

Verkündet am 3. April 1957
Symalla, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der Ge-
schäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

1. der kaufmännischen Angestellten Else S. [REDACTED] in
U. [REDACTED] bei H. [REDACTED] (Westf.), Haus Nr. [REDACTED],
2. des Prokuristen Paul S. [REDACTED] in U. [REDACTED], B. [REDACTED],

Kläger, Berufungskläger und
Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Gastwirt Wilhelm K. [REDACTED] in U. [REDACTED] bei H. [REDACTED] (Westf.),
G. [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten und
Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 3. April 1957 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Dr. Tasche und der Bundesrichter Dr. Oechß-
ler, Dr. Piepenbrock, Dr. Rothe und Dr. Freitag

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Kläger wird das Urteil
des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Hamm
vom 4. März 1955 insoweit aufgehoben, als es die
vom Beklagten auf dem Grund und Boden der Kläger
- Parzelle Nr 566/149 und [REDACTED] - errich-
teten Baulichkeiten und den Kostenpunkt betrifft.

In diesem Umfange wird die Sache zur ander-
weiten Verhandlung und Entscheidung an das Beru-
fungsgericht zurückverwiesen.

Im übrigen wird die Revision zurückgewiesen.

Von den Kosten des Berufungs- und Revisionsverfahrens hat jeder der beiden Kläger 1/50 zu tragen. Die Entscheidung über die sonstigen Kosten des Berufungs- und Revisionsverfahrens wird dem Berufungsgericht übertragen.

Von Rechts wegen

- 3 -

Tatbestand:

Die Kläger sind je zur Hälfte Eigentümer des Haus- und Gartengrundstücks Nr 64 in U [REDACTED], bestehend aus den Parzellen 566/149 und 568/150; das Haus wird bewohnt von der Erstklägerin und der Mutter der beiden Kläger, der daran ein Nießbrauchsrecht zusteht. Das westlich angrenzende Grundstück, das u.a. aus den Parzellen 567/149 und 570/150 besteht, gehört dem Beklagten; dieser betreibt darauf eine Gastwirtschaft und ein Lebensmittelgeschäft. Im Norden werden die Grundstücke der Parteien von einem Bach, der Oese, begrenzt, dessen Bett jeweils bis zur Mitte des Gewässers im Eigentum der Anwohner steht, aber bisher katastermäßig noch nicht vermessen ist.

Zwischen den Gebäuden der Parteien befindet sich ein schmaler Durchgang, der zum Grundstück der Kläger gehört. Da dieses letztere Grundstück höher liegt als das des Beklagten, war zu seiner Abstützung in früheren Jahrzehnten eine von Norden nach Süden verlaufende Mauer, die sogenannte "Stützmauer", errichtet worden. Diese Mauer riß der Beklagte, da sie baufällig war, im Jahre 1947 oder 1948 ab und erstellte auf seine Kosten eine neue Stützmauer, nachdem er vorher nördlich davon in dem Bachbett bereits eine andere Mauer, die sogenannte "Bachmauer", errichtet hatte. Die neue Stützmauer steht auf dem Grundstück der Kläger; ebenso befindet sich mindestens ein Teil der Bachmauer auf den Klägern gehörigem Grund und Boden. Im Anschluß an die Neuerrichtung der Stützmauer erbaute der Beklagte sodann unter Benutzung der Bachmauer und des nördlichen Teils der Stützmauer ein mit seinem Gasthaus zusammenhängendes zweistöckiges Gebäude.



Die Baupläne hierfür waren im März 1947 angefertigt worden. An Hand dieser Pläne hatten zwischen den Parteien Besprechungen stattgefunden, in deren Verlauf der Zweitkläger in einem Schreiben vom 26. August 1947 dem Beklagten die Bedingungen mitgeteilt hatte, von denen er und seine Schwester ihre Zustimmung zu dem Bauvorhaben, soweit ihr Grundstück davon berührt werde, abhängig machten. Im Mai 1948 - der Rohbau war damals bereits fertiggestellt - wies die örtliche Baubehörde den Beklagten, der um baupolizeiliche Genehmigung für den Neubau nachgesucht hatte, darauf hin, daß der Ortsteil U [REDACTED] ein Gebiet mit offener Bauweise sei, und forderte ihn auf, eine Bescheinigung seines Grenznachbarn beizubringen, wonach dieser gegen die Bebauung der Grenze keine Einwendungen erhebe. Die Kläger, an die der Beklagte sich daraufhin wandte, teilten ihm unter dem 2. Juni 1948 durch den Zweitkläger mit:

"An sich habe ich gegen die verlangte Bescheinigung nichts einzuwenden, jedoch möchte ich Dich bitten, mir vorher zu bestätigen, daß Du mit meinem Schreiben vom 26.8.47 einverstanden bist, die Wand nach uns zu verputzen läßt, und daß die Wand mit keiner Öffnung, sei es für Fenster, Dunstabzug oder irgendwelche andere Zwecke, versehen wird."

Nachdem der Beklagte dies mit Schreiben vom 10. Juni 1948 wunschgemäß bestätigt hatte, erteilte ihm der Zweitkläger unter dem 16. Juni 1948 zwecks Vorlage bei dem Kreisbauamt folgende Bescheinigung:

"Ich bescheinige hiermit, daß ich mit der Grenzbebauung durch meinen Nachbar Wilh. K. einverstanden bin."

Im weiteren Verlauf der geschilderten Arbeiten ließ der Beklagte einen anderen, bereits bebauten Teil seines Grundstücks - südlich von dem neuen Gebäude - als Badezimmer ausbauen. Dieses im ersten Stockwerk gelegene Badezimmer, dessen Außenwand einen Meter von der Grenze zum Grundstück der Kläger entfernt ist, wurde mit zwei Fenstern versehen.

Auf dem südlichen, nicht von dem neuen Gebäude in Anspruch genommenen Teil der Stützmauer hatte der Beklagte zunächst vereinbarungsgemäß einen Drahtzaun angebracht. Nachdem dieser später aus Gründen, über welche die Parteien streiten, entfernt worden war, setzte der Beklagte vor die Stützmauer, von seinem Grundstück aus gesehen, eine mit sogenannten Halterungen am Boden befestigte Glaswand, die aus undurchsichtigem, 7 mm starkem Milchglas besteht. Der Zwischenraum zwischen der Glaswand und dem Gebäude des Beklagten ist etwa 1 m breit und dient als Durchgang von seinen Wirtschaftsräumen zu den Toiletten im Erdgeschoß des neu errichteten Gebäudes.

Die Kläger haben mit der Behauptung, daß der Beklagte vorsätzlich über die Grenze gebaut habe, vor dem Landgericht u.a. beantragt, ihn zu verurteilen, die auf ihrem Grund und Boden, nämlich der Parzelle 566/149 errichteten Gebäudeteile zu entfernen. Weiterhin haben sie Beseitigung der beiden Badezimmerfenster und der Glaswand begehrt. Sie hätten dem Beklagten unter Verzicht auf den

in einer Baupolizeiverordnung vom 29. April 1938 vorgeschriebenen Grenzabstand lediglich gestattet, sein eigenes Grundstück bis zur Grenze zu bebauen; dagegen sei er nicht berechtigt gewesen, die Stützmauer auf ihrem Grundstück als Grundmauer für das neue Gebäude zu benützen. Ihre Mutter habe in ihrer Eigenschaft als Nießbraucherin und als Vertreterin der Eigentümer rechtzeitig Widerspruch gegen den Überbau erhoben. Im übrigen sei ihnen der genaue Verlauf der Grenze nicht bekannt gewesen; dieser sei erst im Jahre 1953 durch eine amtliche Vermessungsverhandlung festgestellt worden. Die Glaswand stehe ebenfalls zum Teil auf ihrem Grundstück; ihr Vorhandensein bedeute eine unzulässige Einwirkung auf dieses Grundstück. Außerdem habe der Kläger durch das Aufstellen der Glaswand und durch das Einrichten der beiden Fenster im Badezimmer ein Fensterrecht für sich in Anspruch genommen, das ihm nicht zustehe; denn er habe sich ja verpflichtet, in der Wand zum Nachbargrundstück keine Fenster einzubauen.

Der Beklagte, der Klageabweisung beantragt hat, hat die Behauptungen der Kläger bestritten und ist ihren Rechtsfolgerungen entgegengetreten. Er habe gewußt, daß er über die Grenze baue, sei aber dazu nach den Vereinbarungen der Parteien berechtigt gewesen. Seine Verpflichtung, keine nach dem Nachbargrundstück gerichteten Fenster anzubringen, habe sich nur auf die neuerrichtete Wand oberhalb der Stützmauer bezogen, nicht dagegen auf die schon früher vorhandenen gewesenen Gebäudeteile. Die Glaswand stehe ausschließlich auf seinem eigenen Grundstück; sie stelle kein Fenster dar und gegen ihr Vorhandensein bestünden laut Auskunft der Baubehörde keine Bedenken. Der Beklagte hat ferner Widerklage erhoben mit dem Antrage, die Kläger zur Besei-

tigung bestimmter anderer Einrichtungen auf der Grenze zu verurteilen.

Das Landgericht hat durch Teilurteil die Klage - abgesehen von zwei jetzt nicht mehr in Streit befindlichen Ansprüchen - abgewiesen. In der Berufungsinstanz haben die Kläger unter Aufrechterhaltung ihrer bisherigen Anträge und Erweiterung derselben auf den vom Beklagten überbauten Teil des Bachbettes noch hilfsweise beantragt, den Beklagten zur Zahlung einer Überbaurente von mindestens 200 DM jährlich seit dem 1. Januar 1951 zu verurteilen. Der Beklagte hat insoweit Klageänderung gerügt. Die Berufung ist vom Oberlandesgericht zurückgewiesen worden.

Mit der Revision verfolgen die Kläger ihre Anträge aus der Berufungsinstanz weiter und bitten hilfsweise um Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Der Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Der Beklagte hat bei Errichtung des zweistöckigen Gebäudes an der Nordostecke seines Besitztums unstreitig über die Grenze gebaut. Sowohl die Stützmauer, deren nördlichen Teil er als Grundmauer für das neuerrichtete Gebäude verwendet hat, als auch mindestens ein Stück der zu dem gleichen Zweck benutzten Bachmauer befinden sich auf dem Grund und Boden der Kläger. Diese verlangen Beseitigung des Überbaues (§§ 903, 905, 1004 BGB), hilfsweise Zahlung einer Überbaurente (§ 912 Abs 2 BGB).

1. Das Berufungsgericht erachtet den Beseitigungsanspruch für unbegründet, weil der Beklagte nicht rechtswidrig gehandelt habe. Die Kläger seien mit seiner Bauweise einverstanden gewesen, was daraus hervorgehe, daß sie sie widerspruchslos geduldet hätten. Zwar habe ihre Mutter widersprochen, aber deren Widerspruch habe sich nur auf die Errichtung von Bachmauer und Stützmauer, nicht dagegen auf das erst später errichtete Gebäude selbst bezogen, und außerdem sei nicht erwiesen, daß die Mutter als Vertreterin der Kläger gehandelt habe. Ein Widerspruch der Kläger wäre auch nicht etwa auf Grund vertraglicher Vereinbarung entbehrlich gewesen; denn die Parteien hätten bei ihren Verhandlungen über das Bauvorhaben die Frage, ob der Beklagte nur bis an die Grenze heranbauen oder die Grenzmauer mitbenutzen durfte, gerade offen gelassen.

Auch wenn das Verhalten der Kläger - so hat das Berufungsgericht weiter ausgeführt - nicht als Zustimmung zu werten wäre, entfielen gleichwohl nach § 912 Abs 1 BGB ihr Beseitigungsanspruch, weil der Beklagte sich zum mindesten in einem entschuldbaren Irrtum über seine Berechtigung zum Überbau befunden habe und ihm deshalb weder Vorsatz noch grobe Fahrlässigkeit zur Last falle. Widerspruch sei von den Klägern gegen die Grenzüberschreitung nicht erhoben worden, und der Beklagte handle, wenn er sich hierauf berufe, auch nicht arglistig, da er die Kläger nicht bewußt in einen Irrtum über die Einhaltung der Grenze versetzt habe. Seine Erklärung gegenüber der Mutter der Kläger, daß er die Grenze kenne und nicht über sie hinausbaue, habe auf den Angaben des von ihm zugezogenen Landmessers B. ■■■■ beruht; er sei zwar von B. ■■■■ über den Grenzverlauf falsch aufgeklärt worden, habe aber der Mutter der Kläger nur das gesagt, was er

selbst für richtig hielt und halten konnte. Für die unzutreffenden Angaben hafte der Beklagte auch nicht aus dem Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung, denn er habe nicht die Pflicht gehabt, die Kläger über den Grenzverlauf aufzuklären; deshalb könne dahingestellt bleiben, ob B. schuldhaft gehandelt habe und ob er als Erfüllungsgehilfe des Beklagten anzusehen wäre. Außerdem könnten die Kläger aus einer Täuschung ihrer Mutter keine eigenen Rechte herleiten.

Den Hilfsantrag auf Gewährung einer Überbaurente hat das Berufungsgericht als unzulässig angesehen, weil er eine Klageänderung darstelle und diese nicht sachdienlich sei (§ 264 ZPO). Im übrigen sei es grob nachlässig gewesen, wenn die Kläger den Rentenanspruch nicht bereits im ersten Rechtszuge geltend gemacht hätten.

2. Diese Ausführungen werden von der Revision mit Recht beanstandet.

a) Das gilt zunächst von der Hauptbegründung, wonach die Rechtswidrigkeit des Grenzüberbaues deshalb entfallen soll, weil die Kläger zugestimmt hätten.

Die Zustimmung ergibt sich nach Ansicht des Berufungsgerichts zunächst aus dem untätigen Verhalten der Kläger: Diese hätten von Anfang an gesehen, wie der Beklagte baute; im Rahmen der vertraglichen Beziehungen, die zwischen den Parteien durch die Verhandlungen über den Erweiterungsbau und durch die Übernahme zahlreicher Pflichten seitens des Beklagten begründet worden seien, wären die Kläger verpflichtet gewesen, alsbald der Benutzung ihres Grundstücks

zu widersprechen, falls nach ihrer Meinung der Beklagte dazu nicht berechtigt war; sie hätten aber dazu geschwiegen, und dieses Schweigen sei unter den gegebenen Umständen als Zustimmung zu werten. Hierbei wird indessen, wie die Revision zutreffend rügt (§§ 133, 157 BGB und § 286 ZPO), übersehen, daß die Annahme eines stillschweigenden Einverständnisses Kenntnis der Kläger von dem Grenzverlauf voraussetzen würde. Daraus allein, daß die Kläger untätig zusahen, "wie der Beklagte baute", kann noch nicht auf ihr Einverständnis mit einem Grenzüberbau geschlossen werden. Denn die bloße Tatsache des Bauens brauchte sie solange nicht zu beunruhigen, als ihnen unbekannt war, daß der Grund und Boden, auf dem das Bauwerk errichtet wurde, teilweise ihnen selbst gehörte. Nur wer weiß, daß der Nachbar über die Grenze hinüberbaut, hat Veranlassung, sich dagegen zu verwahren, und nur ihm könnte, wenn er nichts unternimmt, später entgegengehalten werden, er habe sich durch sein Stillschweigen mit dem Überbau einverstanden erklärt. Eine Feststellung dahin, daß den Klägern die Zugehörigkeit der überbauten Grundstücksteile zu ihrem eigenen Grundbesitz bekannt gewesen sei, ist vom Berufungsgericht nicht getroffen worden. Hinsichtlich der Bachmauer ergibt sich sogar aus einer anderen Stelle seines Urteils das Gegenteil; dort (S 10) wird nämlich - bei Erörterung der Frage, ob der Beklagte schuldhaft übergebaut habe - ausgeführt: wie die Eigentumsverhältnisse und der Grenzverlauf innerhalb des Bachbettes waren, sei "selbst den Klägern bis zur Klageerhebung unbekannt" gewesen. Aber auch hinsichtlich der Stützmauer steht keineswegs fest, daß die Kläger einwandfrei über die Eigentumsverhältnisse unterrichtet gewesen sind. Sie selbst haben in ihrem Schriftsatz vom 22. Februar 1954 vorgetragen, sie hätten "den genauen Grenz-

verlauf an der Böschung" nicht gekannt und ihn erst im Mai oder Juni 1953 durch eine amtliche Vermessung erfahren (S 3 aa0). Nach ihrer Darstellung im Schriftsatz vom 3. Februar 1955 (S 3; vgl auch Bl 1 R des Schriftsatzes vom 24. Juni 1954) wollen sie zwar schon zu der Zeit, als der Beklagte den streitigen Bau ausführte, einen gewissen "Überbauverdacht" gehabt haben; durch die Erklärung des Beklagten gegenüber ihrer Mutter, daß der Bau "zur Gänze" auf seinem eigenen Grundstück stehe, seien sie aber beschwichtigt worden und hätten deshalb nichts unternommen. Mit dieser Darstellung deckt sich auch die - vom Berufungsurteil in anderem Zusammenhang erörterte und anscheinend als glaubhaft angesehene - Bekundung der Zeugin Anna S. [REDACTED], der Mutter der Kläger, sie habe zunächst den "Eindruck" gehabt, daß der Beklagte überbaue, auf ihren Hinweis habe er jedoch erklärt, daß er den Grenzverlauf kenne und nicht zu weit baue; sie habe daraufhin "angenommen, die Sache sei nun in Ordnung". Das Berufungsgericht hat sich weder mit dem angeführten Sachvortrag der Kläger noch mit der Zeugenaussage ihrer Mutter auseinandergesetzt. Das hätte es tun müssen, bevor es sich auf den Standpunkt stellen durfte, daß die Kläger durch ihr Schweigen dem Grenzüberbau zugestimmt hätten.

Allerdings wird von ihm noch der weitere Umstand verwertet, daß die Kläger am 16. Juni 1948 schriftlich ihr Einverständnis zur Grenzbebauung gegeben hätten. Die Bescheinigung - so heißt es im Berufungsurteil - enthalte zwar keine förmliche Zustimmung zum Überbauen der Grenze, aber da das Gebäude damals schon im Rohbau fertig gewesen sei, wäre zu erwarten gewesen, daß die Kläger sich gleichzeitig gegen die bereits erfolgte Grenzüberschreitung verwahrt hätten, falls sich ihr Einverständnis nicht darauf

erstrecken sollte; stattdessen hätten sie mit Schreiben vom 2. Juni 1948 lediglich verlangt, daß der Beklagte ihnen noch einmal seine sonstigen Verpflichtungen bestätige. Auch diese Erwägung ist jedoch nicht überzeugend. Sie wäre es nur dann, wenn feststände, daß die Kläger im Juni 1948 schon einwandfrei über den Grenzverlauf im Bilde waren. Eine dahingehende Feststellung hat das Berufungsgericht nicht getroffen und war dazu bei dem bisherigen Sach- und Streitstand auch nicht imstande.

Wenn der Beklagte in der Revisionsbeantwortung geltend macht, die Kläger hätten ja ausweislich ihrer Bescheinigung vom 16. Juni 1948 gewußt, daß es sich um eine Grenzbebauung handelte (S 3 aaO), so vermag das die angefochtene Entscheidung ebenfalls nicht zu rechtfertigen. "Grenzbebauung" ist nicht gleichbedeutend mit Grenzüberschreitung. Das Einverständnis der Kläger war, wie aus der Vorgeschichte der erwähnten Bescheinigung hervorgeht, nur erteilt worden für eine Bautätigkeit des Beklagten auf seinem eigenen Grundstück, und zwar durfte er danach bis unmittelbar an die Grenze heranbauen ("Verzicht auf den Grenzabstand"); zu einem Hinüberbauen auf das Grundstück der Kläger ist er dagegen nicht ermächtigt worden. Anders hat auch das Berufungsgericht selbst die Bescheinigung nicht ausgelegt ("keine förmliche Zustimmung zum Überbauen der Grenze", vgl S 9 des Berufungsurteils).

Die Ansicht, daß die Kläger dem Grenzüberbau zugestimmt hätten und der Beklagte infolgedessen nicht rechtswidrig gehandelt habe, läßt sich sonach, mindestens mit der bisherigen Begründung, nicht aufrechterhalten.

b) Aber auch die Hilfsbegründung trägt das Urteil nicht. Sie geht dahin, daß der Beseitigungsanspruch der Kläger,

selbst wenn ihr Verhalten nicht als Zustimmung anzusehen wäre, auf jeden Fall an der Vorschrift des § 912 BGB scheitere. Danach muß, wenn jemand ohne Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit über die Grenze baut, der Nachbar den Überbau dulden, sofern er nicht vor oder sofort nach der Grenzüberschreitung widerspricht. Das Berufungsgericht hält diese Voraussetzungen für erfüllt: einmal habe der Beklagte sich in einem entschuldbaren Irrtum über seine Berechtigung zum Überbau befunden, sodaß Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit entfielen; zum anderen sei ein Widerspruch von Seiten der Kläger nicht erhoben worden.

Zur Verschuldensfrage führt das Urteil aus: Die Stützmauer sei in dem Bauplan, der den Vertragsverhandlungen zu Grunde gelegen habe, nicht kenntlich gemacht worden; der Beklagte habe aber den Plan als solchen in diesem Abschnitt eingehalten. Die im Bachbett liegende nordöstliche Ecke des Neubaus entspreche allerdings nicht dem Bauplan, sodaß der Beklagte sich für seine Grenzüberschreitung an dieser Stelle (Bachmauer) auf das bloße Dulden der Kläger nicht berufen könne; jedoch hätten insoweit beide Parteien über die Eigentumsverhältnisse und den Grenzverlauf nicht Bescheid gewußt, und die wasserrechtlichen Bestimmungen seien so wenig bekannt, daß ihre Nichtbeachtung durch den Beklagten und dessen Annahme, im Bachbett wie geschehen bauen zu dürfen, ihm nicht zum Vorwurf gereiche. Diese Ausführungen bewegen sich im wesentlichen auf dem Gebiet tatrichterlicher Würdigung und können in der Revisionsinstanz nur daraufhin nachgeprüft werden, ob das Berufungsgericht bei seiner Entscheidung gegen verfahrensrechtliche Vorschriften oder sonstige Rechtsgrundsätze verstoßen habe. Ein solcher Verstoß ist, soweit das Gericht grobe Fahrlässigkeit bei der Grenzüber-

schreitung im Bachbett verneint hat, nicht ersichtlich; der Einwand der Revision, daß der Beklagte durch den Widerspruch der Zeugin Anna S. [REDACTED] gewarnt worden sei und sich deshalb zunächst bei dem Katasteramt nach dem Grenzverlauf hätte erkundigen müssen (§ 286 ZPO), greift aus dem Grunde nicht durch, weil dem Beklagten von dem Landmesser B. [REDACTED], den er bei Errichtung der Bachmauer zu Rate gezogen hatte, eine beruhigende Auskunft erteilt worden war, auf deren Richtigkeit er sich - was das Berufungsgericht in anderem Zusammenhang hervorhebt - verlassen durfte; daß B. [REDACTED], wie sich dann später herausstellte, ihn falsch aufgeklärt hat, kann im Rahmen des § 912 BGB dem Beklagten nicht als eigenes Verschulden zugerechnet werden; denn diese Vorschrift regelt die Rechtsbeziehungen der bei einem Grenzüberbau Beteiligten auf außervertraglicher Grundlage und schließt daher eine Haftung für Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB) aus. Hinsichtlich des Überbaues auf der Stützmauer dagegen hält die Ansicht des Berufungsgerichts einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Das Urteil stellt hier lediglich auf den Inhalt des Bauplans vom März 1947 ab, wo die Mauer nicht besonders eingezeichnet und über den Verlauf der Grenze zwischen den Parzellen 566/149 und 567/149 nichts zu erkennen war, sowie darauf, daß dieser Plan den Verhandlungen der Parteien zu Grunde gelegen habe und dann vom Beklagten insoweit auch eingehalten worden sei. Sollte das Berufungsgericht aus den angeführten Tatsachen - was aus seinen Darlegungen nicht deutlich hervorgeht - den Schluß gezogen haben, dem Beklagten sei nicht bekannt gewesen, daß er über die Grenze baue, so hätte es sich damit in Widerspruch gesetzt mit dem Geständnis des Beklagten in der Verhandlung vor dem Landgericht vom 15. Februar 1954 ("Als ich mein Gebäude auf der Stützmauer errichtete, wußte ich, daß ich über die Grenze baute"); es läge daher ein Verstoß gegen die §§ 288,

532, 286 ZPO vor. Falls aber die Ausführungen des angefochtenen Urteils lediglich besagen sollen, daß der Beklagte - wie er auch in jener Verhandlung anschließend an sein Geständnis erklärt hat - sich zum Überbau für berechtigt gehalten habe, so hätte es in diesem Zusammenhang einer Auseinandersetzung mit der Aussage der Zeugin Anna S. bedurft, wonach der Beklagte ihr auf ihren Vorhalt (sie habe "den Eindruck, daß er überbaue") erwidert hat, er "kenne den Grenzverlauf und baue nicht zu weit". Diese Äußerung spricht gegen eine Gutgläubigkeit des Beklagten; denn wenn er sich wirklich auf Grund vertraglicher Vereinbarung mit den Klägern für überbauberechtigt hielt, hätte es für ihn nahe gelegen, sich deren Mutter gegenüber auf diese Vereinbarung zu berufen, anstatt ihr der Wahrheit zuwider zu sagen, die Grenze werde nicht überschritten. Der Einwand des Beklagten, daß jemand, der nicht überbauen will, sehr wohl der Meinung sein könne, zum Überbau berechtigt zu sein, da nicht jede Berechtigung voll ausgenutzt werden müsse (S 4 der Revisionsbeantwortung), liegt neben der Sache; der Beklagte wollte überbauen und hat diese Absicht, entgegen seiner Zusicherung, auch tatsächlich ausgeführt. Das Berufungsgericht hat somit bei der Feststellung, daß der Beklagte sich in einem entschuldbaren Irrtum befunden habe, wesentliche Teile des Parteivorbringens und Beweisergebnisses unberücksichtigt gelassen und damit den § 286 ZPO verletzt.

Zu der Frage, ob die Kläger der Grenzüberschreitung widersprochen hätten, führt das Berufungsgericht aus: Der Widerspruch ihrer Mutter, die sie insoweit als ihre Vertreterin angesehen wissen wollten, sei bei Errichtung von Bachmauer und Stützmauer, zwei selbständigen Anlagen, erfolgt und habe sich mithin nicht auf das erst später zu

errichtende Gebäude bezogen. Darüber hinaus hätten die Kläger keinen Beweis dafür erbracht, daß ihre Mutter überhaupt sie vertreten und nicht vielmehr nur ihre eigenen Rechte als Nießbraucherin wahrgenommen habe. Auch diese Ausführungen sind in mehrfacher Hinsicht von Rechtsirrtum beeinflußt. Inwieweit die Annahme des angefochtenen Urteils, daß die beiden Grundmauern gegenüber dem auf ihnen erstellten Gebäude "selbständige Anlagen" seien, mit seinen Feststellungen im Tatbestand vereinbar ist, wonach die Bachmauer "einige Monate" vor Beginn der Arbeiten an der Stützmauer und dann "im Anschluß an die Neuerrichtung" der letzteren sogleich das zweistöckige Gebäude errichtet wurden, mag dahingestellt bleiben. Auf jeden Fall würde, wie die Revision unter Hinweis auf § 286 ZPO mit Recht rügt, auch ein Widerspruch lediglich gegen Bach- und Stützmauer ausreichen, um die Anwendbarkeit des § 912 Abs 1 BGB hinsichtlich des gesamten Bauwerks auszuschließen; müssen die beiden Mauern, soweit sie auf fremdem Grund und Boden stehen, beseitigt werden, dann erleiden die darüber befindlichen Gebäudeteile zwangsläufig das gleiche Schicksal. Bevor der Berufungsrichter aber die Kläger mit der Behauptung, daß ihre Mutter den Widerspruch nicht nur im eigenen Namen, sondern zugleich als Vertreterin ihrer Kinder erklärt habe, als beweisfällig ansehen durfte, hätte er sich mit der Vorschrift des § 164 Abs 1 Satz 2 BGB auseinandersetzen müssen. Danach macht es "keinen Unterschied, ob die Erklärung ausdrücklich im Namen des Vertretenen erfolgt oder ob die Umstände ergeben, daß sie in dessen Namen erfolgen soll". Letzteres lag hier dem ganzen Sachverhalt nach keineswegs fern; die Mutter der Kläger wohnte im Hause ihrer Kinder und hatte möglicherweise Veranlassung, auch deren Rechte mit wahrzunehmen, weil die berufstätige Erstklägerin tagsüber zumeist nicht daheim war und der

Zweitkläger außerhalb wohnte. Darüber hinaus hatten die Kläger im Schriftsatz vom 4. Mai 1954 ausdrücklich ihre Mutter als Zeugin dafür benannt, daß sie "in Vertretung ihrer Kinder" Widerspruch erhoben habe (§ 286 ZPO). Den Beweisantritt haben sie allerdings, nachdem die Zeugin in dem Augenscheinsternin vom 12. Juni 1954, wenn auch nicht zu diesem Thema, vernommen worden war, im weiteren Verlauf des Rechtsstreits nicht wiederholt, sodaß das Berufungsgericht vielleicht gemeint hat, er werde nicht mehr aufrechterhalten (RG HRR 1931 Nr 622); ob dies aber wirklich der Fall war, hätte das Gericht, wenn es seine Entscheidung gerade auf den fehlenden Beweis abzustellen beabsichtigte, zuvor noch klären und den Prozeßbevollmächtigten der Kläger fragen müssen, ob der Beweisantritt erledigt sei (§ 139 ZPO).

3. Da sich die Abweisung des Beseitigungsanspruchs sonach mit der bisherigen Begründung nicht halten läßt, mußte das angefochtene Urteil insoweit aufgehoben werden.

In der erneuten Verhandlung wird das Berufungsgericht bei der Frage, ob die Kläger über Eigentumsverhältnisse und Grenzverlauf hinsichtlich der Stützmauer unterrichtet gewesen sind, sich auch noch mit ihrem undatierten Vertragsentwurf befassen müssen, den der Beklagte mit Schriftsatz vom 8. April 1954 zu den Akten überreicht hat (Bl 100 GA; Abschrift Bl 88 GA). Darin heißt es unter Nr 2: "Der Grund und Boden, auf dem die Mauer steht, und die Mauer selbst bleiben Eigentum der Geschwister S [REDACTED]"; diese Worte hat der Zweitkläger mit Bleistift gestrichen und daneben vermerkt: "ist selbstverständlich". Darin könnte, falls das Schriftstück wirklich, wie die Kläger im ersten Rechtszug behauptet haben (Schriftsatz vom 24. Juni 1954;

Erklärung des Zweitklägers persönlich im Termin vom 12. Juni 1954), bereits im Jahre 1946 oder 1947 verfaßt worden sein sollte (Gegendarstellung des Beklagten in den Schriftsätzen vom 8. April und 10. Juli 1954), möglicherweise ein Beweisanzzeichen dafür erblickt werden, daß die Kläger, als die Stützmauer vom Beklagten neu erstellt wurde (1947 oder 1948), den Grenzüberbau gekannt und gebilligt hätten; zu prüfen wäre allerdings, ob sie nicht etwa durch die bestimmte Versicherung des Beklagten gegenüber ihrer Mutter, er kenne den Grenzverlauf und baue nicht zu weit, in ihrer anfänglichen Meinung, der Grund und Boden unter der Stützmauer gehöre ihnen, wieder schwankend geworden sind und nur deshalb von einem Widerspruch Abstand genommen haben (vgl dazu Bl 2 R und 3 ihres Schriftsatzes vom 24. Juni 1954).

Läßt sich in der neuen Verhandlung eine Zustimmung der Kläger zum Grenzüberbau nicht feststellen, dann wird unter Würdigung auch der bisher unberücksichtigt gebliebenen Tatumstände und nach etwaiger weiterer Beweisaufnahme erneut zu prüfen sein, ob und gegebenenfalls in welchem Grade der Beklagte bei der Grenzüberschreitung schuldhaft gehandelt hat und ob seitens der Kläger rechtzeitig widersprochen worden ist (§ 912 BGB). Sollte das Berufungsgericht dabei wiederum zu dem Ergebnis gelangen, daß die Mutter der Kläger bei ihrem Widerspruch nicht zugleich als Vertreterin ihrer Kinder gehandelt habe, so wird es ferner Veranlassung haben, seine bisher nur hilfsweise geäußerte Ansicht, wonach eine Haftung des Beklagten für die unzutreffenden Angaben über den Grenzverlauf auch aus dem Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung nicht in Betracht kommen soll, nochmals zu überprüfen. Die Be-

gründung, die es im angefochtenen Urteil für diese Ansicht gegeben hat, ist nämlich keineswegs überzeugend. Gegen seine Erwägung, weder die allgemeinen nachbarrechtlichen Beziehungen noch die Vereinbarungen über die Grenzbebauung hätten den Beklagten verpflichtet, die Kläger über den Grenzverlauf aufzuklären, es sei vielmehr Sache eines jeden Vertragspartners gewesen, die Lage selbst zu prüfen, mag nichts einzuwenden sein, wenn der Beklagte sich lediglich untätig verhalten hätte; eine vertragliche Pflicht, durch positives Handeln zur Aufklärung der Grenzverhältnisse beizutragen, dürfte für ihn wohl in der Tat nicht bestanden haben. Es fragt sich indessen, ob nicht eine andere Beurteilung Platz greifen muß, wenn ein Beteiligter in einem solchen Fall ausdrücklich Erklärungen abgibt und Zusicherungen macht, die für die Gegenseite von Erheblichkeit sein können, d.h. ob er dann nicht doch auf Grund der vorausgegangenen Abmachungen über die Grenzbebauung als vertraglich verpflichtet anzusehen wäre, nichts Falsches zu erklären und zuzusichern. Bejaht man eine dahingehende Verpflichtung und stünde weiterhin in tatsächlicher Hinsicht fest, daß der andere Teil durch die Unrichtigkeit derartigen Angaben davon abgehalten worden ist, von einer ihm an sich gemäß § 912 Abs 1 BGB zustehenden Widerspruchsbefugnis rechtzeitig Gebrauch zu machen, so ließe sich ein Schadensersatzanspruch wegen positiver Vertragsverletzung nicht von vornherein ausschließen; der Schadensersatz würde dann darin bestehen, daß der Eigentümer des überbauten Grundstücks trotz unterlassenen Widerspruchs den Überbau nicht zu dulden brauchte (§ 249 BGB). Im Rahmen einer solchen vertraglichen Verpflichtung hätte der Beklagte dann auch für ein Verschulden des von ihm als Auskunftsperson zugezogenen Landmessers

B. einzustehen (§ 278 BGB), falls sich nicht etwa herausstellen sollte, daß Berg für beide Seiten als Auskunftsperson tätig gewesen ist. Sollte die Mutter der Kläger bei Entgegennahme der unrichtigen Erklärungen und Zusicherungen nicht als Vertreterin der Grundstückseigentümer gehandelt haben, so könnte sie doch möglicherweise Empfangsbottin gewesen sein.

Das Berufungsgericht wird endlich, falls die weitere Aufklärung und Erörterung des Streitstoffes erneut zu einer Verneinung des Beseitigungsanspruchs führt, nochmals die verfahrensrechtliche Zulässigkeit des Hilfsantrages prüfen müssen, mit dem die Kläger eine Überbaurente nach § 912 Abs 2 BGB verlangen. Sie haben den Antrag erstmals in der Berufungsinstanz gestellt. Darin hat das Berufungsgericht eine Klageänderung erblickt und diese mangels Sachdienlichkeit (§ 264 ZPO) nicht zugelassen. Die hierfür in erster Linie gegebene Begründung, daß die Berufung bezüglich aller übrigen Anträge entscheidungsreif sei und durch die Zulassung des Hilfsantrages eine ungebührliche Verzögerung eintreten würde, greift indessen nicht durch, da in Wirklichkeit noch keine Entscheidungsreife vorliegt, der Rechtsstreit vielmehr, wie die vorstehenden Erörterungen ergeben haben, noch weiterer Aufklärung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht bedarf. Es braucht deshalb nicht auf die Rüge der Revision eingegangen zu werden, die Sachdienlichkeit der Klageänderung sei von den Vorinstanzen bereits dadurch bejaht worden, daß sie die Gewährung einer Überbaurente ausdrücklich zum Inhalt gerichtlicher Vergleichsvorschläge gemacht hätten (Bl 67 f, 205 GA). Das Berufungsgericht hat allerdings seine Ansicht, wonach die Klageänderung nicht sachdienlich sei, außerdem noch damit begründet, daß die Kläger auf die Anregung des Landgerichts, den Hilfsantrag zu stel-

len, nicht eingegangen seien und deshalb "grob nachlässig" gehandelt hätten. Ihm hat dabei, wie aus den angeführten Worten hervorgeht, anscheinend die Vorschrift des § 529 Abs 2 Satz 1 ZPO vorgeschwebt. Auch diese macht jedoch die Nichtzulassung verspäteten Vorbringens davon abhängig, daß andernfalls die Erledigung des Rechtsstreits verzögert würde. Letzteres ist hier, wie gesagt, mangels Entscheidungsreife nicht der Fall.

II.

Die Ansprüche der Kläger auf Beseitigung der Badezimmerfenster und der Glaswand sind mit Recht abgelehnt worden.

1. Hinsichtlich der Fenster hat das Berufungsgericht in Übereinstimmung mit dem Landgericht angenommen, daß ihre Beseitigung weder auf Grund vertraglicher Vereinbarung verlangt werden könne, noch auf Grund nachbarrechtlicher Vorschriften. Die Abmachung im Schriftwechsel der Parteien, wonach "die Wand" mit keiner Öffnung versehen werden durfte, habe sich nur auf das neu zu errichtende Gebäude (oberhalb der Bach- und Stützmauer) bezogen, nicht dagegen auf den bereits vorhandenen Gebäudeteil, in welchem das Badezimmer eingebaut wurde. Das gehe auch daraus hervor, daß die Bauzeichnung vom März 1947, auf der die beiden Fenster eingezeichnet waren, den Klägern vorgelegen habe. Diese hätten außerdem im Rohbau die Fensteröffnungen gesehen. Sie seien also mit dem Vorhandensein der Fenster in dem 1 m von der Grenze entfernten Badezimmer einverstanden gewesen. Das für den vorliegenden Fall maßgebende Fensterrecht des preussischen Allgemeinen Landrechts (Teil I Titel 8 §§ 137 und 138) enthalte keine Beschränkungen für Baulichkeiten, die nicht unmittelbar auf der Eigentumsgrenze stehen.

Die Auslegung der getroffenen Vereinbarungen durch das Berufungsgericht ist in der Revisionsinstanz nur beschränkt nachprüfbar. Rechtsverstöße sind insoweit, entgegen der Ansicht der Revision, nicht ersichtlich. Daß die Bauzeichnung den Klägern vorgelegen hatte, war unstreitig; das Berufungsgericht durfte sie daher auch ohne besonderen Hinweis seitens der Parteien bei seiner Vertragsauslegung verwerten. Mit ihrem Einwand, die Kläger hätten, weil vereinbarungsgemäß in der Wand zu ihrem Grundstück Fenster nicht angebracht werden durften, keine Veranlassung gehabt, sich die Bauzeichnung genau anzusehen, setzt die Revision gerade das als feststehend voraus, was sie erst beweisen möchte, nämlich daß sich die Vereinbarung auch auf das Badezimmergebäude bezogen habe; das Berufungsgericht hat aber das Gegenteil festgestellt. Einer besonderen Feststellung, daß den Klägern im Jahre 1948 die Bauzeichnung gegenwärtig war, bedurfte es nicht, weil die Kläger im Schreiben vom 2. Juni 1948 auf ihren früheren Brief vom 26. August 1947 Bezug genommen hatten und dieser einen Hinweis auf "die Pläne" enthielt. Daß die Kläger die Fensteröffnungen im Rohbau gesehen hatten, konnte das Berufungsgericht angesichts der unmittelbaren Nachbarschaft der beiden Grundstücke auch ohne ausdrücklichen Sachvortrag feststellen. Mit ihrer Behauptung, aus dem Vorhandensein der Öffnungen im Rohbau hätte noch nicht geschlossen werden können, daß dort später Fenster eingebaut werden würden, begibt die Revision sich auf das ihr verschlossene Gebiet der tatrichterlichen Würdigung. Das gleiche gilt von ihrem Hinweis auf die beiden Schreiben der Kläger vom 19. April und 2. Juni 1951, mit denen sich im übrigen das Berufungsgericht auch aus dem Grunde nicht mehr besonders auseinanderzusetzen brauchte, weil der damalige Briefwechsel längere Zeit nach den hier fraglichen Vorgängen stattfand. Daß der "notwendige Bauabstand" 3 m

betragen mag, schloß eine abweichende Vereinbarung, wie sie die Parteien hier nach der Feststellung des angefochtenen Urteils getroffen haben, keineswegs aus. Mit der neuen Behauptung, ein früher in diesem Gebäudeteil vorhanden gewesenes Fenster habe außerhalb der 3 m-Grenze gelegen, können die Kläger in der Revisionsinstanz nicht mehr gehört werden. Das Berufungsgericht hat endlich auch nicht verkannt, daß bloßes Schweigen noch keine Einverständniserklärung bedeutet, sondern es hat das Einverständnis hier aus dem Gesamtverhalten der Kläger gefolgert; die von der Revision in diesem Zusammenhang erwähnten Ausführungen bei Meisner-Stern-Hodes, Nachbarrecht 2. Aufl § 24 Anm 50 S 284 (ebenso jetzt 3. Aufl S 302) passen daher nicht auf den vorliegenden Fall, ganz abgesehen davon, daß es sich an der angeführten Stelle um Überbau handelt.

2. Die Glaswand befindet sich nach den Feststellungen des angefochtenen Urteils ihrem ganzen Umfang nach auf dem Grundstück des Beklagten. Dieser sei zu ihrer Beseitigung - so führt das Berufungsgericht aus - weder aus Vertrag noch kraft Gesetzes verpflichtet. Es handle sich insbesondere nicht um eine das Nachbargrundstück beeinträchtigende Anlage im Sinne von § 907 BGB. Die Wand sei auch nicht als Teil eines im Entstehen befindlichen Gebäudes anzusehen; der Beklagte bestreite die Absicht, sie durch Überdachung zu einem Gebäude zu vervollständigen, und es müsse den Klägern überlassen bleiben, sich gegebenenfalls gegen spätere unzulässige Maßnahmen des Beklagten zur Wehr zu setzen.

Was die Revision hiergegen ins Feld führt, ist nicht stichhaltig. Ihre Behauptung, die Glaswand stelle "praktisch" ein Fenster dar, setzt sich in Widerspruch mit den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsrichters; danach erhält der Beklagte durch die 7 mm starke, aus Milchglas bestehende

und daher undurchsichtige Wand keineswegs mehr Licht und Luft, als ihm ohnehin zustand, er erleidet durch sie im Gegenteil eine Beschränkung seiner Sichtverhältnisse. Deshalb hat er auch die Beseitigung einer von den Klägern gegenüber der Glaswand errichteten Blechwand nicht etwa, wie die Revision anzunehmen scheint, aus dem Grunde gewünscht, weil ihm die Aussicht versperrt werde; der Wunsch wurde vielmehr in erster Linie damit begründet, daß das von der Blechwand herablaufende Regenwasser die Stützmauer beschädige (S 4 der Klagebeantwortung vom 5. Oktober 1953; daß die Blechwand errichtet worden sei, "um dem Beklagten das Licht wegzunehmen", wird dort nur beiläufig erwähnt). Die Glaswand ist auch nicht "an die Stelle" eines Drahtzaunes getreten, den der Beklagte laut Vereinbarung auf der Stützmauer anzubringen hatte; vielmehr hat er zunächst vereinbarungsgemäß den Drahtzaun erstellt und später, nachdem dieser aus nicht geklärten Gründen entfernt worden war, parallel zur Mauer, also an anderer Stelle, die Glaswand. Daß die an der Glaswand befindlichen Halterungen, wie die Revision jetzt geltend macht, "für eine Überdachung" bestimmt seien, hatten die Kläger auf Seite 5 ihres Schriftsatzes vom 22. Februar 1954 nicht behauptet; der dortige Vortrag und Beweisantritt ging vielmehr lediglich dahin, die Halterungen ständen "teilweise auf dem Grundstück der Kläger". Daß die Glaswand kein Teil eines im Entstehen begriffenen Gebäudes ist, hat das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum angenommen. Noch viel weniger aber kann sie, was die Revision nunmehr zur Nachprüfung stellt, gar als Gebäude selbst, und zwar im Sinne der §§ 139, 140 Teil I Titel 8 ALR, angesehen werden. Eine solche Annahme wäre nicht nur mit dem allgemeinen Sprachgebrauch, sondern auch mit dem Sinn der angeführten nachbarrechtlichen Vorschriften unver-

einbar. Aus Meisner-Stern-Hodes 2. Aufl S 229, worauf die Revision verweist (vgl jetzt 3. Aufl S 243), ergibt sich nichts Gegenteiliges, und die Entscheidung des preußischen Obertribunals vom 13. September 1859 (StriethArch 35, 48) betrifft einen anders gelagerten Fall; dort ging es um eine ausgemauerte Fachwand, die unmittelbar vor der mit Fenstern versehenen Mauer des Nachbarhauses errichtet worden war und diese Mauer gänzlich verdeckte.

III.

Nach allem mußte die Revision Erfolg haben, soweit es sich um die Beseitigung der vom Beklagten unter Benutzung der Bach- und der Stützmauer auf dem Grund und Boden der Kläger errichteten Gebäudeteile oder um die Gewährung einer Überbaurente hierfür handelt. In diesem Umfang war deshalb das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, dem insoweit auch die Entscheidung über die Kosten der Berufungsinstanz zu übertragen war. Im übrigen, d.h. hinsichtlich der Bade-

zimmerfenster und der Glaswand, erweist sich das Rechtsmittel als unbegründet und mußte daher mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückgewiesen werden.

Dr. Tasche

Dr. Oechßler

Dr. Piepenbrock

Rothe

Dr. Freitag