

Verkündet  
am 14. Oktober 1964  
Hirth, Justizangestellter  
als Urkundsbeamter der  
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Firma Gebrüder von A [REDACTED], Inhaber Kaufmann  
Friedrich von A [REDACTED], in K [REDACTED] ( [REDACTED] ), W [REDACTED]  
straße [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Bauunternehmer Heinrich B [REDACTED] in K [REDACTED]  
( [REDACTED] ), S [REDACTED] straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-  
liche Verhandlung vom 16. September 1964 unter Mitwirkung  
des Senatspräsidenten Dr. Augustin und der Bundesrichter  
Dr. Rothe, Dr. Mattern, Offterdinger und Dr. Grell

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des  
5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in  
Frankfurt (Main) vom 9. Januar 1962 wird  
auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Zwei der Klägerin gehörige Grundstücke in der W [REDACTED] straße in K [REDACTED] grenzen nicht unmittelbar aneinander; sie werden durch einen Weg getrennt, der von der Straße zu dem rückwärts gelegenen Grundstück des Beklagten führt und selber einen Teil dieses Grundstücks bildet. Die Klägerin möchte ihren Fabrikationsbetrieb erweitern und aus diesem Anlaß von dem einen ihrer Grundstücke zum andern unter dem Zufahrtsweg des Beklagten hindurch eine Kanalleitung verlegen. Hierüber verhandelten die Parteien miteinander. An den Verhandlungen beteiligte sich auch der Magistrat der Stadt K [REDACTED]. Dieser schrieb der Klägerin unter dem 28. April 1959 wie folgt:

" Mit Herrn B [REDACTED] " -- das ist der Beklagte -- " wurde die Angelegenheit am 24.4.1959 nochmals besprochen. Herr B [REDACTED] ist bereit, Ihrer Firma zu gestatten, über den Zugangsweg zu dem Grundstück des Herrn B [REDACTED] eine Kanalleitung zu verlegen. Der Kanalstrang muß aus Tonrohren mit einem Durchmesser von 200 mm hergestellt werden. Unmittelbar vor dem Eintritt des Kanals auf das Gelände des Herrn B [REDACTED] muß ein Kontrollschacht mit einer geruchsundurchlässigen Abdeckung errichtet werden. Der Firma B [REDACTED] ist durch Einbau eines Abzweiges die Möglichkeit zu geben, eventuell eine Hofentwässerung anzuschließen. Mit Rücksicht darauf, daß der Firma B [REDACTED] diese Möglichkeit gegeben wird, wird eine jährliche Anerkennungsgebühr nicht erhoben. Der Zufahrtsweg wird durch Neuparzellierung von dem Hauptgrundstück abgetrennt. Herr B [REDACTED] ist bereit, eine Grunddienstbarkeit oder eine persönlich beschränkte Dienstbarkeit im Grundbuch mit vorstehendem Inhalt eintragen zu lassen. Der neue Verlauf der Kanalleitung ist mit Herrn B [REDACTED] vorher abzusprechen. Sämtliche Kosten, die durch die Vermessung, Bestellung und Eintragung der Dienstbarkeit entstehen, sowie die Kosten der Verlegung der Kanalleitung sind ausschließlich von der Firma von A [REDACTED] " -- das ist die Klägerin -- " zu tragen. Der

Vertrag über die Gestattung mit dem Ziele der Eintragung einer Grunddienstbarkeit oder einer persönlich beschränkten Dienstbarkeit ist bei einem Notar abzuschließen. Herr B. hat sich bereit erklärt, daß er sofort nach Bestätigung dieses Briefes von Ihrer Firma die Parzellierung bei Herrn Vermessungsingenieur S. beantragen werde. Durchschrift dieses Briefes haben wir Herrn B. zugestellt. Wir stellen Ihnen anheim, Ihre Einverständniserklärung direkt Herrn B. zu übermitteln. "

Mit diesen Bedingungen erklärte sich die Klägerin in einem an den Beklagten gerichteten Anwaltsschreiben vom 18. Juni 1959 einverstanden; sie bat ihn gleichzeitig, sein Grundstück durch Vermessungsingenieur S. vermessen und teilen zu lassen. Der Beklagte beauftragte daraufhin S. mit der Vermessung und Teilung, und zwar für Rechnung der Klägerin. In der Folgezeit kam es zwischen den Parteien zu Meinungsverschiedenheiten. Am 24. Juni 1960 teilte der Beklagte der Klägerin mit, daß er die ursprünglich erteilte Genehmigung zur Verlegung der Kanalleitung nicht mehr aufrechterhalte und sandte einen ihm zugeleiteten Antrag auf Dienstbarkeits-Eintragung unerledigt an sie zurück.

Die Klägerin begehrt mit der Behauptung, die Parteien hätten sich auf die Bedingungen im Schreiben des Magistrate geeinigt, vom Beklagten, daß er ihr die im Klageantrag näher bezeichnete Verlegung eines Kanalstranges unter seinem Zufahrtsweg hindurch gestatte; ferner beantragt sie seine Verurteilung, die grundbuchliche Eintragung der inzwischen vom Katasteramt durchgeführten Aufteilung seines Grundstücks in eine Wegeparzelle und eine (größere) Restfläche zu bewilligen und auf der Wegeparzelle zugunsten des jeweiligen Eigentümers ihrer beiden Grundstücke eine der begehrten Gestattung entsprechende Grunddienstbarkeit eintragen zu lassen. Der Beklagte hat Klageabweisung beantragt und die Ansicht vertreten,



ein Vertrag sei nicht zustandegekommen, weil man sich über wesentliche Punkte - Rechtsform der einzutragenden Dienstbarkeit, genauer Verlauf des Kanalstranges - nicht geeinigt habe.

Das Landgericht hat den Beklagten verurteilt, der Klägerin die Verlegung der Kanalleitung unter dem Zufahrtsweg zu gestatten; die weitergehende Klage hat es abgewiesen; nach seiner Auffassung ist ein schuldrechtlicher Vertrag zustandegekommen, jedoch habe der Beklagte die dingliche Einigung der Parteien über die Bestellung einer Grunddienstbarkeit und die damit verbundene Änderung des grundbuchlichen Bestandsverzeichnisses rechtswirksam widerrufen. In der Berufungsinstanz hat die Klägerin noch geltend gemacht, daß zum mindesten ein bindender Vorvertrag vorliege; sie hat den Hilfsantrag gestellt, den Beklagten zum Abschluß eines dem Klagebegehren entsprechenden Vertrages mit ihr zu verurteilen. Der Beklagte hat sich der Berufung mit dem Ziele vollständiger Klageabweisung angeschlossen; zu einem Vertragsabschluß, so hat er noch vorgetragen, sei es schon mangels der im Schreiben des Magistrats vorgesehenen notariellen Beurkundung nicht gekommen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen und auf die Anschlußberufung die Klage im vollen Umfang abgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihre bisherigen Anträge weiter. Der Beklagte bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

#### Entscheidungsgründe:

1. Der Ausgang des Rechtsstreits hängt davon ab, ob zwischen den Parteien ein Vertrag zustandegekommen ist.

Das leuchtet ohne weiteres ein, soweit die Klägerin vom Beklagten verlangt, daß er ihr den Bau der Kanalleitung durch sein Grundstück gestatte. Aber es gilt nicht minder für das weitere, auf grundbuchlichen Eintrag der Parzellenaufteilung und Grunddienstbarkeitsbestellung gerichtete Klagebegehren. Entgegen der Meinung des Landgerichts schloß der Umstand, daß noch keine Bindung nach § 873 Abs. 2 BGB eingetreten war, die Geltendmachung dieser Ansprüche nicht aus. In einem solchen Falle vermag freilich jeder Beteiligte seine Einigungserklärung zu widerrufen. Gleichwohl bleibt er, sofern nur das schuldrechtliche Geschäft gültig ist, an dieses gebunden. Aus ihm kann er auf Erfüllung verklagt und damit zur Vornahme auch der dinglichen Rechtsänderung gezwungen werden (BGB RGRK 11. Aufl. § 873 Anm. 63). Mit Recht stellt daher das angefochtene Urteil allein darauf ab, ob die Parteien bei ihren Verhandlungen vom Jahre 1959 - sei es bereits endgültig oder doch mittels Vorvertrages - sich rechtsverbindlich in dem von der Klägerin behaupteten Sinne geeinigt hätten.

Das war nach Meinung des Oberlandesgerichts nicht der Fall: Die schwierigen Verhandlungen, in die sich die Stadt K[REDACTED] vermittelnd eingeschaltet habe, seien vom Beklagten vor dem Abschluß eines Vertrages abgebrochen worden. Das Schreiben des Magistrats vom 28. April 1959 stelle kein Vertragsangebot des Beklagten an die Klägerin dar, die Stadt habe dabei weder als bevollmächtigte Vertreterin noch als Botin des Beklagten gehandelt, vielmehr müsse ihr Schreiben nur als Übermittlung von Vertragsbedingungen gewertet werden. Darin werde hervorgehoben, daß der Vertrag " bei einem Notar " geschlossen werden sollte. Wenn die Klägerin mit dieser Bedingung einverstanden gewesen sei, so könne durch ihre bloße Bereitschaft zum Abschluß noch kein Vertrag zustande gekommen sein. Der Beklagte habe weder ausdrücklich erklärt,

er nehme das Vertragsangebot im Schreiben der Klägerin vom 18. Juni 1959 mit der Maßgabe an, daß von einem Vertragsabschluß bei einem Notar abgesehen werde, noch könne eine derartige Annahmeerklärung - d.h. unter Abgehen von dem Erfordernis notarieller Beurkundung - darin erblickt werden, daß der Beklagte im Anschluß an das Schreiben der Klägerin den Vermessungsingenieur S. mit der Grundstücksteilung beauftragt habe.

Die Behauptung der Klägerin, der Beklagte habe später nicht mehr auf notarieller Beurkundung bestanden und sei selbst der Auffassung gewesen, daß bereits ein Vertrag vorliege, erachtet der Berufungsrichter nicht für stichhaltig. Er entnimmt ferner dem Schreiben des Magistrats vom 28. April 1959, daß noch wichtige Punkte des abzuschließenden Vertrages ungeklärt geblieben seien; vor allem habe es an einer Einigung darüber gefehlt, ob eine Grunddienstbarkeit (§ 1018 BGB) oder eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit (§ 1090 BGB) habe bestellt werden sollen. Wegen Offenbleibens dieser und anderer Fragen sowie Fehlens der vorgesehenen Beurkundung ergebe sich aus § 154 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 BGB, daß zwischen den Parteien kein Vertragsverhältnis bestehe. Sie hätten auch keinen Vorvertrag geschlossen, aus dem auf Mitwirkung bei Abschluß eines noch ausstehenden Hauptvertrages geklagt werden könne.

2. Die Revision wendet ein, die Ansicht des Berufungsgerichts, daß die Parteien im Sinne von § 154 Abs. 2 BGB "eine Beurkundung des beabsichtigten Vertrages verabredet" hätten, stehe mit der übrigen Urteilsbegründung im Widerspruch. Das trifft indessen nicht zu.

In dem Brief des Beklagten vom 31. Januar 1959, worin er die Bereitstellung seines Grundbesitzes für die Zwecke der Klägerin von verschiedenen Voraussetzungen abhängig machte, war allerdings von einem Vertragsabschluß in notarieller Form noch keine Rede. Allein dies hat auch das Berufungsgericht nicht verkannt. Es würdigt den Brief ersichtlich nicht in dem Sinne, daß er eine erschöpfende und endgültige Aufzählung sämtlicher vom Beklagten für erforderlich erachteten Vertragsbedingungen enthalten habe, sondern erblickt darin lediglich ein Anzeichen für die " Schwierigkeit " der Vertragsverhandlungen, die schließlich dazu führte, daß sich die Stadt einschaltete. Wenn dann in der Folgezeit zwischen einem Vertreter der Stadt und dem Beklagten über eine für beide Parteien tragbare Ausgestaltung des Vertrages gesprochen und das Besprechungsergebnis in dem Schreiben des Magistrats vom 28. April 1959 niedergelegt wurde, so war damit jener frühere Brief vom Januar überholt. Es kam jetzt nur noch darauf an, ob die Beteiligten sich über die Bedingungen im Magistratsschreiben einigten; dieses aber sah Vertragsabschluß bei einem Notar ausdrücklich vor.

Da der Berufungsrichter der Auffassung war, daß die Stadt weder Vertreterin noch Botin des Beklagten gewesen sei und daß es sich bei ihrem Schreiben vom 28. April 1959 nicht um ein vom Beklagten abgegebenes Vertragsangebot gehandelt habe, hatte er keine Veranlassung, sich mit der Rechtsansicht des Beklagten im Schriftsatz vom 6. November 1961 (S. 2) auseinanderzusetzen, die etwaige Annahme eines solchen Angebotes mittels Schreibens der Klägerin vom 18. Juni 1959 sei wegen Nichtwahrung der Frist des § 147 Abs. 2 BGB verspätet erfolgt und könne allenfalls gemäß § 150 Abs. 1 BGB als neuer Antrag aufgefaßt werden. Diesen Gedanken greift nunmehr die Revision auf und möchte daraus

die Schlußfolgerung ziehen, eine Beurkundungsabrede gemäß § 154 Abs. 2 BGB sei niemals getroffen worden. Das wäre jedoch nur dann richtig, wenn ihre weitere Behauptung zuträfe, daß auch das Schreiben der Klägerin vom 18. Juni 1959 nicht die Bedingung eines notariellen Vertragsabschlusses enthalten oder wiederholt habe. In Wirklichkeit ist das Gegenteil der Fall.

Das genannte Schreiben vom 18. Juni 1959, das von den Anwälten der Klägerin verfaßt worden ist, befindet sich nicht seinem gesamten Wortlaut nach bei den Akten. In den Tatsacheninstanzen herrschte aber Einigkeit darüber, daß der Briefschreiber die im vorangegangenen Schreiben des Magistrats niedergelegten Vertragsbedingungen - von einer hier nicht interessierenden Einschränkung abgesehen - durchweg gebilligt hat. Der maßgebliche Abschnitt des Schreibens wurde nämlich im Schriftsatz des Beklagten vom 6. November 1961 (S. 2) wie folgt wörtlich wiedergegeben:

" Meine Vollmachtgeberin, die Firma Gebrüder von A. (Klägerin) " ist bereit, die Bedingungen, wie sie im Schreiben vom 28. April 1959 angeschrieben sind, zu akzeptieren mit der Auflage, daß auf dem durch die Firma Gebrüder von A. zu erstellenden Anschluß für Sie " (Beklagten) " ausschließlich Leitungs- oder Regenwasser geführt werden darf. Die Führung von Jauchen ist nicht gestattet. "

Die Klägerin selbst hat hierzu im Schriftsatz vom 20. November 1961 vorgetragen (S. 5), eine wesentliche Änderung der Vertragsbedingungen enthalte das Schreiben vom 18. Juni 1959 überhaupt nicht; denn daß der Kanal nur für Leitungs- und Regenwasser benutzt werden dürfe, entspreche beiderseitiger Abmachung. Auf Grund dieses Parteivorbringens hat das Oberlandesgericht dann im unstreitigen Teil seines Urteilstatbestandes festgestellt, die Klägerin habe, als

sie dem Beklagten am 18. Juni 1959 das Magistratsschreiben übersandte, sich mit den darin enthaltenen Bedingungen einverstanden erklärt (BU S. 3 oben). Tatbestandsberichtigung wurde nicht beantragt, die Feststellung ist also für die Revisionsinstanz bindend (§ 314 ZPO). Damit steht zugleich fest, daß die Klägerin sich auch den Wunsch nach notarieller Vertragsbeurkundung zu eigen gemacht hat.

Wodurch freilich aus diesem Wunsch eine Abrede für beide Parteien maßgebliche Abrede im Sinne von § 154 Abs. 2 BGB geworden sei, sagt das Berufungsurteil nicht, es behandelt vielmehr das Zustandekommen der Beurkundungsabrede ohne Angabe von Gründen als feststehende Tatsache (S. 10 oben). Dieser Mangel nötigt indessen nicht zur Aufhebung und Zurückverweisung. Denn aus dem Zusammenhang der Urteilsbegründung ergeben sich immerhin Anhaltspunkte dafür, auf Grund welcher Tatsachen das Oberlandesgericht zu der Überzeugung gelangt ist, die Parteien hätten sich in dem angegebenen Sinne geeinigt. Es kann die hierzu erforderliche Zustimmung des Beklagten bereits in dessen Erklärungen gegenüber dem Vertreter der Stadt bei jener Besprechung vom April 1959 erblickt haben, von denen der Beklagte ersichtlich wußte, daß der Magistrat sie der Klägerin schriftlich mitteilen würde (vgl. dazu die Feststellung BU S. 8: das Magistratsschreiben vom 28. April 1959 enthalte " die Vertragsbedingungen, die der Beklagte für den Abschluß eines Vertrages stellte "). Oder das Berufungsgericht hat - was den Umständen nach näher liegt - auf das spätere Verhalten des Beklagten nach Empfang des Schreibens vom 18. Juni 1959, nämlich die alsbaldige Beauftragung des Vermessungsingenieurs S. [REDACTED], abgestellt und diesen Vorgang als Ausdruck seines Einverständnisses mit dem Gesamtvorschlag der Klägerin, also einschließlich der vorgeschlagenen notariellen Beurkundung, gewertet. Von den angeführten beiden Erwägungen ist mindestens die zweite aus

Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Sie deckt sich mit der eigenen Darstellung der Klägerin, die hierzu in der Klageschrift vom 13. Juli 1960 vorgetragen hatte (S. 4), der Beklagte habe " durch konkludentes Verhalten bewiesen, ", daß er zu den Bedingungen des Magistratsschreibens stehe, indem er in ihrem Auftrag und für ihre Rechnung S. [REDACTED] mit der Teilung des Grundstücks beauftragt habe. Auch die auf die Auftragserteilung an S. [REDACTED] bezüglichen Ausführungen im angefochtenen Urteil selbst (S. 9) besagen nichts Gegenteiliges; wenn es dort heißt, der Beklagte habe auf das Vertragsangebot der Klägerin vom 18. Juni 1959 keine - ausdrückliche oder stillschweigende - Annahmeerklärung abgegeben, so ist damit, wie der Gesamttext unmißverständlich erkennen läßt ( " unter dem Abgehen vom notariellen Vertragsabschluß " ; vgl. auch die vorangehenden Worte: " ..... und von einem Abschluß des Vertrages bei einem Notar absehe " ), das Nichtvorliegen einer abgewandelten, das Erfordernis notarieller Beurkundung ausklammernden Angebotsannahme gemeint; nur ein solches inhaltliches Abweichen von den Vertragsbedingungen im Magistratsschreiben wollte der Berufungsrichter verneinen, keineswegs dagegen eine Annahmeerklärung schlechthin.

Die Feststellung, es sei verabredet worden, den beabsichtigten Vertrag vor einem Notar abzuschließen, hält somit der rechtlichen Nachprüfung stand. Daß die Beurkundung etwa nur zu Beweis Zwecken habe dienen sollen und nicht Voraussetzung für das Zustandekommen eines Vertrages gewesen sei (vgl. Soergel/Mezger, BGB 9. Aufl. § 154 Anm. 14), ist von niemand behauptet worden. Auch die Revision macht nach dieser Richtung keine Einwände geltend. (Darüber, daß durch die Beurkundungsabrede für den Beklagten noch keine Verpflichtung zum Abschluß des notariellen Vertrages begründet wurde, vgl. unten zu Nr. 6).

3. Da die Parteien unstreitig nicht zum Notar gegangen sind, ist gemäß § 154 Abs. 2 BGB zwischen ihnen kein Vertrag geschlossen worden. Er ist insbesondere, entgegen der Meinung der Revision, nicht dadurch zustandegekommen, daß der Beklagte im Anschluß an das Schreiben der Klägerin vom 18. Juni 1959 den Vermessungsingenieur S. [REDACTED] beauftragt hat, die Parzellierung seines Grundstücks in die Wege zu leiten. Das Berufungsgericht hat diese Auftragserteilung lediglich als eine vorbereitende Maßnahme gewürdigt, zu der sich der Beklagte schon nach dem Schreiben des Magistrats vom 28. April 1959 bereit erklärt habe. Sie habe, so heißt es im Urteil (S. 9), nur der Beschleunigung gedient, weil die Parzellierung dem rotariellen Vertrag habe vorausgehen müssen; denn nicht das gesamte Grundstück, sondern allein das kleinere Wegestück, das für die Verlegung des Kanals einzig in Betracht gekommen sei, habe dinglich belastet werden sollen; deshalb habe man bereits von vornherein festgelegt, daß der Beklagte umgehend die Vorbereitungen für den endgültigen Vertragsabschluß treffen sollte. Diese trichterliche Würdigung und der daraus gezogene Schluß, die Beauftragung S. [REDACTED] sei nicht als modifizierte Vertragsannahme - d.h. unter Abgehen vom Erfordernis notarieller Beurkundung - anzusehen, läßt keinen Rechtsirrtum erkennen.

Daß der Beklagte den Auftrag an S. [REDACTED] nicht im eigenen Namen, sondern namens der Klägerin erteilt hat, ist vom Berufungsgericht nicht verkannt worden (vgl. die Feststellung im unstreitigen Teil des Urteilstatbestandes, S. 3 oben: " für Rechnung der Klägerin " ). Im übrigen vermag die Revision nicht darzutun, wieso der angeführte Umstand es ausschließen sollte, daß die Parteien nach wie vor gewillt waren den Vertrag beurkunden zu lassen. Daher kommt es auch nicht darauf an, ob die Klägerin von der Auftragserteilung an

S [REDACTED] verständigt wurde und dessen Kosten bezahlt hat, wie die Revision behauptet. Soweit sie geltend macht, unter den geschilderten Umständen habe die Klägerin nach Treu und Glauben annehmen müssen, der Beklagte sei mit den in ihrem Schreiben vom 18. Juni 1959 gestellten Bedingungen einverstanden, wird von ihr übersehen, daß gerade dieses Schreiben, wie bereits dargelegt (vgl. oben Nr. 2), nichts anderes enthielt als die vom Magistrat übermittelten Vertragsbedingungen, also einschließlich des Erfordernisses notarieller Beurkundung.

Wenn der Beklagte erstmals in seiner Berufungsantwort vom 6. November 1961 auf das Beurkundungserfordernis hingewiesen und daraus für ihn vorteilhafte Schlüsse gezogen hat, während in seinen erstinstanzlichen Schriftsätzen davon noch keine Rede war, so brauchte das den Berufungsrichter entgegen der Ansicht der Revision nicht zu hindern, diesen Umstand bei der Entscheidung mit zu verwerten, und zwar um so weniger, als es sich bloß um eine Frage der rechtlichen Beurteilung handelte (Anwendbarkeit des § 154 Abs. 2 BGB); die zugrunde liegenden Tatsachen waren von Anfang an vorgetragen worden, insbesondere der Inhalt des Schreibens des Magistrats vom 28. April 1959, das bereits den notariellen Vertragsabschluß verlangte. Daß der noch frühere Brief des Beklagten vom 31. Januar 1959 über diesen Punkt nichts enthielt, nötigte zu keiner abweichenden Beurteilung, weil jener Brief, wie schon ausgeführt (oben Nr. 2), durch das

Magistratsschreiben inhaltlich überholt war. Das Schreiben des Beklagten vom 24. Juni 1960, worin er der Klägerin mitteilte, daß er nach reiflicher Überlegung die früher erteilte Genehmigung nicht mehr aufrechterhalten könne, ist vom Oberlandesgericht nicht übersehen, sondern gewürdigt worden. Es meint, aus ihm lasse sich nicht mit Sicherheit entnehmen, daß der Vertrag bereits zustandegekommen sei; auf eine irrige Rechtsauffassung des Beklagten komme es nicht an; im übrigen spreche er nicht von einem Vertragsschluß, sondern von "Genehmigung", womit durchaus auch seine bloße Bereitschaft zum Abschluß eines Vertrages gemeint sein könne. Diese Auslegung ist möglich und rechtsirrtumsfrei. Mit ihrem Versuch, aus dem Schreiben abweichende Schlußfolgerungen zu ziehen, begibt die Revision sich auf das ihr verschlossene Gebiet der Tatsachenwürdigung.

4. Daß auch eine Beurkundungsabrede im Sinne des § 154 Abs. 2 BGB die Parteien nicht am Abschluß eines formlosen Vertrages gehindert hätte (falls sie nämlich nachträglich - möglicherweise sogar stillschweigend - übereingekommen wären, von der vorgesehenen Form Abstand zu nehmen), kann der Revision zugegeben werden. Sie irrt jedoch, wenn sie dem Berufungsgericht zum Vorwurf macht, dies verkannt und den Vortrag der Klägerin im Schriftsatz vom 20. November 1961 übergangen

zu haben, wonach seitens des Beklagten selbst auf Protokollierung kein Wert gelegt und diese Einstellung durch den Auftrag an Vermessungsingenieur S. [REDACTED] zum Ausdruck gebracht worden sei. Mit der Behauptung, der Beklagte habe später nicht mehr auf notarieller Beurkundung bestanden, hat sich das angefochtene Urteil ausdrücklich befaßt und sie nicht für stichhältig erachtet (S. 10), daß es auch zu der Beauftragung S. [REDACTED] eingehend und ohne erkennbaren Rechtsverstoß Stellung genommen hat, wurde bereits dargelegt (oben Nr. 3 erster Absatz).

5. Auf die weitere Erwägung des Oberlandesgerichts, ein Vertrag sei auch mangels Einigung der Parteien über sämtliche von ihnen als wesentlich angesehene Punkte nicht zustandegekommen (§ 154 Abs. 1 Satz 1 BGB), kommt es nach Vorstehendem nicht mehr entscheidend an. Die Angriffe der Revision vermögen aber auch insoweit das Urteil nicht zu erschüttern. Ob, wie sie behauptet, die geringfügige Änderung, welche die Klägerin im Schreiben vom 18. Juni 1959 verlangte - Verwendung des geplanten Zweigkanals nur für Leitungs- und Regenwasser, nicht für Jauche -, ihr vom Beklagten stillschweigend zugestanden worden ist, kann dahinstehen. Denn ungeklärt blieben auf jeden Fall die viel wichtigeren Fragen nach dem örtlichen Verlauf des Kanals (vgl. Magistratsschreiben vom 28. April 1959: "Der neue Verlauf der Kanalleitung ist mit Herrn B. [REDACTED] vorher abzusprechen") und nach der Rechtsform der einzutragenden Dienstbarkeit.

Über den zweiten Punkt insbesondere waren sich die Parteien ersichtlich während der ganzen Dauer ihrer Vertragsverhandlungen nicht einig, was auch daraus hervorgeht, daß der Beklagte noch in den Eingangsworten seines Schreibens vom 24. Juni 1960 von einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit spricht, während die Anwälte der Klägerin in ihrem Antwortschreiben vom 29. Juni 1960 Eintragung einer Grunddienstbarkeit fordern. Und selbst wenn die dingliche Belastung der Wegeparzelle nach § 1018 (nicht nach § 1090) BGB hätte erfolgen sollen, wäre immer noch die weitere Frage offen gewesen, ob nur zugunsten eines der beiden Grundstücke der Klägerin (gegebenenfalls welches von beiden?) eine Grunddienstbarkeit zu bestellen sei oder ob man alle beide zu "herrschenden Grundstücken" machen wolle. Im letzteren Fall hätte nicht, wie im Schreiben des Magistrats vorgesehen, "eine" Grunddienstbarkeit genügt, sondern es wären deren zwei erforderlich gewesen (Soergel/Baur, BGB 9. Aufl. § 1018 Anm. 4; Palandt/Hoche, BGB 23. Aufl. § 1018 Anm. 3).

6. Was den Hilfsantrag der Klägerin anbetrifft, so greift ihre Revisionsrüge, das Berufungsgericht habe in den Erklärungen der Parteien zum mindesten den Abschluß eines Vorvertrages erblicken müssen, nicht durch. Inwieweit bei Vertragsverhandlungen, die auf dingliche Belastung eines Grundstücks gerichtet sind, überhaupt von einem Vorvertrag gesprochen werden kann, sofern die Partner über das

Stadium rechtlich bedeutungsloser Vorbesprechungen hinaus zu einer bindenden Willensübereinstimmung gelangt sind, oder ob darin nicht bereits das endgültige schuldrechtliche Grundgeschäft zu erblicken wäre, braucht nicht entschieden zu werden (vgl. dazu BGB RGRK 11. Aufl. § 873 Anm. 63 m. Nachw.). Denn auch wenn man Vorverträge in derartigen Fällen grundsätzlich zuläßt, sind hier die Voraussetzungen dafür nicht erfüllt. Daß die Parteien, wie dargelegt, sich noch nicht über alle Einzelheiten des in Aussicht genommenen Hauptvertrages geeinigt hatten, würde zwar für sich allein der Bejahung eines Vorvertrages nicht entgegenstehen (BGH Urteil vom 30. Oktober 1961, VII ZR 99/60, WM 1962, 114). Unerläßlich wäre dafür aber der beiderseitige Wille gewesen, sich auch ohne Klärung sämtlicher Punkte schon jetzt zu binden (Urteil des erkennenden Senats vom 31. Oktober 1956, V ZR 157/55, LM ZPO . 256 Nr. 40 = WM 1956, 1518, 1520). An dem Nachweis einer solchen Willensrichtung fehlt es im vorliegenden Falle; wie das angefochtene Urteil ausführt, bieten weder der Wortlaut der vorgelegten Urkunden noch die sonstigen Umstände einen hinreichenden Anhalt dafür, daß die Parteien gewillt gewesen wären, bereits vor der notariellen Beurkundung klagbare Verpflichtungen zur Mitwirkung bei dem Abschluß des beabsichtigten Hauptvertrages zu begründen. Diese tatrichterliche Würdigung ist frei von Rechtsirrtum. Gegen sie werden auch von der Revision keine ins einzelne gehenden Einwendungen erhoben.

Daß die Vertragsverhandlungen schon weit vorangeschritten waren und infolgedessen zwischen den Parteien ein vertragsähnliches Vertrauensverhältnis bestanden haben mag, erachtet das Berufungsgericht mit Recht nicht für geeignet, dem Hilfsantrag der Klägerin zum Siege zu verhelfen. Bei etwaiger "culpa in contrahendo" könnte allenfalls auf Ersatz des negativen Interesses geklagt werden, nicht aber auf Abschluß eines bisher nicht zustandegewordenen Vertrages (Urteil des Senats vom 30. Oktober 1963, V ZR 74/62, S. 16, m.Nachw.). Ebenso wenig läßt sich ein derartiger Anspruch, wie im Berufungsurteil zutreffend erörtert wird, unter den hier gegebenen Umständen aus dem Gesichtspunkt des nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses (§ 242 BGB) oder des Schikaneverbotes (§ 226 BGB) herleiten.

7. Da die Klage sonach mit Recht abgewiesen worden ist, war der Revision der Erfolg zu versagen.. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Dr. Augustin                      Rothe              Mattern

Offterdinger      Dr. Grell