

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V_ZR_152/66

URTEIL

Verkündet am

28. November 1969
Hirth,
Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Buchdruckereibesitzers Heinrich M o [REDACTED]
in K [REDACTED], B [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Jakob M [REDACTED] in K [REDACTED], Br [REDACTED]str. [REDACTED]-[REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. November 1969 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Augustin und der Bundesrichter Dr. Mattern, Hill, Offterdinger und Dr. Grell

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in Schleswig vom 19. August 1966 aufgehoben. Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger und sein inzwischen verstorbener Bruder, der Kaufmann Karl M., waren Miteigentümer der Grundstücke Br.straße und in K.. Nachdem Karl M. und dann auch dessen Alleinerbin inzwischen verstorben sind, ist der Kläger deren Vorerbe geworden. Das benachbarte Grundstück B.straße gehört dem Beklagten. Das Grundstück B.straße gehörte dem im ersten Rechtszug mitverklagten Walter G. und gehört jetzt dessen Sohn Peter G..

- 3 -

Der unanfechtbar gewordene Durchführungsplan ■
der Stadt K■, der den Neuaufbau des betreffenden Ge-
biets regelt, sieht für die erwähnten Grundstücke und
ein weiteres Grundstück einen gemeinsamen Innenhof und
die vertragliche Sicherung der Benutzung der Hofzufahrt
für die Zukunft vor.

Am 1. September 1955 schlossen der Kläger und sein
inzwischen verstorbener Bruder mit dem Beklagten und
Walter G■ einen notariellen Vertrag. Es hieß darin
u.a.:

Im Zuge des Durchführungsplan■ müssen wir
für das Umlegungsgebiet Br■ Straße/Ecke
B■straße in K■, das wir bebauen wollen, ei-
nen gemeinsamen Innenhof für die von uns zu er-
richtenden Gebäude schaffen ... Auf Grund des
Lageplans des öffentlich bestellten Vermessungs-
ingenieurs Fritz V■ vom 29.8.1955, welcher
anliegt, beträgt die gemeinsame Hofffläche
etwa 430 qm.

Wir schließen bezüglich dieser Hofgemeinschaft
folgenden

V e r t r a g

§ 1

In die Hofgemeinschaft bringen wir folgende
Grundstücksflächen ein:



1. G [REDACTED]: etwa 92 qm
2. Gebrüder M [REDACTED]: etwa 9 qm
3. Mo [REDACTED]: etwa 329 qm.

§ 2

Nach dem anliegenden, schon genannten Schreiben des Stadtplanungsamts vom 20.6.1955, auf das wir im einzelnen verweisen und das Inhalt dieses Vertrages sein soll, betragen unsere einzelnen Anteile an der Hofgemeinschaft:

G [REDACTED]	21/100
Gebrüder M [REDACTED]	37/100
Mo [REDACTED]	42/100.

Das Stadtplanungsamt soll veranlaßt werden, nach Eingang der katasteramtlichen Vermessung nochmals eine genaue Berechnung unserer Anteile an der Hofgemeinschaft vorzunehmen. An diese neue Berechnung halten wir uns dann gebunden. Für das in die Hofgemeinschaft einzubringende Vorderland von etwa 295 qm sollen 50,-- DM je qm, für das in die Hofgemeinschaft einzubringende Hinterland von etwa 135 qm 30,-- DM je qm berechnet werden. Da Herr Mo [REDACTED] den weitaus größten Teil Grundstücksfläche in die Hofgemeinschaft einbringt, bekommt er also von den Herren M [REDACTED] und G [REDACTED] im Endergebnis einen noch nicht genau feststellbaren Betrag gezahlt. Dieser Betrag wird nach Eingang der katasteramtlichen Vermessung und der Neuberechnung des Stadtplanungsamts K [REDACTED]

rechnerisch festgestellt. Herr Mo [REDACTED] erhält ihn in bar von den Herren M [REDACTED] und Herrn G [REDACTED] bei Beginn des Gesamtbauvorhabens Bru [REDACTED]strasse [REDACTED] - [REDACTED], spätestens bis 30.6.1960.

§ 3

Das Eigentum an der gemeinsamen Hofffläche soll uns nach Bruchteilen, entsprechend der neuen Berechnung des Stadtplanungsamts K [REDACTED], zustehen.

....

§ 5

Bezüglich dieser Hofgemeinschaft gehen wir, zugleich für unsere Rechtsnachfolger, folgende Verpflichtungen ein:

.....

2. Wir unterlassen jegliche Einfriedigung, sonstige Abgrenzung und Bebauung.

.....

Soweit dies gesetzlich zulässig ist, sollen unsere obigen Verpflichtungen grundbuchlich auf unseren Gebäudegrundstücken und auf der gemeinsamen Hofffläche eingetragen werden.

§ 6

Herr Mo [REDACTED] und sein jeweiliger Rechtsnachfolger verpflichtet sich, gegenüber den Herren G [REDACTED] und

14

M[REDACTED] und deren jeweiligen Rechtsnachfolgern, seine Durchfahrt auf dem Grundstück K[REDACTED], Baustraße 2, unentgeltlich zur Auf- und Abfahrt auf den gemeinsamen Innenhof zur Verfügung zu stellen. Die gleiche Verpflichtung übernimmt Herr Mo[REDACTED] und sein jeweiliger Rechtsnachfolger auch gegenüber den jeweiligen Mietern in den Gebäudegrundstücken der Herren M[REDACTED] und G[REDACTED] und ihrer Rechtsnachfolger. Auch hierüber hat eine grundbuchliche Sicherung zu erfolgen.

Nach dem Ergebnis der inzwischen durchgeführten Vermessung ist die Gemeinschaftshofffläche 447 qm groß. Davon entfallen 7 qm auf Grundstücke des Klägers, 337 qm auf das Grundstück des Beklagten und 103 qm auf das Grundstück G[REDACTED]. Nach einem Schreiben des Stadtplanungsamts K[REDACTED] an den Notar, der den Vertrag beurkundet hat, vom 10. September 1957 betrafen die "nach dem Grade der baulichen Ausnutzung ermittelten" Anteile M[REDACTED] (Kläger) rund 37/100, Mo[REDACTED] (Beklagter) rund 43/100 und Green rund 20/100. Den Grund- und Bodenwert der Hofffläche hat das Amt auf 19 310,-- DM (295 qm Vorderland zu 50,-- DM je qm und 152 qm Hinterland zu 30,-- DM je qm) errechnet und eine an den Beklagten für den Einbau einer Durchfahrt zu zahlende Entschädigung mit 10 580,-- DM bemessen. Unter Zugrundelegung des Gesamtbetrags von 29 980,-- DM hat das Amt nach dem Grad der baulichen Ausnutzung unter Berücksichtigung des Frontmetermaßstabs "für die einzelnen Anlieger folgende Anteile" errechnet:

1. Kläger	10 280,-- DM
2. Beklagter	12 800,-- DM
3. G[REDACTED]	6 810,-- DM.

Der Kläger verlangt Durchführung des Vertrags. Die Klage war zunächst außer gegen den Beklagten Mo [REDACTED] auch gegen Walter G [REDACTED] gerichtet. Gegen diesen hat der Kläger im ersten Rechtszug ein insoweit inzwischen rechtskräftig gewordenenes obsiegendes Urteil erzielt.

Hinsichtlich des Beklagten Mo [REDACTED] hat er beantragt,

ihn zu verurteilen,

1. von seinem 337 qm großen, auf dem Flurstück [REDACTED] der Flur [REDACTED] vermessenen Zuflurstück [REDACTED], eingetragen im Grundbuch von K [REDACTED] Band [REDACTED] Blatt [REDACTED], einen Eigentumsanteil von 37/100 an den Kläger und von 21/100 an G [REDACTED] aufzulassen,
2. die Abschreibung des vorbezeichneten Zuflurstücks von dem Grundbuch K [REDACTED] Band [REDACTED] Blatt [REDACTED] und die Übertragung auf ein neu anzulegendes Grundbuchblatt zu bewilligen und zu beantragen,
3. in die von G [REDACTED] zu bewilligenden Auflassungserklärungen einzuwilligen und die Umschreibung auf sich zu beantragen,
4. zu Gunsten des Klägers und des G [REDACTED] die Eintragung einer Grunddienstbarkeit auf Band [REDACTED] Blatt [REDACTED] des Inhalts zu bewilligen und zu beantragen, daß den jeweiligen Eigentümern der im Grundbuch von K [REDACTED] Band [REDACTED] Blatt [REDACTED], Band [REDACTED] Blatt [REDACTED] und Band [REDACTED] Blatt [REDACTED] verzeichneten Grundstücke das Recht zustehe, zur Auf- und Abfahrt auf den gemeinsamen Innen-

hof die Durchfahrt des dem Beklagten gehörenden Grundstücks zu benutzen,

5. zu Gunsten des Klägers und des G[REDACTED] die Eintragung einer Grunddienstbarkeit im Grundbuch von K[REDACTED] Band [REDACTED] Blatt [REDACTED] des Inhalts zu bewilligen und zu beantragen, daß gegenüber den jeweiligen Eigentümern der im Grundbuch von K[REDACTED] Band [REDACTED] Blatt [REDACTED], Band [REDACTED] Blatt [REDACTED] und Band [REDACTED] Blatt [REDACTED] verzeichneten Grundstücke jegliche Einfriedigung, sonstige Abgrenzung und Bebauung des Hofraums zu unterlassen sei,

alles Zug um Zug gegen folgende Leistungen des Klägers:

1. Zahlung von 10 280,-- DM an den Beklagten
2. Auflassung von 43/100 Eigentumsanteilen an den Beklagten und 21/100 Eigentumsanteilen an G[REDACTED] an dem 1 qm großen, aus dem Flurstück [REDACTED] der Flur [REDACTED] vermessenen Zuflurstück [REDACTED], eingetragen im Grundbuch von K[REDACTED] Band [REDACTED] Blatt [REDACTED], und dem 6 qm großen, aus dem Flurstück [REDACTED] der Flur [REDACTED] vermessenen Zuflurstück [REDACTED], eingetragen im Grundbuch von K[REDACTED] Band [REDACTED] Blatt [REDACTED],
3. Bewilligung und Beantragung der Abschreibung der vorbezeichneten Zuflurstücke von dem Grundbuch von K[REDACTED] Band [REDACTED] Blatt [REDACTED] und Band [REDACTED] Blatt [REDACTED] und Eintragung in ein neu anzulegendes Grundbuchblatt,

4. Bewilligung und Beantragung der Eintragung einer Grunddienstbarkeit zu Gunsten des Beklagten und des G[REDACTED] in den Grundbüchern von K[REDACTED] Band [REDACTED] Blatt [REDACTED] und Band [REDACTED] Blatt [REDACTED] des Inhalts, daß gegenüber den jeweiligen Eigentümern der im Grundbuch von K[REDACTED] Band [REDACTED] Blatt [REDACTED] und Band [REDACTED] Blatt [REDACTED] verzeichneten Grundstücke jegliche Einfriedigung, sonstige Abgrenzung und Bebauung des Hofraums zu unterlassen sei,

und folgende Leistungen des G[REDACTED]:

1. Zahlung von 6 810,-- DM an den Beklagten,
2. Auflassung von 37/100 Eigentumsanteilen an den Kläger und 42/100 Eigentumsanteilen an den Beklagten an dem 103 qm großen, aus dem Flurstück [REDACTED] der Flur [REDACTED] vermessenen Zuflurstück [REDACTED], eingetragen im Grundbuch von K[REDACTED] Band [REDACTED] Blatt [REDACTED],
3. Bewilligung und Beantragung der Abschreibung des vorbezeichneten Zuflurstücks von dem Grundbuch von K[REDACTED] Band [REDACTED] Blatt [REDACTED] und Eintragung in ein neu anzulegendes Grundbuchblatt,
4. Einwilligung in die unter Ziffer 1. von dem Beklagten an ihn zu bewilligenden Auflassungserklärungen und Beantragung der Umschreibung auf sich,
5. Bewilligung und Beantragung der Eintragung einer Grunddienstbarkeit zu Gunsten der Kläger und

des Beklagten im Grundbuch von K [REDACTED] Band [REDACTED] Blatt [REDACTED] des Inhalts, daß gegenüber den jeweiligen Eigentümern der im Grundbuch von K [REDACTED] Band [REDACTED] Blatt [REDACTED], Band [REDACTED] Blatt [REDACTED] und Band [REDACTED] Blatt [REDACTED] verzeichneten Grundstücke jegliche Einfriedigung, sonstige Abgrenzung und Bebauung des Hofraums zu unterlassen sei.

Der Beklagte hat Klageabweisung beantragt.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Die Berufung des Beklagten ist erfolglos geblieben. Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Antrag auf Klageabweisung weiter. Der Kläger beantragt Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

A.

Klageanträge zu 1 - 3.

I. Das Berufungsgericht ist der Ansicht, der Vertrag vom 1. September 1955 ergebe eine wirksame Einigung der Vertragsschließenden über die von den einzelnen Beteiligten zu erbringenden Leistungen. Das Schreiben des Stadtplanungsamts vom 20. Juni 1955, das nach § 2 des Vertrags Inhalt der getroffenen Vereinbarungen sei, enthalte eine Berechnung der den Beklagten zu leistenden Ausgleichszahlungen. Das Amt gehe dabei von dem mit

18 500,-- DM angesetzten Wert der Hofffläche aus und rechne einen Betrag von 10 580,-- DM als Ausgleich für die Wertminderung des Grundstücks des Beklagten durch den Einbau der Durchfahrt hinzu. Der so sich ergebende Gesamtwert von 29 080,-- DM solle nach dem Schreiben "anteilmäßig nach dem Grad der wirtschaftlichen Ausnutzung bzw. nach dem Frontmetermaßstab auf die Anlieger" umgelegt werden. An die in § 2 des Vertrags vorgesehene Neuberechnung der Anteile durch das Stadtplanungsamt nach katasteramtlicher Vermessung hätten die Vertragsschließenden sich ausdrücklich gebunden und sich somit über eine der Höhe nach ohne Schwierigkeit zu ermittelnde Leistung geeinigt.

II. Diese Ausführungen halten den Angriffen der Revision nicht stand.

1. Der Revision ist darin beizutreten, daß das Berufungsgericht bei der Auslegung des Vertrags den Prozeßstoff nicht erschöpft hat (§ 286 ZPO).

Nach dem Vertrag vom 1. September 1955 sollte jeder der Beteiligten in die Hofgemeinschaft bestimmte - oder jedenfalls bestimmbare - Grundstücksflächen einbringen, die sich nicht nur hinsichtlich des Umfangs, sondern auch hinsichtlich des jeweils verschiedenen Anteils von Vorderland (nach § 2 des Vertrags mit 50,-- DM je qm bewertet) und Hinterland (mit 30,-- DM je qm bewertet) unterscheiden. Auf der anderen Seite sollte jeder der Beteiligten an der in Miteigentum zu überführenden Gesamtfläche bestimmte Miteigentumsanteile erhalten, deren Größe unter Zugrundelegung eines ganz anderen Maßstabs als etwa des Umfangs der eingebrachten Grundstücksflächen errechnet - oder noch

zu errechnen - war. So sollte der Beklagte nach dem Vertrag - unter Berücksichtigung des Ergebnisses der späteren Vermessung - einerseits rd 75/100 der Gesamtfläche einbringen, andererseits 42/100 Miteigentumsanteile erhalten. Der Vertrag sah deshalb vor, daß der Kläger und Green an den Beklagten Ausgleichszahlungen leisteten.

Zur Errechnung der Höhe der Ausgleichszahlungen hatte der Beklagte in der Berufungsbegründung unter Hinweis auf ein entsprechendes Schreiben des Notars an die Beteiligten vom 13. September 1957 geltend gemacht, bei der Errechnung der Ausgleichszahlungen müsse vom Wert der einzubringenden Flächen ausgegangen werden. Nach dem Schreiben des Notars waren gegenüberzustellen der Wert der vom Beklagten einzubringenden Fläche einerseits und der Wert des auf ihn anfallenden Anteils an der Gesamtfläche - zuzüglich seines entsprechenden Anteils an der von der Gemeinschaft für den Einbau der Durchfahrt an ihn zu zahlenden Entschädigung - andererseits.

Das Berufungsgericht hat sich jedoch, wie die Revision zutreffend rügt, unter Verstoß gegen § 286 ZPO nicht mit diesem Vorbringen befaßt. Es ist vielmehr davon ausgegangen, daß das Schreiben des Stadtplanungsamts vom 20. Juni 1955 eine Berechnung der dem Beklagten zu leistenden Ausgleichszahlungen enthielt. Dieses Schreiben enthält indessen zwar eine Berechnung des Werts der den einzelnen Beteiligten zu übertragenden Anteile (zuzüglich der Anteile an der Entschädigung für den Einbau der Durchfahrt), nicht aber auch eine Berechnung des Werts der von den Beteiligten einzubringenden Grundstücksflächen, und es erörtert insbesondere nicht die Ausgleichszahlungen.

Über den Wert der einzubringenden Flächen und über den jeweiligen Anteil von Vorderland und Hinterland enthält auch das Berufungsurteil keine Feststellungen. Schon deshalb vermag auch der Senat nicht die Berechnung durchzuführen, solange das Berufungsgericht nicht die noch fehlenden Feststellungen getroffen hat.

2. Das Berufungsgericht hat hinsichtlich der Klageanträge zu I 1 und 3 weiter nicht beachtet, daß der Kläger zumindest so lange nicht auf Auflassung klagen kann, wie die betreffende Grundfläche lediglich vermessen, nicht aber als selbständiges Grundstück im Grundbuch eingetragen ist (Urteil des Senats BGHZ 37, 233, 242). Dazu mag beigetragen haben, daß der Klageantrag zu I 1 hinsichtlich der bestehenden Eintragung mißverständlich formuliert ist. - Ob der Leistungsantrag hier dahin ausgelegt werden könnte, daß er den weniger weitgehenden Antrag auf Feststellung der künftigen Auflassungspflicht enthält (BGHZ aaO), wird vom Berufungsgericht in der neuen Verhandlung gegebenenfalls noch zu klären sein.

3. Wie auch das Berufungsgericht nicht verkennt, bedurfte der Vertrag vom 1. September 1955 der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung (§ 313 BGB). Dieses Formerfordernis galt auch für das ausdrücklich zum Inhalt des Vertrags gemachte Schreiben des Stadtplanungsamts vom 20. Juni 1955. Zwar hätte es genügt, wenn es dem Protokoll als Anlage beigelegt worden und so zum Inhalt des Protokolls gemacht worden wäre (§ 176 Abs. 2 FGG). Die Feststellungen des angefochtenen Urteils ergaben jedoch, wie der Revision einzuräumen ist, keine Klarheit darüber, ob dies geschehen ist. War dies der Fall, so

könnte allerdings dem im Protokoll enthaltenen Vermerk "Das vorstehende Protokoll wurde ... vorgelesen" entgegen der Ansicht der Revision entnommen werden, daß auch die Anlage vorgelesen worden ist (vgl. dazu RG Recht 1911 Nr. 1033; RG Recht 1919 Nr. 1865; Keidel, FGG 9. Aufl. § 176 Rdnr. 22; BGB RGRK 11. Aufl. § 128 Anm. 3). War dagegen das Schreiben dem Protokoll nicht als Anlage beigelegt, so war der Vertrag insoweit nichtig, als sein vereinbarter Inhalt in dem Schreiben niedergelegt war (§ 125 BGB).

Dies brauchte dann allerdings nicht Nichtigkeit des gesamten Vertrages zur Folge zu haben. Wäre dieser - was der Kläger zu behaupten und zu beweisen hätte - auch ohne den nichtigen Teil abgeschlossen worden, so bliebe er im übrigen gültig (§ 139 BGB). Bei einer unter diesem Gesichtswinkel vom Tatrichter gegebenenfalls vorzunehmenden Auslegung des Vertrags wäre zu berücksichtigen, daß auch eine nicht zum Inhalt des Protokolls gemachte Urkunde ~~e r g ä n z e n d~~ zum tatsächlich Beurkundeten verwertet werden kann (Keidel aaO § 176 Rdnr. 27). Mit der Formvorschrift des § 313 BGB nicht zu vereinbaren wäre allerdings die Ergänzung der Beurkundung in einem wesentlichen Punkt auf der Grundlage außerhalb gelegener Umstände (Soergol/Siebert BGB 10. Aufl. § 313 Rdnr. 16 mit weiteren Nachweisen).

Das angefochtene Urteil kann hiernach nicht aufrechterhalten werden, soweit es die Berufung des Beklagten hinsichtlich der Klageanträge zu I 1 bis 3 zurückgewiesen hat. Die vom Berufungsgericht bisher getroffenen Feststellungen ermöglichen auch unter anderen rechtlichen Gesichtspunkten keine abschließende Entscheidung.

B.

Klageanträge zu 4 und 5.

I. Den Klageanträgen zu 4 (Grunddienstbarkeit betreffend Gewährung der Durchfahrt) und 5 (Grunddienstbarkeit betreffend Unterlassung der Abgrenzung und Bebauung des Hofraums) hat das Berufungsgericht ohne nähere Begründung stattgegeben. Es ist dabei ohne weiteres davon ausgegangen, daß unter der in § 6 des Vertrags vorgesehenen "grundbuchlichen Sicherung" der durch den Beklagten "gegenüber den Herren G. und M. und deren jeweiligen Rechtsnachfolgern" eingegangenen Duldungspflicht, die der Beklagte auch gegenüber den jeweiligen Mietern übernahm, eine Grunddienstbarkeit zu verstehen sei. Dies hat es auch hinsichtlich der in § 5 Nr. 2 enthaltenen Verpflichtung der Vertragspartnern angenommen, "jegliche Einfriedigung, sonstige Abgrenzung und Bebauung" zu unterlassen, wobei nicht angegeben war, wem das entsprechende Recht zustehen sollte und welcher Art die im Schlußsatz vorgesehene grundbuchliche Eintragung ("soweit dies gesetzlich zulässig ist") sein sollte.

II. Die Revision hat das Berufungsurteil insoweit nicht im einzelnen angegriffen. Dieses kann jedoch auch hinsichtlich der hier erörterten Klageanträge schon wegen der Verklammerung mit den Klageanträgen zu 1 bis 3 keinen Bestand haben. Diese Verklammerung ergibt sich abgesehen davon, daß es um die Auslegung ein und desselben Vertrages geht, insbesondere daraus, daß die Verurteilung des Beklagten insgesamt an Zug um Zug zu erbringende Gegenleistungen des Klägers und des Walter G. - oder seines Rechtsnachfolgers - geknüpft ist. Eine Aufspaltung der

dem Beklagten Zug um Zug zu erbringenden Gegenleistungen ist jedenfalls in der Revisionsinstanz nicht möglich.

C.

Das angefochtene Urteil war nach alledem im ganzen aufzuheben, ohne daß es auf die weiteren Revisionsangriffe ankommt. Die Sache war zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Der Beklagte wird in der neuen Verhandlung Gelegenheit haben, auch sein weiteres in der Revisionsbegründung enthaltenes Vorbringen geltend zu machen, insbesondere auch hinsichtlich der Frage, ob der Vertrag unmittelbar zu verwirklichende Ansprüche des mit der Klage verfolgten Inhalts enthielt. Dem Berufungsgericht war auch die vom Ausgang des Rechtsstreits abhängige Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens zu übertragen.

Dr. Augustin Mattern Hill Offterdinger Dr. Groll