

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

27

BGB §§ 125, 242 Ca, 313

Zum Arglisteinwand gegenüber formnichtigen Grundstücks-
veräußerungsverträgen: Daß der gesetzgeberische Zweck
des § 313 BGB in einem gegebenen Falle auch ohne Einhal-
tung der vorgeschriebenen Form gewährleistet erscheint,
rechtfertigt noch nicht die Anwendung des § 242 BGB.

BGH, Urt.v.9.März 1965 - V ZR 97/62 - OLG Hamm
LG Essen

dt

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V_ZR_97/62

URTEIL

Verkündet am
9. März 1965
Hirt,
Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. des Zahnarztes Dr. Bernhard B [REDACTED],
2. der Ehefrau Claire B [REDACTED] geb. T [REDACTED],
beide in E [REDACTED]-K [REDACTED], Ka [REDACTED] Straße [REDACTED],

Kläger und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Milchhändler Heinrich F [REDACTED] in E [REDACTED]-
K [REDACTED], Ka [REDACTED] Straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] - .

- 2 -

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 9. März 1965 unter Mitwirkung der Bundesrichter Schuster, Dr. Piepenbrock, Dr. Rothe, Offterdinger und Dr. Grell

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Kläger wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Hamm (Westf.) vom 25. Januar 1962 aufgehoben.

Die Berufung des Beklagten gegen das Urteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts in Essen vom 18. Mai 1961 wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß die den Klägern obliegende Zug um Zug-Leistung außer der Herausgabe der Parzelle Flur ■■■ Nr. ■■■/2 Gemarkung K■■■ zugleich die weitere Verpflichtung umfaßt, die von ihnen auf dieser Parzelle errichtete Mauer sowie die von ihnen daselbst angepflanzten Pappeln zu beseitigen und die genannte Parzelle wieder auf das frühere, mit dem übrigen Grundbesitz des Beklagten übereinstimmende Niveau zurückzuführen.

Der Beklagte hat auch die Kosten der Berufungs- und der Revisionsinstanz zu tragen.

Von Rechts wegen



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Die Parteien sind Grundstücksnachbarn an der Ka [REDACTED] Straße in E [REDACTED]. Bevor die klagenden Eheleute im H [REDACTED] 1950 ihr Grundstück von der Gewerkschaft Mathias St [REDACTED] kauften, verhandelten sie mit dem städtischen Baugenehmigungsamt wegen der geplanten Bebauung; sie wollten das Wohnhaus, in dem zugleich die Zahnarztpraxis des Erstklägers betrieben werden sollte, mit Rücksicht auf den Verkehrslärm nicht unmittelbar an der Straßenfront, sondern 5 m weiter rückwärts errichten und benötigten dazu eine Ausnahmegenehmigung. Bei den Erörterungen hierüber wurde seitens der städtischen Behörden (Stadtplanungsamt und Baugenehmigungsamt) die Form des Grundstücks beanstandet, das in seinem rückwärtigen Teil, da die Grenze zwischen den Grundstücken der Parteien von der Straße aus schräg nach hinten verläuft, erheblich schmaler ist als vorn, und den Klägern wurde nahegelegt, zunächst einmal zwecks Grenzbegradigung einen Geländeaustausch mit dem Beklagten vorzunehmen. Sie setzten sich daraufhin mit diesem in Verbindung, und die Parteien kamen mündlich überein, daß der Beklagte vom Nachbaranwesen ein Flächenstück vorn an der Straße erhalten und zum Ausgleich aus seinem eigenen Grund und Boden einen weiter rückwärts entlang der bisherigen Grenze gelegenen Streifen an die Kläger abgeben sollte. Die auszutauschenden Flächen wurden am 21. September 1950 vermessen; das als "Grenzverhandlung" bezeichnete Protokoll trägt die Unterschriften des Erstklägers und des Beklagten, die darin erklärten, daß sie die neuen Grenzen als rechtsverbindlich anerkannten und in Kürze die Auflassung vornehmen würden. Bei der katasteramtlichen Fortschreibung erhielten die beiden neugebildeten

Parzellen die Nummern ■/2 (vorn an der Straße, 47 qm groß) und ■/2 (im rückwärtigen Gelände, 69 qm groß). Jede Partei nahm die ihr zugedachte Fläche in Besitz. Eine diesem Besitzstand entsprechende Eigentumsübertragung fand nicht statt; vielmehr wurden die Kläger auf Grund ihres Kaufvortrages mit der Gewerkschaft Mathias St. ■ auch als Eigentümer der Parzelle Nr. ■/2 im Grundbuch eingetragen, während der Beklagte grundbuchlicher Eigentümer der Parzelle Nr. ■/2 blieb.

In der Folgezeit bauten die Kläger, nachdem sie die beantragte Ausnahmegenehmigung erhalten hatten, ihr Wohn- und Praxishaus in der vorgesehenen Weise. Der Bau greift nicht auf die eingetauschte Parzelle ■/2 hinüber. Diese Parzelle bezogen die Kläger in ihren Garten ein, indem sie an der vereinbarten neuen Grenze eine Mauer errichteten, das Gelände durch Erdanschüttung auf das Niveau ihres übrigen Gartens erhöhten und längs der Grenzmauer Pappeln anpflanzten. Der Beklagte ließ die eingetauschte Parzelle ■/2, die mit Gras bewachsen war und die er nach der Straße zu durch einen Drahtzaun abgegrenzt hatte, bis zum Jahre 1954 ungenutzt und unverändert. Dann errichtete er hinter seinem Haus 12 Mietgaragen; 1956 kam noch eine Tankstelle hinzu nebst einer zum Waschen von Kraftfahrzeugen bestimmten Hebebühne, letztere unmittelbar neben der von den Klägern erbauten Mauer. Alle diese Anlagen befinden sich auf dem alten Besitz des Beklagten. Als Zufahrtsweg zu ihnen dient jedoch die eingetauschte Parzelle ■/2, die der Beklagte entsprechend umgestaltet hat. Mehrere Jahre hindurch betrieb der Beklagte, von Beruf Milchhändler, die neuen Anlagen mit Hilfe von Familienangehörigen neben seinem Milchgeschäft. Im Oktober 1960 verpachtete er die Tank- und Wagenpflegeanlage, in der bislang im wesentlichen nur

21

die in den Garagen untergestellten Fahrzeuge abgefertigt worden waren, an einen Dritten.

Die Kläger haben im November 1960 die vorliegende Klage erhoben mit dem Antrag, den Beklagten zur Räumung und Herausgabe der Parzelle ■■■/2 zu verurteilen, und zwar Zug um Zug gegen Rückgewähr der Parzelle ■■■/2. Sie machen geltend, das Flächenstück vorn an der Straße sei ihr Eigentum geblieben und sie seien angesichts des Verhaltens des Beklagten jetzt nicht mehr gewillt, an dem formnichtigen Grundstückstausch festzuhalten: Abgesehen davon, daß die 1950 neugebildeten beiden Parzellen nach Gestalt und Größe nicht den mündlichen Abmachungen entsprächen, habe der Beklagte insbesondere gegen die damals getroffene Vereinbarung verstoßen, wonach das eingetauschte Flächenstück - gewissermaßen als Verlängerung ihres Vorgartens - nur als Grünanlage habe dienen sollen; als er daraus vereinbarungswidrig einen Zufahrtsweg für die Garagen- und Tankstellenbenutzer gemacht habe, hätten sie zunächst nicht widersprochen, weil der damals noch geringe Fahrzeugverkehr für sie keine ernstliche Belästigung gewesen sei; seit Übernahme der Tank- und Wagenpflegeanlage durch einen Pächter habe jedoch der Fahrverkehr erheblich zugenommen, bis spät in die Nacht würden auf dem Nachbargrundstück geräuschvolle Arbeiten vorgenommen, der Geruch von Benzin und synthetischen Waschmitteln dringe bis zu ihrem Haus, von der Hebebühne spritze häufig ein Gemisch von Benzol und Wasser in ihren Garten und manchmal bis auf ihre Gartenterrasse, hierdurch werde auch der Pflanzenwuchs in ihrem Garten beeinträchtigt und es seien schon zwei Pappeln abgestorben; mit der vom Beklagten angebotenen Schutzeinrichtung gegen das Herüberspritzen von Flüssigkeit wäre ihnen nicht gedient, denn es bliebe dann immer noch die

Geruch- und Lärmbelästigung; der Beklagte habe es im übrigen sich selbst zuzuschreiben, wenn er nicht Eigentümer der Parzelle ■■■/2 geworden sei, da er in früheren Jahren ihre wiederholten Aufforderungen, mit ihnen zum Notar zu gehen, unbeachtet gelassen habe.

Der Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Er bestreitet das Vorbringen der Kläger über den Inhalt der mündlichen Vereinbarungen und über das Ausmaß der von der Tankstellenanlage ausgehenden Belästigungen; die Kläger handelten arglistig, wenn sie unter Ablehnung seiner Abhilfevorschläge auf ihrer formalen Rechtsposition bestünden und darauf ausgingen, seinen Tankstellen- und Garagenbetrieb stillzulegen; das Unterbleiben der notariellen Vertragsbeurkundung sei nicht von ihm, sondern von den Klägern verschuldet worden, die eine solche als unnötig und kostenverursachend verweigert hätten. Nach Ansicht des Beklagten wäre, wenn der Tausch rückgängig gemacht würde, das Ergebnis für ihn untragbar; denn die Parzelle ■■■/2 sei als Zufahrtsweg zu den Garagen und zur Tankstelle unentbehrlich, weil auf seinem Altbesitz zwischen seinem Haus und der alten Grenze nur 1,80 m Raum sei; er benötige die Einnahmen aus diesen Anlagen, die er mit großen Kosten geschaffen habe, jedenfalls zu seiner demnächstigen Altersversorgung.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. In der Berufungsinstanz hat der Beklagte noch den Hilfsantrag gestellt, seine etwaige Verpflichtung zur Herausgabe und Räumung der Parzelle ■■■/2 nicht nur Zug um Zug gegen Rückgewähr der Parzelle ■■■/2 auszusprechen, sondern zugleich Zug um Zug gegen Beseitigung der dortigen Mauer und Pappelanpflanzung sowie gegen Wiederherstellung des ursprünglichen, mit seinem übrigen Grundbesitz übereinstimmenden Niveaus.

Das Oberlandesgericht hat die Klage abgewiesen. Mit der in Berufungsurteil zugelassenen Revision erstreben die Kläger die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. Der Beklagte möchte das Rechtsmittel zurückgewiesen haben.

Entscheidungsgründe:

Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, daß die streitige Parzelle ■/2 - obgleich sie 1950 eigens zum Zwecke ihrer Veräußerung an den Beklagten neu geschaffen wurde - mangels Auflassung und Eintragung nach wie vor im Eigentum der Kläger steht und diese gemäß § 985 BGB ihre Herausgabe verlangen können, sofern nicht der Beklagte ihnen gegenüber nach § 986 BGB zum Besitz berechtigt ist. Ob ein solches Besitzrecht aus den Verfügungsverfügungen der städtischen Baubehörden hergeleitet werden könne, für die der spitzwinklige Zuschnitt des Baugrundstücks ein Stein des Anstoßes gewesen sei und die den Klägern daher zwecks besserer Arrondierung einen Flächenaustausch mit dem Beklagten nahegelegt hätten, ist vom Berufungsgericht erwogen, aber mit der Begründung verneint worden, es bestünden Bedenken, dem Beklagten gegenüber dem privatrechtlichen Herausgabeverlangen der Kläger die Berufung auf einen öffentlich-rechtlichen Tatbestand zu gestatten. Auch dieses Ergebnis verdient Zustimmung, so daß sich eine Stellungnahme zu den vorangehenden Urteilsausführungen (S. 12 f) erübrigt; nicht geprüft zu werden braucht insbesondere, ob es sich bei dem nur mündlich geäußerten Wunsch der Behörden nach einer Grenzbegradigung, der ausweislich der Bauakten weder in den Dispensbeschluß vom 31. August 1950 noch in den Bauschein vom 22. September 1950 aufgenommen

worden ist, wirklich um einen Verwaltungsakt gehandelt hat; ebensowenig bedarf es eines Eingehens auf die unstrittige Tatsache, daß das Vermessungsergebnis vom 21. September 1950 und der heutige Besitzstand der Parteien keineswegs mit dem behördlich genehmigten Lageplan in den Bauakten (Anlage zum Dispensbeschluß) übereinstimmen, sondern hinsichtlich des Grenzverlaufs und der Form der neugebildeten Parzellen nicht unbeträchtlich von ihm abweichen. Auf alles dies kommt es nicht entscheidend an, da jedenfalls eine etwaige behördliche Anordnung, die Grenze im Wege des Parzellenaustausches zu begradigen, allein im öffentlichen Interesse erlassen worden wäre und dem auf § 985 BGB gestützten Räumungs- und Herausgabeverlangen der Kläger nicht mit Erfolg entgegeng gehalten werden könnte.

Als Grundlage für ein Recht des Beklagten zum Besitz im Sinne von § 986 BGB bleibt somit allenfalls das übrig, was die Parteien selbst im Jahre 1950 über den Austausch der beiden Parzellen vereinbart haben. Der Berufungsrichter würdigt diese damaligen Vereinbarungen dahin, daß durch sie - von der durch § 313 BGB vorgeschriebenen gerichtlichen oder notariellen Beurkundung abgesehen - sämtliche Erfordernisse erfüllt würden, die an einen ordnungsmäßigen Tauschvertrag (§ 515 BGB) zu stellen seien. Das Zustandekommen eines solchen Vertrages erblickt er in dem schlüssigen Gesamtverhalten der Parteien und der faktischen Gestaltung der Dinge, und er stellt dabei vor allem auf die Grenzverhandlung vom 21. September 1950 ab, deren Ergebnis beide Parteien, unter gegenseitiger Anerkennung der neuen Grenzen als rechtsverbindlich, gebilligt hätten; was etwa vorher besprochen worden sei, spiele keine Rolle mehr; widerlegt sei die Behauptung der Kläger,

der Beklagte habe sich verpflichtet, das zu erwerbende Geländestück gleichsam in Verlängerung ihres Vorgartens nur als Grünanlage zu nutzen, sowie ihre weitere Behauptung, sie hätten den Tausch davon abhängig gemacht, daß sie zum Ausgleich für die Hergabe ihres Geländestücks eine dreimal so große Fläche im Hinterland erhielten. Die Revision erhebt hiergegen zahlreiche Rügen, mit denen sie darzutun versucht, daß in Wirklichkeit kein Vertrag zustandegekommen sei, weil die Parteien eine Reihe von vertragswesentlichen Punkten ungeregelt gelassen hätten, zum mindesten aber ein versteckter Einigungsmangel vorgelegen habe; sie verweist auf einen von den Klägern nach Verkündung des angefochtenen Urteils erwirkten Berichtigungsbeschluß, dem zufolge der Erstkläger, entgegen der ursprünglichen Annahme des Oberlandesgerichts, nicht an der mehrfach erwähnten Grenzverhandlung teilgenommen hat.

Inwieweit diese Revisionsangriffe das, was im Berufungsurteil über Vorlauf und Ergebnis der Tauschvereinbarungen festgestellt worden ist, zu erschüttern vermögen, kann indessen dahingestellt bleiben. Denn auch wenn sie sich als unbegründet erweisen, wäre gleichwohl die angefochtene Entscheidung, soweit sie den Beklagten als sitzberechtigt ansieht, nicht zu halten. Auf den Tauschvertrag, den die Parteien laut Urteilsfeststellung abgeschlossen haben, läßt ein solches Recht zum Besitz aus dem Grunde nicht stützen, weil er unstreitig der Form des § 313 EGB entbehrt und daher kraft gesetzlicher Vorschrift (§ 125 Satz 1 BGB) nichtig ist. Letzteres hat auch das Berufungsgericht nicht verkannt; es weist ausdrücklich auf den Formmangel hin und bemerkt zusätzlich, von der Möglichkeit, ihn durch nachfolgende Auflassung und Eintragung gemäß § 313 Satz 2 EGB zu heilen, hätten die Parteien bisher

keinen Gebrauch gemacht. Nach seiner Ansicht besteht jedoch diese Nichtigkeit bloß nach "dem Buchstaben des Gesetzes"; hier liege, so meint es, einer jener Fälle vor, in denen die Berufung auf einen Formmangel nach § 242 BGB unzulässig sei, weil es nach den Beziehungen der Parteien und den gesamten Umständen dem Gedanken von Treu und Glauben widerspräche, Vertragsansprüche an einem solchen Mangel scheitern zu lassen.

Hiergegen wendet sich die Revision mit Recht. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, von der abzugehen kein Anlaß besteht, müssen gesetzliche Formvorschriften - zu ihnen gehört auch der § 313 BGB - im Interesse der Rechtssicherheit unbedingt eingehalten werden. Es geht nicht an, sie aus allgemeinen Billigkeitserwägungen außer Anwendung zu lassen. Ausnahmen sind nur in besonders liegenden Fällen statthaft; für ein Abweichen von dem Prinzip der Formstrenge ist keineswegs schon dann Raum, wenn die Nichtanerkennung eines formnichtigen Vertrages für den dadurch betroffenen Partner zu einem harten Ergebnis führen würde; das Ergebnis muß vielmehr schlechthin untragbar sein (Urteil des erkennenden Senats vom 29. Januar 1965, V ZR 53/64, S. 7, mit Nachweisen). Gegen diesen Grundsatz hat das Berufungsgericht verstoßen.

Über die Auswirkungen, welche die mit der Klage verlangte Herausgabe der Parzelle /2 für den Beklagten haben würde, heißt es im angefochtenen Urteil, sie seien "ohne Zweifel sehr hart": Die Tankstelle und die mit ihr verbundenen Nebendienste könnten, weil dann bloß noch eine Zufahrt von 1,80 m Breite vorhanden sei, wahrscheinlich nicht weiter betrieben werden; damit werde dem Beklagten nicht nur die Verpachtungsmöglichkeit genommen, sondern er könne die Tankstelle nicht einmal in dem früheren

27

Umfange als Nebenbetrieb seines Milchhandelsgeschäfts durch Bedienung fremder Kraftfahrer fortführen, vielmehr bleibe ihm höchstens die gelegentliche Versorgung seiner Garagenmieter mit Treibstoff; ferner werde, da mancher Wagenbesitzer die enge und bei Gegenverkehr gefährliche Grundstückseinfahrt scheuen würde, auch die Garagenvermietung leiden und der Mietwert der Garagen sinken; die vom Beklagten für Tankstelle, Hebebühne und Garagenbau aufgewendeten, nicht unbeträchtlichen Mittel würden sich kaum noch verzinsen, und von einem Verdienst könne schon gar nicht mehr die Rede sein. Trotzdem erscheint dem Berufungsgericht, wie es mehrfach hervorhebt (BU S. 17, 18 und 20), dies alles "nicht untragbar für den Beklagten"; denn er könne weiterhin das Milchgeschäft betreiben, von dem er selbst nicht bestreite, daß es seinen Lebensunterhalt sichere; bei seinem Einwand, daß er zur späteren Altersversorgung auf die ihm entgehenden Einnahmen angewiesen sei, handele es sich um Zukunftssorgen, die bei der auf die Gegenwart abzustellenden Frage der Untragbarkeit nicht berücksichtigt werden könnten; außerdem lasse sich das Milchgeschäft auch verpachten.

Wie aus diesen Urteilsausführungen hervorgeht, sieht sich das Berufungsgericht mithin selbst außerstande, diejenigen Voraussetzungen festzustellen, die nach der erwähnten höchstrichterlichen Rechtsprechung eine Nichtbeachtung der Formnichtigkeit zugunsten von Treu und Glauben rechtfertigen könnten. Seine Erörterungen darüber, daß die Rückgabe der streitigen Parzelle für den Beklagten zwar hart, aber nicht untragbar sein würde, bewegen sich im wesentlichen auf dem Gebiet der tatrichterlichen Würdigung. Ein Rechtsverstoß ist insoweit nicht ersichtlich. Insbesondere

liegt, entgegen der Ansicht des Beklagten in der Revisionsantwort, keine Verkenennung des Begriffes der "wirtschaftlichen Untragbarkeit" vor (allein diese Art von Untragbarkeit käme hier nach der Gestaltung des vorliegenden Falles in Betracht). Selbst wenn man gegen eine Einschränkung des Untragbarkeitserfordernisses auf die gegenwärtige Lage und die grundsätzliche Ausklammerung zukünftiger Entwicklungen etwa Bedenken hegen sollte (vgl. zu der verwandten Frage, inwieweit Ereignisse aus der Vergangenheit im Rahmen von Billigkeitserwägungen berücksichtigt werden dürfen, das Urteil des Senats von 18. November 1958, V ZR 40/57, LM BGB, 242 Ba Nr. 27), wird die Verneinung eines untragbaren Ergebnisses hier auf jeden Fall durch den zusätzlichen Hinweis auf die Möglichkeit, das Milchgeschäft zu verpachten, gerechtfertigt.

Im übrigen würde der Senat, sofern man das Revisionsgericht in dieser Frage nicht an die Beurteilung des Tatrichters für gebunden erachtet, im vorliegenden Fall auch von sich aus nach den ganzen Umständen die Untragbarkeit verneinen. Den Parteien war, als sie Auswechslung der Parzellen vereinbarten, die Formbedürftigkeit dieses Tauschvertrags bekannt; das wird im angefochtenen Urteil festgestellt (S. 21). Unterließen sie es trotzdem, den Vertragsordnungsgemäß beurkunden zu lassen, so nahmen sie damit alle nachteiligen Folgen der Formnichtigkeit bewußt in Kauf. Für eine Anwendung des § 242 BGB zugunsten des Beklagten besteht bei dieser Sachlage um so weniger Anlaß, als sich ausweislich des Urteils (S. 18) nicht feststellen läßt, welche Partei das größere Verschulden an dem Unterbleiben der Beurkundung trifft und ob etwa die eine oder die andere Partei von einem gewissen Zeitpunkt an "aus Arglist" den

lt

Gang zum Notar hintertrieben hat; daß den Klägern, nachdem der Beklagte die Tankstelle an einen Dritten verpachtet und auf diese Weise den Umfang der Belästigungen wesentlich erhöht hatte, ihre Weigerung, den Tausch unangreifbar zu machen, keinesfalls mehr zum Vorwurf gereicht, wird im Urteil rechtsirrtumsfrei dargelegt.

Wenn das Berufungsgericht sich dann gleichwohl auf den Standpunkt gestellt hat, das Herausgabeverlangen der Kläger widerstreite dem Gebot von Treu und Glauben, so kann dem nicht beigezpflichtet werden. Aus den Ausführungen des Senats in BGHZ 29, 7 läßt sich etwas Derartiges nicht herleiten. Dort (S. 10 f) ist zwar von dem Unterschied die Rede, ob jemand den Vollzug eines wegen Formmangels nictigen Vertrages verlange oder lediglich die Rückgabe einer bereits erbrachten Vertragsleistung verweigere, und es wird auf eine Schrifttumsstelle verwiesen, wonach ein dem Recht an sich nicht entsprechender Zustand "sich eher aufrechterhalten lasse als neu schaffen". Aber in dem damals entschiedenen Fall hatte man immerhin einen notariellen Kaufvertrag abgeschlossen und der Käufer war sogar schon als Eigentümer im Grundbuch eingetragen, während es zwischen den jetzigen Parteien bisher nur zu mündlichen Abreden und zur bloßen Besitzübertragung gekommen ist. Außerdem war der angeführte Umstand für jene frühere Entscheidung, wie ausdrücklich hervorgehoben wird (aaO S. 12), nicht ausschlaggebend; mißbräuchliche Rechtsausübung lag vielmehr deshalb vor, weil die später auf Grundbuchberichtigung klagende Partei den Formverstoß durch ihr eigenes Verhalten herbeigeführt und sich zudem von vornherein mit der Absicht getragen hatte, sich wieder vom Verträge zu lösen, sobald das für ihre persönlichen Zwecke vorteilhaft sein würde. Daß die von Bundesgerichtshof gestellten strengen

Anforderungen auch dann gelten, wenn es sich nicht um Ansprüche auf Erfüllung formnichtiger Verträge handelt, sondern wenn - wie hier - der § 242 BGB dazu dienen soll, einen auf Grund formnichtigen Vertrages geschaffenen Zustand - hier: Besitz des Beklagten an der Parzelle ■■■/2 - entgegen der wirklichen Rechtslage aufrechtzuerhalten, ist wiederholt ausgesprochen worden (Urteile vom 29. Januar 1964, V ZR 23/63, WM 1964, 482, 486, und vom 29. Januar 1965, V ZR 53/64, S. 7 f). Da sonach Formverstöße ernst zu nehmen sind und die Anwendung des § 242 BGB in derartigen Fällen eine auf die Vermeidung untragbarer Ergebnisse beschränkte Ausnahme bilden muß, braucht nicht zu der Ansicht des Berufungsgerichts Stellung genommen zu werden, der Grundstücksverkäufer, der sich auf einen solchen Verstoß beruft, handle dann, wenn er den Vertrag schon durch Besitzerräumung teilweise erfüllt habe, in höherem Maße mißbilligenswert, als wenn er noch nichts zur Erfüllung getan habe.

Damit wird zugleich die Erwägung des angefochtenen Urteils hinfällig, daß die Kläger sich eine besonders kritische Würdigung ihres Verhaltens gefallen lassen müßten, weil sie rund 10 Jahre lang gewillt gewesen seien, den mit dem Parzellenaustausch geschaffenen Zustand für dauernd bestehen zu lassen, und weil sie diesen Willen durch eine Reihe von konkreten Maßnahmen zum Ausdruck gebracht und damit den Beklagten in seinem Vertrauen auf ein Bestehenbleiben des gegenwärtigen Besitzstandes bestärkt hätten. Ebenso wenig fehlt es, wie das Berufungsgericht meint, für die Räumungs- und Herausgabeklage an einem schutzwürdigen Interesse. Mag den Klägern auch an den 47 Quadratmetern der Parzelle ■■■/2 wenig gelegen und ihre Absicht darauf gerichtet sein, durch Sperrung der Zufahrt zur Tankstelle die von dieser ausgehenden Geräusch- und Geruchbelästigungen

zu verhindern - ein Ergebnis, das sich mit einer Immissionsabwehrklage aus §§ 1004, 906 BGB möglicherweise nicht erreichen ließe -, so ist jedenfalls der Vorwurf des Berufungsgerichts unberechtigt, sie erstrebten mit ihrer Klage mehr, als ihnen auf Grund des Gesetzes zustehe, und verfolgten ein Interesse, das auch in den Vertragsbeziehungen der Parteien keine Rechtfertigung finde. Soweit das Urteil zum letzteren Punkt ausführt, der formlose Tauschvertrag habe dem Beklagten hinsichtlich der Nutzung seiner Tauschparzelle irgendwelche Einschränkungen nicht auferlegt, wird übersehen, daß damals ersichtlich noch niemand an die Errichtung einer so lästigen Anlage, wie es eine Tankstelle mit Nebendiensten ist, in unmittelbarer Nähe des Nachbaranwesens gedacht hat; welch großen Wert die Kläger darauf legten, in ihren Wohn- und Praxisräumen von derartigen Störungen verschont zu bleiben, zeigt schon die ersichtlich auch dem Beklagten von vornherein bekannte Tatsache, daß sie eigens aus diesem Grunde eine Ausnahmegenehmigung einholten, ihren Bau in einer gewissen Entfernung von der Straße zu errichten. Was aber die vom Berufungsgericht vermißte gesetzliche Grundlage für die angestrebte Zufahrtssperre anbetrifft, so findet sie sich in § 903 BGB: die Kläger sind Eigentümer der streitigen Parzelle und können von ihr denjenigen Gebrauch machen, der geeignet ist, ihr Gesamtanwesen vor unerwünschten Einwirkungen aus der Nachbarschaft zu bewahren. Dabei spielt es keine Rolle, ob hier wirklich die Voraussetzungen für eine Immissionsabwehr nicht gegeben sind. Gerade in solchen Fällen pflegen Hauseigentümer lediglich zu Schutzzwecken (etwa um ein Zubauen der Aussicht zu verhindern) noch benachbartes Gelände hinzuzuerwerben. Um so weniger kann es den Klägern, die bereits Eigentümer der Parzelle /2 sind, verwehrt sein, sie in dem angegebenen Sinne zu nutzen.

An diesem Ergebnis ändert auch nichts der Hinweis auf den gesetzgeberischen Zweck des § 313 BGB. Das Berufungsgericht ist der Ansicht, diese Vorschrift wolle einmal vor Eingehung übereilter Verpflichtungen schützen, zum anderen einer Behandlung von Grund und Boden als Ware im Interesse der Seßhaftigkeit der Bevölkerung entgegenwirken und schließlich klare Verhältnisse schaffen, d.h. Beweis sichern. Es legt im einzelnen dar, daß im vorliegenden Fall keiner dieser drei Gesichtspunkte zutreffe, und zieht daraus den Schluß, daß die Kläger, wenn sie sich trotzdem auf die fehlende Beurkundung beriefen, mißbräuchlich handelten; denn sie wollten die genannte Formvorschrift nicht einem ihr innewohnenden, sondern einem fremden Zwecke dienstbar machen; der Formfehler werde von ihnen bloß zum Vorwand genommen, um einen Zweck zu erreichen, der in den §§ 313, 125 BGB nicht begründet sei. Inwieweit die tatsächlichen Feststellungen, auf die sich dieser Gedankengang stützt, den Angriffen der Revision standhalten (diese wendet sich vor allem gegen die Bejahung "klarer Verhältnisse" trotz fehlender Vertragsbeurkundung), braucht nicht geprüft zu werden, da das Ganze bereits im Ansatzpunkt verfehlt ist. Der Berufungsrichter verkennt die Tragweite der von ihm angeführten Zweckbestimmungen, wenn er sie zur Richtschnur für die Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben machen will. Bei ihnen handelt es sich allenfalls um das Motiv für die Schaffung des § 313 BGB, nicht aber um seine tatbestandliche Voraussetzung; der gesetzliche Formzwang besteht auch dann, wenn eines der dadurch geschützten Rechtsgüter gefährdet erscheint (Urteil des Senats vom 10. Juli 1963, V ZR 181/61, WM 1963, 1066, 1068 mit Nachweisen); in einem derartigen Fall rechtfertigt der gesetzgeberische Zweck für sich allein noch nicht den Einwand der Arglist. Ob jemand sich auf einen Formmangel "beruft", ihn "geltend macht"

oder zum "Vorwand" für irgendetwas nimmt, ist gleichfalls nicht ausschlaggebend; das Gericht hat die Verletzung gebotener Formen von sich aus zu beachten und daraus von Amts wegen und ohne Rücksicht auf den Parteivortrag die in § 125 BGB vorgesehenen Folgerungen zu ziehen.

Ebensowenig kommt es für die Entscheidung darauf an, welchen Zwecken die Kläger den § 313 BGB "dienstbar machen wollen"; diesen Gesichtspunkt hat der erkennende Senat zwar in BGHZ 19, 7, 12 erwähnt, aber er hat ihm Bedeutung nur im Zusammenhang mit weiteren schwerwiegenden, für eine Vertragsbindung trotz Formmangels sprechenden Umständen beigemessen. Das in jener Entscheidung angeführte Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts vom 5. Februar 1946 (Amtliche Sammlung 72 II S. 39) betraf einen Fall, der in wesentlichen Punkten von dem jetzigen abwich; es war dort nicht nur bereits das Eigentum auf den Käufer übergegangen, sondern der Verkäufer, der mit seiner Klage die Nichtigkeitsklärung des Kaufvertrages wegen eines Formfehlers erstrebte, hatte diesen Fehler, wenn auch unbewußt, selbst herbeigeführt und sogar noch persönliche Vorteile daraus gezogen (aaO S. 45).

Da somit dem Beklagten kein Recht zum Besitz aus § 986 BGB zusteht, muß das klageabweisende Berufungsurteil aufgehoben werden (§ 564 ZPO). Ein Eingehen auf die sonstigen Revisionsrügen erübrigt sich; insbesondere kann unerörtert bleiben, ob der Tauschvertrag der Parteien, wie die Revision meint, zu seiner Wirksamkeit auch noch einer Genehmigung nach dem Wohnsiedlungsgesetz bedurft hätte. Zu einer Zurückverweisung gemäß § 565 Abs. 1 ZPO besteht kein Anlaß. Vielmehr ist die Sache, da weitere Einwendungen gegen das Räumungs- und Herausgabeverlangen der Kläger weder ersichtlich sind noch seitens des Beklagten erhoben werden, zur

Endentscheidung reif (Abs. 3 Nr. 1 aaO). Diese hat dahin zu ergehen, daß die Berufung des Beklagten gegen das der Klage stattgebende erstinstanzliche Urteil zurückgewiesen wird. Entsprechend dem in der Berufungsinstanz vervollständigten Hilfsantrag des Beklagten ist jedoch die Zug um Zug-Leistung der Kläger dahin zu erweitern, daß sie auch die Mauer, die sie auf der herauszugebenden Parzelle /2 errichtet haben, sowie die dort angepflanzten Pappeln beseitigen und die genannte Parzelle wieder auf das frühere, mit den übrigen Grundbesitz des Beklagten übereinstimmende Niveau zurückführen müssen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO.

Schuster

Dr. Piepenbrock

Rothe

Offterdinger

Dr. Grell