

Für das Nachschlagewerk!

Nicht für die Amtliche Sammlung!

Gesetz: EGBGB Art 124; ALR §§ 185, 186 I 8; BGB § 1004

Rechtssatz: 1. Nicht nur von freistehenden Mauern, sondern auch von Grundmauern eines Gebäudes auf dem Nachbargrundstück ist bei Erhöhung des Grund und Bodens ein Abstand von 3 Fuss zu halten (§ 185 aaO).

2. Wird dieser Abstand nicht eingehalten, so geht der Anspruch auf seine Wiederherstellung durch Unterlassung von Widerspruch verloren (§ 186 aaO). Ansprüche aus § 1004 BGB bleiben jedoch unberührt.

Aktenzeichen: V ZR 38/54

Urteil des BGH vom 6.Mai 1955

KG Berlin

V ZR 38/54

Verkündet
am 6. Mai 1955
Fieser, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Deutschen Reiches (Reichseisenbahnvermögen), vertreten
durch den Präsidenten des Landesfinanzamtes B [REDACTED] in
B [REDACTED], K [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten und Revisionsklägerin,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

Nebenintervenientin: Firma Edgar G [REDACTED], Altmetall- und Schrott-
handlung, B [REDACTED], M [REDACTED]strasse [REDACTED],

- Prozeßbevollmächtigter des II. Rechtszuges: Rechtsanwalt
[REDACTED], [REDACTED], [REDACTED] -

g e g e n

die Grundstückseigentümerin Elsa T [REDACTED], B [REDACTED],
M [REDACTED]strasse [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 1. April 1955 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Dr. Tasche und der Bundesrichter Dr. v. Nor-
mann, Schuster, Dr. Oechßler und Dr. Spieler

für Recht erkannt:

Die Revision des beklagten Reiches gegen das Urteil
des 9. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom
22. Dezember 1953 wird zurückgewiesen, soweit sie sich
gegen die Verurteilung des beklagten Reiches zu b)
(Beseitigungsanspruch) und zu a) (Grundurteil über die
Klage auf Zahlung) des Berufungsantrages der Klägerin
richtet. Hinsichtlich des Klaganspruchs zu c) (Anspruch
auf Naturalherstellung) gegen das beklagte Reich wird
das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache an das
Landgericht zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung
zurückverwiesen, das auch über die Kosten der Revision
zu befinden hat.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Die Klägerin ist Eigentümerin des Grundstücks M-
strasse in B-Kr-. Sie hat dieses Grund-
stück am 1. April 1948 von dem Voreigentümer, dem Zeugen
von Be-, erworben. Das Grundstück ist bebaut. Das
westliche Nachbargrundstück M-
strasse steht im
Eigentum des Deutschen Reiches (Reichseisenbahnvermögen).
Weiter westlich grenzen Gleisanlagen an, über die im Zuge
der M-brücke die M-strasse hinwegführt.
Diese Strasse ist wegen der Bahnüberführung gegenüber dem
übrigen Gelände erhöht. Das seinerzeit unbebaute Grundstück
Nr. wurde durch Pachtvertrag vom 2. Juli 1946 durch den
Vorstand des Reichsbahnamtes B. an die jetzige Ne-
benintervenientin, die im ersten Rechtszug und zu Beginn
des Berufungsverfahrens Mitbeklagte war, als Lagerplatz
vermietet. An der Grenze zwischen den Grundstücken M-
strasse und wird das auf dem Grundstück der
Klägerin errichtete Gebäude durch eine Mauer abgeschlossen,
die von der Klägerin zum Teil als "Hochkellermauer" bezeich-
net wird. Diese Mauer war mit zehn Luft- und Lichtöffnun-
gen versehen. Zur Zeit der Bebauung des Grundstücks der
Klägerin im Jahre 1908 konnte man durch diese Öffnungen
frei über das Nachbargrundstück Nr. hinwegsehen. Nach
dem ersten Weltkrieg wurde parallel zu den Gleisanlagen
durch das Grundstück M-
strasse eine Strasse ge-
legt. Das Niveau dieser Strasse, die von Süden nach Norden
langsam ansteigt, war in ihrem nördlichen, über das Grund-
stück Nr. führenden Teil um mehrere Meter erhöht, da sie
dort Anschluss an die höher gelegene M-
strasse fin-
den musste. Im Zuge dieser Arbeiten wurde auch das Niveau
des Grundstücks M-
strasse Nr. ebenfalls um mehrere



Meter erhöht und dem Niveau der M[REDACTED]strasse angeglichen. Auf demjenigen Teil des Grundstücks M[REDACTED]strasse [REDACTED], der an das Grundstück der Klägerin grenzt, wurde jedoch das Niveau nicht erhöht. Es entstand hier vielmehr eine Böschung, die mehrere Meter tief nach dem Grundstück der Klägerin zu abfiel. Die sogenannte Hochkellermauer blieb frei und kam mit Erdmassen nicht in Berührung. Es bestand vielmehr zwischen dem östlichen Rand der Böschung und der Mauer noch ein Abstand von mehreren Metern. In den Jahren nach Beendigung des letzten Krieges wurde der so entstandene Böschungswinkel allmählich mit Schuttmassen aufgefüllt. Schliesslich wurden diese Schuttmassen planiert mit dem Ergebnis, daß die Böschung verschwand, das Niveau des Grundstücks M[REDACTED]strasse [REDACTED] nunmehr gleichmässig hoch und die sogenannte Hochkellermauer völlig mit der Erde bedeckt war. Die Hochkellermauer, die 38 cm dick ist, war nicht in der Stärke gebaut, die für eigentliche, bestimmungsgemäss im Erdreich stehende Kellermauern vorgeschrieben ist. Sie war auch nicht isoliert.

Die Klägerin behauptet: Die Aufschüttung und die Einwirkung auf die Hochkellermauer durch die drückenden Erdmassen sei rechtswidrig. Hierdurch sei ein schwerer Schaden entstanden. Da die Mauer nicht als Kellermauer gebaut gewesen sei, zur Zeit der Erbauung man auch nicht damit habe rechnen können, dass diese Mauer jemals mit Erde in Berührung kommen würde, habe die Mauer dem Erddruck nicht standgehalten. Es hätten sich Risse und tiefe Ausbauchungen nach innen ergeben. Es bestehe Einsturzgefahr. Auch Feuchtigkeitsschäden aller Art, insbesondere Schwamm hätten sich als Folge der unzulässigen Erdaufschüttung gezeigt. Die Beklagten seien für den unzulässigen Eingriff und dessen Folgen verantwortlich und verpflichtet, den früheren

Zustand wieder herzustellen und die bereits entstandenen Schäden zu beseitigen. Die Klägerin behauptet weiter, daß nur ein Teil der Kellerräume als Folge der unzulässigen Einwirkung noch benutzbar sei und dass sie hierdurch auch einen Mietausfall von 3 675 DM-West (21 Monate vom 1. Januar 1950 bis 30. September 1951 zu je 175 DM-West) erlitten habe.

Die Klägerin hat hinsichtlich der nunmehrigen Alleinbeklagten die Klage im ersten Rechtszug zunächst gegen das Verwaltungsamt für ehemaligen Reichsgrundbesitz gerichtet. Auf Anregung des Landgerichts hat sie stattdessen die Stadt B■■■■, vertreten durch den Senator für Finanzen, dieser vertreten durch die Sondervermögensverwaltung, diese vertreten durch das Verwaltungsamt für ehemaligen Reichsgrundbesitz, in Anspruch genommen.

Die Klägerin hat im ersten Rechtszug beantragt, die Beklagten (das jetzt alleinbeklagte Reich und die jetzige Nebenintervenientin) als Gesamtschuldner zu verurteilen

- a) an die Klägerin 3 675.-- DM-West nebst 4% Zinsen seit Klagezustellung (9. November 1951) zu zahlen;
- b) die seit 1946 an die Grenzmauer des Hauses M■■■■strasse ■■■ vom Grundstück K■■■■strasse ■■■ her angehäuften Schuttmengen dergestalt zu beseitigen, dass die Grenzmauer in einer Länge von 40 m, gerechnet von einer Strassenfront aus, und in einer Höhe von 5,75 m, gerechnet von der Kellersohle nach oben, freisteht;
- c) auf ihre Kosten in dem gemäss b) freigemachten Mauer-
teil sowie in den an diese Mauer im Innern des Hauses M■■■■strasse ■■■ anschliessenden Kellerdecken und Kellerwänden die Feuchtigkeit- und Schwammschäden sowie die Risse, Druckschäden und Undichtigkeiten zu beseitigen.

Das beklagte Reich bestreitet, dass die Aufschüttung für die Schäden der Klägerin ursächlich gewesen sei, und macht geltend: Der Schutt sei in dem Böschungswinkel zu einem grossen Teil sogar von dem Grundstück der Klägerin aus durch Maueröffnungen geschüttet worden. Weder der damalige Hauseigentümer, der Zeuge von Be [REDACTED], noch die Hausverwaltung hätten etwas dagegen getan. Es müsse vielmehr im Gegenteil aus dem ganzen Sachverhalt entnommen werden, dass der Voreigentümer mit den Aufschüttungen durchaus einverstanden gewesen sei. Die Beklagte weist weiter darauf hin, dass die Nebenintervenientin sich zwar an dem Zuschütten beteiligt habe, die Beklagte hierfür jedoch nicht verantwortlich gemacht werden könne.

Das beklagte Reich und die Nebenintervenientin haben Klagabweisung beantragt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die jetzige Nebenintervenientin ist im Berufungsverfahren durch Rücknahme der Berufung der Klägerin wegen Fristversäumnis als Partei ausgeschieden und der Beklagten als Streithelferin beigetreten. Im Berufungsrechtszug hat die Klägerin erklärt, sie habe von Prozeßbeginn an den Vermögensträger für das hier in Streit befindliche Grundstück in Anspruch nehmen wollen. Sie hat beantragt das Rubrum dahin zu ändern, daß nunmehr die Klage gerichtet werde gegen "Deutsches Reich (Reichseisenbahnvermögen), vertreten durch den Präsidenten des Landesfinanzamts B [REDACTED]". Die Beklagte und die Nebenintervenientin erklärten sich hiermit einverstanden. Im Berufungsrechtszug hat die Klägerin den Klageantrag wiederholt.

Das Berufungsgericht hat das Urteil des Landgerichts in der Richtung gegen das Reich aufgehoben, der Klage ohne

gesamtschuldnerische Haftung zu Nr. b) (Beseitigungsanspruch) stattgegeben und die Klage zu a) (Zahlungsanspruch) und c) (Naturalrestitution) dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Es hat die Sache zur Verhandlung über die Höhe des Anspruchs zu a) und c) an das Landgericht zurückverwiesen.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Klagabweisungsantrag weiter. Als verletzt bezeichnet sie die §§ 116 Satz 1, 133, 242, 254 Abs 1 und 2, 823, 906 BGB; §§ 185, 186 I 8 ALR; §§ 139, 286 ZPO.

Die Klägerin bittet um Zurückweisung der Revision.

Die Nebenintervenientin hat sich am Revisionsverfahren nicht beteiligt.

Entscheidungsgründe:

I.

In den Entscheidungsgründen des Berufungsurteils ist ausgeführt:

1. Die hier in Frage stehende Mauer sei bei der Erbauung im Jahre 1908 und in der Folgezeit nach dem zweiten Weltkrieg gegenüber dem Grundstück M[REDACTED]strasse [REDACTED] keine Kellermauer gewesen. Mit einer Erhöhung des Grundstücks M[REDACTED]strasse [REDACTED] sei bei der Erbauung der Mauer auch nicht zu rechnen gewesen.

Die Niveauerhöhung durch Auffüllung der Böschung sei schon deswegen rechtswidrig, weil sie durch ALR I 8 § 185 verboten gewesen sei, da nach dieser Vorschrift, die gemäß

Art 124 EGBGB noch gelte, derjenige, der seinen Grund und Boden erhöhen wolle, mit dieser Erhöhung 3 Fuß von dem Zaun, der Mauer oder Planke des Nachbarn zurückbleiben müsse.

Die Rechtswidrigkeit ergebe sich aber auch aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Eine meterhohe Aufschüttung eines Geländes über das Niveau des Nachbargrundstücks beeinträchtige dieses in unzulässiger Weise, wenn dabei, wie im vorliegenden Fall, lockere Erde oder Schuttmassen verwendet würden, die die Neigung hätten, auf das Nachbargrundstück herabzufallen. Die Einwirkung, die in dem Eindringen körperlicher Bestandteile in das Nachbargrundstück liege, falle nicht unter die unter Umständen zu duldenden Einwirkungen der im § 906 BGB erwähnten Art. Der Eigentümer des Nachbargrundstücks könne sich ihrer vielmehr nach § 1004 BGB erwehren. Daraus folge, dass auch der Druck, den eine derart aufgeschüttete lose Masse auf eine Mauer des Nachbargrundstücks ausübe, die das Abrutschen verhindere, eine unzulässige Einwirkung sei, besonders dann, wenn der Druck zu einer Ausbauchung der Mauer in das Nachbargrundstück hinein führe, die hier bereits 20 cm ausmache. Erschwerend komme hinzu, daß die sogenannte Hochkellermauer weder ihrer Stärke noch ihrer Isolierung nach bestimmt oder geeignet gewesen sei, einen derartigen Erddruck aufzufangen, was derjenige, der die Auffüllung vorgenommen habe, schon aus dem Bestehen der Luft- und Lichtöffnungen habe entnehmen müssen. Dem Eigentümer des Grundstücks Nr 16 - der Klägerin - stehe unter diesen Umständen ein Recht auf Beseitigung dieses rechtswidrigen, für sein Grundstück immer gefährlicher werdenden Zustandes zu und, soweit ein Verschulden festzustellen sei, auch ein Schadensersatzanspruch.

14

Diese Ansprüche richteten sich gegen das beklagte Reich als Eigentümer des Grundstücks M[REDACTED]strasse 15, das dafür verantwortlich sei, daß die Böschung aufgefällt und der damit geschaffene widerrechtliche Zustand nicht beseitigt worden sei. An der Aufschüttung habe sich der Nebenintervenient beteiligt. Das Reich sei verpflichtet gewesen, dieses Verhalten seines Mieters, notfalls nach § 550 BGB zu verhindern, desgleichen aber auch eine Aufschüttung durch andere Personen. Die Zeitverhältnisse hätten es zwar einem Grundstückseigentümer unmöglich gemacht, jede Anfuhr von Schutt zu verhindern. Wohl aber habe ein Grundstückseigentümer die Anfuhr grosser Schuttmassen und Erdmengen über längere Zeit mit zahlreichen Fuhren verhindern können, um die es sich hier gehandelt habe. Die Pflicht zur Beseitigung des die Klägerin beeinträchtigenden Zustands begründe schon der aus § 836 BGB nach überwiegender Meinung abzuleitende Grundsatz, daß der Eigentümer eines Grundstücks unter dem Gesichtspunkt verkehrsüblicher nachbarlicher Rücksicht verpflichtet sei, zur Abwehr von Beeinträchtigungen anderer tätig zu werden, die sich aus dem auch ohne seinen Willen entstandenen Zustand seines Grundstücks ergeben und zwar insoweit, als er die Beschädigungen bei billiger Rücksicht auf die Interessen des anderen hätte verhüten müssen (RGZ 52, 375; grundsätzlich auch RGZ 134, 235; Palandt BGB Anm 1 zu § 836, Staudinger BGB 10.Aufl Anm 15 zu § 903; anderer Ansicht offenbar RGRKomm 8.Aufl Anm 3 a.E. zu § 1004). Wenn die Rechtsprechung sogar eine Pflicht des Eigentümers eines Ruinengrundstücks bejaht habe, die Trümmer zu beseitigen und sonstige Schutzmaßnahmen zu treffen, obwohl den Ruinengrundstückseigentümer an den Zerstörungen seines Bauwerks keinerlei Schuld treffe, so müsse die Verantwortlichkeit des Grundstückseigentümers erst recht bejaht werden, wenn der gefahrdrohende widerrechtliche Zustand durch die Ein-

wirkung anderer Personen herbeigeführt worden sei, die der Grundstückseigentümer hätte ausschliessen können.

Dass die Aufschüttung eine Gefahr für das Grundstück der Klägerin bedeute, hätte das beklagte Reich, fährt das Berufungsgericht fort, erkennen müssen, wenn es die erforderliche Sorgfalt aufgewendet hätte. Überdies habe die Klägerin, als sie die Gefahr selbst erkannt hatte, das beklagte Reich entsprechend aufmerksam gemacht. Das Verschulden des beklagten Reiches sei nicht dadurch ausgeschlossen, dass es eine juristische Person sei. Die Unterlassung der zum Schutz der Klägerin erforderlichen Maßnahmen beruhe entweder auf fehlerhafter Organisation der beklagten Partei oder auf fehlerhafter Aufsicht, wobei offen bleiben könne, woran der Fehler im einzelnen gelegen habe und welchen gesetzlichen Vertreter die Schuld getroffen habe (§§ 31, 89 BGB; RGZ 89, 136). Im übrigen würde das Reich auch nach § 831 BGB haften, weil es den nach dieser Vorschrift möglichen Entlastungsbeweis nicht angetreten, vielmehr erklärt habe, es wisse gar nicht, welche von den der sowjetzonalen Reichsbahndirektion nachgeordneten Dienststellen oder von ihren Bediensteten vor der Zeit der Verwaltungsübernahme durch die Westberliner Dienststellen diese Angelegenheiten bearbeitet hätten.

2. Die Ansprüche der Klägerin seien auch weder durch ihr eigenes Verhalten noch das ihres Voreigentümers von Bennisen ausgeschlossen oder in ihrem Umfang geändert.

a) Die Klägerin habe zwar nicht sogleich auf die Schäden hingewiesen. Sie habe jedoch von der widerrechtlichen und gefährlichen Veränderung des bestehenden Zustands infolge der Aufschüttung nichts wissen können. Zunächst hätten sich, wie die Beweisaufnahme ergeben habe, auch noch keine Schäden gezeigt. Als die Gefahrenquelle erkennbar geworden sei,

habe die Klägerin durch Schreiben an die Reichsbahndirektion und die Baupolizei Abhilfe herbeizuführen gesucht, da es ihr selbst weder rechtlich noch tatsächlich möglich gewesen sei, die Mauer von fremdem Grund und Boden aus wieder freizulegen. Sie habe sich darauf beschränken müssen, die Mauer auf ihrem Grundstück abzustützen.

b) Nach der Rechtsprechung könne die Mitverantwortung des Eigentümers seinen Anspruch aus § 1004 BGB beeinträchtigen (RGZ 138, 329). Insoweit müsse sich die Klägerin auch das Verhalten des Voreigentümers anrechnen lassen. Ob ein Mitverschulden des Voreigentümers zu einem Ausschluß oder zu einer Minderung des Schadensersatzanspruchs der Klägerin führen könne, sei dagegen zweifelhaft, da Gesamtrechtsnachfolge nicht vorliege und grundsätzlich nur eigene Schuld des Geschädigten erheblich sei. Auf jeden Fall fielen aber nach der Sachlage die Mitverantwortung oder das Mitverschulden des Voreigentümers so wenig ins Gewicht, dass der Schadensersatzanspruch der Klägerin nicht gemindert oder gar ausgeschlossen sei.

Allerdings hätte bei ordnungsgemäßer Grundstücksverwaltung von Bennigsen - wegen seiner Ortsabwesenheit durch geeignete Personen - darauf hinweisen müssen, dass das Aufschütten unterlassen werden solle, da es möglicherweise zu einer Gefährdung seines Grundstücks führe. Das in dieser Unterlassung einer Abmahnung etwa liegende Verschulden wiege gegenüber dem der Beklagten jedoch leicht; denn die Schuttmenge, die durch ein Loch in der Grenzmauer aus dem Grundstück Nr 16 in den Böschungsgraben gebracht worden sei, sei im Vergleich zu den sonst hingeführten geringfügig gewesen. Sie habe auch keinen wesentlichen Anreiz dafür bedeutet, dass nun weiterer Schutt von anderer Seite abgeladen worden sei. Ursächlich für dieses Abladen sei vielmehr die

für Schuttabladen günstige Lage des Grundstücks Nr. [REDACTED] und vor allem der Umstand gewesen, daß das beklagte Reich nichts gegen dieses Abladen unternommen habe und sein Mieter, der Nebenintervenient, das Schuttabladen offenbar sogar gern gesehen und gefördert habe, weil sich dadurch die für seine Zwecke nutzbare Fläche des gemieteten Grundstücks vergrößert habe. Die Klägerin könne sich auch auf die Vorschrift des ebenfalls durch Art 124 EGBGB aufrecht erhaltenen § 186 ALR I 8 berufen: "Daraus, dass der Nachbar die Erhöhungen in einer grösseren Nähe ohne ausdrücklichen Widerspruch geschehen lässt, folgt noch nicht, daß er dem Ersatz des daraus in der Folge erwachsenden Schadens entsagt habe". Besonders ins Gewicht falle aber, daß in Bezug auf den zweiten Haftungsgrund - Unterlassung der Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes - den Voreigentümer keinerlei Mitverschulden treffe.

3. Aus dem Verhalten des Beklagten und der Hausverwaltung des Grundstücks Nr 16 sei auch kein Einverständnis des Voreigentümers mit der Aufschüttung der Böschung und der Inanspruchnahme seiner Mauer zu entnehmen. Hierfür habe die Beweisaufnahme nichts ergeben. Der Zeuge von Be[REDACTED], der sich persönlich um das Grundstück nicht gekümmert habe, habe von den Aufschüttungen nichts gewusst, könne sie also auch nicht gebilligt haben. Die Tatsache, daß der Hauswart selbst eine gewisse Menge Schutt in die Böschung gefüllt habe, biete ebenfalls keinen Anhaltspunkt dafür, daß der Voreigentümer der Klägerin mit der Niveauerhöhung und der Inanspruchnahme der Mauer einverstanden gewesen sei.

4. a) Der Beseitigungsanspruch sei zuzusprechen, ohne daß von der Klägerin oder im Urteil Einzelmaßnahmen bezeichnet werden müßten.

b) Hinsichtlich des Schadensersatzanspruches sei noch zu klären, ob die Vermietung der Räume bereits seit 1. Januar 1950 ohne die schädigenden Einwirkungen möglich gewesen wäre. Der auf Naturalrestitution gerichtete Antrag der Klägerin sei zu allgemein gehalten, hier müßten die einzelnen Posten genau bezeichnet und untersucht werden. Insoweit handelt es sich allerdings nicht um den Betrag eines dem Grunde nach strittigen Schadensersatzanspruches. Um jedoch eine einheitliche Behandlung des gesamten Schadensersatzanspruches zu ermöglichen und eine gleichzeitige Behandlung von Teilen dieses Anspruchs in zwei verschiedenen Instanzen zu vermeiden, müsse die Sache trotz der Entscheidung RG JW 1936 S 3047 hinsichtlich des gesamten Schadensersatzanspruchs an das Landgericht zurückverwiesen werden.

II.

1. Die Revision bemängelt, dass das Berufungsgericht die sich aus § 133 BGB ergebenden Rechtsgrundsätze über stillschweigende Willenserklärungen verkannt habe, wenn es die Einwilligung des Rechtsvorgängers der Klägerin mit der Zuschüttung der Böschung verneint habe. Es genüge, fährt die Revision unter Berufung auf Manigk, Das rechtswirksame Verhalten 1939, 213 ff fort, wenn die Beklagte nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte aus dem Verhalten des Rechtsvorgängers diese Einwilligung habe entnehmen müssen, und es komme im Gegensatz zur Auffassung des Berufungsgerichts nicht darauf an, ob der Rechtsvorgänger auch ein Erklärungsbewußtsein gehabt habe. Für stillschweigende Willenserklärungen gelte in dieser Hinsicht nichts anderes als für ausdrückliche.

Diese Rüge greift nicht durch. Die umstrittene Frage, ob ein äusseres Verhalten, das auf einen Geschäftswillen schliessenläßt, nur dann eine Willenserklärung ist, wenn der Äußernde sich bewußt ist, daß aus dem Verhalten auf einen Geschäftswillen geschlossen werden könne (Enneccerus. Nipperdey Lehrb. 14.Aufl 1955, § 167 II 2 S 712, § 145 II A Nr 1 Anm 4 und Nr 3b Anm 18), oder aber, ob darüber hinaus auch ein Verhalten, bei dem nicht nur der Geschäftswille, sondern sogar das Erklärungsbewußtsein des Handelnden fehlt, diesem als Willenserklärung zuzurechnen ist, kann wie in der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 20. Oktober 1952 IV ZR 44/52 NJW 1953, 58 auch hier unentschieden bleiben. Eine stillschweigende Willenserklärung liegt vor, wenn die schlüssigen Handlungen des Erklärenden zwar unmittelbar auf andere Zwecke gerichtet waren, gleichwohl aber mit Gewißheit und jede andere Deutung ausschliessend (RG WarnRspr 1919 Nr 132) die Absicht erkennen lassen, auch den vorhandenen Geschäftswillen kundzugeben (RGRKomm Anm 2 vor § 116 BGB). Hieran fehlt es. Wenn, wie das Berufungsgericht S 26 des Berufungsurteils feststellt, die Menge des etwa von dem Grundstück der Klägerin stammenden Schuttes, insbesondere der vom Hauswart auf die Böschung geworfene Schutt gegenüber der übrigen Schuttmenge überhaupt nicht ins Gewicht fiel, so kann dieses Schuttabladen aus dem Haus Nr 16 nicht zwingend dahin gedeutet werden, dass damit Schutt-ablagerung in jedem Umfange, vor allem in einem solchen, der Gefahr für die Mauer auf dem Grundstück Nr 16 brachte, gestattet werde. Auch der Umstand, daß 1923 von dem beklagten Reich dem Eigentümer des klägerischen Grundstücks die Genehmigung erteilt wurde, 10 Licht- und Luftöffnungen gegen Entgelt in der strittigen Mauer zu halten, daß aber später jahrelang das Entgelt nicht entrichtet wurde, ändert an der Beurteilung der Sachlage nichts. Einmal unter-

bleiben vertra smässig geschuldete Zahlungen nicht selten, obwohl der Verpflichtete die Vertragsrechte nicht aufgeben will, andererseits wäre ein Verzicht auf die Licht- und Luftöffnungen noch nicht gleichbedeutend mit der Zulassung einer Erdaufschüttung.

2. a) Den Beseitigungsanspruch hält die Revision weiter deshalb für ausgeschlossen, weil die Rechtsprechung des preußischen Obertribunals (Bd 43 S 78) und ihr folgend die allgemeine Meinung aus ALR I 8 § 186 gefolgert haben, daß der Nachbar, der einer Erhöhung des Grund und Bodens ohne Wahrung des im § 185 vorgeschriebenen Abstands von 3 Fuß nicht ausdrücklich widerspricht, zwar Schadensersatz verlangen könne, aber nicht mehr die Wiederherstellung dieses Abstandes.

Die Fortgeltung des § 186 ist umstritten, jedoch mit Meisner-Stern-Hodes (Preußisches Nachbarrecht 2. Aufl 1955 § 20 V 2 S 263) zu bejahen. Desgleichen ist die ebenfalls strittige Frage, ob in § 185 der Ausdruck "Mauer" auch Grundmauern einschliesst oder sich nur auf freistehende Grenzmauern bezieht, im ersteren Sinne zu beantworten (Meisner-Stern-Hodes aaO Fußnote 76; Müller, Deutsches Bau- und Nachbarrecht, 2. Aufl 1903 S 79; s. auch RGZ 6, 261). Der von der Revision gezogene Schluss ist indes nicht gerechtfertigt. Der Widerspruch aus § 186 ist zwar eine weitere Voraussetzung für die über das Bürgerliche Gesetzbuch hinausgehende Beschränkung, dass der Grundstückseigentümer beim Aufschütten 3 Fuß Abstand halten muss. Wird der Widerspruch versäumt, so kann dieser Abstand, für den es keines weiteren Nachweises bedurfte, nicht mehr verlangt werden. Das Recht, Störungen des Eigentums aus § 1004 BGB abzuwehren, ist damit aber nicht ausgeschlossen, und auf dieser Vorschrift beruht die Verurteilung der Beklagten zu b) des Klageanspruchs.

b) Ob das Berufungsgericht nach § 139 ZPO auf die §§ 185 und 186 I 8 ALR hätte hinweisen müssen, kann offen bleiben. Das beklagte Reich, führt die Revision aus, hätte auf solchen Hinweis hervorgehoben, daß das Grundstück Nr 16 beim Bau des auf ihm errichteten Hauses auf Strassenhöhe gebracht worden sei. Habe der Eigentümer eines Grundstückes das Niveau seines Anwesens selbst erhöht, so könne er für die dadurch zur Kellermauer gewordene bisherige sogenannte Hochkellermauer keinen besonderen Schutz verlangen. Es habe durchaus im Bereich der Möglichkeit gelegen, dass die Eisenbahnverwaltung den an das Nachbargrundstück grenzenden Teil ihres eigenen Grundstücks einmal auf Strassenhöhe bringe, wobei zu berücksichtigen sei, dass in der M[REDACTED]strasse eine geschlossene Bauweise vorgelegen habe. Diese Erwägungen ergeben nichts gegen den klägerischen Anspruch. In Frage steht nicht die Abgrenzung der Grundstücke zur M[REDACTED]strasse hin, sondern die senkrecht auf diese Strasse treffende Abgrenzung der beiden Grundstücke und die Niveauerhöhungen auf dieser Linie. Hätte der Voreigentümer der Klägerin beim Bau keine Niveauerhöhung vorgenommen, so hätte sich doch an der Unzulässigkeit der Erhöhung durch den Beklagten nichts geändert. Der unzulässige Druck hätte nur etwas tiefer angesetzt. Überdies wurde nach dem Vortrag der Klägerin, dem die Beklagte keine Gegendarstellung entgegengesetzt hat, nur die Grundstückssohle um etwa 1 m gehoben. Die geschlossene Bauweise räumt den Beseitigungsanspruch nicht aus. Bei Anbau einer festen Mauer auf dem Grundstück Nr [REDACTED] wären zwar die Luft- und Lichtöffnungen der Mauer der Klägerin verbaut worden, aber die aufzuführende Mauer auf dem Grundstück Nr [REDACTED] hätte auf das Haus der Klägerin nicht weiter eingewirkt, insbesondere keine Mauerausbauchung verursacht.

3. In den Ausführungen des Berufungsgerichts, dass das beklagte Reich wegen unerlaubter Handlung nach § 823 BGB sich durch Zuschütten oder Zuschüttenlassen der Böschung schadensersatzpflichtig gemacht habe, vermißt die Revision eine Feststellung darüber, wieso es die Beschaffenheit der Kellermauer auf Grundstück Nr. ■ im Zeitpunkt des Zuschüttens hätte erkennen können. Die Klägerin habe, wie das Berufungsurteil S 21 feststellt, erstmals mit Schreiben vom 5. Juli 1951 auf die Folge der Zuschüttung hingewiesen.

Wie die Ausführungen des Berufungsurteils ergeben, sieht das Berufungsgericht das Verschulden des Beklagten jedoch darin, dass die Licht- und Luftöffnungen erkennen liessen, es handele sich nicht um eine Mauer, die besonders druckfest und isoliert gewesen wäre. Dazu kommt, dass die Mauer freistehend aufgeführt worden war und jahrzehntelang so gestanden hatte. Fahrlässig war es unter solchen Umständen, durch Erdaufschüttung diese Mauer einem Druck auszusetzen, ohne vorher Erkundigung einzuziehen, ob die Mauer ihm auch gewachsen sein würde. Ausserdem ist § 185 I 8 ALR als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs 2 anzusehen, so daß es für die Schadensersatzpflicht schon genügt, dass das beklagte Reich schuldhaft dieses Schutzgesetz verletzt hat, ohne daß sich die mögliche Voraussicht auch auf den später eingetretenen Schaden hätte erstrecken müssen.

4. Schließlich beanstandet die Revision noch die Ausführungen des Berufungsgerichts über das mitwirkende Verschulden der Klägerin und des Voreigentümers. Es sei nicht entscheidend, führt die Revision aus, daß nach den Feststellungen des Berufungsgerichts die aus dem klägerischen Grundstück hinausgeführte Schuttmenge gegenüber der Gesamtmenge unbedeutend gewesen sei, entscheidend sei vielmehr, daß der

Rechtsvorgänger der Klägerin schon durch die bloße Tatsache, dass er von seinem Grundstück aus zur Aufschüttung beigetragen habe, damit zum Schuttanfahen ermuntert habe, anstatt sich dagegen zu wenden. Diese Rüge scheitert an der nichtangegriffenen Feststellung des Berufungsgerichts, dass diese Handlungsweise des Voreigentümers und seines Hauswirts für das Schuttabladen im übrigen nicht ursächlich gewesen sei.

Jedenfalls, führt die Revision weiter aus, liege insofern ein überwiegendes Verschulden zu Lasten der Klägerin vor, als der Voreigentümer nach Einstellung der Zahlungen für die Gestattung der Luft- und Lichtöffnungen es unterlassen habe, die Beklagte auf die Gefahr eines aussergewöhnlichen (gemeint wohl: ungewöhnlich hohen) Schadens hinzuweisen. Auch hier ist jedoch kein Rechtsverstoß des Berufungsgerichts zu erkennen. Es spricht zwar davon, daß die Mitschuld der Klägerin oder ihres Voreigentümers nicht ins Gewicht falle, stellt jedoch dann seine Entscheidung, wie das Gesetz es fordert, unter Bejahung der Mitschuld in erster Linie darauf ab, ob der Schaden von der Beklagten oder der Klägerin, allenfalls ihrem Voreigentümer, überwiegend verursacht worden sei. Zuzugeben ist, dass der in Betracht kommende Schaden sehr erheblich ist, aber es war von vornherein klar, dass wenn das Mauerwerk nicht standhalten würde, mit einem hohen Schaden zu rechnen war, so daß dieser im Sinne des Gesetzes kein ungewöhnlich hoher ist. Die Verteilung der Verantwortlichkeit selbst im Rahmen des § 254 BGB gehört in das Gebiet der tatsächlichen Würdigung, in die das Revisionsgericht nur eingreifen könnte, wenn der Tatrichter die vorliegenden Unterlagen nicht ordnungsgemäss verwertet oder sonst ein Rechtsirrtum ersichtlich wäre (BGH 25.IX.52 III ZR 334/51; Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des BGH BGB § 254 (g)-Nr 1; 17.XII.52 VI ZR 40/52 aaO Nr 2;

27.XI.52 VI ZR 56/52). An dieser Voraussetzung des Eingreifens fehlt es aber.

Zu den Feuchtigkeitsschäden meint die Revision, es sei ausschliesslich Verschulden des Voreigentümers, wenn der Keller infolge ungenügender Luftzufuhr zu feucht geworden sei. Für diese Rüge fehlen entsprechende substantiierte Behauptungen in den Tatsacheninstanzen. Sie ist daher in diesem Rechtszug nicht beachtlich.

III.

Nach alledem greifen die Einwendungen der Revision gegen das Berufungsurteil nicht durch. Das Berufungsgericht hat mit Recht dem Anspruch auf Beseitigung stattgegeben und den nach Grund und Höhe streitigen Anspruch auf Schadensersatz wegen Mietausfalls dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Insoweit war die Revision zurückzuweisen.

Dagegen kann das Berufungsurteil insoweit nicht bestehen bleiben, als es den Anspruch auf Naturalherstellung (schadenbehebende Baumaßnahmen) für gerechtfertigt erklärt. Es kann dahingestellt bleiben, ob hinsichtlich eines solchen Anspruchs, dem es an einem Betrage fehlt, ein Urteil über den Grund nach § 304 ZPO überhaupt ergehen kann, ob insbesondere die vom Berufungsgericht angeführten Gründe eine Abweichung von dem klaren Wortlaut und Sinn des § 304 ZPO rechtfertigen könnten. Ebenso kann unerörtert bleiben, ob ein Verstoß gegen § 304 ZPO ohne Revisionsrüge von Amts wegen zu beachten wäre.

Auch das Urteil über den Grund des Anspruchs setzt einen den Vorschriften des § 253 ZPO entsprechenden Klageantrag voraus. Wie das Berufungsgericht richtig erkannt hat, entbehrt der erhobene Anspruch auf Naturalherstellung,

in dem die einzelnen Schäden, die beseitigt werden müssen, nach Ort und Art nicht näher angegeben sind, der erforderlichen Bestimmtheit (s. auch OLG 25, 88), wie ohne weiteres zu erkennen ist, wenn man sich ein etwaiges Versäumnisurteil zugunsten der Klägerin vergegenwärtigt. Dieser Mangel nötigt jedoch nicht etwa wegen Unzulässigkeit der Klage zu einer vom Revisionsgericht auszusprechenden Teilabweisung, die voraussichtlich nur zu einer zwecklosen Prozeßverdoppelung führen würde (RGGruch 49, 399). Die Zulässigkeit der Klage war - bereits in der Tatsacheninstanz - von Amts wegen zu prüfen (BGHZ 11, 181 [184]) und auf die Beseitigung bestehender Mängel nach § 139 ZPO hinzuwirken. Da insoweit auch das tatsächliche Vorbringen durch die Klägerin ergänzt werden muss, war die Sache unter entsprechender Aufhebung des Berufungsurteils hinsichtlich des Anspruchs auf Herstellung in die Tatsacheninstanz zurückzuverweisen. Veranlasst war die auch zur Vermeidung gleichzeitiger Prozeßführung in verschiedenen Instanzen zweckmäßige Zurückverweisung an das Landgericht und zwar in entsprechender Anwendung des § 539 ZPO, weil der Mangel schon im ersten Rechtszug hätte beachtet werden müssen.

Das Berufungsgericht hat dem Landgericht die Entscheidung über die Kosten des Rechtsstreits für beide Rechtszüge übertragen. Dabei hat es sein Be-

wenden mit der Massgabe, daß das Landgericht auch
über die Kosten der Revision zu befinden hat.

Dr. Tasche

Dr. v. Normann

Schuster

Dr. Oechßler

Dr. Spieler