

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: ja

BGB §§ 139, 145 ff

Wissen die Parteien bei Vertragsabschluß, daß ein Teil ihrer Abmachungen wegen Nichtbeachtung der gesetzlich vorgeschriebenen Form unwirksam ist, so wird das Rechtsgeschäft lediglich von den übrigen Vertragsbestimmungen gebildet. Diese sind aber nur dann rechtswirksam, wenn sie mit diesem Inhalt von den Parteien für sich allein gewollt sind, was im einzelnen Fall vom Tatrichter zu prüfen ist (Ergänzung zu RGZ 122, 138).

BGH, Urt.v. 29. Juni 1966 - V ZR 68/65 OLG Oldenburg
LG Oldenburg

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V ZR 68/65

URTEIL

Verkündet am

29. Juni 1966
Hirth, Justiz-
angestellter

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Fuhrunternehmers Alfred M [REDACTED],
N [REDACTED],

Klägers, Berufungsklägers und Revisionsklägers,

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

gegen

den Kaufmann Otto T [REDACTED], B [REDACTED],
A [REDACTED] B [REDACTED]-Allee [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

- 2 -

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. Juni 1966 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Augustin und der Bundesrichter Dr. Rothe, Dr. Freitag, Dr. Mattern und Offterdinger

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Oldenburg vom 24. März 1965 wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien waren Eigentümer von sand- und kieshaltigen Nachbargrundstücken in Nethen-Beckhausen. Das Grundstück des Beklagten hat der Kläger im Laufe des Rechtsstreits im Weg der Zwangsversteigerung erworben.

Am 30. September 1960 verhandelten die Parteien bei dem Rechtsanwalt Dr. Dr. R. [REDACTED] in Oldenburg über eine gemeinsame Benutzung und Ausbeutung der Grundstücke. Dr. Dr. R. [REDACTED] fertigte einen Vertragsentwurf an, in dem u. a. vorgesehen war, daß der Kläger sich verpflichtete, sein Grundstück dem Beklagten gegen Zahlung von 100 DM zu übereignen, sobald die Grundstücke der Parteien ausgebeutet wären. Nach dem weiteren Inhalt des Entwurfs sollte wegen dieser Verpflichtung umgehend ein gesonderter notarieller Vertrag geschlossen werden, der wesentlicher Bestandteil des entworfenen Vertrags sein sollte.

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



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Eine weitere Verhandlung der Parteien vor Rechtsanwalt Dr.Dr. R. [REDACTED] fand am 4. Oktober 1960 auf den Grundstücken der Parteien statt. Hierzu hatte Dr.Dr.R. [REDACTED] einen Notar hinzugezogen. Zum Abschluß eines Vertrags kam es jedoch nicht.

Bei ihrem erneuten Zusammentreffen am 6. Oktober 1960 schlossen sodann die Parteien ohne Hinzuziehung des Rechtsanwalts Dr.Dr. R. [REDACTED] oder eines Notars einen privatschriftlichen Vertrag, in dem es nach näherer Beschreibung der Grundstücke der Parteien in den §§ 1 und 2 heißt:

"§ 3

Die Vertragsschließenden vereinbaren nunmehr folgendes:

T. [REDACTED] (Beklagter) ist berechtigt, zur Erleichterung der Ausbeutung seines Geländes die anfallenden Sand- und Kiesmengen in Silos zu überpumpen, die auf dem Gelände von M. [REDACTED] (Kläger) errichtet werden sollen. Ferner ist T. [REDACTED] berechtigt, Wasser und Schlemmstoffe aus seinem Gelände in das auf dem Gelände von M. [REDACTED] befindliche Baggerloch zu pumpen.

T. [REDACTED] ist berechtigt, auf dem Gelände von Martens die für die Ausbeutung seines Geländes erforderlichen Anlagen auf seine Kosten zu errichten und die erforderlichen Rohrleitungen zu legen.

§ 4

Als Gegenleistung verpflichtet sich T. [REDACTED], an M. [REDACTED] aus der Ausbeutung seines Geländes 50 000 cbm Mauersand und Kiese ab dem Tage der Vertragsschließung zum Preise von 2,20 DM für Mauersand und 3,20 DM für Kiese abzugeben, wie dieser verlangt und mit eigenen oder fremden Lastzügen abtransportieren kann.

Falls sich die ortsüblichen Preise für Mauersand und Kiese ändern sollten, ändern sich auch die obigen aufgeführten Preise im prozentualen Verhältnis.

Als § 5 hatten die Parteien zunächst folgende Vereinbarung vorgesehen:

"Wird aus irgend einem Grunde die Förderung oder Ausbeutung von T [REDACTED] eingestellt, ist M [REDACTED] berechtigt, mit einem Saugbagger auf dem gesamten Gelände des Tangemann die vorhandenen Sand- und Kiesvorkommen jederzeit auszubeuten um die in § 4 genannte Liefermenge von 50 000 cbm zu erfüllen. In diesem Falle erhält M [REDACTED] den von ihm geförderten Mauersand zu 1,20 DM und die Kiese zu 2,20 DM pro cbm."

Diese Bestimmung wurde jedoch vor Unterschriftleistung im Einvernehmen beider Parteien gestrichen. Links davon setzten die Parteien den Vermerk "gestr." und unterschrieben diesen.

Der zur Unterzeichnung vorbereitete Vertrag enthielt schließlich noch einen § 6 mit folgendem Wortlaut:

"Ist dieser Vertrag erfüllt, gehen alle Rechte an dem Gelände von M [REDACTED] an T [REDACTED] über."

Diese Bestimmung ist in dem Vertragsexemplar, das der Kläger in dem diesem Rechtsstreit vorausgegangenen Arrestverfahren überreicht hat und auf das er sich auch in diesem Rechtsstreit beruft, durchgestrichen.

Am 6. Oktober 1960 war der Kläger, wie dem Beklagten bekannt war, nur Miteigentümer zu 1/2 des in dem Vertrag vom 6. Oktober 1960 als ihm gehörend bezeichneten Grundstücks. Die andere Miteigentumshälfte kaufte er mit Vertrag vom 10. Oktober 1960 von dem Sand- und Kies-

grubenbesitzer Remmers zum Preis von 17 000 DM, der in Raten bis zum 10. November 1961 bezahlt werden sollte.

In der Zeit von Oktober 1960 bis Mai 1961 erhielt der Kläger aus dem Grundstück des Beklagten etwa 2 500 cbm Sand und Kies, während der Beklagte Wasser und Schlemmstoffe in das Baggerloch auf dem Grundstück des Klägers leitete und die dort von dem Kläger errichteten Silos benutzte.

Am 3. Juni 1961 verpachtete der Beklagte sein Grundstück an die Firma Ma [REDACTED] in Burgdorf zur Ausbeutung von Sand und Kies für die Zeit vom 5. Juni bis 5. August 1961. In dem Pachtvertrag ist vermerkt, daß beabsichtigt sei, alsbald in Verhandlungen über die Fortsetzung des Vertrags einzutreten, und daß der Firma Ma [REDACTED] bekannt sei, daß der Beklagte sein Grundstück verkaufen wolle.

Der Kläger hat vorgetragen: Der Beklagte habe ihm nur rund 2 500 cbm Sand und Kies geliefert, so daß er von ihm noch rund 47 500 cbm verlangen könne. Da der Beklagte wegen des mit der Firma Ma [REDACTED] abgeschlossenen Vertrags zur Lieferung dieser Menge nicht mehr im Stande sei, sei ihm ein Schaden von mindestens 95 000 DM entstanden.

Hiervon macht der Kläger einen Teilbetrag geltend. Er hat beantragt,

den Beklagten zu verurteilen, an ihn 50 000 DM nebst 8 % Zinsen seit Klageerhebung zu zahlen.

Der Beklagte hat Klageabweisung und im Wege der Widerklage beantragt, den Kläger zu verurteilen,

1. an ihn einen Löffelausleger und eine Schleppschaufel herauszugeben,
2. an ihn 5 000 DM nebst 8 % Zinsen seit dem 1. Mai 1961 zu zahlen.

Er hat vorgetragen: Der Kläger habe den § 6 des Vertrags vom 6. Oktober 1960 eigenmächtig durchgestrichen, nachdem die Parteien den Vertrag unterschrieben hätten. Hieraus ergebe sich, daß § 6 Bestandteil des Vertrags gewesen sei. Wegen Nichtbeachtung der Formvorschrift des § 313 BGB sei er aber nichtig. Diese Nichtigkeit habe die Nichtigkeit des ganzen Vertrags zur Folge, weil er diesen ohne den § 6 nicht abgeschlossen hätte. Der Kläger habe im übrigen im Frühjahr 1961 auf weitere Belieferung mit Sand und Kies verzichtet und erklärt, er sei auf den Sand und den Kies des Beklagten nicht mehr angewiesen. Der Löffelausleger und die Schleppschaufel gehörten zu einem ihm gehörenden Bagger, den der Kläger sich angeeignet, dann aber ohne diese beiden Bestandteile wieder zurückgegeben habe. Schließlich schulde ihm der Kläger aus der Lieferung von Sand und Kies noch 5 000 DM.

Der Kläger hat hierauf erwidert: Der § 6 des Vertrags vom 6. Oktober 1960 sei gestrichen worden, bevor die Parteien den Vertrag unterzeichnet hätten. Da der Beklagte die Streichung des § 5 gewünscht habe, habe er verlangt, daß dann auch der § 6 gestrichen werde. Er habe nie darauf verzichtet, von dem Beklagten mit Sand und Kies beliefert zu werden. Die Schleppschaufel habe er an den Beklagten zurückgegeben. An dem Löffelausleger mache er ein Zurückbehaltungsrecht geltend.

Der Beklagte habe von ihm zwar noch 5 000 DM zu fordern. Diese Forderung habe ihm der Beklagte aber gestundet. Er habe mit dem Beklagten vereinbart, daß er diesen Betrag erst zu bezahlen brauche, wenn der Kaufpreis aus dem Erwerb des zweiten Miteigentumsanteils an seinem Grundstück beglichen sei. Außerdem rechne er mit seiner die Klageforderung übersteigenden Schadensersatzforderung auf.

Das Landgericht hat nach Beweisaufnahme die Klage abgewiesen und auf die Widerklage unter deren Abweisung im übrigen den Kläger zur Herausgabe des Löffelauslegers und zur Zahlung von 5 000 DM nebst Zinsen verurteilt.

In der Berufungsinstanz hat der Kläger den Klageanspruch hilfsweise auch auf ungerechtfertigte Bereicherung gestützt und ebenfalls hilfsweise beantragt, den Beklagten zu verurteilen, den in die Kiesgrube des Klägers gemäß Vertrag vom 6. Oktober 1960 gepumpten Schlamm wieder zu entfernen.

Das Oberlandesgericht hat nach weiterer Beweisaufnahme die Berufung des Klägers zurückgewiesen.

Mit seiner Revision verfolgt der Kläger seine Klageanträge und die Abweisung der Widerklage weiter. Der Beklagte beantragt Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

1. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, daß dem Kläger gegen den Beklagten ein Schadensersatzanspruch weder aus § 325 BGB noch aus § 326 BGB zu-

steho. Es hält den Vertrag vom 6. Oktober 1960, aus dem der Schadensersatzanspruch hergeleitet wird, für nichtig, weil § 6 dieses Vertrages wegen der in ihm enthaltenen Verpflichtung zur Übereignung eines Grundstücks nach § 313 BGB der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedurft hätte und die sich hieraus nach § 125 BGB ergebende Nichtigkeit dieser Vertragsbestimmung sich auf den ganzen Vertrag erstrecke.

Im einzelnen befaßt sich das Berufungsgericht zunächst mit der zwischen den Parteien streitigen Frage, ob der § 6 des Vertrags vom 6. Oktober 1960 vor oder nach dessen Unterzeichnung durchgestrichen worden ist. Mit Rücksicht darauf, daß die Durchstreichung des § 6 im Gegensatz zu der des § 5 nicht durch einen Randvermerk bestätigt worden ist, ist das Berufungsgericht, ohne daß dies von der Revision beanstandet wird, in Anwendung des § 419 ZPO zu dem Ergebnis gekommen, daß die Vermutung des § 440 Abs. 2 ZPO, nach der die über der Unterschrift stehende Schrift die Vermutung der Echtheit für sich hat, hier also der § 6 mit Rücksicht auf seine Durchstreichung als nicht vereinbart anzusehen wäre, entfalle und deshalb der Kläger zu beweisen habe, daß der Vertrag mit dem von ihm behaupteten Inhalt, also ohne den § 6, abgeschlossen worden sei. Diesen Beweis hat das Berufungsgericht jedoch nicht als erbracht angesehen.

2. Bei dieser Sachlage hängt die Entscheidung des Rechtsstreits somit in erster Linie davon ab, welchen Einfluß die Nichtigkeit des § 6 des Vertrags vom 6. Oktober 1960 auf den übrigen Inhalt dieses Vertrags hat. Auf Grund seiner Feststellung, daß beide Parteien die

Formbedürftigkeit des § 6 und damit die Nichtigkeit dieser Vertragsbestimmung gekannt hätten, geht das Berufungsgericht dabei von der Rechtsprechung des Reichsgerichts (RGZ 122, 138) aus, daß in einem solchen Falle die Voraussetzungen des § 139 BGB überhaupt nicht gegeben seien, weil die formbedürftige Vertragsbestimmung als nicht vereinbart zu gelten habe und deshalb durch ihre Aufnahme in den Vertrag die Gültigkeit der übrigen Vertragsbestimmungen nicht berührt werde. Es hält diesen Grundsatz jedoch nur dann für anwendbar, wenn die in dem Vertrag enthaltenen formbedürftigen Bestimmungen nicht in engem Zusammenhang mit den anderen Bestimmungen des Vertrags stehen.

Seine Auffassung, daß hier ein enger Zusammenhang in dem aufgeführten Sinne bestehe und deshalb der in Frage stehende Grundsatz nicht anwendbar sei, begründet das Berufungsgericht wie folgt: Die in § 6 übernommene Verpflichtung des Klägers zur Übereignung des Grundstücks und die von dem Beklagten in § 4 übernommene Verpflichtung, Sand und Kies zu einem Vorzugspreis zu liefern, stünden im Verhältnis von Leistung und Gegenleistung zueinander. Zwar sei der Vertrag so abgefaßt, als ob die in § 4 von dem Beklagten übernommenen Verpflichtungen die Gegenleistungen nur für die dem Beklagten in § 3 eingeräumten Rechte sein sollten. Dies entspreche aber nicht dem sich aus dem Vertrag ergebenden Willen der Parteien. Durch die nach § 4 von dem Beklagten zu erbringenden Leistungen habe auch die von dem Kläger übernommene Verpflichtung, sein Grundstück dem Beklagten zu übereignen, sobald die Leistungen aus § 4 erbracht seien, entgolten werden sollen. Es sei nicht beabsichtigt gewesen, daß der Beklagte noch

einen Kaufpreis für das Grundstück habe bezahlen sollen, wenn die in dem Vertrag genannten Voraussetzungen zur Übereignung gegeben gewesen seien. Da der Kläger das Grundstück, das er nach seinen Angaben für 40 000 DM gekauft habe, dem Beklagten auch nicht unentgeltlich habe überlassen wollen, stelle die von dem Beklagten in § 4 übernommene Verpflichtung zur Lieferung von Sand und Kies zu einem Vorzugspreis jedenfalls zum Teil die Gegenleistung für die nach sonstiger Durchführung des Vertrags vorzunehmende Übereignung des Grundstücks des Klägers an den Beklagten dar. Da formbedürftig nicht nur die Verpflichtung zur Übereignung des Grundstücks, sondern auch die Vereinbarung über das dafür zu zahlende Entgelt sei, sei deshalb nicht lediglich der § 6 des Vertrags, sondern der ganze Vertrag nichtig. Da alle Leistungen des Klägers insgesamt durch die von dem Beklagten in § 4 des Vertrags übernommenen Verpflichtungen entgolten werden sollten, ließen sich die in dem Vertrag enthaltenen nicht formbedürftigen Vereinbarungen auch nicht ohne Inhaltsänderung von den formbedürftigen trennen.

3. Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe hiermit die Rechtsprechung des Reichsgerichts zu Unrecht auf die Fälle beschränkt, daß die formbedürftigen Vertragsbestimmungen nicht in engem Zusammenhang mit den übrigen Vertragsbestimmungen stünden, ist im Ergebnis unbegründet.

Das Reichsgericht geht bei seiner vom Bundesarbeitsgericht bestätigten und überwiegend auch vom Schrifttum gebilligten Rechtsprechung davon aus, daß zu einem Rechtsgeschäft eine auf Erzeugung von Rechtswirkungen

gerichtete Absicht der Beteiligten gehöre, es aber hieran fehle, wenn sie sich bei Vertragsschluß der Nichtigkeit einer vertraglichen Bestimmung bewußt gewesen seien; es folgert hieraus, daß diese jeder rechtsgeschäftlichen Bedeutung entbehre und deshalb von der Nichtigkeit eines Teils des Rechtsgeschäfts im Sinne des § 139 BGB nicht gesprochen werden könne und das Rechtsgeschäft somit nur von den übrigen, von den Parteien allein im Rechtssinn gewollten Vertragsbestimmungen gebildet werde (RGZ 68, 322, 326; 79, 303, 305; 79, 434, 437; 122, 138, 140/141; 125, 209, 211; 137, 29, 32; BAG 1, 258, 270; Palandt, BGB 25. Aufl. § 139 Anm. 3; BGB RGRK 11. Aufl. § 139 Anm. 11; Staudinger, BGB 11. Aufl. § 139 Anm. 6; Soergel/Siebert, BGB 9. Aufl. § 139 Anm. 18; Enneccerus/Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl. § 145 II A 1 FuBn. 4 S. 896/897 und § 202 IV 2 a S. 1220; Bedenken, soweit ersichtlich, lediglich bei Erman, BGB 3. Aufl. § 139 Anm. 6 mit der Begründung, die Rechtsprechung fordere für die Willenserklärung begrifflich die Vorstellung der Rechtsverbindlichkeit).

Aus dieser Rechtsprechung, von der abzuweichen der Senat keinen Anlaß hat, ergibt sich zwar, daß in den Fällen, in denen die Vertragsparteien in ein Rechtsgeschäft einzelne Bestimmungen in Kenntnis ihrer Unwirksamkeit aufgenommen haben, insoweit von rechtsgeschäftlichen Erklärungen und damit von einer Nichtigkeit dieser Bestimmungen im Sinne des § 139 BGB nicht gesprochen werden kann mit der Folge, daß auch eine Nichtigkeit des übrigen, von den Vertragsparteien gewollten Teils des Rechtsgeschäfts im Sinne des § 139 und damit dessen Anwendung insoweit ausscheidet. Damit ist aber

entgegen der Meinung der Revision noch nichts darüber gesagt, was zu geschehen hat, wenn der nach Ausscheiden des wegen Nichtbeachtung der gesetzlich vorgeschriebenen Form unwirksamen Teils eines Rechtsgeschäfts noch übrig bleibende Rest mit diesem Inhalt von den Vertragspartnern nicht gewollt war. Einen solchen Sachverhalt hat das Berufungsgericht festgestellt, in dem es ausführt, die in § 6 des Vertrags vom 6. Oktober 1960 übernommene Verpflichtung des Klägers zur Übereignung seines Grundstücks sei in Wirklichkeit eine weitere Gegenleistung zu der von dem Beklagten übernommenen Verpflichtung gewesen, Sand und Kies zu einem Vorzugspreis zu liefern. Haben aber hiernach die Parteien den Vertrag vom 6. Oktober 1960 ohne die Verpflichtung des Klägers zur Übereignung seines Grundstücks nicht gewollt, so ist ein auf die übrigen Vertragsbestimmungen beschränktes Rechtsgeschäft nach §§ 145 ff BGB nicht zustandegekommen. Sollte die Rechtsprechung des Reichsgerichts dahin zu verstehen sein, daß die Vertragsparteien stets und ohne Rücksicht auf ihren wirklichen Willen an den restlichen Teil des Rechtsgeschäfts gebunden blieben, so könnte ihr insoweit nicht gefolgt werden.

Damit sind auch die übrigen in diesem Zusammenhang noch erhobenen Rügen erledigt.

4. Die Auffassung des Berufungsgerichts, der Beklagte könne sich, ohne daß ihm der Vorwurf der Arglist zu machen sei, auch auf die Nichtigkeit des Vertrags vom 6. Oktober 1960 berufen, wird von der Revision nicht angegriffen. Sie enthält auch keinen Rechtsirrtum.

5. Die Revision meint sodann, selbst wenn davon auszugehen wäre, daß der ganze Vertrag vom 6. Oktober 1960

nichtig sei, so hätten doch die Parteien die nichtformbedürftigen Bestimmungen des Vertrags dadurch nach § 141 BGB bestätigt, daß sie diese ein Dreivierteljahr lang ausgeführt hätten. Damit wendet sich die Revision jedoch ohne Erfolg gegen die rechtsirrtumsfreie Auffassung des Berufungsgerichts, die Parteien hätten dadurch nicht einen seinem Inhalt nach nur die §§ 1 bis 4 des Vertrags vom 6. Oktober 1960 umfassenden Vertrag abgeschlossen, weil nichts dafür vorliege, daß es die Absicht der Parteien gewesen sei, nunmehr den Vertrag mit einem anderen Inhalt abzuschließen, und insbesondere mangels weiterer Anhaltspunkte nicht angenommen werden könne, daß der Beklagte bereit gewesen sei, auf einen Teil der Leistung des Klägers zu verzichten, trotzdem aber dem Kläger die gleiche Leistung zu erbringen, zu der er sich in dem Vertrag vom 6. Oktober 1960 verpflichtet gehabt habe. Die weitere Auffassung des Berufungsgerichts, der Annahme, daß die Parteien durch die Ausführung des Vertrags zum Ausdruck gebracht hätten, daß sie einen Vertrag mit den §§ 1 bis 4 des Vertrags vom 6. Oktober 1960 hätten abschließen wollen, stehe aber auch die Tatsache entgegen, daß die Parteien sich schon alsbald über die Durchführung des Vertrags gestritten hätten, stellt lediglich eine Hilfserwägung des Berufungsgerichts dar, so daß keines Eingehens auf die hiergegen gerichtete Revisionsrüge bedarf.

6. Nachdem beide Parteien den Vertrag vom 6. Oktober 1960 teilweise ausgeführt haben, bestand für das Berufungsgericht entgegen der Meinung der Revision kein Anlaß zur Prüfung der Frage, ob die Klageforderung nicht unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsverhandlungen begründet ist. Soweit die Revision

in diesem Zusammenhang darauf Bezug nimmt, der Beklagte habe das (am 14. Januar 1961 gemachte) Angebot des Klägers auf Abschluß eines formgerechten Grundstücks-übereignungsvertrags abgelehnt, übersieht sie, wie in der Revisionserwiderung mit Recht hervorgehoben wird, die Feststellung des Berufungsgerichts, der Kläger habe sein Angebot nur für den Fall gemacht, daß die Parteien sich über die Erledigung des Vertrags einigten, eine solche Einigung sei aber nicht erfolgt.

7. Das Berufungsgericht ist weiter der Auffassung, daß der Beklagte aus den Beziehungen der Parteien, die sich aus Anlaß der teilweisen Durchführung der in dem nichtigen Vertrag vorgesehenen Regelung ergeben hätten, auch nicht auf Kosten des Klägers ungerechtfertigt bereichert sei. Zur Begründung führt es u.a. aus:

(Der Beklagte habe das Grundstück des Klägers und die auf diesem befindlichen Silos von Oktober 1960 bis Mai 1961 genutzt, indem er aus seinem Grundstück Erdreich in die Silos geleitet habe, wo Sand und Kies von unbrauchbarem Material geschieden worden seien, das dann als sogenannte Schlemmstoffe in das auf dem Grundstück des Klägers befindliche mit Wasser gefüllte Baggerloch geleitet worden sei. Der Beklagte hätte damit auf Kosten des Klägers etwas in sonstiger Weise ohne rechtlichen Grund im Sinne des § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB erlangt, wenn hierfür üblicherweise eine Vergütung gezahlt würde. Soweit die Benutzung des Grundstücks in Frage stehe, könne dies nicht festgestellt werden. Die Einbringung von Schlemmstoffen in ein Baggerloch werde, wie der Sachverständige Bulling überzeugend dargelegt habe, im allgemeinen nur dann vorgenommen und gestattet,

wenn das Grundstück, auf dem sich das Baggerloch befinde, bereits ausgebeutet sei. Dann pflege aber nach den weiteren Darlegungen des Sachverständigen dafür keine Vergütung gezahlt zu werden, da die Einbringung der Schlemmstoffe in diesem Fall keine Beeinträchtigung des Grundstückseigentümers darstelle, sondern seinem Interesse, das Baggerloch wieder auszufüllen, diene. Daß die hier gegebenen Verhältnisse anders gewesen seien, habe der Kläger nicht bewiesen.

Der Kläger habe auch nicht bewiesen, daß auf seinem Grundstück noch Sand und Kies oder eines von beiden in einer Menge vorhanden sei, daß dieses Material mit Aussicht auf Gewinn hätte ausgebeutet werden können. Der Zeuge R., der frühere Miteigentümer des Grundstücks des Klägers, habe dies, nachdem etwa 1 1/2 bis 2 m Boden der Oberfläche weggeschoben gewesen sei, als aussichtslos angesehen.

Der Kläger behaupte nun, daß er die Hälfte seines Grundstücks, auf der sich das Baggerloch befinde, mit Gewinn ausgebeutet habe. Abgesehen davon, daß er dazu keine substantiierten Angaben gemacht, sondern lediglich die Tatsache als solche unter Berufung auf seine Bücher und Sachverständigengutachten behauptet habe, könnte auch damit nicht bewiesen werden, daß das Grundstück noch weiterhin mit Gewinn hätte ausgebeutet werden können, wenn der Beklagte es nicht in Benutzung genommen hätte. Selbst wenn festgestellt würde, daß der Kläger aus seinem Grundstück Sand und Kies mit Gewinn gefördert hätte, wäre damit nicht bewiesen, daß auch weiterhin eine gewinnbringende Ausbeute hätte vorgenommen werden können. Dafür würde auch keine Vermutung

sprechen. In Anbetracht dessen brauche auch nicht näher auf das Vorbringen des Klägers dazu, wieweit er die Hälfte seines Grundstücks ausgebeutet habe, eingegangen zu werden. Es sei nur darauf hingewiesen, daß die dazu zuletzt aufgestellten Behauptungen in Verbindung mit den Behauptungen darüber, wieviel Schlemmstoffe der Beklagte in das Baggerloch gepumpt habe, darauf hindeuteten, daß der Kläger sein Grundstück dort, wo sich das Baggerloch befinde, jedenfalls soweit ausgebeutet habe, als er dort Sand und Kies vermutet habe. Er behaupte nämlich einerseits, daß bei den Bohrungen, die (in seinem Auftrag) der Zeuge K. [REDACTED] vorgenommen habe, abbauwürdiges Material bis zur Tiefe von 15 bis 16 m vorgefunden worden sei. Andererseits trage er vor, daß in dem Baggerloch von dem Beklagten übergepumpte Schlemmstoffe in einer Mächtigkeit von etwa 10 m lagerten und die Wassertiefe jetzt noch 4 bis 5 m betrage. Demnach müsse die Wassertiefe also vorher 14 bis 15 m betragen haben. Da sich oberhalb des Wasserspiegels aber noch eine Schicht von 3,80 bis 4,50 m befunden habe, hätte der Kläger sein Grundstück danach also an dieser Stelle bis auf 18 m Tiefe ausgebeutet haben müssen.

Der Kläger trage in anderen Zusammenhang weiter vor, die Einbringung der Schlemmstoffe in das Baggerloch sei auch deshalb ein Nachteil für das Grundstück, weil das Baggerloch so nicht für Badezwecke benutzt werden könne. Abgesehen davon, daß keine Anhaltspunkte dafür vorlägen, daß seinerzeit, als der Beklagte das Grundstück des Klägers in Benutzung genommen habe, die Verwertung des Grundstücks des Klägers als Wochenendgrundstück überhaupt in Betracht gekommen sei, habe sich das Baggerloch auch nicht für Badezwecke geeignet, wie

sich aus folgendem ergebe. Das Baggerloch habe, wenn man die Angaben des Klägers zu Grunde lege, eine Wassertiefe von 14 bis 15 m gehabt, während der nicht ausgebeutete Teil des Grundstücks noch 3,80 bis 4,50 m über dem Wasserspiegel gelegen sei. Sowohl oberhalb des Wasserspiegels als auch darunter seien die Ränder des Baggerlochs verhältnismäßig steil abgefallen. Zudem habe es keinen Zu- und Abfluß gehabt.

Die Revision greift diese Ausführungen ohne Erfolg an.

a) Sie meint zunächst, das Berufungsgericht hätte für die Frage der Vergütung für die Benutzung des Grundstücks des Klägers durch den Beklagten nicht die viel zu allgemein und vage gehaltenen Angaben des Sachverständigen Bulling heranziehen dürfen; dieser habe selbst eingestanden, daß der vorliegende Fall einzig sei, sich von allen anderen ihm bekannten Fällen unterscheide und er deshalb keine Angaben über den Wert der Benutzung der Grube des Klägers durch den Beklagten machen könne.

Hierbei wird von der Revision jedoch die Aussage des Sachverständigen übersehen, daß, wenn ein Kiesgrubenbesitzer seine ausgebeutete Kiesgrube einem anderen zur Verfügung stelle, dieser üblicherweise nichts dafür zu bezahlen brauche, daß er Abbau- und Schlemmstoffe in die ausgebeutete Kiesgrube pumpe. Wenn das Berufungsgericht auf Grund dieser Aussage des Sachverständigen zu dem von der Revision beanstandeten Ergebnis gekommen ist, so ist dies aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

Die Revision kann sich in diesem Zusammenhang auch nicht mit Erfolg darauf berufen, das Berufungsgericht

hätte nicht unberücksichtigt lassen dürfen, daß der Beklagte für das in § 3 des Vertrags ihm gestattete Überpumpen von Schlemmstoffen die Gegenleistung des § 4 zu erbringen gehabt habe. Die Bewertung der Benutzung des Grundstücks des Klägers durch den Beklagten als vertragliche Leistung des Klägers schließt nicht aus, daß dem Kläger, wenn bei nichtigem Vertrag die Anwendung der Bereicherungsvorschriften in Betracht kommt, durch die Benutzungsvorteile des Beklagten keine vermögensrechtlichen Nachteile entstanden sind.

b) Die Revision macht dem Berufungsgericht sodann zum Vorwurf, es habe nicht beachtet, daß der Aussage des Zeugen Remmers, er habe, nachdem etwa 1 bis 1 1/2 m (richtig wohl: 1 1/2 bis 2 m) Oberflächenboden weggeschoben worden seien, es für aussichtslos gehalten, Sand und Kies zu gewinnen, die Aussage des Sachverständigen Bulling entgegenstehe, es sei eine Ausbeute mit Aussicht auf Gewinn möglich, wenn in 7 m Tiefe Material mit einer Mächtigkeit von 8 m gefunden werde.

Hierauf kommt es jedoch nicht an, weil, wie in der Revisionserwiderung mit Recht hervorgehoben wird und worauf auch das Berufungsgericht abstellt, die bereits angeordnete Beweisaufnahme, ob auf dem Grundstück des Klägers noch abbauwürdiges Material vorhanden gewesen sei, als der Beklagte mit dessen Benutzung begonnen habe, nicht durchgeführt werden konnte, da der Kläger den zur Vornahme der Bohrungen, die zur Gewinnung eines zuverlässigen Bildes nötig sind, erforderlichen Vorschuß nicht bezahlt hat.

c) Die Revision wendet sich weiter gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, selbst wenn festgestellt

würde, daß der Kläger aus seinem Grundstück Sand und Kies mit Gewinn gefördert habe, wäre damit noch nicht bewiesen, daß auch weiterhin eine gewinnbringende Ausbeute möglich sei. Sie meint, das erscheine bedenklich; denn wenn man mit dem Berufungsgericht unterstelle, daß der Kläger eine gewinnbringende Ausbeute erzielt habe, so spreche die Erfahrung dafür, daß noch mehr abbauwürdige Bodenschichten vorhanden seien.

Auch dem kann nicht gefolgt werden, da ein dahingehender Erfahrungssatz nicht anzuerkennen ist. Es unterlag deshalb der tatrichterlichen Würdigung des Berufungsgerichts, ob es aus einer etwaigen bisherigen gewinnbringenden Ausbeute den Schluß auf eine weitere gewinnbringende Ausbeute glauben zu können oder nicht.

Bei dieser Sachlage bedarf es keines Eingehens mehr auf die Frage, ob sich die Revision mit ihrer in Frage stehenden Rüge nicht lediglich gegen eine Hilferwägung des Berufungsgerichts gewendet hat.

d) Der Meinung der Revision, das Berufungsgericht hätte auf keinen Fall davon ausgehen dürfen, daß mit der teilweisen Ausbeute die Möglichkeit ihrer Fortsetzung noch nicht bewiesen sei, ohne einen Sachverständigen zu hören, steht ebenfalls entgegen, daß der Kläger den Vorschuß für die zur Gewinnung eines zuverlässigen Bildes nötigen Bohrungen nicht gezahlt hat. Solche Bohrungen (im Sinne von Trockenbohrungen) wären nach der Aussage des Sachverständigen Bulling, auf die sich die Revision in diesem Zusammenhang berufen hat, notwendig, um mit ziemlicher Sicherheit beurteilen zu können, ob eine Kiesgrube mit Gewinn ausgebeutet werden könne.

e) Die Revision meint sodann, es müsse bezweifelt werden, daß das Berufungsgericht aus eigener Sachkenntnis im Stande gewesen sei, allein nach der Wassertiefe und der Mächtigkeit der Schlemmschicht zu beurteilen, bis in welche Tiefe der Kläger das Baggerloch ausgebeutet haben müßte.

Hierbei wird von der Revision übersehen, daß sich das Berufungsgericht bei dieser Berechnung auf den eigenen Vortrag des Klägers gestützt hat.

8. Nach der Auffassung des Berufungsgerichts ist die Klageforderung, soweit sie auf Zahlung eines Geldbetrags wegen der Einbringung der Schlemmstoffe in das Baggerloch gerichtet ist, auch nicht nach §§ 990, 989, 249 BGB begründet. Das Berufungsgericht führt insoweit aus: Es könne davon ausgegangen werden, daß dem Beklagten die Nichtigkeit des Vertrags vom 6. Oktober 1960 bekannt gewesen sei, als er damit begonnen habe, die Schlemmstoffe in das Baggerloch auf dem Grundstück des Klägers zu leiten. Trotzdem sei er zu dieser Zeit aber nicht bösgläubig im Sinne des § 990 BGB gewesen. Der Kläger habe dem Beklagten den Besitz oder jedenfalls den Mitbesitz des Grundstücks überlassen, obwohl auch er die Nichtigkeit des Vertrags gekannt habe. Beide Parteien hätten trotz der ihnen bekannten Nichtigkeit des Vertrags jedenfalls mit der Ausbeutung beginnen wollen. In Anbetracht dessen könne der Kläger nicht als bösgläubig angesehen werden (vgl. RG DR 1942, 1278). Ob der Beklagte bösgläubig gewesen sei, nachdem er am 14. Januar 1961 das Angebot des Klägers abgelehnt gehabt habe, sich in notariell beurkundeter Form zur Überoignung des Grundstücks zu verpflichten, brauche nicht näher untersucht zu werden. Denn ein Schadensersatz-

anspruch aus §§ 990, 989 BGB setze voraus, daß sich der Zustand des Grundstücks durch die Einbringung der Schlemmstoffe verschlechtert habe. Daß das der Fall gewesen sei, habe der Kläger aber nicht bewiesen.

Die Revision greift diese Ausführungen in mehrfacher Hinsicht an.

a) Sie meint zunächst, die Bösgläubigkeit des Beklagten im Sinne des § 990 BGB könne nicht schon deshalb verneint werden, weil beide Parteien die Nichtigkeit des Vertrags vom 6. Oktober 1960 gekannt hätten; nach der Entscheidung des Reichsgerichts in DR 1942, 1278, auf die das Berufungsgericht Bezug genommen habe, sei Voraussetzung hierfür, daß der Besitzerwerb in der Erwartung des künftigen Zustandekommens eines formgültigen Vertrags vor sich gehe; diese Voraussetzung habe das Berufungsgericht jedoch nicht festgestellt und sie könne angesichts der ablehnenden Haltung des Beklagten gegenüber einem formgültigen Vertragsabschluß nicht ohne weiteres angenommen werden.

Es kann dahingestellt bleiben, ob das Reichsgericht in seiner aufgeführten Entscheidung die Verneinung der Bösgläubigkeit davon abhängig gemacht hat, daß der Besitzerwerb in der Erwartung des künftigen Zustandekommens eines formgültigen Vertrags vor sich gehe, oder ob es dies lediglich daraus gefolgert hat, daß ein Vertrag in bewußter Kenntnis seiner Formnichtigkeit abgeschlossen wurde. Auf die Frage der Bösgläubigkeit des Beklagten im Sinne der §§ 990, 989 BGB kommt es hier deshalb nicht an, weil das Berufungsgericht eine weitere Voraussetzung dieser Vorschriften, nämlich eine schuldhafte Verschlechterung der Sache nicht als gegeben ansieht. Nach seinen Fest-

stellungen hat der Kläger nicht bewiesen, daß sich der Zustand seines Grundstücks durch die Einbringung der Schlemmstoffe verschlechtert hat. Das Berufungsgericht hat diese Feststellung zwar nur für die Zeit nach dem 14. Januar 1961 getroffen. Sie muß aber zwangsläufig auch schon für die Zeit vom Abschluß des Vertrags vom 6. Oktober 1960 ab gelten.

b) Die Revision wendet sich zwar auch gegen diese Feststellung mit dem Vorwurf, das Berufungsgericht habe dabei übersehen, daß der Kläger die Schlemmstoffe auf jeden Fall unter erheblichem Aufwand beseitigen müsse, gleichgültig ob er sein Grundstück zur Kiesausbeute oder als Wochenendgrundstück benutzen wolle. Aber auch damit kann die Revision keinen Erfolg haben. Es kann dahingestellt bleiben, ob es sich insoweit, wie die Revisionserwiderung meint, um einen neuen und daher in der Revisionsinstanz unbeachtlichen Vortrag des Klägers handelt. Auf jeden Fall stellt die Rüge einen unzulässigen Angriff gegen die tatrichterlichen Feststellungen des Berufungsgerichts dar, es sei nicht bewiesen, daß das Grundstück des Klägers weiterhin gewinnbringend ausgebeutet werden könne, und das Baggerloch auf dem Grundstück des Klägers eigne sich auch nicht für Badezwecke.

c) Die Revision meint schließlich, die Klageansprüche hätten auch noch unter dem Gesichtspunkt des § 988 BGB geprüft werden müssen; da der rechtsgrundlose Besitzerwerb eines Grundstücks dem unentgeltlichen Besitzerwerb im Sinne dieser Vorschrift gleichzusetzen sei, habe der Beklagte die daraus gezogenen Gebrauchsvorteile zu ersetzen; diese bestünden darin, daß er die Schlemmstoffe nicht auf seinem eigenen Grundstück

haben behalten oder von diesem haben abtransportieren müssen.

Auch diese Rüge ist unbegründet. Der Revision ist zwar darin beizutreten, daß dem unentgeltlichen Besitzerwerb im Sinne des § 989 BGB der rechtsgrundlose Besitzerwerb, wie er bei einem nichtigen Grundstücksvertrag in Betracht kommt, gleichzustellen ist (BGHZ 32, 76, 94 unter Bezugnahme auf RGZ 163, 348), daß der Beklagte daher nach § 818 Abs. 1 BGB an sich die gezogenen Nutzungen, zu denen nach § 100 BGB auch die Gebrauchsvorteile gehören, herauszugeben hätte und daß hier von dem Beklagten, da die Herausgabe der Nutzungen wegen der Beschaffenheit des Erlangten nicht möglich ist, nach § 818 Abs. 2 stattdessen deren Wert zu ersetzen wäre. Der Wert der Gebrauchsvorteile im Sinne dieser Vorschrift, die hier darin bestehen, daß der Beklagte zur Ablagerung der Schlemmstoffe das Baggerloch auf dem Grundstück des Klägers benutzen durfte, bestimmt sich aber entgegen der Meinung der Revision nicht nach den Aufwendungen, die der Beklagte dadurch erspart hat, daß er die Schlemmstoffe nicht auf seinem Grundstück behalten oder von diesem abtransportieren mußte, sondern nach dem, was üblicherweise für die hier in Frage stehende Benutzung eines Grundstücks bezahlt wird. Insoweit hat jedoch das Berufungsgericht, wie bereits unter 7 ausgeführt, auf Grund der Beweisaufnahme festgestellt, daß für eine Ablagerung von Schlemmstoffen unter Umständen, wie sie hier gegeben waren, keine Vergütung bezahlt wird.

9. Soweit das Berufungsgericht den Hilfsantrag des Klägers auf Beseitigung der Schlemmstoffe für nicht

begründet erachtet, werden seine Ausführungen von der Revision nicht angegriffen. Sie enthalten auch keinen Rechtsirrtum.

10. Die Verneinung eines Anspruchs des Klägers aus der Benutzung der auf seinem Grundstück befindlichen Silos durch den Beklagten wird vom Berufungsgericht wie folgt begründet: Es könne davon ausgegangen werden, daß für die Benutzung solcher Baulichkeiten üblicherweise eine Entschädigung gezahlt werde. Der Sachverständige Bulling habe für die Benutzung der Silos einen Preis von 0,25 DM pro Kubikmeter Sand, den der Beklagte verkauft habe, für richtig gehalten. Lege man die Behauptung des Klägers zu Grunde, daß der Beklagte etwa 25 000 cbm Sand verkauft habe, so würde sich daraus eine Nutzungsentschädigung von 6 250 DM ergeben. Eine solche Nutzungsentschädigung wäre aber unangemessen. Für die Herstellung der Silos habe der Kläger nach seinen Angaben 10 000 DM aufgewendet. Sie hätten nach der Aussage des Sachverständigen Bulling eine Benutzungsdauer von 6 bis 8 Jahren. In Anbetracht dessen könne für die Nutzungszeit des Beklagten (Oktober 1960 bis Mai 1961) nicht eine Nutzungsentschädigung von 6 250 DM, die eine Verzinsung von fast 94 % des aufgewendeten Kapitals bedeuten würde, in Betracht kommen. Die genaue Höhe der angemessenen Nutzungsentschädigung brauche hier jedoch nicht festgelegt zu werden. Denn selbst wenn man den noch zu hohen Betrag von 5 000 DM als angemessen ansehen wollte, ergäbe sich, daß nicht der Beklagte, sondern der Kläger aus der teilweisen Durchführung des nichtigen Vertrags bereichert und verpflichtet sei, dem Beklagten den mit der Widerklage verlangten Betrag von 5 000 DM zu bezahlen.

Der Kläger habe von dem Beklagten unstreitig 2 500 cbm Sand und Kies erhalten. Gehe man einmal davon aus, daß er nur Mauersand und keinen höherwertigen Kies bekommen habe, so hätte er, da der Verkaufspreis für Mauersand seinerzeit 4,50 DM pro cbm betragen habe, wie die von dem Landgericht eingeholten Auskünfte ergeben hätten, einen Wert von 11 250 DM erhalten. Der Beklagte habe aus der teilweisen Durchführung des nichtigen Vertrags auf Kosten des Klägers die Benutzung der Silos und die von dem Kläger auf die Sandlieferung gezahlten Beträge erhalten. Wieviel der Kläger bezahlt habe, sei nicht festgestellt und brauche auch nicht ermittelt zu werden. Denn unstreitig "schulde" der Kläger schon unter Zugrundelegung des ihm in dem Vertrag eingeräumten Vorzugspreises, der um mindestens 2 DM unter dem normalen Preis gelegen sei, noch 5 000 DM. Damit ergebe sich also, daß der nicht ausgeglichene Vorteil auf seiten des Klägers mindestens 10 000 DM betrage, dem auf seiten des Beklagten allenfalls ein noch nicht ausgeglichener Vorteil von 5 000 DM gegenüberstehe. Damit ergebe sich also, daß dem Kläger keine Ansprüche gegen den Beklagten zustünden, dieser aber gegen den Beklagten einen Anspruch auf Zahlung von 5 000 DM habe.

Auch diese Ausführungen werden von der Revision ohne Erfolg angegriffen.

a) Soweit die Revision meint, es erscheine hinsichtlich der Frage, ob der Kläger einen Anspruch auf Entschädigung für die Benutzung des Baggerlochs und der Silos durch den Beklagten habe, widersprüchlich, jede Rechtsgrundlage für einen solchen Anspruch zu verneinen, gleichwohl aber von seinem Bestehen auszu-

gehen, übersieht sie, daß sich das Berufungsgericht zunächst mit der Benutzung des Baggerlochs und sodann gesondert mit der Benutzung der Silos befaßt und einen Anspruch im ersteren Fall verneint, im zweiten Fall dagegen in Höhe von 5 000 DM angenommen hat.

b) Die Revision rügt sodann, das Berufungsgericht lege nicht stichhaltig dar, weshalb die Nutzungsent-schädigung von 6 250 DM unangemessen hoch sei, obwohl der Sachverständige Bulling sie für angemessen gehalten habe; eine Nutzungsent-schädigung könne keinesfalls mit einer Verzinsung des aufgewendeten Kapitals verglichen werden.

Auch damit kann die Revision keinen Erfolg haben. In Ermangelung anderer Berechnungsmethoden, die auch von der Revision nicht angegeben werden, ist es rechtlich nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht bei der Berechnung der Entschädigung für die Benutzung der Silos das für ihre Errichtung aufgewendete Kapital und dessen Verzinsung mitberücksichtigt hat und mit Rücksicht hierauf von den lediglich eine Schätzung darstellenden Berechnungen des Sachverständigen in einem nicht allzu erheblich ins Gewicht fallenden Umfang abgewichen ist.

c) Der Rüge, bei der Berechnung der Nutzungsent-schädigung hätten auch die Kosten für den Erwerb des Anteils des Zeugen R. [REDACTED] an dem Grundstück des Klägers mitberücksichtigt werden müssen, da dieser Kauf nach der Aussage des Zeugen auf Veranlassung des Beklagten durchgeführt worden sei, wird von der Revision-erwiderung mit Recht entgegengehalten, daß sich der Zeuge nach der Niederschrift über seine Aussage nicht in dieser Weise geäußert hat. Er hat lediglich ausgesagt, daß er aus Äußerungen des Beklagten entnommen habe,

daß dieser großen Wert auf den Erwerb seines Miteigentumsanteils durch den Kläger lege.

d) Bei ihrer letzten Rüge, es sei unzulässig, von einer noch bestehenden Schuld des Klägers gegenüber dem Beklagten auszugehen, wenn gar nicht festgestellt sei, inwieweit sie bezahlt sei, übersieht die Revision den eigenen Sachvortrag des Klägers, daß der Beklagte aus der Lieferung von Sand und Kies von ihm noch 5 000 DM zu fordern habe (BU S. 6).

11. Da die Ausführungen des Berufungsgerichts auch im übrigen keinen Rechtsirrtum zum Nachteil des Beklagten enthalten, war somit dessen Revision mit der Kostenfolge des § 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Augustin

Rothe

Dr. Freitag

Mattern

Offterdinger