

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

GG Art. 34; BGB §§ 839 Ff, 1018, 1090; BadBergG § 130

Es stellte keine Amtspflichtverletzung dar, wenn ein
Notar im Februar 1959 nach dem damaligen Stand von Recht-
sprechung und Schrifttum rechtliche Bedenken dagegen ge-
äußert hat, daß der Verzicht auf Bergschädenersatz für
sich allein Gegenstand einer beschränkten persönlichen
Dienstbarkeit sein kann.

BGH, Urt.v.14. Juli 1970 - V ZR 192/67 OLG Karlsruhe
4. Zivilsenat
in Freiburg
LG Freiburg

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V_ZR_192/67

URTEIL

Verkündet am
14. Juli 1970
H i r t h ,
Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Landes Baden-Württemberg, vertreten durch die Staats-
anwaltschaft beim Oberlandesgericht K [REDACTED], diese
vertreten durch den Generalstaatsanwalt, K [REDACTED],
H [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof.Dr.h.c. [REDACTED] -

g e g e n

die Firma D [REDACTED] S [REDACTED] W [REDACTED] GmbH, S [REDACTED],
K [REDACTED]straße [REDACTED], vertreten durch ihre Geschäftsführer
Dipl.-Ing. Holmut F [REDACTED] und Dr. Edouard S [REDACTED], ebenda,

Klägerin, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat
auf die mündliche Verhandlung vom 14. Juli 1970 unter
Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Augustin und der
Bundesrichter Dr. Freitag, Dr. Mattern, Offterdinger
und Dr. Grell

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel des beklagten Landes
werden das Urteil des Oberlandesgerichts
Karlsruhe - 4. Zivilsenat in Freiburg -
vom 10. August 1967 und das Urteil der
I. Zivilkammer des Landgerichts Freiburg
vom 11. Oktober 1966 aufgehoben.

Die Klage wird abgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten aller Rechts-
züge zu tragen.

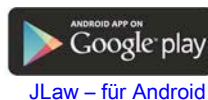
Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin betrieb bis 1958 in W[REDACTED] auf
eigenen Grundstücken ein Salzbergwerk. Nach dessen
Stilllegung verkaufte sie die Grundstücke an verschie-
dene Erwerber. Dabei wurden die Kaufpreise für die
Grundstücke, die sich im Senkungsbereich des Bergwerks
befanden, niedriger bemessen als für die übrigen
Grundstücke. Zum Ausgleich dafür sollten die Erwerber



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

zugunsten der Klägerin eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit folgenden Inhalts bewilligen:

"Die Geltendmachung von Wertminderungsansprüchen, die darauf gestützt werden, daß das belastete Grundstück wegen Oberflächenveränderungen auf Grund der Aussolung nicht bebaut werden kann, sowie die Geltendmachung von Bergschäden an dem belasteten Grundstück und dessen Bestandteilen und Zubehör gegen die D [REDACTED] S [REDACTED]-W [REDACTED] GmbH, S [REDACTED], sind ausgeschlossen."

Der erste Kaufvertrag über ein im Senkungsbereich liegendes Grundstück sollte am 16. Februar 1959 vor dem Notariat II in L [REDACTED] beurkundet werden. Einige Tage vorher ließ die Klägerin dem Notar, Justizrat O [REDACTED], durch einen Vertreter ihrer Zweigniederlassung W [REDACTED] den von ihrem damaligen Justitiar Dr. Topp entworfenen Wortlaut der beabsichtigten Dienstbarkeit mitteilen. Als Justizrat O [REDACTED] rechtliche Bedenken gegen deren Eintragungsfähigkeit äußerte, nahm die Klägerin für den am 16. Februar 1959 beurkundeten Vertrag und für alle weiteren Verträge von der Bitte um Bewilligung der vorgesehenen Dienstbarkeit Abstand; sie begnügte sich stattdessen mit einer von dem Notar vorgeschlagenen schuldrechtlichen Verzichtsklausel, welche die jeweiligen Erwerber der Grundstücke auch ihren etwaigen Rechtsnachfolgern aufzuerlegen hatten.

Nur diese Verzichtsklausel enthielten auch die von Justizrat O [REDACTED] am 28. August 1959 und 14. September 1961 beurkundeten Verträge, durch welche die Klägerin

die ebenfalls im Senkungsbereich des Bergwerks liegenden Grundstücke Flurstück Nr. 2478/18 und 3277 der Gemarkung W■■■■, die damals in Abteilung III des Grundbuchs lastenfrei waren, an den schweizerischen Staatsangehörigen Konrad R■■■■ in B■■■■ veräußerte.

Nachdem Anfang 1963 der damalige Justitiar der Klägerin, Rechtsanwalt Dr. A■■■■, festgestellt hatte, daß die Eintragung der von seinem Vorgänger Dr. T■■■■ vorgeschlagenen beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten unterblieben und inzwischen die Zwangsversteigerung der beiden an Ruckstuhl veräußerten Grundstücke angeordnet war, erklärte sich R■■■■ auf Veranlassung Dr. A■■■■ bereit, die Eintragung beschränkter persönlicher Dienstbarkeiten mit dem ursprünglich vorgesehene Inhalt nachträglich zu bewilligen. Justizrat O■■■■ erklärte die Eintragung erneut für unzulässig. Er veranlaßte dann aber die Erstreckung des Inhalts der Dienstbarkeiten auf die Verpflichtung zur Duldung von Meßpunkten. Daraufhin wurden die Dienstbarkeiten am 18. März 1963 im Grundbuch eingetragen.

An dem Grundstück Flurstück Nr. 2478/18 erlosch die Dienstbarkeit am 29. April 1964 durch Zuschlag des Grundstücks in der Zwangsversteigerung, da sie (inzwischen eingetragenen) Rechten, aus denen die Zwangsversteigerung betrieben wurde, im Rang nachging. Auch bei dem Grundstück Flurstück Nr. 3277 geht die Dienstbarkeit einer (inzwischen eingetragenen) Hypothek

des betreibenden Gläubigers im Rang nach. Das Zwangsversteigerungsverfahren ist jedoch noch nicht abgeschlossen.

Der Schuldner R [REDACTED] wohnt jetzt in Costa Rica. Sein inländisches Vermögen befindet sich in Zwangsversteigerung. Die Gesellschaften, an denen er beteiligt ist, sind im Vergleichsverfahren und anschlußkonkursreif. Über sonstiges Vermögen verfügt R [REDACTED] im Inland nicht.

Die Senkungen der im Bereich des ehemaligen Salzbergwerks gelegenen Grundstücke sind nach den Feststellungen des Bergamts noch nicht abgeschlossen. Es ist mit einer weiteren durchschnittlichen Senkung von etwa 20 cm zu rechnen.

Die Klägerin hat vorgetragen: Justizrat O [REDACTED] habe ihrem zuständigen Sachbearbeiter auf dessen Anfrage vor dem 16. Februar 1959 ohne ausreichende Prüfung der einschlägigen Rechtsprechung und Literatur erklärt, die vorgesehene Dienstbarkeit sei nicht eintragungsfähig. Nur auf Grund dieser objektiv falschen Auskunft habe die Klägerin auf die Bestellung der Dienstbarkeit verzichtet und sich mit der von dem Notar vorgeschlagenen schuldrechtlichen Verzichtsklausel zufrieden gegeben.

Die Klägerin hat deshalb Feststellung dahin begehrt, daß das beklagte Land zum Ersatz des ihr aus der verspäteten Eintragung der beschränkten persönlichen

Dienstbarkeiten entstandenen und noch entstehenden Schadens verpflichtet ist.

Das beklagte Land hat Klageabweisung beantragt. Es ist dem Vorbringen der Klägerin entgegengetreten.

Das Landgericht hat nach Vernehmung des Justizrats O. [REDACTED] und des Rechtsanwalts Dr. A. [REDACTED] der Klage stattgegeben.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen.

Mit seiner Revision verfolgt das beklagte Land den Klageabweisungsantrag weiter. Die Klägerin beantragt Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe

1. Gegen die Zulässigkeit der Feststellungsklage bestehen keine Bedenken. Das Berufungsgericht hat das in § 256 ZPO geforderte Feststellungsinteresse ohne Rechtsirrtum durch Bezugnahme auf die Ausführungen des Landgerichts damit begründet, die Klägerin habe genügend Anhaltspunkte für die Möglichkeit vorgetragen, daß bisher nicht geltend gemachte Ersatzforderungen wegen Bergschäden entstanden seien oder in absehbarer Zukunft entstehen würden. Demgegenüber kann die Revision nicht mit Erfolg geltend machen,

die Klägerin sei bisher von einem Grundstückserwerber nicht in Anspruch genommen worden und es sei auch nicht ersichtlich, inwiefern eine Gefahr bestehen sollte, daß sie von einem Erwerber in Anspruch genommen werde. Der weiteren Meinung der Revision, eine Inanspruchnahme der Klägerin sei schon deshalb nicht zu befürchten, weil der Erwerber des Grundstücks Flurstück Nr. 2478/18 im Zwangsversteigerungstermin die mögliche Gefährdung durch den früheren Bergwerksbetrieb gekannt habe, steht entgegen, daß die zugunsten der Klägerin eingetragene beschränkte persönliche Dienstbarkeit mit der Erteilung des Zuschlags erloschen ist und deshalb der Erwerber des Grundstücks einen während der Dauer seines Eigentums eintretenden Bergschaden trotz Kenntnis des möglichen Eintritts dieses Schadens gegen die Klägerin geltend machen kann. Damit ist schon aus diesem Grund die von der Revision gezogene Parallele zu der Vorschrift des § 132 BadBergG, nach der ein Grundstückseigentümer keinen Ersatz für Anlagen verlangen kann, die er errichtet hat, obwohl ihm die durch den Bergbau drohende Gefahr nicht unbekannt bleiben konnte, ebenso gegenstandslos wie der Hinweis der Revision darauf, daß nach § 56 Satz 3 ZVG hinsichtlich des zugeschlagenen Grundstücks jede Gewährleistung ausgeschlossen sei.

2. In der Sache selbst führt das Berufungsgericht einleitend zutreffend aus, daß die Reichsnotarordnung im Jahre 1959 zwar noch in Kraft war, nach ihrem § 86 aber im Oberlandesgerichtsbezirk Karlsruhe nicht galt.

Hieraus folgert das Berufungsgericht mit Recht, daß für eine etwaige Pflichtverletzung des Justizrats O. nicht, wie in § 21 RNotO bestimmt, dieser selbst, sondern nach Art. 34 GG in Verbindung mit § 839 BGB das beklagte Land haftet, und daß die Prüfungs- und Belehrungspflichten des Notars sich nicht nach der Reichsnotarordnung, sondern nach den Vorschriften des § 55 BadFGG und des § 61 BadFGVO richteten.

3. Bei seiner Entscheidung geht das Berufungsgericht von folgenden eigenen Angaben des Justizrats O. aus: Er habe den Vertretern der Klägerin am 12. Februar 1959 erklärt, er habe nach eingehender Prüfung gegen die Eintragungsfähigkeit der erstrebten beschränkten persönlichen Dienstbarkeit Bedenken. Möglicherweise sehe daher ein Gericht diese Dienstbarkeiten später als nichtig an. Gleichwohl sei er zur Beurkundung bereit, werde aber als Grundbuchbeamter (vgl. § 38 BadFGG) die Eintragung später möglicherweise ablehnen, wenn er sich auch in dieser Hinsicht noch nicht festlegen könne. Im Falle der Ablehnung könne dann die Klägerin im Beschwerdeweg eine gerichtliche Entscheidung über die Eintragungsfähigkeit herbeiführen.

4. Die hiernach von Justizrat O. erteilte Belehrung über die Eintragungsfähigkeit des zu bestellenden dinglichen Rechts steht nach der Auffassung des Berufungsgerichts objektiv im Widerspruch zu der bereits damals in Rechtsprechung und Schrift-

tum überwiegend vertretenen Rechtsauffassung. Das Berufungsgericht bezieht sich dabei zunächst auf das Reichsgericht, das die Möglichkeit, einen Verzicht auf Bergschädenerersatz durch Eintragung einer Grunddienstbarkeit im Grundbuch des bedrohten Grundstücks zu "verdinglichen", in RGZ 130, 350 entgegen der bisherigen Rechtsprechung des Kammergerichts grundsätzlich bejaht und zur Begründung ausgeführt habe, die Gestattung, dem belasteten Grundstück Bergschäden ohne die Entschädigungspflicht des § 148 PrBergG (der in seinem maßgebenden ersten Absatz dem § 130 BadBergG entspricht) zuzufügen, falle bezüglich des miteinzutragenden Verzichts auf Entschädigung unter den dritten Fall des § 1018 BGB, weil damit die Ausübung eines Rechts, nämlich des Unterlassungsanspruchs des § 1004 BGB, ausgeschlossen werde, das sich aus dem Eigentum am belasteten Grundstück dem anderen Grundstück gegenüber ergebe. Nach der weiteren Auffassung des Berufungsgerichts treffen diese Rechtsgrundsätze, an denen das Reichsgericht auch in einer späteren Entscheidung (RGZ 166, 105) ausdrücklich festgehalten habe und denen sich Rechtsprechung und Schrifttum - unter Abkehr von seiner bisherigen Rechtsprechung insbesondere auch das Kammergericht - alsbald nahezu ausnahmslos angeschlossen hätten, in ihren Grundgedanken auch auf den vorliegenden Fall zu.

Dem kann jedoch mit der Revision nicht gefolgt worden. Dem Berufungsgericht ist insoweit nur darin beizutreten, daß es mit Rücksicht auf § 1090 BGB keinen

Unterschied ausmacht, daß es sich bei dem vom Reichsgericht in RGZ 130, 350 entschiedenen Fall (und überwiegend auch im Schrifttum) um eine Grunddienstbarkeit und nicht wie hier um eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit handelt.

Was zunächst die Rechtsprechung des Reichsgerichts anbetrifft, so hat dieses, soweit ersichtlich, sich erstmals in seiner Entscheidung RGZ 119, 211 mit der Frage der Eintragungsfähigkeit des Verzichts auf Bergschädenersatz befaßt. Es hat dort ausgeführt, daß die vertragliche Gestattung des Bergbaus ohne nachfolgende Schadensersatzpflicht inhaltlich weitergehe als die nicht eintragungsfähige mit einer Schadensersatzpflicht verbundene gesetzliche Duldungspflicht des § 148 PrBergG und deshalb nach §§ 1018, 1090 BGB verdinglicht werden könne. In seiner von dem Berufungsgericht zitierten späteren Entscheidung RGZ 130, 350, in der es ebenfalls um die Gestattung des Bergbaus ohne nachfolgende Schadensersatzpflicht ging, hat das Reichsgericht die Eintragungsfähigkeit einer entsprechenden Grunddienstbarkeit sowohl aus dem ersten Fall des § 1018 BGB (Benutzung des zu belastenden Grundstücks) wie aus dem dritten Fall (Ausschluß der Ausübung eines sich aus dem Eigentum an dem zu belastenden Grundstück einem anderen Grundstück gegenüber ergebenden Rechts) bejaht (RGZ 130, 350, 354). In seiner in letzterer Hinsicht gegebenen und von dem Berufungsgericht übernommenen Begründung führt das Reichsge-

richt aus, der dem Grundeigentümer durch § 148 PrBergG gewährte Schadensersatzanspruch ergebe sich aus dem Eigentum am Grundstück und sei Inhalt des Grundeigentums, weil er dem Grundeigentümer als Ausgleich dafür gegeben sei, daß er aus dem Bergrecht heraus die Beschädigungen seines Grundstücks dulden müsse und ihm deshalb der sich sonst aus dem Eigentum ergebende Untersagungsanspruch des § 1004 BGB entzogen sei (RGZ 130, 350, 356).

Aus beiden Entscheidungen des Reichsgerichts ergibt sich jedoch, daß dieses die Eintragung eines schuldrechtlichen Verzichts auf Ersatz von Bergschäden nicht für sich allein, sondern in Verbindung mit der Pflicht zur Duldung des Bergbaus und damit die Eintragung einer durch den Verzicht auf Bergschädenersatz erweiterten Gestattungspflicht zugelassen hat. Diese Verbindung zwischen Gestattungspflicht und Verzicht auf Ersatz hat das Reichsgericht insbesondere in seiner Entscheidung RGZ 130, 350 hervorgehoben. Dort heißt es, daß in den Fällen, wo der Schadensersatzanspruch an die Stelle der Abwehr trete, die besondere Gestattung der Einwirkung unter Verzicht auf Schadensersatz als der zulässige Inhalt einer Grunddienstbarkeit nach § 1018 BGB (dritter Fall) anzusehen sei; Gestattung und Verzicht durch Vertrag seien in diesem Fall nicht nur schuldrechtlicher Art, sondern wirkten unmittelbar auf ein Recht ein, das Inhalt des Grundeigentums sei (RGZ 130, 350, 356/357). Damit stimmen nicht nur die Entscheidung des Reichsgerichts

in ZBergR 78, 419, sondern auch die von dem Berufungsgericht weiter zitierte Entscheidung RGZ 166, 105 überein, in der das Reichsgericht unter Bezugnahme auf RGZ 130, 350 ausführt, daß der Verzicht auf Ersatz von Bergschäden durch Eintragung einer Grunddienstbarkeit des Inhalts verdinglicht werden könne, daß dem Grundstück, um dessen Beschädigung es sich handle, Bergschäden zugefügt werden dürften, ohne daß die Entschädigungspflicht aus § 148 PrBergG bestehe (RGZ 166, 105, 110).

Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ergibt sich auch nicht aus dem im Februar 1959 vorliegenden Schrifttum, jedenfalls nicht mit der von dem Berufungsgericht angenommenen Klarheit, daß der Verzicht auf Ersatz von Bergschäden für sich allein eingetragen werden kann. In diesem Schrifttum wird die Eintragungsfähigkeit dieses Verzichts entweder überhaupt verneint (Güthe/Triebel, GBO 6. Aufl. Vorbem. 28 vor § 13) oder in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts nur in Verbindung mit der Eintragung der Verpflichtung zur Duldung des Bergbaus bejaht (Soergel, BGB 8. Aufl. § 1018 Anm. 4 c; Meikel/Imhof/Riedel, Grundbuchrecht 5. Aufl. Vorbem. 49 vor § 13 GBO und wohl auch Erman, BGB 2. Aufl. § 1018 Anm. 6 sowie Staudinger, BGB 10. Aufl. § 1018 Anm. 32) oder schlechthin, aber unter Bezugnahme auf RGZ 130, 350 bejaht (Palandt, BGB 18. Aufl. § 1018 Anm. 4; Planck, BGB 5. Aufl. § 1018 Anm. 2 c; Ebel, PrAllgBergG 1944 § 148 Anm. 13;

Wolff/Raiser, Sachenrecht 10. Bearb. § 97 IV Fußn. 40 S. 396). Bei dieser letzten Gruppe bleibt jedoch offen, ob durch die Bezugnahme auf RGZ 130, 350 die Eintragung des Verzichts auf den Bergschädenersatz in Verbindung mit der Eintragung der Verpflichtung zur Gestattung des Bergbaus oder auch die Eintragung des Verzichts allein als zulässig angesehen wird. Bei Heinemann (Der Bergschaden 2. Aufl. S. 113) heißt es zwar auch nur, daß eine Wirkung des Verzichts auf Bergschädenersatz auch gegenüber Rechtsnachfolgern im Grundeigentum dann eintrete, wenn der Verzicht durch Eintragung einer Grunddienstbarkeit oder einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit verdinglicht werde. In dem unmittelbar im Anschluß hieran aufgeführten Eintragungsbeispiel ist aber der Verzicht mit der Duldungspflicht des Grundeigentümers verbunden. Im übrigen hat Heinemann später (3. Aufl. von 1961 S. 114) eine ausdrückliche Klarstellung dahin gebracht, daß ein schuldrechtlicher Verzicht auf Bergschädenersatz als solcher nicht eintragungsfähig sei, die Verdinglichung des Anspruchsverzichts vielmehr nur in der Weise erfolgen könne, daß die Pflicht des Grundeigentümers zur Duldung bergbaulicher Einwirkungen gemäß §§ 1018, 1090 BGB in Gestalt einer Dienstbarkeit erweitert werde. Eine solche Klarstellung ist auch in der späteren Auflage des Kommentars von Ebel (Ebel/Weller, 2. Aufl. von 1963 § 148 Anm. 14c) erfolgt. Dort heißt es jetzt, daß der Verzicht auf den Ersatz zukünftiger Bergschäden nur in der Weise zum Inhalt einer Grunddienstbarkeit

oder beschränkten persönlichen Dienstbarkeit gemacht werden könne, daß sich der Grundeigentümer verpflichte, bergbauliche Einwirkungen schadenersatzlos zu dulden. Von besonderer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang noch die Stellungnahme im Reichsgerichtsrätekommentar (BGB RGRK 10. Aufl. § 1018 Anm. 4 b), in der sogar die Auffassung des Reichsgerichts, die Eintragung einer Grunddienstbarkeit sei mit dem Inhalt zulässig, daß der Bergwerkseigentümer zum Abbau ohne Verpflichtung zur Entschädigung für die dem belasteten Grundstück entstehenden Schäden berechtigt sein solle, aus mehreren, im einzelnen näher dargelegten Gründen als nicht unbedenklich bezeichnet wird. Es wird dabei insbesondere die Ansicht vertreten, daß die Ausschließung des Rechts auf Entschädigung keine Ausschließung eines Rechts im Sinne des dritten Falls des § 1018 BGB sei.

Die Auffassung des Berufungsgerichts wurde bis Februar 1959 in der Rechtsprechung überhaupt nicht und im Schrifttum nur vereinzelt (Heertz, JW 1931, 531; Knebusch, ZBergR 77, 417, 420) vertreten. In der Rechtsprechung wurde die Frage, ob der Verzicht auf Bergschädenersatz für sich allein Gegenstand einer Grunddienstbarkeit sein könne, erstmals in einer späteren und deshalb hier nicht beachtlichen Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamm vom 9. Februar 1965 (MDR 1965, 659) bejaht.

Bei diesem im Zeitpunkt der Beurkundung des ersten Kaufvertrags gegebenen Stand von Rechtsprechung und Schrifttum hat Justizrat O. entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht dadurch die ihm als Notar obliegende Belehrungspflicht verletzt, daß er gegenüber der Klägerin Bedenken gegen die Eintragungsfähigkeit der von dieser erstrebten beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten geäußert und auf die mögliche Ablehnung des Eintragungsantrags sowie auf die in diesem Falle gegebene Anfechtung der Ablehnung im Beschwerdeweg hingewiesen hat. Er hat damit vielmehr gerade seine Belehrungspflicht erfüllt. Im Rahmen dieser Belehrungspflicht lag es auch, wenn Justizrat O., nachdem die Klägerin von der Bewilligung der vorgesehenen beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten Abstand genommen hatte, eine, im Falle einer Zwangsversteigerung des veräußerten Grundstücks allerdings wirkungslose, schuldrechtliche Verzichtsklausel vorgeschlagen hat.

Der weiteren Auffassung des Berufungsgerichts, es hätte für Justizrat O. von seinem Rechtsstandpunkt aus nahe gelegen, die von der Klägerin erstrebten Dienstbarkeiten auf die Verpflichtung zur Duldung von Meßpunkten zu erstrecken, kann schon deshalb nicht gefolgt werden, weil nichts dafür ersichtlich ist und die Klägerin auch nichts dafür vorgetragen hat, daß Justizrat O. in dem für die

behauptete Amtspflichtverletzung maßgebenden Zeitpunkt die Möglichkeit hätte in Betracht ziehen müssen, daß als Inhalt der Dienstbarkeit auch eine Duldung von Meßpunkten infrage kam.

5. Nicht zutreffend ist die von der Revisionsbeklagten in der mündlichen Verhandlung geäußerte Meinung, der von ihrem damaligen Justitiar entworfene Wortlaut der beabsichtigten Dienstbarkeit enthalte gleichzeitig die Verpflichtung zur Duldung des Bergbaus. Die Revisionsbeklagte hat insoweit auch nichts in den Tatsacheninstanzen vorgetragen.

6. Damit kann das angefochtene Urteil keinen Bestand haben. Da nach dem unbestrittenen und dem von dem Berufungsgericht festgestellten Sachverhalt die Sache auch zur Entscheidung im Sinne des beklagten

Landes reif ist, war auf dessen Revision unter Aufhebung der vorinstanzlichen Urteile die Klage abzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO.

Dr. Augustin

Dr. Freitag

Mattern

Offterdinger

Dr. Grell