

Nachschlagewerk: ja

028

BGHZ: nein

PrALR I 22 § 13; EGBGB Art. 184

Zur Frage der Begründung einer Wegegerechtigkeit
nach § 13 I 22 PrALR.

BGH, Urt. v. 22. Oktober 1971 - V ZR 67/69 - OLG Hamm
LG Essen

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V ZR 67/69

URTEIL

Verkündet am

22. Oktober 1971

H i r t h ,
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Landwirts Heinrich D [REDACTED]
in N [REDACTED], K [REDACTED]straße,

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Dipl.-Ingenieur Siegfried G [REDACTED] und
dessen Ehefrau Margot G [REDACTED] geb. Gr [REDACTED],
beide wohnhaft in N [REDACTED], K [REDACTED]straße [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. Oktober 1971 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Augustin und der Bundesrichter Dr. Rothe, Dr. Mattern, Hill und Dr. Grell für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 3. Februar 1969 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als es die Anschlußberufung des Beklagten zurückgewiesen hat. Im Umfang der Aufhebung des Urteils wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsrechtszugs, an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Im übrigen wird die Revision zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Kläger sind Eigentümer des Hausgrundstücks K[REDACTED]straße [REDACTED] in N[REDACTED]. Der Zufahrtsweg zu diesem Grundstück von der K[REDACTED]straße her verläuft über ein fremdes Grundstück und führt dann über das Grundstück der Kläger hinaus weiter zu dem Bauernhof des Beklagten. Dieser benutzt ihn zum Gehen und Fahren.

Die Kläger begehren die Feststellung, daß dem Beklagten an der ihnen gehörenden Parzelle kein Wege-recht zusteht.



Der Beklagte ist demgegenüber der Auffassung, schon vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs sei eine altrechtliche Wegegerechtigkeit an der Parzelle entstanden. Er leitet dies in erster Linie aus einer Urkunde aus dem Jahre 1837 her und meint, daß seine Rechtsvorgänger auf Grund des darin zu erblickenden Titels die Wegegerechtigkeit innerhalb von 10 Jahren hätten ersitzen können. Davon abgesehen habe der streitige Weg schon im Jahre 1870 bestanden; seine Rechtsvorgänger hätten ihn ohne Widerspruch der Betroffenen in dem Bewußtsein benutzt, damit ein ihnen zustehendes Recht auszuüben.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

Dagegen haben die Kläger Berufung eingelegt. Im Berufungsrechtszug hat der Beklagte im Wege der Anschlußberufung für den Fall, daß der Berufung stattgegeben werde, Verurteilung der Kläger als Gesamtschuldner begehrt, ihm die Benutzung des südlichen Teils der ihnen gehörenden Parzelle als Notweg zu gestatten. Die Kläger haben in erster Linie Zurückweisung der Anschlußberufung beantragt, hilfsweise Zurückweisung mit der Maßgabe, daß für das angebliche Notwegrecht eine zeitliche Begrenzung vorgesehen werde.

Das Berufungsgericht hat unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils der Klage stattgegeben und die Anschlußberufung des Beklagten zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte sein Begehren auf Abweisung der Klage und den Antrag seiner Anschlußberufung weiter. Die Kläger beantragen Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe

I.

Für den Beklagten ist keine auf dem Grundstück der Kläger lastende Grunddienstbarkeit im Grundbuch eingetragen. Ein vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs entstandenes und seinen Rechtsvorgängern zustehendes dingliches Wegerecht würde allerdings auch ohne Eintragung bestehen geblieben sein (Art. 184 EGBGB) und auch zur Aufrechterhaltung der Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs nicht der Eintragung bedürfen (Art. 187 EGBGB). Der Beklagte hat jedoch nach der Auffassung des Berufungsgerichts den ihm obliegenden Nachweis für die Entstehung eines solchen Rechts nicht zu erbringen vermocht.

Diese Auffassung hält den Angriffen der Revision stand.

1. a) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts kann der Beklagte aus der durch ihn vorgelegten Urkunde vom 28. September 1837 schon deshalb keine Rechte herleiten, weil der darin niedergelegte Vertrag zwischen dem A [REDACTED] Johann Peter H [REDACTED] -D [REDACTED] aus

N[REDACTED] - von dem das Berufungsgericht unterstellt, daß er ein Rechtsvorgänger des Beklagten war - und dem Tagelöhner Heinrich Ko[REDACTED] genannt G[REDACTED] aus der Herrschaft B[REDACTED] sich nicht auf die streitige Parzelle bezog.

H[REDACTED]-D[REDACTED] übertrug durch diesen Vertrag den ihm gehörigen "G[REDACTED]-Ko[REDACTED]" zu Byfang - bestehend aus den im Flurbuch der Gemarkung Byfang unter den Nummern 320 - 324 der Flur II eingetragenen Parzellen - sowie von der angrenzenden Parzelle Buschgrund ein Teilstück, das danach die Flurbezeichnung II 319/11 erhielt, auf Ko[REDACTED] zu Volleigentum. Er behielt sich jedoch in § 4 Buchst. d des Vertrags den freien und ungehinderten Fahrweg über die letztgenannte Parzelle vor, "um zu seinem dahinter gelegenen Gehölz zu gelangen".

Das Berufungsgericht stellt dazu fest, die Urkunde aus dem Jahre 1837 beziehe sich auf Parzellen, die in der Bauernschaft B[REDACTED] lagen. Der streitige Weg dagegen befinde sich auf der anderen Seite der Kohlenstraße in unmittelbarer Nähe des Anwesens des Beklagten in Niederwenigern.

b) Erfolglos rügt die Revision, das Berufungsgericht habe unter Prozeßverstoß (§ 286 ZPO) das Vorbringen des Beklagten übergangen, wonach die Gemeindegrenzen im Jahr 1837 anders als heute verlaufen seien und B[REDACTED] über die K[REDACTED]straße hinausgereicht habe. Das Berufungsgericht hat nämlich, was die Revision

übersieht, seine Feststellungen auch darauf gestützt, daß die Kläger durch die Vorlage einer Ablichtung der Urkarte der Gemarkung B[REDACTED] Flur II aus dem Jahre 1822 die in der Urkunde aus dem Jahr 1837 aufgeführten Parzellen als - von den Grundstücken der Parteien aus gesehen - jenseits der K[REDACTED]straße liegend nachgewiesen hätten. Auf diesen Nachweis konnte das Berufungsgericht abstellen, ohne dabei der Frage nachzugehen, wo die Grenzen der Bauernschaft B[REDACTED] im Jahre 1837 verliefen.

c) Eine weitere Rüge aus § 286 ZPO stützt die Revision darauf, daß das Berufungsgericht das Vorbringen des Beklagten in seinem Schriftsatz vom 26. (nicht, wie es in der Revision irrtümlich heißt, vom 20.) September 1968 darüber, daß "das frühere Gehölz jedenfalls zum Teil abgeholzt" gewesen sei und daß sich "die Eigentümeridentität aus dem beizuziehenden Grundbuch" ergebe, nicht beachtet habe. Die Revision berücksichtigt dabei nicht, daß die Parteien im damaligen Prozeßstadium noch davon ausgingen, die Urkunde aus dem Jahre 1837 beziehe sich auf den streitigen Weg. Was das Berufungsgericht für die hier erörterte Frage aus jenen Ausführungen des Beklagten hätte entnehmen sollen, ist nicht ersichtlich.

2. Das Berufungsgericht hat auch im übrigen die vertragliche Bestellung eines Wegerechts als nicht nachgewiesen erachtet.

Auch dagegen wendet sich die Revision. Sie meint, das Berufungsgericht habe jedenfalls die stillschweigende Begründung einer Dienstbarkeit feststellen müssen.

Der Angriff geht fehl.

Grundgerechtigkeiten konnten im Gebiet des - auch nach Ansicht der Revision hier zur Anwendung kommenden - Preußischen Allgemeinen Landrechts "durch rechtsgültige Willenserklärungen eingeräumt" und "auch durch Verjährung erworben werden" (§ 13 I 22 ALR). Nach § 14 I 22 ALR mußte "bei dieser letzteren Erwerbungsart besonders nachgewiesen sein, daß der Besitzer des berechtigten Grundstücks die streitige Befugnis als ein wirkliches Recht, und nicht vermöge einer bloßen Vergünstigung in Besitz genommen, und durch rechtsverjährte Zeit ununterbrochen ausgeübt habe". Verträge über die Begründung einer Dienstbarkeit bedurften zwar grundsätzlich der Schriftform (§ 135 I 5 ALR; vgl. dazu Koch/Johow, ALR 7. Ausgabe § 13 I 22 Anm. 19; Rehbein/Reincke, ALR 4. Aufl. § 13 I 22 Anm. 16; Förster/Eccius, Preußisches Privatrecht 7. Aufl. § 187 II S. 389 ff; Meisner/Stern/Hodes, Nachbarrecht 5. Aufl. § 36 I 3 S. 698, jeweils mit weiteren Nachweisen). Das Erfordernis der Schriftlichkeit schloß an sich auch das Erfordernis der Ausdrücklichkeit ein (vgl. dazu Förster/Eccius aaO S. 390 mit weiteren Nachweisen). Jedoch konnte auch die Auslegung eines Vertrags zu dem Ergebnis führen, daß dadurch eine Grunddienstbarkeit bestellt werde. Eine solche "stillschweigende" - dem tatsächlichen oder doch vom Gesetz unterstellten Vertragswillen entsprechende - Bestellung

einer Dienstbarkeit kam insbesondere dann in Betracht, wenn von mehreren in einer Hand befindlichen Grundstücken, von denen eins zum Vorteil eines anderen tatsächlich benutzt wurde, eins veräußert wurde. Schließlich wurde insbesondere vom Obertribunal auch der mündlich geschlossene Vertrag über die Bestellung einer Dienstbarkeit unter gewissen Voraussetzungen - wie der Erfüllung des Vertrags und der tatsächlichen Ausübung der Dienstbarkeit - als wirksam anerkannt.

Alles dies verhilft aber der Revision, die sich insbesondere auf die erwähnten Ausführungen bei Meisner/Stern/Hodes und ferner auf Koch/Johow (aaO § 14 I 22 Anm. 24; § 579 I 9 Anm. 54) beruft, nicht zum Erfolg. Denn auch die Revision vermag nicht aufzuzeigen, in welchen festgestellten Tatsachen das Berufungsgericht bei Beachtung der vorstehend dargelegten Grundsätze den Abschluß eines Vertrages über die Bestellung einer Grunddienstbarkeit hätte erblicken müssen:

Soweit sie geltend macht, daß nach M[REDACTED]/St[REDACTED]/H[REDACTED] die stillschweigende Bestellung gerade bei Teilungen von Grundstücken angenommen worden sei und daß ein solcher Fall hier vorliege, scheint sie im Auge zu haben, daß, als die Kläger ihr Grundstück im Jahre 1962 erwarben, angrenzende Parzellen im Eigentum des damaligen Veräußerers S[REDACTED] verblieben. Was sich daraus aber zugunsten des Beklagten ergeben soll, ist nicht ersichtlich.

Die Revision meint weiter, die mündliche Bestellung des Wegerechts habe aus den Umständen erschlossen werden

dürfen, weil - was sie den Feststellungen des Berufungs-
urteils entnehmen zu können glaubt - "dem ständigen
Besitz nicht widersprochen worden" sei. Es geht in der
auf die Prüfung von Rechtsfehlern beschränkten Revisions-
instanz jedoch nicht darum, ob das Berufungsgericht bei
der ihm zustehenden tatrichterlichen Würdigung zu einem
anderen Ergebnis als dem gefundenen hätte kommen dürfen,
sondern darum, ob es dazu hätte kommen müssen und ob
ein Rechtsverstoß darin liegt, daß es nicht dazu gelangt
ist. Diese Frage ist hier zu verneinen.

3. Nach alledem kann keine Rede davon sein, daß
die Rechtsvorgänger über einen "Titel" im Sinne des
§ 625 I 9 ALR verfügt hätten, auf Grund dessen sie die
streitige Grundgerechtigkeit innerhalb von nur 10 Jahren
- statt 30 Jahren - durch Verjährung hätten erwerben
können (§ 620 I 9 ALR).

4. Zutreffend ist das Berufungsgericht weiter
davon ausgegangen, daß die Ersitzungszeit für den
Erwerb der streitigen Grundgerechtigkeit 30 Jahre be-
tragen habe (§§ 13, 14 I 22 ALR). Der vorliegende Fall
gibt keine Veranlassung zur Erörterung der Streitfrage,
die an der von der Revision zitierten Stelle bei Koch/
Johow, ALR § 14 I 22 Anm. 24 dargelegt wird, nämlich
der Frage, "ob die Vorschrift auf die Beschaffenheit
(Titel, Fehler) des Besitzes, oder auf die Erforder-
nisse des Erwerbs eines Rechtsbesitzes zu beziehen"
sei (vgl. dazu auch Förster/Eccius aaO § 187 II 2 S. 396).
Denn ein Verjährungserwerb des Beklagten scheitert
schon daran, daß er nach den Feststellungen des Be-

berufungsgerichts nicht die dafür erforderliche Dauer eines ununterbrochenen Besitzstands seiner Rechtsvorgänger für 30 Jahre vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs hat nachweisen können:

Das Berufungsgericht hat als erwiesen nur angesehen, daß etwa ab 1890 ein Ersitzungstatbestand vorgelegen habe. Für die davor liegenden 20 Jahre könne dies jedoch nicht festgestellt werden. Vielmehr liege, so hat das Berufungsgericht ausgeführt, im Hinblick auf den näher bezeichneten Verlauf des Wegs durchaus im Bereich des Möglichen, daß erst in der Zeit zwischen 1870 und 1890 der streitige Weg als Zufahrt zum Hof des Beklagten entstanden sei.

Die Revision greift die Beweiswürdigung des Berufungsgerichts mit der verfahrensrechtlichen Rüge an, das Berufungsgericht habe den Vortrag des Beklagten im Schriftsatz vom 6. (nicht, wie es in der Revision irrtümlich heißt, 2.) Januar 1968 (richtig: 1969) nicht beachtet, daß der Weg mit über einhundert Jahre alten hohen Bäumen bestanden sei.

Die Rüge geht fehl. Die Kläger hatten auf jenes Vorbringen des Beklagten hin auf Seite 3 ihres Schriftsatzes vom 7. Januar 1969 erwidert, die Überlegung des Beklagten wäre richtig, wenn der streitige Weg eine Allee gewesen wäre. Tatsächlich habe es sich dort aber um ein kleines Waldstück gehandelt, das die Anlage eines Weges eher behindert als gefördert habe. Die Revision hat nicht dargetan, daß der Beklagte

darauf erwidert und etwa Umstände dafür ins Feld zu führen versucht hätte, daß die jetzt noch vorhandenen Bäume von vornherein nicht als Teil eines Waldstücks, sondern entlang einem damals schon vorhandenen Weg gepflanzt worden seien. Bei diesem Streitstand konnte das Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß davon ausgehen, auch der Beklagte sehe in der Art des Baumbestands kein hinreichendes Indiz mehr für ein bestimmtes Mindestalter des Weges.

5. a) Die Revision stellt weiter zur Nachprüfung, ob nicht - auch im Hinblick auf die Schwierigkeiten des Nachweises einer Ersitzung nach altem Recht - hinsichtlich der Ersitzung einer altrechtlichen Dienstbarkeit die Zeit nach 1900 und nach Anlegung des Grundbuchs einzubeziehen sei.

Indessen konnten die Rechtsvorgänger des Beklagten eine Grunddienstbarkeit alten Rechts nur bis zum Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs erwerben (Art. 184 EGBGB; vgl. auch BGB RGRK, 11. Aufl. § 900 Anm. 3; Riedel, RdL 1952, 32 "Über den Beweis altrechtlicher Grunddienstbarkeiten"). In der späteren Zeit kam nur eine Ersitzung nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs in Betracht (§ 900 Abs. 2 BGB). Deren Voraussetzungen aber liegen schon mangels Eintragung der streitigen Wegegerechtigkeit im Grundbuch nicht vor. Die von der Revision angeschnittene Frage der Zusammenrechnung der Zeit vor 1900 und der späteren Zeit für die Frage der Ersitzung (vgl. dazu auch Art. 185 i.V.m. Art. 169 EGBGB) stellt sich daher nicht.

b) Die Revision regt ferner eine entsprechende Anwendung des Art. 128 EGBGB an. Nach dieser Bestimmung bleiben die landesrechtlichen Vorschriften über die Begründung und Aufhebung einer Dienstbarkeit an einem Grundstück, das im Grundbuch nicht eingetragen ist und nach den Vorschriften der Grundbuchordnung nicht eingetragen zu werden braucht, unberührt. Indessen können weder die von der Revision hervorgehobenen Beweisschwierigkeiten des Beklagten noch sonstige Gesichtspunkte rechtfertigen, einen Fall wie den vorliegenden mit dem durch Art. 128 EGBGB geregelten rechtlich gleichzustellen und dies mit dem Gesichtspunkt der entsprechenden Anwendung dieser Vorschrift zu begründen.

c) Daß, worauf die Revision weiter hinweist, die Tatsachen der Begründung eines Besitzverhältnisses vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs nach altem Recht zu beurteilen sind (Soergel/Hartmann, EGBGB 10. Aufl. Art. 180 Nr. 1), daß § 1029 BGB den Besitzer eines Grundstücks in der Ausübung einer für den Eigentümer eingetragenen Grunddienstbarkeit in entsprechender Anwendung der für den Besitzschutz geltenden Vorschriften schützt und daß § 1006 BGB für den Eigenbesitzer einer beweglichen Sache eine Eigentumsvermutung aufstellt, ist für den vorliegenden Rechtsstreit unerheblich.

6. Die Revision wirft dem Berufungsgericht vor, es habe sich nicht mit der Frage eines schuldrechtlich bewilligten Wegerechts auseinandergesetzt und dadurch § 551 Nr. 7 ZPO verletzt.

Der Angriff geht schon deshalb fehl, weil die Kläger laut Tatbestand des angefochtenen Urteils nur die Feststellung erstreben, daß dem Beklagten kein dingliches Wegerecht zustehe. Was dem Berufungsgericht dennoch Anlaß gegeben haben könnte, auch der Frage eines schuldrechtlichen Wegerechts nachzugehen, ist dem pauschalen Hinweis der Revision "auf den Vertrag und den Beweisantritt im Schriftsatz vom 8. Oktober 1968 Seite 1 f" nicht mit hinreichender Klarheit zu entnehmen. Zudem haben die Kläger - offenbar gerade in Erwiderung auf den genannten Schriftsatz des Beklagten - in ihrem Schriftsatz vom 8. November 1968 ausdrücklich betont, die Klage solle sich nicht gegen eine schuldrechtliche Verbindlichkeit richten.

7. Das Berufungsgericht hat der Klage nach alledem zu Recht stattgegeben.

II.

1. Für den mit der Anschlußberufung geltend gemachten Hilfsantrag des Beklagten auf Verurteilung der Kläger, die Benutzung des südlichen Teils ihres Grundstücks als Notweg zu gestatten, hat das Berufungsgericht das Rechtsschutzinteresse verneint:

Im Augenblick benutze der Beklagte, so hat das Berufungsgericht ausgeführt, den streitigen Fahrweg allerdings zu Recht als Notweg, da ihm eine andere Fahrverbindung zum öffentlichen Wegenetz fehle. Die Kläger machten dies dem Beklagten zur Zeit jedoch

auch nicht streitig; denn sie wollten für eine angemessene Zeit, binnen welcher der Beklagte sich eine eigene Zufahrt - gemeint ist, eine Zufahrt über eigene an der Kohlenstraße gelegene Grundstücke - schaffen könne, den gegenwärtigen Zustand noch dulden, und zwar sähen sie nach ihren Erklärungen in der mündlichen Verhandlung eine Wartezeit bis zum 30. Juni 1970 als angemessen an. Der Beklagte werde "mit hinreichender Wahrscheinlichkeit" in der Lage sein, innerhalb der von den Klägern zugestandenen Frist an anderer Stelle eine Verbindung seines Hofes mit dem öffentlichen Wegenetz zu schaffen. Ob Mitte 1970 immer noch ein unverschuldet vom Beklagten nicht beseitigter Verbindungsmangel im Sinne des § 917 BGB vorliegen werde, könne jetzt noch nicht beurteilt werden.

2. Gegen diese Ausführungen wendet die Revision sich mit Recht.

a) Die Anschlußberufung enthält eine hilfsweise erhobene Widerklage (zur Zulässigkeit einer solchen Widerklage vgl. BGHZ 43, 28, 30 mit weiteren Nachweisen). Die Zulässigkeit ihrer Erhebung im Berufungsrechtszug setzte voraus, daß die Kläger einwilligten oder das Berufungsgericht die Sachdienlichkeit bejahte (§ 529 Abs. 4 ZPO). Über die Prüfung dieser Voraussetzungen ergibt das angefochtene Urteil zwar nichts. In der Revisionsinstanz ist jedoch zugunsten des Beklagten davon auszugehen, daß insoweit keine durchgreifenden rechtlichen Bedenken bestehen.

b) Die Widerklage ist auf die Verurteilung der Kläger zur Gestattung der Benutzung des Wegs als Notweg, mithin auf eine Leistung - nicht auf eine Feststellung - gerichtet. Dies verkennt die Revision bei ihrer Rüge, das Berufungsgericht habe durch Verneinung des Feststellungsinteresses § 256 ZPO verletzt.

c) Die Ausführungen der Revision ergeben aber auch die berechnigte Rüge, das Berufungsgericht habe der Widerklage das - auch für die Zulässigkeit einer Leistungsklage erforderliche - Rechtsschutzinteresse zu Unrecht versagt.

Wenn die Kläger ihre Bereitschaft zum Ausdruck gebracht haben, den gegenwärtigen Zustand noch bis zum 30. Juni 1970 zu dulden, so haben sie damit nicht ohne weiteres zugleich auch einen entsprechenden Rechtsanspruch des Beklagten anerkannt. Dementsprechend haben sie auch insoweit nicht etwa ein Anerkenntnis erklärt - wofür möglicherweise auch ein Anerkenntnis unter Protest gegen die Kostenlast in Betracht gekommen wäre (§ 93 ZPO) -, sondern sie haben in erster Linie Zurückweisung der Anschlußberufung und nur hilfsweise "Zurückweisung mit der Maßgabe" beantragt, daß für das streitige Notwegrecht eine zeitliche Begrenzung vorgesehen werde. Durch dieses Verhalten aber konnten sie nicht das berechnigte Interesse des Beklagten daran ausräumen, durch eine gerichtliche Entscheidung geklärt zu wissen, ob ihm ein Notwegrecht zustehe oder nicht.

Eine solche Klärung ist hier auch nicht darin zu erblicken, daß das Berufungsgericht lediglich in den Entscheidungsgründen zum Ausdruck gebracht hat, der Beklagte benutze den Fahrweg "im Augenblick" zu Recht als Notweg. Denn die Entscheidungsgründe eines Urteils sind zwar für die Auslegung des Urteilstenors heranzuziehen; sie können aber eine im Tenor enthaltene Sachentscheidung, deren Erlaß das Berufungsgericht hier ausdrücklich abgelehnt hat, nicht ersetzen.

Das Berufungsgericht kann die Zurückweisung der Anschlußberufung auch nicht darauf stützen, daß sich "jetzt" - d.h. zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung am 3. Februar 1969 - noch nicht übersehen lasse, ob auch Mitte 1970 noch ein Verbindungsmangel im Sinne des § 917 BGB vorliegen werde. Der maßgebende Zeitpunkt für die Beurteilung der Frage, ob eine bestimmte Verbindung zur ordnungsmäßigen Grundstücksbenutzung notwendig im Sinne des § 917 BGB ist, ist die letzte mündliche Verhandlung vor dem Tatrichter (Senatsurteil vom 25. November 1964, V ZR 187/62, LM BGB § 917 Nr. 8). Dies hat das Berufungsgericht nicht beachtet. Daß die genannte Vorschrift ein Notwegrecht nur "bis zur Behebung des Mangels" gibt, rechtfertigt nicht, wegen der Möglichkeit der künftigen Behebung oder mit Rücksicht darauf, daß dem den Notweg beanspruchenden Eigentümer die Behebung auch zumutbar ist, das Rechtsschutzinteresse zu versagen und von einer Sachentscheidung überhaupt abzusehen.

3. Das Berufungsgericht hat hiernach zu Unrecht das Rechtsschutzinteresse für die Anschlußberufung versagt. Für die deshalb erforderliche anderweite Verhandlung und Entscheidung mag auf folgendes hingewiesen sein:

Die Frage der Behebbarkeit des Mangels im Sinne des § 917 BGB kann sachlich-rechtlich von Bedeutung sein. Ein Notwegrecht hat nämlich von vornherein nicht, wer sich die zur Zeit fehlende Verbindung zu einem öffentlichen Weg durch zumutbare Anstrengungen schaffen kann (Staudinger/Seufert, BGB 11. Aufl. § 917 Nr. 25; OLG 26, 29, 31 mit weiteren Nachweisen). Dieser Frage wird das Berufungsgericht unter Berücksichtigung des Vorbringens des Beklagten, das die Revision in diesem Zusammenhang als nicht berücksichtigt ansieht, noch nachzugehen haben. Es wird dabei zu berücksichtigen haben, daß der Beklagte sich auf eine andere Verbindungsmöglichkeit auch dann verweisen lassen muß, wenn sie umständlicher, weniger bequem oder kostspieliger ist als ein Notweg über das Grundstück der Kläger. Nur solche Verbindungsmöglichkeiten scheiden aus, die so hohe Aufwendungen oder Erschwernisse mit sich bringen, daß sie die Wirtschaftlichkeit der Benutzung der Grundstücke des Beklagten in unzumutbarer Weise beeinträchtigen (Senatsurteil vom 15. April 1964, V ZR 134/62, LM BGB § 917 Nr. 7).

III.

Das angefochtene Urteil kann hiernach hinsichtlich der Zurückweisung der Anschlußberufung nicht aufrechterhalten werden, während der Revision im übrigen der Erfolg zu versagen war. Auch die von der Sachentscheidung abhängige Kostenentscheidung des Berufungsurteils war aufzuheben. Im Umfang der Aufhebung war die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Ihm war auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsrechtszugs zu übertragen.

Dr. Augustin

Hill

Rothe

Dr. Grell

Mattern