

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: ja

BGB §§ 134, 2174

Ein Vermächtnis, das behördlicher Genehmigung (hier: nach dem Wohnsiedlungsgesetz) bedarf, ist bis zu der Entscheidung über die Genehmigung oder dem Wegfall des Genehmigungserfordernisses schwebend unwirksam (Abgrenzung zu BGHZ 11, 27, 37).

BundesbauG v. 23. Juni 1960, BGBl I 341, § 19

Verpflichtungsgeschäfte bedürfen keiner Genehmigung nach dem Bundestaugesetz.

BGB §§ 275, 280, 306, 324, 325, 2171

Die bis zur Entscheidung über die erforderliche Genehmigung des Erfüllungsgeschäfts bestehende tatsächliche Ungewißheit, ob ein genehmigungsfreies Verpflichtungsgeschäft erfüllt werden kann, macht die Leistung nicht von Anfang an unmöglich; bei Versagung dieser Genehmigung tritt nachträgliche Unmöglichkeit ein.

Wohnsiedlungsg § 4;

BundesbauG v. 23. Juni 1960, BGBl I 341, §§ 19, 186, 189

Ein auf Teilung oder (und) Auflassung eines Grundstücks in einem Wohnsiedlungsgebiet gerichtetes Vermächtnis ist (beim Fehlen sonstiger Unwirksamkeitsgründe) Ende Juni 1961 voll wirksam geworden, falls nicht vorher seine Genehmigung nach dem Wohnsiedlungsgesetz endgültig versagt war.

BGB §§ 873, 925; GBO § 28; ZPO § 894

Eine Verurteilung zur Auflassung eines Teilgrundstücks und zur entsprechenden Eintragungsbewilligung ist vor grundbuchlich vollzogener Teilung unstatthaft.

BGB §§ 2166, 2168

Eine Auslegungsregel, daß beim Vermächtnis eines mit einem Grundpfandrecht belasteten Nachlaßgrundstücks der Vermächtnisnehmer dem Erben gegenüber hinsichtlich der durch das Grundpfandrecht gesicherten persönlichen Schuld des Erblassers zur Befriedigung des Gläubigers verpflichtet sei, gilt bei einer Grundschuld jedenfalls dann nicht, wenn es sich um eine Grundschuld zur Sicherung eines Kreditverhältnisses in laufender Rechnung mit wechselndem Bestand der Schuld handelt.

ZPO §§ 91, 93, 97

Obsiegt der Kläger in der Revisionsinstanz aufgrund eines dort nach Erlass des Berufungsurteils in Kraft getretenen Gesetzes, so hat der Beklagte grundsätzlich die Kosten aller Instanzen zu tragen, wenn er den Klaganspruch nicht sofort anerkennt (Abgrenzung zu RGZ 101, 162, 165).

BGH, Urt.v. 20. Juni 1962 V ZR 219/60 OLG München/Augsburg
LG Kempten

V ZR 219/60

Verkündet am 20. Juni 1962
Symalla, Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Hotelbesitzerin Anna W in O
M

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt

g e g e n

die Fremdenheimsinhaberin Franziska E in
C , M

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 25. Mai 1962 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Hückinghaus, Schuster, Dr. Piepenbrock, Dr. Mattern und Offterdinger

für Recht erkannt:

- 1.) Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München mit dem Sitz in Augsburg vom 23. Juni 1960 zu Nr. II seiner Formel insoweit aufgehoben, als die Beklagte zur Auflassung und Eintragungsbewilligung verurteilt ist.

Unter Zurückweisung der weitergehenden Klage und Berufung zu diesen beiden Punkten wird festgestellt, daß die Beklagte verpflichtet ist, nach gehöriger Wegmessung den wegzumessenden Grundstücksteil an die Klägerin aufzulassen und die Eintragung der Rechtsänderung im Grundbuch zu bewilligen.

- 2.) Im übrigen wird die Revision zurückgewiesen.

- 3.) Die Beklagte trägt die Kosten des Revisions-



JLaw - Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



Von Rechts wegen

JLaw - für iOS

Tatbestand:

Die Beklagte ist die Alleinerbin, die Klägerin ist Vermächtnisnehmerin des am 8. November 1955 in O gestorbenen Apothekers und Hotelbesitzers Joseph W (Erblasser). Als Gegenstand des Vermächtnisses der Klägerin hat der Erblasser im notariellen Testament vom 19. Juni 1954 - neben dem hinterlassenen Barvermögen und einem Zahlungsanspruch in Höhe von 175 000 DM sowie (für den Fall eines bestimmten Verkaufs des Hotelanwesens) in Höhe von weiteren 100 000 DM - bestimmt:

"Es haben im Wege des Vermächtnisses zu erhalten:

- 1) Fräulein Franziska E , Hotelangestellte in O
- a) das Nebenwohnhaus von Hs Nr. 149, bestehend aus fünf Kellern, mit Laden (Drogerie), den gesamten Räumen meiner Wohnung im 1. Stock dieses Nebenwohnhauses, dem 2. Stockwerk, bestehend aus Bad, Klosett, den Zimmern Nr. 45, 46, 47, 48 sowie Zimmer Nr. 44 an der Treppe, also zusammengefaßt das Haus bis zur Hotelküche mit dem Recht der kostenlosen Mitbenützung von Waschküche, des Bügelraumes, der Warmwasserheizung und des Hofraumes.

Die Kosten der seinerzeitigen Vermessung, der Beurkundung und des grundbuchamtlichen Vollzugs hat die Erbin zu tragen.

Die Erbin ist verpflichtet, auf ihre Kosten einen eigenen Treppenaufgang von der Hotelküche aus zu diesem Nebenwohnhaus zu erstellen."

Von diesem ihr zugedachten Hausteil erhielt die Klägerin bisher nur die Benutzung des (von ihr nach wie vor dem Erbfall bewohnten) Zimmers Nr. 44, sowie in der Zeit bis Mai 1959 den Mietzins für die an einen Dritten vermietete Drogerie (Laden mit 2 Nebenräumen und 2 Kellerräumen); seit Mai 1959 wird dieser Mietzins vom Vermieter

hinterlegt. Die Beklagte leugnet die Erfüllbarkeit des Vermächtnisses aus technischen und wirtschaftlichen Gründen, sie macht ferner seit der Berufungsinstanz fürsorglich ein Zurückbehaltungsrecht wegen Verwendungen geltend.

Mit der Klage begehrt die Klägerin in erster Linie die restliche Erfüllung dieses Sachvermächtnisses, nämlich Verurteilung zur Wegmessungseinwilligung, Auflassung, Eintragungsbewilligung, Räumung und Herausgabe des im Vermächtnis bezeichneten Grundstücks- und Nebenhausteils (letzteres mit Ausnahme des von der Klägerin darin bewohnten Zimmers). Fürsorglich begehrte sie in erster Instanz u.a. statt des Hausteils eine Ausgleichszahlung von 126 930 DM; diesen Hilfsantrag hat die Beklagte in Höhe von bisher 43 372,11 DM anerkannt. Die Klägerin begehrt weiter Zahlung einer Entschädigung für entgangene Nutzung, und zwar in erster Instanz in Höhe von 6 000 DM, in zweiter Instanz in Höhe von 31 200 DM nebst Zins sowie ab 1. April 1960 monatlich weiteren 600 DM nebst Zins. Sie begehrt schließlich die Freigabe der hinterlegten Mietzinsen.

Das Landgericht hat den Hilfsantrag zum ersten Hauptantrag in Höhe von 86 450 DM zugesprochen und die Klage im übrigen abgewiesen.

Das Oberlandesgericht hat die auf Herabsetzung der Verurteilungssumme auf 43 372,11 DM gerichtete

Anschlußberufung der Beklagten zurückgewiesen und auf Berufung der Klägerin den Hauptanträgen der Klage stattgegeben, nur die vermieteten Drogerieräume von der Räumungs- und Herausgabepflicht ausgenommen und die Nutzungsentschädigung auf monatlich 242,91 DM nebst Zinsen und deshalb für die Vergangenheit nach Abzug von Auslagen der Beklagten auf 8 199,03 DM nebst Zinsen begrenzt.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren zweitinstanzlichen Antrag auf Verurteilung lediglich zu einer gegenüber dem Landgerichtsurteil verringerten Ausgleichszahlung weiter, die sie unter Berücksichtigung eines weiteren Abzugspostens von 1 455,90 DM jetzt auf nur 41 916,21 DM bemißt; im übrigen begehrt sie Klagabweisung. Die Klägerin bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels, hilfsweise mit der Maßgabe, daß die Beklagte verurteilt wird, die Teilungsgenehmigung zu beantragen.

Entscheidungsgründe:

Eingeklagt und zugesprochen sind drei verschiedene Ansprüche: auf Gewährung des Eigentums (Nr. II der Formel des angefochtenen Urteils, unten A), des Besitzes (aaO III, unten B) und der Nutzungen (aaO IV bis VI, unten C). Mit einer Einschränkung hinsichtlich der Eigentumsgewährung (zur Auflassung und Eintragungsbewilligung Feststellung statt Leistungsverurteilung) ist das Klagbegehren nach allen drei Richtungen mit Recht zugesprochen worden.

A) Eigentum

=====

I. Vermächtnisinhalt

Der Inhalt des genannten Hausvermächtnisses geht nach der rechtsirrtumsfreien Annahme der Vorinstanz in erster Linie auf Gewährung des Eigentums an demjenigen Grundstücksteil, auf welchem der im Testament näher bezeichnete Hausteil steht. Zu Unrecht will die Revision aus der behaupteten wirtschaftlichen Unzumutbarkeit der Vermächtniserfüllung für die Beklagte schon im Wege der Testamentsauslegung eine Einschränkung dieses Verpflichtungsumfangs herleiten. Der klare Testamentswortlaut geht auf uneingeschränkte Zuwendung des genannten Hausteils. Etwaige unrichtige Rentabilitätsvorstellungen des Erblassers bei Testamentserrichtung können hieran im Wege der Auslegung nichts ändern, sondern allenfalls eine Testamentsanfechtung wegen Irrtums begründen (darüber unten II.2).

Das Berufungsgericht hat auch nicht etwa das Zeugnis des Notars unvollständig gewürdigt, wie die Revision in diesem Zusammenhang anscheinend rügen will (Revisionsbegründung Nr. 2). Die Zeugenaussage ging dahin, der Erblasser sei bei Abfassung des Testaments davon ausgegangen, daß der Betrieb des Hotels weitergeführt werden sollte. Diese Bekundung des Zeugen über die Absicht des Erblassers ging also nur auf Weiterführung überhaupt und nicht auf Weiterführung im bisherigen Umfang. Der Tatrichter stellt fest, die Notwendigkeit einer Verkleinerung des Unternehmens sei schon durch die Hauszuwendung an die Klägerin in die Vorstellung des Erblassers aufgenommen gewesen, der

Erblasser habe also an diese Notwendigkeit gedacht. Diese Feststellung übersieht weder das Zeugnis des Notars, noch enthält sie sonst einen Rechtsirrtum.

II. Rechtswirksamkeit im allgemeinen

Die Rechtswirksamkeit des Vermächtnisses wird vom Berufungsgericht bejaht.

1. Dabei verneint das Oberlandesgericht ohne Rechtsirrtum eine Unwirksamkeit wegen Unmöglichkeit der Leistung (§ 2171 BGB; s. dazu unten III 3). Vermessungstechnisch sei die vom Erblasser angeordnete Grenzziehung ^{innerhalb} des Hauses durchführbar; die Trennungslinie sei so zu ziehen, daß die Hotelküchenwand im Erdgeschoß der Länge nach halbiert werde mit der Wirkung, daß sich diese Grenzlinie nach unten (Kellergeschoß) und oben (Obergeschosse) ohne Rücksicht auf die dort vorhandenen Wände senkrecht fortsetze und an den so eigentumsmäßig durchschnittenen Räumen ein jeweiliges Alleinbenutzungsrecht der vom Erblasser damit bedachten Partei bestehe. Eine etwaige wirtschaftliche Unzumutbarkeit für die Beklagte könne die Leistungspflicht nicht wegen Unmöglichkeit schlechthin beseitigen (§ 275 BGB; vgl. BGH LM BGB § 242 (Bb) Nr. 12), sondern allenfalls inhaltlich nach § 242 BGB abändern (darüber s. unten IV). Diese Erwägungen enthalten keinen Rechtsirrtum und werden von der Revision nicht angegriffen.

2. Die Revision meint (Begründung Nr. 2), das Berufungsgericht habe dem vorgetragenen Sachverhalt eine wirksame Anfechtung des Testaments nach § 2078 Abs. 2 BGB, mindestens ein Leistungsweigerungsrecht

nach § 2083 BGB entnehmen müssen. Aber abgesehen davon, daß sie den von ihr gemeinten Sachvortrag nicht näher bezeichnet, ist ein diesen Bestimmungen genügender Sachvortrag der Beklagten in den Vorinstanzen auch nicht ersichtlich. Allerdings ist in der Berufungserwiderung (S. 5/6, GA II S. 295/96) vorgetragen, der Erblasser sei bei Testamentserrichtung irrtümlich davon ausgegangen, die wirtschaftliche Grundlage des Hotelbetriebs und damit der Beklagten sei durch die Vermächtnisse an die Klägerin nicht gefährdet, und das hinterlassene Vermögen werde durch das Testament unter den Parteien geteilt; darin kann die Behauptung der irrigen Annahme oder Erwartung des Eintritts oder Nichteintritts eines Umstands im Sinn von § 2078 Abs. 2 EGB gefunden werden, obwohl jener Tatsachenvortrag unter einem anderen rechtlichen Gesichtspunkt (§ 242 BGB) stand. Aber zur Anfechtbarkeit ist außer dem Vorliegen eines Irrtums erforderlich, daß anzunehmen ist, der Erblasser würde die Erklärung bei Kenntnis der Sachlage nicht abgegeben haben (§ 2078 Abs. 1 Ende BGB). Dieses Erfordernis der Ursächlichkeit des Irrtums hat die Beklagte in den Vorinstanzen in tatsächlicher Hinsicht nicht behauptet; und selbst wenn man einen dahingehenden stillschweigenden Sachvortrag annehmen wollte, so würde es an einem Beweisantritt fehlen, der angesichts des dann ebenfalls anzunehmenden einschlägigen Bestreitens der Klägerin notwendig gewesen wäre. Eine solche Ursächlichkeit versteht sich nicht von selbst; denn ob der Erblasser das Hausvermächtnis dann unterlassen hätte, wenn er dessen wirtschaftlich beeinträchtigenden Einfluß auf den Hotelbetrieb bedacht

hätte, kann wiederum davon abhängen, ob er in diesem Falle zugleich die vom Berufungsgericht festgestellte Tatsache gekannt oder mit ihr als möglich gerechnet hätte, daß die Entwicklung des Hotelgewerbes schon im allgemeinen so ungünstig sein werde, daß auch ohne Rücksicht auf die Belastung durch das Hausvermächtnis eine Umwandlung des Unternehmens in einen Gaststätten- und Unterhaltungsbetrieb wirtschaftlich geboten sei, wodurch sich wiederum das Raumbedürfnis des Betriebs durch das Überflüssigwerden von Fremdenzimmern verringere.

III. Genehmigungsbedürftigkeit

Nicht geprüft hat das Berufungsgericht, ob und inwieweit die Rechtswirksamkeit oder die Durchführung des Vermächtnisses durch das Erfordernis behördlicher Genehmigungen beeinträchtigt wird.

1. In Betracht kommt für die erste Zeit nach dem Erbfall eine Genehmigungspflicht zur Grundstücksteilung und Auflassung nach dem Wohnsiedlungsgesetz (vom 22. September 1933/27. September 1938, RGBI I 659, 1246).

Es kann dahingestellt bleiben, ob die Beklagte verfahrensrechtlich mit diesem bisher nicht geltend gemachten Einwand noch in der Revisionsinstanz gehört werden kann und ob das umstrittene Hausgrundstück zu einem Wohnsiedlungsgebiet im Sinne jenes Gesetzes gehört. Wenn das zutrifft, war das Vermächtnis allerdings nach der bisherigen Rechtsprechung insoweit genehmigungsbedürftig, als es die Eigentumsverschaffung betrifft; denn nach der dem Wohnsiedlungsgesetz gegebenen Auslegung galt das Genehmigungserfordernis nicht

nur für die dingliche Eigentumsübertragung, sondern schon für die rechtsgeschäftliche Begründung der schuldrechtlichen Verpflichtung dazu (Senatsurteil BGHZ 23, 342, 345 bis 347). Das Fehlen der Genehmigung machte das Vermächtnis jedoch nicht von vornherein voll unwirksam (§ 134 BGB), sondern seine Wirksamkeit blieb hinsichtlich der Übereignungspflicht zunächst in der Schwebe. Diese Wirkung des Genehmigungsmangels, die für Verträge anerkannt ist (BGHZ 23 aaO), muß auch für ein Vermächtnis gelten. Denn anders als etwa bei einseitigen Gestaltungsgeschäften wie der Aufrechnung, die ohne vorherige Erteilung der erforderlichen Genehmigung als unheilbar unwirksam angesehen werden (BGHZ 11, 27, 37), ist beim Vermächtnis ein solcher Schwebezustand durchaus erträglich; seine Zulassung entspricht wegen der oft sehr langen Zeitspanne zwischen der Errichtung des Testaments und dem Anfall des Vermächtnisses sogar einem dringenden praktischen Bedürfnis; insoweit steht das Vermächtnis einem Vertrag näher als einem Gestaltungsgeschäft der genannten Art.

Diese schwebende Unwirksamkeit der genannten Vermächtnisanordnung wurde dadurch behoben, daß die genannte Genehmigungsbedürftigkeit mit dem Inkrafttreten des Bundesbaugesetzes (BBauG) vom 23. Juni 1960 (BGBl I 341) weggefallen ist. Dieses Gesetz ist zwar erst nach Erlaß des Berufungsurteils vom 23. Juni 1960 verkündet worden und in seinem hier interessierenden Teil erst nach der die Verkündung ersetzenden Urteilszustellung vom 28. Juni und 8. Juli 1960, nämlich Ende Juni 1961 in Kraft getreten (§ 186 Abs. 1 Nr. 10, 11, § 189 BBauG), so daß das Berufungsgericht es noch nicht anwenden konnte. Aber das Gesetz will nach seinem

zeitlichen Geltungswillen auch für schon früher begründete Rechtsverhältnisse neues Recht schaffen, wie bei der ihm von Parlament und Regierung beigemessenen grundlegenden wirtschafts- und sozialpolitischen Bedeutung nicht zweifelhaft sein kann. Es ergreift diese Rechtsverhältnisse zwar nicht rückwirkend auf den Zeitpunkt ihrer Entstehung, aber mit Wirkung vom Zeitpunkt seines Inkrafttretens an. Infolgedessen ist die neue Rechtslage trotz ihres Eintritts erst nach Abschluß des Berufungsverfahrens nach gefestigter neuerer Rechtsprechung (BGHZ 9, 101, 103; vgl. auch das Senatsurteil BGHZ 36, 348) vom Revisionsgericht zu berücksichtigen. Danach ist die Genehmigungsbedürftigkeit nach dem Wohnsiedlungsgesetz Ende Juni 1961 weggefallen. Und hierdurch ist, da eine endgültige Genehmigungsversagung bis dahin nicht stattfand, die bisher bestehende schwebende Unwirksamkeit des Vermächtnisses geheilt worden (vgl. Senatsurteil LM BGB § 134 Nr. 229; Palandt/Danckelmann, BGB 21. Aufl. § 275 Anm. 9 a).

2. Allerdings ist mit der Aufhebung des Wohnsiedlungsgesetzes die Genehmigungsbedürftigkeit des Bodenverkehrs nicht überhaupt weggefallen, sondern in weitem Umfang durch eine Genehmigungspflicht nach dem Bundesbaugesetz selbst ersetzt worden. Aber diese Genehmigungspflicht erstreckt sich nicht auf Rechtsgeschäfte, die nur eine schuldrechtliche Verpflichtung begründen, wie das beim Vermächtnis der Fall ist (§ 2174 BGB).

Das Bundesbaugesetz sieht schon nach seinem Wortlaut eine Genehmigung (in näher geregeltem Umfang) nur für die Grundstücksteilung, Auflassung und Erb-

baurechtsbestellung vor (§ 19 Abs. 1, 2); die beiden letzteren Vorgänge sind eindeutig dingliche Rechtsgeschäfte (abstrakte Verfügungsgeschäfte), und beim Begriff der Teilung wird die Einbeziehung eines auf sie gerichteten Verpflichtungsgeschäfts ausgeschlossen durch die gesetzliche Begriffsbestimmung (Abs. 3 aaO), wonach es sich um eine bereits unmittelbar auf die ("dingliche") Änderung der Rechtsverlautbarung im Grundbuch abzielende Erklärung handeln muß. Der Gesetzgeber hat diesen Wortlaut offenbar auch mit Bedacht gewählt; das zeigt die Entstehungsgeschichte der Vorschrift, bei der zunächst das Wort "Teilung" mit dem Zusatz "sowie die Grenzänderung" versehen war (§ 26 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2 a des Initiativentwurfs vom 26. Oktober 1955, Deutscher Bundestag 2. Wahlperiode Drucksache 1813) und dann anstelle dieses Zusatzes die ausführliche Legaldefinition trat (§ 23 des Regierungsentwurfs vom 25. September 1956, aaO Drucksache 3028). Allerdings hatte auch das Wohnsiedlungsgesetz eine Genehmigung für auf Grundstücksübereignung gerichtete Verpflichtungsgeschäfte nicht ausdrücklich vorgeschrieben; und wenn dort zur Bejahung ihrer Genehmigungsbedürftigkeit darauf abgestellt wurde, es sei Sinn und Zweck des Wohnsiedlungsgesetzes, die ungeordnete und planlose Bebauung zu verhindern und eine geordnete Besiedlung zu erreichen, und dies spreche für die Vorverlegung der hoheitlichen Eingriffsmöglichkeiten auf einen möglichst frühen Zeitpunkt (BGHZ 23 aaO), so trifft dieser Sinn und Zweck des Gesetzes in gleichem Maße für das Bundesbaugesetz zu; auch der genannte Regierungsentwurf von 1956 hatte es noch ausdrücklich als Zweck der Genehmigungspflicht

bezeichnet, "im öffentlichen Interesse einer städtebaulich unerwünschten Bebauung in einem möglichst frühen Zeitpunkt vorzubeugen" (aaO Begründung S. 87). Trotz dieses insoweit gleich gebliebenen Gesetzeszwecks ist aber der Gesetzgeber des Bundesbaugesetzes doch von vornherein und in zunehmendem Maße später bewußt auf eine gegenständliche Einschränkung der Genehmigungspflicht ausgegangen und hat diese Absicht bis zum Ende beibehalten. Die Genehmigungspflicht wurde zwar räumlich gegenüber dem Wohnsiedlungsgesetz erweitert, indem sie nicht nur einzelne, konkret zu Wohnsiedlungsgebieten erklärte Bezirke, sondern grundsätzlich ganz allgemein den gesamten Grund und Boden in der Bundesrepublik umfaßt ("das ganze Staatsgebiet der Bundesrepublik ist sozusagen Wohnsiedlungsgebiet geworden", Dittus, Einführung in das Bundesbaugesetz, 1961 S. 58). Die Genehmigungspflicht wurde jedoch gegenständlich eingeschränkt, indem der Kreis der genehmigungspflichtigen Rechtsvorgänge gegenüber dem Wohnsiedlungsgesetz planmäßig enger gezogen wurde. In diesem Sinn ist offenbar schon der Satz in der Begründung zum Regierungsentwurf 1956 (dort S. 87) zu verstehen, die Genehmigungspflicht werde "nunmehr, allerdings in eingeschränkter Form, allgemein eingeführt". In der Bundesratssitzung vom 14. März 1958 führte der Berichterstatter Dr. Diederichs aus: "Diese Regelung ist aus dem Wohnsiedlungsgesetz übernommen, schränkt jedoch die Genehmigungspflicht ein" (Sitzungsbericht des Bundesrats Nr. 190/1958 S. 63).

Von Bedeutung ist insbesondere, daß das Bundesbaugesetz im Gegensatz zum Wohnsiedlungsgesetz eine auch auf Verpflichtungsgeschäfte beziehbare General-

klausel nicht mehr enthält. Nach § 4 Abs. 1 des Wohnsiedlungsgesetzes war genehmigungspflichtig "jede Vereinbarung, durch die einem anderen ein Recht zur Nutzung oder Bebauung eines Grundstücks oder Grundstücksteils eingeräumt wird"; auch hierauf ist die Bejahung der Genehmigungsbedürftigkeit von schuldrechtlichen Geschäften gestützt worden, die eine Verpflichtung zur Eigentumsübertragung begründeten (BGHZ 23 aaO). Was das Bundesbaugesetz anlangt, so hatten zwar die ersten Entwürfe ebenfalls noch eine Generalklausel mit nur wenig verringertem Umfang vorgesehen (Initiativentwurf § 26 Abs. 1 Nr. 3: "jede Vereinbarung, durch die einem anderen ein Recht zur Bebauung oder kleingärtnerischen Nutzung eines Nicht-Baugrundstücks eingeräumt wird"; Regierungsentwurf 1956 § 24 Abs. 1 Nr. 3 b: "jede Vereinbarung, die nach ihrem Inhalt zu dem Zweck vorgenommen wird, erstmalig einem anderen ein Recht zur Bebauung oder kleingärtnerischen Nutzung einzuräumen"). Der Bundestagsausschuß für Wohnungswesen, Bau- und Bodenrecht (24. Ausschuß) hat jedoch diesen Tatbestand für die Genehmigungsbedürftigkeit auf die Bestellung eines Erbbaurechts (dingliche Einigung) beschränkt und im übrigen aus Zweckmäßigkeitserwägungen (ungenügende Überprüfbarkeit mangels Formzwang) gestrichen (Schriftlicher Bericht des Ausschusses vom 12. April 1960, Deutscher Bundestag 3. Wahlperiode Drucksache 1794; vgl. S. 7 des dort als Anlage beigefügten Berichts des Abgeordneten Dr. Hesberg). Gleichzeitig (auf den Fall der Veräußerung oder Erbbaurechtsbestellung nach genehmigter Teilung beschränkt, § 23 Abs. 4 Nr. 5 BBauG, und im übrigen) gestrichen wurde die bisher vorgesehene,

dem § 5 Abs. 1 der Verordnung zur Ausführung des Wohnsiedlungsgesetzes vom 25. September 1935 (RGBl I 292) entsprechende Bestimmung, daß insoweit, als das einer Auflassung oder der Einräumung eines Rechts zur Nutzung der genannten Art zugrunde liegende Verpflichtungsgeschäft genehmigt sei, auch das Erfüllungsgeschäft als genehmigt gelte (Regierungsentwurf 1956 § 24 Abs. 3). Diese Streichung wurde im Bericht Dr. Hesberg (aaO) ausdrücklich damit begründet, daß "nicht mehr das Verpflichtungsgeschäft, sondern nur noch das abstrakte Rechtsgeschäft genehmigungspflichtig ist".

Nach alledem entspricht es nicht nur dem Wortlaut, sondern auch dem Sinn und Zweck des Bundesbaugesetzes, daß die Begründung einer schuldrechtlichen Verpflichtung zur Teilung und Übereignung eines Grundstücks (Grundstücksteils) einer Genehmigung nach diesem Gesetz nicht bedarf (ebenso Heitzer/Oestreicher, Bundesbaugesetz 1962 § 19 Anm. 1; vgl. Knaup/Ingenstau, Bundesbaugesetz mit Kommentar, 2. Aufl. 1961 § 19 Anm. S. 70).

Die von der Revision sonst noch erwähnten möglichen Genehmigungserfordernisse baupolizeilicher oder gewerbe-
polizeilicher Art kommen für die genannten Verpflichtungsgeschäfte ebenfalls nicht in Frage.

Das Hausvermächtnis als Verpflichtungsgeschäft bedurfte daher seit Ende Juni 1961 keiner behördlichen Genehmigung mehr.

3. Ist das Verpflichtungsgeschäft hiernach genehmigungsfrei, so wird es in seiner Wirksamkeit auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Unmöglichkeit der Leistung (§ 2171 BGB) deshalb beeinträchtigt, weil ein Teil der zu seiner Durchführung nötigen Rechtshandlungen schon

zur Zeit des Erbfalls der behördlichen Genehmigung bedurfte (Teilung und Auflassung) und ihrer auch noch heute bedarf (sicher die Grundstücksteilung, § 19 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 2 BBauG, möglicherweise auch die Auflassung des weggemessenen Grundstücksteils, § 19 Abs. 2 Nr. 1 aaO). Denn eine Leistung, die behördlicher Genehmigung bedarf, ist nicht von Anfang an unmöglich; sie wird es erst nachträglich dann, wenn die Genehmigung endgültig versagt wird, und ist bis zu diesem Zeitpunkt als möglich anzusehen (RGZ 149, 348/49; RG HRR 1936, 388; vgl. RGZ 102, 292, 294; Palandt/Danckelmann aaO; vgl. Planck/Siber, BGB 4. Aufl. Vorbem. II 2 zu §§ 272 - 292). Daß die Erfüllbarkeit der Verpflichtung tatsächlich ungewiß ist, beeinträchtigt die Wirksamkeit der Verpflichtung also nicht; in Betracht kommt nicht Unwirksamkeit des Geschäfts von vornherein (§ 2171; vgl. § 306 BGB), sondern nur späterer Wegfall der Leistungspflicht bei Genehmigungsversagung (§ 275; vgl. §§ 280, 324/25 BGB).

Im vorliegenden Fall ist eine endgültige Genehmigungsversagung nicht behauptet. Die Genehmigungserteilung ist auch nicht etwa von vornherein völlig unwahrscheinlich, so daß offen bleiben kann, ob ein solcher Fall dem einer bereits erfolgten Versagung gleichgestellt werden könnte (nach dem Vortrag der Revisionserwiderung hatte der Antrag der Beklagten auf Teilungsgenehmigung neuerdings bei der erstinstanzlichen Verwaltungsbehörde bereits Erfolg und wurde in höherer Instanz nur als verfrüht abgelehnt, weil ein genehmigungspflichtiger Vorgang noch nicht vorliege).

4. Nach allem ist das Vermächtnis (spätestens) seit Ende Juni 1961 voll wirksam.

IV. Zumutbarkeit

Das Berufungsgericht hält die Erfüllung des Hausvermächtnisses weder wegen Fehlens der Geschäftsgrundlage noch wegen Überschreitung der Opfergrenze für unzumutbar (§ 242 BGB): Die Beklagte habe auf Grund ihrer langjährigen Erfahrung im Betrieb bei Erbschaftsannahme die wirtschaftliche Tragweite des Testaments überschauen können. Die Bedenkung beider mit ihm nicht verwandter Frauen durch den Erblasser stelle wirtschaftlich für beide ein Geschenk dar; deshalb liege die Notwendigkeit einer Verkleinerung des Unternehmens nahe. Die Kellerräume in dem an die Klägerin vermachten Hausteil benötige das Hotel der Beklagten nicht dringend; für die der Klägerin zugewandeten, bisher für Hotelzwecke (Personalzimmer) benützten Obergeschoßräume könne die Beklagte in dem ihr verbleibenden Hausteil durch wirtschaftlich tragbaren Ausbau des Dachgeschosses (Kosten 22 000 bis 23 000 DM) Ersatz schaffen. Daran ändere nichts, daß das Unternehmen aus Gründen allgemeiner wirtschaftlicher Entwicklung, um rentabel zu bleiben, in einen Gaststätten- und Unterhaltungsbetrieb umgewandelt werden müsse; dadurch werde im Gegenteil (durch Freiwerden der bisherigen Gästezimmer) die Unterbringung des Personals im eigenen Hausteil der Beklagten ohne weiteres möglich. Gegen eine wirtschaftliche Unzumutbarkeit der Vermächtniserfüllung spreche auch die im Prozeß bei den Vergleichsverhandlungen zutage getretene weit-

gehende Bereitschaft der Beklagten, die Klägerin in Geld abzufinden; der bei Vermächtniserfüllung für die Beklagte eintretende Ausfall an Gebäudenutzung werde durch den Zinsverlust für die von ihr angebotene Abfindungssumme aufgewogen. Das bei Vermächtniserfüllung fortdauernde Nebeneinanderleben der miteinander verfeindeten Parteien sei zwar unzweckmäßig, aber vom Erblasser und bei Erbschaftsannahme von der Beklagten bewußt in Kauf genommen worden; eine nach der Behauptung der Beklagten vom Erblasser zuletzt beabsichtigte Testamentsänderung sei nicht erfolgt. Bei Vermächtniserfüllung werde allerdings die organische Verbindung des Nebenhauses mit dem Hotel zerstört, so daß sich eine Geldabfindung aus Vernunftgründen aufdränge, zumal die Beklagte auch bei Umstellung ihres Unternehmens auf einen Gaststätten- und Unterhaltungsbetrieb für die Übergangszeit noch Personalzimmer brauche und die Klägerin sich schon anderweitig im gleichen Ort eine kleine Fremdenpension erstellt habe; aber es bestehe keine rechtliche Handhabe, diese Lösung der Klägerin gegen ihren Willen aufzudrängen. Die Unzumutbarkeit der Erfüllung des Hausvermächtnisses werde vollends dadurch beseitigt, daß die Klägerin der Beklagten ein Mietrecht, einen Nießbrauch und ein Vorkaufsrecht an dem abzutrennenden Hausteil oder den darin interessierenden Räumen angeboten habe.

Diese Ausführungen enthalten keinen Rechtsirrtum zum Nachteil der Beklagten.

Ohne Rechtsverstoß geht das Berufungsgericht davon aus, daß auch Vermächtnisansprüche unter dem Gebot

von Treu und Glauben (§ 242 BGB) stehen. Es ist allerdings zweifelhaft, ob der Tatrichter mit der unveränderten Heranziehung der im wesentlichen für Verträge mit gegenseitigem Leistungsaustausch entwickelten Grundsätze vom Fehlen oder Wegfall der Geschäftsgrundlage nicht einen für die Revisionsklägerin zu günstigen Ausgangspunkt zugrunde legt. Beim Vermächtnis handelt es sich nicht um einen gegenseitigen Leistungsaustausch auf der Ebene des Schuldrechts, sondern um eine einseitige unentgeltliche Zuwendung erbrechtlicher Natur. Der Erbe hat die Wahl, die Erbschaft anzunehmen oder auszuschlagen (§ 1942 BGB). Nimmt er sie an, so hat er ein Vermächtnis grundsätzlich bis zur völligen Erschöpfung des Nachlasses zu erfüllen; das ergibt sich aus der Vorschrift des § 1992 BGB, die auch für den Fall, daß der Nachlaß durch das Vermächtnis überschuldet wird, dem Erben ein Befriedigungsweigerungsrecht nur insoweit gibt, als der Nachlaß nicht ausreicht (§ 1990 BGB), und ihm für diesen Fall nur die Herausgabe der noch vorhandenen Nachlaßgegenstände oder die Zahlung ihres Wertes zur Wahl stellt. Aber diese Frage braucht hier nicht abschließend entschieden zu werden. Denn auch wenn man mit dem Berufungsgericht an das Vermächtnis in dieser Hinsicht rein schuldrechtliche Maßstäbe anlegt, ist die Zumutbarkeit der Vermächtniserfüllung nach § 242 BGB zu bejahen.

1. Mit Recht geht der Tatrichter davon aus, daß nicht nur die Klägerin, sondern auch die Beklagte vom Erblasser durch das Testament unentgeltliche Zuwendungen in einem für Nichtverwandte ungewöhnlichen Umfang erhalten hat. Die Revision greift dies nicht an.

2. Zu Unrecht meint die Revision (Begründung Nr. 2): weil der Erblasser mit fortdauernder Rentabilität des Hotelbetriebs gerechnet habe, habe das Berufungsgericht aus der tatsächlichen Notwendigkeit der Umstellung auf einen Gaststätten- und Unterhaltungsbetrieb keine der Beklagten nachteiligen Schlüsse ziehen dürfen, sondern die Untersuchung auf die Fortführung des Hotelbetriebs abstellen müssen. Das Berufungsgericht durfte und mußte im Rahmen seiner Prüfung, ob die Vermächtniserfüllung nach § 242 BGB unzumutbar sei, alle Umstände des Falles würdigen. Wie in subjektiver Hinsicht bei der Frage der Ursächlichkeit eines etwaigen Irrtums des Erblassers (oben II 2) konnte auch in objektiver Hinsicht bei der Zumutbarkeitsfrage dem Umstand, daß die Beklagte in dem vom Erblasser allein berücksichtigten Fall der Fortführung des Betriebs als Hotel einen Teil der an die Klägerin vermachten Räume benötige, ohne Rechtsirrtum die Erwägung entgegengestellt werden, daß sich dieser Raumbedarf bei der durch Gutachten belegten Notwendigkeit jener Betriebsumstellung durch Freiwerden der bisherigen Gastzimmer erheblich verringert.

Wenn das Berufungsgericht auch die Art und den Umfang der Vergleichsbereitschaft der Beklagten während des Prozesses zur Beurteilung der Zumutbarkeitsfrage mit heranzieht, so mag eine solche Würdigung zwar im allgemeinen nicht zweckmäßig und üblich sein, sie ist aber rechtlich jedenfalls unter den besonderen Umständen des vorliegenden Falles nicht zu beanstanden.

3. Das Berufungsgericht stellt fest, die Beklagte habe bei ihrer Erbschaftsannahme kraft ihrer in 17jähriger Tätigkeit in diesem Hotelbetrieb erworbenen

Kenntnisse und kraft ihrer Persönlichkeit den wirtschaftlichen Stand und die weiteren Aussichten des Unternehmens gekannt und daher schon damals die Tragweite und die Auswirkungen des Vermächtnisses überschaut. Die Revision hält diese Ausführungen für fehlerhaft, ohne das näher zu begründen. In Betracht kommt allenfalls ein Verstoß gegen die Lebenserfahrung im Hinblick darauf, daß die Erbschaftsannahme im Termin zur Testamentseröffnung im unmittelbaren Anschluß an diese erklärt wurde (Bl. 3 der Akten VI 261/55 des Amtsgerichts Sonthofen) und nicht festgestellt ist, ob die Beklagte den Testamentsinhalt etwa schon vorher kannte. Aber jene Feststellung des Berufungsgerichts ist nicht dahin zu verstehen, daß die Beklagte bereits bei Erbschaftsannahme die wirtschaftlichen Auswirkungen des Vermächtnisses in allen Einzelheiten gegenwärtig gehabt hätte, etwa so, wie sie später von den Sachverständigen ermittelt und errechnet worden sind; gemeint ist vielmehr ersichtlich nur eine allgemeine Vorstellung von den Vermächtnisauswirkungen, insbesondere in der Richtung, daß das Vermächtnis eine erhebliche Belastung des Nachlasses und ein entsprechendes Risiko für den Erben mit sich bringe. So verstanden ist die Feststellung des Berufungsgerichts nicht rechtsirrig. Ihr steht auch nicht entgegen, daß die Beklagte nach ihrem Vortrag zunächst (am 20. Januar 1956) einen dem Vermächtnis entsprechenden Vermessungsantrag stellte und ihn später (am 6. April 1956) wieder zurücknahm (GA 7); dies brauchte nicht notwendig auf erst nachträglich beseitigter Unkenntnis zu beruhen, sondern konnte seinen Grund auch in der veränderten Beurteilung eines von vornherein als solches erkannten Risikos haben.

4. Die Revision rügt Nichtberücksichtigung des Antrags der Beklagten im Schriftsatz vom 8. April 1960, den Erstatte des Gutachtens der Münchener Revisions- und Treuhand-Aktien-Gesellschaft vor das Prozeßgericht zu laden (GA II 326). Aber dieser Antrag kam zu spät, um das Gericht zu seiner Befolgung zu verpflichten. Denn nach der Rechtsprechung des Senats, an der festgehalten wird (BGHZ 35, 370), muß ein solcher Antrag im Sinne von §§ 397, 402 ZPO in dem nächsten Verhandlungstermin gestellt werden, in dem das Gutachten vorgetragen wird. Das schriftliche Gutachten war bereits im landgerichtlichen Verfahren (am 23./24. Juli 1958, GA I 133) vorgelegt und dort (im Einzelrichtertermin vom 30. September 1958, GA I 183) zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht worden; danach hatten vor dem Landgericht weitere mündliche Verhandlungen (vor der Kammer am 10. November 1958, 24. November 1958 und 19. Januar 1959, GA I 199, 223, 232) und Schriftsatzwechsel im schriftlichen Verfahren sowie vor dem Oberlandesgericht mindestens eine streitige Verhandlung (am 10. November 1959, GA II 313) stattgefunden, ohne daß die Beklagte einen Antrag auf mündliche Gutachtenserläuterung gestellt hätte. Infolgedessen hatte sie am 8. April 1960 keinen Anspruch auf Vorladung des Sachverständigen mehr. Diese stand vielmehr nach § 411 Abs. 3 ZPO im Ermessen des Berufungsgerichts; ein Ermessensfehler ist nicht erkennbar.

Der in demselben Schriftsatz enthaltene Antrag auf Ergänzung des Gutachtens hinsichtlich der wirtschaftlichen Auswirkungen des Vermögens in der inzwischen neu verflossenen Zeit begründete ebenfalls

keine Beweiserhebungspflicht des Gerichts. Vielmehr stand auch seine Befolgung im pflichtmäßigen Ermessen, für dessen Verletzung kein Anhaltspunkt vorliegt.

5. Nicht zu beanstanden ist schließlich auch die Art, wie das Berufungsgericht die Bereiterklärung der Klägerin gewürdigt hat, die Beklagte durch Einräumung einer Benutzungsdienstbarkeit, eines dinglichen Vorkaufsrechts oder wahlweise eines Nießbrauchs an dem abzutrennenden Teilgrundstück dinglich zu sichern. Der Tatrichter läßt ersichtlich im Rahmen des § 242 BGB schon diese Bereiterklärung genügen, um die Zumutbarkeit der Vermächtniserfüllung für die Beklagte zu bejahen.

Die Revision meint (Begründung Nr. 7), das Berufungsgericht hätte die Beklagte nur Zug um Zug gegen die Bewilligung dieser angebotenen Grundstücksrechte verurteilen dürfen. Aber eine Verurteilung Zug um Zug setzt den Bestand eines Gegenanspruchs des Schuldners gegen den Gläubiger voraus (§ 274 i.V.m. § 273 BGB; vgl. § 322 BGB). Und das bloße Angebot der Klägerin begründete für die Beklagte noch keinen Anspruch auf Einräumung der angebotenen Rechte, bevor die Beklagte das Angebot angenommen hatte. Daß eine solche Angebotsannahme von der Beklagten in den Vorinstanzen erklärt oder behauptet worden wäre, ist weder von der Revision geltend gemacht noch sonst ersichtlich. Infolgedessen hat das Berufungsgericht jenes Angebot rechtlich zutreffend nur unter dem Gesichtspunkt der Zumutbarkeit der Vermächtniserfüllung (§ 242 BGB) gewürdigt.

Nach allem hat das Berufungsgericht die Unzumutbarkeit der Vermächtniserfüllung (§ 242 BGB) ohne Rechtsirrtum verneint.

V. Verzicht

Die Revision (Begründung Nr. 3) rügt Nichtbehandlung eines selbständigen Verteidigungsmittels der Beklagten (§ 551 Nr. 7 ZPO) dahin: die Bayerische Vereinsbank, die mit der Beklagten arbeitete und die der Klägerin den Erwerb eines Grundstücks für deren jetziges Fremdenheim vermittelte, habe mit der Klägerin einen Vertrag zugunsten eines Dritten (§§ 328 ff BGB), nämlich zugunsten der Beklagten, abgeschlossen mit dem Inhalt, daß die Klägerin bei Erlangung jenes Grundstücks den ihr vermachten Hausteil (gemeint wohl: gegen Geldabfindung) an die Beklagte überlasse. Hierin könnte zwar noch kein unmittelbarer Erlaß der Verpflichtungen der Beklagten aus dem Hausvermächtnis liegen (dazu bedürfte es eines Vertrags zwischen Gläubiger und Schuldner des Vermächtnisses, also zwischen den Parteien unmittelbar, RGZ 127, 126, 128), aber möglicherweise eine Verpflichtung der Klägerin zum Abschluß eines Erlaßvertrags. Aber abgesehen davon, daß ein solches nachfolgendes Verfügungsgeschäft überhaupt nicht behauptet ist, reicht der Parteivortrag auch nicht zur Annahme eines Erlaßverpflichtungsvertrags aus. Zum Abschluß eines derartigen Vertrags zwischen der Klägerin und der Bank zugunsten der Beklagten als Dritter gehört rechtlich die Erklärung des Willens zur schuldrechtlichen Verpflichtung durch den einen Vertragsteil (und die Annahme dieser Erklärung durch den anderen

Teil)); die Erklärung muß ferner dahin gehen, daß Gläubiger dieses obligatorischen Rechts unmittelbar (auch, vgl. § 335 BGB) der am Vertragsschluß nicht beteiligte Dritte sein solle (eine Vermutung hierfür besteht nicht, § 328 Abs. 2 BGB). Der von der Revision in Bezug genommene Sachvortrag der Beklagten im Berufungsverfahren (GA II 335) spricht zwar von einer "verbindlichen" Erklärung der Klägerin gegenüber der Bank, gibt den Inhalt der Erklärung aber nur dahin an, die Klägerin wäre unter der genannten Voraussetzung zur Belassung des Hauses bei der Beklagten "bereit". Die schriftliche Erklärung des Bankdirektors J vom 13. April 1960 (GA II 341), die von der Beklagten im Schlußtermin des Berufungsverfahrens vorgelegt wurde und die zwar nicht als Beweismittel, aber für die Auslegung des Parteivortrags verwertbar ist, spricht ebenfalls nur von der "Bereit"-erklärung (und vermeidet es übrigens, die Erklärung als verbindlich zu bezeichnen). Der einschlägige Schriftsatz der Beklagten (vom 1. Juni 1960, GA II 335) bezeichnet den genannten Sachvortrag auch nicht etwa als Klaggrundlage oder als entscheidungserheblich, sondern führt ihn nach Art eines bloß zur Illustration dienenden Hintergrunds mit den Worten ein: "Es muß noch darauf hingewiesen werden, daß". Unter diesen Umständen war jenem Sachvortrag nicht die Behauptung der genannten tatsächlichen Erfordernisse für einen Vertrag zugunsten Dritter zu entnehmen. Wie jene bloße Bereitschaft der Klägerin sonst entscheidungserheblich sein sollte, ist nicht ersichtlich. Daß sich das Berufungsgericht mit diesem Vortrag der Beklagten nicht ausdrücklich auseinandergesetzt hat, stellt daher weder eine Verletzung des § 551 Nr. 7 ZPO noch einen sonstigen Rechtsverstoß dar.

VI. Die einzelnen Klaganträge

Aus der Rechtswirksamkeit des Vermächtnisses (und der Zumutbarkeit seiner Erfüllung) folgt die Pflicht der Beklagten, das bisher einheitliche Grundstück durch Wegmessung (vgl. § 2 Abs. 3 GBO) und grundbuchliche Abschreibung des vermachten Grundstücksteils zu teilen (vgl. § 6 GBO), das durch die Wegmessung neu entstehende Grundstück an die Klägerin aufzulassen (§§ 873, 925 BGB) und die Eintragung der Klägerin als seine Eigentümerin im Grundbuch zu bewilligen (§ 19 GBO).

Im einzelnen gilt:

Der Klagantrag auf Einwilligung zur Wegmessung liegt im Rahmen der Teilungspflicht. Das Berufungsgericht hat ihm daher zu Recht stattgegeben. Der in der Revisionsinstanz von der Revisionsbeklagten gestellte Antrag auf Verurteilung, die Teilungsgenehmigung zu beantragen, ist nur hilfsweise gestellt und daher wegen des Erfolgs des Hauptantrags gegenstandslos. Er wäre auch als erweiternde Klagänderung in der Revisionsinstanz unzulässig.

Der Klagantrag auf Auflassung ist als Leistungsklage verfrüht. Denn der mit dem vermachten Hausteil bebaute Grund und Boden, der den Gegenstand der Auflassung bilden soll, ist vor vollzogener Teilung als Grundstück im Rechtssinn und daher als möglicher Gegenstand eines selbständigen Eigentums noch nicht vorhanden. Verfügungsgeschäfte über zukünftige Sachen und Rechte sind zwar begrifflich nicht ausgeschlossen, wenn diese Sachen und Rechte schon jetzt genügend be-

stimmbar sind. Es kann offen bleiben, ob unter dieser Voraussetzung auch die Erklärung der Auflassung eines erst abzutrennenden Teilgrundstücks wirksam erfolgen könnte (vgl. BayObLG 1956, 410). Ordnungsmäßig möglich und daher geschuldet ist sie erst dann, wenn die Teilung vollzogen und der abgetrennte Teil als selbständiges Grundstück im Grundbuch eingetragen ist; denn erst dann ist die Vorschrift des § 28 GBO erfüllbar, die die grundbuchmäßige Bezeichnung des Grundstücks (unmittelbar oder durch Hinweis auf das Grundbuchblatt) verlangt und auch für die Auflassung gilt, weil diese die Eintragungsbewilligung ersetzen kann (OLG München JFG 15, 284, KG HRR 1930 Nr. 1507). Die Verurteilung zur Auflassung eines erst künftig abzutrennenden Grundstücksteils könnte auch in der Zwangsvollstreckung im Hinblick auf § 894 ZPO zu Unzuträglichkeiten führen. - Der eingeklagte Auflassungsanspruch ist hiernach noch nicht fällig, diese Leistungsklage also zur Zeit unbegründet. Unter den besonderen Umständen des vorliegenden Falles ist der Leistungsklagantrag jedoch dahin auszu-legen, daß er zugleich hilfsweise den weniger weitgehenden Antrag auf Feststellung der künftigen Auflassungspflicht enthält. Dieser Feststellungsantrag ist begründet.

Die Leistungsklage auf Eintragungsbewilligung ist aus dem gleichen Grunde verfrüht, wie sich aus § 28 GBO unmittelbar ergibt. Auch hier war der Leistungsantrag abzuweisen, der in ihm nach der Besonderheit der Sachlage enthaltene hilfsweise Antrag auf Feststellung der künftigen Bewilligungspflicht dagegen zuzusprechen.

B) Besitz

Aus der Rechtswirksamkeit des Vermächtnisses, was die Eigentumsverschaffung anlangt, folgt ohne weiteres die Verpflichtung der Beklagten, der Klägerin an dem vermachten Hausteil auch den Besitz zu überlassen. Diese Verpflichtung wird auch nicht etwa davon berührt, daß die Erfüllbarkeit der Eigentumsverschaffungspflicht im Hinblick auf die Genehmigungsbedürftigkeit von Teilung und Auflassung nach dem Bundesbaugesetz tatsächlich ungewiß ist. Selbst wenn die Eigentumsverschaffung durch eine Genehmigungsversagung unmöglich gemacht würde, bliebe die Verpflichtung zur Besitzüberlassung bestehen. Das ergibt sich aus der Auslegung des Testaments. Sie obliegt an sich dem Tatrichter; da sich das Berufungsgericht jedoch mit dieser Frage überhaupt nicht auseinandergesetzt hat, kann das Revisionsgericht die Lücke ausfüllen (vgl. für Verträge BGH IM BGB § 133 (A) Nr. 2; BGHZ 15, 71, 74). Der Testamentswortlaut geht ohne Einschränkung dahin, daß die Klägerin "das ... Haus" "zu erhalten" "hat". Nach dem von der Beklagten nicht substantiiert bestrittenen Vortrag der Klägerin hat der Erblasser ihr die Hauszuwendung neben den übrigen Vermächtnissen aus Dankbarkeit für ihre langjährige Tätigkeit und ihre Leistungen in seinem Hotelbetrieb gemacht, um ihr für die alten Tage an der Stätte, an der sie zeitlebens gearbeitet habe, eine zweite Heimat und eine gesicherte Altersversorgung zu verschaffen. Dieser Umstand spricht ausschlaggebend dafür, daß die Klägerin nach dem Willen des Erblassers, wenn sie an dem vermachten Hausteil schon sollte kein

Eigentum erwerben können, doch jedenfalls seinen Besitz und seine Nutzungen erhalten soll. Allerdings würde eine auf Dauer angelegte Aufteilung des Eigentums (am vermachten Hausteil) einerseits, von Besitz und Nutzungen andererseits auf zwei verschiedene Personen auf durchgreifende rechtliche und praktische Schwierigkeiten stoßen, so daß auch ein dahingehender Wille des Erblassers zweifelhaft ist. Keine Bedenken bestehen aber jedenfalls gegen ein derartiges *personnelles* Auseinanderfallen von Eigentum einerseits, Besitz und Nutzungen andererseits für die Lebenszeit einer Person; insoweit sieht das Gesetz sogar die Möglichkeit dinglicher Rechte vor (Nießbrauch, beschränkte persönliche Dienstbarkeit). Nach dem genannten Motiv des Erblassers ist ohne weiteres anzunehmen, daß er der Klägerin Besitz und Nutzungen am vermachten Hausteil auf jeden Fall für ihre Lebenszeit zuwenden wollte. Die Bejahung eines dahingehenden schuldrechtlichen Anspruchs genügt für die mit der Klage begehrten Leistungen; offen bleiben kann, ob die Beklagte darüber hinaus bei Unmöglichwerden der Eigentumsverschaffung ein auf Besitz und Nutzungen am vermachten Hausteil gerichtetes dingliches Recht am ungeteilten Gesamtgrundstück einzuräumen verpflichtet ist (möglich wäre zwar nicht ein Nießbrauch, vgl. RGZ 164, 196, 199 ff, aber eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit, §§ 1090 ff BGB).

Hiernach ist die Klage auf Räumung und Herausgabe im zugesprochenen Umfang begründet.

C) Nutzungen

Verfahrensrechtlich hat das Berufungsgericht unanfechtbar Klagänderung verneint und Zurückweisung nach § 529 ZPO abgelehnt.

In sachlicher Hinsicht bejaht es Verzug der Beklagten mit der Besitzüberlassung seit 1. Dezember 1955 und daher ihre Pflicht zum Ersatz des durch ihren Verzug erwachsenen und noch erwachsenden Schadens (§§ 284, 286 Abs. 1 BGB). Dieser bestehe im Nutzungsausfall; das seien hinsichtlich der vermieteten Drogerieräume die für die Zeit ab 1. Juni 1959 eingegangenen und hinterlegten Mietzinsen, hinsichtlich der übrigen, von der Beklagten besessenen Räume im vermachten Hausteil diejenigen Beträge, die für die Zeit ab 1. Dezember 1955 als Miete hätten eingenommen werden können. Der Höhe nach bemißt das Berufungsgericht den Nutzwert dieser nicht vermieteten Räume entsprechend einer Auskunft des Landratsamts auf monatlich 242,91 DM, also für den zugesprochenen Zeitraum der Vergangenheit (1. Dezember 1955 bis 31. Mai 1960 = 54 Monate) auf 13 117,54 DM; hiervon setzt es für die Vergangenheit die auf den vermachten Hausteil entfallenden, von der Beklagten getragenen Lasten ab mit 3 462,21 DM (1/10 der auf das Gesamthaus entfallenden Vermögensabgabe, Grundsteuer und Kanalbenutzungsgebühr) und 1 455,90 DM (unstreitige Elektroaufwendungen für den vermachten Hausteil) = 4 918,11 DM; so errechnet sich die für die Vergangenheit zugesprochene Nutzungsentschädigung von 8 199,03 DM. Die Tilgung der Nachlassschulden sei auch im Innenverhältnis der Parteien allein die Pflicht der Beklagten; das gelte auch hinsichtlich der Bankgrundschuld entsprechend § 2166 Abs. 3 BGB. Die Aufwendungen der Beklagten begründeten nach § 242 BGB nicht das von ihr geltend gemachte Zurückbehaltungsrecht, sondern nur die genannte Verrechnung.

1. Dem ist dem Grunde nach jedenfalls im Ergebnis beizutreten. Hierbei kann offen bleiben, ob es dazu eines Verzugs der Beklagten hinsichtlich der Besitzüberlassung bedurfte oder ob sich die Nutzungsherausgabepflicht nicht schon unmittelbar (und vom Erbfall an) aus dem Testament selbst ergab (vgl. oben B).

2. Bezüglich des Umfangs der Leistungspflicht geht das Berufungsgericht bei Bemessung des Zahlungsanspruchs für die Vergangenheit zutreffend davon aus, daß dem Recht der Klägerin auf Nutzungen ihre Pflicht zur Lastentragung gegenübersteht. Der Tatrichter erörtert diese Frage unter dem Gesichtspunkt einer Verringerung des Nutzungsentschädigungsanspruchs der Klägerin durch Verrechnung mit Gegenansprüchen der Beklagten auf Verwendungsersatz. Dieser - von der Revision nicht beanstandete - rechtliche Ausgangspunkt trifft zu, obwohl die Beklagte sich nicht auf Aufrechnung, sondern auf ein Zurückbehaltungsrecht berufen hatte; denn bei beiderseits fälligen Geldforderungen liegt in der Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts in Wahrheit die Erklärung einer Aufrechnung (RGZ 123, 6, 8); daß das Berufungsgericht seine Auffassung auf § 242 BGB stützt, ist unschädlich.

Was die Haftung für die Bankschuld des Erblassers betrifft, die nach der Feststellung des Tatrichters am Todestag 15 497,60 DM betrug und durch Grundschuld (oder mehrere Grundschulden) gesichert war, so ändert sich an der dinglichen und persönlichen Haftung im Außenverhältnis gegenüber der Bank durch das Vermächtnis nichts; persönlicher Schuldner bleibt die

Beklagte als Erbin (§ 1967 BGB), dinglich belastet bleibt das Gesamtgrundstück, wobei im Fall der Abtrennung und Übereignung des vermachten Hausteils eine Gesamtgrundschuld an beiden verselbständigten Teilgrundstücken entsteht. Die Frage, wer von beiden Parteien im Innenverhältnis die dingliche und obligatorische Belastung zu tragen hat, könnte allerdings für ein Zurückbehaltungsrecht der Beklagten von Bedeutung sein, wenn sie hiernach einen Befreiungsanspruch gegen die Klägerin hätte. Das trifft jedoch nicht zu. Das Gesetz gibt Bestimmungen über die Lastentragung im Innenverhältnis zwischen Erben und Vermächtnisnehmer in den §§ 2165 bis 2168 BGB. Danach scheidet hinsichtlich der dinglichen Belastung ein Befreiungsanspruch der Beklagten gegen die Klägerin aus; denn die Klägerin, die dinglich nach außen mit einer Gesamtgrundschuld am vermachten Teilgrundstück in voller Höhe belastet bleibt, hat zwar im Zweifel keinen Anspruch gegen die Beklagte auf Beseitigung dieser Belastung (§ 2165 Abs. 1 Satz 1 BGB), ist ihr gegenüber aber andererseits zur Befriedigung der Bank (soweit der Wert ihres Teilgrundstücks reicht, vgl. § 2166 Abs. 1 Satz 1 BGB) nur in Höhe desjenigen Teils der Grundschuld verpflichtet, der dem Verhältnis des Wertes des vermachten Teilgrundstücks zum Wert des Gesamtgrundstücks entspricht (§ 2168 Abs. 1 Satz 1 BGB). Was die Haftung der Beklagten als Schuldner der persönlichen Forderung der Bank anlangt, so wäre zwar, wenn es sich um den Regelfall einer Hypothek handeln würde, die Klägerin im Zweifel auch in dieser Hinsicht zu einem dem Wertverhältnis der beiden Teilgrundstücke entsprechenden Teil (und nicht über den absoluten Wert ihres Teilgrund-

stücks hinaus) zur rechtzeitigen Befriedigung der Bank verpflichtet (§ 2166 Abs. 1 Satz 1, § 2167 Satz 1 BGB). Diese Auslegungsregel würde jedoch nicht gelten, wenn die Hypothek eine Höchstbetragshypothek wäre (§ 2166 Abs. 3 BGB). Im vorliegenden Fall handelt es sich überhaupt nicht um eine Hypothek, sondern um eine Grundsschuld. Bei ihr sieht das Gesetz, entsprechend ihrer rechtlichen Selbständigkeit gegenüber jeder Forderung, eine Belastung des Vermächtnisnehmers mit einer durch die Grundsschuld wirtschaftlich gesicherten Forderung nicht vor. Wollte man aber für Forderungen, die durch Grundsschulden gesichert sind, eine entsprechende Anwendung des für Hypothekenforderungen geltenden § 2166 BGB erwägen (Staudinger/Seybold, BGB 11. Aufl. § 2165 Rdn. 7), so müßte nach der zutreffenden Annahme der Vorinstanzen auch Abs. 3 von § 2166 BGB entsprechend angewendet werden (vgl. Staudinger/Seybold aaO). Das Berufungsgericht stellt ohne Rechtsirrtum fest, daß es sich im vorliegenden Fall um eine Sicherungsgrundsschuld für ein Kreditverhältnis in laufender Rechnung mit stets wechselndem Schuldstand handle; infolgedessen ist der vorliegende Fall nicht dem Regelfall des Abs. 1 von § 2166 BGB vergleichbar, sondern dem Ausnahmefall des Abs. 3, wonach eine Haftung der Klägerin für die persönliche Schuld (im Innenverhältnis) nicht gesetzlich vermutet wird (Staudinger/Seybold aaO). Unverständlich ist die Meinung der Revision, die Feststellung der Sicherung eines Kreditverhältnisses in laufender Rechnung sei deshalb nicht entscheidend, weil die Bankgrundsschuld von 60 000 DM einem Kredit für geplante und zum Teil durchgeführte Erweiterungs-

bzw. Umbauten gedient habe und mit durchschnittlich 15 000 DM in Anspruch genommen worden sei; wenn der am Todestag des Erblassers vorhandene Kreditbetrag für Hotel-Um- oder Erweiterungsbauten gedient hat, spricht das nicht notwendig gegen die Feststellung des Berufungsgerichts, daß der Schuldstand stets gewechselt habe.

Hiernach fehlt es an einem gesetzlichen Anknüpfungspunkt zu einer schuldrechtlichen Haftung der Klägerin für die Bankschuld (auch nur) im Innenverhältnis zur Beklagten, und es wäre Sache der Beklagten, einen auf die Begründung einer solchen Haftung gerichteten und im Testament zum Ausdruck gekommenen positiven Erblasserwillen zu behaupten und zu beweisen. Die Revision macht aber nicht geltend, daß die Beklagte dies schon in den Tatsacheninstanzen getan hätte. Infolgedessen hat das Berufungsgericht eine solche schuldrechtliche Haftung der Klägerin für die Bankschuld und daher ein hierauf gegründetes Gegenrecht der Beklagten gegenüber dem eingeklagten Zahlungsanspruch mit Recht verneint.

Im übrigen sind Bedenken gegen den vom Berufungsgericht ermittelten Umfang des für die Vergangenheit geschuldeten Nutzungswertes weder geltend gemacht noch ersichtlich.

3. Bei der Berechnung des für die Zukunft (ab 1. Juni 1960) bis zur Besitzeinräumung geschuldeten Nutzungswertes legt das Berufungsgericht die genannten Mietwerte (hinsichtlich der Drogerieräume den tatsächlich erzielten von 250 bzw. 300 DM, hinsichtlich der übrigen vorenthaltenen Räume den laut behördlicher Auskunft erzielbaren von 241,91 DM monatlich) zugrunde,

ohne irgendwelche Belastungen hiervon abzusetzen. Auch dies entspricht dem Sach- und Streitstand im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung des Berufungsverfahrens. Denn der Nutzungsherausgabeanspruch der Klägerin wird durch ihre Pflicht zur anteiligen Tragung der Grundstückslasten nicht von selbst dem Umfang nach eingeschränkt; diese Pflicht begründet vielmehr einen Gegenanspruch der Beklagten, den sie geltend machen muß, damit er berücksichtigt werden kann. An einer solchen Geltendmachung fehlt es aber bisher. Die Beklagte hat sich nämlich auf eine Lastentragungspflicht der Klägerin nur berufen gegenüber dem in erster Instanz zugesprochenen Hilfsanspruch auf Geldausgleich anstelle des Sachvermögens (GA II 305) und gegenüber dem Nutzungsersatzanspruch für die Vergangenheit (GA II 336/37; vgl. die Schriftsatzbezugnahme BU S. 28 oben). Für die Zukunft ist eine Aufrechnung oder eine als Aufrechnung auslegbare Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts nicht erfolgt. Deshalb hat das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum für die Zukunft den unverminderten Nutzungsanspruch (Mietzinsfreigabe und Zahlung von monatlich 241,91 DM) zugesprochen. Der Beklagten bleibt die Geltendmachung jener Lastentragungspflicht der Klägerin außerhalb dieses Verfahrens unbenommen.

D. Ergebnis; Kosten

Da auch ein sonstiger Rechtsirrtum des Berufungsgerichts zum Nachteil der Revisionsklägerin nicht ersichtlich ist, erweist sich die Revision mit den genannten Einschränkungen als unbegründet.

Die Kosten der Revision wurden der Beklagten in vollem Umfang auferlegt, weil die Zuvielforderung der Klägerin verhältnismäßig geringfügig war und keine besonderen Kosten veranlaßt hat (§§ 97, 92 Abs. 2 ZPO). Daß die Genehmigungsbedürftigkeit des Vermächtnisses erst während des Revisionsverfahrens durch Gesetzesänderung weggefallen ist, rechtfertigt die Auferlegung der Kosten einzelner Instanzen auf die Klägerin nicht. Nach der kostenrechtlichen Grundregel (§ 91 ZPO) kommt es für die Kostenbelastung hinsichtlich aller Instanzen auf das Unterliegen in der letzten Instanz an. Von den gesetzlichen Ausnahmen von diesem Grundsatz (§§ 93, 93 a, 94, 96, 97 Abs. 2, 344 ZPO) trifft im vorliegenden Fall keine zu. Zwar hat das Reichsgericht die Auffassung vertreten, daß die Kosten der Vorinstanzen dem Revisionskläger dann zur Last bleiben können, wenn er lediglich auf Grund eines erst nach Erlaß des Berufungsurteils in Kraft getretenen Gesetzes obsiegt (RGZ 101, 162, 165); aber dort hatte im Gegensatz zum vorliegenden Fall die von der Gesetzesänderung betroffene Partei von der Weiterverfolgung ihres bisherigen Antrags Abstand genommen, so daß eine dem § 93 ZPO vergleichbare Sachlage gegeben war. Im vorliegenden Fall war überdies auch bei Berücksichtigung der damals noch geltenden Genehmigungsbedürftigkeit nach dem Wohnsiedlungsgesetz die Klage bereits im Zeitpunkt des Erlasses des Berufungsurteils zum überwiegenden Teil, nämlich hinsichtlich der Ansprüche auf Besitz und Nutzungen, begründet, wie sich aus der Testamentsauslegung im Sinne eines von der Eigentumsverschaffungsmöglichkeit unabhängigen Besitz- und Nutzungsanspruchs ergibt (oben B). Ebenso wenig können umgekehrt die Kosten des Revisionsverfahrens

der Klägerin auferlegt werden; eine entsprechende Anwendung des § 97 Abs. 2 ZPO scheitert schon daran, daß der Klägerin in den Vorinstanzen eine Berufung auf das damals noch nicht bestehende Bundesbaugesetz nicht möglich war (vgl. auch Senatsurteil LM ZPO § 97 Nr. 7 und Senatsurteil vom 29. Dezember 1961, V ZR 229/60).

Hiernach war wie geschehen zu erkennen.

Dr. Hückinghaus

Schuster

Dr. Piepenbrock

Mattern

Offterdinger