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

zu Leitsatz 2)

BGB § 1090

Auch eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit entsteht nicht wirksam, wenn ihre Ausübung schon bei der Bestellung objektiv und dauernd unmöglich ist.

BGB §§ 306, 307, 538 Abs. 1

§ 538 Abs. 1 1. Alternative BGB verdrängt auch dann die Bestimmungen über die anfängliche Unmöglichkeit, wenn die Mietsache dem Mieter noch nicht überlassen worden ist.

BGH, Urt. v. 7. Dezember 1984 - V ZR 189/83 - OLG Koblenz
LG Koblenz

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V ZR 189/83

URTEIL

Verkündet am
7. Dezember 1984
H i r t h ,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Firma K [REDACTED] Quarz- und Kieswerke GmbH & Co. KG,
E [REDACTED] H [REDACTED], W [REDACTED], vertreten durch die Geschäfts-
führer der Komplementär-GmbH, Ilse M [REDACTED] geb. Bi [REDACTED],
in C [REDACTED], M [REDACTED] und Lambert M [REDACTED], N [REDACTED]straße [REDACTED],
P [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Firma Jakob S [REDACTED] KG, vertreten durch die Geschäfts-
führer Marianne S [REDACTED] und Ferdinand N [REDACTED],
K [REDACTED] Straße [REDACTED], O [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

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

10

- 2 -

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. Dezember 1984 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Thumm und die Richter Prof. Dr. Hagen, Linden, Dr. Vogt und Dr. Räfle

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Koblenz vom 10. Juni 1983 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin ist Eigentümerin von Grundstücken in K[REDACTED]/Mosel, die sie 1980 von dem Landwirt Alfons G[REDACTED] erwarb, und zwar unter "Übernahme" einer in Abteilung II des Grundbuchs zugunsten der Beklagten eingetragenen beschränkten persönlichen Dienstbarkeit (Bimsausbeuterecht). Diese hatte G[REDACTED] in einem mit der Beklagten am 5. April 1973 geschlossenen Vertrag bewilligt. Er "verkaufte" darin unwiderruflich der Beklagten "das ausschließliche Recht, sich das in den vorbezeichneten Grundstücken liegende



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Bimsvorkommen anzueignen, es zu diesem Zwecke abzubauen ..." (§ 2 Abs. 1 des Vertrages), und leistete "dafür Gewähr, daß Rechte Dritter dem Recht auf Aneignung des Bimsvorkommens nicht entgegen stehen und daß mit der Ausbeute und Aneignung nach vorheriger ... Ankündigung oder nach der Ernte 1973 begonnen werden kann" (§ 5 des Vertrages). In § 8 des Vertrages ist erwähnt, daß die Ausbeute und Wiedereinplanung bis zum 15. April 1974 zu erfolgen hat.

Am 17. April 1973 beantragte die Beklagte bei der zuständigen Verbandsgemeindeverwaltung unter Vorlage des erwähnten Vertrages die Genehmigung zum Bimsabbau, die mit Bescheid vom 15. Juni 1977 versagt wurde, weil die zur Ausbeutung vorgesehenen Flächen in einem schon durch Rechtsverordnung der Bezirksregierung Koblenz vom 5. Juli 1969 festgelegten Wasserschutzgebiet (Wasserschutzzonen I und II für eine Gewinnungsanlage der Gemeinde L[REDACTED]) lägen, in dem insbesondere Kies-, Sand-, Torf- und Tongruben sowie Steinbrüche und andere Erdaufschlüsse untersagt seien. Die untere Wasserbehörde habe die erforderliche Zustimmung zum Bimsabbau verweigert. Alfons G[REDACTED] erklärte am 4. Oktober 1978 der Beklagten gegenüber schriftlich, er trete hiermit alle eventuellen Ansprüche auf Entschädigung gegen die öffentliche Hand an die Beklagte ab, falls diese den "gekauften Bims ... nicht ausbeuten darf ...". Die Beklagte verlangt von der Bezirksregierung in K[REDACTED] Entschädigung in Höhe von 216 664,12 DM.

Die Klägerin hat beantragt, die Beklagte zur Bewilligung der Löschung des Bimsausbeuterechts auf dem näher bezeichneten Grundbesitz Zug um Zug gegen Zahlung

von 25 000 DM zu verurteilen. Das Landgericht hat der Klage mit Zinsen auf den Betrag von 25 000 DM stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat die Klage abgewiesen. Mit der Revision erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des Urteils des Landgerichts. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I.

Das Berufungsgericht meint, ein Löschungsanspruch der Klägerin "bestünde nur dann, wenn die mit der Eintragung gesicherte obligatorische Verpflichtung des Grundeigentümers zur Duldung des Bimsabbaus durch die Beklagte und damit der rechtliche Grund für die Dienstbarkeit weggefallen wäre (§ 812 Abs. 1 Satz 2 1. Alternative BGB)". Dies sei nicht der Fall. Offenbleiben könne, ob die Erfüllung des Bimsausbeutevertrages überhaupt objektiv unmöglich, das Ausbeuteverbot also ein dauerndes sei, oder in absehbarer Zeit aufgehoben werde. Der als Pachtvertrag zu qualifizierende Vertrag sei jedenfalls nicht nach § 306 BGB nichtig, weil diese Vorschrift hier nach der erfolgten Übergabe der Grundstücke zur Nutzung von den Gewährleistungsbestimmungen verdrängt werde. Die Pachtzeit sei noch nicht abgelaufen, der Vertrag auch nicht wirksam gekündigt.

II.

Die Revision hat Erfolg.

1. Das Berufungsgericht verengt den rechtlichen Ansatzpunkt unzutreffend auf einen bereicherungsrechtlichen Löschungsanspruch. Nach dem revisionsrechtlich zu unter-

stellenden Sachverhalt kommt zunächst ein Grundbuchberichtigungsanspruch der Klägerin nach § 894 BGB in Betracht.

Das Berufungsgericht läßt offen, ob die Bimsausbeute auf den Grundstücken der Klägerin objektiv dauernd unmöglich ist. Es meint damit nach seinem rechtlichen Ansatzpunkt (§ 306 BGB) eine von Anfang an (schon bei Vertragsabschluß am 5. April 1973) bestehende objektive Unmöglichkeit, was auch schon daraus folgt, daß sich hier die Unmöglichkeit der Vertragserfüllung aus der Lage der Grundstücke in einem Wasserschutzgebiet und dem daraus folgenden Verbot von Erdaufschlüssen ergeben soll, das Wasserschutzgebiet aber schon mit Rechtsverordnung der Bezirksregierung Koblenz vom 5. Juli 1969, also vor Vertragsschluß, festgelegt worden ist. In anderem Zusammenhang (nämlich bei der Prüfung, ob § 8 des Vertrages vom 5. April 1973 eine Befristung der Pachtzeit enthalte) verweist das Berufungsgericht auf die schriftlichen Erklärungen des Alfons G. vom 4. Oktober 1978 und führt aus, beide Vertragsparteien seien (damals) nicht nur vom Bestehen des Pachtvertrages ausgegangen, sondern auch davon, daß in absehbarer Zeit die Ausbeutung möglich werden würde. Es sei "daher" davon auszugehen, daß die Ausbeutung nicht auf Dauer unmöglich sei, weil die Festsetzung des Wasserschutzgebietes in dem Augenblick entfalle, in dem die Gemeinde L. anderweitig mit Wasser versorgt werde.

Es ist schon nicht ersichtlich, was die subjektiven Vorstellungen der Vertragsparteien mit der Frage nach einer objektiven dauernden Ausbeutungsunmöglichkeit zu tun haben. Das Berufungsgericht trifft auch keine Feststellungen dazu, ob mit einer anderweitigen Wasserversorgung der Gemeinde

L [REDACTED] gerechnet werden kann. Schließlich stehen seine Ausführungen in Widerspruch dazu, daß es an anderer Stelle offenläßt, ob die Bimsausbeute dauernd unmöglich ist. Revisionsrechtlich muß demnach von einer schon am 5. April 1973 bestehenden dauernden Ausbeutungsunmöglichkeit ausgegangen werden.

Unter dieser Voraussetzung ist die Dienstbarkeit schon gar nicht wirksam entstanden. Das Gesetz (§ 1090 Abs. 2 BGB) führt unter den auf die beschränkte persönliche Dienstbarkeit anzuwendenden Vorschriften § 1019 BGB zwar nicht auf. Es ist jedoch selbstverständlich, daß auch eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit für irgend jemand einen erlaubten Vorteil bedeuten muß, wenn sie gültig entstehen soll (BGHZ 41, 209, 214; MünchKomm/Joost § 1091 Rdn. 3; vgl. auch RGZ 111, 384, 392). Eine Dienstbarkeit erlischt, wenn ihre Ausübung aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen dauernd unmöglich wird (vgl. Senatsurteil vom 24. Februar 1984, V ZR 177/82, NJW 1984, 2157, 2158 m.w.N.). Besteht diese objektive und dauernde Ausübungsunmöglichkeit schon bei ihrer Bestellung, kann sie demgemäß nicht wirksam entstehen.

Da somit weitere tatrichterliche Feststellungen notwendig sind, ist das Berufungsurteil aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

2. Für die weitere Verhandlung und Entscheidung weist der Senat, insbesondere wegen eines eventuell in Betracht kommenden, auf einen Schadensersatzanspruch der Beklagten gestützten Zurückbehaltungsrechts, noch auf folgendes hin:

a) Rechtsfehlerfrei qualifiziert das Berufungsgericht den Vertrag vom 5. April 1973 entgegen der von den Vertragsparteien gewählten Überschrift (Vertrag über den Kauf des Rechts auf Aneignung von Bimsvorkommen) als Pachtvertrag. Vereinbarungen, durch die der Eigentümer eines Grundstücks die Ausbeute von Bodenbestandteilen einem anderen überläßt, sind regelmäßig Pachtverträge (BGH Urteile vom 27. September 1951, I ZR 85/50, LM BGB § 581 Nr. 2; vom 22. Dezember 1953, V ZR 78/52, LM BGB § 133 A Nr. 4; vom 7. Februar 1973, VIII ZR 205/71, WarnRspr 1973 Nr. 37 und vom 7. März 1983, VIII ZR 333/81, WM 1983, 531, 532), wenn - wie hier - das Schwergewicht auf der Fruchtgewinnung durch die Tätigkeit der Beklagten liegt (BGB-RGRK 12. Aufl. vor § 433 Rdn. 23 und vor § 535 Rdn. 220; MünchKomm/Westermann vor § 433 Rdn. 28). Daß die Dauer der Ausbeutebefugnis nicht näher festgelegt ist und das Entgelt sich nach der ausgebeuteten Menge richtet, ist nicht entscheidend. Die Vertragsparteien haben entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung nicht einen Vertrag über die Lieferung von Bims geschlossen, sondern vereinbart, daß der Beklagten die Bimsausbeute auf bestimmten Grundstücken gestattet ist und sie alle Anlagen herrichten und unterhalten darf, die dazu notwendig und dienlich erscheinen, sowie die Grundstücke zu jeglichen gewerblichen Zwecken mit Beförderungsmitteln gleich welcher Art befahren kann, auch soweit dies zur Ausbeute angrenzender Grundstücke erforderlich ist (§ 1 des Vertrages). Damit wird deutlich das Grundstück als Pachtgegenstand zum Gebrauch und zum Fruchtgenuß hervorgehoben.

b) Im Ergebnis ist dem Berufungsgericht auch darin zu folgen, daß der Vertrag vom 5. April 1973 auch bei anfänglicher objektiver Unmöglichkeit der Bimsausbeute wirksam zustande gekommen ist, weil § 306 BGB durch § 538 Abs. 1

1. Alternative BGB verdrängt wird. Diese Bestimmung setzt einen schon bei Vertragsabschluß vorhandenen Mangel der in § 537 BGB bezeichneten Art voraus. Öffentlich-rechtliche Gebrauchsbeschränkungen, die - wie hier - auf der Beschaffenheit der Sache beruhen, sind ein Sachmangel nach §§ 537 ff BGB (BGHZ 68, 294, 296 m.w.N.). Soweit Rechtsprechung und Literatur bei anfänglichen Mängeln darauf abstellen wollen, ob sie behebbar (dann Anwendung von § 538 Abs. 1 BGB) oder unbehebbar sind (dann Anwendung von § 306 BGB, vgl. etwa OLG Hamm MDR 1968, 50; OLG Düsseldorf ZMR 1970, 173, 174; OLG Celle NJW 1973, 2289, 2290; Erman/Schopp, BGB 7. Aufl. vor § 536 Rdn. 4; Soergel/Kummer, BGB 11. Aufl. § 537 Rdn. 7 bis 10), läßt sich eine solche Unterscheidung aus dem Gesetz nicht entnehmen. Sie widerspricht auch dem Willen des Gesetzgebers. Nach den Motiven (Mot II, 377) haftet der Vermieter auch dann nach § 538 BGB, wenn "die Beseitigung des Mangels objektiv unmöglich ist" (vgl. auch Benöhr NJW 1974, 648; Hassold NJW 1974, 1743, 1745; Brox/Elsig JuS 1976, 1, 5). Demgemäß lehnt auch der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes eine solche Unterscheidung ab (BGH Urteil vom 28. November 1979, VIII ZR 302/78, NJW 1980, 777, 779).

Nach Auffassung des VIII. Zivilsenats (aaO) verdrängen die Vorschriften über die Sachmängelgewährleistung im Mietrecht "jedenfalls dann" die Bestimmungen über die anfängliche Unmöglichkeit (§§ 306, 307 BGB), wenn die Mietsache dem Mieter übergeben worden ist. Das Berufungsgericht hat angenommen, der Beklagten seien die Grundstücke von Alfons C. bereits überlassen worden. Der Revision ist zuzugeben, daß die näheren Ausführungen des Berufungsgerichts hierzu erheblichen Bedenken begegnen. Es kommt jedoch hierauf nicht an, weil nach Auffassung

des erkennenden Senats im vorliegenden Fall § 306 BGB auch schon vor Überlassung der Pachtgrundstücke (vgl. dazu näher BGHZ 65, 137 ff) nicht anwendbar ist. Der VIII. Zivilsenat begründet seine Entscheidung damit, daß der Mieter gerade in den besonders schwerwiegenden Fällen der Mangelhaftigkeit der Mietsache nicht auf das negative Interesse (§ 307 BGB) beschränkt sein dürfe, weil dies dem Zweck der in § 538 Abs. 1 1. Alternative BGB angeordneten Garantiehaf tung widerspreche (vgl. dazu auch Hassold NJW 1974, 1743, 1744 und NJW 1975, 1863, 1865). Nach herrschender Meinung findet § 306 BGB keine Anwendung, wenn der Schuldner eine besondere Garantie für die Möglichkeit der Leistung übernommen hat (vgl. BGB-RGRK § 306 Rdn. 4; Erman/Battes, BGB 7. Aufl. § 306 Rdn. 10; MünchKomm/Söllner § 306 Rdn. 10; Palandt/Heinrichs, BGB 44. Aufl. § 306 Anm. 1 und Anm. 5; Staudinger/Löwisch, BGB 12. Aufl. § 306 Rdn. 2). Die gleiche Wirkung muß eine gesetzliche Garantiehaf tung haben. Dieser Gedanke trifft aber auch auf die Zeit vor Überlassung der Mietsache zu (so im Ergebnis auch BGB-RGRK 12. Aufl. vor § 535 Rdn. 111; MünchKomm/Voelskow vor §§ 537 bis 543 Rdn. 7 und Söllner aaO § 306 Rdn. 7; Staudinger/Emmerich, BGB 12. Aufl. vor § 537 Rdn. 5). Wollte man § 306 BGB auf die Zeit vor Überlassung der Mietsache anwenden, so wäre der Vertrag nichtig. Es wäre nicht denkbar, daß er allein durch die Übergabe der Mietsache wirksam wird, mit der Folge, daß dem Mieter die Rechte aus § 538 BGB zustehen (vgl. zu diesem Gesichtspunkt auch Oehler JZ 1980, 794, 795).

Ob und welche Ansprüche sich für die Beklagte gegen die Klägerin aus dem Vertrag vom 5. April 1973 ergeben, hängt zunächst davon ab, ob die Klägerin in diesen Vertrag

eingetreten ist. Waren die Pachtgrundstücke vor deren Veräußerung an die Klägerin noch nicht an die Beklagte überlassen (§ 581 Abs. 2 i.V.m. § 571 Abs. 1 BGB), so könnte dieser Eintritt der Klägerin dadurch geschehen sein, daß sie die Erfüllung der Vertragspflichten übernommen hat (§ 581 Abs. 2 i.V.m. § 578 BGB), wofür der vom Berufungsgericht festgestellte Wortlaut des Kaufvertrages zwischen G[REDACTED] und der Klägerin spricht (BU 4).

Dr. Thumm

Hagen

RiBGH Linden ist
beurlaubt und kann
infolgedessen nicht
unterschreiben.

Dr. Thumm

Vogt

Räfle