

Nachschlagewerk: ja
Antliche Sammlung: nein

BGB §§ 137, 313

Der schuldrechtliche Vertrag, durch den sich ein Erblasser gegenüber seinem Vermächtnisnehmer verpflichtet, über das vermachte Grundstück auch unter Lebenden nicht zu verfügen, bedarf nicht der Form des § 313 BGB.

BGB § 2174

Der mit einem Grundstücksvermächtnis Beschwerte hat auch die Kosten der Grundstücksumschreibung zu tragen.

BGH, Urt. v. 20. März 1963 - V ZR 89/62 - OLG Oldenburg
LG Oldenburg

V ZR 89/62

Verkündet
am 20. März 1963
Hirth, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Frau Else F [REDACTED] geb. R [REDACTED]
in O [REDACTED], M [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten und
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Wilhelm S [REDACTED]
in A [REDACTED] ([REDACTED]),

Kläger, Berufungskläger und
Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 20. März 1963 unter Mitwirkung der
Bundesrichter Dr. Augustin, Dr. Rothe, Dr. Freitag,
Dr. Mattern und Offterdinger

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 1. Zivilsenats
des Oberlandesgerichts in Oldenburg (Oldbg.) vom
27. Oktober 1961 wird auf Kosten der Beklagten zurück-
gewiesen mit der Maßgabe, daß anstelle der bisherigen
Nr. 2 der Urteilsformel folgender Ausspruch tritt:

Es wird festgestellt, daß die Beklagte verpflich-
tet ist, nach Durchführung der zu Nr. 1 genannten Ver-
messung das sich daraus ergebende Grundstück an den
Kläger aufzulassen und die Kosten der Umschreibung zu
tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Auf 1. September 1952 mietete ("pachtete") der Kläger von den Eheleuten Fritz und Martha B. das auf dem Anwesen der Ehefrau B. Artikel 922 des Grundbuchs der Gemeinde A. (M. Straße) in A. befindliche Schuhgeschäft mit Inventar und Wohnung.

Durch Erbvertrag vom 9. Oktober 1953 mit dem Kläger und dessen Ehefrau vermachten die Eheleute B. dem Kläger das genannte Hausgrundstück - gemeint war unstreitig nur ein realer Teil dieses Grundstücks - mit dem Schuhgeschäft, "und zwar mit der Wirkung, daß der Vermächtnisanspruch mit dem Tode des letztversterbenden Ehegatten B. fällig werden soll"; die Ehefrau des Klägers wurde als Ersatzvermächtnisnehmerin eingesetzt.

Am 7. Dezember 1953 starb die Ehefrau B.. Sie wurde von ihrem Ehemann allein beerbt.

Danach lernte dieser die Beklagte kennen, nahm sie in seinen Haushalt auf, setzte sie durch Privattestament vom 16. August 1955 zu seiner Alleinerbin ein und verkaufte durch notariellen Vertrag vom 16. Dezember 1955 das genannte Hausgrundstück an sie; die Auflassung wurde gleichzeitig erklärt, aber im Grundbuch bisher nicht vollzogen.

Am 17. Januar 1956 starb der Ehemann B..

Der Kläger klagt auf Grund des Vermächtnisses auf Herbeiführung der Heraussmessung eines näher bezeichneten Teilgrundstücks sowie auf dessen Auflassung an ihn, beides auf Kosten der Beklagten. Er sieht in der Grundstücksveräußerung an die Beklagte ein Scheingeschäft, eine absichtliche Benachteiligung und eine Sittenwidrigkeit und beruft sich neuerdings auch auf eine vertragliche Bindung der Eheleute B. ihm gegenüber unter Lebenden.



Die Beklagte hält den Kaufvertrag für wirksam und dadurch das Grundstücksvermächtnis für beseitigt. Fürsorglich hat sie es durch notarielle Erklärung vom 11. Oktober 1958 wegen Irrtums der Ehefrau B. angefochten.

Das Landgericht hat die Klage als unbegründet abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat der Klage stattgegeben und diese Entscheidung nach zweimaliger Aufhebung und Zurückverweisung durch den IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs jeweils wiederholt, zuletzt durch einen anderen Senat.

Mit der Revision erstrebt die Beklagte wiederum Klagabweisung. Der Kläger bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

Die Vermächtnisanfechtung wurde bereits im zweiten Berufungsurteil (dort S. 12/13) für verspätet und deshalb unwirksam erklärt. Die Beklagte hat auf sie im dritten Berufungsverfahren nicht mehr besonders abgehoben. Das angefochtene Urteil erwähnt sie nicht ausdrücklich, geht aber ersichtlich ebenso wie das vorangegangene zweite Berufungsurteil von ihrer Unwirksamkeit aus. Die Revision erhebt insoweit keine Einwendungen; ein Rechtsirrtum ist nicht erkennbar.

Die in den beiden ersten Berufungs- und Revisionsurteilen im Mittelpunkt stehende Frage, ob das umstrittene Grundstücksvermächtnis von dem zuerst versterbenden Ehegatten B. (Ehefrau) oder vom überlebenden (Ehemann) als Erblasser verfügt wurde, hat das nunmehr angefochtene dritte Berufungsurteil ausdrücklich offengelassen (S. 23/24). Für den ersteren Fall (Vermächtnis der Ehefrau) hält

es ohne Rechtsirrtum den Vermächtnisanspruch des Klägers für bereits mit dem Tod der Ehefrau B. entstanden, den Ehemann B. als ihren Erben für den ursprünglichen Schuldner dieses Anspruchs und die Beklagte als Erbin dieses Schuldners für die Schuld als Nachlaßverbindlichkeit für haftbar. Für den zugunsten der Beklagten unterstellten letzteren Fall (Vermächtnis des Ehemanns B.) bejaht das Berufungsgericht (S. 25 ff) eine zwischen den Ehepaaren B. und Sch. neben dem Erbvertrag stillschweigend gemäß § 137 Satz 2 BGB getroffene schuldrechtliche Vereinbarung dahin, daß das vermachte (Teil-) Grundstück von den Eheleuten B. nur im Notfall sollte veräußert werden dürfen und außerhalb eines Notfalls nicht; es verneint das Vorliegen eines Notfalls zur Zeit des Abschlusses des Kaufvertrags mit der Beklagten (S. 31 ff) und leitet daraus eine von der Beklagten als Nachlaßverbindlichkeit zu erfüllende Schadensersatzpflicht des Ehemanns B. ab, den Kläger so zu stellen, wie er ohne jenen unzulässigen Verkauf gestanden hätte, also ihm das Eigentum an dem Gelände zu übertragen. Fürsorglich bejaht das Berufungsgericht aus § 826 BGB einen Schadensersatzanspruch gleichen Inhalts gegen die Beklagte sowohl als ursprüngliche Schuldnerin wie auch als Erbin des Ehemanns B. (S. 36 ff). Die Revision bekämpft dies ohne Erfolg.

I.

In rechtlicher Hinsicht folgt das Berufungsgericht dem in einer anderen Sache ergangenen Urteil des erkennenden Senats vom 20. September 1959 (V ZR 66/58, BGHZ 31, 13). Danach wird ein Erblasser, der einen bestimmten Gegenstand seines Vermögens einer anderen Person durch Erbvertrag vermacht hat, dadurch allein zwar nur an anderweitigen Verfügungen

über den Vermächtnisgegenstand von Todes wegen gehindert (§ 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB), er bleibt jedoch im Abschluß von widersprechenden Rechtsgeschäften unter Lebenden frei (§ 2286 BGB). Eine Bindung auch unter Lebenden kann indessen (mit zwar nicht dinglicher, aber obligatorischer Wirkung) dadurch herbeigeführt werden, daß sich der Erblasser neben dem Erbvertrag durch ein Rechtsgeschäft unter Lebenden, nämlich einen schuldrechtlichen Vertrag mit dem Bedachten, verpflichtet, über den vermachten Gegenstand auch unter Lebenden nicht mehr zu verfügen (§ 137 Satz 2 BGB). Zu einer solchen schuldrechtlichen Verpflichtung bedarf es eines Vertrags (§ 305 BGB), der normalerweise keine Form benötigt und daher auch stillschweigend abgeschlossen werden kann. An dieser auch von der Revision nicht in Zweifel gezogenen Rechtsauffassung ist festzuhalten.

Die im genannten Senatsurteil offengelassene Frage, ob ein solcher Unterlassungsvertrag bei Verbindung mit einem Erbvertrag der vorliegenden Art der Form des § 313 BGB bedarf, wird vom Berufungsgericht verneint, weil er den Eigentümer gerade nicht zur Veräußerung, sondern zur Nichtveräußerung verpflichtet und deshalb Sinn und Zweck jener Formvorschrift nicht zutreffen. Auch dem ist beizutreten.

Ein solcher Verpflichtungsvertrag bedurfte auch nicht etwa der Form des Erbvertrags, selbst wenn er mit ihm nach seinem Abschlußzeitpunkt und nach seinem Inhalt zusammenhing. Für die Annahme einer zur Formbedürftigkeit auch des Verpflichtungsgeschäfts unter Lebenden nach § 2276 BGB führenden rechtlichen Einheit beider Geschäfte (s. das Senatsurteil vom 3. November 1961, V ZR 48/60, BGHZ 36, 65, 70/71) bedurfte es besonderer Umstände des Einzelfalls, für die hier keine Anhaltspunkte vorliegen.

Eine rechtliche oder tatsächliche Vermutung für das Vorliegen eines solchen Verpflichtungsvertrags neben einem Erbvertrag besteht allerdings keineswegs. Beweispflichtig dafür ist nach allgemeinen Grundsätzen der Bedachte (Erbvertragsgegner oder Dritter, hier Kläger), der sich auf eine solche Verpflichtung des Erblassers beruft (vgl. das genannte Urteil BGHZ 31, 13, 19). Dies muß auch bei Zusammenhang mit einem entgeltlichen Erbvertrag gelten; ein solcher Zusammenhang spricht zwar in der Regel für vertragsmäßige Natur der im Erbvertrag enthaltenen Verfügung und daher für ihre Bindungswirkung von Todes wegen (Senatsurteil vom 8. November 1961, V ZR 31/60 = BGHZ 36, 115, 120), begründet aber noch nicht ohne weiteres eine Vermutung für das gleichzeitige Vorliegen eines rechtlich davon wesensverschiedenen Verpflichtungsgeschäfts unter Lebenden. Auch dies hat das Berufungsgericht entgegen der Meinung der Revision nicht verkannt; es stellt weder auf eine Vermutung noch auf die Beweislast ab, sondern spricht seine Überzeugung (§ 286 ZPO) vom Abschluß eines solchen Vertrags aus (S. 25 unten), hält also den dem Kläger obliegenden Beweis für geführt.

Dem Berufungsgericht ist schließlich auch darin rechtlich beizutreten, daß eine solche rechtsgeschäftliche Verpflichtung zur Nichtverfügung unter Lebenden (§ 137 Satz 2 BGB) auch mit dem eingeschränkten Inhalt eingegangen werden kann, daß dem Erblasser eine Veräußerung zwar grundsätzlich verboten, unter bestimmten Umständen (hier: beim Vorliegen einer Notlage) jedoch erlaubt ist.

II.

In tatsächlicher Hinsicht bedarf nach dem genannten Senatsurteil vom 30. September 1959 die Frage, ob neben der

erbvertraglichen Bindung auch ein derartiges Verpflichtungsgeschäft unter Lebenden abgeschlossen wurde, in jedem Einzelfalle sorgfältiger Prüfung, insbesondere nach der Richtung, ob die Parteien des Erbvertrags, auch wenn sie zu Lebzeiten des Erblassers dessen Partner noch kein positives Recht auf den Zuwendungsgegenstand einräumen wollten (sonst wäre es kein Erbvertrag), doch wenigstens eine negative Bindung dahin zu begründen wünschten, daß der Erblasser auch schon zu seinen Lebzeiten über den Zuwendungsgegenstand nicht anderweitig zu verfügen sich verpflichtete. Der erkennende Senat hat bereits in jenem Urteil vom 30. September 1959 darauf hingewiesen, daß ein solcher zusätzlicher Verpflichtungswille beim Abschluß des Erbvertrags etwa dann vorliegen kann, wenn die erbvertragliche Zuwendung den Bedachten nach der Vorstellung der Vertragsparteien während der künftigen Lebenszeit des Erblassers zu irgendeinem für diesen günstigen Verhalten veranlassen soll.

Im Einklang mit dieser Grundlinie stellt im vorliegenden Fall das angefochtene Urteil fest: Der Kläger habe mit dem Ehemann B. zunächst den sachlich angemessenen Gesamtmietpreis von (monatlich) 200 DM vereinbart; dieser Mietzins sei erst nachträglich im Hinblick auf das in Aussicht gestellte Vermächtnis auf ein sachlich nicht gerechtfertigtes Maß, nämlich auf (monatlich) 250 DM erhöht worden; den Eheleuten B. sei die Wechselwirkung zwischen Vermächtnis und überhöhter Miete bewußt gewesen; sowohl die Eheleute B. als auch der Kläger und seine Ehefrau seien bei Abschluß des Erbvertrags mit Rücksicht auf die erhöhte Miete davon ausgegangen, daß das Gelände dem Kläger zufallen sollte und im Grundsatz, nämlich mit Ausnahme eines Notfalls, nicht mehr sollte verkauft werden dürfen.

Zu Unrecht rügt die Revision verfahrensrechtliche Verstöße:

a) Entgegen der Meinung der Revision hat das Berufungsgericht seine Überzeugung vom stillschweigenden Abschluß eines Verpflichtungsgeschäfts mit dem genannten Inhalt ausführlich begründet. Es hat den genannten Einzelfeststellungen jeweils eine eingehende Beweiswürdigung zugrunde gelegt. Besonders ausführlich hat es sich mit der Frage des Bindungswillens der Eheleute B. beschäftigt (BU S. 28/30). Allerdings erfordert ein Verpflichtungsgeschäft nach § 137 Satz 2 BGB, wie jedes Rechtsgeschäft, nicht nur den tatsächlichen Willen des Erklärenden (hier des Erblassers) zur Unterlassung einer Veräußerung (BGHZ 31, 13, 18) und auch nicht nur nur die Vorstellung, rechtlich gebunden zu sein, sondern (das Bewußtsein und) den Willen, durch sein Verhalten eine (andernfalls nicht bestehende) rechtliche Bindung herbeizuführen. Aber auch wenn das Berufungsgericht an mehreren Stellen nur von den Vorstellungen der Eheleute B. spricht, so ergeben doch seine Ausführungen in ihrem Zusammenhalt, daß der Tatrichter nicht bloß Vorstellungen, sondern auch einen entsprechenden rechtsgeschäftlichen Verpflichtungswillen im Auge gehabt und zum Gegenstand tatrichterlicher Feststellung gemacht hat.

Die von der Revision vermißte Feststellung, wann jenes Verpflichtungsgeschäft zustandekam, ist im Berufungsurteil allerdings nicht ausdrücklich getroffen. Aus mehreren Wendungen (S. 26 oben: "neben dem Erbvertrag"; S. 29 und S. 30 oben: "bei Abschluß des Erbvertrags") ist jedoch die Feststellung zu entnehmen, daß jener Verpflichtungsvertrag zeitlich spätestens zugleich mit dem Erbvertrag abgeschlossen wurde.

b) Ein Widerspruch des angefochtenen Urteils im Sinne des § 565 ZPO zum letzten Revisionsurteil des IV. Zivilsenats besteht entgegen der Meinung der Revision nicht. Jones

Revisionsurteil hat sich - ebenso wie das erste Revisionsurteil und die ihnen vorangegangenen beiden ersten Berufungsurteile - mit der Frage eines Verpflichtungsgeschäfts nach § 137 Satz 2 BGB überhaupt nicht befaßt; infolgedessen konnte in diesem Punkt für das Berufungsgericht keine Bindung nach § 565 ZPO eintreten, es konnte hierüber vielmehr frei entscheiden, und zwar gleichgültig, ob der Kläger den Abschluß eines solchen Verpflichtungsgeschäfts schon im (ersten oder) zweiten Berufungsverfahren behauptet hatte oder erst im letzten (dritten) Berufungsverfahren neu behauptete (hierzu s. unten c 7).

c) Die Hauptangriffe der Revision richten sich gegen die Feststellung, die Miete sei ursprünglich niedriger (mit 200 DM) vereinbart gewesen und erst nachträglich im Hinblick auf die (zunächst in Aussicht gestellte und im Oktober 1953 verwirklichte) Bindung hinsichtlich des Grundstückseigentums erhöht worden (auf 250 DM). Ein Prozeßverstoß liegt jedoch auch insoweit nicht vor:

1. Die vorgelegten "Pacht"vertragsurkunden - die sämtlich auf einen "Pacht"zins von 250 DM monatlich lauten - hat das Berufungsgericht entgegen der Meinung der Revision ausdrücklich gewürdigt, nämlich dahin (S. 28), es habe nicht aufgeklärt werden können, wann der handschriftliche - vom 1. September 1952 datierte und vom Kläger gefertigte "Pacht"vertrag (GA I 157) sowie wann, aus welchem Grunde und unter welchen Umständen die beiden - undatierten - maschinenschriftlichen "Pacht"verträge (GA I 233, 234) abgeschlossen worden seien. Die Beklagte hatte allerdings wiederholt und nachdrücklich vorgetragen, in den maschinengeschriebenen Urkunden seien sowohl die Eheleute B. wie der Kläger und seine Ehefrau mit ihren vor Mietbeginn maßgebend gewesenen Anschriften bezeichnet, die Urkunden müßten

also schon vor dem 1. September 1952 gefertigt worden sein. Der Kläger hatte jedoch diese Adressenangaben damit erklärt, daß das eine der beiden Schreibmaschinenexemplare, das nur vom Ehemann B. [REDACTED] unterschrieben ist, von diesem vor dem Umzug der Beteiligten als (einseitiger) Entwurf gefertigt und das andere Exemplar, das die Unterschriften beider Eheleute B. [REDACTED] sowie die des Klägers trägt, zwar nach den Umzügen gefertigt, aber (in Anlehnung an das frühere Exemplar) noch mit den (jetzt allerdings überholten) alten Anschriften versehen worden sei (GA III 632); auch diese Darstellung ist nicht schon von vornherein unwahrscheinlich. Unter diesen Umständen besteht kein Anhaltspunkt für die Annahme, das Berufungsgericht habe bei seiner Feststellung, die Entstehung jener Urkunden habe nicht aufgeklärt werden können, den genannten Vortrag der Beklagten nicht beachtet.

Der durch die Quittung vom 14. April 1952 belegte (und laut Tatbestand des Berufungsurteils, S. 19/20 von der Ehefrau des Klägers als Zeugin bestätigte) Umstand, daß der Kläger schon an jenem Tag einen Betrag von 2 000 DM als Anzahlung für die Übernahme des Warenlagers an den Ehemann B. [REDACTED] bezahlte - ebenso wie in der Folgezeit bis Ende September 1952 weitere insgesamt 7 200 DM zu demselben Zweck -, zwang entgegen der Meinung der Revision nicht zu dem Schluß, daß schon an jenem 14. April 1952 (oder jedenfalls vor dem tatsächlichen Mietbeginn vom 1. September 1952) auch die maschinenschriftlichen Verträge (oder, wie zu ergänzen ist, eine andere Mietvertragsurkunde über einen Mietzins von 250 DM) vorgelegen hätten, weil es jeder Erfahrung widerspreche, daß ein Mieter oder Pächter viele Monate vor dem Einzug einen größeren Betrag auf ein Warenlager zahle, wenn er noch keinen schriftlichen Miet- oder

Pachtvertrag in der Hand habe. Das Berufungsgericht stellt in anderem Zusammenhang, nämlich hinsichtlich der Mieterhöhung auf Grund bloß mündlicher Vermächtniszusage (S. 26/27; dazu unten 3), ausdrücklich eine an sich überraschende, ja vielleicht leichtfertige Vertrauensseligkeit des Klägers auf bloß mündliche Versprechungen der Eheleute B. fest. Derartiges konnte auch für vorzeitige Anzahlungen auf ein später zu übernehmendes Warenlager erwogen werden (der Kläger begründete sie mit damaligem dringendem Geldbedarf des Ehemanns B. für den Ausbau von dessen als künftige Bleibe ausersehenem O. Haus).

Auch die übrigen auf die "Pacht"vertragsurkunden bezüglichen Revisionsrügen zeigen keine Prozeßverstöße des Berufungsgerichts auf, sondern setzen in unzulässiger Weise die eigene Beweiswürdigung der Beklagten anstelle der Beweiswürdigung des Tatrichters. Insbesondere erbringt die von der Hand des Klägers stammende Urkunde nach § 416 ZPO zwar vollen Beweis dafür, daß er sie mit dem (den tatsächlichen Mietbeginn darstellenden) Datum des 1. September 1952 versehen hat, aber nicht auch dafür, daß diese Datierung den Tag der tatsächlichen Urkundenanfertigung richtig wiedergibt.

2. Ein Verstoß gegen die von der Revision herangezogene Vermutung der Richtigkeit und Vollständigkeit der Erbvertragsurkunde scheidet schon deshalb aus, weil der Tatrichter nicht nach Beweisfälligkeit, sondern auf Grund als geführt angesehenen Beweises entschieden hat. Um eine der Erbvertragsform bedürftige Nebenabrede handelte es sich bei dem Verpflichtungsgeschäft nach § 137 Satz 2 BGB nicht (oben I). Im übrigen ist die Unterlassungsabrede möglicherweise schon vor dem Erbvertragsabschluß getroffen worden (oben a); auch

abgesehen davon konnte ihre Nichteinbeziehung in die Erbvertragsurkunde ihre naheliegende Begründung darin haben, daß es sich um zwei zwar ~~fass~~sächlich-inhaltlich zusammenhängende, aber rechtlich selbständige und wesensverschiedene Rechtsgeschäfte (hier von Todes wegen, dort unter Lebenden) handelte.

3. Das Berufungsgericht führt aus: Es möge zwar an sich überraschend sein, daß der Kläger sich auf das bloß mündliche Versprechen eines Vermächtnisses durch die Erblasser verlassen haben und auf dieses unverbindliche Versprechen hin zu einer Mietzahlung von 250 DM bereit gewesen sein solle, obgleich er nach seinen Behauptungen bei gleicher Gelegenheit erfahren habe, daß der Erblasser sich sogar an den vertraglich vereinbarten Mietpreis nicht halten wollte. Auf einen entsprechenden Vorhalt habe die Zeugin Sch. [REDACTED] aber in glaubwürdiger Form erklärt, daß die Erblasserin allgemein in einem guten Ansehen stand und sie und der Kläger auf deren bloßes Versprechen vertraut hätten. Ein solches Vertrauen möge unter den gegebenen Umständen zwar als leichtfertig erscheinen. Gleichwohl sei es möglich. Im übrigen habe der Geschehensablauf gezeigt, daß dieses Vertrauen in die Erblasserin nicht unbegründet war.

Zu Unrecht meint die Revision, das Berufungsgericht habe verkannt, daß nach seiner eigenen Unterstellung Erblasser nicht nur die Ehefrau, sondern auch der Ehemann B. [REDACTED] gewesen sei. Einmal handelt es sich an dieser Stelle des Berufungsurteils nicht um die rechtliche Qualifikation des einen oder anderen Ehegatten B. [REDACTED] als Erblasser im Rechtssinne; der Tatrichter verwendet den Ausdruck "Erblasser" vielmehr hier wie auch sonst gleichbedeutend mit "Ehefrau (oder Ehemann) B. [REDACTED]" schlechthin. Und daß das Vertrauen des Klägers in die Ehefrau B. [REDACTED] nicht unbegründet gewesen

sei, war ersichtlich nur eine beiläufige Erwägung des Berufungsgerichts, auf der sein Urteil nicht beruht, weder in dem Sinne, daß es zur Überzeugung des Tatrichters von der Vertrauensseligkeit des Klägers beigetragen hätte, noch erst recht, daß jener objektive Umstand materiell-rechtlich für diese subjektive Einstellung des Klägers von Bedeutung gewesen wäre.

Daß es zum Abschluß des Erbvertrags nicht in unmittelbarem zeitlichem Zusammenhang mit der Mietzinserhöhung (1952) kam, sondern erst ein Jahr später, nachdem die Ehefrau B. erkrankt und von der Ehefrau Sch. gepflegt worden war, spricht ebenfalls nicht zwingend gegen die Annahme des Tatrichters, das Grundstücksvermächtnis sei schon 1952 (wenn auch rechtlich unverbindlich, § 2302 BGB) zugesagt worden.

Im übrigen beruht das Berufungsurteil gar nicht auf dem Vermächtnis, sondern auf dem ihm gegenüber rechtlich selbständigen Unterlassungsvertrag unter Lebenden.

4. Die Revision rügt die Nichtvernehmung des Zeugen S.-B. (Sohn einer Schwester des Ehemanns B.). Er war dafür benannt, daß die Eheleute Bölts schon 1951 im Elternhaus des Zeugen von einer in Aussicht stehenden "Verpachtung" des Schuhgeschäfts in A. für 250 DM erzählt und kurze Zeit nach dem am 13. Dezember 1951 beurkundeten Erwerb des O. Grundstücks (GA II 378, 381) den Namen des Klägers als weiteren "Pacht"interessenten zu dem "Pacht"zins von 250 DM sowie mit Warenlagerübernahme genannt hätten (GA II 378/378 R, III 612). Das Berufungsgericht hat sich mit diesem Beweisantrag nicht ausdrücklich auseinandergesetzt. Es handelt sich jedoch bei dem unter Beweis gestellten Vorgang (Äußerungen des Ehemanns

B [REDACTED] um eine bloße Hilfstatsache (Indiz), deren Erheblichkeit der Tatrichter ohne Rechtsirrtum dann verneinen konnte, wenn er den vom Beweisführer aus ihren gezogenen Schluß auf das Vorliegen einer unmittelbar erheblichen Tatsache (hier: von vornherein vom Kläger vereinbarte Mietzinshöhe von 250 DM) nicht ziehen wollte. Das war aber die Auffassung des Tatrichters, wie sich aus seiner Würdigung der in ähnliche Richtung gehenden Aussage des Zeugen K [REDACTED] (vgl. BU S. 21) ergibt: es möge sein, daß der Ehemann B [REDACTED] schon vor seiner Übersiedlung nach Oldenburg und vor dem Einzug des Klägers in das umstrittene Grundstück, also vor Mietbeginn, den von ihm allein unterschriebenen "Pacht"vertrag dem Zeugen gezeigt habe; aus der Zeugenaussage folge jedoch nicht, daß schon von Anfang an und ohne Beziehung auf das versprochene Vermächtnis ein Mietpreis von 250 DM vereinbart worden sei. Unter diesen Umständen ist die Nichtvernehmung des Zeugen Bl [REDACTED] aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

5. Die Revision weist darauf hin, der Vortrag der Beklagten werde gestützt durch das von ihr (GA II 257) vorgelegte Tagebuch der Ehefrau B [REDACTED], wonach der "Pacht"-vertrag mit 250 DM Monatszins bereits am 14. April 1952 abgeschlossen worden sei. Der Kläger hatte die einschlägigen Eintragungen als verfälscht, mindestens sachlich unrichtig bezeichnet (GA II 260, III 586) und darauf verwiesen, daß die Beklagte in einem anderen Rechtsstreit ebenfalls Tagebuchaufzeichnungen vorgelegt habe, die sich als zu Täuschungszwecken nachträglich angefertigt herausgestellt hätten (GA III 584 ff, 593 ff). Das Berufungsgericht setzt sich mit diesen Rehauptungen zwar nicht ausdrücklich auseinander; es besteht jedoch auch hier kein hinreichender Anhalt dafür, daß es den Vortrag der Beklagten übersehen hätte.

6. Daß der Erbvertrag zeitlich erst über ein Jahr nach Mietbeginn geschlossen wurde und über einen Zusammenhang mit Mietvertrag und Miethöhe kein Wort enthält, obwohl ein solcher Zusammenhang nach dem Vortrag der Revision vor allem auch steuerrechtlich beachtlich gewesen wäre, zwang den Tatrichter entgegen der Meinung der Revision nicht zur Annahme, ein solcher Zusammenhang sei nicht vorhanden. Die gegenteilige Feststellung verstößt weder gegen die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit der Urkunde noch sonstwie gegen § 286 oder § 416 ZPO.

7. Daß sich der Kläger erst im Verlauf des Rechtsstreits auf eine stillschweigende schuldrechtliche Vereinbarung berufen hat, trifft zu. Nach dem Tatbestand des Berufungsurteils (S. 11) war das allerdings nicht, wie die Revision meint, erst nach der zweiten Zurückverweisung durch das Revisionsgericht und über vier Jahre nach Prozeßbeginn der Fall (im Schriftsatz vom 29. Oktober 1960, GA III 483), sondern der Kläger hat bereits im ersten Berufungsverfahren neu vorgebracht, daß auch schon eine vertragliche Bindung unter Lebenden vorgelegen habe (BU S. 11; Berufungsbegründung GA I 112 ff); den Inhalt dieser Bindung unter Lebenden hat er jedoch ausweislich des Tatbestands des angefochtenen Urteils (aaO) damals (positiv) in der Verschaffung des Eigentums gesehen und erst nach der zweiten Zurückverweisung (negativ) in der Unterlassung einer anderweitigen Veräußerung (BU S. 19). Dieser späte Zeitpunkt des Vorbringens stand jedoch nicht nur seiner Berücksichtigung nicht entgegen, sondern sprach auch nicht zwingend dagegen, es für wahr zu halten. Die Feststellung von stillschweigenden Willenserklärungen (Rechtsgeschäften) ist praktisch ebenso schwierig, wie ihre grundsätzliche Anerkennung notwendig ist. Die Schwierigkeit liegt vor allem daran, daß Wille und Vorstellung der

in Betracht kommenden Personen in der Regel keinesfalls auf juristische Denkkategorien ausgerichtet sind, sondern auch dort rein tatsächlichen Inhalt haben, wo bewußt ein rechtlicher Erfolg (hier: schuldrechtliche Verpflichtung) herbeigeführt werden soll und ihr Verhalten deshalb rechtlich als Willenserklärung aufzufassen ist. Die Aufdeckung dieses rechtlichen Gehalts liegt auch für den Juristen nicht in jedem Fall ohne weiteres nahe. So ist es nicht besonders verwunderlich und steht abweichend von der Meinung der Revision der tatrichterlichen Feststellung eines solchen stillschweigenden Rechtsgeschäfts nicht entgegen, wenn nicht nur der Kläger bei Verhandlungen und Besprechungen zu Lebzeiten der Eheleute B. oder später sich nicht auf eine solche Vereinbarung berufen hat, sondern auch seine Prozeßbevollmächtigten nicht schon in einem früheren Zeitpunkt dazu gekommen sind, den Sachverhalt unter den Rechtsbegriff des Verpflichtungsgeschäfts nach § 137 Satz 2 BGB einzuordnen. Daß die Beteiligten den Willen zur rechtlichen Bindung des genannten Inhalts gehabt haben, ist allerdings nicht nur eine Frage der rechtlichen Zuordnung, sondern in erster Linie ein Umstand tatsächlicher Natur, der als solcher vom Träger der Behauptungs- und Beweislast (hier: dem Kläger) behauptet werden mußte. Eine dahingehende Behauptung konnte beim Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen (§ 529 ZPO) als verspätet zurückgewiesen werden; das Berufungsgericht hat diese Voraussetzungen jedoch nicht festgestellt, ein Rechtsverstoß ist insoweit nicht ersichtlich.

Aus demselben Grunde steht jener tatrichterlichen Feststellung auch weder das Anwaltsschreiben vom 16. Dezember 1955 (GA I 142) entgegen noch die übrigen inhaltlich über

das Ziel hinausschießende Erwägung der Revision, eine solche Vereinbarung wäre ganz ungewöhnlich.

III.

1. Nach allem ist die Feststellung des Berufungsgerichts rechtlich nicht zu beanstanden, daß sich beide Eheleute Bölts gegenüber dem Kläger durch schuldrechtliches Rechtsgeschäft unter Lebenden verpflichtet haben, das Grundstück außer in einem Notfall nicht zu veräußern.

Daß im Zeitpunkt des Verkaufs an die Beklagte (16. Dezember 1955) ein solcher Notfall vorgelegen habe, wird vom Berufungsgericht mit ausführlicher Begründung (S. 31-35) ohne Rechtsirrtum und ohne Beanstandung durch die Revision verneint. Durch den Abschluß dieses Vertrags hat also der Ehemann B. jener Unterlassungspflicht zuwider gehandelt.

Hieraus hat das Berufungsgericht im Ergebnis mit Recht die Pflicht der Beklagten hergeleitet, dem Kläger das mit der Klage begehrte Eigentum zu verschaffen. Das Berufungsgericht nimmt im Anschluß an BGHZ 31, 13, 19 einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung an und stellt (obgleich in anderem Zusammenhang, nämlich im Rahmen der Hilfsbegründung aus § 826 BGB, BU S. 41/43) auch das in diesem Falle nach § 280 BGB erforderliche Verschulden des Ehemanns Bölts fest, ohne daß die Revision dies beanstandet. Es handelt sich jedoch in Wirklichkeit um einen (von Verschulden unabhängigen) Erfüllungsanspruch mit umgewandeltem Inhalt dahin, daß der zuwiderhandelnde Unterlassungsschuldner (statt wie ursprünglich nur negativ zur Unterlassung)

positiv zur Rückgängigmachung des durch die Zuwiderhandlung eingetretenen Erfolgs verpflichtet

ist (vgl. über diesen Inhalt eines Unterlassungsanspruchs das Senatsurteil vom 23. Mai 1962, V ZR 123/60 = BGHZ 37, 147, 151/2). Ohne den Zuwiderhandlungsakt, nämlich den Kaufvertrag des Ehemanns B. mit der Beklagten, hätte das vermachte Gelände beim Tod des Ehemanns B. sowohl dinglich (§ 2169 Abs. 1 BGB) wie schuldrechtlich (im Sinne von Abs. 4 aaO) zu seiner Erbschaft gehört, das Grundstücksvermächtnis wäre also wirksam geblieben, dem Kläger stünde nach §§ 2174, 2147 Satz 2 BGB gegen die Beklagte als Erbin des Ehemannes B. der Anspruch auf Verschaffung des Eigentums am Gelände, d.h. auf Übereignung zu. Der Kläger ist deshalb ebenso zu stellen, wie wenn das Vermächtnis nicht nach § 2169 BGB unwirksam geworden wäre. Im Hinblick darauf, daß die Beklagte in einer Person Grundstücksküferin und Erbin ist, bedeutet das sinnvollerweise, daß der Kläger ohne den theoretisch erwägbaren Umweg über eine den Kaufvertrag rückgängig machende Willenserklärung der Beklagten sofort und unmittelbar Erfüllung des Vermächtnisses von ihr verlangen kann (vgl. für eine ähnliche Frage beim Vorausvermächtnis an den Vorerben das Senatsurteil BGHZ 32, 60, 61/62).

Auf die Hilfsbegründung des Berufungsgerichts (§ 826 BGB) kommt es hiernach nicht mehr an.

2. Ist hiernach das Verlangen des Klägers nach Eigentumsverschaffung begründet, so konnte ihm doch nicht in vollem Umfang in der Form der erhobenen Leistungsklage stattgegeben werden.

Gegenstand des Klagbegehrens ist nicht das ganze im Grundbuch als Artikel 922 eingetragene Grundstück, sondern

nur ein realer Teil davon - nämlich nach der ersichtlichen und von der Revision nicht beanstandeten Annahme des Berufungsgerichts derjenige Teil, auf dem sich das vom Kläger bewohnte Haus mit dem Schuhgeschäft befindet und der von den Erbvertragsparteien (abweichend vom weitergehenden Wortlaut der Erbvertragsurkunde) allein als Gegenstand des Grundstücksvermächtnisses gewollt war -. Aus der Rechtswirkksamkeit des Vermächtnisses folgt die Pflicht der Beklagten, das bisher einheitliche Grundstück durch Wegmessung (vgl. § 2 Abs. 3 GBO) und grundbuchliche Umschreibung des vermachten Grundstücksteils zu teilen und das durch die Wegmessung neu entstehende Grundstück an den Kläger aufzulassen (§§ 873, 925 BGB). Der Klagantrag auf Wegmessung (Nr. 1 der Formel des Berufungsurteils) liegt im Rahmen der Teilungspflicht; das Berufungsgericht hat ihm daher zu Recht stattgegeben.

Der Klagantrag auf Auflassung dagegen ist als Leistungsklage verfrüht. Denn ordnungsmäßig möglich und daher geschuldet ist die Auflassung im Hinblick auf § 28 GBO erst dann, wenn die Teilung vollzogen und der abgetrennte Teil als selbständiges Grundstück im Grundbuch eingetragen ist (Urteile des Senats vom 20. Juni 1962, V ZR 219/60 = BGHZ 37, 233, 242, und vom 13. März 1963, V ZR 154/61; Urteil des VII. Zivilsenats vom 25. Oktober 1962, VII ZR 57/61 = WM 1962, 1375, 1377 unter III). Unter den besonderen Umständen des vorliegenden Falles ist der Leistungsklagantrag jedoch dahin auszulegen, daß er zugleich hilfsweise den weniger weitgehenden Antrag auf Feststellung der künftigen Auflassungspflicht enthält. Dieser Feststellungsantrag ist begründet; dahin war das Berufungsurteil in diesem Punkt einzuschränken.

Im Ergebnis das gleiche gilt für die Pflicht der Beklagten, die (grundbuchlichen) Umschreibungskosten zu tragen. Gegen den materiellen Bestand dieser Pflicht sind keine Bedenken vorhanden (Planck/Flad, BGB 4. Aufl. § 2174 Anm. 3 a γ; BGB RGRK 11. Aufl. § 2174 Anm. 11). Verfahrensrechtlich hat das angefochtene Urteil, ebenso wie die beiden vorangegangenen Berufungsurteile, dem Wortlaut nach ebenfalls eine Verurteilung ausgesprochen (Urteilsformel Nr. 2 Ende), obwohl der Kläger ausweislich des Urteilstatbestands (S. 9) nur Feststellung begehrt hatte. Es kann dahingestellt bleiben, ob das Berufungsurteil nicht abweichend von seinem Wortlaut insoweit nur im Sinne eines Feststellungsausspruchs gemeint und daher auszulegen ist, sowie ob im anderen Falle ein Verstoß gegen § 308 Abs. 1 ZPO auch ohne eine Revisionsrüge zu beachten wäre. Denn diese Verurteilung kann jedenfalls deshalb nicht aufrechterhalten bleiben, weil es ihr mangels jeder Bezifferung inhaltlich an der zur Vollstreckbarkeit nötigen Bestimmtheit fehlt (vgl. RG vom 4. April 1905, II 353/04, Nachschlagewerk ZPO § 313 Nr. 36 a). Auch insoweit ist also das angefochtene Urteil (mindestens gegenüber seinem Wortlaut) dahin einzuschränken, daß anstelle der Verurteilung die bloße Feststellung tritt.

Mit diesen Maßgaben war die Revision als unbegründet zurückzuweisen. Die Kosten der Revision wurden der Beklagten in vollem Umfang auferlegt, weil die Zuvielforderung des Klägers (Verurteilung statt Feststellung) verhältnismäßig geringfügig war und keine besonderen Kosten veranlaßt hat (§§ 97, 92 Abs. 2 ZPO).

Dr. Augustin

Rothe

Dr. Freitag

Mattern

Offterdinger