

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V ZR 35/79

URTEIL

Verkündet am
26. März 1980
H i r t h ,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. Renate W [REDACTED] geb. M [REDACTED], Max-H [REDACTED]-Straße [REDACTED],
M [REDACTED]/R [REDACTED],
2. Kaufmann Heinz-Joachim M [REDACTED], Kleine H [REDACTED] Straße [REDACTED],
Essen,

Kläger, Revisionskläger und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt
Freiherr von [REDACTED] -

g e g e n

Firma E [REDACTED]-Mo [REDACTED]-Comp. GmbH, Me [REDACTED]straße [REDACTED]/ [REDACTED],
D [REDACTED], vertreten durch ihren Geschäftsführer,
den Kaufmann Joachim E [REDACTED], ebenda,

Beklagte, Revisionsbeklagte und
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 26. März 1980 durch den Vorsitzenden Richter Hill und die Richter Offterdinger, Dr. Eckstein, Linden und Dr. Vogt

für Recht erkannt:

Auf die Revisionen der Parteien wird das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 17. Januar 1979 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens - an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Kläger sind Eigentümer eines im Grundbuch von Mülheim Blatt 1770, 2181, 3177 und 3178 verzeichneten Grundbesitzes der Gemarkung M., D. . Auf dem Grundstück D. (Grundbuch Blatt 3177 Flur 29 Flurstück 279) sind zugunsten der Beklagten in Abteilung II laufende Nr. 15 und 16 ein Vorkaufsrecht und eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit (Tankstellenbetriebsrecht) eingetragen. Die Beklagte ist den Klägern gegenüber aufgrund eines Vergleichs (geschlossen anlässlich eines anderen Rechtsstreits) verpflichtet, diese Rechte löschen zu lassen, wurde im vorliegenden Rechtsstreit dazu verurteilt und nimmt dies hin.

- 3 -

Der Rechtsstreit geht nunmehr nur noch um die Frage, ob und in welchem Umfang die Kläger ihrerseits verpflichtet sind, (Zug um Zug gegen die Löschung) der Beklagten eine neue Tankstellendienstbarkeit zu bestellen.

Die Kläger schlossen mit der Beklagten am 12. November 1968 einen Tankstellenmietvertrag. Darin heißt es u.a.:

„§ 9

Der Vermieter (Kläger) verpflichtet sich, zu Gunsten der EMC (Beklagte) im Grundbuch des vermieteten Grundstücks eine erstrangige beschränkte persönliche Dienstbarkeit notariell zu beantragen und zu bewilligen. Die Dienstbarkeit soll im Grundbuch an rangerster Stelle eingetragen werden. Diese Dienstbarkeit ist in ihrem Rechtsbestand unabhängig von diesem Mietvertrag. Inhaltlich soll die bei der EMC jeweilig gebräuchliche Dienstbarkeitsbewilligung Verwendung finden.“

Die Grundstücke der Kläger liegen in einem Bereich, für den die Stadt M. eine dreigeschossige Bauweise festgesetzt hat. Die Stadt hat in den Jahren 1969, 1974 und 1977 Bauvoranfragen über Bauvorhaben auf den Grundstücken der Kläger für ein mehrgeschossiges Gebäude (bis zu acht Stockwerken) mit Tankstelle negativ beschieden, insbesondere den Standpunkt eingenommen, eine Tankstelle dürfe nicht errichtet werden.

Das Landgericht hat die Beklagte antragsgemäß verurteilt, die Löschung der für sie eingetragenen Belastungen zu bewilligen. Das Oberlandesgericht hat diese Verurteilung mit einer Zug-um-Zug-Einschränkung dahin aufrechterhalten, daß die Kläger der Beklagten eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit näher beschriebenen Inhalts zum Betrieb einer Tankstelle auf den im Grundbuch von M. Blatt 2181 ein-



getragenen Grundstücken Flur 29 Flurstücke Nr. 179, 167 und 274 zu bestellen und zu bewilligen haben (Fassung nach dem mit Beschluß vom 21. Februar 1979 berichtigten Urteilstenor).

Die Kläger erstreben mit ihrer Revision den Wegfall dieser Zug-um-Zug-Einschränkung; die Beklagte möchte mit ihrer Revision erreichen, daß die von den Klägern Zug um Zug zu erklärende Bestellung und Bewilligung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit auf die im Grundbuch von M. Blatt 1770, 3177 und 3178 eingetragenen Grundstücke der Kläger ausgedehnt wird. Jede Partei beantragt die Zurückweisung des gegnerischen Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe

Beide Revisionen sind begründet.

I. Die Revision der Kläger

1. Entgegen der Auffassung der Revision hat das Berufungsgericht zutreffend angenommen, der Lösungsanspruch der Kläger und der Anspruch der Beklagten auf Neubestellung einer Tankstellendienstbarkeit beruhten auf demselben rechtlichen Verhältnis. Insoweit ist eine weite Auslegung von § 273 BGB geboten. Die erforderliche Konnexität ist immer schon dann gegeben, wenn den Ansprüchen ein innerlich zusammenhängendes einheitliches Lebensverhältnis zugrunde liegt, wofür genügt, daß ein natürlicher wirtschaftlicher Zusammenhang besteht, so daß es wider Treu und Glauben verstieße, wenn der eine Anspruch ohne den anderen geltend gemacht werden könnte (BGHZ 64, 122, 125). Das ist hier

der Fall. Nach dem Vergleich wird die Löschung der dinglichen Rechte der Beklagten vom Abschluß eines neuen Vertrages abhängig gemacht. Das ist nach den Feststellungen des Berufungsgerichts der Tankstellenmietvertrag vom 12. November 1968, aus dessen § 9 der Anspruch auf Bestellung einer neuen Dienstbarkeit folgt.

2. Das Berufungsgericht meint, die Erfüllung des Tankstellenmietvertrages sei nachträglich nicht endgültig unmöglich geworden. Für die Wirksamkeit einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit sei ein eigenes oder zu förderndes fremdes wirtschaftliches oder ideelles Interesse erforderlich. Dieses fehle, wenn es auf Dauer unmöglich wäre, eine Tankstelle auf dem Grundbesitz der Kläger zu errichten. Entsprechende Feststellungen ließen sich aber nicht treffen. Die Baugenehmigungsbehörden hätte die Bauvorhaben mit der Tankstelle auch mit Hinweis auf § 4 Abs. 3 Nr. 5 BauNVO versagt, wonach Tankstellen in allgemeinen Wohngebieten nur ausnahmsweise zugelassen werden könnten, was hier nicht in Betracht komme, weil an der Straße Dickswall bereits mehrere Tankstellen vorhanden seien. Danach sei zwar gegenwärtig und in naher Zukunft mit der Baugenehmigung für eine Tankstelle nicht zu rechnen. Durch die Änderung der Verkehrsverhältnisse, der Verkehrsplanung und Straßenführung oder wegen Schließens benachbarter Tankstellen könne aber eine Lage eintreten, in der die Behörden eine Ausnahmegenehmigung erteilen würden. Nicht auszuschließen sei auch, daß die Behörden überhaupt ihre Einstellung zu dieser Frage änderten. Das vorübergehende Erfüllungshindernis könne damit auch noch nicht einem dauernden gleichgeachtet werden.

Einleitend stellt das Berufungsgericht zwar darauf ab, die Kläger könnten nicht mit Erfolg geltend machen, daß die "Erfüllung des Tankstellenmietvertrages (nachträglich endgültig) unmöglich geworden sei". Im folgenden wählt es aber als Ansatzpunkt seiner Prüfung das für die Wirksamkeit einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit erforderliche eigene oder fremde schutzwürdige Interesse (vgl. BGHZ 41, 209), um später wieder auf die Unmöglichkeit der Erfüllung des Mietvertrages zurückzukommen. Richtiger erscheint es, den Fall insgesamt unter dem Gesichtspunkt zu prüfen, daß auch der Anspruch der Beklagten aus § 9 des Mietvertrages erloschen sein kann, wenn die Erfüllung des Mietvertrages unmöglich geworden wäre, weil eine Tankstelle (Mietobjekt) nicht gebaut werden darf. Diese Unmöglichkeit wird in der Regel hier auch den Anspruch auf Bestellung der (zur Sicherheit für die Vertragserfüllung gedachten) Dienstbarkeit untergehen lassen, weil nach Inhalt und Zweck des Vertrages keiner Partei mit einer Tankstellendienstbarkeit ohne Tankstelle gedient ist (vgl. auch BGH Urteil vom 7. Februar 1969, V ZR 112/65 = LM BGB § 323 Nr. 6) und dann die Vertragsdurchführung insgesamt sinnlos geworden ist. § 9 des Mietvertrages bestimmt zwar, daß die Dienstbarkeit in ihrem Bestand vom Mietvertrag unabhängig ist. Ob die Parteien damit zum Ausdruck bringen wollten, die Dienstbarkeit müsse auch dann bestellt werden, wenn der Tankstellenbau rechtlich unmöglich geworden sei, ist eine Auslegungsfrage, die das Berufungsgericht - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - bisher nicht geprüft hat.

Bedenken begegnet auch die Annahme des Berufungsgerichts, in § 9 des Mietvertrages liege bereits die nach § 873 Abs. 1 BGB erforderliche dingliche Einigung. Daß auch ohne die bei der Beklagten "jeweilig gebräuchliche Dienstbarkeitsbewilligung" die Dienstbarkeit inhaltlich ausreichend bestimmt ist, besagt entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts noch nichts dafür, daß in § 9 des Mietvertrages mehr als die schuldrechtliche Verpflichtung der Kläger zur Bestellung einer entsprechenden Dienstbarkeit zum Ausdruck kommt.

Das Berufungsgericht wird Gelegenheit haben, den angeschnittenen Fragen im Rahmen der erneuten Verhandlung nachzugehen. Das Urteil unterliegt schon deshalb der Aufhebung, weil die Ausführungen darüber, daß ein Tankstellenbau auf dem Grundbesitz der Kläger nach wie vor möglich erscheint, revisionsrechtlicher Prüfung nicht standhalten. Ein zeitweiliges Erfüllungshindernis ist einem dauernden gleichzustellen, wenn nach der Sachlage, wie sie beim Eintritt des Leistungshindernisses besteht, die Erreichung des Vertragszwecks überhaupt in Frage gestellt wird und deshalb dem Vertragsgegner nach dem Grundsatz von Treu und Glauben unter billiger Abwägung der beiderseitigen Interessen ein Festhalten am Vertrag nicht mehr zugemutet werden kann. Gerade bei Dauerschuldverhältnissen wird eine vorübergehende Leistungsunmöglichkeit sehr bald untragbar (vgl. BGH Urteile vom 27. Mai 1953, VI ZR 230/52 = LM BGB § 275 Nr. 3; vom 30. Oktober 1953, V ZR 76/52 = LM aaO Nr. 4; vom 9. Juli 1955, VI ZR 108/54 = LM aaO Nr. 7 je m.w.N.; BGHZ 47, 48, 50, 51; BGB-RGRK 12. Aufl. § 275 Rdn. 21 bis 24; MünchKomm-Emmerich § 275 Rdn. 44 bis 50 je m.w.N.).

Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts wird die Stadt Mülheim ein über drei Geschosse hinausgehendes Gebäude in Verbindung mit einer Tankstelle nicht genehmigen, insbesondere die Ausnahmegenehmigung nach § 4 Abs. 3 Nr. 5 BauNVO nicht erteilen. Mehr als zehn Jahre nach Abschluß des Mietvertrages ist es mithin immer noch nicht gelungen, das Mietobjekt (Tankstelle) zu bauen. Da es hier um die Durchführung eines Dauerschuldverhältnisses geht, ist dies auch unter weitgehender Berücksichtigung der Belange der Beklagten nach der oben erwähnten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes für die Kläger untragbar. Die Ausführungen des Berufungsgerichts über die Änderung der Verkehrsverhältnisse, der Verkehrsplanung und Straßenführung oder der Konkurrenzverhältnisse hinsichtlich der Tankstellen in der Straße am D■■■■■ sowie über einen eventuellen Meinungsumschwung bei den Baugenehmigungsbehörden beruhen ersichtlich nur auf abstrakten allgemeinen Überlegungen, für die jede tatsächliche Grundlage fehlt. Ob und unter welchen Voraussetzungen die Stadt M■■■■■ mithin ein Bauvorhaben der Kläger mit Tankstelle genehmigen würde, läßt sich nach den bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts nicht absehen und ist völlig ungewiß. Dann aber wird fraglich, ob nur unter Hinweis auf die abstrakt immer vorstellbare Möglichkeit einer späteren Genehmigung die Vertragserfüllung nach wie vor als möglich angesehen werden kann. Das Berufungsgericht hat auch nicht festgestellt, daß die Parteien trotz des eingetretenen Leistungshindernisses am Vertrag hätten festhalten wollen (vgl. BGH LM aaO Nr. 4).

Der Rechtsstreit ist, abgesehen von den auf die Revision der Beklagten zu behandelnden Fragen, noch nicht entscheidungsreif. Umfangreicher Sachvortrag der Parteien mit Beweisangeboten ist bislang nicht geprüft. Die Beklagte hatte vorgetragen, ein dreigeschossiger Bau mit Unterflurtankstelle hätte längst die Ausnahmegenehmigung erhalten, diese würde auch jetzt noch erteilt werden (Schriftsatz vom 25. Oktober 1978 S. 3 ff). Jedenfalls hätten die Kläger die Unmöglichkeit zu vertreten und schuldeten Schadensersatz (Schriftsatz vom 25. Oktober 1978 S. 5 ff). Das hatten die Kläger bestritten und dem auch entgegengehalten, die Beklagte sei verpflichtet gewesen, einer über den Bebauungsplan hinausgehenden optimalen Ausnutzung des Grundstücks, insbesondere in acht- bis neugeschossiger Bauweise, zuzustimmen (Schriftsatz vom 27. November 1978 S. 6

II. Revision der Beklagten

Das Berufungsgericht bezieht die Verpflichtung der Kläger zur Dienstbarkeitsbestellung nur auf die im Grundbuch Blatt 2181 eingetragenen Grundstücke (Flur 29 Flurstück Nr. 179, 167 und 274). Aufgrund des Vortrags der Parteien in Verbindung mit einer "von den Klägern mit ihrem nachgelassenen Schriftsatz überreichten Skizze" stehe fest, daß die Tankstelle nur auf diesen Grundstücken errichtet werden sollte. Die Beklagte nehme nach dem Inhalt ihres mit Schriftsatz vom 18. Dezember 1978 angekündigten und so auch gestellten Antrags andere Grundstücke nicht in Anspruch.

Dagegen wendet sich die Revision zu Recht. Soweit es um den Umfang des von der Beklagten gestellten Hilfsantrags geht, ist der Senat nicht an die Auslegung des Berufungsgerichts gebunden, sondern kann diese verfahrensrechtliche Erklärung der Beklagten frei würdigen (herrschende Meinung, vgl. BGHZ 4, 328, 334; BGH Urteile vom 25. Mai 1962, I ZR 181/60 = NJW 1962, 1390, 1391; vom 23. Januar 1963, I b ZR 167/61 = NJW 1963, 956; Baumbach/Albers, ZPO 39. Aufl. § 550 Anm. 2 C; Thomas/Putzo, ZPO 10. Aufl. § 550 Anm. 2 a aa; a.A. Stein/Jonas/Grunsky, ZPO 19. Aufl. § 549 III B 4 e). Vortrag und Antrag aus dem Schriftsatz vom 18. Dezember 1978 ergeben eindeutig entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts, daß die Beklagte ihren Zug-um-Zug-Antrag nicht nur auf die unter Blatt 2181 eingetragenen Grundstücke bezieht, sondern daneben auch noch auf die im Grundbuch Blatt 1770, 3177 und 3178 eingetragenen Grundstücke. Der Vortrag der Beklagten und der entsprechende Antrag im erwähnten Schriftsatz gehen zurück auf eine Verfügung des Senatsvorsitzenden des Berufungsgerichts vom 11. Dezember 1978, in der gebeten wurde, "den Inhalt der beanspruchten Eintragung und der davon betroffenen Grundstücke genau zu bezeichnen". Daraufhin hatte die Beklagte im erwähnten Schriftsatz erklärt, von der Dienstbarkeit betroffen seien die Grundstücke "D[REDACTED] 14 bis 28, soweit sie wie folgt im Grundbuch eingetragen sind". Im folgenden hatte sie dann ausdrücklich die Grundbuchblätter 1770, 3177, 3178 und 2181 bezeichnet und lediglich hinter Blatt Nr. 2181 "Flur 29 Flurstücke 179, 167, 274" aufgeführt, was sie im Folgesatz dahin erläuterte, die weiteren auf Blatt 2181 verzeichneten Flurstücke betreffen das Hintergelände und seien deshalb für die Dienstbarkeit ohne Belang.

Demgemäß bezieht sich die Zug-um-Zug-Einschränkung des zunächst erlassenen Berufungsurteils auf alle erwähnten Grundstücke. Aus der Tatsache, daß die Flur Nrn. 179, 167 und 274 alle im Grundbuch auf Blatt 2181 verzeichnet sind, hat das Berufungsgericht den Antrag der Beklagten offensichtlich (vgl. auch Berichtigungsbeschluß vom 21. Februar 1979) irrig in einem einschränkenden Sinn verstanden. Ersichtlich nimmt die Beklagte mehrere Grundstücke im Rechtssinne in Anspruch. Sie hat ausdrücklich erläutert, warum sie nur bei den im Grundbuch Blatt 2181 eingetragenen Grundstücken die Flurstücke mit aufgeführt hatte. Es ließ sich deshalb nicht folgern, sie meine nur diese Flurstücke und irre sich in der Bezeichnung der Grundbuchblätter.

Der Entscheidung des Berufungsgerichts ist mithin der Boden entzogen. Sollte das Berufungsurteil auch dahin zu verstehen sein, daß es materiell den Umfang der Verpflichtung zur Dienstbarkeitsbestellung durch Auslegung ermittelt und im Sinne des berichtigten Tenors begrenzt, wäre dies ebenfalls rechtsfehlerhaft.

Mit Erfolg beanstandet nämlich die Revision die verfahrenswidrige Feststellung des Sachverhalts in einem entscheidungserheblichen Punkt. Das Berufungsgericht stellt fest, daß mit der Dienstbarkeit die Grundstücke zu belasten sind, welche die Beklagte "auf S. 1 ihres Schriftsatzes vom 18. Dezember 1978 angegeben hat" (BU S. 1). Damit in unlösbarem Widerspruch stehen die folgenden Ausführungen, daß nach dem Vortrag der Parteien in Verbindung mit einer von den Klägern übergebenen Skizze feststehe,

die Dienstbarkeit solle nur auf den Grundstücken Blatt 2181 Flur Nrn. 179, 167, 274 bestellt werden. Widerspruchsvolle Feststellungen binden das Revisionsgericht nicht (vgl. BGH Urteil vom 5. November 1968, VI ZR 179/67 = MDR 1969, 133).

Im übrigen haben die Kläger mit nachgelassenem Schriftsatz (nicht datiert, eingegangen am 3. Januar 1979) zwei Skizzen vorgelegt, und zwar als Anlage C (GA Bl. 276; das ist die im Vertrag vom 12. November 1968 erwähnte und zur Anlage gemachte Bebauungsskizze), die die von der Dienstbarkeit betroffenen Grundstücke nicht unmittelbar bezeichnet, und als Anlage B (GA a.E.), in der die Kläger eingezeichnet hatten, welche Fläche - blau umrandet - ihrer Ansicht nach "nach dem Vertrag vom 12. November 1968 in Frage gekommen wären". Aus dieser Skizze ergibt sich, daß auch die Kläger neben den Flurstücken 179, 167 und 274 die Flurstücke 180 (Grundbuch Blatt 1770) und Flurstück 279 (Grundbuch Blatt 3177) als betroffen ansehen.

Das Berufungsgericht wird deshalb - falls es einen Anspruch der Beklagten auf Dienstbarkeitsbestellung bejaht - zu prüfen haben, auf welche Grundstücke sich diese Verpflichtung der Beklagten bezieht. In § 9 des Vertrages ist zunächst von dem "vermieteten Grundstück" die Rede, das in § 1 des Vertrages mit "M[REDACTED]/R[REDACTED], D[REDACTED]" angesprochen wird. Es wird auf eine beigegefügte Baubeschreibung und auf eine Bebauungsskizze verwiesen. Beide Unterlagen (Bl. 272 ff GA und Hülle Bl. 276 GA) bezeichnen die zu belastenden Flächen nicht unmittelbar. Es ist aber vom Tatrichter zu prüfen, ob sie sich mittelbar aus diesen Unterlagen ergeben.

Das Berufungsgericht geht davon aus, daß nach dem Inhalt der getroffenen Abrede nicht die gesamte Fläche der genannten Grundstücke in Anspruch genommen werden dürfe, und meint ohne weitere Begründung, darin liege eine zulässige Beschränkung der Ausübung der Dienstbarkeit auf einen Teil des belasteten Grundstücks (§§ 1090 Abs. 2, 1023 BGB). Nicht in Betracht gezogen ist dabei, daß die Parteien auch gewollt haben können, bestimmte reale Teile (vgl. auch § 7 Abs. 2 GBO) der betroffenen Grundstücke mit einer Dienstbarkeit zu belasten. Auch das wäre zulässig (vgl. BGB-RGRK 12. Aufl. § 1090 und § 1018 je Rdn. 4; Palandt, BGB 39. Aufl. § 1090 und § 1018 je Anm. 2).

Auf die Revisionen beider Parteien war deshalb das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur anderweite Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurück zuverweisen.

Hill

Linden

Offterdinger

Vogt

Dr. Eckstein