

3

Gesetz: Allgemeines Recht (Servitutenrecht)

Aktenzeichen: V ZR 155/54

Urteil des BGH vom 11. April 1956 LG Frankfurt a.M.
OLG Frankfurt a.M.

Verkündet
am 11. April 1956
Hoffmeister Justizangestellter
als Urkundsbeamter der Geschäfts-
stelle

Im Namen des Volkes
In dem Rechtsstreit

des Konsuls Emil S [REDACTED] in F [REDACTED],
B [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägers, Berufungsklägers
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die Farbenfabriken B [REDACTED] AG in I [REDACTED], gesetzlich
vertreten durch ihren Vorstand: Professor Dr. Dr. E.h.
Ulrich H [REDACTED], Vorsitz, Professor Dr. Dr. h.c.Dr.E.h.
Otto B [REDACTED], Dr. Otto B [REDACTED], Helmuth B [REDACTED], Dr. Julius
D [REDACTED], Dr. Rudolf H [REDACTED], Dr. Fritz J [REDACTED], Dr. Ludwig
K [REDACTED], Heinrich K [REDACTED], Dr. Oskar L [REDACTED], Dr. Anton M [REDACTED],
Professor Dr. E.h. Kurt R [REDACTED] und Rechtsanwalt Friedrich
S [REDACTED],

Beklagte, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 11. April 1956 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Dr. Tasche und der Bundesrichter Schuster,
Dr. Großmann, Dr. Spieler und Dr. Dorschel

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 1. Zivil-
senats des Oberlandesgerichts in Frankfurt/Main
vom 8. Juli 1954 wird auf Kosten des Klägers zu-
rückgewiesen.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Der Kläger ist Eigentümer des Grundstücks F [REDACTED], B [REDACTED]straße [REDACTED], während die Beklagte Eigentümerin des westlich daran angrenzenden Grundstücks B [REDACTED]straße [REDACTED] ist. Auf dem Grundstück der Beklagten ist nach dem Kriege ein Hochhaus errichtet, das mit seinem nördlichen Flügel auf dem unteren Teil des Grundstücks steht. Außerdem befinden sich dort auch um die gleiche Zeit erbaute einstöckige Garagen.

Es besteht zwischen den Parteien Streit, ob und inwieweit die Bauten auf dem Grundstück der Beklagten gegen eine dem Grundstück des Klägers nach dessen Meinung zustehende Dienstbarkeit verstoßen, nach der das Grundstück der Beklagten auf seinem unteren Teil nicht soll bebaut werden dürfen.

Beide Grundstücke liegen im Gebiet der ehemaligen Befestigungsanlagen der Stadt F [REDACTED] und haben früher dieser gehört. Im Anfang des 19. Jahrhunderts verlangte die französische Regierung von der Stadtverwaltung Schleifung der Befestigungswerke. Das Schleifen ging nur langsam vor sich, weil der Stadt, die diese Gelegenheit benutzte, im äußeren Ring des Befestigungsgürtels Grünanlagen zur Erholung ihrer Bürger zu schaffen, zum Abbruch der eigentlichen Werke die Mittel fehlten. Sie teilte daher schließlich, um dem Verlangen der französischen Regierung schneller nachkommen zu können, das Befestigungsgebiet in Parzellen auf und verkaufte diese vom Jahre 1807 an an ihre Bürger. Die Verkäufe zogen sich über die französische Besatzungszeit hinaus bis in das Jahr 1817 hinein. In den Kaufbriefen wurde meist der Ausdruck "Erbley-Verkauf", mitunter auch "Erbrechts-Verkauf" verwendet.



Den Käufern wurde in den Kaufbriefen nicht nur auferlegt, die eigentlichen Befestigungswerke binnen kurzer Zeit abzutragen, sondern es wurden ihnen auch hinsichtlich der Gestaltung und Bebauung der Grundstücke einschränkende Auflagen gemacht, die später unter dem Namen "Wallservitut" bekannt wurden. Waren diese Auflagen auch nicht immer gleich so ging doch im allgemeinen der Inhalt hauptsächlich dahin, daß Gebäude - abgesehen von Gartenhäuschen und dergl. - nur in der obersten, d.h. der Stadt zugewandten Lage, errichtet werden durften. Die weiteren Vorschriften betrafen die Anlage von Zäunen, Hecken, Terrassen, Fischteichen usw. auch war meist ein Gewerbeverbot ausgesprochen. Die hier allein interessierende Baubeschränkung ist meist so wie in dem Kaufbrief eines Herrn von Be [REDACTED] gefaßt:

"Der Käufer kann Gebäulichkeiten, jedoch ohne schrottmäßigen Keller und ohne einiges Gewerbe aufführen. Damit aber kein Gebäude dem anderen die Aussicht versperre, so wird vorbehalten, daß diese in der obersten Lage des Gartens errichtet werden müssen."

Durch das preußische Gesetz vom 4. Juni 1903 (GS 190) und den hierauf beruhenden Gemeindebeschluß vom 28. Juni 19 [REDACTED] wurden diese Beschränkungen als öffentliches Baurecht der Stadt F [REDACTED] festgelegt, mit der Maßgabe, daß der Magistrat hiervon Ausnahmen zulassen darf. Eine solche Befreiung von Bauverbot ist für die auf dem Grundstück der Beklagten errichteten Gebäude gewährt.

Der Kläger erblickt in der Errichtung dieser Gebäude, soweit sie sich im unteren Teil des Grundstücks befinden, die Verletzung einer ihm zustehenden Servitut auf Nichtbebauung zur Erhaltung seiner Aussicht, die sich aus den ehe

maligen Kaufbriefen ergeben soll. Zur Vorbereitung weiterer Maßnahmen erstrebt er die Eintragung einer entsprechenden Servitut zu Lasten des Grundstücks der Beklagten.

Zur Begründung trägt er vor:

Die in den Kaufbriefen damals festgelegte Baubeschränkung habe nicht nur eine privatrechtliche persönliche Servitut zu Gunsten der Stadt F [REDACTED] zum Inhalt gehabt, sondern auch eine Realservitut zu Gunsten der Nachbarn, was sich aus der Begründung "damit kein Gebäude dem anderen seine Aussicht versperre" ergäbe.

Darauf, daß er die Urkunde, aus der sich die Belastung gerade des Grundstücks der Beklagten ergäbe, nicht vorlegen könne, komme es nicht an. Wenn auch möglicherweise in anderen Gegenden der ehemaligen Befestigungsanlagen die genannten Baubeschränkungen nicht überall verfügt worden seien, so sei das doch in der B [REDACTED] straße, insbesondere im Gebiet der Streitgrundstücke, überall der Fall gewesen.

Vorsorglich hat er im zweiten Rechtszuge auf ein Gutachten des Direktors des Stadtarchivs der Stadt F [REDACTED] [REDACTED], Dr. Meinert, und auf eine Auskunft des Historischen Museums in F [REDACTED] dafür Bezug genommen, daß für die Grundstücke der Parteien die Wallservitut mit dem im Klagantrag behaupteten Inhalt gelte.

Schon die durch fast eineinhalb Jahrhunderte gepflogene Übung, die Wallgrundstücke in der dortigen Gegend nur in der obersten Lage zu bebauen, soll nach Auffassung des Klägers dafür sprechen, daß die von ihm behauptete Dienst-

barkeit in rechtlich einwandfreier Weise begründet worden sei. Der Kläger hat beantragt:

die Beklagte zur Einwilligung zu verurteilen, daß in Abt II des Grundbuchs von F [REDACTED], Bezirk Innenstadt, Band [REDACTED] Bl [REDACTED] 9, für ihr in F [REDACTED] [REDACTED], B [REDACTED]straße [REDACTED], gelegenes Grundstück folgende Dienstbarkeit eingetragen wird:

Baubeschränkung dahingehend, daß auf dem Grundstück Gebäulichkeiten, mit Ausnahme von kleinen Anlagen wie Tempeln, Sälchen oder Gartenhäuschen nur in der obersten Lage an der Bleichstraße errichtet werden dürfen, zugunsten des jeweiligen Eigentümers des Grundstücks B [REDACTED]straße [REDACTED], letzteres eingetragen in Grundbuch von F [REDACTED], Bezirk Innenstadt, Band [REDACTED] Bl [REDACTED] 4.

Die Beklagte hat beantragt,
die Klage abzuweisen.

Sie hat bestritten, daß jemals eine Dienstbarkeit zu Gunsten des jeweiligen Eigentümers des Grundstücks des Klägers und zu Lasten ihres Grundstücks bestanden habe.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers ist zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger seinen Klagsanspruch weiter. Die Beklagte beantragt Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht hält das Klagbegehren schon deswegen für unbegründet, weil der Kläger sein angebliches Recht nicht auf eine Urkunde stützen könne. Es meint, weil er den sogenannten Kaufbrief nicht vorzulegen vermöchte, kraft dessen ein Rechtsvorgänger der Beklagten das Grundstück B[REDACTED]straße 70 Anfang des vorigen Jahrhunderts erworben habe und worin ihm Baubeschränkungen auferlegt worden seien, bleibe der nähere Inhalt des vom Kläger in Anspruch genommenen Rechts unklar und unerwiesen. Es sagt dazu, daß zwar in der Literatur (Neumann-Levy, Das Frankfurter Privatrecht, Nachträge und Ergänzungen Frankfurt a.M. 1910 S 54) ausgeführt werde, der allgemeine und unzweifelhafte Inhalt der Wallservitut ginge dahin, "daß in der unteren Lage der Wallgrundstücke, also im allgemeinen auf dem an die Promenade angrenzenden, in der Regel tiefer gelegenen Teile der auf diesen Liegenschaften angelegten Gärten, keine höhere Bauten, welche Aussicht versperren können, angelegt werden dürften, sondern nur solche, die einem gartenmäßigen Charakter keinen Eintrag täten, wie Gartenhäuschen, Tempelchen und dergl., außerdem sollten - hier begännen aber schon Zweifel und Verschiedenheiten - auf den Wallgrundstücken Gewerbe nicht betrieben werden". Es meint, wenn sich in den Kaufbriefen jener Jahre auch gleichgerichtete Beschränkungen gefunden haben möchten, so möchten sie (d.h. die Kaufbriefe) doch in der Einzelausgestaltung voneinander abgewichen sein. Es verweist in diesem Zusammenhang auf die Schrift von Schmidt-Scharff, Die Wallservitut in Frankfurt/Main 1894, in der nicht einheitlich und gleichmäßig von den Verhältnissen der Wallgrundstücke ausgegangen,

sondern lediglich die Verhältnisse einzelner Lagen, z.B. der Hochstraße, ausgewählt seien. Der Ansicht des Berufungsgerichts seien zudem auch Neumann-Levy aaO S 57, auf die sich der Kläger im übrigen berufen zu können glaubt, welche an dieser Stelle in eingehenden Darlegungen zu dem Ergebnis kämen, daß sich der Inhalt der Wallservitut nicht zuverlässig allgemein bestimmen lasse, daß vielmehr in jedem einzelnen Falle für jedes bestimmte Wallgrundstück auf die Erwerbsurkunde zurückzugehen und zuzusehen sei, wie in dieser die Beschränkungen gefaßt sind.

In diesem Zusammenhang erhebt die Revision eine Verfahrensrüge aus §§ 139, 286 ZPO, weil das Berufungsgericht den Beweisantritt des Klägers im Schriftsatz vom 13. Februar 1954 S 5 (Bl 45 GA) übergangen habe. In diesem Schriftsatz ist unter Bezugnahme auf das Gutachten des Direktors des Stadtarchivs der Stadt F [REDACTED], Dr. Meinert, und auf eine Auskunft des Historischen Museums in F [REDACTED] Beweis dafür angetreten, daß für die Grundstücke der Parteien die Wallservitut mit dem im Klagantrag behaupteten Inhalt gelte. Diesen Antrag hat das Berufungsgericht mit der Begründung abgelehnt, er stelle sich nicht als Antrag im Sinne des zivilprozeßrechtlichen Beweisrechts dar, weil es über die Rechtsnatur der sogen. Wallservitut selbst zu entscheiden habe. Diese Ablehnung ist nicht frei von Rechtsirrtum.

Es ist unverkennbar, daß der Beweisantritt unglücklich gefaßt worden ist. Rein äußerlich scheint er eine Rechtsauffassung unter Beweis stellen zu wollen. Wie sich jedoch aus dem Zusammenhang des genannten Schriftsatzes ergibt, ist darin aber doch eine Tatsachenbehauptung enthalten. Vo

seinem Beweisangebot läßt sich der Kläger in diesem Schriftsatz nämlich ausdrücklich darüber aus, daß der von Neumann-Levy aaO S 54 hervorgehobene allgemeine Inhalt der Wallservitut, in der unteren Lage der Wallgrundstücke dürften keine größeren Gebäude errichtet werden, für alle Grundstücke der B[REDACTED]straße festgelegt worden sei. Das Berufungsgericht hätte, wenn es die Festlegung einer solchen Beschränkung gerade für das streitige Grundstück für zweifelhaft hielt, nicht davon ausgehen dürfen, daß sie unbewiesen sei, solange es die angebotenen Beweise nicht erhoben hatte. Der angebotene Sachverständigenbeweis über eine geschichtliche Tatsache, daß nämlich in der B[REDACTED]straße oder wenigstens in dem Bereich der Grundstücke der Parteien, die Wallservitut ausnahmslos galt, ist zulässig. Das gleiche gilt von dem weiteren Beweisantritt zu diesem Punkt die Einholung einer Auskunft in Form eines Gutachtens einer Fachbehörde (vgl hierzu Stein-Jonas-Schönke, 17. Aufl Vorbem III 2 vor § 402 ZPO).

Auch die weitere Erwägung des Berufungsgerichts, aus der es Bedenken gegen die Klage hat, daß sich im vorliegenden Falle die genaue Abgrenzung zwischen der "obersten" und der "unteren" Lage nicht mit der erforderlichen Bestimmtheit feststellen lasse, würde das Urteil nicht tragen können. Freilich gehen Ungewißheiten über die Abgrenzung des in Anspruch genommenen Rechts zu Lasten des Klägers. Diese Zweifel könnten den ganzen Klaganspruch aber nur dann zu Fall bringen, wenn sich sagen ließe, daß überhaupt kein Teil des Grundstücks zur unteren Lage gerechnet werden kann. Dies ist kaum vorstellbar und vom Berufungsgericht auch nicht festgestellt worden.

II.

Die unter I erörterten Bedenken nötigen jedoch nicht zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung an das Berufungsgericht, weil seine weitere Begründung der Klagabweisung diese Entscheidung im Ergebnis rechtfertigt.

Das Berufungsgericht führt aus, daß, wenn wirklich das Grundstück der Beklagten mit der sogen. Wallservitut einschließlich der üblichen Baubeschränkungen, daß auf dem Grundstück Gebäulichkeiten mit Ausnahme von kleinen Anlagen wie Tempeln, Sälchen oder Gartenhäuschen nur in der obersten Lage errichtet werden dürfen, belastet worden sei, nicht erwiesen sei, daß gerade dem Kläger ein entsprechendes Verbotungsrecht zustehe. Es läßt dahingestellt, ob die "Wallservitut" öffentlich-rechtlicher Natur war (so Westenburg in seiner Schrift "Über die rechtliche Natur der Frankfurter sogen. Wallservitut" 1887) oder ob sie privatrechtlichen Charakter hatte (so Laband, Denkschrift über die an den ehemaligen Grundstücken in F██████████ bestehenden Rechtsverhältnisse, 1888, abgedruckt in den Anlagen zu den stenografischen Berichten des Herrenhauses 1890 Drucksache Nr 69, S 15 ff; Schmidt-Scharff, Die Wallservitut in Frankfurt am Main, Frankfurt a.M. 1894, und Neuman Levy, Das Frankfurter Privatrecht, Nachträge und Ergänzungen, Frankfurt a.M. 1910); denn selbst bei privatrechtlicher Gestaltung der servitutenmäßigen Beschränkung wäre daraus ausschließlich die Stadt F██████████ berechtigt. Das führt es aus: Es lägen keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür vor, daß die Stadt F██████████ in den damaligen Kaufbriefen Rechte zu Gunsten Dritter, der Nachbarn, habe begründen wollen. Sie habe das öffentliche Interesse, also

das Wohl der ganzen Einwohnerschaft, nicht den Vorteil einiger Anlieger, im Auge gehabt. Dies ergebe sich schon daraus, daß es sich bei der Wallservitut keineswegs nur um Baubeschränkungen, sondern um ebenfalls wichtige Auflagen, die die übrige Gestaltung des Grundstücks, das Niveau, die Bepflanzung, die Umzäunung, die Ausgänge sowie die Errichtung gewerblicher Betriebe betreffen, handele. Diese anderen Beschränkungen hätten aber schon ihrer Natur nach nur dem öffentlichen Interesse dienen können. Daß ausgerechnet bei einer einzigen, der Baubeschränkung Rechte Dritter, der Nachbarn, hätten begründet werden sollen, könne auch nicht aus dem in den Kaufbriefen üblicherweise angeführten Motiv "damit aber kein Gebäude dem anderen die Aussicht versperre" geschlossen werden. Die Stadt habe keinen Grund gehabt, solche privaten Nachbarrechte zu schaffen, zumal solche Rechte für den gedachten Zweck gänzlich ungeeignet gewesen seien, weil sie sowohl durch gegenseitige Vereinbarung als auch durch Konsolidation jederzeit hätten wieder entfallen können. Auch seien die Dritten, denen ein solches Recht hätte zustehen können, in den Kaufbriefen nicht genügend bestimmt. Außerdem habe sich auch aus früherer Zeit kein Gerichtsurteil ermitteln lassen, in welchem als Berechtigter aus der Wallservitut ein Privatmann erklärt worden sei.

Dieser Auffassung des Berufungsgerichts ist im Ergebnis zuzustimmen. Seine Auslegung, daß die Wallservitut nicht den einzelnen Nachbarn zusteht, hält der Nachprüfung stand.

Dafür spricht schon, worauf das Berufungsgericht zutreffend hingewiesen hat, daß die nach Auffassung des Klä-

gers berechtigten Nachbarn in den Kaufbriefen nicht einmal erwähnt, geschweige denn eindeutig bestimmt worden sind. Diese kaum begreifliche Unterlassung ist umso auffälliger, als die Kaufbriefe den Gepflogenheiten der damaligen Zeit entsprechend außerordentlich umständlich abgefaßt worden und (vgl Laband aaO S 34 ff) das Ergebnis eingehender Prüfungen des Senats der Stadt F [REDACTED] sind. Es ist in ihnen jede Einzelheit ausdrücklich festgelegt, insbesondere sind die vorkommenden Personen und Gegenstände auf das genaueste beschrieben (vgl die Kaufbriefe bei Westerbürg aaO S 43 ff). Von den angeblich berechtigten Nachbarn ist aber nur an einer Stelle, aber dort auch nur ganz andeutungsweise, die Rede, nämlich an der Stelle, an der als Grund (Motiv) für die Baubeschränkung ausgeführt ist "damit aber kein Gebäude dem anderen seine Aussicht versperre".

Das Gemeine Recht kennt nun zwar eine solche Gerechtigkeit als servitus, ne prospectui officiatur (1 3 D 8, 2 = lex 3 Digesten liber 8 Titel 2). Sie erfordert aber kaum ein nahezu vollständiges Bauverbot, wie es hier den verkauften Grundstücken auferlegt worden ist. Auch das macht es schon sehr unwahrscheinlich, daß dieses Verbot als nachbarrechtliche Servitut gedacht war. Bei der Größe der abgegebenen Grundstücke, die zum Teil über 17 Morgen groß war (z.B. an Rothhan vgl Westerbürg aaO S 45), konnten die Nachbarn kaum, z.B. wenn der Bau in der Mitte errichtet wurde in ihrer Aussicht gestört werden. Gänzlich unklar bleibt, wie sich die "Aussichtsservitut" gestalten sollte, wenn die größeren Grundstücke später parzelliert wurden. So mußten z.B. auf dem von Markus N [REDACTED] erworbenen Besitz von über 9 Morgen später mindestens 7 Häuser nebeneinander er

richtet sein (Hochstraße 10-22; vgl Schmidt-Scharff aaO S 5). Die mittleren Gebäude können in einem solchen Fall kaum den nächsten Nachbarn auf fremden Grundstücken die Aussicht versperren. Auf diese Zweifel, insbesondere darauf, daß das angeführte Aussichtsmotiv unbestimmt lasse, ob nur die unmittelbaren Nachbarn oder jeder, dessen Aussicht beeinträchtigt werden könne, eine Servitut erwerben sollten, hat schon Laband aaO S 60 hingewiesen. Mit Recht hat er an derselben Stelle hervorgehoben, daß es eine Servitut zu Gunsten einer unbestimmten Reihe von herrschenden Grundstücken nicht geben könne, weil diese mit dem Begriff des dinglichen Rechts im Sinne einer Grunddienstbarkeit in Widerspruch stehe; denn dafür seien ein bestimmtes oder doch bestimmte herrschende Grundstücke unerlässlich.

Vor allem ist es aber noch unwahrscheinlicher, daß, wenn wirklich die Bestellung einer Grunddienstbarkeit zu Gunsten der Nachbarn gewollt gewesen wäre, dies in der hier vorliegenden nach damaliger Rechtsauffassung außerordentlich bedenklichen Form geschehen wäre. Es ist schon angeführt, daß in F [REDACTED] in der Zeit, als die ersten Grundstücke zu den erwähnten Bedingungen abgegeben wurden (1807), Gemeines Recht galt. Es galten in F [REDACTED] auch hinsichtlich der Verträge im allgemeinen und wegen der Dienstbarkeiten im besonderen keine partikularrechtlichen Sonderbestimmungen (Neumann-Levy, Frankfurter Privatrecht, 1897, S 10 § 5 und S 55; Bender, Handbuch des Frankfurter Privatrechts 1848 S 15 § 4, S 229 ff, §§ 70 ff; von Adlerflycht, Das Privatrecht der freien Stadt Frankfurt, 1824, 2. Teil, S 315 ff, §§ 205 ff). Grunddienstbarkeiten unter Lebenden mußten also rechtsgeschäftlich durch Vertrag bestellt werden. Die Bestellung setzte sowohl eine Willenserklärung des bestellenden

Eigentümers wie eine Annahmeerklärung desjenigen, für den die Dienstbarkeit entstehen sollte, voraus, d.h. des oder der Eigentümer des herrschenden Grundstücks (vgl Windscheid Pandekten, Lehrbuch 7. Aufl Band I § 212). Das ist im allgemeinen auch streng gehandhabt. Eine Grunddienstbarkeit konnte nur derjenige erwerben, der zur Vertretung des Grundstücks, an welches die Grunddienstbarkeit angeknüpft werden sollte, befugt war. Stand z.B. dieses (herrschende) Grundstück im Miteigentum, so war die Willenserklärung aller Miteigentümer erforderlich; denn es galten hier dieselben Grundsätze wie für den Fall, in dem ein im Miteigentum stehendes Grundstück als dienendes mit einer Dienstbarkeit beschwert werden sollte (vgl Windscheid aaO Anm 8; 1 5, 18 D communia praediorum 8, 4 - lex 5 und 18 Dig. lib 8 Titel 4). Die Annahmeerklärung war nach allem keine bloße Formalität. Wenn hier alle Wallgrundstücke gleichzeitig verkauft worden wären, hätten sich allerdings die Willenserklärungen der bestellenden wie die der erwerbenden Eigentümer leichter feststellen lassen. Man hätte aus der gleichzeitigen Annahme der Erwerbsbedingungen durch die Erwerber u.U. den Schluß ziehen können, daß jeder Erwerber sich zu Gunsten der übrigen für sein Grundstück zur Einhaltung der vorgeschriebenen Baubeschränkungen verpflichtete und gleichzeitig die entsprechenden Verpflichtungserklärungen der übrigen Erwerber zu Lasten von deren Grundstücken annahm. Das ist aber eine Konstruktion, die schwerlich gewollt gewesen sein kann, weil sie sonst wohl in die Veträge aufgenommen wäre. Die nach der Auffassung des Klägers begünstigten Nachbargrundstücke müssen aber auch zwangsläufig bei der Mehrzahl der Verkäufe schon im Eigentum (es soll hier unterstellt werden, daß schon damals volles Eigentum erworben wurde) früherer Käufer gestanden haben, so daß die Bestel-

der Dienstbarkeit zu Gunsten der am Vertrag nicht beteiligten Nachbarn nur durch Vertrag zu Gunsten Dritter hätte in Frage kommen können.

Die gemeinrechtliche Lehre zu Anfang des vorigen Jahrhunderts stand aber Verträgen zu Gunsten Dritter überwiegend ablehnend gegenüber und erkannte nur die schon im römischen Recht zugelassenen, hier nicht in Frage stehenden Ausnahmen an (vgl. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 7. Aufl. II. Band S 192 Anm 13 und Holzschuher, Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts, 2. Aufl, 1858, 3. Band S 312 sowie die dort zitierte gemeinrechtliche Literatur). Erst später (insbesondere seit Ungers Aufsatz "Die Verträge zugunsten Dritter" in Jher Jb 1869, Band 10 S 1 ff insbesondere S 56 ff), gewann die gegenteilige Meinung an Boden (vgl. RGZ 47, 358), blieb aber zumindest für dingliche Verträge zu Gunsten Dritter bis zuletzt umstritten (vgl. Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte, 1899, S 40/41). Auch seitens des zeitgenössischen Frankfurter Juristen von Adlerflycht (aaO 3. Teil S 730) werden Verträge zu Gunsten Dritter - wieder nur von den hier nicht in Betracht kommenden römisch-rechtlichen Ausnahmen abgesehen - abgelehnt.

Es kommt hinzu, daß im Gemeinen Recht, das im wesentlichen das rezipierte römische Recht war, die Auferlegung gegenseitiger Dienstbarkeiten von zu verkaufenden Grundstücken mindestens nicht eindeutig geklärt war. Nach 1 8 D 8, 4 wurde sie nur bei gleichzeitigem Verkauf der Grundstücke anerkannt (allerdings gegen 1 6 pr Satz 3 D 8, 4 = lex 6 principium Satz 3 Dig. liber 8 Titel 4). Die Bestellung von Grunddienstbarkeiten zu Gunsten von Grundstücken, die die Stadt schon früher an andere verkauft hatte, war nach diesem

Recht nicht möglich (lex 5 Dig. liber 8 Titel 4: servitutum recipere nisi sibi nemo potest).

Man muß nun davon ausgehen, daß die Vertreter der Stadt, die die damaligen Verträge entworfen haben, das geltende Recht gekannt haben und daß sie, wenn wirklich von ihnen an eine Begünstigung der Nachbarn im Sinne einer Bestellung von echten Prädialservituten (ne prospectui officiiatur) gedacht gewesen wäre, ganz andere Bestimmungen vorgesehen hätten und es nicht auf so fragwürdige Konstruktionen, wie sie eben erörtert sind, hätten ankommen lassen. So wäre es z.B. möglich gewesen, daß die Stadt, anstatt erst bei den späteren Verkäufen Dienstbarkeiten zugunsten schon früher verkaufter Grundstücke aufzuerlegen, was, wie oben dargelegt, nach 1 5 D 8, 4 nicht möglich war, schon bei den ersten Verkäufen nicht nur die verkauften Grundstücke zu Gunsten der teils gleichzeitig veräußerten, teils zurückbehaltenen Grundstücke belastete, sondern auch die zurückbehaltenen zu Gunsten der verkauften (lex 6 principi Dig. liber 8 Titel 4 = 1 6 pr D 8, 4). Von einer Belastung der vorerst noch im Eigentum der Stadt verbliebenen Grundstücke ist aber in den Kaufbriefen nirgends die Rede.

Daß in F [REDACTED] zeitweise auch, und zwar in der Zeit vom 1. Mai 1810 bis Februar 1814, der code civil (code Napoléon) galt und daß dieser Verträge zu Gunsten Dritter zuließ, wenn sie Teil eines Vertrages zu Gunsten des Versprechensempfängers waren (Art 1121), ist schon deshalb ohne Bedeutung, weil dieses Gesetz erst, nachdem die Verträge entworfen waren, in Kraft getreten ist. Im übrigen sieht auch dieses Gesetzbuch (Art 639) Entstehung einer Servitut durch Vertrag zwischen den Grundstückseigentümern vor, und

zwar können nach ihm ununterbrochene "nicht ins Auge fallende" Servituten, welche kein äußerliches Merkmal ihres Daseins haben, wie z.B. das Verbot, auf einem Grundstück zu bauen oder über eine bestimmte Höhe zu bauen (vgl. Art 689 aaO), nur durch einen Titel errichtet werden (Art 691). Da es sich bei der vom Kläger in Anspruch genommenen Gerechtigkeit nur um eine solche in dem eben angeführten Sinne handelt, liegt daher eher Grund zu der Annahme vor, daß die bei der Stadt F. für die Abfassung der Verträge Verantwortlichen, wenn sie an entsprechende Dienstbarkeiten gedacht hätten, dann wenigstens nach dem Inkrafttreten des code civil diesem Gesetzbuch Rechnung getragen und die Verträge jetzt eindeutig gefaßt hätten. Das ist aber nicht geschehen.

Geht man mit Laband aaO S 36 ff davon aus, daß die Grundstücke zunächst nicht zu vollem Eigentum verkauft, sondern nur in sogen. Erbleihe vergeben wurden und daß die Stadt das sogen. Obereigentum behielt, so ist klar, daß eine Servitut zu Gunsten und zu Lasten der jeweiligen Nachbargrundstücke, die sich sämtlich im Obereigentum der Stadt befanden, nicht begründet worden sein kann, weil nach Gemeinem Recht niemand sich selbst an seinen eigenen Grundstücken Dienstbarkeiten bestellen kann (l 10 D 8, 4: quia nemo ipse sibi servitutum debet). Die den Erwerbern auferlegte Beschränkung wäre alsdann nur Ausfluß des vorbehaltenen Obereigentums. Doch bedarf die Frage, ob ein Verkauf nur zu sogen. Erbleihe erfolgt ist, keiner abschließenden Entscheidung. Es genügt hier aufzuzeigen, daß eine entsprechende Möglichkeit in Betracht gezogen werden muß, jedenfalls nicht ausgeschlossen werden kann.

Angesichts der erörterten durchschlagenden Gesichtspunkte gegen die Annahme einer Dienstbarkeit zu Gunsten der Nachbarn, ist es ohne Bedeutung, daß das Berufungsgericht irrt, wenn es davon ausgeht, die Rechtsprechung habe schon in früherer Zeit niemals einen Grundstückseigentümer oder sonstigen Privatmann als Berechtigten aus der Wallservitut angesehen.

Das Oberappellationsgericht zu Lübeck hat in der Tat - im Gegensatz zu den Frankfurter Unterinstanzen - in seiner Entscheidung vom 16. September 1856 in Sachen W [REDACTED] Erben ./.. Wa [REDACTED] (Sammlung der Entscheidungen des Oberappellationsgerichts zu Lübeck in Frankfurter Rechtssachen 2. Band S 417) angenommen, daß die Wallservitut sogar ausschließlich den Nachbarn zustehe. Dieser Entscheidung kann aber nicht zugestimmt werden.

Das Lübecker Gericht ist zu dem genannten Ergebnis deshalb gekommen, weil es, wie noch darzulegen sein wird, irrig davon ausgegangen ist, ein Interesse der Stadt F [REDACTED] an der Wallservitut sei nicht erkennbar. Da aber ein Berechtigter vorhanden sein müsse, kämen nur die Nachbarn in Betracht, auf die auch das Motiv "damit kein Gebäude des anderen seine Aussicht versperre" hinweise. Ferner nimmt dieses Gericht an, daß die Erwerber die Servitut mit dem Zuschlag ihres Grundstücks auch aktiv erworben hätten, ob jedoch zu beachten, daß, solange die Nachbargrundstücke noch nicht verkauft waren, auf ihnen keine Servitut lastete, die hätte aktiv erworben werden können. Ob es richtig ist, wie Laband aaO S 60 meint, daß dieses Gericht irrtümlich davon ausgegangen ist, daß alle Grundstücke in einem einzigen Versteigerungstermin veräußert worden sind,

dahingestellt bleiben. Es hat jedenfalls die Schwierigkeiten der Bestellung der Wallservitut als Grunddienstbarkeit zu Gunsten der Nachbarn nicht erkannt und ist auch sonst von unrichtigen Erwägungen ausgegangen.

Seine Auffassung, daß ein Interesse der Stadt F [REDACTED] [REDACTED] nicht erkennbar sei, ist schon vom preußischen Obertribunal in seiner Entscheidung vom 4. Februar 1873 in Sachen R [REDACTED] ./ S [REDACTED] (Monatliche Rundschau der juristischen Gesellschaft in F [REDACTED], 1873 S 153 ff) abgelehnt. Das Obertribunal bestätigt in dieser Entscheidung die Auffassung der Untergerichte, daß neben einer etwa zu Gunsten der Nachbarn bestehenden Grunddienstbarkeit, was dahingestellt bleiben könne, eine persönliche Dienstbarkeit zu Gunsten der Stadt bestellt worden sei. Nur daran konnte im übrigen die Stadt F [REDACTED] ein Interesse haben; denn alsdann hatte sie es allein in der Hand, die Erwerber von der Baubeschränkung - u.U. gegen Zahlung eines Entgelts - zu befreien, während andernfalls, d.h., wenn Grunddienstbarkeiten zu Gunsten der Nachbarn bestanden, diese trotz von der Stadt erteilter Befreiung Einspruch gegen einen Bau erheben konnten, was der Stadtverwaltung nur unerwünscht sein konnte. Daß aber etwa eine Bestellung nur von Grunddienstbarkeiten zu Gunsten der jeweiligen Nachbargrundstücke gewollt war, ist gänzlich unwahrscheinlich; denn damit war der gedachte Zweck, rechtliche Mittel in die Hand zu bekommen, die fraglichen Grundstücke zu einem Teil gärtnerisch auszugestalten und die geschaffene öffentliche Promenade zu ergänzen und zu sichern, worauf das Berufungsgericht schon zutreffend hingewiesen hat, überhaupt nicht zu erreichen, weil die Eigentümer der herrschenden Grundstücke jederzeit in der Lage waren, auf ihre Dienstbarkeiten

zu Gunsten der dienenden Grundstücke zu verzichten, was auch stillschweigend durch Duldung der Bebauung möglich war. Der gedachte Zweck war vielmehr, wie schon angedeutet, am besten zu verwirklichen, wenn nur der Stadt F [REDACTED] das Verbotungsrecht zustand. Daß, worauf Neumann-Levy aaO S 53 hinweisen, spätere Geschlechter u.U. anders über die Angelegenheit denken konnten, als die damaligen Stadtväter, die die Wallanlagen als Parkanlagen erhalten wissen wollten, ist natürlich richtig, ist aber noch kein Grund für die Annahme, daß die auf Seiten der Stadt für die Veräußerung der Wallgrundstücke Verantwortlichen, und auf ihren Willen kommt es entscheidend an, ihren Nachfolgern in der Verwaltung diese durch die Bestellung privater Rechte der Anlieger haben erschweren wollen.

Schließlich bestehen auch Bedenken gegen die Ausführungen des Lübecker Gerichts; wenn es unter Bezugnahme auf 1 17 D de servitt. 8.1. (aaO S 419) darzulegen versucht es folge gerade aus der Unteilbarkeit der Prädialservitute daß dieselben auch von jedem Eigentümer eines Teils der ursprünglichen Parzellen geltend gemacht werden können, und die Ansicht, daß die Servitut durch jene Teilung erloschen sei, evtl., daß nur sämtliche Eigner der in mehrere Teile zerlegten ursprünglichen Parzelle befugt seien, die Servitut klagend zu verfolgen, sei unhaltbar. Die hier angeführte Digestenstelle besagt nämlich nur, daß ein Teil eines Fahrweges, Fußsteiges, einer Übertrift und Wasserleitung nicht Gegenstand einer Verbindlichkeit werden könne, weil deren Gebrauch nicht geteilt stattfinden könne, und sagt weiter, daß deshalb sowohl, wenn der Berechtigte durch mehrere Erben beerbt ist, als auch, wenn der Versprechende mehrere Erben hinterlassen hat, jeder berechtigte Erbe auf d

3

ganzen Weg klagen und daß sich die Klage gegen jeden einzelnen Verpflichteten aufs Ganze zu richten habe. Der vom Lübecker Gericht an dieser Stelle seines Urteils erörterte Fall der realen Teilung einer der verkauften (wie an anderer Stelle schon erwähnt, ursprünglich bis zu 17 und 18 Morgen groß gewesenen) Flächen ist aber etwas anderes als der an der fraglichen Digestenstelle erörterte Fall einer Vererbung. Außerdem ist eine Aussichtsgerechtigkeit auch nicht ohne weiteres mit einem Wegerecht oder einer Wasserleitungsgerechtigkeit vergleichbar.

Unerheblich ist schließlich, daß auch gegen die Annahme, es handele sich bei der Wallservitut um eine persönliche Dienstbarkeit zu Gunsten der Stadt F██████, wovon das Berufungsgericht ausgeht, gewisse Bedenken geltend gemacht werden können; denn hier kommt es nicht darauf an, ob die Stadt F██████ durch die Verträge mit den Erwerbern die Wallservitut als echte Servitut erworben hat. Wenn das nicht der Fall ist, läßt sich daraus angesichts der oben erörterten Bedenken gegen die Bestellung von Realservituten zu Gunsten der Nachbarn doch nicht zwingend schließen, daß es sich dann um solche Servituten handeln müsse. Wenn das Bestehen einer privatrechtlichen Servitut überhaupt nicht anzunehmen wäre, könnte es sich nämlich immer noch um eine öffentlich-rechtliche Baubeschränkung zu Gunsten der Stadt F██████ handeln, wovon Westerburg aaO ausgegangen ist. Endlich lösen sich alle Schwierigkeiten ohne weiteres, wenn man mit Laband aaO darin übereinstimmt, daß es sich bei der Wallservitut um die von der Stadt F██████ als Ober-eigentümerin gegenüber den Erbleihern vorbehaltenen Rechte handelt. Für diese Auslegung spricht in der Tat sehr viel.

Indessen braucht hier überhaupt nicht abschließend entschieden zu werden, welche Rechtsnatur die Wallservitut gehabt hat. Es genügt hier festzustellen, daß sie als Recht der Stadt juristisch möglich ist und daß sie jedenfalls nicht nachweisbar ein Recht der Nachbarn darstellt.

Was die Revision dagegen, daß es sich um kein Recht der Nachbarn handelt, noch vorbringt, ist nicht stichhaltig. Das Berufungsgericht hat in dieser Hinsicht keine Beweisanträge unberücksichtigt gelassen und auch seine Aufklärungspflicht nicht versäumt. Ist das beantragte Sachverständigengutachten und die behördliche Auskunft als Beweismittel für die behauptete historische Tatsache, daß die "Wallservitut" auch auf dem Grundstück der Beklagten lastet, zwar noch für zulässig zu erachten (siehe oben), so kann dies keinesfalls für die Frage gelten, ob die hieraus sich ergebenden Rechte der Stadt F. oder den Nachbarn zustehen. Dies ist, wie das Berufungsgericht insoweit mit Recht ausgeführt hat, eine vom Gericht zu entscheidende Rechtsfrage. Insoweit hätte der Kläger schon Tatsachen unter Beweis stellen müssen, die für diese Rechtsfrage hätte erheblich sein können. Die allgemeine Behauptung, daß sich derartige Tatsachen aus den Akten des Stadtarchivs ergeben würden, ohne dafür Einzeltatsachen anzuführen und die Urkunden, aus denen sich etwas ergeben soll, einzeln zu bezeichnen, genügt in diesem Zusammenhang nicht. Selbst in der Revisionsbegründung hat der Kläger nicht vorgetragen, welche Tatsachen er behauptet und welche Urkunden er bezeichnet hätte, wenn er vom Berufungsgericht gemäß § 139 ZPO dazu aufgefordert worden wäre.

Unbegründet ist schließlich die weitere Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe nicht geprüft, ob der

Kläger nicht, falls eine Dienstbarkeit nicht schon durch Vertrag erworben worden sei, eine solche ersessen habe. Falls man bei negativen Servituten, zu denen eine Aussichtsgerechtigkeit gehört, eine Ersitzung überhaupt anerkennen wollte, so müßte der Kläger mindestens dartun, daß er mehrfach mit Erfolg den Versuchen der Beklagten, insbesondere deren Rechtsvorgänger, seine Rechte unbeachtet zu lassen, entgegengetreten sei (vgl. Holzschuher aaO 2. Band S 281). Dies hat der Kläger aber niemals behauptet. Seine Ausführungen in den Vorinstanzen, schon die fast eineinhalb Jahrhunderte gepflogene Übung, die Wallgrundstücke nur in der obersten Lage zu bebauen, spreche dafür, daß die vom Kläger behauptete Dienstbarkeit in rechtlich einwandfreier Weise begründet worden sei, konnte deshalb auch vom Berufungsgericht nicht dahin aufgefaßt werden, daß damit eine - unabhängig von Vertragsansprüchen - möglicherweise durch Ersitzung begründete Dienstbarkeit behauptet werden sollte. Das Berufungsgericht hatte daher auch keinen Anlaß, auf diese Ausführungen in den Gründen einzugehen. Davon, daß ein selbständiges Angriffsmittel des Klägers nicht beschieden und somit die Rüge aus § 551 Nr 7 ZPO begründet sei, kann also keine Rede sein.

Nach allem kommt es nicht darauf an, ob, wie das Berufungsgericht unter Nr 3 seiner Gründe meint, auch das preußische Gesetz vom 4. Juni 1903 (GS 190) und der darauf beruhende Gemeindebeschuß der Stadt F [REDACTED] vom 28. Juni 1907 gegen das Klagbegehren sprechen.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs 1 ZPO.

Dr. Tasche

Schuster

Dr. Großmann

Dr. Spieler

Dr. Dorschel