

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V_ZR_150/64

URTEIL

Verkündet am

22. Dezember 1967
H i r t h ,
Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Ehefrau Mathilde M [REDACTED] - A [REDACTED]
geb. H [REDACTED] in B [REDACTED], O [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin und Revisions-
klägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

den Diplomingenieur Hans Karl K [REDACTED]
in Z [REDACTED] (Schweiz), Im R [REDACTED] H,

Beklagten und Revisions-
beklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Freiherr von
[REDACTED] -.

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. Dezember 1967 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Augustin und der Bundesrichter Dr. Piepenbrock, Dr. Rothe, Dr. Freitag und Hill

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Bremen vom 26. Juni 1964 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien sind Eigentümer benachbarter Grundstücke an der O[REDACTED]straße in B[REDACTED]. Im Jahre 1956 ließ der Beklagte auf seinem Grundstück durch den Architekten S[REDACTED] ein zweistöckiges Wohn- und Geschäftsgebäude errichten. Dessen linke Seitenfront (von der Straße aus gesehen) springt in ihrem mittleren Teil ein Stück nach links vor und reicht dort bis unmittelbar an die gemeinsame Grenze der beiden Grundstücke heran. An dieser Stelle ragt das Gesims des abgewalmten Daches in einer Länge von 9,80 m um rund 90 cm über die Grenze hinüber.

Die Klägerin fordert mit der Behauptung, der Beklagte habe in Kenntnis des genauen Grenzverlaufs und somit vorsätzlich übergebaut, die Beseitigung des Dachgesimses, soweit es auf ihr Grundstück "überkrage". Der Beklagte beantragt Klageabweisung. Er stellt jegliches Verschulden in Abrede, da er sich angesichts einer Zustimmungserklärung, die seinem Architekten gegenüber von dem damals auf dem Nachbargrundstück wohnenden Stiefvater der Klägerin abgegeben worden sei, habe für berechtigt halten dürfen, in der geschehenen Weise zu bauen. Hierdurch habe er zugleich der Klägerin ermöglicht, bei einer späteren Neubebauung ihres Grundstücks - entsprechend der für die O[REDACTED]straße jetzt vorgeschriebenen geschlossenen Bauweise - das von ihr dann zu errichtende Gebäude unmittelbar an seine Giebelwand anzuschließen; im Falle solchen Anbauens seitens der Klägerin werde er, wozu er übrigens auch laut der ihm am 28. Mai 1955 erteilten amtlichen Bauerlaubnis verpflichtet sei, auf seine Kosten das beanstandete Gesims beseitigen.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung des Beklagten hat das Oberlandesgericht, unter Zurückweisung des Rechtsmittels im übrigen und Abweisung der weitergehenden Klage, festgestellt, daß der Beklagte verpflichtet sei, das "überkragende" Gesims zu beseitigen, wenn und sobald die Durchführung eines baurechtlich zulässigen Bauvorhabens auf dem Grundstück der Klägerin dies erfordere.

Mit der Revision erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. Der Beklagte möchte das Rechtsmittel zurückgewiesen haben.



Entscheidungsgründe:

1. Da das Eigentum der Klägerin durch das Dachgesims am Hause des Beklagten, soweit es in den Luftraum über ihrem Grundstück hineinragt, beeinträchtigt wird (§§ 903, 905 BGB), kann sie gemäß § 1004 Abs. 1 BGB Beseitigung des überragenden Gesimsteiles verlangen, falls sie nicht (Abs. 2 aaO) verpflichtet ist, die Beeinträchtigung zu dulden. Eine solche Duldungspflicht der Klägerin will der Beklagte aus § 912 Abs. 1 BGB herleiten. Daß der streitige Dachvorsprung objektiv einen Überbau im Sinne dieser Vorschrift darstellt, hat das Berufungsgericht zutreffend angenommen; insbesondere braucht sich der Gebäudeteil, der über die Grenze hinausragt, nicht am Erdboden zu befinden (RGZ 88, 39, 41; BGHZ 39, 5, 13). Ferner ist die Klägerin Nachbar des Überbauenden. Sie hat auch unstreitig weder vor der Grenzüberschreitung Widerspruch erhoben, noch alsbald danach. Die Frage der Duldungspflicht hängt infolgedessen einzig davon ab, ob die subjektiven Voraussetzungen des § 912 Abs. 1 BGB erfüllt sind, d.h. ob dem Beklagten, als er die Grenze zum Nachbargrundstück verletzte, kein Vorsatz und keine grobe Fahrlässigkeit zur Last fiel.

Ihm war damals, wie er selbst nicht in Abrede stellt, der Grenzverlauf bekannt; er wußte also, daß er mit der Errichtung des Dachvorsprungs in fremdes Eigentum eingriff. Allein damit handelte der Beklagte noch nicht vorsätzlich, da nicht die Grenzüberschreitung als solche den Gegenstand des Vorsatzes im Sinne von § 912 BGB bildet, sondern noch das Bewußtsein hinzukommen muß, hierzu keine Befugnis zu haben (RGZ 52, 15, 17). Nach

seiner unwiderlegt gebliebenen Sachdarstellung glaubte der Beklagte, daß der Grundstücksnachbar mit dem Überbau einverstanden sei. In Wirklichkeit lag freilich kein derartiges Einverständnis vor: zugestimmt hatte, wie der Beklagte behauptet, nur der damals auf dem Nachbargrundstück wohnende Bauunternehmer Johann Heinrich W■■■■, der inzwischen verstorbene Stiefvater der Klägerin, und W■■■■ war weder selbst Grundstückseigentümer noch von diesem bevollmächtigt. Es fragt sich daher, ob der Beklagte, als er sich auf das behauptete Einverständnis W■■■■ verließ, grob fahrlässig gehandelt hat.

Nach Meinung des Berufungsgerichts war das nicht der Fall: Wenn der Beklagte aus den Erklärungen W■■■■ - gleichgültig, ob er diesen für den Eigentümer oder für dessen Bevollmächtigten hielt - eine Erlaubnis zum zeitweiligen Überbau entnommen habe, so sei das nicht als grobe Fahrlässigkeit anzusehen. Bei W■■■■ habe es sich um einen seriösen und in Bausachen erfahrenen Mann gehandelt; er sei zumindest mietweise Besitzer des Nachbargrundstücks gewesen, sowie ein naher Angehöriger der Klägerin. Das Begehren des Beklagten, der Grundstücksnachbar möge die "Überkragung" durch das vorgezogene Gesims dulden, habe wegen der damit von vornherein verbundenen zeitlichen Beschränkung das Maß nachbarlicher Gefälligkeiten kaum überschritten. Für die Klägerin habe der Bau unmittelbar an der Grenze einen Vorteil bedeutet, weil ihr dadurch ein späteres Anbauen und damit die volle Ausnutzung ihrer Grundstücksbreite ermöglicht worden sei. Auch habe die allseitig "überkragende" Ausführung des Gesimses für die Bewohner des Nachbargrundstücks anblicksmäßig eine befriedigendere Lösung dargestellt als sein einseitiges Fehlen. Eine Beeinträchtigung durch den ge-

ringfügigen Überbau sei für das in der Grundstücksmittle gelegene Haus der Klägerin normalerweise nicht zu erwarten gewesen.

2. Wenn gleichwohl das Oberlandesgericht die auf Beseitigung des streitigen Gesimses, d.h. auf Verurteilung zu einer Leistung gerichtete Klage nicht im vollen Umfang abgewiesen, sondern ein Feststellungs-urteil gemäß § 256 ZPO erlassen hat, worin unter hälftiger Überbürdung der Prozeßkosten auf beide Parteien der Beklagte für verpflichtet erklärt wird, den Dachvorsprung zu beseitigen, wenn und sobald ein eigenes Bauvorhaben der Klägerin dies erforderlich mache, so hat es sich dabei von der Erwägung leiten lassen, daß der Beklagte seine Bereitwilligkeit zu erkennen gegeben habe, die derzeitige Baugestaltung nur solange beizubehalten, bis die Klägerin ihrerseits an sein Haus anbauen wolle. Hierin, so meint es, liege ein Anerkenntnis, durch das für die Klägerin ein schuldrechtlicher Anspruch auf etwaige spätere Beseitigung des Überbaues entstanden sei. Sie habe zwar in die von ihrem Stiefvater getroffene Vereinbarung nicht eingewilligt. Nach der Interessenlage müsse jedoch angenommen werden, daß sie die Vereinbarung insoweit genehmigt habe, als ihr daraus Vorteile erwachsen. Für den Anbaufall seien sich die Parteien über den Beseitigungsanspruch der Klägerin einig.

Die Revision rügt Verletzung des § 308 Abs. 1 ZPO, weil man der Klägerin etwas zugesprochen habe, was von ihr gar nicht beantragt worden sei. Sie wendet sich vor allem gegen die Rechtsansicht des Berufungsgerichts, seine Feststellung, daß der Beklagte unter bestimmten

Voraussetzungen das streitige Dachgesims beseitigen müsse, sei gegenüber der erhobenen Leistungsklage "nichts wesensmäßig Anderes, sondern nur ein Weniger". Ferner macht die Revision geltend, es treffe nicht zu, daß der Beklagte den Beseitigungsanspruch anerkannt habe. Zu diesen Rügen braucht indessen keine Stellung genommen zu werden. Dahinstehen kann insbesondere, ob das Oberlandesgericht trotz der ausdrücklichen Weigerung der Klägerin in der letzten mündlichen Verhandlung, einen entsprechenden Hilfsantrag zu stellen, die beanstandete Feststellung hätte treffen dürfen (vgl. dazu einerseits OLG Hamburg MDR 1957, 169, andererseits Baumbach/Lauterbach, ZPO 29. Aufl. § 308 Anm. 1 B am Ende). Sollte insoweit ein Verfahrensfehler vorliegen, dann wäre durch ihn jedenfalls die Klägerin nicht beschwert, da sonst ihre Klage - zum mindesten vom Standpunkt des Berufungsrichters aus, der den Überbau als "entschuldigt" ansah - voll hätte abgewiesen werden müssen. Ebensowenig bedarf es in diesem Zusammenhang einer Prüfung der im angefochtenen Urteil nicht erörterten Frage, inwieweit die Klägerin durch einen bedingten Beseitigungsanspruch, der sich nur gegen den Beklagten persönlich richten würde, ausreichend geschützt wäre, falls der Beklagte sein Grundstück an einen gutgläubigen Dritten veräußern sollte.

Schließlich erübrigt sich aber auch ein Eingehen auf den Gegeneinwand des Beklagten, er habe zur Erhebung einer Feststellungsklage, wie das angefochtene Urteil sie unterstelle, keinen Anlaß gegeben, und deshalb seien die Prozeßkosten nicht gegeneinander aufzuheben, sondern allein der Klägerin aufzuerlegen gewesen (Revisionsant-

27

wort Seite 2 und 3). Es mag offen bleiben, ob der Beklagte, wie er aus § 308 Abs. 2 ZPO entnehmen möchte, auch ohne Anschlußrevision zur Anfechtung der vorinstanzlichen Kostenentscheidung befugt wäre. Denn diese Entscheidung läßt sich ohnehin nicht aufrechterhalten, weil das Berufungsurteil aus einem anderen Grunde seinem ganzen Umfang nach aufgehoben werden muß.

3. Mit Recht beanstandet nämlich die Revision die Erwägungen, aus denen das Oberlandesgericht, abweichend vom Landgericht, ein grobfahrlässiges Handeln des Beklagten im Sinne von § 912 Abs. 1 BGB verneint hat. Welches konkrete Einzelverhalten sich als gröbliches Außerachtlassen der den Umständen nach gebotenen Sorgfalt darstellt, ist allerdings eine Frage, die in erster Linie der Tatrichter beantworten muß, und die von ihm vorgenommene Abgrenzung zwischen gewöhnlicher und "grober" Fahrlässigkeit unterliegt nur einer beschränkten revisionsgerichtlichen Nachprüfung. Das Ergebnis kann jedoch, wie jede andere Tatsachenfeststellung und Würdigung, in der Revisionsinstanz daraufhin geprüft werden, ob das Berufungsgericht die richtigen Grundbegriffe angewandt und alle entscheidungserheblichen Umstände berücksichtigt hat (Urteil des erkennenden Senats vom 9. November 1966, V ZR 16/65, WM 1966, 1303, 1304, mit Nachweisen). In dieser Hinsicht ergeben sich im vorliegenden Fall durchgreifende rechtliche Bedenken.

a) Das angefochtene Urteil stellt maßgeblich auf Erklärungen W [REDACTED], des Stiefvaters der Klägerin ab, der damals als Mieter auf dem Nachbargrundstück wohnte. Mit ihm verhandelte im Frühjahr 1955 der Architekt des Beklagten, S [REDACTED], über Einzelheiten des Bauvorhabens,

wobei es insbesondere darum ging, ob der Grundstücksnachbar mit der geplanten Errichtung eines Teils der linken Seitenfront unmittelbar an der gemeinsamen Grundstücksgrenze einverstanden und zugleich bereit sei, bei einer späteren Neubebauung seines eigenen Grundstücks in derselben Form "spiegelgleich" an den vorspringenden Gebäudeteil anzubauen (vgl. Zeugenaussage des Ehemanns der Klägerin, S. 3 der Niederschrift vom 17. September 1963). Aus W. Zustimmung zu dieser Bauweise hat nach Ansicht des Berufungsgerichts der Beklagte entnehmen können, Wendt gestatte ihm auch den zeitweiligen Überbau, d.h. ein Hineinragen des Dachgesimses in den Luftraum über dem Nachbargrundstück; daß in der dahingehenden Annahme des Beklagten keine grobe Fahrlässigkeit zu erblicken sei, begründet das angefochtene Urteil mit den angeführten Einzelumständen, also insbesondere mit der persönlichen und fachlichen Zuverlässigkeit W. ("seriöser Bauunternehmer"), der nur vorübergehenden Natur jener Grenzüberschreitung und dem Vorteil, den die spätere Anbaumöglichkeit für den Grundstücksnachbarn bedeutete. Indessen kommt es nicht so sehr darauf an, in welchem Sinne der Beklagte, ohne sich dem Vorwurf grobfahrlässigen Handelns auszusetzen, W. Erklärungen verstehen, als vielmehr darauf, ob er diesen überhaupt für befugt halten durfte, rechtsverbindlich etwas mit bezug auf das Nachbargrundstück zu erklären.

Objektiv fehlte es an einer solchen Befugnis; denn Wendt war weder Eigentümer des Nachbargrundstücks, noch war er vom Nachbar zur Abgabe von Erklärungen ermächtigt worden. Wenn das Berufungsgericht davon ausging, durch die Annahme des Beklagten, W. habe ihm den Überbau

erlaubt, werde sein Verhalten bereits entschuldigt, so hat es verkannt, daß grobe Fahrlässigkeit bei Grenzüberschreitungen nicht schon deshalb entfällt, weil der Bauende in dem guten Glauben handelte, der Nachbar sei mit dem Überbau einverstanden. Entscheidend ist allein, ob dieser Glaube, falls er sich später als irrig erweist, nicht seinerseits auf grober Fahrlässigkeit beruhte. Ursächlich für den Irrtum, man baue im Einvernehmen mit dem Nachbar über die Grenze, darf keine besonders schwere Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt sein (RGZ 83, 142, 145; Meisner/Stern/Hodes, Nachbarrecht 4. Aufl. § 24 I 6, S. 412 f; Soergel/Siebert/Baur, BGB 9. Aufl. § 912 Anm. 8).

Eine Würdigung des Sachverhalts unter diesem Gesichtspunkt findet sich im angefochtenen Urteil nicht. Es enthält keine Feststellungen über den Ablauf der Verhandlungen, die vor Baubeginn zwischen dem Stiefvater der Klägerin und dem Architekten S. geführt wurden, insbesondere darüber, ob und inwieweit die Klägerin und ihr Ehemann daran beteiligt waren und in welchem Umfang der Beklagte persönlich von den dabei erörterten Einzelheiten Kenntnis hatte. Hierzu hatten die Parteien in ihren Schriftsätzen eine Reihe von Tatsachenbehauptungen aufgestellt, die inhaltlich voneinander abwichen. Das Landgericht hatte darüber Zeugen vernommen und sich dann in den Entscheidungsgründen seines Urteils mit dem Beweisergebnis auseinandergesetzt; es hat dabei dem Umstand, daß W. sich der Wahrheit zuwider als Bevollmächtigter der damals im Grundbuch noch als Eigentümer des Nachbargrundstücks eingetragenen Erbengemeinschaft ausgegeben haben möge, keine entscheidungserheb-

liche Bedeutung beigemessen, weil angesichts der Wichtigkeit jener Verhandlungen der Beklagte sich, wenn er dem Vorwurf der groben Fahrlässigkeit entgehen wollte, hätte vergewissern müssen, ob wirklich eine Vollmacht vorlag. Das Oberlandesgericht dagegen ist auf diesen ganzen Streitstoff nicht eingegangen. Es stellt nicht einmal fest, ob der Beklagte den Stiefvater der Klägerin für den Grundstückseigentümer oder bloß für dessen Bevollmächtigten gehalten habe, sondern bezeichnet das ausdrücklich als gleichgültig. Zutreffend erblickt die Revision in dieser Art der Beurteilung einen Rechtsfehler. Bei Grenzüberschreitungen gemäß § 912 BGB obliegt es dem Bauenden, sein Verhalten zu rechtfertigen und zu diesem Zweck diejenigen Tatumstände zu behaupten und im Bestreitensfalle zu beweisen, aus denen sich seine Schuldlosigkeit oder ein geringerer Verschuldensgrad als grobe Fahrlässigkeit ergibt (RGZ 47, 114, 117; BGHZ 39, 5, 14; BGH WM 1966, 1303, 1304); daß der Beklagte diesem Erfordernis genügt hat, ergibt sich aus dem Berufungsurteil nicht.

b) Außerdem liegen, wie die Revision mit Grund bemängelt, Verstöße gegen § 286 ZPO vor. Ehe das Oberlandesgericht grobfahrlässiges Handeln verneinen durfte, hätte es zunächst unter Würdigung der Zeugenaussagen sowie des bei den Akten befindlichen Briefwechsels der Beteiligten klären müssen, ob der Architekt Schöning - dessen etwaiges Verschulden dem Beklagten zuzurechnen wäre (BGHZ 42, 63, 69) - wirklich keinen Anlaß hatte, hinsichtlich der Befugnis W██████ zur Abgabe rechtsverbindlicher Erklärungen für den Eigentümer des Nachbargrundstücks Zweifel zu hegen.

Der Ehemann der Klägerin hat als Zeuge bekundet, er habe S [REDACTED] einige Wochen vor dem 11. Mai 1955 - also noch vor Baubeginn - darauf hingewiesen, daß er und seine Ehefrau Grundstückseigentümer seien (was allerdings insofern nicht stimmte, als der Zeuge selbst kein Eigentümer war); darauf habe S [REDACTED] erwidert, er habe angenommen, das Grundstück gehöre W [REDACTED]; dies wiederum habe er, der Zeuge, verneint. S [REDACTED] selbst hat bei seiner Zeugenvernehmung zunächst ausgesagt, W [REDACTED] habe sich ihm gegenüber als "Bevollmächtigter der Eigentümer", d.h. "als Vertreter der Erbengemeinschaft" ausgegeben; auf Vorhalt der Zeugenaussage des Ehemannes der Klägerin hat er den von diesem behaupteten Hinweis auf die Eigentumsverhältnisse in Abrede gestellt, aber hinzugefügt, daß er, wenn ein solcher Hinweis erfolgt wäre, dies dem Beklagten sofort mitgeteilt und weitere Verhandlungen mit der Klägerin geführt hätte. Da die Aussagen der beiden Zeugen in wesentlichen Punkten voneinander abweichen, wäre der Berufungsrichter gehalten gewesen, sich darüber schlüssig zu werden, wem von den beiden er Glauben schenken wollte; dabei hätte der Umstand eine Rolle spielen können, daß der Zeuge S [REDACTED] einerseits W [REDACTED] als Bevollmächtigten - also wohl nicht als Eigentümer - angesehen haben will, andererseits jedoch, wie er zuletzt angegeben hat, im Falle seiner Aufklärung über W [REDACTED] fehlendes Eigentum nicht mehr mit diesem, sondern mit der Klägerin verhandelt haben würde.

Mit Recht vermißt die Revision ferner im angefochtenen Urteil eine Würdigung des Schreibens der Klägerin an S [REDACTED] vom 11. Mai 1955. Darin erklärte sich die Klägerin mit der vom Beklagten beabsichtigten Bauweise

nicht einverstanden und lehnte es ab, später ihrerseits in der von ihm vorgeschlagenen Form an sein Haus anzubauen; sie bezeichnete sich bei dieser Gelegenheit ausdrücklich als Eigentümerin des Nachbargrundstücks ("die Bebauung meines Grundstücks"). Daß der Beklagte damals noch nicht zu bauen begonnen hatte, ist unstreitig. S. [REDACTED] hat bei seiner Zeugenvernehmung den Empfang des Schreibens nicht in Abrede gestellt; er will ihm keine Bedeutung beigemessen haben, weil für ihn die Angelegenheit mit einem vorangegangenen Schreiben W. [REDACTED] vom 5. Mai 1955 erledigt gewesen sei. Inhaltlich stimmten die beiden Schreiben jedoch keineswegs überein; denn W. [REDACTED] hatte sich ebenfalls als Grundstückseigentümer bezeichnet ("an meiner Grundstücksgrenze"; "bei einer Bebauung meines Grundstücks") und hatte erklärt, er sei bereit, sich später an das Gebäude des Beklagten "im Spiegelbild" anzuschließen. Mit diesen Unstimmigkeiten hat sich das Oberlandesgericht nicht befaßt. Es hat insbesondere zu prüfen unterlassen, ob für S. [REDACTED] angesichts der widersprechenden Erklärungen der Beteiligten nicht doch Veranlassung bestanden hätte, vor Inangriffnahme des Bauvorhabens zunächst die Eigentumsverhältnisse am Nachbargrundstück einwandfrei zu klären. Und falls er W. [REDACTED] nicht für den Grundstückseigentümer selbst, sondern bisher bloß für dessen Bevollmächtigten gehalten hatte, dann hätten ihm möglicherweise bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt erhebliche Zweifel kommen müssen, ob eine solche Vollmacht noch bestand, nachdem die Klägerin in ihrem Schreiben unmißverständlich von allem, was W. [REDACTED] zuvor hinsichtlich eines späteren Anbaues erklärt hatte, abgerückt war; auch diese Möglichkeit hat das Berufungsgericht weder in Betracht gezogen noch sich mit ihr auseinandergesetzt. Die Bekundung des Zeugen S. [REDACTED], er nehme an, daß das Schrei-

ben der Klägerin vom 11. Mai 1955 durch eine Rücksprache mit W[REDACTED] veranlasst worden sei, schließt jedenfalls grobfahrlässiges Handeln nicht von vornherein aus.

Für die Entscheidung könnte schließlich bedeutsam sein, ob und bis zu welchem Grade den Beklagten ein eigenes Verschulden an der Grenzüberschreitung trifft. Aus den Eingangsworten des an ihn persönlich gerichteten Schreibens W[REDACTED] vom 5. Mai 1955 geht hervor, daß er diesen am Vortage besucht und mit ihm im Beisein des Architekten S[REDACTED] eine Rücksprache hatte. Es wäre daher zu prüfen gewesen, in welchem Umfang der Beklagte an den Verhandlungen vor Baubeginn beteiligt war und ob er davon Kenntnis hatte, daß die Klägerin sich des Eigentums am Nachbargrundstück berühmte und die Erklärungen ihres Stiefvaters mißbilligte.

4. Die Ansicht, der Grenzüberbau sei entschuldigt und die Klägerin müsse ihn gemäß § 912 Abs. 1 BGB bis zur Verwirklichung ihrer etwaigen eigenen Baupläne dulden, läßt sich daher mit der bisherigen Begründung nicht aufrechterhalten. Das angefochtene Urteil muß aufgehoben und die Sache, weil sie noch weiterer Aufklärung bedarf, an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden (§§ 564, 565 Abs. 1 ZPO). Dieses wird, falls die neue mündliche Verhandlung zur Bejahung eines unbedingten Beseitigungsanspruchs führt, noch zu dem Einwand des Beklagten Stellung zu nehmen haben, daß das Klagebegehren auf Schikane beruhe (§ 226 BGB); hierbei kann außer dem Tatsachenvortrag in den Schriftsätzen vom 8. Juni 1963 (S. 6 f) und 6. Januar 1964 (S. 5) auch die Frage eine Rolle spielen, ob es der Klägerin zuzumuten ist, sich ohne dingliche Sicherung mit

der Erklärung des Beklagten, er werde den Überbau zu gegebener Zeit freiwillig beseitigen, zu begnügen.

Da die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens von dem endgültigen Prozeßausgang abhängt, ist sie ebenfalls dem Berufungsgericht zu übertragen.

Dr. Augustin

Dr. Piepenbrock

Rothe

Dr. Freitag

Hill