

V ZR 94/63

Verkündet
am 8. April 1964
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

des Diplomlandwirts Klaus H [REDACTED] in B [REDACTED]
W [REDACTED] weg [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Weingutsbesitzer Wilhelm-August H [REDACTED]
in G [REDACTED] ([REDACTED]),

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. Geißler -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 8. April 1964 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Augustin, Schuster, Dr. Rothe, Dr. Freitag und Offterdinger für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Teilurteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Koblenz vom 19. Februar 1963 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist der Vater des Beklagten. Er hat in einem notariellen Vertrag vom 11. Mai 1956 seinen im wesentlichen aus Weinbergen bestehenden Grundbesitz nebst Hofreite an seine beiden Söhne, den Beklagten und einen weiteren Sohn, Dr. Horst H [REDACTED], in vorweggenommener Erbfolge gegen eine monatliche Rente von je 250 DM für jeden Elternteil und Übernahme einer Hypothek von 25 000 DM und der Lastenausgleichsabgabe übergeben. Zu den im Vertrag übertragenen Grundstücken gehört auch das in Guntersblum belegene und im Grundbuch von Guntersblum eingetragene 586 qm große Hausgrundstück Flurstück Nr. 454/1, K [REDACTED] weg [REDACTED]. Dieses Hausgrundstück sollte dem Beklagten übertragen werden abzüglich eines dem Bruder Horst zugedachten Teilgrundstückes, das noch vermessen werden und nach der Urkunde 68,92 qm groß sein sollte. Der Wille des Klägers bei Abschluß des Übergabevertrags ging dahin, eine solche Aufteilung seines Grundbesitzes vorzunehmen, daß jeder seiner beiden Söhne für sich selbständig einen Weinbaubetrieb führen könne, um mit einer entsprechenden Regelung etwaigen zukünftigen Erbstreitigkeiten zwischen ihnen vorzubeugen. Demgemäß sollte die für den Sohn Horst vorgesehene, noch zu vermessende Trennparzelle lagemäßig so beschaffen sein, daß dem Sohn Horst auf ihr die Errichtung eines Kelterhauses in der Weise möglich war, daß ihm ein Zugang zu einem der drei vorhandenen, sämtlich auch mit großen Teilen unter dem bestehenden Wohn- und Kelterhaus gelegenen Weinkellern verschafft werden konnte.

Das dem Beklagten zugewiesene Wohn- und Kelterhaus liegt an der nördlichen Grundstücksgrenze der Parzelle 454/1 und hat zum Hof hin Fenster. Im Westen grenzt es an den K [REDACTED] weg und hat diesen öffentlichen Weg teilweise

in 1,5 m Breite überbaut. Im Süden wird das Grundstück durch das Anwesen S [REDACTED] begrenzt und im Osten schließt sich eine weitere dem Kläger gehörige Parzelle 455/1 an. Unter dem Haus befindet sich ein Kellerdurchgang, der alle drei Weinkeller, die parallel zueinander in Abständen als Kellerhälse angelegt sind, miteinander verbindet und von denen der dem K [REDACTED] weg am nächsten gelegene der kleinste ist. Die dem Sohn Horst zugedachte Trennparzelle sollte nach dem Willen der Vertragspartner in ihrem Grenzverlauf so vermessen werden, daß sie teilweise über diesem kleinsten zu liegen kommen und nicht über den mittleren Kellerhals hinausragen sollte. Die Beteiligten waren sich, wie es in der Urkunde heißt, darüber einig, daß nach durchgeführter Vermessung auf dem Kelterhausgrundstück des Beklagten die Benutzung des Kellers (und zwar des dem K [REDACTED] weg am nächsten gelegenen, über dem teilweise die dem Sohn Horst zugedachte Trennparzelle liegen sollte), soweit dieser unter dem (dem Beklagten gehörigen) Grundstück verläuft, dem jeweiligen Eigentümer der aus diesem Grundstück zu bildenden Trennparzelle von 68,92 qm gestattet ist, daß andererseits dem Beklagten das Recht zustehen sollte, die Abortgrube zu benutzen, die im Hof unmittelbar an die Außenwand des Hausgrundstücks angrenzt, die aber bei der nach ihren Vorstellungen vom Grenzverlauf der Trennparzelle vorzunehmenden Vermessung auf dieser liegen sollte.

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

Diese Rechte sollten, so heißt es in der Urkunde weiter, nach durchgeführter Vermessung durch Grunddienstbarkeiten gesichert werden, für die keine Vergütungen zu entrichten sind.

In dem Vertrag ist alsdann auch die Auflassung seitens der Parteien erklärt und die Eintragung beantragt worden. Bezüglich des Hausgrundstücks Parzelle 454/1 ist vermerkt, daß die Eintragung erst nach Erstellung des Meßbriefes erfolgen soll.



Im September 1958 fand nun eine Teilungsvermessung statt. Dabei erklärte der Vertreter der Baupolizeibehörde, daß die zu vermessende Trennparzelle einen Abstand von 3 m von der Gebäudewand des dem Beklagten zugewiesenen Anwesens halten müsse, da: anderenfalls nicht die Genehmigung zur beabsichtigten Aufteilung erteilt werde. Alle Beteiligten einigten sich nun bei der Grenzvermessung dahin, daß die Grenze des abzutrennenden Teilgrundstücks in einem Abstand von 3 m von der Hauswand verlaufen solle. Dementsprechend erfolgte alsdann die Vermessung der Parzelle 454/1 in die Teilstücke 454/3, die dem Beklagten, und 454/2, die dem Sohn Horst zugedacht waren. Die vermessenen Parzellen haben flächenmäßig etwa die gleiche Größe wie im notariellen Vertrag vorgesehen. Nach der Neuaufteilung liegt jedoch die Abortgrube nicht mehr auf der dem Sohn Horst zufallenden Parzelle, sondern auf der des Beklagten. Des weiteren verläuft die Teilparzelle nicht mehr - auch nicht teilweise - über dem westlichen, d.h. dem Kellerweg am nächsten gelegenen Keller, sondern über dem mittleren der drei Weinkeller.

Auf Antrag des Notars wurde unter Bezugnahme auf den notariellen Vertrag der Beklagte als Eigentümer der Parzelle 454/3 und der Bruder als Eigentümer der Parzelle 454/2 eingetragen, ohne daß die der Eintragung zugrunde liegende formlos bei der Vermessung erzielte Einigung der Parteien nachträglich notariell neu beurkundet wurde.

Als bald nach der Umschreibung kam es zwischen den Brüdern wegen der Benutzung des Kellers zu Auseinandersetzungen, die auch zu verschiedenen gerichtlichen Verfahren führte.

Der Kläger hat die Eintragung eines Amtswiderspruchs zu seinen Gunsten gegen die Eintragung seiner beiden Söhne als Eigentümer der Parzellen 454/3 und 454/2 erwirkt. Er hat Klage auf Zustimmung zur Grundbuchberichtigung gegen die Söhne erhoben, aber die Klage nur gegen Klaus H. durchgeföhrt.

Der Kläger hat beantragt,

den Beklagten zu verurteilen, darin einzuwilligen, daß er, der Kläger, wieder als Eigentümer des Grundstücks Guntersblum Flur I Nr. 454/3 eingetragen werde.

Zur Begründung hat er ausgeföhrt, die Parzelle 454/3 sei nicht Eigentum des Beklagten geworden, da die Eintragung im Grundbuch nicht mit den im notariellen Vertrag beurkundeten Erklärungen der Parteien übereinstimme, insbesondere wegen der vom Vertrag abweichenden Vermessung die im Vertrag erklärte Auflassung sich nicht auf das Grundstück 454/3 beziehe. Es habe auch nach Auffassung der Vertragsteile noch eine nachträgliche Beurkundung stattfinden müssen, an der es fehle.

Der Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Er hat außerdem Widerklage erhoben mit dem Antrag,

den Kläger zu verurteilen, an ihn die neu vermessene Trennparzelle 454/3 aufzulassen, hilfsweise ihn zu verurteilen, an den Beklagten die im notariellen Vertrag näher bezeichnete Trennparzelle 454/1 in einer Größe von 517,08 qm (ursprüngliches Grundstück abzüglich des nach dem notariellen Vertrag an den Sohn Horst zu übereignenden Teiles) zu übertragen.

Der Beklagte hat behauptet, die Vermessung habe den zur Zeit des Vertragsabschlusses bestehenden Vorstellungen der

Parteien entsprochen. Er hat weiter die Erhebung des Berichtigungsanspruchs als treuwidrig bezeichnet, da er, der Beklagte, die Parzelle schon seit 1956 bewirtschaftete. Der Kläger sei außerdem nötigenfalls verpflichtet, die Parzelle an ihn, den Beklagten, aufzulassen, da etwaige Abweichungen vom Vertragswillen der Parteien geringfügig seien. Äußerstenfalls sei der Beklagte verpflichtet, ein gemäß dem Vertrag aus dem Grundstück 454/1 neu zu bildendes Teilgrundstück an ihn, den Beklagten, zu übertragen.

Das Landgericht hat nach Augenschein der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen.

Der Beklagte hat Berufung eingelegt und u.a. ausgeführt, das Kreisbauamt habe seinen Standpunkt geändert und sei nunmehr zu einer Neuvermessung bereit, die den (im Vertrag niedergelegten) Vorstellungen der Parteien entspreche.

Von der Widerklage hat der Kläger in der Berufungsinstanz nurmehr den Hilfsantrag gestellt, ihn aber dahin erweitert, daß der Beklagte auch zur Abgabe der entsprechenden und erforderlichen Erklärungen beim Vermessungsamt Oppenheim und zur Bewilligung der Eintragung des Beklagten als Eigentümer des Trennstücks verurteilt werden solle.

Der Kläger hat Zurückweisung der Berufung beantragt.

Das Berufungsgericht hat durch Teilurteil die Berufung gegen die Verurteilung des Beklagten zurückgewiesen, die Entscheidung über die Widerklage und die Kosten aber vorbehalten.

Mit der Revision beantragt der Kläger "gemäß den zuletzt gestellten Anträgen" zu erkennen. Der Kläger bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

I.

Da das Teilurteil des Oberlandesgerichts über die Klage entschieden hat, ist auch der Revisionsantrag des Beklagten dahin zu verstehen, daß lediglich dem Antrag auf Abweisung der Klage stattgegeben werden solle. Einer der Fälle, in denen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ausnahmsweise durch das Rechtsmittelgericht über einen noch bei der Vorinstanz anhängigen Anspruch mitentschieden werden kann (BGHZ 8, 383, 386; 30, 213; Beschluß vom 3. Juli 1959, I ZR 169/55, NJW 1959, 1824), liegt nicht vor.

II.

Das Berufungsgericht führt aus, der Kläger habe sich zwar durch den notariellen Vertrag wirksam verpflichtet, aus dem Grundstück Nr. 454/1 zu 586 qm dem Beklagten ein Teilgrundstück zu 517,08 qm zu übertragen und bezüglich dieses Teilgrundstücks auch die Auflassung in der vorgeschriebenen Form erklärt. Aus Nr. 10 der Vertragsurkunde ergebe sich jedoch, daß die Parteien sich vorgestellt hätten, das dem Bruder Horst zufallende Grundstück von 68,92 qm solle aus dem Gesamtgrundstück so herausgelöst werden, daß auf ihm die Abortgrube zu liegen komme und seine Fläche wenigstens teilweise den am weitesten nach Westen liegenden, den Kellerweg überdeckenden Weinkeller seinerseits überdecken sollte. Demgemäß habe sich der Kläger im Vertrag dem Beklagten gegenüber zur Übereignung eines Teilgrundstücks von 517,08 qm

verpflichtet, das in seinen Grenzen so verlaufe, daß die Abortgrube außerhalb dieses Grundstücks bleibe und auch der am weitesten nach Westen gelegene Keller zu einem Teil unter ein anderes, nämlich das Trenngrundstück des Bruders Horst zu liegen komme. Eine Verpflichtung, dem Beklagten ein in seinen Grenzen anders verlaufendes Grundstück zu übertragen, dergestalt, wie es später vermessen wurde (454/3), sei der Kläger rechtswirksam zu keiner Zeit eingegangen, insbesondere auch nicht durch die Zustimmung zu der Vermessung bei der Grenzverhandlung. Hier fehle es bereits an der vom Gesetz für die Verpflichtung zur Übereignung eines Grundstücks vorgeschriebenen notariellen Beurkundung der Einigung (§ 313 BGB). Außerdem habe die Einigung der Parteien bei der Grenzverhandlung nur die dingliche Seite des Rechtsgeschäfts, nämlich die Einigung über den Eigentumsübergang (Auflassung), zum Gegenstand gehabt. Eine Heilung einer etwa formlos eingegangenen Verpflichtung zur Übereignung des neu vermessenen Trennstücks (454/3 nach § 313 Satz 2 BGB durch Auflassung und Eintragung sei ebenfalls nicht eingetreten, da es an einer rechtswirksamen Auflassung fehle. Durch die Eintragung des Beklagten als Eigentümer sei demnach das Grundbuch unrichtig geworden und der Kläger (nach § 894 BGB) berechtigt, vom Beklagten die Zustimmung zur Wiedereintragung des Klägers in dieser Eigenschaft zu verlangen. Über den mit der Widerklage (in der im zweiten Rechtszug allein verfolgten Formulierung) geltend gemachten Anspruch des Beklagten auf Übereignung dieses erst zu bildenden dem Vertrage entsprechenden Grundstücks könne erst entschieden werden, wenn feststehe, ob die verlangte Leistung möglich sei. Dies hänge wiederum davon ab, ob das Kreisbauamt sich nunmehr bereitfinde (wie der Beklagte behauptet), eine Teilparzelle aus dem Grundstück Nr. 454/1 so zu vermessen, wie das nach den Vorstellungen der Parteien bei Abschluß des Vertrages gedacht gewesen sei. Die Sache bedürfe insoweit noch weiterer Aufklärung durch Beweiserhebung.

III.

Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe das Teilurteil nicht erlassen dürfen, da der Ausgang des Streits über die Widerklage zu dem Ergebnis führen könne, daß die Klage nicht begründet sei. Falls der mit der Widerklage geltend gemachte Anspruch begründet sei, stehe dem Beklagten gegenüber dem Klageanspruch wegen des Widerklageanspruchs ein Zurückbehaltungsrecht zu, das geltend gemacht sei und dessen Übergehung das Urteil zu Fall bringen müsse (§ 551 Nr. 7 ZPO). Hierzu ist zu sagen: In der Revisionsinstanz kann das Zurückbehaltungsrecht nicht mehr geltend gemacht werden (Baumbach/Lauterbach, ZPO 27. Aufl. § 561 Anm. 2 C, s. auch RG WarnRspr 1917 Nr. 201). Der Beklagte hat sich in der Tatsacheninstanz auf das Zurückbehaltungsrecht nicht ausdrücklich berufen. Im Schriftsatz vom 9. Mai 1961 S. 6 (Bl. 36 GA) hat der Beklagte aber ausgeführt, Klage und Widerklage stünden in einem unmittelbaren inneren Zusammenhang, so daß es unmöglich sei, wie der Kläger dies verlange, über den Klageanspruch vorab zu entscheiden. In der Berufungsbegründung S. 2 hat der Beklagte die Auffassung vertreten, der Kläger könne mit seiner Klage nicht durchdringen, solange er nicht zusammen mit seinen Söhnen alle Mittel und Wege erschöpft habe, um auf einer vernünftigen Basis den geringfügigen Streitpunkt über die zu bildenden Grundstücke der Söhne des Klägers zu regeln und zu klären. Der Klageanspruch müsse aber auch entfallen, wenn die Widerklage begründet sei. Diese Ausführungen, auf die die Revision hinweist, laufen zwar darauf hinaus, daß die Klage unbegründet sei. Es war jedoch unter den hier gegebenen Umständen auch ohne ausdrückliche Erklärung des Beklagten ersichtlich, daß, wenn schon das von ihm in erster Linie angestrebte Ziel einer Abweisung der Klage unter gleichzeitigem Erfolg der Widerklage nicht zu erreichen war, doch für den Fall, daß beide Ansprüche begründet sein sollten, der Beklagte den mit

der Widerklage geltend gemachten Anspruch wenigstens der Klageforderung gegenüber zur Zurückbehaltung benützen und so eine einseitige Verurteilung vermeiden wollte. Gegen eine solche hilfsweise Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts, die auch stillschweigend erfolgen konnte, bestehen keine Bedenken (Soergel, BGB 9. Aufl. § 274 Anm. 2; RG LZ 1917, 853).

Das sonach geltend gemachte Zurückbehaltungsrecht dringt jedoch nicht durch. Soweit der Widerklageanspruch auf die Übertragung (= Auflassung) des erst zu bildenden Grundstücks und die Bewilligung der Eintragung des Beklagten als des Eigentümers im Grundbuch geht, fehlt es für die Zurückbehaltung an der Fälligkeit des Gegenanspruchs, da diese Leistungen erst ordnungsgemäß möglich und daher geschuldet sind, wenn die Teilung vollzogen und der abgetrennte Teil als selbständiges Grundstück im Grundbuch eingetragen ist (Urteil des erkennenden Senats BGHZ 37, 233, 242 und Urteil vom 29. November 1963, V ZR 240/62, S. 13). Was die Erklärung gegenüber dem Vermessungsamt anlangt, so kommt nur der Antrag auf eine dem Vertrage entsprechende Neuvermessung in Betracht; denn ein Anspruch auf Anerkennung des Messungsergebnisses in einer Grenzverhandlung wäre ebenfalls noch nicht fällig, weil die Behörde zunächst vermessen und einen Termin zur Grenzverhandlung bestimmen müßte. Wegen des noch nicht gestellten Antrags allein kann der Beklagte jedoch ein Zurückbehaltungsrecht nicht ausüben. Im Gegensatz zur Auffassung der Revisionsbeantwortung ist zwar die Zurückbehaltung nicht schon deswegen ausgeschlossen, weil sich der Anspruch aus einem Vertrage, also ein schuldrechtlicher Anspruch und der aus dem Gesetz sich ergebende sachenrechtliche Anspruch auf Grundbuchberichtigung gegenüberstehen, also ein Rechtsverhältnis im engeren Sinn, dem die Ansprüche entspringen, nicht vorliegt. Die Möglichkeit einer Zurückbehaltung

gegenüber dem Eigentumsberichtigungsanspruch ist anerkannt (RGZ 115, 35, 46; Urteil des erkennenden Senats vom 22. Januar 1964, V ZR 25/62 WM 1964, 267). Es genügt nach ständiger Rechtsprechung für die Annahme eines Rechtsverhältnisses im Sinn des § 273 BGB ein solcher natürlicher oder wirtschaftlicher Zusammenhang, daß es wider Treu und Glauben verstieße, wenn der eine Anspruch ohne Rücksicht auf den anderen geltend gemacht und verwirklicht werden könnte (RGRK BGB 11. Aufl. § 273 Anm. 27 mit Nachweisen). Dieser Verstoß gegen Treu und Glauben ist aber nicht gegeben, wenn der Beklagte dem Berichtigungsverlangen stattgeben muß, ohne daß der Neuvermessungsantrag vom Kläger gleichzeitig gestellt wird; denn es wird hinsichtlich des Grundstücks nur der Zustand wieder hergestellt, der bestand, als der Vertrag geschlossen wurde. Um den Ersatz von Aufwendungen des Beklagten für die fehlgegangene Vertragserfüllung, ein Fall, für den das Zurückbehaltungsrecht von der höchststrichterlichen Rechtsprechung anerkannt worden ist (RGZ 115, 35, 46; 134, 144, 148), handelt es sich nicht. Außer Betracht muß andererseits die Möglichkeit des Klägers bleiben, nach Berichtigung des Grundstücks anderweit zum Nachteil des Beklagten zu verfügen (RGZ 115, 47), da die Stellung des Vermessungsantrags eine solche Verfügung nicht verhüten würde und die Möglichkeit solch treuwidriger Verfügung überdies von Anfang an zu Lasten des Beklagten bestand, da er sich im Vertrag keine Vormerkung zur Sicherung seines Eigentumsübertragungsanspruchs ausbedungen hat (vgl. BayObLG 1956, 408). Die Übergehung des Zurückbehaltungsrechts durch das Berufungsgericht ist nach alledem für den Bestand seines Urteils unschädlich, da dieser Mangel für die Entscheidung nicht ursächlich war (Baumbach/Lauterbach, ZPO 27. Aufl. § 551 Anm. 8 B; RGZ 156, 119).

2. Zu Unrecht wäre der Klage von den Vorinstanzen stattgegeben worden, wenn der Beklagte einen Anspruch auf Herstellung

des im Grundbuch ausgewiesenen Zustandes hätte, d.h. einen Anspruch auf Übereignung des Flurstücks 454/3, oder wenn die Geltendmachung des Berichtigungsanspruchs unzulässige Rechtsausübung wäre. Jener Herstellungsanspruch käme überhaupt nur in Betracht, wenn der Anspruch auf Übereignung eines dem Vertrage entsprechenden Trennstücks weiter an der Verweigerung der Genehmigung der Behörde scheitern würde, was für die nachfolgende Untersuchung unterstellt werden muß.

a) Der Beklagte sieht in der Verweigerung der Genehmigung den Wegfall der Geschäftsgrundlage des Vertrages. Nach der Rechtsprechung des Senates (BGHZ 37, 233, 240) bewirkt die Versagung der Genehmigung aber nachträgliche Unmöglichkeit. Während die sogenannte wirtschaftliche Unmöglichkeit u.a. unter dem Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage behandelt wird, kann für die eigentliche nachträgliche Unmöglichkeit dies nicht gelten. Die Rechtsfolgen einer nicht zu vertretenden nachträglichen Unmöglichkeit einer Vertragsleistung hat der Gesetzgeber in § 323 BGB bestimmt, sie können daher nicht den auf § 242 BGB gestützten Grundsätzen vom Wegfall der Geschäftsgrundlage entnommen werden (Staudinger/Weber, BGB 11. Aufl. § 242 E 290; a.A. möglicherweise Soergel/Siebert, BGB 9. Aufl. § 242 Anm. 250). Ob in besonders gelagerten Ausnahmefällen etwas anderes gilt, kann offen bleiben, da ein derartiger Fall nicht gegeben ist. Das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 3. Dezember 1957, VIII ZR 401/56, IM § 242 Ba Nr. 13 steht dem hier vertretenen Standpunkt trotz seines Leitsatzes nicht entgegen, da es lediglich auf eine wirtschaftliche Betrachtungsweise der Unmöglichkeit abstellt.

b) Gleichartige Erwägungen verbieten es, in dem Fehlen einer Bestimmung im Vertrage für den Fall der Unmöglichkeit

einer dem Vertrag entsprechenden Vermessung eine Vertragslücke zu sehen, die nach § 157 BGB durch ergänzende Auslegung beseitigt werden müßte.

c) In Frage kommt nurmehr, ob in der vom Berufungsgericht im Tatbestand seines Urteils (S. 3) festgestellten Einigung der sämtlichen Beteiligten, also auch des Klägers, auf die Grenzen des Grundstücks 454/3 eine trotz Formmangels nach Treu und Glauben wirksame Verpflichtung zur Übereignung dieses Grundstücks an den Beklagten enthalten ist (wobei eine erforderliche behördliche Genehmigung der Berufung auf die Übereignungspflicht wegen der Verpflichtung des Klägers, zur Einholung der Genehmigung mitzuwirken, nicht entgegengestünde). Das Berufungsgericht sieht die Einigung zwar nur als (unwirksamen) dinglichen Vertrag an. Allein diese Auslegung wäre möglicherweise mit § 157 BGB nicht zu vereinen. Wenn die Beteiligten, nachdem sich die Bildung des ursprünglich in Aussicht genommenen Grundstücks als unmöglich erwiesen hatte, sich auf ein anderes Grundstück an Ort und Stelle geeinigt hatten, so könnte dies dahin verstanden werden, daß nun die Verpflichtung zur Übereignung dieses Grundstücks begründet werden sollte. Nach der Rechtsprechung des Senats (Urteil vom 25. September 1957, V ZR 188/55, IM BGB § 313 Nr. 13), ist die Unterlassung der durch das Gesetz vorgeschriebenen gerichtlichen oder notariellen Beurkundung (§ 313 BGB) jedoch nur dann unschädlich, wenn die Nichtanerkennung des Vertrages - hier der Vereinbarung - zu einem für den Käufer untragbaren Ergebnis führen würde. Das trifft nach dem Sachvortrag im vorliegenden Fall nicht zu. Es ist zwar nicht zu verkennen, daß das Grundstück 454/3 wegen des darauf stehenden Gebäudes das Zentrum des an den Beklagten übergebenen Grundbesitzes darstellt und daß die Anwendung des § 323 BGB demnach zur Beseitigung des gesamten Vertrages führen kann, und daß auch die Zurückgabe

der bereits vom Beklagten erbrachten Leistungen - technisch, nicht finanziell - erhebliche Schwierigkeiten bereiten wird. Allein als untragbar könnte dieses Ergebnis nur bezeichnet werden, wenn die Existenz des Beklagten auf dem ihm übergebenen Grundbesitz beruhte. Das läßt sein Vortrag jedoch nicht erkennen. Dem Kläger kann auch unter dem Gesichtspunkt der Verwirkung nicht das Recht auf Berichtigung abgesprochen werden. Er ist zwar mit seinem Anspruch nicht sogleich hervorgetreten, dieses Verhalten findet jedoch seine Rechtfertigung darin, daß er mit einer reibungslosen Abwicklung der getroffenen Vereinbarungen rechnete, nicht aber mit den dann eingetretenen Streitigkeiten zwischen den beiden Brüdern, die gerade in der Beschaffenheit des Grundstücks 454/3 wegen der Kellerbenützung mit ihren Grund hatten.

IV.

Nach alledem erweisen sich die Revisionsangriffe als unbegründet. Der Klaganspruch besteht und ist in seinem

Bestande von der Entscheidung über die Widerklage unabhängig. Das Rechtsmittel war demgemäß mit der Kostenfolge des § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Augustin

Schuster

Rothe

Dr. Freitag

Offterdinger