

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V_ZR_124/65

URTEIL

Verkündet am
30. Juni 1967
Wüst,
Justizhauptsekretär

in dem Rechtsstreit

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

des Versicherungsverbandes für G [REDACTED] und G [REDACTED]-
verbände, Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit,
K [REDACTED]-R [REDACTED], An der F [REDACTED], vertreten durch seinen
Vorstand,

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Karl F l [REDACTED], K [REDACTED]-R [REDACTED],
Alter S [REDACTED] Weg [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 23. Juni 1967 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Augustin und der Bundesrichter Dr. Rothe, Dr. Mattern, Hill und Dr. Grell

für Recht erkannt:

Hinsichtlich der Klage wird die Revision des Beklagten gegen das Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Köln vom 31. Mai 1965 zurückgewiesen.

Hinsichtlich der Widerklage wird das genannte Urteil aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Oberlandesgericht zurückverwiesen.

Der Beklagte trägt 5/6 der Kosten des Rechtsstreits; die Entscheidung über die restlichen Kosten wird dem Berufungsgericht übertragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien sind Grundstücksnachbarn in Köln-Riehl.

Sowohl 1953 anlässlich der Errichtung eines Bürogebäudes des Beklagten als auch 1957, als der Kläger

sein Einfamilienhaus errichtete, kam es zwischen den Parteien über den Bebauungsumfang zu Vereinbarungen, deren Inhalt umstritten ist.

Der Kläger begehrt mit der Klage auf Grund Vereinbarung vom Mai 1953 Unterlassung 1. der Errichtung von Garagen auf einem 10 m breiten seitlichen Grenzstreifen des Grundstücks des Beklagten, 2. einer anderen als gärtnerischen Gestaltung dieses Streifens.

Der Beklagte begehrt mit der Widerklage auf Grund Vereinbarung von 1957 die Rückführung der rückwärtigen Grenzmauer des Klägers auf eine vom Erdboden des Grundstücks des Beklagten gerechnete Höhe von 1,60 m.

Das Landgericht hat Klage und Widerklage abgewiesen.

Auf Berufung und Anschlußberufung hat das Oberlandesgericht der Klage stattgegeben und die Abweisung der Widerklage bestätigt.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte Klageabweisungsantrag und Widerklage weiter. Der Kläger bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

I. Klage

In der Besprechung vom 11. Mai 1953 einigten sich



der Kläger und Dr. S. [REDACTED], das inzwischen verstorbene Vorstandsmitglied des beklagten Verbandes, dahin, daß der Kläger seine vorher verweigerte Zustimmung zum Bau des Bürogebäudes des Beklagten erteilte und Dr. S. [REDACTED] die Unterlassung einiger Baumaßnahmen zusagte. Nach der Behauptung des Klägers bezog sich diese Zusage auch auf einen senkrecht zur Straßenfront (Alter Stammheimer Weg) gelegenen Grenzstreifen von 10 m Breite und hatte zum Inhalt, daß der Beklagte dort weder Garagen noch sonstige Gebäulichkeiten erstelle, sondern ihn gärtnerisch ausgestalte. Der Beklagte will nur hinsichtlich eines andern, nämlich des straßenabgewandten "hinteren" Geländeteils die Nichterrichtung von Garagen zugesagt und hinsichtlich des genannten (seitlichen) 10 m-Streifens überhaupt keine Baubeschränkung übernommen haben. Der Beklagte beruft sich hierfür auf sein Bestätigungsschreiben an den Kläger vom 12. Mai 1953, das eine derartige Zusage nicht enthält. Der Kläger beruft sich auf sein Antwortschreiben vom 22. Mai 1953, das jene Bauunterlassungszusage des Beklagten aufführt.

Das Berufungsgericht bejaht rechtsirrtumsfrei die rechtliche Möglichkeit einer schuldrechtlichen Vereinbarung dieses Inhalts. Es stellt in tatsächlicher Hinsicht ihr Zustandekommen fest und stützt diese Überzeugung vor dem Hintergrund der damaligen Interessenlage auf die Beweisaufnahme in Verbindung mit der Parteikorrespondenz. Dabei zieht der Tatrichter außer zwei späteren Schreiben von Klägerseite insbesondere das Schreiben des Klägers an den Beklagten vom 22. Mai 1953

heran, das er als vom Beklagten nicht widersprochenes Bestätigungsschreiben wertet: er läßt dahingestellt, ob dieses Schreiben in den hier einschlägigen Punkten eine rechtsgeschäftliche Vereinbarung bestätigt, und hält es jedenfalls zusammen mit einer Zeugenvernehmung (Dr. G [REDACTED]) als Grundlage der von ihm durchgeführten Vernehmung des Klägers als Partei nach § 448 ZPO für geeignet. Er schenkt der durch Eid bekräftigten Aussage des Klägers Glauben, wonach der Kläger sich (am 11. Mai 1953) mit Dr. S [REDACTED] im Sinne seiner die Klage tragenden Behauptungen hinsichtlich des 10 m-Streifens geeinigt habe. Die Vertretungsmacht von Dr. S [REDACTED] - die der Beklagte mit dem Hinweis auf eine Satzungsbestimmung über bloße Gesamtvertretung zweier Vorstandsmitglieder leugnet - wird vom Berufungsgericht jedenfalls unter dem Gesichtspunkt der Anscheinsvollmacht bejaht. Wegfall der Geschäftsgrundlage infolge der Zunahme des Kraftfahrzeugverkehrs wird derzeit verneint.

Diese Würdigung hält den Angriffen der Revision stand.

a) Die Revision hebt auf die Tatbestandsberichtigung des Berufungsurteils ab, wonach nicht unstreitig, sondern vom Beklagten bestrittene Behauptung des Klägers ist, daß ohne sein Einverständnis der Bürobau des Beklagten (auch mit der dann verwirklichten, gegenüber dem ursprünglichen Plan von drei auf zwei Geschosse verminderten Höhe) baupolizeilich nicht genehmigt worden wäre. Damit entfiel allerdings die verfahrensmässi-

ge Grundlage für die Annahme des Berufungsgerichts, der Kläger sei objektiv zur Verhinderung des Bürobaus in der Lage gewesen (vgl. S. 14/15). Aber es erscheint nach Sachlage ausgeschlossen, daß das angefochtene Urteil auf dieser Annahme beruht. Auch wenn die Zustimmung objektiv nicht erforderlich war, konnte doch der Beklagte ein subjektives Interesse daran haben, sie zu erlangen, sei es zur Beseitigung von Zweifeln, zur Erhaltung eines gutnachbarlichen Verhältnisses oder aus anderen Gründen. Maßgebend ist, daß er sich um diese Zustimmung bemüht hat, wie unstreitig ist. Infolgedessen ergibt sich aus der zu unterstellenden Verneinung jenes objektiven Zustimmungserfordernisses keine Änderung der Interessenlage, wie sie das Berufungsgericht gewürdigt hat.

Der Umstand, daß der Kläger auf dem an jenen 10 m-Streifen angrenzenden Teil seines eigenen Grundstücks selbst eine Garage (und einen Wagenabstellplatz) angelegt hat, machte es weder unmöglich noch auch nur unwahrscheinlich, daß der Kläger an Fernhaltung von Garagen auf der anderen Seite der Grundstücksgrenze interessiert und sie durchzusetzen bestrebt war. Es besteht kein Anhaltspunkt dafür, daß das Oberlandesgericht diesen unbestrittenen und vom Beklagten wiederholt betonten Umstand übersehen hätte.

Wenn sich das Oberlandesgericht auf die Lebenserfahrung beruft dafür, daß der Kläger die Bauwünsche der Beklagten zunächst ablehnte und später nach Ver-

handlungen nicht "blindlings" annahm, so hat es damit ersichtlich nicht einen typischen Geschehensablauf im Sinne eines Anscheinsbeweises im Auge, was bei einem individuellen Handeln rechtlich bedenklich wäre; die Erwägung liegt vielmehr im zulässigen Rahmen normaler Beweiswürdigung (§ 286 ZPO).

b) Ohne Erfolg rügt die Revision insbesondere, daß nicht bereits das Schreiben des Beklagten vom 12. Mai 1953 als Bestätigungsschreiben und das Schreiben des Klägers vom 22. Mai 1953 als verspäteter Widerspruch dagegen aufgefaßt worden sei mit der Wirkung, daß nur der Inhalt jenes ersten Schreibens Vereinbarungsinhalt sei.

Es kann offen bleiben, ob die Grundsätze, die die Rechtsprechung zum Bestätigungsschreiben im Handelsverkehr entwickelt hat, auch im Verhältnis zwischen den Parteien des vorliegenden Rechtsstreits gelten (vgl. BGHZ 40, 42). Denn wenn das Schreiben des Beklagten vom 12. Mai 1953 als ein solches Bestätigungsschreiben und das Schreiben des Klägers vom 22. Mai 1953 als Widerspruch dagegen anzusehen sein sollte, ist dieser Widerspruch entgegen der Meinung der Revision nicht verspätet (vgl. Urteil vom 20. November 1961, VIII ZR 126/60, IM HGB § 346 E a Nr. 5). Der Kläger hatte sich nämlich nicht nur auf Reisen begeben, sondern dies Dr. Schulte ausweislich von dessen Aktenvermerk vom 12. Mai 1953 auch ausdrücklich mitgeteilt und die weitere Erledigung ("der Formalitäten") erst für den Zeitpunkt seiner Rückkehr angekündigt; insoweit liegt der

Fall anders als in der von der Revision angezogenen Entscheidung RGZ 105, 389. Maßgebend für die Frage, ob ein Widerspruch gegen ein Bestätigungsschreiben noch unverzüglich oder verspätet ist, sind immer die Umstände des jeweiligen Einzelfalls. Im vorliegenden Fall war der Kläger bei der gegebenen Sachlage nicht verpflichtet, für Erledigung von Korrespondenz mit dem Beklagten während der diesem angekündigten Reise zu sorgen. War aber sein Schreiben vom 22. Mai 1953 nicht im genannten Sinne verspätet, so war es gegenüber dem vorausgegangenen Schreiben des Beklagten vom 12. Mai 1953 nicht inhaltlich unbeachtlich, und der Tatrichter konnte es deshalb zur Grundlage für die Anordnung einer Parteivernehmung nach § 448 ZPO machen (unten c). Hinzukommt, daß sich die beiden Schreiben inhaltlich keineswegs völlig widersprachen, sondern das zweite lediglich einige Ergänzungen brachte, die mit dem Wortlaut des ersten nicht unvereinbar waren. Aus diesem Grunde kommt es nicht mehr darauf an, daß nach einer Entscheidung des VIII. Zivilsenats sogar die widerspruchslose Hinnahme eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens nicht die Berücksichtigung von anderen, mündlich getroffenen Vereinbarungen ausschließt, die im Bestätigungsschreiben nicht enthalten sind, aber nach dem Willen der Vertragsparteien die im Bestätigungsschreiben niedergelegten Vereinbarungen ergänzen sollten (Urteil vom 22. Januar 1964, VIII ZR 111/63, LM HGB § 346 E a Nr. 6).

c) Die Revision rügt, das Oberlandesgericht habe zu Unrecht die Voraussetzungen der Parteivernehmung des

Klägers nach § 448 ZPO angenommen.

Hierfür ist erforderlich, daß nach Auffassung des Tatrichters (vgl. Senatsurteil vom 18. Dezember 1964 - V ZR 207/62, IM ZPO § 448 Nr.4) bereits eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die Beweisbehauptung besteht. Der Tatrichter hat dies im Hinblick auf das seitens des Beklagten unwidersprochen gebliebene Schreiben des Klägers vom 22. Mai 1953 bejaht. Das wäre allerdings rechtlich zu beanstanden, wenn dieses Schreiben nur als verspäteter Widerspruch gegen ein (erschöpfendes) Bestätigungsschreiben des Beklagten zu werten und deshalb für den Inhalt des maßgeblich Vereinbarten unbeachtlich wäre; in diesem Falle gälte rechtlich nur der Inhalt des Schreibens des Beklagten vom 12. Mai 1953 als vereinbart, und es wäre unerheblich, ob tatsächlich noch weiteres vereinbart (und vom Kläger schriftlich bestätigt) worden wäre, die dahingehenden Behauptungen des Klägers wären daher unerheblich. Dies trifft jedoch, wie oben (b) ausgeführt, nicht zu; außer dem im Schreiben des Beklagten vom 12. Mai 1953 Bestätigten konnten noch weitere Einzelabreden rechtswirksam getroffen sein und bleiben. Sie waren freilich vom Kläger nachzuweisen, der sich auf sie berief (vgl. das genannte Urteil vom 22. Januar 1964). Bei diesem Nachweis konnte aber der Tatrichter ohne Rechtsirrtum dem Schreiben des Klägers vom 22. Mai 1953 eine gewisse Wahrscheinlichkeit ("einigen Beweis") für die Richtigkeit der Behauptungen des Klägers entnehmen und so die Grundlage für dessen Parteivernehmung nach § 448 ZPO gewinnen,

wie er es getan hat.

Im übrigen hat der Tatrichter die "gewisse Wahrscheinlichkeit" außerdem noch auf die erstinstanzlichen Bekundungen des Zeugen Dr. G. [REDACTED] gestützt. Hiergegen sind Bedenken weder von der Revision aufgezeigt noch sonst erkennbar.

Neben der Sache liegt der Hinweis der Revision auf die rechtspolitische Problematik des § 448 ZPO. Solange die Vorschrift geltendes Recht ist, ist sie uneingeschränkt anzuwenden. Daß es der Tatrichter an der hierdurch angeblich besonders gebotenen Vorsicht habe fehlen lassen, ist nicht erkennbar.

Unbegründet ist hier schließlich die Rüge der Nichterschöpfung von Beweisangeboten. Allerdings wird es in der Regel angebracht sein, von Parteivernehmung abzusuchen, wenn andere Beweismittel Erfolg versprechen (Baumbach/Lauterbach, ZPO 28. Aufl. § 450 Anm. 2 A; vgl. Wieczorek, ZPO § 448 A I A II a 2). Ob das Verbot der Vorwegwürdigung (Beweisantizipation) auch hier im sonstigen Umfang gilt, ist bestritten (bejahend Wieczorek aaO, verneinend Stein/Jonas/Schönke/Pohle, ZPO 18. Aufl. § 448 II 3) und mag dahinstehen. Denn die von der Revision als übersehen angeführten Beweisangebote betrafen nicht die unmittelbar erhebliche Tatsache des Inhalts der Verhandlungen zwischen dem Kläger und Dr. S. [REDACTED] am 11. Mai 1953, sondern spätere Äußerungen von Dr. S. [REDACTED] darüber (Vortrag beim Gesamtvorstand, Bemerkung gegenüber einem Prokuristen),

also nur mittelbar erhebliche Tatsachen. Eine Beweiserhebung über diese darf aber der Tatrichter nach ständiger Rechtsprechung allgemein unterlassen, wenn sie einen Schluß auf eine unmittelbar erhebliche Tatsache weder zwingend gebieten noch in besonderem Maße nahelegen und der Tatrichter einen solchen Schluß nicht ziehen will. So aber liegt der Fall hier: das Oberlandesgericht hat ausdrücklich abgelehnt, aus dem nachträglichen Verhalten von Dr. S. eine Entkräftung des über den Vereinbarungsinhalt geführten Beweises zu entnehmen, und deshalb die Notwendigkeit weiterer Beweiserhebung verneint.

d) Wegfall der Geschäftsgrundlage wird vom Oberlandesgericht deshalb verneint, weil schon 1953 im wesentlichen die jetzigen Voraussetzungen vorgelegen hätten: die Schaffung von Einstellplätzen sei schon damals Pflicht gewesen; auch die Fürsorgepflicht des Beklagten für seine Bediensteten habe schon vorher bestanden; zwar sei seit 1953 eine gewisse Steigerung des Verkehrs eingetreten, diese sei jedoch im großen und ganzen vorhersehbar gewesen.

Die von der Revision erbetene Nachprüfung läßt keinen Rechtsirrtum erkennen.

e) Da das Berufungsurteil hinsichtlich der Klage auch sonstige Rechtsfehler zum Nachteil des Beklagten nicht aufweist, war die Revision insoweit als unbegründet zurückzuweisen. Es erschien angemessen, über einen dem Streitwert der Klage entsprechenden Teil der

Gesamtkosten schon jetzt zu entscheiden; er ist nach §§ 91, 92, 97 ZPO vom Beklagten zu tragen.

II. Widerklage

Unstreitig hat im Jahre 1957 Dr. S. [REDACTED] für den Beklagten mit dem Kläger die Beschränkung der vom Kläger auf dem hinteren Teil seines Grundstücks geplanten Grenzmauer auf eine bestimmte Höhe vereinbart; das Bestätigungsschreiben des Beklagten vom 3. April 1957 nennt eine Höhe von 1,60 m. Der Kläger hat dort das Gelände durch Auffüllung höher gelegt; die von ihm errichtete Mauer ragt jetzt zwar auf seiner Seite nur 1,60 m, auf der Seite des Beklagten jedoch 3,29 m über das angrenzende Erdreich. Die Parteien streiten darüber, ob die Höherlegung des Geländes vor oder nach der Mauererrichtung stattfand und ob die 1,60 m vom Grundstück des Klägers oder vom Grundstück des Beklagten aus gemessen sein sollten.

Das Oberlandesgericht stellt fest, daß der Beklagte mit der Errichtung der Mauer in der jetzigen Höhe einverstanden war: Keine Rolle spiele, ob die Parteien ursprünglich den Bau einer niedrigeren Grenzmauer vereinbart hätten; nach der glaubhaften Zeugenaussage des Architekten Sc. [REDACTED] habe dieser die Höhe und die Länge der Mauer im Beisein von Dr. S. [REDACTED] markiert, und Dr. S. [REDACTED] sei damit einverstanden gewesen; schon im Zeitpunkt der Mauererrichtung seien die

Grundstücke nicht mehr niveaugleich gewesen; dazu (soll heißen: dafür), daß Sc[REDACTED] bei der Markierung (soll heißen: bei der Errichtung) der Mauer von der von Dr. S[REDACTED] genannten Höhe abgewichen wäre, sei nichts vorgetragen. Auch dieses Verhalten von Dr. S[REDACTED] müsse der Beklagte kraft Anscheinsvollmacht gegen sich gelten lassen. Der Beklagte habe die Mauerhöhe auch nach der Errichtung (1957) zunächst nicht gerügt; 1959 habe er sie (erstmalig) beanstandet und unterm 3. August 1961 erstmals ihre Abtragung gefordert, nachdem der Kläger wenige Tage zuvor wegen des jetzigen Klaganspruchs eine einstweilige Verfügung erwirkt hatte.

Die Revision rügt hier mit Erfolg, daß das Oberlandesgericht die Erhebung von Beweisen unterlassen hat.

Der Beklagte hatte jedenfalls im Berufungsverfahren unter Beweis gestellt, daß die Geländeauffüllung auf dem Grundstück des Klägers erst nach dem Mauerbau stattgefunden habe. Er hat dafür einen seiner Bediensteten (Kraftfahrer Sch[REDACTED]) als Zeugen benannt und außerdem Sachverständigenbeweis für das jüngere Alter des Bodens auf dem Grundstück des Klägers angeboten. Das Oberlandesgericht ist auf diese Beweisangebote nicht eingegangen. Hierin liegt eine Gesetzesverletzung. Die unter Beweis gestellte Tatsache (Niveaugleichheit des Geländes bei Mauererrichtung) war zwar wiederum keine unmittelbar erhebliche Tatsache, sondern höchstens ein Indiz. Aber das Oberlandesgericht

hat auf diesen Punkt bei seiner Beweiswürdigung entscheidend abgehoben, indem es die Glaubwürdigkeit des Zeugen Sc[REDACTED] maßgeblich entnommen hat aus der Anschaulichkeit seiner Schilderung über die Niveauverschiedenheit des Geländes, wegen deren der Zeuge bei der Mauerbesichtigung dem anwesenden Dr. S[REDACTED] auf das höher liegende Grundstück des Klägers "heraufgeholfen" habe. Bevor das Oberlandesgericht die seinerzeitige Niveauverschiedenheit des Geländes feststellte, hätte es den vom Beklagten für das Gegenteil angebotenen Zeugenbeweis (Sch[REDACTED]) erheben und auch zum Sachverständigenbeweisantrag mindestens Stellung nehmen müssen.

Hiernach beruht die Feststellung des seinerzeitigen Einverständnisses von Dr. S[REDACTED] mit der Mauer in ihrer jetzigen Höhe auf Prozeßverstoß. Die Abweisung der Widerklage kann mit der bisherigen Begründung nicht aufrechterhalten bleiben. Vielmehr war hinsichtlich der

Widerklage das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache in die Vorinstanz zurückzuverweisen. Dem Berufungsgericht war auch die Entscheidung über den restlichen Teil der Kosten zu übertragen.

Dr. Augustin

Rothe

Mattern

Hill

Dr. Grell