

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

063

BGB § 912

§ 912 BGB gilt auch, wenn bei Erweiterung eines Gebäudes die Grenze überschritten wird.

BGB § 912

§ 912 BGB gilt auch, wenn der Eigentümer zweier Grundstücke über die Grenze baut (Bestätigung von RGZ 160, 177).

BGB §§ 93, 94, 95, 912

Wird der auf das Nachbargrundstück übergebaute Teil eines Gebäudes vom Eigentum am Grundstück des Überbauenden mitumfaßt, so ändert eine spätere anderweite Einigung der beiden Grundstückseigentümer jedenfalls ohne Beseitigung der Duldungspflicht aus § 912 BGB am Eigentum hinsichtlich des Überbaus nichts.

BGH, Urt. v. 26. April 1961 - V ZR 203/59 - OLG Hamm
LG Bochum

V ZR 203/59

Verkündet

am 26. April 1961

Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

1. der Witwe Klara S. geb. W.,
 2. der unverehelichten Klara S.,
 3. des Kaufmanns Fritz S.,
 4. des Kaufmanns Erich S.,
- sämtlich wohnhaft in B.-W., Auf dem H.,

Kläger und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

g e g e n

Frau Anna Z., vormals Frerich geb. T., H.,
Hastraße,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche
Verhandlung vom 29. März 1961 unter Mitwirkung des Senatsprä-
sidenten Dr. Tasche und der Bundesrichter Dr. Hückinghaus,
Schuster, Dr. Rothe und Dr. Freitag

für Recht erkannt:

Auf die Revision wird unter Zurückweisung des Rechts-
mittels im übrigen das Urteil des 4. Zivilsenats des
Oberlandesgerichts in Hamm (Westf.) vom 20. Oktober 1959
im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als es den Antrag
auf Zuerkennung einer Überbaurente in Höhe von 200,— DM
nebst 4% Zinsen seit dem 1. Januar 1953 abgewiesen hat.
In diesem Umfang wird die Sache zur anderweiten Verhand-
lung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückver-
wiesen.

Von den bisherigen Kosten des Rechtsstreits haben
die Kläger 17/18 zu tragen. Im übrigen wird die Entschei-
dung über die Kosten dem Berufungsgericht übertragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Bäckermeister Matthias W. erwarb im Jahre 1901 das Grundstück H., Hastraße und im Jahre 1906 das angrenzende Grundstück H., Hastraße. Auf dem Grundstück Hastraße betrieb er eine Bäckerei. In den Jahren 1919 und 1920 erweiterte er diese Bäckerei durch Einbeziehung und Ausbau eines auf dem Grundstück Hastraße liegenden Pferdestalles. Im Verlaufe dieser Arbeiten entstand im Erdgeschoß des teilweise (mit 137 qm) auf dem Grundstück Hastraße stehenden Erweiterungsbaues ein dritter Backofen (zu den bereits vorhandenen Backöfen der Bäckerei), der genau auf der Grenze errichtet wurde. Die Räume des Erdgeschosses besitzen keine Fenster und keine Tür zu dem Hof des Grundstücks Hastraße, sind also nur von der Bäckerei auf dem Grundstück Hastraße aus zugänglich. Im Obergeschoß wurden Wohnräume für die Bäckergehilfen geschaffen. Diese Wohnräume haben Fenster zu dem Hof des Grundstücks Hastraße. Zwei dieser Wohnräume gehören noch zur Bäckerei und sind von dort erreichbar. Die anderen fünf Wohnräume sind über eine Außentreppe vom Hof des Grundstücks Hastraße 25 zu betreten. Sie bilden zwei Wohnungen, die für 29,70 DM und 19,80 DM monatlich vermietet sind.

In der Folgezeit wechselten die beiden Grundstücke mehrfach den Eigentümer. Schließlich erwarb sie 1942 der Kartoffelhändler August S. Dieser veräußerte 1946 das Grundstück Hastraße mit der Bäckerei an den Bäckermeister Eduard D., für den es im Grundbuch eingetragen wurde. Der notarielle Grundstückskaufvertrag wurde am 27. Mai 1946 geschlossen. In einem zweiten notariellen Vertrag vom selben Tage tauschte Sieg mit D. "die gesamte Bäckereinrichtung in den Haus- und Grundbesitzungen nebst Bäckereigebäude Herne, Hastraße und " gegen ein Grundstück D.. In einem dritten notariellen Verträge, ebenfalls vom selben Tage,



verpachtete S. dem D. "die dem Bäckereibetriebe ... dienenden Räume, welche in den Hintergebäuden der Hausbesitzung Ha.straße in H. belegen sind" gegen einen Pachtpreis von monatlich 170 RM./D. verkaufte das Grundstück dann weiter an die Beklagte (notarieller Vertrag vom 15. Juni 1951), die es durch notariellen Vertrag vom 21. Oktober 1954 an den Bäckermeister Heinrich R. in H. aufließ. Das andere Grundstück Ha.straße gehört jetzt der Erbengemeinschaft nach dem am 9. Mai 1952 verstorbenen Kartoffelhändler S.. Zu dieser Erbengemeinschaft gehören die Kläger.

Der Bäckermeister D. hatte bis zu dem Verkauf des Grundstücks Ha.straße laufend 170, DM monatlich Pacht für die auf dem Grundstück Ha.straße belegenen Bäckereigebäude gezahlt. Diese Zahlung verlangte die Erbengemeinschaft Sieg auch von der Rechtsnachfolgerin D., der Beklagten. Als diese das Verlangen ablehnte, reichte die Erbengemeinschaft Sieg im November 1952 eine Klage auf Herausgabe der auf dem Grundstück Nr. 25 befindlichen und von der Beklagten genutzten Gebäude und Grundstücksteile ein (3-0-129/52 LG Bochum). Der Prozeß kam nicht zur Durchführung. Vielmehr verglichen sich die Parteien dieses Rechtsstreits durch notariellen Vertrag vom 25. November 1952. Die Beklagte verpflichtete sich, für die von ihr benutzten auf dem Grundstück Hafenstraße 25 stehenden Gebäudeteile monatlich 170, DM zu zahlen, wofür ihr diese Gebäudeteile verpachtet wurden.

Mit Schreiben vom 23. Januar 1953 focht die Beklagte diesen Vertrag an und weigerte sich, die in ihm übernommenen Verpflichtungen zu erfüllen.

Darauf erhoben die Kläger auf Grund des Vertrages vom 25. November 1952 die vorliegende Klage auf den Pachtzins

nebst 188,55 DM Prozeßkosten, die die Beklagte in dem Vertrag zu zahlen auch übernommen hat.

Die Kläger haben beantragt,
die Beklagte zu verurteilen, an die Kläger
3.758,55 DM nebst 8% Zinsen von 2.890,-- DM
seit dem 22. Dezember 1952 und nebst 4% Zinsen von
je 170, DM seit dem 15. November 1952, 15. De-
zember 1952, 15. Januar 1953 und 15. Februar 1953
zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Sie verneint die Wirksamkeit des Vertrages (Vergleiches) vom 25. November 1952. Ihr Rechtsvorgänger D■■■■■, trägt sie vor, habe auch die auf dem Grundstück Nr. 25 stehenden zum Anwesen Nr. 27 gehörenden Baulichkeiten mit diesem letzteren Anwesen erworben. Sie habe alle Rechte D■■■■■ von diesem übertragen erhalten, somit auch jene Baulichkeiten. Bei Abschluß des Vertrages vom 25. November 1952 sei ihr diese Rechtslage nicht bekannt gewesen. Der Vertrag verstoße aber auch wegen des überhöhten Pachtzinses gegen die guten Sitten.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben.

Im Berufungsrechtszug haben die Kläger noch hilfsweise beantragt, die Beklagte zu verurteilen, die im ersten Rechtszug zuerkannten Beträge - äußerstenfalls eine Überbaurente von monatlich 170, DM nebst 4% Zinsen seit 1. Januar 1953 für das Jahr 1953 - an die sämtlichen Mitglieder der Erbgemeinschaft zu bezahlen.

Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen.

Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgen die Kläger ihre Berufungsanträge weiter. Die Beklagte bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht führt aus:

1. Bei Abschluß des Vertrages vom 25. November 1952 seien die Parteien davon ausgegangen, daß die Erben S. als Eigentümer des Grundstücks Nr. 25 auch Eigentümer des auf diesem Grundstück befindlichen Überbaues vom Grundstück Ha.straße seien. Das habe aber nicht zugetroffen. Der frühere Eigentümer W. habe die auf dem Grundstück Nr. 27 betriebene Bäckerei durch einen Anbau an dieses Gebäude so erweitert, daß der bautechnische und wirtschaftliche Zusammenhang mit dem Grundstück Ha.straße unterbrochen worden sei. Die Parteien seien sich auch einig, daß dieser Anbau ein Überbau vom Grundstück Nr. 27 her sei. Zufolge analoger Anwendung der §§ 912 ff BGB sei dieser Überbau wesentlicher Bestandteil des Grundstücks Nr. 27 geworden, desgleichen ergebe sich aus ihr das Recht der Eigentümer dieses Grundstücks auf Duldung des Überbaus gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks Nr. 25. Dieses Eigentum am Überbau und das Recht auf Duldung habe die Beklagte mit dem Grundstück Nr. 27 erworben.

2. Da wesentliche Bestandteile nicht Gegenstand besonderer Rechte sein könnten, bedürfe es keiner Untersuchung, ob ein Rechtsvorgänger der Beklagten, etwa Dettmer, durch besondere Vereinbarung mit den Klägern auf das Eigentum an dem Überbau oder auf das Duldungsrecht verzichtet habe. Derartige Vereinbarungen wären, meint das Berufungsgericht, wirkungs-

los, mindestens hätten sie der Eintragung im Grundbuch bedurft, die unstreitig nicht geschehen sei, wenn die Beklagte daran gebunden hätte sein sollen. Dafür, daß schon W. bei Errichtung des Überbaues besondere Bestimmungen über dessen rechtliches Schicksal getroffen hätte, liege nichts vor.

3. Die später durch den Vergleich vom 25. November 1952 erledigte Klage sei unbegründet gewesen.

Bei Abschluß des Vergleichs hätten die Parteien nicht über das Eigentum am Überbau und das Duldungsrecht gestritten, sie seien übereinstimmend davon ausgegangen, daß der Überbau im Eigentum der Erbengemeinschaft steht und daß die Beklagte kein Duldungsrecht besitze. Der Vergleich habe nur die Frage betroffen, ob der Beklagten die Nutzung in Zukunft gestattet werden sollte und für welche Vergütung. Wäre den Parteien die wirkliche Rechtslage bezüglich des Überbaues bekannt gewesen, so hätten sie keinen Anlaß gehabt den Vergleich abzuschließen, da eine Ungewißheit über das Nutzungsrecht der Beklagten nicht bestanden hätte.

4. Der Vergleich sei nebst dem Pachtvertrag, der einen Teil des Vergleichs bilde, nach § 779 BGB demnach unwirksam. Die Klage sei somit unbegründet, soweit die Zahlung von Pacht begehrt werde.

5. Dagegen sei gegen die Beklagte ein Anspruch auf Zahlung einer Überbaurente für die Dauer ihres Eigentums entstanden. Die angemessene Höhe sei zwischen den Parteien streitig, sie überschreite aber jedenfalls 200 DM jährlich nicht. Dieser Betrag sei jedoch durch Aufrechnung getilgt. Die Erbengemeinschaft habe den zumindest mittelbaren Besitz an den Wohnungen im Obergeschoß des Überbaues unentgeltlich erlangt. Sie müsse daher die von ihr eingezogenen Mieten der Beklagten vergüten.

Allein für 1953 mache die Bruttomiete 594, DM aus. Selbst bei Abzug eines Betrages für anteilige von der Erbengemeinschaft getragene Unkosten seien die Gegenforderungen der Beklagten mit Sicherheit höher als 200, DM. Auch der Hilfsanspruch auf Überbaurente sei also wegen der Aufrechnung nicht begründet.

II.

1. Die Revision bezweifelt, daß überhaupt ein Überbau im Sinne des § 912 BGB vorliegt. Sie macht geltend, es handle sich nicht um Grenzüberschreitung mit Gebäuden, die keiner selbständigen Existenz fähig seien, sondern der Anbau auf dem Grundstück Nr. 25 sei so umfangreich, daß er eine selbständige wirtschaftliche und gegenständliche Bedeutung habe, insbesondere auch als Bestandteil von Nr. 25 genutzt und bewirtschaftet werden könne, wie das zum großen Teil schon lange geschehe.

Dieser Einwand greift nicht durch. Der Zweck der Baumaßnahme war die Erweiterung der auf dem Grundstück Nr. 27 betriebenen Bäckerei, wie die Bauakten über jene Erweiterung vom Jahre 1919 mit einem entsprechenden Gesuch des damaligen Eigentümers beider Grundstücke W., die Gegenstand der mündlichen Verhandlung im zweiten Rechtszug waren (Berufungsurteil S. 5 Ende des Tatbestandes), deutlich ergeben. Das Berufungsgericht hat hierzu auch entsprechende Feststellungen (siehe oben I 1) getroffen. Allerdings wurde bei einer Umgestaltung nicht ein Gebäude völlig neu errichtet, das über die Grenze der beiden Grundstücke gebaut worden wäre; das ist der Fall, den das Gesetz nach seinem Wortlaut in erster Linie im Auge hat. Mit Recht werden jedoch Erweiterungsbauten auch unter diese gesetzliche Regelung gebracht (Meisner/Stern/Hodes, Nachbarrecht 3. Aufl. § 24 I 2 S. 299; RGZ 169, 172, 178). Wird, was nicht selten geschieht, die Mauer eines Hauses ein Stück weiter hinausgerückt, um Raum zu gewinnen, so müßten bei Grenz-

Überschreitung dieselben unwirtschaftlichen Abbruchsmaßnahmen vorgenommen werden, als wenn von vornherein bei der Errichtung des Gebäudes über die Grenze gebaut worden wäre. Die Möglichkeit, den zwischen den hier strittigen Gebäudeteilen und dem Bau auf Nr. 27 bestehenden Zusammenhang wieder aufzuheben, wie das die Revision behauptet, (bestritten; siehe Schriftsatz der Beklagten vom 13. Oktober 1953 S. 2), reicht nicht aus, um den Baulichkeiten den Charakter eines Überbaues von Haus Nr. 27 zu nehmen (Reichsgericht aaO). Mit der lang dauernden Nutzung und Bewirtschaftung eines großen Teils der strittigen Baulichkeiten vom Grundstück Nr. 25 aus meint die Revision wohl, daß die Mieten der Wohnungen vom Eigentümer des Hauses Nr. 25 eingezogen wurden, und sie will möglicherweise auch auf die Tatsache hinweisen, daß diese Wohnungen nur durch eine Außentreppe vom Hof des Hauses Nr. 25 aus zu erreichen sind. Maßgebend ist jedoch die erhalten gebliebene Zweckbestimmung des Erdgeschosses, das eindeutig zum Haus Nr. 27 gehört, da es der natürlichen Betrachtung entspricht, insoweit dem Fundament eines Gebäudes den Vorzug zu geben, auf dem sich die übrigen Teile erst aufbauen.

2. Es mag sein, daß der frühere Eigentümer beider Grundstücke S. [REDACTED] und der Rechtsvorgänger der Beklagten D. [REDACTED] 1946 beim Verkauf des Anwesens Haus Nr. 27 an D. [REDACTED] lediglich die auf der Fläche des Grundstücks Nr. 27 stehenden Gebäulichkeiten veräußern bzw. erwerben wollten, da Sieg die dem Bäckereibetrieb dienenden Räume, welche in den Hintergebäuden der Hausbesitzung Haus Nr. 25 lagen, ja trotz des Verkaufs an D. [REDACTED] verpachtet hat, wogegen die Erwähnung des dritten Backofens im Kaufvertrag über das Grundstück Nr. 27 nicht ins Gewicht fällt. Die Revision macht dazu geltend, § 912 BGB sei nachgiebigen Rechts, so daß der Überbau kraft Bestimmung des bisherigen Eigentümers oder kraft Übereinkunft der künftigen beiden Eigentümer vom Eigentum des Grundstücks

Haus Nr. 25 umfaßt geblieben sei.

Dem kann nicht beigestimmt werden. Das Reichsgericht hat entgegen seiner früheren Auffassung später in den Entscheidungen RGZ 160, 166, 177; 169, 175 in Übereinstimmung mit der im Schrifttum überwiegend vertretenen Meinung die Anwendbarkeit der §§ 912 ff BGB auf den Fall bejaht, daß ein Eigentümer zweier Grundstücke mit dem Bau auf einem dieser Grundstücke die Grenze des anderen überschreitet und in der Folge die Grundstücke in das Eigentum verschiedener Personen gelangen. Dabei hat das Reichsgericht die Entstehung des Rechts auf Duldung aber schon mit der Errichtung des Baues als gegeben bezeichnet, was zur Folge hat, daß der hinübergebauete Gebäudeteil nach den §§ 93, 94 Abs. 1, 95 Abs. 1 Satz 2, § 946 BGB nicht Bestandteil des überbauten Grundstücks, sondern wesentlicher Bestandteil des Gesamtgebäudes und damit des anderen Grundstücks des Bauenden wird (RGZ 160, 166, 181; 169, 175). Dies kann auch schon von rechtlicher Bedeutung sein, solange die beiden Grundstücke demselben Eigentümer gehören, beispielsweise für die Haftung der Mietzinsen, die sich auf Räume im Überbau beziehen, für eine auf dem Grundstück des Gebäudes, zu dem der Überbau gehört, ruhenden Hypothek (§ 1123 BGB).

Der Bundesgerichtshof hat sich hinsichtlich der Rechtswirkungen des (rechtmäßigen oder entschuldigten) Überbaues (Überbau kein wesentlicher Bestandteil des überbauten Grundstücks) dem Reichsgericht angeschlossen (BGHZ 27, 197 und 204). Auch der oben erwähnten Rechtsprechung bezüglich des Eigentümergegrenzbaues ist beizupflichten, (so schon - beiläufig - das Urteil des Senats vom 23. Januar 1957 V ZR 83/55).

Das mit dem Überbau entstandene Recht des Eigentümers des Grundstücks Haus Nr. 27 auf Duldung des Überbaues auf

Haus Nr. 25 hat dingliche Wirkung, d.h. der jeweilige Eigentümer des überbauten Grundstücks = Haus Nr. 25 - hat den Überbau zu dulden.

Ob der Erbauer, wenn er Eigentümer beider Grundstücke ist, beim Überbau die Möglichkeit hat, die oben dargelegte Rechtswirkung bezüglich Duldungspflicht und Gebäudeeigentum auszuschalten, hat das Berufungsgericht mit Recht nicht näher erörtert, da ein dahingehender Wille des Erbauers W. überhaupt nicht zutrage getreten ist.

In Frage steht also nurmehr, ob die durch den Überbau geschaffene Rechtslage bei der Veräußerung vom Jahr 1946 geändert worden ist. Das ist schon deswegen zu verneinen, weil gar nicht behauptet ist, daß die Vertragsschließenden (S. und D.) eine Änderung insoweit herbeizuführen beabsichtigten. Wegen des dinglichen Charakters des Rechts auf Duldung hätte aber die bloße Vereinbarung der Vertragsschließenden (S. und D.) ohnedies nicht genügt, um das Duldungsrecht mit dinglicher Wirkung, also auch zu Lasten der Beklagten, die dann Eigentümerin wurde, zu beseitigen. Es hätte hierzu der Eintragung einer Grunddienstbarkeit auf dem Grundstück Nr. 27 bedurft, dahingehend, daß die Ausübung des Duldungsrechts ausgeschlossen werde (§ 1018 BGB; Wolff/Raiser § 55 bei Fußn. 15 S. 199; Meisner/Stern/Hodes, Nachbarrecht 3. Aufl. § 24 II bei Fußn. 89). Was das Eigentum an dem Überbau anlangt, so ist die Frage, ob es trotz des fehlenden Willens zur Übereignung bei dem Erwerb des Grundstücks Nr. 27 seitens D. auf D. übergegangen war, nicht, wie das Berufungsgericht meint, schon damit beantwortet, daß nach § 93 BGB wesentliche Bestandteile nicht Gegenstand besonderer Rechte sein können. Wie der Fall des bösgläubigen Überbaues zeigt (BGHZ 27, 204), ist es nicht ausgeschlossen, daß der Überbau trotz der Einheit-

lichkeit des Gebäudes vom Eigentum am überbauten Grundstück nach § 94 BGB umfaßt wird. Bei der Erstellung eines Gebäudes zu einem vorübergehenden Zweck (§ 95 Abs. 1 BGB) hat der Bundesgerichtshof die Einigung zwischen dem bisherigen Eigentümer und dem Eigentümer des Grundstücks nicht allein für ausreichend erachtet, um das Gebäude zum Grundstücksbestandteil zu machen (BGHZ 23, 57), sondern nur zusammen mit dem Wegfall der ursprünglichen Bestimmung zu vorübergehendem Zweck. In Weiterführung dieses Gedankens müßte für eine Änderung der Bestandteilseigenschaft des Überbaues derart, daß er Bestandteil des überbauten Grundstücks werde, jedenfalls gefordert werden, daß das Duldungsrecht wegfiere (siehe auch RGRK 11. Aufl. § 95 Anm. 41). Hieran fehlt es aber schon. Das vom Berufungsgericht gewonnene Ergebnis, daß das Eigentum am Überbau durch die Vereinbarungen zwischen S. [REDACTED] und D. [REDACTED] nicht geändert worden ist, trifft demnach zu.

3. Ein Rechtsverstoß ist auch insoweit nicht ersichtlich, als das Berufungsgericht die Unwirksamkeit des Vergleichs vom 25. November 1952 gemäß § 779 BGB feststellt. Die Revision ist der Meinung, die Eigentumsverhältnisse in Verbindung mit dem Bestand des von D. [REDACTED] geschlossenen Pachtvertrags seien das streitige und ungewisse Rechtsverhältnis gewesen, das im Vergleich durch gegenseitiges Nachgeben geregelt worden sei. Sie rügt, daß die von den Klägern benannten Zeugen Notar Dr. Bu. [REDACTED] und T. [REDACTED] nicht vernommen worden seien (§ 286 ZPO).

Was die Klage auf Herausgabe des Anbaues anlangt, so stützte sie sich in der Tat auf das Eigentum der Erbengemeinschaft an dem Anbau. Die Klagepartei hatte hierzu im Schriftsatz vom 10. Dezember 1953 S. 5 vorgetragen, daß die Beklagte sich auf den Standpunkt gestellt hatte, Eigentümerin des Überbaues geworden zu sein. Diese ursprüngliche Stellung-

nahme der Beklagten ist jedoch für die Anwendung des § 779 ZPO nicht entscheidend. Maßgebend vielmehr ist, wie der Berufungsrichter richtig ausführt, die Sachlage zur Zeit des Vergleichs. Für diesen Zeitpunkt hatten aber die Kläger selbst vorgetragen (aaO S. 7), die Beklagte sei vom Notar eingehend und mit Erfolg darüber belehrt worden, daß der Anbau im Eigentum der Erben Sieg, also der Kläger, geblieben sei. Damit stimmt der Vortrag der Beklagten überein (Schriftsatz vom 4. März 1954 S. 10). Angesichts dieses unstreitigen Sachverhaltes bedurfte es keiner Vernehmung der für ihn von den Klägern benannten oben erwähnten Zeugen. Die Feststellung des Berufungsgerichts, daß der Streit über die weitere Nutzung des Anbaues durch die Beklagte bei Kenntnis der wahren Eigentumsverhältnisse hinsichtlich des Anbaues und des hierfür bestehenden Anspruchs der Beklagten auf Duldung gegen die Erbengemeinschaft nicht entstanden wäre, ist ohne Rechtsverstoß getroffen. Das gilt auch, soweit der Streit die Bezahlung einer Nutzungsgebühr oder Pacht für Vergangenheit und Zukunft betraf. Auch insoweit wäre er nicht entstanden, wenn den Parteien die wahre Rechtslage hinsichtlich des Eigentums und des Duldungsanspruchs bekannt gewesen wäre.

4. Nach alledem erweisen sich die Rügen der Revision als nicht begründet. Soweit das Berufungsgericht jedoch die Klage auf Zahlung der Überbaurente für das Jahr 1953 abgewiesen hat, kann das Berufungsurteil hinsichtlich eines Teilbetrags von 200 DM keinen Bestand haben. Das Berufungsgericht hat die Höhe der Überbaurente nur in der Weise bestimmt, daß diese Rente 200 DM jährlich nicht übersteige. Es hält es auch für möglich, daß sie niedriger liegt. Gegen diese Überbaurentenforderung hat die Beklagte mit einem Bereicherungsanspruch wegen der von den Klägern für die Erbengemeinschaft eingezogenen Mieten aufgerechnet. Gemäß § 322 Abs. 2 ZPO ist die Entscheidung, daß die Gegenforderung nicht besteht, bei der Aufrechnung der Rechtskraft fähig. Das gilt auch insoweit, als ent-

schieden wird, daß die zur Aufrechnung gegen die Klageforderung gemachte Forderung wegen der Aufrechnung erlischt (BGH Urteil vom 25. Juni 1956, II ZR 78/55, LM ZPO § 322 Nr. 21). Bei der vom Berufungsgericht vorgenommenen Behandlung der Aufrechnung bleibt es hinsichtlich eines Betrages von 200 DM ~~70~~ ungewiß, in welcher Höhe die zur Aufrechnung gestellte Bereicherungs-forderung durch die Aufrechnung erloschen ist. Beträge die Überbaurentenforderung beispielsweise 100 DM ~~70~~, wäre ein Betrag in dieser Höhe getilgt; betrüge sie jedoch 170 DM ~~100~~, wäre dieser Betrag der Bereicherungsforderung durch die Aufrechnung erloschen. Würde nach Rechtskraft des Berufungsurteils die Bereicherungsforderung voll in einem neuen Rechtsstreit eingeklagt, so wäre ungewiß, zu welchem Betrage über die neue Klageforderung bereits rechtskräftig im Sinne des Nichtbestehens erkannt wäre (RGZ 142, 175). Die Kläger haben aber einen Anspruch darauf, daß geklärt wird, ob ihre Forderung in der geltend gemachten Höhe entstanden war und demgemäß die Bereicherungsforderung in dieser Höhe getilgt ist. Das Fehlen einer entsprechenden Rüge ist belanglos, da es sich um einen von Amts wegen zu beachtenden verfahrensrechtlichen Grundsatz handelt, zugleich aber um einen materiell-rechtlichen Verstoß gegen § 387 BGB (Reichsgericht und Bundesgerichtshof aaO).

III. ..

Auf die Revision war daher das Berufungsurteil unter Zurückweisung des Rechtsmittels im übrigen aufzuheben, soweit der Anspruch auf Überbaurente in Höhe eines Betrages von 200 DM ~~100~~ nebst Zinsen abgewiesen worden ist. Im Umfang der Aufhebung war die Sache an das Berufungsgericht zur erneuten Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen. Soweit die

Kläger bereits endgültig unterlegen sind, nämlich zu nur 17/18 konnten ihnen die Kosten, auch der Revision, schon jetzt auferlegt werden, im übrigen war die Entscheidung über die Kosten dem Berufungsgericht zu übertragen.

Dr. Tasche

Dr. Hückinghaus

Schuster

Rothe

Bundesrichter Dr. Freitag
ist durch Urlaubsabwesen-
heit an der Unterschrift
verhindert.

Dr. Tasche