



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

V ZR 273/16

Verkündet am:
19. Januar 2018
Rinke
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB § 241 Abs. 2, § 280 Abs. 1

- a) Die Vertragspartner sind zum einen verpflichtet, an der Erreichung und Verwirklichung von Ziel und Zweck des Vertrages mitzuwirken und sich, soweit sich dies mit den eigenen Interessen vernünftigerweise vereinbaren lässt, gegenseitig zu unterstützen. Sie haben zum anderen alles zu unterlassen, was die Erreichung des Vertragszwecks und den Eintritt des Leistungserfolgs gefährden oder beeinträchtigen könnte.
- b) Wer sich seinem Vertragspartner gegenüber zur Bestellung eines beschränkten dinglichen Rechts an seinem Grundstück verpflichtet hat, muss jedenfalls vor Eintritt der Verjährung des Rechtsverschaffungsanspruchs bei späteren Verfügungen über das Grundstück prüfen, ob die bewilligte Belastung in das Grundbuch eingetragen worden ist, und, wenn das noch nicht geschehen ist, die Verfügungen so gestalten, dass Eintragung des bewilligten Rechts möglich bleibt und nicht im Belieben eines Dritten steht.

BGH, Urteil vom 19. Januar 2018 - V ZR 273/16 - OLG Dresden
LG Dresden

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 19. Januar 2018 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Stresemann, die Richterinnen Prof. Dr. Schmidt-Räntsch und Dr. Brückner, den Richter Dr. Göbel und die Richterin Haberkamp

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Dresden vom 20. Oktober 2016 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Mit notariellem Vertrag vom 8. Februar 2006 kaufte die Klägerin von zwei Verkäuferinnen jeweils Teilflächen benachbarter Grundstücke, darunter von der beklagten Wohnungsbaugesellschaft eine Teilfläche von 442 m² Größe für rund 1,4 Mio. €. In dem Kaufvertrag verpflichtete sich die Beklagte, der Klägerin ein Geh-, Fahr- und Leitungsrecht an der ihr verbliebenen Teilfläche in der Form einer Grunddienstbarkeit einzuräumen. Der Kaufvertrag wurde vollzogen. Zu der Eintragung der - von der Beklagten in dem Kaufvertrag bewilligten - Grunddienstbarkeit kam es bislang nicht. Die Beklagte verkaufte und übereignete das

ihr verbliebene Grundstück mit Vertrag vom 29. September 2011 an die H. I. GmbH & Co. KG (fortan die KG). Mit Vertrag vom 8. Juli 2014 verkaufte die Klägerin das von der Beklagten erworbene Grundstück an die S.

AG (fortan die AG). Bei dem Verkauf der Klägerin stellte sich heraus, dass die Grunddienstbarkeit nicht eingetragen war. Die Klägerin nahm Kontakt zu der KG auf, die ihre Bereitschaft signalisierte, die Grunddienstbarkeit nachträglich zu bestellen, dann aber auf einen Vertragsentwurf seitens der Klägerin nicht mehr reagierte.

2 Die Klägerin verlangt von der Beklagten, an dem Grundstück der KG eine Grunddienstbarkeit zugunsten des jeweiligen Eigentümers des Grundstücks der AG mit dem in dem Kaufvertrag aus dem Jahr 2006 beschriebenen Inhalt bestellen zu lassen, insbesondere eine Bewilligung durch die KG herbeizuführen, hilfsweise, sie von Schadensersatzansprüchen der AG freizustellen.

3 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt die Klägerin ihre Anträge weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

4 Das Berufungsgericht hat Zweifel an der Zulässigkeit des Hauptantrags. Zwar könne die Klägerin eine Verpflichtung der Beklagten zur Bewilligung der Grunddienstbarkeit jetzt nicht mehr beantragen, da diese nicht mehr Eigentümerin des zu belastenden Grundstücks sei. Es sei aber unklar, mit welchen Mit-

teln die Beklagte auf die KG mit dem Ziel der Bewilligung der Grunddienstbarkeit einwirken solle und wie eine entsprechende Verurteilung der Beklagten vollstreckt werden könne. Dem brauche aber nicht weiter nachgegangen zu werden. Der Antrag sei nämlich unbegründet, weil dem geltend gemachten Anspruch der Einwand des Unvermögens (§ 275 Abs. 1 Fall 1 BGB) entgegenstehe. Ein Unvermögen liege zwar nur vor, wenn feststehe, dass der Dritte die Mitwirkung an der Herstellung der vertragsgemäßen Rechtslage aller Voraussicht nach verweigern würde. So lägen die Dinge aber nach dem eigenen Vortrag der Klägerin. Sie habe nämlich vorgetragen, die KG habe zwar zunächst die Bereitschaft zur Bestellung der Grunddienstbarkeit signalisiert, dann aber auf den Vertragsentwurf dazu nicht mehr reagiert. Das habe die Beklagte berechtigterweise als Verweigerung der Mitwirkung verstanden.

- 5 Auch der Hilfsantrag sei unbegründet. Freistellung könne die Klägerin nur von einer bestimmten Verbindlichkeit verlangen. Ob und welche Ansprüche die AG gegen sie erhebe, sei nicht dargetan. Bereits der Grund eines solchen Anspruchs bleibe im Unklaren, weil die Klägerin den Vertrag mit der AG nicht vorgelegt habe. Der für die Eingehung einer Verpflichtung zur Verschaffung der Grunddienstbarkeit am Grundstück der KG benannte Zeuge K sei nicht zu vernehmen gewesen, da seine Vernehmung auf einen unzulässigen Ausforschungsbeweis hinausgelaufen wäre. Im Übrigen scheitere ein Schadensersatzanspruch an einem überwiegenden Mitverschulden der Klägerin. Diese habe vor der Veräußerung an die AG erfahren, dass die vereinbarte Grunddienstbarkeit im Grundbuch nicht eingetragen und dass das dienende Grundstück inzwischen veräußert worden sei. Sie habe sich gegenüber der AG dennoch zur Verschaffung der Grunddienstbarkeit verpflichtet und ihren Schaden damit selbst verursacht.

II.

6 Diese Erwägungen halten einer rechtlichen Prüfung nicht stand. Mit der
gegebenen Begründung kann der Klägerin weder der mit dem Hauptantrag ver-
folgte Rechtsverschaffungsanspruch (unten A.) noch der mit dem Hilfsantrag
verfolgte Freistellungsanspruch (unten B.) abgesprochen werden.

7 A. Hauptantrag

8 I. Der Hauptantrag der Klägerin ist zulässig.

9 1. Er genügt den Anforderungen des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO, weil er hin-
reichend bestimmt ist.

10 a) Nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO muss die Klageschrift einen bestimmten
Antrag enthalten. Hinreichend bestimmt ist ein Klageantrag grundsätzlich, wenn
er den erhobenen Anspruch konkret bezeichnet, dadurch den Rahmen der ge-
richtlichen Entscheidungsbefugnis (§ 308 ZPO) absteckt, Inhalt und Umfang der
materiellen Rechtskraft der begehrten Entscheidung (§ 322 ZPO) erkennen
lässt, das Risiko eines Unterliegens des Klägers nicht durch vermeidbare Un-
genauigkeit auf den Beklagten abwälzt und schließlich eine Zwangsvollstre-
ckung aus dem Urteil ohne eine Fortsetzung des Streits im Vollstreckungsver-
fahren erwarten lässt. Welche Anforderungen an die Konkretisierung des Streit-
gegenstandes in dem Klageantrag zu stellen sind, hängt jedoch auch ab von
den Besonderheiten des anzuwendenden materiellen Rechts und den Umstän-
den des Einzelfalls. Die Anforderungen an die Bestimmtheit des Klageantrags
sind danach in Abwägung des zu schützenden Interesses des Beklagten, sich
gegen die Klage erschöpfend verteidigen zu können, sowie seines Interesses

an der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit hinsichtlich der Entscheidungswirkung mit dem ebenfalls schutzwürdigen Interesse des Klägers an einem wirksamen Rechtsschutz festzulegen (BGH, Urteil vom 28. November 2002 - I ZR 168/00, BGHZ 153, 69, 75; vgl. für die Herausgabe von Gegenständen: Senat, Urteil vom 10. Juli 2015 - V ZR 206/14, BGHZ 206, 211 Rn. 9).

11 In einem Antrag auf Vornahme von Handlungen, mit denen ein bestimmter Erfolg erreicht werden soll, muss der Kläger nur den angestrebten Erfolg bestimmt bezeichnen. Er darf die Auswahl zwischen verschiedenen, zur Herbeiführung des Erfolgs geeigneten Mitteln dem Schuldner überlassen (vgl. BGH, Urteil vom 28. September 2011 - VIII ZR 242/10, NJW 2012, 63 Rn. 16; BAGE 136, 152 Rn. 11; Musielak/Voit/Foerste, ZPO, 14. Aufl., § 253 Rn. 32; Stein/Jonas/Roth, ZPO, 23. Aufl., § 253 Rn. 31). Je nach der Ausgestaltung des verfolgten Anspruchs kann er dazu sogar verpflichtet sein (für den Anspruch auf Beseitigung einer Störung nach § 1004 BGB: Senat, Urteile vom 17. Dezember 1982 - V ZR 55/82, NJW 1983, 751, 752, vom 20. November 1992 - V ZR 82/91, BGHZ 120, 239, 246; vgl. auch Senat, Urteil vom 12. Dezember 2004 - V ZR 98/03, NJW 2004, 1035, 1037).

12 b) Diesen Anforderungen genügt der Hauptantrag der Klägerin. Sie hat darin die Verurteilung der Beklagten beantragt, ein Geh-, Fahr- und Leitungsrecht in der Form einer Grunddienstbarkeit zugunsten des heute der AG gehörenden Grundstücks an dem heute der KG gehörenden Grundstück bestellen zu lassen, insbesondere die Bewilligung dieser Dienstbarkeit durch die KG herbeizuführen. Den Inhalt der beanspruchten Dienstbarkeit hat die Klägerin durch Bezugnahme auf Anlage G des Kaufvertrags der Parteien vom 8. Februar 2006 exakt bestimmt. Der Bestimmtheit ihres Antrags steht es nicht entgegen, dass sie nicht präzisiert hat, auf welche Weise die Beklagte den beschriebenen Er-

folg herbeiführen soll. Das durfte sie der Beklagten überlassen, weil sie das Ziel vorgegeben hat und die Beklagte beurteilen kann, was zu tun ist (vgl. BAGE 70, 165, 169 f.: „Einwirkung“ einer Tarifvertragspartei auf ihre Mitglieder).

13 2. Der Klägerin fehlt auch nicht das Rechtsschutzinteresse.

14 Einer Klage kann das Rechtsschutzinteresse zwar ausnahmsweise fehlen, wenn die von der verklagten Partei verlangte Leistung - hier die von der Beklagten verlangte Verschaffung der Dienstbarkeit - unmöglich oder sicher nicht vollstreckbar wäre (Senat, Urteil vom 21. Februar 1986 - V ZR 226/84, BGHZ 97, 178, 181). Dieser Ausnahmefall liegt aber nur vor, wenn die Unmöglichkeit der verlangten Leistung zweifelsfrei feststeht. Daran fehlt es hier.

15 II. In der Sache kann der Hauptantrag nicht mit der im Berufungsurteil gegebenen Begründung abgewiesen werden. Entgegen der Annahme des Berufungsgerichts scheidet der von der Klägerin mit dem Hauptantrag verfolgte Anspruch auf Verschaffung der Grunddienstbarkeit auf der Grundlage der bislang getroffenen Feststellungen nicht am Unvermögen der Beklagten.

16 1. Das Berufungsgericht geht im Ausgangspunkt zutreffend davon aus, dass die Klägerin von der Beklagten weiterhin die Verschaffung der in dem Kaufvertrag der Parteien vereinbarten Grunddienstbarkeit verlangen kann.

17 a) Das versteht sich allerdings nicht von selbst. Die Beklagte hatte nämlich die vereinbarte Grunddienstbarkeit in dem Kaufvertrag der Parteien vom 8. Februar 2006 bereits bewilligt und damit alles getan, was ihrerseits zur Erfüllung ihrer Verpflichtung erforderlich war. Denn dazu gehören bei der Begründung eines beschränkten dinglichen Rechts an einem Grundstück nur die Ab-

gabe der Eintragungsbewilligung und die Beseitigung etwa vorhandener grundbuchrechtlicher Eintragungshindernisse, etwa der fehlenden Voreintragung (§ 39 Abs. 1 GBO), nicht dagegen die für die Entstehung des beschränkten dinglichen Rechts nach § 873 Abs. 1 BGB erforderliche Eintragung. Diese ist eine behördliche Tätigkeit, die der Schuldner aus Rechtsgründen nicht besorgen kann und die vorbehaltlich abweichender Vereinbarungen der Parteien der Gläubiger zu veranlassen hat (vgl. Senat, Urteil vom 15. Oktober 2004 - V ZR 100/04, WM 2004, 2443, 2446 r. Sp.).

18 b) Dieser Umstand führt aber entgegen der Auffassung der Beklagten nicht dazu, dass sie nicht mehr verpflichtet wäre, weiter an der Entstehung der Grunddienstbarkeit mitzuwirken.

19 aa) Jeder Vertragspartner hat nämlich im Rahmen des Zumutbaren den ihm bekannten Interessen des anderen Rechnung zu tragen (vgl. RGZ 101, 47, 49). Die Vertragspartner sind zum einen verpflichtet, an der Erreichung und Verwirklichung von Ziel und Zweck des Vertrages mitzuwirken und sich, soweit sich dies mit den eigenen Interessen vernünftigerweise vereinbaren lässt, gegenseitig zu unterstützen (vgl. Senat, Urteile vom 12. Juli 1968 - V ZR 161/66, WM 1968, 1299, 1301 und vom 1. Juni 1973 - V ZR 134/72, WM 1973, 1270, 1272). Sie haben zum anderen alles zu unterlassen, was die Erreichung des Vertragszwecks und den Eintritt des Leistungserfolgs gefährden oder beeinträchtigen könnte (vgl. Senat, Urteil vom 15. Oktober 2004 - V ZR 100/04, WM 2004, 2443, 2446 I. Sp.; BGH, Urteil vom 5. April 2016 - XI ZR 440/15, BGHZ 209, 329 Rn. 16).

20 bb) Aufgrund der Leistungstreupflicht kann deshalb auch ein Vertragspartner, der an sich alles seinerseits zur Herstellung des Vertragserfolgs Erfor-

derliche veranlasst hat, verpflichtet sein, dem anderen Unterlagen zur Verfügung zu stellen, auf die dieser zur Verwirklichung des Vertragsziels angewiesen ist (Senat, Urteil vom 12. Juli 1968 - V ZR 161/66, aaO), zu treuen Händen des Notars vorab eine Löschungsbewilligung zu erteilen, um der anderen Vertragspartei die Auszahlung eines Darlehens zu ermöglichen, mit dem der Kaufpreis finanziert werden soll (Senat, Urteil vom 1. Juni 1973 - V ZR 134/72 aaO), eine verloren gegangene Eintragungsbewilligung erneut zu erteilen oder Grundbucherkklärungen abzugeben, die das Grundbuchamt für den Vollzug der vereinbarten Eintragungen benötigt. Das Gebot, alles zu unterlassen, was den Vertragszweck gefährdet oder vereitelt, verpflichtet den Schuldner etwa dazu, die Kaufsache nicht zwischen Gefahrübergang und Übereignung zu verschlechtern (vgl. Senat, Urteil vom 17. Juni 2005 - V ZR 328/03, BGH-Report 2005, 1371; BGH, Urteil vom 19. Oktober 1977 - VIII ZR 72/76, WM 1977, 1423). Wer sich, wie hier die Beklagte, seinem Vertragspartner gegenüber zur Bestellung eines beschränkten dinglichen Rechts an seinem Grundstück verpflichtet hat, muss deshalb jedenfalls vor Eintritt der Verjährung des Rechtsverschaffungsanspruchs bei späteren Verfügungen über das Grundstück prüfen, ob die bewilligte Belastung in das Grundbuch eingetragen worden ist, und, wenn das noch nicht geschehen ist, die Verfügungen so gestalten, dass die Eintragung des bewilligten Rechts möglich bleibt und nicht im Belieben eines Dritten steht.

- 21 c) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat die Beklagte dieser Pflicht nicht entsprochen. Denn danach hängt die Begründung der Grunddienstbarkeit, zu deren Bestellung sich die Beklagte gegenüber der Klägerin verpflichtet hat, nunmehr von der Mitwirkungsbereitschaft der KG ab. Nach § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2 BGB ist die Beklagte der Klägerin deshalb zum Ersatz des ihr aus diesem Versäumnis entstandenen Schadens verpflichtet. Nach § 249 Abs. 1 BGB hat sie dazu den Zustand herzustellen, der bestünde, wenn

sie ihrer Leistungstreuepflicht nachgekommen wäre. In diesem Fall wäre ihr die Begründung der Grunddienstbarkeit mit dem vereinbarten Inhalt noch möglich; sie ist deshalb verpflichtet, der Klägerin das Recht zu verschaffen.

22 2. Auch eine nach § 249 Abs. 1 BGB entstehende Pflicht zur Rechtsverschaffung entfällt allerdings gemäß § 275 Abs. 1 Fall 1 BGB bei einem Unvermögen des Schuldners.

23 a) Das Berufungsgericht verkennt nicht, dass ein Unvermögen des Schuldners nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht schon durch die Veräußerung des Grundstücks und den damit verbundenen Verlust der Verfügungsbefugnis eintritt (BGH, Urteil vom 9. Oktober 1974 - VIII ZR 113/72, NJW 1974, 2317) und nicht schon dann vorliegt, wenn die Erfüllung von dem Willen eines Dritten abhängt (vgl. Senat, Urteil vom 21. Juni 1974 - V ZR 164/72, BGHZ 62, 388, 393 f.; BGH, Urteile vom 30. Juni 1971 - VIII ZR 147/69, BGHZ 56, 308, 311, vom 24. Juni 1982 - III ZR 178/80, WM 1982, 1234 unter 4 und vom 22. November 1995 - VIII ZR 4/95, BGHZ 131, 176, 183). Unvermögen liegt danach vielmehr nur und erst dann vor, wenn feststeht, dass der Schuldner die Verfügungsmacht nicht mehr erlangen und zur Erfüllung des geltend gemachten Anspruchs auch nicht auf die Sache einwirken kann, etwa, weil der Erwerber, der das beschränkte dingliche Recht an dem erworbenen Grundstück einräumen könnte, sich aller Voraussicht nach dieser Mitwirkung verweigern wird (vgl. Senat, Urteile vom 21. Juni 1974 - V ZR 164/72, BGHZ 62, 388, 393 f., vom 20. November 1981 - V ZR 155/80, WM 1982, 206, 208, vom 7. Oktober 1983 - V ZR 261/81, NJW 1984, 479 und vom 26. März 1999 - V ZR 368/97, BGHZ 141, 179, 182; BGH, Urteile vom 15. Juni 2005 - VIII ZR 271/04, NJW-RR 2005, 1534, 1535, vom 25. Oktober 2012 - VII ZR 146/11, BGHZ 195, 195 Rn. 33, vom 4. Dezember 2012

- II ZR 159/10, WM 2013, 320 Rn. 41 und vom 21. Januar 2015 - VIII ZR 51/14, WM 2015, 687 Rn. 25).

24 b) Das Berufungsgericht verkennt jedoch die Anforderungen an die Darlegung des Unvermögens durch den Schuldner und an den Nachweis des Unvermögens.

25 aa) Ist die Unmöglichkeit - wie bei Ansprüchen aus § 311a Abs. 2 BGB oder aus § 280 Abs. 1 und 3, § 281 BGB - anspruchsbegründende Voraussetzung, nimmt der Bundesgerichtshof zwar, um die Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast des Gläubigers nicht zu überspannen, in ständiger Rechtsprechung an, dass die Weiterveräußerung die Unmöglichkeit indiziert, sofern der Schuldner nicht darlegt, dass er zur Erfüllung willens und in der Lage ist (Senat, Urteil vom 26. März 1999 - V ZR 368/97, aaO S. 182 f.; BGH, Urteile vom 15. Juni 2005 - VIII ZR 271/04, aaO S. 1536 und vom 21. Januar 2015 - VIII ZR 51/14, aaO). Diese Indizwirkung gilt indessen nicht für den Schuldner, der - wie die Beklagte hier - dem Leistungsanspruch des Gläubigers den Einwand des Unvermögens aus § 275 Abs. 1 BGB entgegenhält. Die für die Beurteilung seines Unvermögens maßgeblichen Umstände beruhen nämlich weitgehend auf seinen rechtlichen und tatsächlichen Beziehungen zum Erwerber, insbesondere den mit diesem getroffenen Vereinbarungen und den sonstigen Möglichkeiten der Einwirkung, zu denen der Schuldner, anders als der Gläubiger, aus eigener Kenntnis ohne weiteres näher vortragen kann und muss (vgl. Senat, Urteil vom 26. März 1999 - V ZR 368/97, BGHZ 141, 179, 182 f.). Er kann und muss darlegen und notfalls beweisen, dass und aus welchen Gründen ihm die Verschaffung des versprochenen Rechts rechtlich oder tatsächlich nicht (mehr) möglich ist.

26 bb) Danach kann nicht von einem Unvermögen der Beklagten ausgegangen werden.

27 (1) Das Unvermögen der verklagten Partei kann sich zwar auch aus dem Vortrag der Klagepartei ergeben, auf den sich das Berufungsgericht hier stützt. Denn das Unvermögen des Schuldners ist, anders als die Fälle der Befreiung von der Leistungspflicht gemäß § 275 Abs. 2 und 3 BGB, nicht nur auf Einrede des Schuldners, sondern als rechtsvernichtender Einwand auch zu berücksichtigen, wenn der Kläger selbst die das Unvermögen des Beklagten ergebenden Tatsachen vorträgt. Nicht anders als bei einer Darlegung durch den darlegungspflichtigen Beklagten muss dem Vortrag des Klägers dann aber auch zu entnehmen sein, dass und aus welchen Gründen es ausgeschlossen ist, dass sich der Erwerber doch noch zu einer Mitwirkung an der Bestellung der Grunddienstbarkeit oder dazu bereitfindet, dem Beklagten eine entsprechende Belastung seines Grundstücks rechtlich zu ermöglichen.

28 (2) Das ist hier nicht der Fall. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat die Klägerin nur vorgetragen, dass die KG auf den ihr übersandten Entwurf eines Vertrags über die Bestellung der Grunddienstbarkeit nicht mehr reagiert habe, dagegen nicht, dass sie zu einer Mitwirkung an der Bestellung der Dienstbarkeit nicht (mehr) bereit sei. Darauf, ob die Beklagte diesen Vortrag der Klägerin, wie das Berufungsgericht meint, berechtigterweise im zuletzt genannten Sinne verstanden hat oder in diesem Sinne hat verstehen dürfen, kommt es nicht an. Vielmehr muss entweder das Gericht feststellen, dass der Erwerber - hier die KG - tatsächlich unter keinen Umständen zur Bestellung der Grunddienstbarkeit bereit ist (§ 275 Abs. 1 BGB), oder der Schuldner - hier die Beklagte - muss darlegen, dass der Erwerber hierzu nur unter Bedingungen bereit ist, die ihn nach § 275 Abs. 2 BGB zur Verweigerung der Leistung be-

rechten. Das ist nicht geschehen. Die Klägerin selbst hat im Übrigen an der von dem Berufungsgericht zitierten Stelle die Ansicht vertreten, eine Bereitschaft der KG zur Mitwirkung an der Bestellung der Grunddienstbarkeit sei trotz des Schweigens auf das Vertragsangebot nicht von vornherein ausgeschlossen.

29 3. Entgegen der von ihrer Prozessbevollmächtigten in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat vertretenen Auffassung entfällt die Rechtsverschaffungspflicht der Beklagten auch nicht wegen eines Mitverschuldens der Klägerin.

30 a) Die Berücksichtigung eines Mitverschuldens der Klägerin scheiterte allerdings nicht schon von vornherein daran, dass die geschuldete Verschaffung der Dienstbarkeit einer Reduzierung nicht zugänglich ist. Die Beklagte schuldet die Verschaffung der Dienstbarkeit nämlich als Schadensersatz in Natur. Deshalb müsste ein - festzustellendes - Mitverschulden der Klägerin auch insoweit Berücksichtigung finden. Technisch wäre dies, ähnlich wie bei einem Anspruch auf Beseitigung einer Störung gemäß § 1004 Abs. 1 BGB, zu deren Eintritt ein Verschulden des Eigentümers beigetragen hat, zu erreichen. Dort wird eine Berücksichtigung des Mitverschuldens in der Weise erreicht, dass die Verurteilung zur Beseitigung durch die Feststellung beschränkt wird, dass sich der beeinträchtigte Eigentümer in Höhe seiner Haftungsquote an den Kosten der Beseitigung zu beteiligen hat (vgl. Senat, Urteil vom 18. April 1997 - V ZR 28/96, BGHZ 135, 235, 239 f.). Im vorliegenden Fall wäre die Verurteilung der Beklagten zur Rechtsverschaffung ggf. durch die Feststellung zu beschränken, dass sich die Klägerin in Höhe ihrer Haftungsquote an den Kosten der Rechtsverschaffung zu beteiligen hat.

31 b) Ein Mitverschulden der Klägerin ergibt sich aber nicht allein aus dem
Umstand, dass zwischen dem Kaufvertrag der Parteien vom 8. Februar 2006
und dem Verkauf des zu belastenden Grundstücks an die KG am 29. Septem-
ber 2011 mehr als fünf Jahre und dem Verkauf des herrschenden Grundstücks
an die AG am 8. Juli 2014 mehr als acht Jahre verstrichen sind.

32 B. Hilfsantrag

33 I. Der Hilfsantrag der Klägerin ist im Ergebnis zulässig.

34 1. Als Freistellungsantrag ist er allerdings mangels bestimmter Bezeich-
nung des Anspruchs, von dem freigestellt werden soll, unzulässig. Auch für ei-
nen Freistellungsantrag gelten die Anforderungen des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO.
Deshalb muss der Kläger, der Freistellung von einer Schadensersatzverpflich-
tung verlangt, Grund und Höhe der Schuld, von der freigestellt werden soll, be-
stimmt angeben (vgl. Senat, Urteil vom 6. März 1987 - V ZR 216/85, BGHR
ZPO § 253 Freistellung 1; BGH, Urteile vom 4. Juni 1996 - VI ZR 123/95, WM
1996, 1986, 1987 und vom 23. September 2004 - IX ZR 137/03, NJW-RR 2005,
494, 497 f.). Daran fehlt es hier, weil die Klägerin ihre Schadensersatzverpflich-
tung gegenüber der AG nicht beziffert hat.

35 2. Der unzulässige Freistellungsantrag ist aber in einen zulässigen An-
trag auf Feststellung der Freistellungsverpflichtung der Beklagten umzudeuten
(vgl. Zöller/Greger, ZPO, 32. Aufl., § 256 Rn. 15c). Dies ist auch in der Revisi-
onsinstanz zulässig, wenn sich das Interesse des Klägers an alsbaldiger Fest-
stellung - wie hier - unmittelbar aus seinem im Berufungsurteil niedergelegten
Vortrag und damit ohne weitere Feststellungen ergibt (vgl. BGH, Urteile vom

26. September 1957 - II ZR 42/56, WM 1957, 1335, 1338 und vom 23. September 2004 - IX ZR 137/03, NJW-RR 2005, 494, 498).

36 II. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts hat die Klägerin den hilfsweise, für den Fall der Abweisung des Hauptantrags, geltend gemachten Freistellungsanspruch schlüssig vorgetragen. Dieser scheitert auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen auch nicht an einem überwiegenden Mitverschulden der Klägerin.

37 1. Nach ihrem für das Revisionsverfahren mangels anderweitiger Feststellungen als zutreffend zu unterstellenden Vortrag könnte die Klägerin von der Beklagten Schadensersatz statt der Leistung gemäß § 280 Abs. 1 und 3, § 283 BGB und in diesem Rahmen gemäß § 249 Abs. 1 BGB Freistellung von Schadensersatzansprüchen der AG verlangen, wenn die nachträgliche Bestellung der Dienstbarkeit nicht gelingt.

38 a) Die Beklagte ist der Klägerin aufgrund des Kaufvertrages über die Teilfläche zur Bestellung einer Grunddienstbarkeit mit dem beanspruchten Inhalt an dem Grundstück der KG verpflichtet. Diese Verpflichtung hat die Beklagte bislang nicht erfüllt, auch wenn sie das beanspruchte Recht bereits bewilligt hat. Denn sie schuldet nicht nur die Bewilligung, sondern die Begründung des Rechts durch Eintragung in das Grundbuch. Von dieser Verpflichtung würde sie gemäß § 275 Abs. 1 BGB kraft Gesetzes frei, wenn die KG ihre Mitwirkung an der Bestellung der Grundschuld endgültig verweigert, hierzu aufgrund des Vertrages mit der Beklagten nicht verpflichtet und die Bestellung der Dienstbarkeit nach diesem Vertrag auch nicht ohne ihre Mitwirkung möglich ist.

39 b) Die Beklagte hätte ihr Unvermögen auch zu vertreten (vgl. § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB). Das folgt auf der Grundlage des für das Revisionsverfahren als zutreffend zu unterstellenden Vortrags der Klägerin daraus, dass die Beklagte fahrlässig ihre Leistungstreuepflicht verletzt hat. Sie hat nämlich bei der Veräußerung des zu belastenden Grundstücks an die KG nicht dafür Sorge getragen, dass eine von dem Willen der KG unabhängige Belastung des Grundstücks mit der Grunddienstbarkeit möglich bleibt.

40 c) Hieraus ist der Klägerin ein Schaden entstanden.

41 aa) Sie hat substantiiert vorgetragen, dass sie sich der AG gegenüber zur „Nachlieferung“ der Grunddienstbarkeit zugunsten des verkauften Grundstücks verpflichtet hat, deren Bestellung sie aufgrund des Grundstückskaufvertrags mit der Beklagten von dieser verlangen konnte. Zum schlüssigen Vortrag einer solchen Verpflichtung genügt entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts die Behauptung, eine solche Verpflichtung eingegangen zu sein. Die Vorlage des Grundstückskaufvertrags mit der AG ist dazu nicht erforderlich.

42 bb) Die Beklagte hat für ihre Behauptung einen tauglichen Zeugen angeboten. Sie hat den unter der Anschrift der AG zu ladenden Zeugen K benannt. Dieser Beweisantritt war zulässig und ausreichend, da die Klägerin eine konkrete Behauptung in das Wissen des Zeugen gestellt hat und sich der Beweisführer grundsätzlich nicht dazu äußern muss, wie ein Zeuge die unter Beweis gestellte Tatsache erfahren, und welche Anhaltspunkte er für die Richtigkeit der in das Wissen des Zeugen gestellten Behauptungen hat (Senat, Urteil vom 16. Januar 1987 - V ZR 185/85, BGHR ZPO § 373 Substantiierung 1; BGH, Beschluss vom 1. August 2007 - III ZR 35/07, juris Rn. 7). Für das Revisionsver-

fahren ist deshalb zu unterstellen, dass der Zeuge die Behauptung der Klägerin bestätigt, dass sie der AG zur Verschaffung der Dienstbarkeit verpflichtet ist.

43 cc) Der AG entstünde durch den Ausfall der mit der versprochenen Dienstbarkeit verbundenen Vorteile ein Schaden, wenn es zur Bestellung der Dienstbarkeit endgültig nicht kommen sollte. Diesen hätte die Klägerin der AG nach § 280 Abs. 1 und 3, § 283 BGB als Schadensersatz statt der Leistung zu ersetzen. Von dieser Verpflichtung hätte die Beklagte die Klägerin gemäß § 249 Abs. 1 BGB freizustellen (vgl. dazu: BGH, Urteil vom 16. November 2006 - I ZR 257/03, NJW 2007, 1809 Rn. 20).

44 2. Eine Verpflichtung der Beklagten zum Schadensersatz entfiere zwar nach § 254 Abs. 1 BGB, wenn die Entstehung des Schadens überwiegend auf dem eigenen Verschulden der Klägerin beruhte. Ein Eigenverschulden der Klägerin ergeben die Feststellungen des Berufungsgerichts indessen nicht.

45 a) Danach hat zwar eigenes Verhalten der Klägerin zu der Entstehung des Schadens beigetragen. Sie ist nämlich die Verpflichtung zur Verschaffung der Dienstbarkeit eingegangen, obwohl sie bei Abschluss des Grundstückskaufvertrages mit der AG wusste, dass das mit der Beklagten vereinbarte Geh-, Fahr- und Leitungsrecht nicht in das Grundbuch eingetragen und das dienende Grundstück inzwischen veräußert worden war.

46 b) Ausgeschlossen ist ein Schadensersatzanspruch gemäß § 254 Abs. 1 BGB aber nicht schon dann, wenn das Verhalten des Geschädigten zur Entstehung des Schadens adäquat kausal beigetragen hat, sondern nur, wenn ein „Verschulden des Geschädigten“ bei der Entstehung des Schadens mitgewirkt hat. Das ist nur gegeben, wenn dieser diejenige Sorgfalt außer Acht lässt, die

ein ordentlicher und verständiger Mensch zur Vermeidung eigenen Schadens anzuwenden pflegt (vgl. Senat, Urteil vom 18. April 1997 - V ZR 28/96, BGHZ 135, 235, 240 f.; BGH, Urteil vom 17. Juni 2014 - VI ZR 281/13, WM 2014, 1979 Rn. 9).

47 Die von dem Berufungsgericht getroffenen Feststellungen ergeben schon nicht, dass die Klägerin diese Sorgfalt außer Acht gelassen hat. Sie ist zwar die Verpflichtung zur Verschaffung der Dienstbarkeit eingegangen, obwohl sie noch nicht begründet und das zu belastende Grundstück veräußert worden war. Ob das der gebotenen Sorgfalt widersprach, lässt sich aber nur in wertender Betrachtung aller Umstände bei der Eingehung dieser Verpflichtung beurteilen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Klägerin die Verpflichtung zur Verschaffung der Dienstbarkeit erst eingegangen ist, nachdem die KG auf Anfrage ihre Bereitschaft zur Einräumung der Dienstbarkeit erklärt hat. In die Wertung wären auch die übrigen Umstände einzubeziehen, darunter auch die - von der Klägerin allerdings erst im Revisionsverfahren angesprochene - Notwendigkeit, das Grundstück zu verkaufen. Ein Mitverschulden der Klägerin läge nur vor, wenn ein ordentlicher und verständiger Mensch in ihrer Lage unter Berücksichtigung der Erklärung der KG, zu einer Nachbestellung der Grunddienstbarkeit bereit zu sein, und der sonstigen Umstände von der Eingehung einer Verpflichtung zur Verschaffung der Dienstbarkeit abgesehen hätte. Dazu hat das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen.

III.

48 Das Berufungsurteil kann danach keinen Bestand haben. Die Sache ist nicht zur Entscheidung reif, weil die erforderlichen Feststellungen fehlen. Sie ist deshalb unter Aufhebung des Berufungsurteils an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Stresemann

Schmidt-Räntsch

Brückner

Göbel

Haberkamp

Vorinstanzen:

LG Dresden, Entscheidung vom 04.03.2016 - 8 O 1443/15 -

OLG Dresden, Entscheidung vom 20.10.2016 - 10 U 470/16 -