

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V ZR 26/80

URTEIL

Verkündet am
22. Mai 1981
H i r t h ,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. des Landwirts Franz P [REDACTED],
S [REDACTED]straße, L [REDACTED] (O [REDACTED]).
2. der Landwirtin Elisabeth P [REDACTED] geb. M [REDACTED],
ebenda,

Beklagten und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

g e g e n

1. den Regierungsrat Walter R [REDACTED],
Im A [REDACTED] [REDACTED], T [REDACTED],
2. die Hausfrau Eva C [REDACTED] geb. R [REDACTED],
[REDACTED] Kings C [REDACTED], B [REDACTED] E [REDACTED] (En [REDACTED]),

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. Mai 1981 durch den Vorsitzenden Richter Hill und die Richter Dr. Thumm, Dr. Eckstein, Dr. Vogt und Dr. Räfle

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 14. Zivilsenats in Freiburg des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 21. Dezember 1979 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Parteien streiten um die Eintragung eines altrechtlichen Wegerechts als Grunddienstbarkeit.

Die Kläger sind je zur Hälfte Miteigentümer eines Anwesens auf dem S [REDACTED] der Gemeinde L [REDACTED] im Renchtal (Ortenaukreis Lgb. Nr. 105), dessen frühere Eigentümer Se [REDACTED] hießen. Das Gehöft liegt auf einem Bergvorsprung in einer Streusiedlung. Dort befinden sich außerdem das geschlossene Hofgut (Lgb. Nr. 271) von Franz und Maria M [REDACTED] (Kläger des Parallelverfahrens V ZR 28/80) und das Anwesen (Lgb. Nr. 106) von Hermann Se [REDACTED] (Kläger

- 3 -

des Parallelverfahrens V ZR 27/80). Talwärts liegt das Grundstück Lgb. Nr. 108/1, das zum Gesamtgut der Gütergemeinschaft der Beklagten gehört und Teil des geschlossenen Hofgutes S[REDACTED] Hof ist.

Der Hof von Franz und Maria M[REDACTED], der sogenannte K[REDACTED], wurde anlässlich der Heirat einer Catharina F[REDACTED] im Jahre 1758 geschaffen. Dazu wurden die Grundstücke vom unteren Fi[REDACTED], dem jetzigen Hof der Beklagten, abgetrennt. Das Gehöft von Hermann Se[REDACTED] ist mehr als 200 Jahre alt, das Anwesen der Kläger dieses Verfahrens etwas jünger. Diese beiden Gehöfte waren ursprünglich vereinigt. Sie wurden im Jahre 1836 getrennt und gehörten sodann zwei Brüdern Se[REDACTED], den "oberen" und "unteren" Se[REDACTED].

Die Kläger sind der Auffassung, ihre Rechtsvorgänger hätten ein altrechtliches Wegerecht als Grunddienstbarkeit erworben. Sie verlangen von den Beklagten die Bewilligung der Eintragung eines Wegerechts als Grunddienstbarkeit zu Lasten des Grundstücks Lgb. Nr. 108/1 und zugunsten der jeweiligen Eigentümer des Grundstücks Lgb. Nr. 105.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten - unter Klarstellung des Tenors zum Umfang des Wegerechts - zurückgewiesen. Mit der zugelassenen Revision verfolgen die Beklagten ihren Antrag auf Klageabweisung weiter; die Kläger beantragen, das Rechtsmittel zurückzuweisen.



Entscheidungsgründe

Die Revision ist begründet und führt zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

Das Berufungsgericht erachtet das von den Klägern in Anspruch genommene Recht als unständige offene Dienstbarkeit im Sinne der Landrechtssätze (LRSS) 637, 686, 688 Abs. 3, 689 Abs. 2 des Badischen Landrechts vom 1. Januar 1810. Diese sei durch Vergünstigung im Sinne des LRS 691 Abs. 1 entstanden, eine verbindliche Willenserklärung, wodurch der Eigentümer einer Liegenschaft diese als dienendes Grundstück belaste und der Eigentümer des herrschenden Grundstücks die Dienstbarkeit erwerbe. Der Nachweis, daß eine Grunddienstbarkeit in dieser Weise entstanden sei, könne nicht nur durch den mit den gewöhnlichen Mitteln zu führenden Beweis des Erwerbsaktes (titre constitutif) erbracht werden, sondern auch über eine Anerkennung der Dienstbarkeit durch den Eigentümer des belasteten Grundstücks nach LRS 695 (titre récongnitif). Diese Anerkennung könne stillschweigend durch konkludente Handlungen erfolgen, was aber voraussetze, daß der Anerkennende wisse oder annehmen müsse, der Nachbar nehme mit den Ausübungshandlungen ein dauerndes Recht in Anspruch.

Das Berufungsgericht will an diesen Nachweis heute wegen des fortschreitenden zeitlichen Abstandes und der deshalb schwieriger gewordenen Beweislage für den Berechtigten keine allzu strengen Anforderungen mehr stellen. Unmittelbare Zeugen für die Geschehnisse aus der Zeit vor der Jahrhundertwende seien jedenfalls jetzt so gut wie nicht mehr vorhanden, und bei der Dauer der verflossenen Zeit von annähernd acht

Jahrzehnten fehle es auch an der Überlieferung der für eine Anerkennung im Sinne von LRS 695 von der Rechtsprechung verlangten Handlungen. Eine bloße Duldung reiche allerdings für den Beweis der Anerkennung nicht aus. Aus jahrzehntelanger Duldung könne aber in Verbindung mit sonstigen Indizien auf eine Anerkennung geschlossen werden. Davon abzugrenzen sei indessen die Möglichkeit, daß die damaligen Eigentümer das Recht nur in dem Bewußtsein zugelassen hätten, es jederzeit widerrufen zu können. Nach Auffassung des Berufungsgerichts haben die Kläger unter Anwendung dieser Grundsätze den Beweis der Anerkennung geführt. Auf andere Erwerbsarten müsse daher nicht eingegangen werden.

II.

1. Rechtsfehlerhaft sind die Ausführungen des Berufungsgerichts über die Grundsätze der Beweisführung, weil es unzulässigerweise im vorliegenden Fall an den Nachweis der sogenannten Anerkennung geringere Anforderungen stellen will als sonst im Zivilprozeß (§ 286 ZPO). Streitigkeiten über den Bestand altrechtlicher Dienstbarkeiten bilden nämlich keine Ausnahme. Allein der Umstand, daß sich die Kläger oder ihre Rechtsvorgänger gegenüber den Beweisschwierigkeiten, die notwendig mit dem zunehmenden zeitlichen Abstand von den rechtserheblichen Entstehungstatsachen einer Grunddienstbarkeit verbunden sind, nicht gesichert haben (urkundliche Niederlegung, Grundbucheintragung), kann nicht dazu führen, von den allgemein gültigen Beweisregeln abzuweichen. Danach muß der Tatrichter aufgrund des Beweisergebnisses von der Wahrheit der beweisrelevanten Tatsache, hier dem Anerkenntnis, überzeugt sein. Andernfalls würden in unzulässiger Weise die Säumnisse des Beweispflichtigen gerade in dem Zeitpunkt

zu Lasten des Gegners ausschlagen, in dem diesem infolge Zeitablaufs keine Beweismittel mehr zur Verfügung stehen. Damit würden die geltenden Beweisregeln in ihr Gegenteil verkehrt (vgl. Senatsurteile vom 24. Juni 1964, V ZR 162/61 = WM 1964, 1027, 1030 und vom 22. März 1966, V ZR 140/63 S. 10, nicht veröffentlicht; Beschluß des BayVerfGH vom 3. Juni 1960, DNotZ 1961, 39, 41). Es ist nicht auszuschließen, daß die Überzeugungsbildung des Berufungsgerichts auf dem angeführten Rechtsverstoß beruht, was allein schon zur Aufhebung des Urteils und zur Zurückverweisung der Sache zwingt.

Damit ist nicht ausgeschlossen, daß das Berufungsgericht auf rechtlich richtiger Grundlage schon nach seinen bisherigen Feststellungen die nötige volle tatrichterliche Überzeugung gewinnt. Die festgestellten Indizien aus der Entstehungsgeschichte der Höfe und den örtlichen Verhältnissen, die den strittigen Weg als einzig brauchbaren Zugang zum Anwesen der Kläger ausweisen, der seit alters her (wohl nicht nur auf der Grundlage einer jederzeit widerruflichen Gestattung) auch zum Gehen und Befahren benutzt wurde, können die Schlußfolgerung auf eine stillschweigende Anerkennung rechtfertigen.

2. Sollte das Berufungsgericht die erforderliche Überzeugung nicht gewinnen können, wird es prüfen müssen, ob für das Grundstück der Kläger nicht schon vor dem Jahre 1810 eine Wegegerechtigkeit erworben wurde. Die Parteien werden dann Gelegenheit haben, zu diesem Gesichtspunkt tatsächlich und rechtlich Stellung zu nehmen (vgl. § 278 Abs. 3 ZPO).

a) Soweit der Senat feststellen konnte, galt für die hier einschlägigen Grundstücke im Bereich der Gemeinde Lautenbach jedenfalls vor dem Jahre 1803 hinsichtlich des Erwerbs von Grunddienstbarkeiten gemeines Recht. Lautenbach gehörte zum Oberamt Oberkirch, das bei der Neuordnung der Landesorganisation aus dem ehemaligen Hochstift Straßburg gebildet wurde, welches jedenfalls insoweit durch den Reichsdeputationshauptschluß vom 25. Februar 1803 an Baden fiel (vgl. Behaghel, Das badische bürgerliche Recht und der Code Napoleon, 1891, S. 8; Brauer, Kurfürstlich badische Landesorganisation in 13 Edikten mit Beilagen nebst Anhang enthaltend ein Verzeichnis aller Ortschaften, Höfe und Zinken der badischen alten und neuen Lande, Karlsruhe 1803, S. 137 i.V.m. Anhang S. 11; Schell, Das Hochstift Straßburg rechts des Rheins im Jahre 1802, Zeitschrift für Geschichte des Oberrheins neue Folge Band 48 S. 144; Bader, Die ehemals straßburgische Herrschaft Oberkirch, Badenia, 2. Jahrgang S. 221 Fn. 1; Topografisches Wörterbuch des Großherzogtums Baden 2. Band S. 39). Anders als in den badischen Stammlanden gab es in den neu an Baden gefallen Territorien keine geschlossene Zivilgesetzgebung (Behaghel aaO S. 9 ff). Da die badischen Besitznahmekommissäre angewiesen waren, sich möglichst bald genaue Kenntnis über die Entschädigungslande zu verschaffen, ist der Zustand des Hochstifts Straßburg rechts des Rheins am Ende seiner Reichsherrlichkeit insbesondere in Bezug auf Rechtsprechung und geltendes Zivilrecht sehr gut überliefert. Besondere Rechtsbücher gab es im Hochstift nicht. Abgesehen von besonderen "vorzüglichen Gewohnheiten mit Gesetzeskraft" auf Sondergebieten, die hier nicht einschlägig sind, hielt man sich an das gemeine Recht (Schell aaO S. 133, 145; Bader aaO S. 224).

b) Gemeinrechtlich konnten Grunddienstbarkeiten, insbesondere Geh- und Fahrtrechte, auch durch sogenannte Ersitzung erworben werden. Notwendig war eine zehn oder zwanzig Jahre lang dauernde ununterbrochene und ungestörte Ausübung, die nicht fehlerhaft gewesen sein durfte, d.h., die Ausübung mußte offen (*non clam*), ohne Widerspruch des Grundeigentümers (*non vi*) und nicht bloß aufgrund einer jederzeit widerruflichen Erlaubnis des Eigentümers (*non precario* = Bittleihe) geschehen. Waren die Besitzhandlungen, auf die der Kläger seine Ansprüche stützte, nicht an sich schon fehlerhaft, oblag es dem Beklagten, die Fehlerhaftigkeit darzulegen und zu beweisen. Sollte für die Ersitzung auch guter Glaube erforderlich gewesen sein, müßte die Unredlichkeit des Ersitzenden jedenfalls vom Eigentümer des in Anspruch genommenen Grundstücks dargelegt und bewiesen werden (vgl. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 1. Band, 7. Aufl. 1891, § 213 S. 641 ff; Roth, System des Deutschen Privatrechts, 3. Teil Sachenrecht, 1886, S. 384 ff; Holzschuher, Theorie und Cassuistik des gemeinen Civilrechts, 2. Band, 1857, S. 261 ff; Heilfron, Römisches Recht (Rechtsgeschichte und System des Privatrechts) als Grundlage des heutigen Rechts, 7. Aufl. 1920, S. 478; Kaser, Römisches Privatrecht, Ein Studienbuch, 3. Aufl. 1964, § 28 II b S. 111 i.V.m. § 25 III S. 100; Kipp, Das römische Recht, Berlin 1931, Teil II § 60 S. 225; Girard, Geschichte und System des römischen Rechts (*Manuel élémentaire de droit romain*) übersetzt durch R. von Mayr, Berlin 1908, S. 407/408). Dagegen war zur Ersitzung unständiger Servituten eine sogenannte unvor-denkliche Verjährung nicht erforderlich (RGZ 3, 210, 214).

Es bedarf keiner weiteren Ausführungen dazu, daß der Tatrichter auf der Grundlage der unter II 1 wiedergegebenen Feststellungen auch die Überzeugung von den Voraussetzungen einer gemeinrechtlichen Ersitzung gewinnen kann.

Eine etwa ersessene Dienstbarkeit würde bei Inkrafttreten des Badischen Landesrechts gemäß LRS 691 Abs. 2 fortgedauert haben. Diese Bestimmung läßt sich nicht nur so verstehen, daß sie sich allein auf die kraft "unfürdenklichen Besitzes" erworbenen Dienstbarkeiten bezieht, denn unvordenkliche Verjährung war zum Erwerb einer Dienstbarkeit nach gemeinem Recht nicht erforderlich (RGZ 3, 210, 214), und LRS 691 Abs. 2 hebt nur auf den "verjährten Besitz" bei Verkündung des badischen Landrechts ab (vgl. auch Kah, Das badische Landrecht notiert nach Entscheidungen der badischen Gerichtshöfe und der badischen Doctrin, 1860, S. 153).

Unschädlich wäre schließlich, daß das Anwesen der Kläger nach den Feststellungen des Berufungsgerichts erst im Jahre 1836 durch Abtrennung vom Gehöft des Sehlinger (vgl. Parallelverfahren V ZR 27/80) entstand, das seinerseits mehr als 200 Jahre alt ist, denn nach LRS 700 setzte sich eine Dienstbarkeit bei Teilung des herrschenden Grundstücks an jedem abgesonderten Teil fort (mit der Einschränkung

für die Ausübung, daß der Zustand des belasteten Grundstücks hierdurch nicht erschwert werden durfte).

VRiBGH Hill ist
beurlaubt und kann
infolgedessen nicht
unterschreiben.

Dr. Thumm

Dr. Eckstein

Dr. Thumm

Vogt

Räfle