

Verkündet am 25. September 1957
[REDACTED], Justizobersekretär als
Urkundsbeamter der Geschäfts-
stelle

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

In dem Rechtsstreit

der Witwe Adelheid L [REDACTED], geborene von B [REDACTED],
M [REDACTED], K [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagte, Berufungsbeklagte, Revisionsklägerin
und Anschlußrevisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED]

gegen

die Stadtgemeinde W [REDACTED], vertreten durch den Rat,
dieser vertreten durch den Oberstadtdirektor,

Klägerin, Berufungsklägerin, Revisionsbeklagte
und Anschlußrevisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 25. September 1957 unter Mit-
wirkung des Senatspräsidenten Dr. Tasche und der Bun-
desrichter Schuster, Dr. Oechßler, Dr. Rothe und Dr. Freitag
für Recht erkannt:

Auf die Revision wird das Urteil des 5. Zivil-
senats des Oberlandesgerichts Hamm/Westfalen vom
8. Juli 1955 insoweit aufgehoben, als es die Be-
klagte verurteilt hat: Die Berufung der Klägerin
gegen das Urteil der 6. Zivilkammer des Landgerichts
in Bochum vom 12. Juli 1954 wird in vollen Umfang
zurückgewiesen.

Die Anschlußrevision wird zurückgewiesen.
Die Klägerin hat die Kosten des Berufungs-
und des Revisionsverfahrens zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte ist Eigentümerin eines in W[REDACTED] gelegenen Eckgrundstücks. Es handelt sich um einen auf die Beklagte übergegangenen alten Familienbesitz ihres im Verlauf des gegenwärtigen Prozesses verstorbenen Ehemannes. An der Ostseite verläuft die Straße Bodenborn, an der Südseite die in diese mündende Alte Straße. Die Besitzung ist zu diesen Straßen mit einer massiven Mauer aus Bruchsteinen eingefriedigt. Der Zeitpunkt der Errichtung der Mauer ist unter den Parteien streitig. Sie stand jedoch unstreitig bereits im Jahre 1881.

Die Straße Bodenborn, früher Witten-Elberfelder Chaussee, jetzt Bundesstraße 235, verläuft u.a. über die Parzelle [REDACTED], Gemarkung B[REDACTED], Flur 4, die aus der im Rechnungsjahr 1873 gebildeten Parzelle [REDACTED] hervorgegangen ist. Als Eigentümerin dieser Parzelle ist der Provinzialverband der Provinz Westfalen - jetzt Landschaftsverband Westfalen-Lippe - im Grundbuch eingetragen. Diese Parzelle ist erstmals im Jahre 1883 auf Grund einer Bescheinigung des Amtmanns von We[REDACTED] vom 6. Juli 1883 in Grundbuch eingetragen worden. In der Bescheinigung heißt es wörtlich: "Es wird hiernit amtlich bescheinigt, daß der Kommunalverband der Provinz Westfalen die bezeichneten Parzellen (darunter die Parzellen [REDACTED] und [REDACTED]) mit seinem Vorbesitzer derselben, dem Fiscus, über 10 Jahre lang besessen hat."

Die Teile der Parzelle 1 und [REDACTED] der Beklagten : mit einer Gesamtfläche von 65 qm, die, von ihrem Grundbesitz aus gesehen, jenseits der auf demselben errichte-

ten Mauer liegen, bilden ebenfalls einen Teil der Straße Bodenborn.

Die Alte Straße wird u.a. von einem Teil der 27,40 ar großen Parzelle [REDACTED], die ebenfalls 1873 geschaffen wurde, gebildet. Als Eigentümerin dieser Parzelle ist die Klägerin im Grundbuch eingetragen. Auch diese Parzelle ist erstmals im Jahre 1883 ins Grundbuch übernommen worden, und zwar zunächst auf Grund der erwähnten Bescheinigung vom 6. Juni 1883 irrtümlicherweise als Eigentum des Provinzialverbandes, im Jahre 1897 sodann als Eigentum der Gemeinde B [REDACTED]. Nach der Eingemeindung der Gemeinde B [REDACTED] ist die Parzelle im Jahre 1930 auf die Klägerin umgeschrieben worden.

Auf der linken und rechten Seite der Alten Straße liegen verschieden breite Landstreifen, die der Klägerin gehören und für eine etwa erforderlich werdende Erweiterung der Straße vorgesehen sind. Die Flächen werden von Anliegern gegen eine an die Klägerin zu zahlende Jahrespacht genutzt.

Die Klägerin hat behauptet: Die Rechtsvorgänger der Beklagten hätten Teile beider Straßenparzellen [REDACTED] (jetzt [REDACTED]) und [REDACTED] durch die Grundstücksmauer mit eingefriedigt und widerrechtlich in Besitz genommen. Der richtige Verlauf der Grenzen zwischen den Straßenparzellen und dem Grundstück der Beklagten sei erst im Jahre 1950 durch Vermessung bei Anlegung eines neuen Fluchtlinienplanes festgestellt worden. Sie hat ferner behauptet, die Rechtsvorgänger der Beklagten hätten für die Benutzung für Straßengelände an der Alten Straße an sie Anerkennungsgeldern bezahlt.



Sie hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, den von ihr benutzten etwa 360 qm großen Teil des Grundstücks Gemarkung B[REDACTED], Flur 4, Flurstück [REDACTED] sowie den ebenfalls von ihr genutzten etwa 250 qm großen Teil des Grundstücks Flur 4, Flurstück [REDACTED] sofort zu räumen und an die Klägerin herauszugeben.

Die Beklagte hat beantragt,
die Klage abzuweisen.

Sie hat die Zahlung von Anerkennungsgebühren für die hier streitigen Parzellen bestritten und behauptet, die Grenzen der Parzellen verliefen außerhalb der Einfriedigungsmauer ihres Grundstücks.

Sie meint, selbst wenn der von der Klägerin behauptete Grenzverlauf richtig sei, könne diese die Grundstücksteile nicht herausverlangen. Die Grundstücksmauer sei in den Jahren um 1835 errichtet worden. Um diese Zeit sei die jetzige Straße Bodenborn ausgebaut worden. Es liege auf der Hand, daß ein Hof wie der ihrige nicht habe frei liegen gelassen werden können, sondern bereits zu jener Zeit mit der heute noch vorhandenen Mauer umschlossen worden sei. Im Zuge des Ausbaues der Straße hätten ihre Rechtsvorgänger Land für Begradigung und Erweiterung der Straße abgegeben. Es sei daher anzunehmen, daß ihnen dafür die streitigen Teilflächen abgetreten worden seien. Derartige Abtretungen seien in der damaligen Zeit ohne Beachtung besonderer Formvorschriften üblich gewesen.

Außerdem seien die herausverlangten Parzellen auf Grund des seit 1837 ununterbrochen bestehenden gutgläubigen Eigenbesitzes ihrer Rechtsvorgänger auf jeden Fall ersessen worden, zum mindesten aber eine zum Besitz und zur Nutzung berechtigende Grunddienstbarkeit.

Die Beklagte ist darüber hinaus der Ansicht, daß etwaige Herausgabeansprüche verwirkt seien. Die Klägerin habe die Errichtung der Mauer und den dadurch geschaffenen Besitzstand widerspruchsflos geduldet und auch später bis 1950 keinen Widerspruch eingelegt, obwohl sie laufend Gelegenheit und auch Veranlassung dazu gehabt habe.

Die Klägerin ist dem Vorbringen der Beklagten entgegengetreten und meint: Es liege nahe, daß die hier streitige Mauer früher nur Böschungsmauer gewesen sei und daß das durch diese Mauer abgestützte Böschungsgelände zu dem Straßenland gehöre.

Das Landgericht hat über die Frage, ob das Flurstück [REDACTED] sich um 360 qm und das Flurstück [REDACTED] sich um 260 qm über die Umfriedungsmauer des Grundstücks der Beklagten hinaus erstrecke, Beweis durch Einholung eines Gutachtens des Sachverständigen Böhler erhoben. Es hat sodann die Klage wegen Verwirkung des Herausgabeanspruchs abgewiesen.

Gegen das Urteil hat die Klägerin Berufung eingelegt und ihre Ansprüche weiter verfolgt. Sie hat geltend gemacht, Verwirkung liege nicht vor, und in tatsächlicher Hinsicht noch vorgetragen; Durch den Ausbau des Bodenborn in den 30iger Jahren des 19. Jahrhunderts sei der Verlauf der Straße sowie der Alten Straße im Bereich der Besitzung

der Beklagten geändert worden. Hierdurch sei die tatsächliche Straßengrenze, deren Abschluß der Graben gebildet habe, von der rechtlichen Eigentumsgrenze abgerückt. Das sei geschehen, um einen gradlinigen Verlauf der Straße Bodenborn zu erzielen. Ein Rechtsvorgänger der Beklagten habe dann später die Mauer entlang der örtlichen Straßengrenze errichtet, ohne jedoch das Eigentum an den nicht mehr für die Straße benötigten Flächen zu erwerben.

Die Beklagte hat die Zurückweisung der Berufung beantragt, hilfsweise, die Verurteilung zur Herausgabe der Parzellenteile nur Zug um Zug gegen Herausgabe der ihr gehörenden Teile der Parzellen 1 und 239/2 auszusprechen, die zur Begradigung der Straße Bodenborn Verwendung gefunden haben.

Das Berufungsgericht hat der Klage stattgegeben soweit der Klageanspruch das Flurstück [REDACTED] (Bodenborn) betraf, im übrigen (hinsichtlich des Flurstücks [REDACTED] Alte Straße) hat es die Berufung zurückgewiesen.

Die Beklagte hat gegen das am 2. Oktober 1955 zugestellte Berufungsurteil Revision eingelegt, die Klägerin am letzten Tage der bis 10. Januar 1956 verlängerten Revisionsbegründungsfrist Anschlußrevision.

Die Beklagte erstrebt die Wiederherstellung des voll klagabweisenden landgerichtlichen Urteils, die Klägerin beantragt Verurteilung der Beklagten auch hinsichtlich des Teilstücks aus der Parzelle [REDACTED]. Beide Parteien bitten um Zurückweisung des Rechtsmittels des Gegners.

Entscheidungsgründe:

A.

Das Oberlandesgericht führt in den Entscheidungsgründen seines Urteils aus:

1. Die Klägerin besitze nicht nur für das auf sie eingetragene Grundstück, sondern auch für die Parzelle [REDACTED] die Klagebefugnis. Sie sei nach dem Gesetz vom 26. März 1934 über die einstweilige Neuregelung des Straßenwesens und der Straßenbauverwaltung (RGBl I 243) in Verbindung mit § 17 der DVO vom 17. Dezember 1934 (RGBl I 1237) Trägerin der Straßenbaulast der Straße Bodenborn geworden. Ihr stehe nach § 3 des Gesetzes die Ausübung aller aus dem Eigentum an der Straße sich ergebenden Rechte und Pflichten zu. Sie sei aber auch zur Erhebung der Klage durch den Landschaftsverband Westfalen-Lippe und auch vom Finanzministerium des Landes Nordrhein-Westfalen ermächtigt worden, soweit es sich um Grundvermögen des früheren Landes Preußen handeln könne, das diesem nach Durchführung der Dotationsgesetze von 1873 verblieben sei und das jetzt auf das Land Nordrhein-Westfalen übergegangen sein würde. Da die Klägerin Trägerin der Straßenbaulast sei und damit ein eigenes Interesse an der Herausgabe der Straßenparzelle habe, bestünden gegen die Ermächtigung, die Ansprüche im eigenen Namen geltend zu machen, keine Bedenken.

2. Da die Klägerin für die Parzelle [REDACTED] und der Provinzialverband für die Parzelle [REDACTED] im Grundbuch als Eigentümer eingetragen seien, werde nach § 891 BGB vermutet, daß sie die wirklichen Eigentümer seien. Der Beklagten sei der Nachweis, daß diese Vermutung der wahren

Rechtslage hinsichtlich der Parzelle [REDACTED] nicht entsprechen, nicht gelungen. Allerdings seien schon z.Zt. der Eintragung des Provinzialverbandes und der Klägerin im Grundbuch (1883 und 1897) beide herausverlangten Parzellenteile unstreitig nicht im Besitz dieser Körperschaften gewesen (sondern, weil hinter der Mauer gelegen, im Besitz der Rechtsvorgänger der Beklagten). Insofern sei die Bescheinigung des Amtmanns von Wengern falsch gewesen. Diese unrichtige Darlegung des Besitzstandes reiche jedoch zur Widerlegung der Rechtsvermutung des § 891 BGB nicht aus, weil diese Vermutung sich auf das Bestehen des Rechts ohne Rücksicht darauf, wie es zur Eintragung gekommen sei, beziehe.

3. Nach dem Gutachten des Vermessungssachverständigen Böhler bestünden die hier in Frage kommenden Parzellen 1 und 2 (jetzt [REDACTED] des Grundstücks der Beklagten auch jetzt noch in ihrer durch die Katasterurkarte von 1823 ausgewiesenen Form und Größe fort. Außerdem gehöre nach eben diesem Gutachten der jetzt umfriedete Teil der Parzelle [REDACTED] nicht zu dem durch das Kataster und das Grundbuch ausgewiesenen Grundstück der Beklagten. Dieser Parzellenteil sei vielmehr bis 1836 ein Teil der Straße Witten-Schwelm gewesen, die entlang dem Grundstück der Beklagten verlaufen sei. Als die Straße Bodenborn im Jahre 1836 ausgebaut und begradigt worden sei, sei der streitige Parzellenteil als Straße aufgegeben worden. Die Beklagte behaupte zwar, ihre Rechtsvorgänger hätten den Parzellenteil im Austausch gegen eigenes Land, das zur Begradigung der Straße benötigt wurde, erworben. Konkrete Tatsachen für einen rechtsgeschäftlichen Erwerb könne die Beklagte jedoch nicht vortragen. Fest stehe lediglich, daß insgesamt 65 qm aus den Parzellen 1 und 2 des Gutes der Beklagten zur Begradigung der Straße verwendet worden seien.

Schon hierfür seien aber jedoch keine Rechtsgrundlagen auffindbar, noch weniger für einen Tausch, bei dem auch die für das Gut eingetauschte Fläche um ein Mehrfaches größer gewesen wäre. Für die 65 qm fehle auch die Abschreibung in der Mutterrolle der Gemeinde B. von 1839, die sich für ein anderes zur Straße abgegebenes Stück dagegen nachweisen lasse. Auffällig sei zwar, daß die Inbesitznahme durch die Rechtsvorgänger der Beklagten von Seiten des Provinzialverbandes seinerzeit und in der Folge nicht beanstandet worden sei, obwohl das in einigen anderen Fällen geschehen sei. Es sei aber möglich, daß die Inbesitznahme damals stillschweigend geduldet worden sei, weil man das Land nicht benötigt habe und die Überlassung nur vorübergehender Natur habe sein sollen. Es könne auch sein, daß die damals in Hagen befindliche Wegeverwaltung die Inbesitznahme gar nicht bemerkt habe oder später wieder vergessen habe. Sprächen somit zwar manche Umstände für einen Erwerb des Parzellenteils aus dem Flurstück durch Rechtsvorgänger der Beklagten, so handle es sich doch nur um Möglichkeiten und Vermutungen, die gegenüber § 891 BGB den erforderlichen vollen Beweis nicht lieferten.

Die Rechtsvorgänger der Beklagten oder diese selbst hätten, erwägt das Berufungsgericht weiter, den Parzellenteil auch nicht durch Verjährung erworben (ersessen), allerdings nicht deswegen, weil eine Straßenfläche nach dem Allgemeinen Landrecht (I 9 § 581, II 15 § 2) überhaupt nicht durch Verjährung zu Eigentum erworben werden können; denn das in Frage kommende Teilstück sei seit 1836 jedenfalls stillschweigend entwidmet gewesen. Damit sei das Verbot der Verfügung über die bisher dem bürger-

lichen Verkehr entzogene Grundfläche weggefallen gewesen, wie schon die Bestimmung II 15 § 20 ALR ergebe, nach der Grundeigentümer, die Land zur Straße abtreten müssen, in erster Linie durch nicht mehr benötigtes bisheriges Straßenland entschädigt werden sollen.

Die nach I 9 § 629 ALR gegen öffentliche Körperschaften erforderliche Verjährungs- (Ersitzungs-)zeit von 44 Jahren hätte jedoch zur Zeit der Eintragung im Grundbuch, die hier im Jahre 1883 erfolgt sei, vollendet sein müssen, da nach § 6 des Preussischen Gesetzes über den Eigentumserwerb an Grundstücken vom 5. Mai 1872 (GS 433) eine Ersitzung gegen den eingetragenen Eigentümer nicht stattgefunden habe. Die Beklagte habe aber den erforderlichen Beweis, daß ein Rechtsvorgänger von ihr spätestens im Jahre 1839 Besitz von der Teilparzelle ergriffen habe, nicht erbracht. Sie habe behauptet, nach der Familienüberlieferung sei das Wohnhaus 1848 erbaut und gleichzeitig der Park angelegt worden. Diese Behauptung werde, fährt das Berufungsgericht fort, gestützt durch eine Anzahl von Bäumen auf der Teilparzelle, die bis 100 Jahre alt seien, so eine Akazie, deren Alter 80 bis 100 Jahre betragen könne, und eines Ahornbaumes, der 70 Jahre alt sei. Diese Bäume müßten um jene Zeit dort angepflanzt sein. Es spreche sehr viel dafür, daß gleichzeitig mit der Anlegung des Parkes auch die Mauer errichtet worden sei, womit dann die Besitzergreifung zusammenfalle. Die spätere Behauptung der Beklagten, die Besitzergreifung sei schon in das Jahr 1836 zu verlegen, stütze sich lediglich auf Vermutungen. Es könne daher nur von einer Besitzergreifung im Jahre 1848 ausgegangen werden, die zu einem Erwerb des Eigentums durch Verjährung wegen der Eintragung nicht mehr haben führen können.

Auch der Erwerb einer Grunddienstbarkeit durch die Rechtsvorgänger der Beklagten komme nicht in Betracht, da es angesichts des nach dem Vorbringen der Beklagten bestehenden Eigenbesitzes an dem Willen ihrer Rechtsvorgänger, ein Recht an einem fremden Grundstück auszuüben, gefehlt habe.

Endlich sei der Herausgabeanspruch auch nicht verwirkt. Die Verwirkung greife dann Platz, wenn der Gläubiger den Anspruch so lange nicht geltend mache, daß der Schuldner in berechtigter Weise annehmen könne, ein Anspruch habe entweder nicht bestanden oder werde doch nicht mehr geltend gemacht werden und wenn eben deswegen unter Berücksichtigung der Rechtslage auf beiden Seiten dem Schuldner nach Treu und Glauben eine Leistung nicht mehr zugemutet werden könne. Bloße Untätigkeit des Berechtigten genüge nicht, es bedürfe auch eines eigenen Tuns des Berechtigten, das den Schuldner zur Annahme berechtige, der Anspruch werde nicht mehr geltend gemacht. Ob dingliche Ansprüche überhaupt verwirkt werden könnten, könne dahingestellt bleiben. Bei Ansprüchen aus eingetragenen Rechten seien jedenfalls besonders strenge Anforderungen zu stellen. Bereits durch das Eingetragensein schütze sich der Eigentümer gegen das Begehren anderer, ihm die Eigentumsrechte zu nehmen, da er annehmen könne, daß diese sich durch Einsicht ins Grundbuch jederzeit über den Rechtszustand unterrichten könnten. Da nichts Gegenteiliges erwiesen sei, müsse davon ausgegangen werden, daß sich ein Rechtsvorgänger der Beklagten ohne Wissen des Eigentümers in den Besitz der Teilparzelle gesetzt habe. Die Klägerin und der Provinzialverband hätten nichts unternommen, aus dem die Beklagte oder ihr Rechtsvorgänger zu schließen berechtigt

gewesen wären, sie würden die Besitznahme dulden. Der Eigentümer brauche nicht nach längerer oder kürzerer Zeit durch Messungen zu überprüfen, ob sein Besitzstand nicht mittlerweile geschmälert worden sei. Es seien Messungen im Straßennetz, wie nicht anders zu erwarten, nur da vorgenommen worden, wo solche notwendig geworden seien. Wenn Messungen an der Stelle des Zusammenstoßes der Straße Bodenborn und der Alten Straße unterblieben seien, könne die Beklagte daher nichts daraus gegen die Klägerin herleiten. Außerdem sei die Straßenverwaltung lange Zeit von Hagen aus ausgeübt worden, so daß viele Vorgänge an der Straße dem berechtigten Eigentümer hätten unbekannt bleiben müssen. Andererseits seien die Beklagte und ihre Rechtsvorgänger durch Einsicht in die Katasterunterlagen und das Grundbuch in der Lage gewesen, eine Klärung herbeizuführen. Auch die Errichtung der Mauer ändere daran nichts. Eine Erklärung des Einverständnisses mit der Besitznahme gehe aus einem Bau ohne Beanstandung vielleicht bei leicht übersehbaren Verhältnissen, etwa zwischen Nachbarn bewohnter Grundstücke, hervor. Einem Straßeneigentümer könne man aber nicht zumuten, jedes Mal wenn ein Anlieger baue, zu überprüfen, ob dieser nicht über die Grenze gebaut habe.

4. Hinsichtlich des Parzellenteils aus dem Grundstück [REDACTED] sei das Herausgabebegehren dagegen unbegründet, weil die Rechtsvorgänger der Beklagten diesen Parzellenteil rechtswirksam ersessen hätten. Die Art und Weise des Aufbaues der Gutsmauer zeige, daß sie in einem Zuge errichtet worden sei, und zwar an beiden Straßen. Daraus müsse geschlossen werden, daß sie gleichzeitig mit der Anlegung des Parkes im Jahre 1848 hochgezogen worden sei. Darin habe die Besitzergreifung hinsichtlich der

hinter der Mauer befindlichen Parzellenteile gelegen. Daß sie böswillig erfolgt sei, werde nicht behauptet und auch nicht vermutet. Allerdings sei auch die Parzelle 178/03 im Jahre 1883 ins Grundbuch übernommen worden. Es sei jedoch als Eigentümer nicht die Klägerin, sondern der Provinzialverband eingetragen worden. Diese Eintragung habe dem Verband kein Eigentum verschafft, es sei bei der Klägerin verblieben. Die Eintragung ins Grundbuch als solche habe die Ersitzung nach § 6 des Eigentumserwerbsgesetzes aber nicht unmöglich gemacht, vielmehr habe diese Bestimmung lediglich den eingetragenen (wirklichen) Eigentümer vor Verlust durch Ersitzung geschützt (RGZ 27, 202). Die Ersitzung gegen die Klägerin sei daher schon vollendet gewesen, als sie 1897 als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen worden sei. Zu Grunde habe der Eintragung zwar eine Auflassung gelegen, die aber ohne Eigentumsverschaffungswillen lediglich zu Berichtigungszwecken erklärt worden sei. Die Klägerin sei auch nicht Rechtsnachfolgerin des Provinzialverbandes gewesen, da sie bis zur Vollendung der Ersitzung selbst Eigentümerin gewesen sei.

Die Behauptung der Klägerin, die Beklagte oder ihre Rechtsvorgänger hätten ihr für die Teilparzelle eine Anerkennungspacht gezahlt, sei nicht erwiesen. Die Beklagte habe das bestritten, und nach einem Schreiben der Klägerin vom 15. Mai 1930 an den Ehegatten der Beklagten habe sich die Anerkennungsgebühr auf eine andere Fläche an der Alten Straße bezogen. Eine Akte über die Zahlungen habe die Klägerin nicht auffinden können, ebenso keine anderen Unterlagen. Sie sei demnach für ihre Behauptung beweisfällig geblieben.

Die Rechtsvermutung des § 891 BGB sei nach alledem für diesen Parzellenteil widerlegt und die Klage zu Recht abgewiesen.

5. Hinsichtlich des herauszugebenden Parzellenteils bestehe für die Beklagte kein Zurückbehaltungsrecht, weil, solange die Widmung bestehe, auch die 65 der Beklagten gehörenden Quadratmeter der Straße nicht an sie herausgegeben werden könnten.

B.

Gegen die Ausführungen des Berufungsgerichts über die Sachbefugnis der Klägerin sind im Revisionsrechtzug keine Einwendungen erhoben. Sie sind auch im Ergebnis nicht zu beanstanden. Zwar war das Gesetz über die einstweilige Neuregelung des Straßenwesens und der Straßenverwaltung vom 26. März 1934 schon zur Zeit der Erlassung des Berufungsurteils durch § 25 Abs. 2 Nr. 1 des Bundesfernstraßengesetzes (FStrG) vom 6. August 1953 (BGBl I 903) aufgehoben. Doch hat sich an der Straßenbaulast der Klägerin für die im Zuge der Bundesstraße 235 liegende Ortsdurchfahrt und an ihrer Berechtigung, mit der Straße im Zusammenhang stehende Rechte und Pflichten geltend zu machen, nach § 5 Abs. 2 und § 6 Abs. 1 FStrG nichts geändert.

I.

Zur Anschlußrevision:

1. Es trifft nicht zu, daß, wie die Anschlußrevision meint, an dem hinter der Mauer liegenden Teil der Parzelle [REDACTED] (Alte Straße) eine Ersitzung nicht mög-

lich war, weil es sich um Straßenland gehandelt habe. Den Ausführungen des Berufungsgerichts darüber, daß der dem öffentlichen Interesse dienende Zweck einer Straße der Grund dafür war, daß sie nach dem Allgemeinen Landrecht (II 15 § 2) dem bürgerlichen Rechtsverkehr entzogen war, mit der Folge, daß nach I 9 § 581 ALR an dem Weg keine Ersitzung möglich war, ist zuzustimmen. Der Anschlußrevision ist zuzugeben, daß es Sache der Beklagten war, in der Vorinstanz die tatsächlichen Voraussetzungen der Ersitzung darzutun. Des Nachweises eines ausdrücklichen einzelnen Verwaltungsaktes der Entwidmung des hier in Frage kommenden Teilstücks der Alten Straße bedurfte es im Gegensatz zur Auffassung der Anschlußrevision aber nicht, da eine stillschweigende Entwicklung mindestens für den hier in Betracht kommenden Zeitpunkt (1836, für später siehe § 57 des Preussischen Zuständigkeitsgesetzes vom 1.8.1883 GS 237) möglich war (Dernburg, Die allgemeinen Lehren und das Sachenrecht des Privatrechts Preußens und des Reichs 5. Aufl. 1894 § 67 Nr. 2 S. 138; Germershausen/Seydel, Wegerecht und Wegeverwaltung in Preußen S. 162/163) und das Berufungsgericht feststellt, daß das Teilstück schon im Jahre 1848 von den Rechtsvorgängern der Beklagten durch Ziehen der Mauer in Besitz genommen worden ist, somit zum Straßengelände nicht mehr gehört haben kann. (Über den Zeitpunkt der Mauererrichtung im einzelnen siehe unten unter Nr. 3).

2. Die Anschlußrevision bemängelt die Ausführung des Berufungsgerichts, für die Ersitzung (des Teilstücks aus der Parzelle [REDACTED]) sei Bösgläubigkeit von der Klägerin nicht behauptet. Dieser Ausgangspunkt werde dem Prozeßstoff nicht gerecht, weil die Klägerin in ihrem Schriftsatz vom 23. Juni 1954, dessen Inhalt nach dem Tatbestand

des Berufungsurteils vorgetragen worden ist, dargelegt habe, daß der Rechtsvorgänger der Beklagten das fragliche Teilstück nicht redlich in Besitz genommen haben könne. Dieser Angriff geht aber deswegen fehl, weil an der angegebenen Stelle die Klägerin lediglich darzulegen versucht, daß der Rechtsvorgänger von dem Teilstück objektiv nicht rechtmäßig, insbesondere nicht auf Grund eines Kaufes oder Tausches, Besitz ergriffen haben könne. Die - erst in der Revisionsinstanz gebrachte - Erwägung, der zeitlich geringe Abstand zwischen dem Straßenumbau von 1836/37 und der von der Beklagten ins Jahr 1848 verlegten Errichtung der Mauer lasse eine redliche Besitznahme als ausgeschlossen erscheinen, da die früheren Eigentumsverhältnisse (frühere Zugehörigkeit zur Straße) noch bekannt/^{gewesen} sein müßten, würde keinen Beweis des ersten Anscheins bedeuten, wie die Anschlußrevision meint.

3. Unbegründet ist auch der Vorwurf, für die Vollen-
dung der nach I 9 § 629 ALR gegen eine öffentliche Kör-
perschaft erforderlichen 44-jährigen Ersitzungszeit ha-
be der Berufungsrichter nicht die nötigen tatsächlichen
Feststellungen getroffen. Die Entscheidungsgründe des
Berufungsurteils befassen sich an zwei Stellen mit dem
Zeitpunkt der Errichtung der Mauer, der notwendigerwei-
se die Besitzergreifung durch den Rechtsvorgänger dar-
stellte: Einmal bei der Frage der Ersitzung des Teil-
stücks aus Parzelle 913/020 (S. 14 und 15) und sodann
(S. 19) bei der Behandlung der Ersitzung des Teilstücks
aus Parzelle [REDACTED]. Richtig ist, daß für das Ergebnis
der Untersuchung des Berufungsgerichts bezüglich des
ersten Teilstücks - keine Ersitzung - es genüge, fest-
zustellen, daß die Besitzergreifung frühestens im Jahre
1848, wie die Beklagte zunächst behauptet hatte, erfolgt
sei, weil dann bis 1883 (Eintragung des Verbandes im

Grundbuch) die Ersitzungszeit nicht mehr abgelaufen war. Damit ist aber nicht gesagt, daß der Berufsrichter an jener ersten Stelle keine Feststellung des Mauerbaues auf das Jahr 1848 getroffen habe. Tatsächlich ergibt die genaue Betrachtung, daß er eine solche Feststellung getroffen hat. Das Gegenteil könnte wegen des wenig bestimmten Ausdruckes verfochten werden, "es spreche viel dafür", daß gleichzeitig mit der Anlage des Parks, den die Klägerin mit der Erbauung des Hauses in das Jahr 1848 verlegt hatte, auch die Mauer errichtet worden sei. Das Berufungsgericht fährt aber fort, die spätere das Jahr 1836 für die Errichtung der Mauer angegebende Darstellung der Beklagten stütze sich wiederum lediglich auf Vermutungen, die zum Beweis der Besitzergreifung in jener Zeit nicht ausreichten. Damit stellt der Berufsrichter diese letztere Behauptung in einen deutlichen Gegensatz zu der ursprünglichen das Jahr 1848 angehenden. Die tatsächliche Feststellung des Berufsrichters liegt dann schließlich in dem Satz, daß nur von einer Besitzergreifung im Jahre 1848 ausgegangen werden könne. Andernfalls hätte es "frühestens im Jahre 1848" heißen müssen. Die früheren "bloßen Vermutungen", die die Wendung "wiederum auf Vermutungen" andeutet, beziehen sich nicht auf das Jahr 1848, sondern auf die vom Berufungsgericht als nicht erwiesen betrachteten Behauptungen der Beklagten über einen Grundstücksflächentausch (S. 11, 12 des Berufungsurteils). Das Berufungsgericht konnte daher bei der zweiten Erörterung des Zeitpunkts der Mauererrichtung das Jahr 1848 zugrunde legen.

Es ist auch nicht richtig, daß diese Feststellung, wie die Anschlußrevision meint, auf greifbar irrigen

13

Berechnungen des Berufungsrichters beruhte. Die Anschlußrevision will dies daraus herleiten, daß das Berufungsgericht sagt, die Behauptung, der Park (mit der Mauererrichtung) sei 1848 angelegt worden, werde durch eine Anzahl Bäume gestützt, die teilweise bis 100 Jahre alt seien und von denen zwei 80 bis 100 und 70 Jahre alt seien. Der Sinn dieser Worte kann nicht sein, daß Mauererrichtung und Parkanlage mit der Pflanzung dieser Bäume zusammenfielen. Das Oberlandesgericht muß sich bewußt gewesen sein, daß selbst 100 Jahre erst bis 1855 zurückreichten. Gemeint ist offenbar, daß im Anschluß an die andern Parkanlagenarbeiten (Wege, Rasen, Beete etc.) die schwierige des Baumpflanzens gefolgt sein werde. In diesem Sinn sah das Berufungsgericht in dem Vorhandensein der Bäume eine für seine Überzeugung hinreichende Stützung der Behauptung des Beklagten, die Errichtung des Hauses, die Anlage des Parkes und die Erstellung der Mauer fielen in das Jahr 1848. Diese Beweismwürdigung ist aus Rechtsgründen nicht angreifbar.

4. Das Berufungsgericht hat auch nicht bei der Erörterung der Bedeutung der Anerkennungsgebühr für die Ersitzung der hier in Frage stehenden Teilfläche die Beweislast verkannt. Wenn die Klägerin, wie sie getan hat, behauptete, daß für die Benutzung der strittigen Teilfläche eine Anerkennungsgebühr gezahlt worden sei, so war es ihre Sache, das zu beweisen, nicht aber Sache der Beklagten, den Negativbeweis zu führen. Jedenfalls galt das dann, wenn ein Schreiben aus neuerer Zeit vorlag, nach dem das Stück aus der Alten Straße, für das bezahlt wurde, aus der Parzelle Flur IV [REDACTED] stammte und die Klägerin obendrein behauptete, sie habe bis 1950 von der

Benutzung des hier strittigen Teilstücks gar nichts gewußt. Der Einwand, die Klägerin habe das Schreiben vom 15. Mai 1930 nicht als richtig anerkannt, greift nicht durch. Ein ausdrückliches Anerkennen war nicht nötig. Es genügte, daß sie die Richtigkeit nicht bestritten hatte (Baumbach/Lauterbach ZPO 24. Aufl. § 404 Anm. 1). Unerfindlich ist, wieso das Berufungsgericht, wie die Anschlußrevision meint, verpflichtet gewesen sein sollte, die Klägerin zu befragen, ob sie nicht Beweis dafür antreten wolle, daß die Parzelle Flur IV Nr. [REDACTED] überhaupt nicht existiere.

Unbeachtlich ist in diesem Zusammenhang die erst im Schriftsatz vom 15. August 1957 von der Klägerin gebrachte Rüge, das Berufungsgericht habe die Klägerin hinsichtlich der Anerkennungsgebühr deswegen für beweisfällig erachtet, weil die Akten ihres Bauverwaltungsamtes, die in erster Instanz - nach dem Urteilstatbestand des Landgerichts zutreffend - Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren, dem Berufungsgericht vom Landgericht nicht vorgelegt worden seien. Denn diese Verfahrensrüge kann gemäß § 554 ZPO nach Ablauf der Revisionsbegründungsfrist nicht mehr erhoben werden. Übrigens ergeben die nunmehr vorliegenden Bauverwaltungsakten auch nur, daß die Anerkennungsgebühr für Flur IV Plan Nr. [REDACTED] gezahlt wurde, also auch nicht für ein Stück der hier in Frage kommenden Parzelle [REDACTED]. Außerdem fehlte es schon an jeder näheren Darlegung der Klägerin darüber, von wann an solche Anerkennungsgebühren gezahlt worden sein sollen, insbesondere ob das schon vor Ablauf der Verjährungszeit der Fall war.

5. Damit erweisen sich die sämtlichen Angriffe der Anschlußrevision als unbegründet. Da auch die weiter von Amts wegen vorzunehmende sachlich-rechtliche Prüfung keinen Rechtsirrtum zum Nachteil der Klägerin ergibt, war ihr Rechtsmittel zurückzuweisen.

II.

Zur Revision:

Ob die Angriffe der Revision gegen das Berufungsurteil begründet sind, kann dahingestellt bleiben; denn die unabhängig von den Angriffen der Revision vorzunehmende rechtliche Würdigung der unbestrittenen und der vom Berufungsgericht festgestellten Tatsachen ergibt, daß entgegen der Auffassung der Vorinstanz zugunsten der Beklagten die Ersitzung auch für das Teilstück aus der Parzelle [REDACTED] eingreift. Nach den oben unter I erörterten Feststellungen des Berufungsgerichts ist auch dieses Teilstück seit 1848 im Besitz der Rechtsvorgänger der Beklagten hinter der Mauer gewesen. Die Ersitzung scheitert aber nach der Meinung des Berufungsgerichts daran, daß vor Vollen dung der 44-jährigen Verjährungsfrist, nämlich schon 1883 der Provinzialverband Westfalen als Eigentümer im Grundbuch eingetragen wurde und nach § 6 des Eigentümerwerbsgesetzes von 1872 gegen den eingetragenen Eigentümer keine Ersitzung stattfindet. Dabei ist jedoch übersehen, daß nach der Feststellung des Berufungsgerichts das in Frage kommende Stück bereits im Jahre 1836 beim Straßenumbau entwidmet wurde (S. 13 Berufungsurteil). Es gehörte also gar nicht mehr zur Straße (vgl. auch Nr. I der Entscheidungsgründe des Berufungsurteils). Der Übergang des Eigentums an der Straße beruhte jedoch auf § 18 Abs. 2 des Ausführungs-

gesetzes vom 8. Juli 1875 zum Dotationsgesetz (GS 497), wonach (nur) das Eigentum an den bereits ausgebauten Staatschausseen auf die Verbände übergang. Das Eigentum an dem Teilstück war demnach bei Preußen verblieben. Zwar ist an der genannten Gesetzesstelle davon die Rede, daß das "Eigentum mit allen Nutzungen und Pertinenzen" übergehe. Doch handelte es sich bei einem solchen entwidmeten Teilstück nicht um eine Pertinenz, da nach dem Preußischen Allgemeinen Landrecht zwar Grundstücke Pertinenz (Zubehör) sein konnten, dafür aber es des Nachweises bedurfte, daß das Teilstück früher selbständig gewesen wäre und zur Straße geschlagen worden wäre (ALR I 2 §§ 43, 44; Dernburg aaO § 62 S. 129). Davon kann keine Rede sein. Somit war 44 Jahre nach der Besitzergreifung, d.h. bis 1892 der wahre Eigentümer des Teilstücks, Preußen, nicht im Grundbuch eingetragen, so daß sich trotz der Bestimmung des § 6 des Eigentumserwerbsgesetzes auch hier die Ersitzung vollenden konnte.

Damit erweist sich die Klage auch hinsichtlich des Teilstücks aus der Parzelle [REDACTED] als unbegründet. Der verurteilende Teil des Berufungsurteils war daher aufzuheben und die Berufung der Klägerin auch insoweit zurückzuweisen, ohne daß es der Erörterung der Frage bedurfte, ob die Klägerin, falls ihr oder dem Provinzialverband das Eigentum an dem Teilstück - wie nicht - zustünde, durch die Grundsätze von Treu und Glauben an der Geltendmachung des an sich dann bestehenden Herausgabeanspruchs gehindert wäre, wie das Landgericht angenommen hat.

C.

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 91 und
97 Abs. 2 ZPO.

Dr. Tasche

Schuster

Dr. Oechßler

Rothe

Dr. Freitag