

Für das Nachschlagewerk!
Nicht für die Amtliche Sammlung!

23.00.020 73

1. Gesetz: BGB §§ 2038, 744, 745
Rechtssatz: Der Wiederaufbau eines durch Kriegseinwirkung zerstörten Gebäudes, der über die Errichtung eines Behelfsbaues mit kurzer Lebensdauer hinaus geht, ist in der Regel weder eine zur Erhaltung eines Nachlaßgegenstandes oder eines sonstigen gemeinschaftlichen Gegenstandes notwendige, noch eine zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderliche Maßregel. Kein Teilhaber oder Miterbe ist daher berechtigt, einen solchen Bau ohne Mitwirkung oder Zustimmung der anderen auszuführen, noch verpflichtet, zu einer solchen Maßregel mitzuwirken oder sich einem entsprechenden Beschluß der Mehrheit der Teilhaber zu fügen.
2. Gesetz: BGB § 1004
Rechtssatz: "Störer" i.S. des § 1004 BGB ist nicht nur derjenige, der die Beeinträchtigung bewirkt hat, sondern auch - gegebenenfalls allein - derjenige, der eine störende Anlage hält und von dessen Willen ihre Beseitigung abhängig ist.
3. Gesetz: BGB §§ 985, 1004
Rechtssatz: Errichtet ein Fremder auf einem Grundstück eine störende Anlage, die mit Besitzentziehung verbunden ist, so kann der Eigentümer sowohl den Herausgabeanspruch wie auch den Anspruch auf Beseitigung der Störung erheben.

Aktenzeichen: V ZR. 35/54

Urteil des BGH vom 17. September 1954

OLG Köln

13

V ZR 35/54

Verkündet
am 17. September 1954
Hoffmeister, Just. Angest.
als Urkundsbeamter der Ge-
schäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s
I n d e m R e c h t s s t r e i t

des Metzgermeisters Jakob A. [REDACTED], Be- [REDACTED]
Gl. [REDACTED], Ha. [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers und
Revisionsklägers,

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

Streithelfer im ersten Rechtszug:

a) Metzgermeister Balthasar B. [REDACTED], K. [REDACTED]-[REDACTED],
N. [REDACTED]straße [REDACTED],

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] in [REDACTED]
[REDACTED], [REDACTED] [REDACTED] -

b) Land Nordrhein-Westfalen, vertreten durch den Finanz-
minister, dieser wiederum vertreten durch den Ober-
finanzpräsidenten in K. [REDACTED],

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED] und
[REDACTED] in [REDACTED], [REDACTED] [REDACTED] -

g e g e n

1. den Kurt Sch. [REDACTED], Br. [REDACTED], Boulevard S. [REDACTED] Re. [REDACTED],

2. die Witwe August Sch. [REDACTED], Helene geborene Ro. [REDACTED],
Br. [REDACTED], Avenue Eu. [REDACTED] P. [REDACTED],

2. den Manfred L. [REDACTED], Q. [REDACTED] Street, S.W. [REDACTED]
[REDACTED], DC, USA,

- in ungeteilter Erbgemeinschaft - sämtlich vertreten
durch ihre Verwalterin Frau Aenne R. [REDACTED], K. [REDACTED]-Bi. [REDACTED],
Am Ros. [REDACTED] [REDACTED] -

Kläger, Berufungsbeklagte und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 17. September 1954 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Tasche und der Bundesrichter Schuster,
Dr. Oechßler, Dr. Großmann und Dr. Spieler
für Recht erkannt:

- 2 -

13

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Köln vom 21. Dezember 1953 wird auf Kosten des Beklagten mit der Maßgabe zurückgewiesen,

- a) daß zu einer Vollstreckung des Anspruchs der Kläger auf Herausgabe des Grundstücks ~~W~~straße ~~in K~~ nach dem 30. September 1955 die Genehmigung der Devisenstelle erforderlich ist und
- b) daß die Vollstreckung des Anspruchs der Kläger auf Entfernung der Aufbauten auf diesem Grundstück von der etwa erforderlichen Abbruchgenehmigung gemäß der Verordnung über den Abbruch von Gebäuden vom 3. April 1937 (Reichsgesetzblatt Teil I Seite 440) abhängig ist.

Von Rechts wegen



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Die Kläger sind in ungeteilter Erbengemeinschaft Eigentümer des im Grundbuch von K. Bd 544 Bl 20629 eingetragenen Grundstücks M.straße (Kartenblatt 6 Parzelle 783/337). Das Grundstück ist 343 qm groß, war mit einem Wohnhaus und Geschäftsanlagen bebaut, die im letzten Kriege zu mehr als 60 v.H. zerstört wurden, und hatte in unzerstörtem Zustande einen Einheitswert von 69 700 RM.

Die Erbanteile der Kläger zu 1) und 2) waren in den Jahren 1942 bzw. 1944 aus "rassischen" Gründen enteignet worden. Demgemäß war das Deutsche Reich als Miteigentümer des Grundstücks im Grundbuche eingetragen worden. Der dritte Erbanteil, welcher der Witwe Klothilde L. geborene Sch. bis zu ihrem Tode am 25. November 1941 zustand und im Wege der Erbfolge auf den Kläger zu 3) überging, war dagegen von der Enteignung nicht betroffen worden.

Die enteigneten Anteile wurden zunächst vom Oberfinanzpräsidenten in K. und vom 1. Oktober 1949 an vom Kreisbeauftragten für gesperrtes Vermögen verwaltet. Im Wege der Rückerstattung wurden die Kläger zu 1) und 2) am 26. Februar 1951 wieder als Miteigentümer des Grundstücks im Grundbuche eingetragen.

An dieses Grundstück grenzt das Grundstück G.straße (Kartenblatt 6 Parzelle 784/337), deren Eigentümerin ebenfalls aus "rassischen" Gründen zugunsten des Deutschen Reiches enteignet worden war. Auf diesem Grundstück hatte die Firma Ka. und Ro. eine Metzgerei betrieben. Diese hatte dazu noch vom Grundstück der Kläger einen Teil gegen einen monatlichen Mietzins von 360 RM gemietet. Auf diesem waren Kellerräume und zu ebener Erde einige Geschäftsräume errichtet worden. Über diesen Grundstücksteil bestand ein schriftlicher Mietvertrag vom 22. September 1932. Auch diese wie die an der G.straße

gelegenen Baulichkeiten wurden im letzten Kriege im wesentlichen zerstört.

Der Oberfinanzpräsident in K. verwaltete für das Deutsche Reich auch dieses Nachbargrundstück und setzte dafür nach dem Kriege die Firma H.K. G. in K. als Treuhänderin ein.

Diese schloß am 21. Januar 1948 mit dem Streithelfer des Beklagten, dem Metzgermeister B., einen Miet- und Aufbauvertrag über das im Erdgeschoß des Hauses G. -straße gelegene Ladenlokal ("früheres Ladenlokal von K. und R."). B. errichtete sodann auf den Grundstücken G. -straße und M. -straße einen neuen Metzgereibetrieb mit einstöckigem Aufbau. Der Vertrag führt das Grundstück M. -straße, von dem B. etwa 200 qm in Anspruch nahm, nicht mit auf. Ebensowenig ist der mit 600 RM monatlich bemessene Mietzins auf die beiden Grundstücke aufgeschlüsselt. Zu diesem Vertrag wurde weder die Zustimmung der Militärregierung noch die des Klägers zu 3) eingeholt.

Hinsichtlich des Aufbaues bestimmt dieser Vertrag:

"Die Instandsetzung und der Wiederaufbau wird von dem Mieter durchgeführt. Er trägt die gesamten Kosten.

"Die Höhe des Betrages, mit dem sich Vermieterin gegebenenfalls an diesen Kosten beteiligt und die Art und Weise, wie eine Erstattung erfolgen soll, wird von dem Herrn Oberfinanzpräsidenten für beide Vertragspartner verbindlich festgesetzt."

Auf Grund dieser Bestimmung nimmt B. in Anspruch, einen vom Finanzbauamt K. ermittelten Teilbetrag von

32 100 DM seines Gesamtbauaufwandes von 65 800 DM hinsichtlich des Grundstücks M[REDACTED]straße [REDACTED] gegen ein vom 15. Februar 1949 an geschuldeten Mietzins von 360 DM monatlich verrechnen zu dürfen.

B[REDACTED] übertrug sodann seine Rechte und Pflichten aus dem vorstehenden Vertrag durch Übernahme- und Kaufvertrag vom 8. November 1950 auf den Beklagten. Dieser neue Vertrag führt als Gegenstand des Vertrags vom 21. Januar 1948 das "Ladenlokal nebst Nebenräumen in K[REDACTED], Gü[REDACTED]straße [REDACTED] und M[REDACTED]straße [REDACTED]" an. Der Beklagte will diesem Vertrage entsprechend B[REDACTED] die noch nicht verrechneten Aufbaukosten gezahlt und dafür von ihm die Ansprüche auf Erstattung im Verrechnungswege gegen das Deutsche Reich bzw. die Kläger und die Eigentümer des Grundstücks Gü[REDACTED]straße [REDACTED] abgetreten erhalten haben. Somit glaubt er als Mieter berechtigt zu sein, den betreffenden Teil des Grundstücks der Kläger zu besitzen und zu nutzen.

Die Kläger fordern dagegen vom Beklagten die Herausgabe des von ihm in Anspruch genommenen Teils ihres Grundstücks unter Entfernung der darauf errichteten Aufbauten sowie Zahlung einer Nutzungsentschädigung.

Sie ziehen in Zweifel, daß der Rechtsvorgänger B[REDACTED] des Beklagten über das Grundstück Gü[REDACTED]straße [REDACTED] einen wirksamen Mietvertrag geschlossen habe, und meinen, der von ihm mit der Firma H.K. G[REDACTED] am 21. Januar 1948 getätigte Vertrag beziehe sich keinesfalls auf ihr Grundstück M[REDACTED]straße [REDACTED]. Dazu verweisen sie in erster Linie auf den Wortlaut dieses Vertrages, der ihr Grundstück nicht erwähne. Ferner erblicken sie in dem Vertrag eine Verfügung über einen Nachlaßgegenstand, bei welcher der Kläger

zu 3) als Miteigentümer des Grundstücks nicht mitgewirkt habe. Außerdem berufen sie sich darauf, daß in Ansehung der übrigen Anteile die im Vertrag vorbehaltene Genehmigung des Oberfinanzpräsidenten fehle und die nach den Gesetzen Nr 52 und Nr 53 der Militärregierung erforderlichen Genehmigungen der Militärregierung nicht eingeholt seien. Somit meinen sie, der Beklagte sei ohne Rechtsgrund im Besitz eines Teils ihres Grundstücks und daher zu dessen Herausgabe verpflichtet.

Durch die von B. errichteten und vom Beklagten übernommenen Aufbauten sehen sie ihr Eigentum am Grundstück gestört. Dazu machen sie geltend, ihr Aufbauplan bezüglich des ganzen Grundstücks sei nach der Entscheidung des Bauaufsichtsamts der Stadt K. nur dann durchführbar, wenn die jetzigen Aufbauten beseitigt würden. Diese hätten also den Wert des Grundstücks nicht erhöht, sondern vermindert, weil sie seiner weiteren baulichen Ausnutzung entgegenstünden. Der Beklagte sei daher zur Beseitigung dieser störenden Anlagen verpflichtet.

Die Kläger sind weiter der Ansicht, der Beklagte müsse ihnen dafür, daß er ihr Grundstück unberechtigt nütze, mindestens seit 15. Dezember 1950 eine Entschädigung in Höhe des früher von der Firma Ka. und Ro. gezahlten Mietzinses von 360 RM = 360 DM leisten.

Demgemäß haben sie beantragt, den Beklagten zu verurteilen,

1. die von ihm benutzte Fläche des Grundstücks M. straße in K. an sie zu Händen der Verwalterin Frau Aenne R. herauszugeben,
2. die auf diesem Teil des Grundstücks errichteten Aufbauten zu entfernen,

3. ihnen 2 880 DM nebst 4 v.H. Zinsen seit den im einzelnen näher angegebenen Fälligkeitstagen der monatlichen Entschädigungsrate zu Händen der genannten Verwalterin zu zahlen.

Der Beklagte hat um Abweisung der Klage gebeten. Er meint zunächst, nach dem Willen der Vertragschließenden habe der Vertrag vom 21. Januar 1948 auch das Grundstück M. Straße in dem vormals von der Metzgerei Ka. und Ro. gemieteten Umfang umfaßt. Dazu verweist er auf die ausdrückliche Bezeichnung des Ladenlokals in der Vertragsurkunde. Weiter sieht er die von den Klägern vermißte Genehmigung des Oberfinanzpräsidenten K. zum Verträge als erteilt an und nimmt dazu auch auf dessen Aktenvorgänge Bezug. Ferner erblickt er in dem Miet- und Aufbauvertrag vom 21. Januar 1948 keine Verfügung über die Grundstücke, sondern eine Verwaltungsmaßnahme im Sinne des § 2038 BGB. Zu ihrer Vornahme hält er den Oberfinanzpräsidenten nach dem Mehrheitsgrundsatz allein für berechtigt, da er ja damals die Mehrheit der Anteile zu vertreten gehabt habe und der Kläger zu 3) bei einem Widerspruch überstimmt worden wäre. Im übrigen meint er, die Kläger seien mit B. Wiederaufbau und Ermietung eines Grundstücksteils durchaus einverstanden gewesen, was die Ehefrau des Klägers zu 1), der auch für seine Miterben immer federführend aufgetreten sei, bei einem Besuch in K. zum Ausdruck gebracht habe. Weiterhin ist er der Ansicht, der mit B. am 21. Januar 1948 geschlossene Vertrag habe der Wiederherstellung des alten Zustandes und damit der Erhaltung des Grundstückes gedient, habe deshalb einer einzelnen Sondergenehmigung der Militärregierung nicht bedurft, die zu derartigen Geschäften eine allgemeine Genehmigung erteilt habe, und sei später auch vom Kreisbeauftragten für gesperrtes Vermögen genehmigt worden.

Er ist auch der Ansicht, das Grundstück der Kläger sei um die Aufbauposten, die mit 32 100 DM auf M-straße entfielen, wertvoller geworden. Er meint, etwaige einer weiteren Bebauung des Grundstücks entgegenstehende Schwierigkeiten wegen der Vorschriften der Bauordnung der Stadt K ließen sich durch eine Ausnahmegenehmigung überwinden, deren Erteilung ja im öffentlichen Interesse zur Begegnung von Schadensersatzansprüchen gegen den Oberfinanzpräsidenten liege und gegebenenfalls im Aufsichtswege eingeholt werden müsse. In dem Verlangen der Kläger, die Aufbauten zu beseitigen, erblickt er einen rechtlich unbegründeten und wirtschaftlich nicht zu verantwortenden Versuch, geschaffene Bauwerte zu vernichten. Er beruft sich auf die Verordnung über den Abbruch von Gebäuden vom 3. April 1937 (RGBl I, 440) und § 15 des Landeswohnungsgesetzes des Landes Nordrhein-Westfalen vom 23. Januar 1950, welche der Beseitigung der Bauten entgegenstünden.

Den Zahlungsanspruch hält er für unbegründet, weil die Kläger bereits befriedigt seien. B habe seinen Anspruch auf Erstattung der Baukosten in Höhe von ursprünglich 32 100 DM, von denen durch Aufrechnung bisher erst etwa 5 400 DM getilgt seien, an ihn abgetreten, und er sei auf Grund seines Eintritts in den Vertrag vom 21. Januar 1948 auch an der im voraus vereinbarten Aufrechnung dieses Anspruchs gegen die einzelnen Mietzinsraten beteiligt.

Für den Fall, daß der Vertrag vom 21. Januar 1948 der Wirksamkeit entbehre, hält der Beklagte die Kläger für verpflichtet, ihm den bisher nicht getilgten Teil der 32 100 DM unter dem Gesichtspunkt notwendiger und nützlicher Verwendungen auf ihr Grundstück zu ersetzen, wobei er noch darauf hinweist, B habe notfalls die Geschäfte der Kläger ohne Auftrag geführt. Zur Herausgabe des Grundstücks hält er sich in jedem Falle nur gegen Erstattung dieser Baukosten für verpflichtet.

Die Kläger halten diese Auffassung des Beklagten für unzutreffend und sind dem Vortrag entgegengetreten, sie hätten selbst oder durch die Ehefrau des Klägers zu 1) dem Wiederaufbau B. zugestimmt.

Der Beklagte hat dem Metzgermeister B. den Streit verkündet, welcher dem Beklagten als Streithelfer beigetreten ist. B. hat seinerseits dem Lande Nordrhein-Westfalen den Streit verkündet, das sich ebenfalls dem Antrag des Beklagten angeschlossen hat.

Das Landgericht hat der Klage in vollem Umfange stattgegeben. Gegen dieses Urteil hat nur der Beklagte Berufung eingelegt. Die Streithelfer haben sich im zweiten Rechtszuge nicht mehr vertreten lassen.

Mit Teilurteil vom 21. Dezember 1953 hat das Berufungsgericht das Rechtsmittel des Beklagten hinsichtlich seiner Verurteilung zur Herausgabe des Grundstücksteils und zur Entfernung der Aufbauten zurückgewiesen.

Mit der Revision erstrebt der Beklagte die Abweisung dieser beiden Klaganträge (Nr 1 und 2), hilfsweise die Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

Die Kläger bitten, das Rechtsmittel zurückzuweisen. Hilfsweise erstreben sie diesen Erfolg mit der Maßgabe, daß die Vollstreckung des Urteils der zu entfernenden Aufbauten von der vorherigen Genehmigung der Baupolizeibehörde zu ihrem Abbruch abhängig sei, ganz hilfsweise aber, daß festgestellt werde, daß der Beklagte verpflichtet sei, die Aufbauten nach Erteilung der behördlichen Genehmigung gemäß Verordnung vom 3. April 1937 (über den Abbruch von Gebäuden) zu entfernen.

Entscheidungsgründe:

A.

(Herausgabeanspruch)

I.

1. Das Berufungsgericht billigt zwar die Ansicht des Landgerichts, aus den Vorgängen in den Akten des Oberfinanzpräsidenten K. R. 5 betr. das Grundstück M. -straße 1 ergebe sich überzeugend, daß sich der Mietvertrag vom 21. Januar 1948 schwerlich auch auf das Grundstück M. -straße 2 beziehe, vielmehr nur das Grundstück G. -straße 1 angehe. Indessen läßt es dahingestellt, ob der vom Beklagten angebotene Zeugenbeweis zur Feststellung führen könne, der Vertrag vom 21. Januar 1948 habe auch das Grundstück der Kläger mit umfassen sollen, und hält es diesen Vertrag in jedem Falle aus anderen rechtlichen Gründen nicht für und gegen die Kläger für wirksam.

2. Allerdings verneint das Berufungsgericht im Gegensatz zum Landgericht eine Nichtigkeit des Vertrags gemäß Art V Nr 7 MilRegGes Nr 52. Es erblickt zwar in dem Vertrag eine ganz besonders hart einschneidende Belastung der Kläger, welche die Eigentümer im Falle ihrer Bindung an ihn bis etwa zum Jahre 1964 ohne Mietzinseinnahmen lassen und der Gefahr aussetzen würde, das Grundstück wegen Nichtzahlung der Steuern und Lasten im Wege der Zwangsversteigerung zu verlieren. Es hält aber dieses Indiz dafür, daß wenigstens auf einer der Vertragsseiten die Absicht bestanden haben möge, die unbeschadete Rückgabe des Grundstücks an die rückerstattungsberechtigten Kläger zu vereiteln oder zu umgehen, nicht für ausreichend, dies positiv festzustellen. Es vermißt dazu den Vortrag weiterer Tatsachen seitens der Kläger, denen eine solche Absicht der Vertragschließenden entnommen werden könnte.

3. Das Berufungsgericht hält aber den Vertrag einmal wegen der fehlenden Mitwirkung des Klägers zu 3) für schlechthin unwirksam, zum anderen wegen Verstoßes sowohl gegen das Gesetz Nr 52 wie gegen das Gesetz Nr 53 der Militärregierung für zunächst schwebend unwirksam und nach Aufhebung der Sperre zufolge Rückgabe des Vermögens an die Kläger zu 1) und 2) für endgültig unwirksam.

a) Das Berufungsgericht weist zunächst auf das Fehlen einer Ermächtigung der Firma H.K. G. und des Oberfinanzpräsidenten zum Vertragsabschluß durch den gesamthänderisch mitbeteiligten Kläger zu 3) hin. Es läßt dahingestellt, ob die Überführung der Anteile der Kläger zu 1) und 2) auf das Deutsche Reich als Zwangsverfügung über einen einzelnen Nachlaßgegenstand nicht etwa schon im Hinblick auf § 2033 Abs 1 und 2 BGB unwirksam gewesen sei, und meint, in keinem Falle habe eine solche Übertragung etwas daran ändern können, daß die gesamthänderische Bindung der Beteiligten in der Rechtsform einer ungeteilten Erbengemeinschaft auch in der Folge bestehen geblieben sei. Daraus folgert es die Notwendigkeit der Mitwirkung sämtlicher Miterben (bzw. der an ihre Stelle Getretenen), also auch des Klägers zu 3), der nicht einmal gehört worden sei, beim Abschluß eines Aufbau- und Mietvertrags mit dem hier niedergelegten Inhalt. Dazu führt es aus:

Habe es sich hier wohl auch nicht um eine Verfügung im Rechtssinne des § 2040 BGB gehandelt, so doch in jedem Falle um eine Verwaltungsmaßnahme gemäß § 2038 Abs 1 BGB. Auch diese sei grundsätzlich dem gemeinsamen Handeln aller Miterben vorbehalten. Von einer Mitwirkung der übrigen Mitbeteiligten könne allerdings dann abgesehen werden, wenn eine zur Erhaltung des Nachlasses oder des Nachlaßgegenstandes notwendige Maßregel zu treffen sei. Für solche Fälle durchbreche das Gesetz in § 2038 Abs 1 Satz 2 Halbsatz 2 BGB

das Prinzip der gemeinsamen Verwaltung und räume dem einzelnen Miterben ein gewisses Notverpflichtungsrecht ein. Der Beklagte könne sich jedoch auf ein solches Recht des Oberfinanzpräsidenten als des damaligen Repräsentanten der auf das Deutsche Reich übertragenen Anteile nicht berufen. Denn der hier in Rede stehende Aufbau- und Mietvertrag falle nicht in den Kreis der "zur Erhaltung des Nachlasses oder des Nachlaßgegenstandes notwendigen Maßnahmen".

Der Aufbau- und Mietvertrag vom 21. Januar 1948 sei - jedenfalls in der hier gewählten Gestalt - nicht zur Erhaltung der Substanz des Grundstücks und auch nicht zur Erhaltung seines wirtschaftlichen Wertes notwendig gewesen. Das Grundstück habe bereits seit Jahren keinen aktiv arbeitenden Wert mehr dargestellt. Eine Vermietung oder Verpachtung der Grundstücksfläche ohne weitergehende Verpflichtungen der Eigentümer wäre unter diesen Umständen als eine Maßnahme zu werten gewesen, welche den wirtschaftlichen Wert des Grundstücks durch seine Wiederbelebung zu steigern geeignet gewesen sei, jedoch mangels besonderer Belastungen der Miterben allenfalls auch noch als "Erhaltungemaßnahme" hätte gelten können. Anderes gelte für den hier in Rede stehenden Aufbau- und Mietvertrag. Dieser greife nicht nur unorganisch in die Substanz des Grundstücks ein, indem er unter Außerachtlassung jeder Gesamtplanung nur einen Hofbau schaffe, sondern belaste darüber hinaus die Miterben mit einer unverhältnismäßigen Kostenlast, die ihnen für mehr als ein Jahrzehnt jede Bareinnahme aus dem bebauten Grundstücksteil verschließe. Diese Belastung gehe sogar so weit, daß die Erhaltung des Grundstücks für die Miterben gefährdet sei, weil sie, wie in der mündlichen Verhandlung unwidersprochen betont worden sei, aus dem Vertrage nicht einmal so viele Einnahmen zögen, daß damit die Lasten des Grundstücks gedeckt werden könnten.

Eine Maßnahme, die im Verhältnis zu dem Werte des Nachlaßgegenstandes erhebliche Verbindlichkeiten mit sich bringe, könne ferner auch nur dann als "notwendig" im Sinne des Gesetzes anerkannt werden, wenn die Zustimmung der übrigen Miterben nicht mehr hätte eingeholt werden können. Der Beklagte habe jedoch nichts darüber vorgetragen, aus welchem Grunde der Kläger zu 3) etwa nicht rechtzeitig hätte gehört werden können. Der Vertrag vom 21. Januar 1948 überschreite demnach die Grenzen, innerhalb deren die Firma H.K. G. als Treuhänderin nur eines der gesamthänderisch Beteiligten selbständig gemäß § 2038 Abs 1 BGB eine Verwaltungsmaßnahme wie den Abschluß des hier in Rede stehenden Aufbau- und Mietvertrages hätte tätigen können.

Der Beklagte könne sich auch nicht darauf berufen, der Kläger zu 3) wäre ohnehin zur Mitwirkung bei dem Abschluß des Vertrages verpflichtet gewesen, da er bei der Entscheidung über die zu treffende Maßnahme mit Rücksicht auf das Übergewicht der vom Oberfinanzpräsidenten verwalteten Anteile hätte überstimmt und zur Mitwirkung angehalten werden können. Denn der Kläger wäre zu einer Zustimmung gemäß § 2038 Abs 2 BGB nur dann verpflichtet gewesen, wenn es sich um eine Maßregel gehandelt hätte, die zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Grundstücks erforderlich gewesen sei. Auch dies sei hier jedoch nicht der Fall gewesen. Denn der hier geschlossene Aufbau- und Mietvertrag habe sich nicht im Rahmen einer ordnungsgemäßen Verwaltung gehalten, da er die berechtigten Interessen der Eigentümer völlig aufhebe und diesen durch die Sperrung jeglicher Bareinnahmen und, wie noch auszuführen sei, durch die Erschwerung einer Verwertung des Restgrundstücks die Erhaltung ihres Eigentums an dem Grundstück gefährde.

Hätte demnach die Firma H.K. G. ohne Zuziehen des Klägers zu 3) den Vertrag nicht für die Erbengemeinschaft

wirksam abschließen können und könnte der Kläger zu 3) auch nicht nachträglich angehalten werden, dem Vertrage zuzustimmen, so sei er für ihn nicht bindend geworden. Damit aber entfalle zugleich wegen des gesamthänderischen Charakters des Miteigentums der Kläger jegliche Bindung der Erbgemeinschaft an den Vertrag.

b) Für den Fall, daß sich der Vertrag vom 21. Januar 1948 in der Tat mit auf das Grundstück der Kläger beziehen sollte, sieht das Berufungsgericht in ihm einen Verstoß gegen Art I Nr 1 a, f, 2, Art II Nr 3 a, b MilRegGes Nr 52, wie der Beklagte selbst nicht leugnet. Dabei weist es die Ansicht des Beklagten zurück, der Vertrag sei durch Art III Nr 4 a, Art IV Nr 6 a MilRegGes Nr 52 gedeckt. Hierzu führt es im einzelnen aus:

Das Gesetz Nr 52 der Militärregierung bestimme aaO, daß alle Verwalter von gesperrten Vermögen im Sinne dieses Gesetzes dies nach den Weisungen der Militärregierung zu verwalten hätten und bis zum Erlaß einer solchen Weisung nicht darüber verfügen dürften. Der Kreis der gemäß Art II Ziff 3 a aaO grundsätzlich verbotenen Geschäfte über gesperrte Vermögen sei weit gefaßt und umfasse insbesondere nicht nur Verfügungen im Rechtssinne, sondern u.a. auch Vermietungen. Aus dem Vortrag des Beklagten und der Streithelfer ergebe sich nichts darüber, daß die Firma H.K. G. oder der Oberfinanzpräsident von der Militärregierung konkrete Weisungen zu unbeschränkter Verfügung oder auch aufbauweiser Vermietung hinsichtlich dieses Grundstücks oder auch hinsichtlich ihrer treuhänderischen Tätigkeit allgemein erhalten hätten. Eine Ermächtigung der Militärregierung, die nicht ausdrücklich mündlich oder schriftlich erteilt sei, könne nicht ohne weiteres unterstellt oder vermutet werden. Entscheidend sei daher der Umfang der vom

Gesetz selbst eingeräumten Befugnisse. So könnten gemäß Art IV des Gesetzes geschäftliche Unternehmungen, die der Kontrolle auf Grund dieses Gesetzes unterlägen, alle Geschäfte eingehen, die der gewöhnliche Geschäftsbetrieb normalerweise mit sich bringe. Nach herrschender Rechtsansicht sei der Begriff des geschäftlichen Unternehmens in diesem Sinne weit zu fassen, so daß beispielsweise ein gewerblich vermietetes Grundstück hierunter fallen könne. Bei dem hier in Rede stehenden Aufbauvertrag handle es sich jedoch nicht um ein Geschäft, das normalerweise der gewöhnliche Geschäftsbetrieb der Verwaltung eines Trümmergrundstücks mit sich bringe, auch wenn dies früher einmal gewerblich genutzt worden sei. Vielmehr seien hier nur solche Geschäfte gemeint, die notwendig seien, um den laufenden Geschäftsverkehr aufrecht zu erhalten, und die als solche im großen und ganzen keine Risiken mit sich brächten. Ein Mietvertrag über das Grundstück M. Straße, der sich nicht darauf beschränkt habe, die Grundfläche als solche dem Mieter zu überlassen, und den Eigentümer mit erheblichen Aufbaukosten belaste, die mehr als ein Jahrzehnt jede Bareinnahme aus dem vermieteten Grundstücksteil ausgeschlossen hätten, bedeute, wie erwähnt, sogar ein substanzgefährdendes Risiko und könne daher keinesfalls zu den Geschäften gehören, wie sie normalerweise der gewöhnliche Geschäftsbetrieb mit sich bringe. Das Berufungsgericht schließe sich hier in vollem Umfange den Ausführungen des OLG Düsseldorf in BB 1950, 577 an. Die Firma H.K. G. und der Oberfinanzpräsident hätten daher zum rechtswirksamen Abschluß des hier in Rede stehenden Vertrages, auch soweit nur die auf das Deutsche Reich übertragenen Anteile in Frage gekommen seien, der Genehmigung der Militärregierung oder der damals von ihr hierfür bestimmten Stelle bedurft. Diese Genehmigung sei nicht beantragt worden. Dies

hätte zur Folge gehabt, daß der Vertrag zwar nicht schlechthin nichtig gewesen, jedoch auch hinsichtlich der damals vom Oberfinanzpräsidenten verwalteten Anteile zunächst schwebend unwirksam gewesen sei.

c) Schließlich findet das Berufungsgericht im Vertrag vom 21. Januar 1948 bei seiner Beziehung auch auf das Grundstück M...straße ... einen mehrfachen Verstoß gegen Art I Nr 1 c und d MilRegGes Nr 53. Danach seien alle Geschäfte genehmigungspflichtig, welche sich auf im Gebiet (der Bundesrepublik) befindliche Vermögenswerte, die unmittelbar oder mittelbar, ganz oder teilweise im Eigentum oder unter der Kontrolle von Personen außerhalb des Gebietes ständen, oder auf Vermögenswerte bezögen, gleichgültig, wo sie sich befänden, sofern das Geschäft zwischen Personen mit gewöhnlichem Aufenthalt im Gebiet und Personen außerhalb des Gebietes abgeschlossen werde oder sich auf solche Personen beziehe. Die Voraussetzung dieser Bestimmungen sieht es schon mit Rücksicht auf den Miterbenanteil des Klägers zu 3), der in Washington lebe, als gegeben an.

d) Das Berufungsgericht erkennt nicht, daß die somit wegen der Verstöße gegen die angeführten Gesetze der Militärregierung bestehende schwebende Unwirksamkeit des Vertrages vom 21. Januar 1948 an sich durch nachträgliche Genehmigung der Militärregierung oder der von ihr bestimmten Stelle hätte behoben werden können. Nach Aufhebung der Vermögenssperre hinsichtlich der Kläger zu 1) und 2) und nach deren Wiedereintragung als Miteigentümer im Grundbuche hält es diese Kläger wegen des Überschreitens der Befugnisse der Firma H.K. G... bzw. des Oberfinanzpräsidenten bei Abschluß des Vertrages und bei ihrer mangelnden Autorisierung seitens der Kläger an den Vertrag nicht für gebunden und auch nicht für verpflichtet, ihn ihrerseits zu genehmigen. Ebenso

hält es die Genehmigung der Devisenbewirtschaftungsstelle nicht mehr für einholbar, weil der Kläger zu 3) nach dem oben Dargelegten ohnehin nicht an den Vertrag gebunden sei und daher durch eine nachträgliche Genehmigung der genannten Stelle nicht im Sinne dieses Vertrages verpflichtet werden könne. Abschließend sieht das Berufungsgericht den Vertrag den Klägern gegenüber sowohl im Hinblick auf die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts als auch nach den Vorschriften der Gesetze Nr 52 und 53 der Militärregierung als nicht wirksam geworden an.

4. Das Berufungsgericht versagt dem Beklagten auch eine Berufung darauf, daß die Ehefrau des Klägers zu 1) von den Bauarbeiten gewußt und nichts dagegen unternommen habe. Es erblickt in diesem Verhalten keine Genehmigung des Aufbauvertrags, dessen Inhalt weder der Ehefrau des Klägers zu 1) noch sonst einem der Kläger, geschweige denn sämtlichen Klägern bekannt gewesen sei. Dazu meint es noch, die Ehefrau des Klägers zu 1) habe nicht wissen können, daß dieser Aufbau auf Kosten nicht des Bauenden, sondern der Eigentümer errichtet werden sollte und daß der Aufbauende solange keinen Mietzins zahlen sollte, bis die Aufbaukosten gedeckt wären.

II.

Diese Beurteilung hält den Angriffen der Revision gegenüber im Ergebnis und im wesentlichen auch in der Begründung stand.

1. Da das Berufungsgericht unterstellt, der Mietvertrag vom 21. Januar 1948 umfasse auch den vom Beklagten als Rechtsnachfolger B. in Anspruch genommenen Teil des Grundstücks M. straße der Kläger, bedarf es keines Eingehens auf den Angriff der Revision gegen die vom Berufungsgericht zuvor gegebenen Ausführungen.

2. Ohne Rechtsirrtum verneint das Berufungsgericht ein Nichtigkeit des unterstellten Vertrags nach Art V Nr 7 Mil-RegGes Nr 52.

3. a) Unbegründet ist zunächst der Angriff der Revision gegen die Feststellung, der Kläger zu 3) sei am Vertragsschluß nicht beteiligt worden, und gegen die daraus gezogenen rechtlichen Folgen.

aa) Allerdings entbehrt die Verfahrensrüge nicht der Grundlage, der Inhalt der Beilagen - insbesondere der Akten Rü 5 des Oberfinanzpräsidenten - werde hinsichtlich der Vertretungsmacht des Klägers zu 1) sowie seiner Kenntnis und Stellungnahme hinsichtlich der Vorgänge nicht erschöpfend gewürdigt und die im Zusammenhang damit gestellten Beweisanträge seien übergangen worden. Indessen kann diese Rüge im Ergebnis nicht zum Erfolg führen.

Zwar trifft es zu, daß der Kläger zu 1) in seinem Schriftwechsel mit dem Oberfinanzpräsidenten so aufgetreten ist, als handle er im Namen aller Kläger. Das hat er insbesondere im Brief vom 21. Oktober 1949 ausdrücklich erklärt. Aber wenn auch der Kläger zu 3) die Kenntnis des Klägers zu 1) und seine Erklärungen gegen sich gelten lassen müßte, würde dennoch nicht seine Zustimmung zu dem vom Beklagten behaupteten Miet- und Aufbauvertrag festzustellen sein.

Für die Beurteilung der vom Kläger zu 1) abgegebenen Erklärungen kommen sein Schriftwechsel mit dem Oberfinanzpräsidenten und der Besuch seiner Ehefrau in K im Mai 1948 in Betracht. Der Schriftwechsel beginnt mit einem Briefe des Klägers zu 1) vom 2. September 1948, der zwar auf die Unterredung seiner Frau mit dem Sachbearbeiter des Oberfinanzpräsidenten Bezug nimmt, sich sonst aber

nur auf die Wiederherstellung der Rechtslage der Eigentumsverhältnisse am Grundstück und die dafür zu ergreifenden Schritte bezieht, die Verwertung des Grundstücks aber nicht berührt. In der Antwort vom 20. September 1948 berichtet der Oberfinanzpräsident in großen Zügen über den von ihm veranlaßten Wiederaufbau des rückwärtigen Teils des völlig zerstörten Hausgrundstücks und über die Verrechnungsvereinbarung mit dem "Mieter" (d.h. B.). Eine Stellungnahme des Klägers zu 1) liegt hierzu nicht vor. Erst am 5. Oktober 1949 bittet er unter Bezugnahme auf das inzwischen ergangene Rückerstattungsgesetz, ihn über den Stand der Angelegenheit betreffs des Grundstücks Mstraße zu unterrichten. Seine Frage nach baldmöglichster Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes betrifft, wie der Zusammenhang eindeutig erkennen läßt, wiederum nur die Rechtslage der Eigentumsverhältnisse, nicht den tatsächlichen Zustand des Grundstücks. Hinsichtlich eines Mietvertrages und einer Abrechnungsvereinbarung bittet er lediglich um Übermittlung von Abschriften einschließlich der Kostenrechnungen. Die Antwort vom 13. Oktober 1949 behandelt im wesentlichen nur die Rückerstattung und sagt die Abschriften der Baukostenrechnungen und des "abzuschließenden" Mietvertrags zu. Darauf spricht der Kläger zu 1) am 21. Oktober 1949 klar aus, "die Erben S. Sch. würden einen Mietvertrag nur dann als bindend für sich ansehen, wenn er mit ihrem Einverständnis abgeschlossen werde". Der Oberfinanzpräsident versichert ihm am 29. Oktober 1949, daß ihm der mit dem Mieter B. abzuschließende Mietvertrag zur Genehmigung vorgelegt werde, bevor er Wirksamkeit erlange. Inzwischen war die Verwaltung des Grundstücks mit Wirkung vom 1. Oktober 1949 auf den Kreisbeauftragten für gesperrtes Vermögen des Stadtkreises K. übergegangen, der später das Treuhandbüro Walther Bl. in K. mit der Grundstücksverwaltung beauftragt hatte. Nach den Akten 30/0/36 des Kreisbeauftragten liegen weitere Erklärun-

gen des Klägers zu 1) nicht vor. Ein Bericht des genannten Treuhandbüros vom 25. April 1950 weist auf die Bedenken wegen der Rechtslage hinsichtlich der mit B. am 21. Januar 1948 getroffenen Vereinbarung hin und läßt erkennen, daß der Kläger zu 1) inzwischen den Rechtsanwalt Dr. P. in K. mit Wahrnehmung der Interessen der Erben Sch. beauftragt habe.

Auch wenn man diesen Schriftwechsel in Verbindung mit dem Besuch der Ehefrau des Klägers zu 1) beurteilt, kann ihm nicht entnommen werden, der Kläger zu 1) habe den vom Beklagten behaupteten Vereinbarungen für sich und seine Miterben zugestimmt. Hinsichtlich der Beurteilung des Besuchs der Ehefrau des Klägers zu 1) ist zunächst dem Berufungsgericht beizutreten. Darüber hinaus ist dem Vortrag des Beklagten nicht zu entnehmen, daß die Ehefrau des Klägers zu 1) ermächtigt gewesen sein könnte, für die Erben Sch. rechtsverbindliche Erklärungen abzugeben, und nicht lediglich beauftragt war, für sie an Ort und Stelle Informationen einzuholen, die ihre Entschließung vorbereiten sollten. Es kennzeichnet auch die Verkennung der Rechtslage durch die am Vertragschluß unmittelbar Beteiligten, daß der Oberfinanzpräsident im Bescheid vom 20. September 1948 an B. die Ehefrau des Klägers zu 1) auf B. Angabe irrig als Miteigentümerin des Grundstücks M.-straße anführt.

Die eigenen schriftlichen Erklärungen des Klägers zu 1) lassen gleichfalls an keiner Stelle eine Zustimmung zum ganzen Vertragswerk erkennen. Allenfalls ist ihnen eine vorläufige Duldung des bereits geschaffenen Zustandes vorbehaltlich des wirksamen Abschlusses eines Mietvertrags unter Mitwirkung der Kläger zu entnehmen. Insbesondere kann der Umstand, daß der Kläger zu 1) dem Wiederaufbau seitens

B. nicht sofort widersprochen hat, nicht als Genehmigung der streitigen Vereinbarung gewertet werden. Unabhängig von der Frage, ob in diesem Falle das bloße Schweigen in einer Privatangelegenheit und nicht im kaufmännischen Geschäftsverkehr überhaupt als Zustimmung aufgefaßt werden konnte, war die Information des Klägers zu 1) durch den Oberfinanzpräsidenten über Umfang und Auswirkung des Abkommens mit B. viel zu allgemein gehalten, um als Grundlage der EntschlieÙung zu dienen. Auf Grund seiner kurzen Mitteilung vom 20. September 1948 konnte der Oberfinanzpräsident keine endgültige EntschlieÙung vom Kläger zu 1) erwarten. Ebensowenig ist in dessen Verlangen nach den Kostenrechnungen eine Zustimmungserklärung durch schlüssige Handlung zu finden. Auch diese Bitte kann zwanglos als Einziehung von Informationen beurteilt werden, die einer künftigen EntschlieÙung dienen sollte. Mietvertrag und Aufbaupvertrag mit Verrechnungsvereinbarung standen nach Lage des Falles rechtlich in untrennbarem Zusammenhang. Der klare Vorbehalt des Klägers zu 1) vom 21. Oktober 1949 hinsichtlich des Mietvertrages bezog sich mithin auf das Gesamtabkommen. Dessen Genehmigung hat der Kläger zu 1) niemals erklärt. Die Antwort des Oberfinanzpräsidenten an das Treuhandbüro Walther Bl. vom 25. April 1950 spricht auch ausdrücklich aus, daß der endgültige Mietvertrag den Erben S. Sch. zur Genehmigung vorzulegen sei. Im Verhältnis zu den Klägern kann der Beklagte sich nicht darauf berufen, der endgültige Mietvertrag habe das Gesamtgrundstück betreffen sollen, während über den von B. aufgebauten Teil bereits zuvor eine Vereinbarung getroffen worden sei. Das kann nach dem Bescheid vom 20. September 1948 im Verhältnis zu B. der Fall gewesen sein, Aber auch einem solchen Teilabkommen hat der Kläger zu 1) nie zugestimmt.

Bei dieser Sachlage ist es unerheblich, ob der Kläger zu 1) bevollmächtigt war, für alle Miterben - also auch

für den Kläger zu 3) - zu handeln. Die Revision beanstandet daher zu Unrecht, daß das Berufungsgericht den einschlägigen Beweisanträgen des Beklagten nicht entsprochen hat.

bb) Ohne Erfolg greift die Revision auch die Ansicht des Berufungsgerichts an, allein die fehlende Mitwirkung des Klägers zu 3) stehe der Wirksamkeit des streitigen Vertrages entgegen. Die Revision stellt die Auffassung des Beklagten erneut zur Nachprüfung, Wiederaufbau und Vermietung des Grundstücks stellten keine Verfügung im Sinne des § 2040 BGB, sondern eine Maßnahme dar, die zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses erforderlich sei (§ 2038 Abs 1 Satz 2 BGB) und daher vom Oberfinanzpräsidenten als Vertreter der Mehrheit der Anteile ohne Mitwirkung des Klägers zu 3) hätte getroffen werden können (§§ 2038 Abs 2, 745 BGB). Sie meint, der Wiederaufbau eines beschädigten Hauses bedeute stets eine ordnungsmäßige Verwaltung, um aus dem Grundstück Erträge zu gewinnen. Dabei sei auch zu beachten, daß der Wiederaufbau bis auf eine geringfügige Erweiterung nach Maßgabe des alten Grundrisses unter Benutzung der Trümmerreste erfolgt sei, und sei es unerheblich, daß eine spätere Planung einen Aufbau in anderer Weise vorsehe. Die Revision verweist dazu noch auf die bisherige Ertraglosigkeit des Grundstücks, auf die erheblichen Kosten einer Trümmerbeseitigung und auf die Entlastung der Grundstückseigentümer von den Aufbaukosten.

Diesem Gedankengang kann nicht gefolgt werden. Unbegründet sind allerdings die Bedenken des Berufungsgerichts, der Oberfinanzpräsident sei deshalb nicht zum Abschluß eines Vertrages mit B. befugt gewesen, weil das Deutsche Reich gar nicht Miteigentümer des Grundstücks geworden sein könnte. Wie der Grundbuchauszug ergibt, ist die Zwangsentziehung der Anteile der Kläger zu 1) und 2) seinerzeit

nicht im Wege einer nach bürgerlichem Recht (§ 2033 Abs 2 BGB) unwirksamen Enteignung ihrer Anteile an einem einzelnen Nachlaßgegenstand erfolgt, sondern ist ihr Anteil am Nachlaß im ganzen enteignet worden (§ 2033 Abs 1 BGB) und ist das Deutsche Reich in die ungeteilte Erbgemeinschaft als Gesamthandsgemeinschaft eingetreten.

Es trifft nun zwar zu, daß nicht zu jedem einen Nachlaßgegenstand betreffenden Geschäft die Mitwirkung aller Miterben erforderlich ist. § 2040 Abs 1 BGB verlangt dies allerdings grundsätzlich für Verfügungsgeschäfte. Indessen geht das Berufungsgericht davon aus, daß das streitige Abkommen keine Verfügung über den Nachlaß darstelle. Soweit das Grundstück selbst in Betracht kommt, ist ihm sicher zuzustimmen (vgl auch den Beschluß des Senats als Senat für Landwirtschaftssachen vom 30. Januar 1951 - V BLW 36/50 = RechtdLandw 1951, 87). Zweifelhaft könnte nur sein, ob das Abkommen in dem vom Beklagten behaupteten Umfang nicht doch die Merkmale auch eines Verfügungsgeschäftes enthalten könnte, indem es durch die Aufrechnungsvereinbarung auch gestaltend auf die Rechtslage des für den Nachlaß begründeten Mietverhältnisses bzw. der aus ihm erwachsenden Mietzinsforderungen eingewirkt haben könnte. Denn zu den Nachlaßgegenständen im Sinne des § 2040 Abs 1 BGB gehören nicht nur Sachen, sondern auch Rechte, insbesondere auch schuldrechtliche Ansprüche (vgl RGZ 65, 5; BGB RGRK, 9. Aufl § 2040 Anm 1). Indessen kann dies aus den nachstehenden Erwägungen hier dahingestellt bleiben:

§ 2038 Abs 1 Satz 2 BGB ermächtigt einen einzelnen Miterben, im Rahmen der an sich allen Erben gemeinschaftlich zustehenden Verwaltung des Nachlasses die zur Erhaltung notwendigen Maßregeln allein zu treffen, wie er andererseits jeden Miterben verpflichtet, zu Maßregeln mitzuwirken, die zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich sind.

Darüber hinaus verweist § 2038 Abs 2 BGB auf die Regelung der ordnungsmäßigen Verwaltung durch Mehrheitsbeschluss gemäß § 745 BGB (über die Streitfrage, ob eine solche Beschlussfassung auch zur entsprechenden Vertretungsmacht der Mehrheit der Gemeinschaftler führt, vgl bejahend Enneccerus-Kipp-Going, 9. Bearb § 105 III 3 b S 383 und BGB RGRK, 10. Aufl § 745 Anm 1 im Anschluß an Planck-Ebbecke, 4. Aufl § 2038 Bem 1, OLG Kiel in SeuffArch 61 Nr 131 und KG in DR 1940, 1018; ablehnend dagegen neuerdings Palandt-Rechenmacher, 13. Aufl § 2038 Anm 3 b gegen Palandt-Gramm, 13. Aufl § 745 Anm 1, Erman-Bartholomeyczik § 2040 Anm 3 gegen Erman-Schulze-Wenck, § 745 Anm 1 c, Staudinger, 10. Aufl, § 2038 Randter 2 und 12).

Der Angriff der Revision ist aber nicht gerechtfertigt. der streitige Aufbauvertrag liege entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts im Rahmen einer ordnungsmäßigen Verwaltung. Der Wiederaufbau eines zerstörten Gebäudes kann allerdings eine ordnungsmäßige Verwaltungshandlung darstellen, so z.B. die Wiederherstellung eines abgebrannten Gebäudes mit Hilfe der zur Verfügung stehenden Brandversicherungssumme (OLG 8, 82). Auch Umbauten, die einen angemessenen Kapitalmehraufwand gegenüber einer bloßen Instandsetzung erfordern, können in diesem Rahmen liegen, wie die Erneuerung eines Daches unter gleichzeitigem Einbau einer Wohnung (OLG 30, 184). Andererseits hat der Bundesgerichtshof selbst bei Beseitigung wesentlicher Gebäudeschäden, hier eines Schwammvorkommens, den Begriff der ordnungsmäßigen Verwaltung in BGHZ 6, 76 [81 ff] auch dann enger begrenzt, wenn sie zur Erhaltung eines Nachlaßgegenstandes an sich notwendige Maßnahmen betraf. In diesem Falle hatte ein Miterbe ohne Zustimmung der anderen Instandsetzungsarbeiten in einer Höhe ausführen lassen, welche die Aufnahme eines Darlehens von 13 000 DM für den Nachlaß notwendig machte. Dieses Urteil spricht aus, es müsse vom Standpunkt

eines vernünftig und wirtschaftlich denkenden Beurteilers entschieden werden, welche einzelnen Maßnahmen zur ordnungsmäßigen Verwaltung gehörten und als zur Erhaltung notwendige Maßregeln vom einzelnen Miterben allein getroffen werden könnten. Dabei wird die Berücksichtigung der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse für nötig erachtet. Ferner wird als beachtlich bezeichnet, ob und in welchem Umfang die dazu erforderlichen Mittel aus dem Nachlaß zur Verfügung gestellt werden können und ob die ordnungsgemäße Verwaltung auch den damit verbundenen Eingriff in das Recht der anderen Miterben, den Nachlaß gemeinschaftlich zu verwalten, verträgt. Wenn es sich in diesem Falle auch um einen besonders liegenden Sachverhalt handelt - das betreffende Grundstück wies ein etwa 150 Jahre altes Fachwerkgebäude auf, das schon seit Jahren sehr erneuerungsbedürftig war -, so gibt diese Entscheidung doch den allgemeinen Rechtsgedanken wieder, die Voraussetzungen zunächst für die Notwendigkeit von Erhaltungsmaßregeln im Sinne des § 2038 Abs 1 Satz 2 BGB zugleich aber auch für den Umfang der ordnungsmäßigen Verwaltung im Sinne dieser Vorschrift und des § 745 Abs 1 BGB als Grundlage eines Mehrheitsbeschlusses der Gemeinschaftler bzw. Miterben nicht zu weit zu erstrecken. Der Senat schließt sich diesem Gedankengang an.

Vergleicht man die vorstehend angeführten Tatbestände, so kann nicht zweifelhaft sein, daß dem angefochtenen Urteil in diesem Punkte auch gegenüber den Revisionsangriffen in vollem Umfange beizutreten ist. Zutreffend verweist das Berufungsgericht auf die weittragende Auswirkung des Gesamtabkommens auf den Nachlaß der Kläger und ihre langjährige Bindung. Die Beurteilung darf nicht dadurch beeinflusst werden, daß der Wiederaufbau B. den Eigentümern des Grundstücks unmittelbar zunächst keine Kosten verursacht hat

und die erstellten Bauten zufolge Verrechnung der Baukosten mit den Mietzinsansprüchen, also je nach Abtragung der Baukostenschuld, den Nachlaßbestand erhöht haben würden. Ebensowenig darf ausschlaggebend sein, daß B. Bautätigkeit den Klägern Mietzinsansprüche überhaupt erst erwachsen ließ. Maßgebend ist vielmehr die wirtschaftliche Lage vor dem Eingreifen B. Damals lag zwar das Grundstück in Trümmern und war es ohne Ertrag. Gleichwohl stellte es im Stadtkern einer Großstadt wie K. immerhin einen bestimmten Wert dar. An diesem war der Kläger zu 3) zu seinem Anteil beteiligt. Mit Sicherheit war schon damals zu erwarten, daß auch die rückerstattungsberechtigten Kläger zu 1) und 2) in ihre Eigentumsrechte wieder eingesetzt werden würden. Da es sich um eine Kriegszerstörung handelte, stand eine zweckgebundene Versicherungssumme nicht zur Verfügung. Ob und in welcher Höhe die Kläger einmal eine Lastenausgleichsentschädigung erhalten würden, war im Anfang des Jahres 1948 völlig ungewiß. Nach Durchführung des Rückerstattungsverfahrens wären die Kläger in der Lage gewesen, nach ihrem Belieben über das Grundstück, z.B. durch Verkauf oder durch einen Wiederaufbau nach ihrer Entscheidung zu bestimmen. Keiner der Miterben, insbesondere auch der schon damals als Miteigentümer nicht beschränkte Kläger zu 3) konnte, von Sonderfällen wie z.B. einer Teilungsversteigerung abgesehen, die aber zufolge der Sperre des Gesetzes Nr 52 der Militärregierung wohl kaum hätte in Betracht kommen können, gegen seinen Willen zu einer Verwendung des Grundstücks gezwungen werden. Der Umfang der Bauten B., für die ein Aufwand von 32 100 DM geltend gemacht wird, zeigt den erheblichen Eingriff in den wirtschaftlichen Bestand des Nachlasses, wobei hier die Frage ganz außer Betracht bleiben mag, ob diese Bauten mit der späteren Bebauung des Gesamtgrundstückes in Einklang standen.

Der Nachlaß wurde ungeachtet, daß B. die Kosten zunächst selbst aufbrachte, mit der entsprechenden Schuld belastet, mag diese auch nicht fällig, sondern den einzelnen Mietzinsraten entsprechend gestundet gewesen sein. Die Miterben, insbesondere der Kläger zu 3), um dessen Person es sich hier handelt, wurden dadurch in ihrer Disposition über das Grundstück entscheidend beeinflusst. Der Aufbauvertrag und der mit ihm untrennbar verbundene Mietvertrag fallen daher durchaus aus dem Rahmen der ordnungsmäßigen Verwaltung des Grundstücks, mag sonst eine Vermietung in diesem Rahmen liegen. Der Fall unterscheidet sich auch wesentlich von dem vom Senat im Urteil vom 17. April 1953 - V ZR 58/52 (NJW 1953, 1427 = BB 1953, 666 = HW 1953, 411) entschiedenen. Unter dem Gesichtspunkt des § 745 Abs 3 BGB ist dort die Errichtung eines Behelfsbaus auf einem Ruinengrundstück durch einen Gemeinschafter nicht als eine wesentliche Veränderung angesehen, zugleich aber ausgesprochen, daß ein solcher Bau nur provisorischen Charakter haben kann und einem endgültigen Bauplan weichen muß. Dagegen kann hier auf BGHZ 7, 268 und 8, 58 verwiesen werden, in denen der Senat dazu Stellung genommen hat, welche Rechtsfolgen sich für ein dingliches Wohnrecht durch Kriegszerstörung des Gebäudes ergeben. Einerseits ist dort ausgesprochen, daß in diesem Falle das Recht in der Regel erlischt, andererseits wird der Grundstückseigentümer ohne besonderen Rechtsgrund nicht für verpflichtet erachtet, bei einem Wiederaufbau das Wohnrecht zu berücksichtigen, wenn es aus Gründen des einzelnen Falles bestehen bleibt. Beide Entscheidungen lassen die Auffassung erkennen, daß der Aufbau nicht den alten Zustand wiederherstellt, sondern etwas Neues schafft. Führt aber die Bebauung eines völlig oder zu einem wesentlichen Teile in Trümmern liegenden Grundstückes in der Regel zu einem neuen wirtschaftlichen Wert, so kann sie umso weniger als eine bloße Verwaltungsmaßnahme angesehen werden.

Die vorstehende Beurteilung ist unabhängig davon, ob B. die Lasten des Grundstücks aus den Mietzinsraten oder darüber hinaus aus eigenen Mitteln tragen sollte. Denn eine solche Regelung würde den Charakter des Aufbaupvertrags als einer Maßnahme außerhalb des Rahmens der ordnungsgemäßen Verwaltung des Grundstücks nicht ändern. Auf die Verfahrensrügen aus §§ 139, 286 ZPO kommt es deshalb nicht an. Eine dem Parteivortrag nicht entsprechende Annahme des Tatbestandes würde für die Entscheidung hier ebensowenig ursächlich sein wie eine Nichtausübung der Fragepflicht. Im übrigen würde die Rüge aus § 139 ZPO von vornherein unbegründet sein, da es Sache der Parteien gewesen wäre, den vollständigen Inhalt der Vereinbarungen, auf die es im Rechtsstreit von Anfang an ankam, erschöpfend darzulegen.

cc) Das Berufungsgericht hält somit frei von Rechtsirrtum die Mitwirkung des Klägers zu 3) zu dem Vertrag vom 21. Januar 1948 in seinen Ergänzungen für nötig und zufolge ihres Fehlens das gesamte Abkommen für unwirksam. Ebenso hält es zutreffend den Kläger zu 3) nicht für verpflichtet, dem Verträge nachträglich zuzustimmen.

dd) Dem unter Umständen anzunehmenden vorläufigen Einverständnis des Klägers zu 1) mit dem Bau B. (vgl. oben unter aa)) kann der Beklagte auch dann nichts zu seinen Gunsten entnehmen, wenn der Kläger zu 3) dieses gegen sich gelten lassen müßte. Denn wie oben ausgeführt, würde eine solche Duldung des Baues nur als vorläufige Stellungnahme der Kläger anzusehen und in ihrer Auswirkung von dem endgültigen Abschluß eines Vertrages abhängig sein. Auch unter dem Gesichtspunkt des § 242 BGB wären die Kläger in diesem Falle nicht gehalten, dem Beklagten den Genuß der Bauten B. und damit den Besitz des Grundstücks bis zur Ab-

deckung der Baukosten zu überlassen. Dabei braucht nicht erörtert zu werden, ob die Lage anders zu beurteilen wäre, wenn die Kläger einen Wiederaufbau vor seinem Beginn zustimmend hingenommen hätten. Denn so liegt der Fall hier nicht, bei dem die Klägerin lediglich einer vollendeten Tatsache zugestimmt, die Entschließung B. über sein Bauvorhaben aber nicht beeinflußt haben würden, und zwar auch dann nicht, wenn der Bau zur Zeit des Besuchs der Ehefrau des Klägers zu 1) in K. noch nicht vollendet war.

ee) Der Beklagte kann ein Recht zum Besitz an dem streitigen Teil des Grundstücks M.straße auch nicht auf § 912 BGB stützen, das er etwa aus dem Rechte des damaligen Eigentümers des Grundstücks G.straße herleiten würde, für den der Oberfinanzpräsident einen "Überbau" auf das Nachbargrundstück veranlaßt haben könnte. Ein solches Übergreifen auf das Grundstück M.straße ist nicht ohne Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit seitens des Vertreters des damaligen Eigentümers des Grundstücks G.straße erfolgt. Das gilt sowohl in Ansehung der Eigentumsverhältnisse des betroffenen Grundstückes wie auch hinsichtlich der Berechtigung zu seiner Benutzung. Ob dem Rechtsvorgänger B. des Beklagten in dieser Beziehung der gute Glaube zuzubilligen wäre, ist unerheblich. Denn wenn ein anderer auf Veranlassung oder mit Ermächtigung des Grundstückseigentümers einen "Überbau" vornimmt, kommt es auf den guten Glauben des Grundstückseigentümers, nicht des Ausführenden an. Somit fehlt schon die erste Voraussetzung für die Pflicht der Kläger, die Bauten B. auf ihrem Grundstück zu dulden. Im übrigen erscheint es zweifelhaft, ob eine Bebauung des Grundstücks M.straße vom Nachbargrundstück aus in dem geschehenen Umfange von etwa 200 Quadratmetern noch unter die angeführte Vorschrift fällt. Zwar braucht sich ein "Überbau" i.S. des § 912 BGB nicht

auf einen Grundstücksteil zu beschränken, sondern kann ein Grundstück vollständig erfassen (RGZ 52, 15; 83, 142 [746]). Doch muß es sich dann entweder um Grundstücke geringeren Umfanges handeln oder wird angenommen werden müssen, daß der Umfang des "Überbaus" in einem gewissen Verhältnis zu dem des anderen Baues steht, das diesen als Hauptbau erkennen läßt. Eine Bebauung in dem Umfange, wie sie der Oberfinanzpräsident durch B. auf dem Grundstück M.straße ausführen ließ, dürfte nach den tatsächlichen Verhältnissen des Falles den Begriff einer "Grenzüberschreitung" übersteigen. Doch braucht die Frage hier nicht endgültig entschieden zu werden.

b) Bei dieser Sachlage kommt es nicht darauf an, ob die Genehmigung der Militärregierung nach dem Gesetz Nr 52 zum Vertrage vorliegt. Es erübrigt sich daher eine Behandlung der Verfahrensrügen der Revision, das Berufungsgericht habe den Beweisanträgen nicht entsprochen, mit denen der Beklagte diese Genehmigung bzw. die Erteilung einer allgemeinen Genehmigung durch die Militärregierung und die Bestätigung des Vertrags durch den Kreisbeauftragten für gesperrtes Vermögen hätte dartun wollen. Entgegenzutreten ist nur der Auffassung der Revision, mit Aufhebung der Sperre nach dem Gesetz Nr 52 der Militärregierung wäre der Vertrag auch bei Fehlen einer Genehmigung für die Kläger zu 1) und 2) wirksam geworden. Die von der Revision angenommene Folge tritt dadurch ein, daß die Person, die in schwebend unwirksamer Form verfügt hat, ihre Vertretungsmacht durch die Aufhebung der Vermögenssperre wieder erlangt, nicht aber dann, wenn die mit der Verwaltung des gesperrten Vermögens betraute Person sie dadurch gerade verliert (Urteil des Senats vom 26. März 1954 - V ZR 59/53 = BB 1954, 362).

c) Nicht ohne Bedenken sind allerdings die Folgerungen, die das Berufungsgericht aus dem Fehlen der Genehmigung nach dem Gesetz Nr 53 der Militärregierung hinsichtlich des Anteils des Klägers zu 3) zieht. Die Devisengenehmigung nach diesem Gesetz unterscheidet sich ihrem Wesen nach erheblich von der nach dem Gesetz Nr 52 der Militärregierung notwendigen Genehmigung. Die devisenrechtliche Kontrolle von privatrechtlichen Vorgängen dient ausschließlich den öffentlich-rechtlichen Interessen der Devisenbewirtschaftung. Das öffentliche Interesse ist zwar auch bei der Überwachung nach dem Gesetz Nr 52 der Militärregierung von grundsätzlicher Bedeutung. Je nach Inhalt und Umfang des Schutzzweckes dient sie aber auch den Belangen der zu sichernden Rechtssubjekte und Rechtsobjekte. Sicher ist, daß sie einen Mangel des Vertrags hinsichtlich seiner bürgerlich-rechtlichen Wirksamkeit nicht beseitigen kann. Dem Berufungsgericht ist daher zwar zuzustimmen, daß die nachträgliche Devisengenehmigung nicht zur Verpflichtung des Klägers zu 3) führen kann, wenn er ohnehin nicht an den Vertrag gebunden ist. Dagegen kann ihm nicht gefolgt werden, wenn es meint, diese Genehmigung könne nicht nachträglich eingeholt werden. Insofern ist die Lage anders als beim Gesetz Nr 52, bei dem nach Aufhebung der Vermögenssperre eine Genehmigung nicht mehr erteilt werden kann (vgl Urteil des Senats vom 20. März 1953 - V ZR 143/51 = Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk Nr 2 zu Art II MilRegGes Nr 52 = BB 1953, 548 = Betrieb 1953, 351). Davon abgesehen unterliegt das inländische Vermögen des Klägers zu 3) noch heute der Devisenbewirtschaftung. Indessen bedarf es auch hier keiner abschließenden Stellungnahme.

d) Liegt ein wirksamer Mietvertrag über den vom Beklagten als B[REITUNG] Rechtsnachfolger benutzten Teil des

Grundstücks der Kläger nicht vor, dann ist es auch unerheblich, ob diese nach Art 34 REG (BrZ) wirksam gekündigt haben.

B.

(Zurückbehaltungsrecht)

I.

Das Berufungsgericht versagt dem Beklagten ein Zurückbehaltungsrecht wegen des ihm abgetretenen Anspruchs B. auf Ersatz der Verwendungen für das Grundstück M. straße . Es sieht B. Aufwendungen zunächst nicht als notwendig im Sinne des § 994 BGB an und verweist auf die in K. verbreitete und gerichtsbekannte Übung, Trümmergrundstücke bis zum planmäßigen Aufbau durch provisorische Bauten auszunutzen. Es betrachtet diese Aufwendungen, aber auch nicht als nützliche i.S. des § 996 BGB, weil B. Aufbau eine organische Gesamtbebauung verhindere oder mindestens wesentlich erschwere und daher den Grundstückswert nicht erhöht habe. Hierzu führt es aus:

Der sachverständige Zeuge Dipl.-Ing. und Bezirksleiter bei dem Bauaufsichtsamt Kl. habe einleuchtend dargelegt, daß ein Teil der Aufbauten des B. baubehördlich überhaupt nicht genehmigt sei. Insoweit könne die Möglichkeit einer baubehördlichen Auflage auf Niederreißen nicht ausgeschlossen werden. Nach den weiteren Darlegungen des sachverständigen Zeugen machten die Aufbauten des Streithelfers B. eine Bebauung des Grundstücks nach den Plänen der Kläger unmöglich, weil die gemäß § 5 der Bauordnung der Stadt K. erforderliche Freifläche nicht mehr vorhanden sei. Hiervon könne allerdings zur Vermeidung unbeabsichtigter Härten oder, wenn das öffentliche Interesse es erfordere, Befreiung erteilt

werden. Auch dies sei indessen ein weiterer Unsicherheitsfaktor für jede Art der Verwendung des Grundstücks, insbesondere für seinen Verkehrs- und Verkaufswert. Ein Aufstocken der Aufbauten sei nach der Bekundung des sachverständigen Zeugen sogar grundsätzlich ausgeschlossen. Gemäß § 35 der Bauordnung müßten ferner Bauten, die zu 60 v.H. oder mehr zerstört seien, hinsichtlich des Wiederaufbaues als Neubauten behandelt werden und den derzeitigen Bestimmungen entsprechen. Damit aber erscheine ein Aufbau des Grundstücks hinsichtlich der Hofbauten als ausgeschlossen, hinsichtlich des Vorderhauses zumindest als erschwert. Denn es sei zwischen den Beteiligten nicht streitig, daß das Grundstück - wie auch die vorgelegten Bilder zeigten - zu mehr als 60 v.H., wenn nicht gar als total zerstört zu gelten habe. Die Bebauung müsse daher in jedem Falle den heutigen Vorschriften entsprechen. Auf die beantragte Einholung eines Gutachtens darüber könne es nicht ankommen, daß die Bebauung des vorderen Teils, so wie er früher gestanden habe, möglich geblieben sei. Ein Wiederaufbau in der Gestalt eines Baues der Jahrhundertwende sei den Klägern nicht zuzumuten. Die Kläger und jeder Reflektant auf das Grundstück könnten ein Interesse nur an einem Aufbau nach den heute geltenden Erfahrungen und Geschmacksrichtungen der Baugestaltung haben. In jedem Falle seien für einen Aufbau auch nur die heute geltenden Bestimmungen maßgebend, die den Aufbau sowohl des Vorderhauses als auch der Hofbauten ausschließen. Die Voraussetzungen der erwähnten Dispensmöglichkeiten, die sich nur auf die Freiflächenvoraussetzung des § 5 aaO bezögen, lägen offenbar auch nicht vor. Das öffentliche Interesse erfordere eine solche Befreiung nicht; in einem Verlangen der Bauaufsichtsbehörde auf Beseitigung der Hofbebauung zur Schaffung der vorgeschriebenen Freiflächen läge auch keine "unbeabsichtigte Härte", die einen Dispens erwarten ließe. Denn eine solche Härte müsse

im Verhältnis zwischen dem die Baugenehmigung beantragenden Eigentümer und der Baubehörde festgestellt werden; eine Härte für einen Dritten, der sich ohne Besitzrecht im Besitze eines Teils des Grundstücks befinde, welchen er ohnehin herauszugeben habe, würde einen solchen Dispens nicht begründen können.

Demgemäß erblickt das Berufungsgericht in der heutigen Teilbebauung des Grundstücks unabhängig von der Möglichkeit eines Dispenses von § 5 der Bauordnung für die Stadt K. einen erheblichen Hemmungs- und Unsicherheitsfaktor für seine weitere Verwertung und nimmt es an, ein Reflektant werde für ein solches Grundstück nicht mehr als den reinen Bodenwert zu zahlen bereit sein. Den Hofbauten B. mißt es daher keine bleibende Wertsteigerung des Grundstücks im Sinne des § 996 BGB zu. In diesem Ergebnis erblickt es auch keine ungerechte und wirtschaftlich untragbare Härte. Denn die sämtlichen am Verträge vom 21. Januar 1948 Beteiligten hätten in Kenntnis der Mitberechtigung des überhaupt nicht gehörten Klägers zu 3) und in Erwartung der Rückübertragung der Anteile auf die Kläger zu 1) und 2) bewußt ein Risiko auf sich genommen, wenn sie rechtlich unvollkommene Verträge geschlossen hätten. Dem Beklagten müsse überlassen bleiben, sich an seinen Rechtsvorgänger B. zu halten. Eine viel größere Härte würde es bedeuten, die Kläger an dem für sie geradezu verderblichen Mietvertrag zu binden.

II.

1. Zu Unrecht will die Revision in den Wiederaufbaukosten zerstörter Gebäude in jedem Falle eine notwendige Verwendung im Sinne des § 994 BGB finden. Zum Begriff der Verwendung - dort unter dem Gesichtspunkt des § 547 BGB - hat der Senat bereits in BGHZ 10, 171 Stellung ge-

nommen und die Errichtung eines Gebäudes in der Regel nicht als solche bezeichnet. Der vorliegende Sachverhalt liegt insofern anders, als dort das betreffende Grundstück zuvor unbebaut war. Indessen hat das Reichsgericht auch solche Aufwendungen, mit denen z.B. ein Mieter die Mietsache in einen zum vertragsmäßigen Gebrauch geeigneten Zustand versetzt, nicht als notwendige Verwendungen im Sinne dieser Vorschrift bezeichnet (HRR 1929 Nr 1309; vgl auch BGB RGK 10. Aufl, § 547 Anm 1). Die in RGZ 117, 112 wiedergegebene Entscheidung betrifft einen Sondertatbestand (Modernisierung eines Gaststättenbetriebs), der hier nicht gegeben ist und gegen dessen Beurteilung in diesem Sinne Wolff Bedenken erhebt (Sachenrecht, 9. Bearb, § 86 I 1 S 298 Anm 2 a). Es mag zutreffen, daß je nach den Umständen des einzelnen Falles der Wiederaufbau zerstörter Gebäude als Verwendung, gegebenenfalls auch als notwendige auf das Grundstück angesehen werden kann, wobei z.B. an den schon oben in anderem Zusammenhang erwähnten Fall der Wiederherstellung eines durch Brand zerstörten Gebäudes mit Hilfe der Brandversicherungssumme zu denken ist. Beurteilt man B. Bauaufwand auch im Streitfalle als Verwendungen auf das Grundstück der Kläger, so stehen ihrer Notwendigkeit schon die obigen Ausführungen zu A II 3 a, bb entgegen. Davon abgesehen verhindert auch die vom Berufungsgericht angenommene unsachgemäße Bauausführung B., diesen Begriff zu bejahen. Auf die Angriffe der Revision gegen diese Feststellung ist nachstehend mit einzugehen.

2. In jedem Falle will die Revision in B. Bauaufwand eine nützliche Verwendung im Sinne des § 996 BGB sehen. Soweit das Berufungsgericht dies deshalb verneint, weil die Ausführung unter Berücksichtigung der Bebauungsmöglichkeit des ganzen Grundstücks unsachgemäß sei und daher den Gesamtwert des Grundstücks nicht erhöht habe,

handelt es sich zunächst um eine tatsächliche Feststellung, die der Nachprüfung in diesem Rechtszuge entzogen ist. Es war auch der Entschließung des Berufungsgerichts vorbehalten, ob es diese Frage nach Anhören eines oder mehrerer Sachverständigen oder nur auf Grund der Auskunft des Bauaufsichtsamts der Stadt K. und der Aussage des sachverständigen Zeugen Kl. beurteilen wollte. Die Revision erhebt auch in dieser Beziehung keine Verfahrensrüge. Sie meint nur, die Ansicht des Berufungsgerichts widerspreche jeder Lebenserfahrung, weil B. Bauten im wesentlichen genau den früher vorhandenen entsprächen. Ein solcher Erfahrungssatz kann nicht anerkannt werden. Im Gegenteil zeigt der allgemeine Wiederaufbau der im letzten Kriege zerstörten Städte, daß der frühere Zustand durchaus nicht immer wiederhergestellt werden kann. Das Berufungsgericht führt auch im Anschluß an die Beweisaufnahme im einzelnen näher an, warum die Wiederherstellung der alten Betriebsräume der Firma Ka. und Ro. genau im früheren Umfange mit den heute geltenden Bestimmungen nicht vereinbar ist. Zu Unrecht rügt die Revision auch, es sei nicht festgestellt, daß eine Ausnahmegenehmigung nicht zu erlangen sei. Nicht die Kläger haben ihre Verweigerung, sondern der Beklagte hätte seine Erteilung, mindestens die sichere Aussicht darauf zu beweisen. Mit dem Gutachten eines Sachverständigen oder gar mit B. Zeugnis kann der Beklagte die Stellungnahme der für die Dispenserteilung zuständigen Verwaltungsbehörde nicht dartun, deren Entscheidung hier in besonderem Maße vom Ausüben verwaltungsrechtlichen Ermessens abhängt. Ebensowenig kommt es darauf an, welche Erklärungen der Zeuge Kl. als Sachbearbeiter des Bauaufsichtsamts früher abgegeben hat. Da der Beklagte hier seiner Darlegungs- und Beweispflicht nicht genügt hat,

braucht auf den Gedankengang des Berufungsgerichts nicht näher eingegangen zu werden, der überdies im wesentlichen auf tatsächlichem Gebiet liegt. Ferner zwingen weder die Verordnung über den Abbruch von Gebäuden vom 3. April 1937 (RGBl I, 440) noch § 15 des Landeswohnungsgesetzes des Landes Nordrhein-Westfalen vom 23. Januar 1950 (GVBl S 25) zur Erhaltung der von B. errichteten Bauten. Die letztgenannte Vorschrift, die sich nur auf Wohnräume bezog, ist mit dem Landeswohnungsgesetz vom 23. Januar 1950 im ganzen am 1. Juli 1954 außer Kraft getreten (§ 21 des Landeswohnungsgesetzes des Landes Nordrhein-Westfalen vom 9. Juni 1954, GVBl S 205), während die erstere vorwiegend aufsichtsrechtlicher Art ist (Genehmigungspflicht für Abbruch von Gebäuden von mehr als 500 Kubikmeter umbauten Raum, was nach der Baubeschreibung des Finanzbauamts K. mit 212 + 602 Kubikmeter an sich zutreffen würde). Die angeführte Verordnung vom 3. April 1937 ist seinerzeit im Zuge des Vierjahresplanes zur planmäßigen Lenkung des Arbeits- und Baustoffeinsatzes in der Erwägung erlassen worden, daß einem Abbruche in der Regel ein Ersatzbau folge, der zusätzliche Anforderungen an Rohstoffen mit sich bringe (vgl Pfundtner-Neubert, Das neue Deutsche Reichsrecht, IV g 17 S 1 und Erlaß des Reichsarbeitsministers vom 25. Februar 1938, RArbBl I, 72). Ihre Bedeutung ist daher im wesentlichen anderer Art als die von Bestimmungen, die zwecks Erhaltung bestehenden Wohnraumes erlassen sind (vgl hierzu Vennemann in MDR 1953, 202 unter Nr 6), wenn auch ihre Durchführung die Möglichkeit bot, wohnungspolitische Gesichtspunkte ebenfalls zur Geltung zu bringen (vgl Pfundtner-Neubert aaO am Ende der Einführung sowie den angeführten Erlaß des Reichsarbeitsministers), die hier gerade nicht in Betracht kommen. Im übrigen hat der Beklagte auch nicht dargetan, daß die Kläger keine Aussicht hätten, die Ab-

bruchsgenehmigung zu erlangen. Die Revision kann nach alledem nicht geltend machen, B. Aufbauten müßten aus öffentlich-rechtlichen Gründen erhalten bleiben und stellten daher eine bleibende Werterhöhung des Grundstücks dar. Von vorstehender Erwägung abgesehen würden aber gegen die Auffassung Bedenken bestehen, eine Aufwendung, mit der ein unsachgemäßer Bau ausgeführt wird, könnte dadurch nachträglich zu einer nützlichen Verwendung im Sinne des § 996 BGB werden, daß der Eigentümer gegen seinen Willen durch öffentlich-rechtlichen Zwang verpflichtet wird, den Bau eine längere Zeit lang stehen zu lassen. Diese Bedenken würden selbst dann bestehen, wenn diese Verpflichtung öffentlich-rechtlicher Art den Eigentümer instandsetzen würde, Nutzen aus dem Bau z.B. durch Vermieten zu ziehen.

Die Revision will schließlich B. Aufwendungen notfalls in dem Umfange als nützliche ansehen, als ein Teil seiner Aufbauten auch nach dem Aufbauplan der Kläger nicht beseitigt zu werden brauche. Auch hier kann ihr nicht gefolgt werden. Sind B. Bauten in ihrer Gesamtheit betrachtet ein unsachgemäßer Eingriff in die Rechte der Grundstückseigentümer, dann können diese nicht gehalten sein, auch nur einen Teil von ihnen zu dulden. Denn dieser würde eine unorganische Verwendung des Grundstücks darstellen, welche die Kläger nicht hinzunehmen brauchen. Auch insoweit kann daher eine bleibende Wertsteigerung des Ruinengrundstücks nicht anerkannt werden.

3. Die Revision stützt den Anspruch des Beklagten noch auf § 1001 BGB, weil es sich um durch den Oberfinanzpräsidenten genehmigte Verwendungen handle. Hierzu ist auf das oben Ausgeführte (unter A II 3 a, bb) zu verweisen, nach dem der Kläger zu 3) die Handlungen des

Oberfinanzpräsidenten nicht gemäß §§ 2038, 745 BGB gegen sich gelten lassen muß. Eine Nachlaßverbindlichkeit würde aber selbst dann insoweit nicht begründet sein, wenn diese Erklärung nur den Klägern zu 1) und 2) gegenüber wirksam sein würde. Mit einem gegen einzelne Miterben zustehenden Anspruch könnte der Beklagte weder gegen eine Nachlaßforderung aufrechnen, noch einem derartigen Anspruche ein Zurückbehaltungsrecht entgegensetzen (§ 2040 Abs 2 BGB; RGZ 132, 81 847). Die Frage, ob eine den Klägern zu 1) und 2) gegenüber wirksame Genehmigung von B. Bauaufwand vorliegt, braucht daher nicht entschieden zu werden.

4. Die Revision will das Zurückbehaltungsrecht noch unter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung der Kläger geprüft haben, die mindestens so lange bestehe, als anderweitige Baupläne nicht verwirklicht seien. Auch dieser Angriff schlägt nicht durch. Wenn die Kläger infolge B. Bauausführung in der Lage sind, eine höhere Nutzungsvergütung vom Beklagten zu fordern, als sie bei Überlassung des reinen Grund und Bodens berechtigt wären, so wird dieser Gesichtspunkt bei Prüfung des noch im Berufungsrechtszuge anhängigen Klageantrags zu 3) von Bedeutung sein. Eine Bereicherung der Kläger um eine Steigerung ihres Kapitalwerts aber liegt nach dem zu 2 Ausgeführten nicht vor, vielmehr wird diese nicht höher als die jeweiligen Raten der Nutzungsentschädigung sein können.

5. Ein Gegenanspruch des Beklagten ist auch nicht etwa gemäß § 951 BGB begründet. Nach dem Vortrag des Beklagten ist zwar davon auszugehen, daß B. die Bauten trotz seiner vermeintlichen Stellung als Mieter nicht nur zu einem vorübergehenden Zweck im Sinne des § 95 BGB

errichtet, sondern dauernd mit dem Grund und Boden verbunden hat, sollten ja die Grundstückseigentümer die Baukosten letzten Endes zufolge Verrechnung mit den Mietzinsen tragen. Die Grundstückseigentümer sind daher gemäß § 946 BGB auch Eigentümer der Bauten geworden, zumal der in RGZ 83, 142 [147/148] behandelte Sonderfall nicht vorliegt (Duldungspflicht des Überbaus vom Nachbargrundstück aus gemäß § 912 BGB, die zur entsprechenden Anwendung des § 95 Abs 1 Satz 2 BGB und mithin zum Eigentum des Grundstückseigentümers führt, welcher den Überbau ausführt; vgl auch RGZ 72, 269 [272]). Dabei kann hier dahingestellt bleiben, ob nicht hinsichtlich einzelner Teile der Aufbauten zufolge ihrer Zusammengehörigkeit mit dem Hauptgebäude (§ 94 Abs 2 BGB) doch das Eigentum der Grundstückseigentümer von M. Straße gegeben sein könnte. In jedem Falle würde B. wegen wesentlicher Teile der Aufbauten an sich ein Anspruch aus § 951 BGB gegeben sein. Da aber die Kläger die Entfernung der Aufbauten verlangen können, wie noch auszuführen ist, entfällt ein solcher Anspruch (vgl auch OLG Celle in MDR 1954, 294; Wolff, Sachenrecht, 9. Bearb § 74 I 3 S 238; Oertmann in JW 1931, 1552 Anm zu RGZ 131, 335). Es kann deshalb dahingestellt bleiben, ob der Beklagte auch hinsichtlich eines solchen Anspruchs B. Rechtsnachfolger wäre.

6. Ebensowenig hat B. ein Ersatzanspruch aus § 683 BGB zugestanden, den er dem Beklagten abgetreten haben könnte. Da, wie oben ausgeführt, die Bauten nicht sachgemäß errichtet sind, entsprechen sie nicht dem Interesse oder dem mutmaßlichen Willen der Kläger. Bereichert aber im Sinne des § 684 BGB sind die Kläger nicht.

C.

(Beseitigungsanspruch)

I.

Das Berufungsgericht hält auch den Anspruch der Kläger auf Beseitigung der störenden Aufbauten gemäß § 1004 BGB für gerechtfertigt. Es weist die Ansicht des Beklagten als rechtsirrig zurück, eine Störung im Sinne dieser Vorschrift liege nicht vor, sondern nur eine abgeschlossene Einwirkung auf die Substanz, und meint, jeder unbefugte Aufbau auf einem fremden Grundstück stelle eine bis zur Entfernung andauernde Eigentumsstörung dar. Es sieht auch den Beklagten als "Störer" an, da er sich im Besitze der störenden Aufbauten befinde. Weiter tritt es der Auffassung entgegen, die Entfernung der Bauten bedeute mehr als eine bloße Beseitigung der Störung und stelle eine Entschädigung der Kläger für den durch die Störung erlittenen Schaden dar. Schließlich hält es den Anspruch auch nicht deshalb für ausgeschlossen, weil die Entfernung der Anlage unverhältnismäßig hohe Kosten verursache.

II.

Auch gegen diese Beurteilung wendet sich die Revision ohne Erfolg.

1. Unbegründet ist zunächst die Rüge, ein Anspruch aus § 1004 BGB könne allein gegen B. gegeben sein, da der Beklagte die Bauten nicht errichtet habe. Denn nicht nur derjenige, der eine störende Anlage errichtet, ist "Störer" im Sinne dieser Vorschrift, sondern auch - gegebenenfalls allein - derjenige, der sie hält und von dessen Willen ihre Beseitigung abhängt (vgl. RGZ 103, 174 [176]; 159, 129 [136]; RG in JW 1936, 3454 mit Anm. von

Lehmann; BGB RGRK, 10. Aufl, § 1004 Anm 3 a). Das trifft hier für den Beklagten zu, da er im Besitz der Bauten ist und für sich in Anspruch nimmt, sie weiterhin benutzen zu dürfen. Der Beklagte befindet sich im Verhältnis zu B nicht etwa nur in der Stellung eines vorübergehenden Nutzungsberechtigten wie etwa eines Untermieters. Er ist vielmehr durch den Vertrag vom 8. November 1950 nicht nur als (vermeintlicher) Mieter, sondern auch als Wiederaufbauunternehmer in B Rechtsstellung eingetreten. Wenn auch B derjenige ist, der die störende Anlage errichtet hat, so hat er sich dem Beklagten gegenüber nicht nur des Besitzes der Anlage, sondern auch jeder Einwirkungsmöglichkeit auf die Aufbauten begeben. Es kommt dabei auch nicht darauf an, ob der Beklagte zufolge dieses Vertrags eine Verpflichtung B zur Beseitigung der Anlagen mit Wirkung für die Kläger übernommen hat.

2. Daß mit den Bauten auf dem Grundstück M-straße ein abgeschlossener Zustand geschaffen worden ist, steht der Annahme einer "Störung" im Sinne des § 1004 BGB nicht entgegen, die darin besteht, daß dieser die Rechte der Grundstückseigentümer beeinträchtigende Zustand aufrechterhalten wird. Daß die Entfernung störender Bauten nicht eine Schadensersatzleistung, die in der Regel ein Verschulden des Inanspruchgenommenen voraussetzen würde, sondern eben eine Beseitigung der Störung bedeutet, ist allgemein anerkannt. So kann z.B. ein Überbau, der nicht gemäß § 912 BGB zu dulden ist, mit der Klage aus § 1004 BGB bekämpft werden (BGB RGRK, 10. Aufl § 912 Anm 1; RGZ 160, 166 [172/173]).

Ebenso wird auch sonst das Verlangen, eine störende bauliche Anlage zu entfernen, unter dem Gesichtspunkt des § 1004 BGB beurteilt (RGZ 131, 335; Wolff, Sachenrecht, 9. Bearb, § 87 I 3 S 307; Planck, 5. Aufl, § 1004 Bem 2 b a; Staudinger-Kober, 10. Aufl § 1004 Rand-Nr 30). Nicht zu folgen ist der Revision, der Anspruch des § 1004 BGB sei nach dem Wortlaut des Gesetzes dann ausgeschlossen, wenn ein Anspruch auf Besitzeinräumung gegeben sei. Das Gesetz bestimmt in § 1004 BGB lediglich die Voraussetzung der negatorischen Klage und regelt damit den Fall, daß "das Eigentum in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes beeinträchtigt wird". Es schließt aber keineswegs das Zusammentreffen beider Ansprüche aus, wenn die Voraussetzungen dafür gegeben sind (vgl RGZ 160, 166 [172/173], betreffend Zulassung des Anspruchs aus § 1004 BGB gegenüber einem nicht zu duldenden "Überbau", der ja begrifflich zugleich eine Besitzentziehung des Grundstücksteils enthält).

3. Die Revision beruft sich auch auf § 1004 Abs 2 BGB und meint, der Oberfinanzpräsident habe als Vertreter des damaligen Miteigentümers dem Bau zugestimmt, das wirke auch gegen den Kläger zu 3) und somit seien alle drei Kläger zur Duldung der Bauten verpflichtet. Hierzu ist auf das zu A II 3 a Ausgeführte zu verweisen. Eine Zustimmungserklärung des Oberfinanzpräsidenten braucht der Kläger zu 3) nicht gegen sich gelten zu lassen, er ist auch nicht verpflichtet, im Innenverhältnis der Entscheidung der Mitberechtigten beizutreten. Denn eine solche Zustimmungserklärung würde eben zu einer Maßnahme geführt haben, die außerhalb des Rahmens der ordnungsmäßigen Verwaltung gelegen hätte. Der Anspruch aus § 1004 BGB, wel-

cher der Gesamtheit der Miterben zusteht, kann andererseits auch dadurch nicht berührt werden, daß für einzelne Miterben eine Duldungspflicht bestehen könnte.

4. Der Anspruch der Kläger kann auch nicht durch die Höhe der Kosten der Beseitigung der störenden Bauten beeinflusst werden (vgl. RGZ 93, 100 [105/106]; OGHZ 2, 170 [173]). Wenn Erman (§ 1004 Anm 6) dieser herrschenden Ansicht vorwirft, sie übersehe den § 904 BGB, so ist nicht zu erkennen, inwiefern B. Bau auf dem Grundstück M. Straße zur Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr notwendig gewesen sein soll. § 251 Abs 2 BGB aber betrifft einen Schadensersatzanspruch, um den es sich im Falle des § 1004 BGB gerade nicht handelt (RG in HRR 1939 Nr 489). Indessen braucht die Frage hier letztlich nicht entschieden zu werden, da der Beklagte nicht dargetan hat, die ihm durch die Beseitigung der Bauten entstehenden Kosten ständen außer Verhältnis zu der Wertminderung des Grundstücks der Kläger durch B. unsachgemäßen Bau.

5. Daß die oben unter B II 2 angeführten Vorschriften dem Anspruch nicht entgegenstehen, folgt schon aus dem dort Ausgeführten. Auch die entsprechende Rüge ist daher unbegründet. Überwiegend aufsichtsrechtliche Bestimmungen wie die hinsichtlich der Notwendigkeit einer baupolizeilichen Genehmigung zum Abbruch können den materiellrechtlichen Anspruch nicht beeinträchtigen. Denn die hier gegebenenfalls erforderliche Genehmigung hat eine andere Bedeutung wie eine behördliche Genehmigung, von welcher der Bestand eines Rechtsgeschäfts abhängt, oder auch wie : Abbruchgenehmigungen, welche zur Überwachung des Bestandes an Wohnraum nach besonderen

Bestimmungen erforderlich sind. Für diese nimmt Vennemann in MDR 1953, 202 unter Nr 6 allerdings an, daß ihr Fehlen zur Abweisung eines entsprechenden Klagbegehrens führen muß. Es kann dahingestellt bleiben, ob ihm für den von ihm angeführten Bereich zuzustimmen ist. Hinsichtlich der Verordnung vom 3. April 1937 ist jedenfalls im Hinblick auf ihre überwiegend aufsichtsrechtliche Bedeutung der Revision nicht zu folgen, das Fehlen der Genehmigung müsse zur Abweisung des Verlangens der Kläger, die Bauten B. zu entfernen, führen. Dagegen ist es geboten, entsprechend dem Hilfsantrag der Kläger die Vollstreckung dieses Teils des Klagsanspruchs vom Nachweis der baupolizeilichen Abbruchsgenehmigung abhängig zu machen

6. Dem hier behandelten Klagsanspruch steht auch § 226 BGB nicht entgegen. Es trifft nicht zu, daß die Kläger die Beseitigung der Bauten nur zu dem Zwecke fordern, dem Beklagten Schaden zuzufügen. Vielmehr verlangen die Kläger dies, um den Wert ihres Grundstücks wieder herzustellen bzw. um ihre Eigentumsrechte am Grundstück uneingeschränkt auszuüben. Auch der Gesichtspunkt, die Vernichtung wirtschaftlicher Werte zu vermeiden, schlägt nicht durch. Zutreffend weist das Berufungsgericht darauf hin, die am Abkommen vom 21. Januar 1948 Beteiligten hätten unter Nichtachtung der Rechte des Klägers zu 3) und der bevorstehenden Rückübertragung der Anteile auf die Kläger zu 1) und 2) bewußt ein Risiko auf sich genommen und dem Beklagten müsse überlassen bleiben, sich wegen der ihn daraus treffenden Folgen an seinen Rechtsvorgänger B. zu halten (vgl oben unter B I a.E.).

7. Die Revision bittet schließlich noch um Prüfung, ob die Beseitigung der Aufbauten B. von den Klägern deshalb zu einem Teile nicht gefordert werden dürfte, soweit sie mit einem Wiederaufbauplan hinsichtlich des Gesamtgrundstückes vereinbar seien und deshalb auch bei Versagen einer Ausnahmegenehmigung nicht entfernt zu werden brauchten. Auch diesem Angriff ist jedoch aus den obigen Erwägungen zu B II 2 am Ende die Berechtigung zu versagen.

D.

Die Revision ist somit in allen Punkten unbegründet. Entsprechend den Ausführungen zu C 5 ist die Verurteilung des Beklagten zur Entfernung der Aufbauten von dem im ersten Hilfsantrag der Revisionsbeklagten eingeräumten Vorbehalt abhängig zu machen. Ihr weiterer Hilfsantrag ist daher gegenstandslos. Die Allgemeine Genehmigung Nr 70/54 der Bank Deutscher Länder vom 22. Juni 1954 (Banz Nr 118 vom 24. Juni 1954 = Sammelblatt 1954, 713; vgl hierzu auch Mitteilung Nr 6061/54 der Bank Deutscher Länder vom 12. Juli 1954, Banz Nr 133 vom 15. Juli 1954 = Sammelblatt 1954, 830) läßt ferner zu, eine Verurteilung zu einer Handlung auszusprechen, die an sich eine besondere Devisengenehmigung fordert. Dem in dieser Allgemeinen Genehmigung vorgesehenen Vorbehalt bezüglich der Durchsetzung des Urteils ist angesichts der Befristung der den Klägern erteilten besonderen Genehmigung bis zum 30. September 1955 dadurch zu entsprechen, daß für eine Vollstreckung nach diesem Zeitpunkt eine anderweite besondere Genehmigung der Devisenstelle zu fordern ist.

Mit diesen Maßgaben ist das Rechtsmittel des Beklagten zurückzuweisen. Die vom Revisionsgericht eingefügten Vorbehalte stellen sachlich auch keinen teilweisen Erfolg der Revision dar. Die Kosten des Revisionsverfahrens treffen den Beklagten daher in vollem Umfange (§ 97 ZPO).

Dr. Tasche

Schuster

Dr. Oechßler

Dr. Großmann

Dr. Spieler