

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

Verwaltungsrecht - Allgemeines (Wegerecht)

Aus der langjährigen oder auch unvordenklichen Duldung des öffentlichen Verkehrs auf einem Weg kann nur dann auf eine frühere Widmung des Wegs für den öffentlichen Verkehr geschlossen werden, wenn die Benutzung unter Umständen erfolgt, die auf die stillschweigende Bestimmung für den öffentlichen Verkehr seitens aller drei Rechtsbeteiligten (Wegepolizeibehörde, Wegeunterhaltungspflichtiger und Eigentümer) schließen lassen (Bestätigung der Rechtsprechung des Preußischen Oberverwaltungsgerichts).

ZPO §§ 536, 559 Satz 1

Ist die Klagabweisung durch das Berufungsgericht als unzulässig erfolgt, so ist die unbeschränkte Aufhebung des Urteils auf die Revision des Beklagten keine unzulässige Schlechterstellung des Revisionsklägers.

BGH, Urt. v. 13. Juli 1962 - V ZR 96/60 - OLG Hamm
LG Siegen

Verkündet am 13. Juli 1962
Schorm, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der Ge-
schäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Landwirts Peter H[REDACTED]-N[REDACTED] in He[REDACTED] bei
A[REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Gemeinde He[REDACTED], vertreten durch den Gemeindedirektor,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 4. Juli 1962 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Dr. Tasche und der Bundesrichter Dr. Au-
gustin, Dr. Freitag, Dr. Mattern und Offterdinger
für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das
Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesge-
richts in Hamm (Westf.) vom 24. März 1960
aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhand-
lung und Entscheidung an den 10. Zivilsenat
des Berufungsgerichts zurückverwiesen, dem
auch die Entscheidung über die Kosten der
Revision übertragen wird.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Die Erbengemeinschaft H- N, bestehend aus dem Beklagten und sechs Geschwistern, ist Eigentümerin der aneinandergrenzenden Grundstücke Parzelle - früher - /416 (2,47 a bebauter Hofraum mit Wohnhaus) und Parzelle - früher - /417 (1,08 a Hausgarten), beide Grundstücke im Nordosten angrenzend an die durch das Dorf führende Landstraße zweiter Ordnung, und der von diesen beiden Grundstücken durch einen Weg getrennten Parzelle - früher - 415 (3,12 a Wiese, im letzten Jahrhundert bebaut mit einer Schmiede, nach dem zweiten Weltkrieg mit einer Scheune) in He. Die Landstraße fällt dort von Südosten (Oberdorf) nach Nordwesten (Unterdorf); von ihr zweigen oberhalb und unterhalb der beiden aneinandergrenzenden Parzellen zwei Wegstränge ab (der obere Strang zwischen diesen beiden zusammenhängenden Parzellen und einem fremden Grundstück sowie der an dieses Grundstück anschließenden Parzelle 415, der untere Wegstrang zwischen den beiden Parzellen und dem Anwesen A), die sich an der Westecke der Parzelle /416 zu einem bergwärts in die Feldmark (am He) führenden Weg vereinen. Der obere Wegstrang führt unmittelbar an der Südwestseite des Wohn- und Wirtschaftsgebäudes vorbei; dessen Türe öffnet sich auf den Weg. Die erwähnte frühere Schmiede stand zwei Meter hinter dem Wohnhaus auf einer Böschung. Die Parteien streiten über das Eigentum an dem zwischen den Grundstücken der Erbengemeinschaft hindurchführenden (oberen) Wegstrang und darüber, ob er die Eigenschaft eines öffentlichen Weges hat. Sie haben beiderseits die Eigentumsstörungsklage erhoben.

Beide Wegstränge sind ebenso wie der weiter in die Höhe führende Weg schon um Urriß des Jahres 1831 und der Urkarte dargestellt und im Feld versteint. Sie haben jedoch keine Parzellennummer, und ihre Größe ist nicht fest-



gestellt; sie sind im Grundsteuerkataster nicht aufgenommen und im Grundbuch nicht eingetragen worden. Instandhaltungsarbeiten hat die Klägerin an dem gesamten Weg nach dem Vortrag der Beklagten nicht vorgenommen. Es liegt aber ein Beschluß der Gemeindeverordnetenversammlung vom 29. Mai 1864 vor, wonach "alle Wege der hiesigen Gemarkung, soweit dieselben als steuerfreie Wege in der Katasterkarte bezeichnet sind, foran als öffentliche Gemeindewege angesehen und rücksichtlich der Unterhaltung und des eventuellen Neubaus auch als solche behandelt werden sollen". Der Vater des Beklagten hat (nach dem Vortrag des Beklagten unter ausdrücklicher Billigung des damaligen Bürgermeisters der Klägerin) 1928 die beiden zusammenhängenden Grundstücke gegenüber der Landstraße und die Parzelle Nr. ■■■/417 auch gegenüber dem oberen Wegstrang durch eine Mauer abgegrenzt.

Nach 1949 entstanden Grenzstreitigkeiten zwischen der Erbengemeinschaft einerseits und A■■■ sowie der Klägerin andererseits über die Begrenzung der Grundstücke der Erbengemeinschaft. Ein 1934 errichteter Schweinepirk (Schweinestall) am unteren Wegstrang wurde (nach dem Vortrag des Beklagten im Auftrag der Klägerin, nach der Behauptung der Klägerin von unbekannten Dorfbewohnern) abgerissen. Die Klägerin ließ die Grenzen der an den Weg angrenzenden Grundstücke neu vermessen; das Ergebnis erkannte die Erbengemeinschaft nicht an. Die Klägerin und Arens erhoben daraufhin im Jahre 1951 Feststellungsklage gegenüber der Erbengemeinschaft (C 42/51 AG Kirchhundem). In diesem Rechtsstreit beantragte die Klägerin mit der Behauptung, Grund und Boden des öffentlichen Weges stünde in ihrem Eigentum, festzustellen, daß das aus den beiden zusammenhängenden Parzellen bestehende Grundstück der Erbengemeinschaft "gegenüber den öffentlichen Wegen, die

10

auf allen Seiten an diesem Grundstück entlangführen", durch die in einer bestimmten Vermessungsskizze eingezeichneten Grenzpunkte begrenzt werde. Weiter verlangte sie mit der Behauptung, die Grenzmauer rage über die festgelegte Grenze hinaus, die Entfernung dieses Mauerteiles und Herausgabe des in Anspruch genommenen Geländestreifens. Später (Bl. 42-50) änderte sie unter Berücksichtigung, daß die Landstraße im Eigentum des Kreises stand, den Antrag auf Feststellung dahin, daß das genannte Hausgrundstück durch die auf Grund der genannten Vermessung festgelegten Grenzpunkte, die an den beiden Wegsträngen liegen, begrenzt werde. Die Erbgemeinschaft hat sich zur Frage des Eigentums am Weg und der Öffentlichkeit des Wegs schriftsätzlich nicht geäußert. Das Amtsgericht hat der Klage stattgegeben, die Berufung der Erbgemeinschaft wurde zurückgewiesen.

Da die Erbgemeinschaft die Vermarkung entsprechend dem Feststellungsurteil nicht vornehmen ließ, erhob die Klägerin im Oktober 1954 eine weitere Klage mit dem Antrag, die Erbgemeinschaft zur Duldung der Vermarkung entsprechend dem Feststellungsurteil zu verurteilen. Zunächst wandte sich die Erbgemeinschaft erneut gegen die Art der Vermessung; erst im Schriftsatz vom 1. Februar 1955 (Bl. 30 - 3.0.36/55 LG Siegen) bestritt die Erbgemeinschaft erstmals das Eigentum der Gemeinde am Weg und vertrat die Ansicht, es handle sich - wie auch die Rechtsverhältnisse an dem oberen Verlauf des Wegs bestätigten - um einen Interessentenweg, der im Miteigentum der Anlieger stehe (Bl. 50, 52, 82, 88 der genannten Akten). Die Klägerin erwiderte, sie sei natürlich nicht Eigentümerin des Wegs, der Weg sei ein öffentlicher (Bl. 38); im selben Schriftsatz berief sie sich gleichwohl darauf, daß

bei Kommunikationswegen - wie hier - die Vermutung für das Eigentum der Gemeinde spreche. Auf gerichtliche Anfrage teilte das Katasteramt Olpe am 20. Mai 1955 (Bl. 51) mit:

"Für die Ortslage He [REDACTED] liegt nur altes Kataster aus dem Jahre 1831 vor. Bei der Anlegung des Katasters sind nur die Grundstücke, nicht aber die Wege und Wasserflächen katastriert worden. Es kann daher nicht angegeben werden, wer Eigentümer des in Frage stehenden Weges ist und ob es sich um einen öffentlichen oder Interessentenweg handelt."

Das Landgericht gab dem Klagantrag statt, weil das Eigentum der Klägerin an dem Weggrundstück durch das vorausgegangene Urteil rechtskräftig festgestellt sei (Bl. 98). Die Berufung der Erbgemeinschaft, in der erstmals vorgebracht worden ist, das Eigentum an dem strittigen Weg habe dem Rechtsvorgänger der Erbgemeinschaft zugestanden und der Weg sei auch von ihm so benutzt worden (Schriftsatz vom 27. Februar 1956, Bl. 129-130), blieb ohne Erfolg, da sich das Oberlandesgericht Hamm der Rechtsansicht des Landgerichts anschloß (Bl. 160 R). Da der Beklagte im Verlauf der Berufungsinstanz dazu übergegangen war, den Weg zu sperren, erhob die Klägerin vorliegende Klage. Zuerst stellte sie den Antrag, den Beklagten zu verurteilen,

es zu unterlassen, die Benutzung des im Eigentum der Gemeinde He [REDACTED] stehenden Weges, der von der Kreisstraße in Heinsberg ausgehend an den Grundstücken der Erbgemeinschaft H [REDACTED] N [REDACTED] vorbeiführt, zu stören (Bl. 1).

Später (Schriftsatz vom 15. November 1956 Bl. 67 GA) beantragte sie, den Beklagten zu verurteilen,

es zu unterlassen, die Benutzung des von der Kreisstraße in He[REDACTED] ausgehenden öffentlichen Weges nach näherer Beschreibung widerrechtlich zu behindern oder zu stören.

Zuletzt hat sie beantragt (Schriftsatz vom 6. April 1957, Bl. 103), den Beklagten zu verurteilen,

es zu unterlassen, die Benutzung des von der Kreisstraße in He[REDACTED] ausgehenden öffentlichen und im Eigentum der Gemeinde He[REDACTED] stehenden Weges nach näherer Beschreibung über den Gemeingebrauch hinaus zu behindern oder zu stören.

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen und Widerklage erhoben mit den Anträgen,

1. die Klägerin zu verurteilen, jegliche Störung der Erbgemeinschaft H[REDACTED]-N[REDACTED] bei der ausschließlichen Benutzung der zwischen dem Hausgrundstück und dem Scheunengrundstück der Erbgemeinschaft befindlichen Wegefläche - eventuell soweit diese Störungen sich gegen die Einrichtungen notwendiger landwirtschaftlicher Arbeiten einschließlich des Be- und Entladens von Fahrzeugen richten - zu unterlassen;
2. festzustellen, daß der Beklagte und seine Geschwister Miteigentümer dieser Wegefläche in ungeteilter Erbgemeinschaft sind und - eventuell mit Ausnahme der von dem Urteil des Amtsgerichts Kirchhundem vom 26. September 1951 betroffenen Teilfläche - hilfsweise in erster Linie festzustellen, daß die Klägerin nicht Eigentümerin der zwischen dem Hausgrundstück und dem Scheunengrundstück der Erbgemeinschaft H[REDACTED]-N[REDACTED] befindlichen sowie der daran angrenzenden, um die Parzelle [REDACTED]/416 und [REDACTED]/417 führenden Wegefläche ist,
in zweiter Linie hilfsweise, daß es sich bei dieser Fläche um ein nicht katastriertes Grundstück handelt, dessen Eigentümer bisher nicht

ermittelt worden ist und dessen Eigenschaft
- eventuell Widmung - als öffentlicher Weg
nicht festgestellt werden kann.

Die Klägerin berief sich für ihr Eigentum auf die Urteile in den Vorprozessen und das Verhalten des Vaters des Beklagten bei der Errichtung der Grenzmauer im Jahre 1928. Sie behauptet, der Weg sei fortlaufend seit Menschengedenken auf Grund der gegebenen Verhältnisse zwangsläufig von der Allgemeinheit als Zugang zur Feldmark am Hamberg benutzt worden. Im Gegensatz zu den Wegen in der Waldfläche (Separierung 1867-1868) seien die Hei██████ Feldflur und das gesamte Ortsnetz nicht separiert und daher die Wege nicht mit Nummern versehen worden, obgleich sie in der Karte verzeichnet und eingesteint seien.

Der Beklagte behauptet: Es handle sich lediglich um einen von den Rechtsvorgängern des Beklagten geschaffenen Zugang zur Schmiede (beschränkte Widmung durch den Eigentümer), um einen im Eigentum der Anlieger stehenden Privatweg (offenen Weg), der aber von den Rechtsvorgängern des Beklagten seit jeher stets wie ein zum Grundeigentum gehöriger Hofraum genutzt worden sei. Der Weg könne schon deshalb kein öffentlicher sein, weil die Gemeinde die privatrechtliche Verfügungsbefugnis nie über diese Fläche gehabt habe. Den Widerklagantrag Nr. 1 stützt der Beklagte auf § 862 Abs. 1 BGB, da er und seine Rechtsvorgänger sich bisher stets im ungestörten Besitz der Wegfläche befunden hätten. Das Eigentum der Erbengemeinschaft an der Wegfläche werde vermutet, weil sie ein natürlicher Bestandteil des gesamten Anwesens der Erbengemeinschaft bilde, stets als Hofraum benutzt worden sei, soweit es die Belange des landwirtschaftlichen Betriebs erfordert hätten, und weil sie stets vom Beklagten und seinen Rechtsvorgängern instandgehalten worden sei. Keinesfalls sei die Klägerin Eigentüme-

rin der Wegfläche, da sie im Grundbuch nicht eingetragen sei und auch kein Besitzattest erbringen könne. Entgegen den Ausführungen des Oberlandesgerichts Hamm im Urteil vom 13. April 1956 (5 U 1/56 OLG Hamm Bl. 160) hätte seinerzeit die beklagte Erbgemeinschaft das Eigentum der Gemeinde sehr wohl bestritten (Bl. 34, 80 der genannten Akten) und auch nie das Eigentum der Gemeinde am Weg tatsächlich anerkannt (vgl. Bl. 86 der genannten Akten).

Nach Vernehmung zahlreicher Zeugen über die Benutzung des streitigen Wegstücks hat das Landgericht die Klage und die Widerklage abgewiesen.

Die Berufungen beider Parteien blieben ohne Erfolg; das Berufungsgericht hat die Klage als unzulässig, die Hauptanträge der Widerklage als unbegründet und die Hilfsanträge als unzulässig abgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Beklagte seine Anträge weiter; die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

1. Das Berufungsgericht hält für den Klagantrag den ordentlichen Rechtsweg nicht für gegeben mit der Begründung, daß "der Kernpunkt des Streits der Parteien allein ihr öffentlich-rechtliches Verhältnis zueinander betrifft" und "das Begehren als solches öffentlich-rechtlicher Art ist" (BU S. 10 unten). Dabei übersieht es nicht, daß sich die Klägerin im Klagantrag selbst nicht nur auf die Öffentlichkeit des Wegs, sondern auch auf ihr Eigentum am Weg stützt (zu ergänzen: der Klaganspruch sich somit als ein

Beseitigungsanspruch im Sinne des § 1004 BGB darstellt). Gleichwohl könne, fährt das Berufungsgericht fort, daraus aber eine Unterscheidung zwischen öffentlich-rechtlich und privatrechtlich begründeter Klage nicht hergeleitet werden, weil nämlich die Klägerin die Regelung des öffentlich-rechtlichen Verhältnisses der Parteien hinsichtlich des Weges herbeiführen wolle (S. 9/10 BU), somit ihre Rechte durchsetzen wolle, die sich aus ihrer obrigkeitlichen Gewalt gegenüber den Gemeindegewohnern ergeben.

Diese Auslegung des Klagebegehrens glaubt das Oberlandesgericht aus der Begrenzung des Unterlassungsanspruchs entnehmen zu können, nämlich der Begrenzung auf die Benutzung, die über den Gemeingebrauch hinausgeht (S. 9 unten BU). An anderer Stelle (S. 10 Mitte) führt das Berufungsgericht aus, die Grenze des Gemeingebrauchs müsse "von dem für den Weg zuständigen obrigkeitlichen Gemeinwesen festgelegt werden" und der Schutz des Gemeingebrauchs obliege den Behörden und der Polizei; es fährt fort, "die so für die Entscheidung über den ganzen Klagantrag erforderliche Abgrenzung des Gemeingebrauchs des Beklagten am Weg könne vom ordentlichen Gericht nicht vorgenommen werden.

Schließlich meint das Berufungsgericht (S. 10 oben), die Frage, ob die Klägerin auch Eigentümerin des Weges sei, habe für die Entscheidung keine Bedeutung. Das Unterlassungsbegehren habe ungeachtet der Entscheidung über das Eigentum sachlich Erfolg; es sei nämlich immer schon sachlich dann begründet, wenn der Weg ein öffentlicher sei.

2. Die Klägerin hat sich mit der Abweisung ihrer Klage als unzulässig beschieden. Dagegen macht der Beklagte mit der Revision geltend, er sei durch die Abweisung der Klage als unzulässig beschwert, weil er die Zurückweisung der Be-

rufung der Klägerin beantragt habe, danach es also hinsichtlich der Klage bei dem sachlich abweisenden Urteil des Landgerichts hätte bleiben müssen. Hinter diesem Antrag bleibe die Entscheidung des Berufungsgerichts zurück, da die Rechtskraft der prozessualen Abweisung nicht so weit gehe wie die Sachabweisung.

Die Revision rügt mit Recht, daß das Berufungsgericht die Klage (Unterlassungsanspruch) als unzulässig abgewiesen hat. Der Beklagte ist insoweit in der Tat auch beschwert, da er Anspruch auf eine Sachabweisung hat, soweit dieser Antrag zwar zulässig, jedoch nicht begründet ist.

Die Auslegung des Klagbegehrens durch das Berufungsgericht ist verfehlt. Es wäre von vornherein außergewöhnlich, daß eine durch einen Anwalt vertretene Gemeinde ihre "obrigkeitliche Gewalt gegenüber den Gemeindegewohnern" (hier: Maßnahmen der Wegpolizei) im Zivilprozeß durchsetzen wollte. Abgesehen davon gibt weder der Klagantrag noch die Begründung für diese Auslegung irgendwelchen Anlaß. In dem Schriftsatz vom 15. November 1956 (Bl. 67-71) stützte sie ihr Eigentum auf die nach ihrer Ansicht vorausgegangene rechtskräftige Feststellung zwischen den Parteien. Im Schriftsatz vom 6. April 1957 (Bl. 105 GA) macht sie Ausführungen "zu der Eigentümlichkeit des He [REDACTED] Wegenetzes"; sie macht, wie das Landgericht richtig ausgeführt hat, einen Eigentumsfreiheitsanspruch im Sinne des § 1004 BGB geltend. Es handelt sich sonach um eine bürgerlich-rechtliche Streitigkeit im Sinne des § 13 GVG. Der rechtliche Charakter des Gemeingebrauchs an einem öffentlichen Weg ist dagegen für diese Frage unerheblich. Die Gemeinde hat diese Begrenzung folgerichtig von vornherein nur deshalb in ihren Antrag aufgenommen,

weil von ihrem Rechtsstandpunkt (öffentlicher Weg) aus der Beklagte ihrem zivilrechtlichen Anspruch auf Grund des Gemeingebrauchs eine Einwendung auf Benutzung im Rahmen des Gemeingebrauchs gemäß § 1004 Abs. 2 BGB entgegenzusetzen könnte. Letztlich kann der Zivilrichter insbesondere eine bürgerlich-rechtliche Anspruchsgrundlage nicht deshalb dahingestellt lassen und dementsprechend ihre sachlichen Voraussetzungen als unerheblich kennzeichnen, weil die Klagpartei nach Ansicht des - für diesen Punkt letztlich unzuständigen - Zivilgerichts unter bestimmten Voraussetzungen ungeachtet der Voraussetzungen des zivilrechtlichen Anspruchs öffentlich-rechtliche Maßnahmen gegen den Beklagten ergreifen könnte. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts kann der Erfolg der vorliegenden zivilrechtlichen Klage überhaupt nicht von der Frage der Öffentlichkeit des Wegs abhängig sein, während dies für den Antrag 1 der Widerklage allerdings in gewissem Umfang zutrifft, da der Beklagte sich jegliche Störung seines Eigentums verbietet. Davon, ob der Weg ein öffentlicher ist, sind allein die öffentlich-rechtlichen Befugnisse der zuständigen Wegepolizeibehörde und die Einwendungen der Klägerin gegen den Antrag 1 der Widerklage abhängig, soweit der Beklagte sein Eigentum nachweisen sollte. Sollte der Weg ein öffentlicher sein, so wäre auch - wie die Revision weiter zutreffend hervorhebt - nicht ausgeschlossen, daß die Klägerin gleichwohl jede Einwirkung Dritter auf ihr Eigentum, soweit die Benutzung über den Gemeingebrauch hinausgeht, durch die Eigentumsfreiheitsklage abwehrt. Schließlich ist durchaus verständlich, daß die Klägerin im Zivilrechtsweg vorgehen will, weil eben die öffentlich-rechtliche Lage ebenso umstritten ist, wie die zivilrechtliche, die Klägerin aber, wie die Klagbegründung ausweist, auf Grund

des vorausgegangenen Urteils des Amtsgerichts eine sichere zivilrechtliche Position zu haben geglaubt hat. Das Berufungsgericht hätte daher über den Klagantrag (Unterlassungsanspruch) sachlich entscheiden müssen. Die Entscheidung des Berufungsgerichts über den Klagantrag war sonach aufzuheben und mangels einer Sachentscheidung zur Verhandlung und Entscheidung in der Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Dabei wird es zunächst den Inhalt des Klagantrags zu klären haben. Im Klagantrag kommt unmittelbar ein Unterlassungsanspruch zum Ausdruck. Dabei gesteht die Klägerin dem Beklagten die Benutzung des umstrittenen Wegstücks im Rahmen des an Dorfwegen geübten Gemeingebruchs zu; sie will den Beklagten nur von jeder weiteren Benutzung, nämlich solcher, die die Benutzung - zu ergänzen: Anderer im Rahmen des Gemeingebruchs - behindert oder stört, ausgeschlossen wissen.

Gleichzeitig hat die Klägerin in zweifacher Hinsicht nähere Bestimmungen zu dem Weg ("öffentlicher" und "im Eigentum der Gemeinde Heil[] stehender") in den Antrag aufgenommen. Da diese beiden rechtlichen Qualifikationen, im Gegensatz zu der Formulierung im ersten Klagantrag, in Wirklichkeit bestritten sind, erhebt sich die Frage, ob darin Feststellungsanträge zu erblicken sind. Im Antrag des Schriftsatzes vom 15. November 1956 (Bl. 67) ist dieser Teil weggelassen und in der Begründung ist ausgeführt, ihr Eigentum an dem Weg sei schon durch das Urteil des Amtsgerichts Kirchhundem vom 26. September 1951 rechtskräftig festgestellt. Im endgültigen Antrag (Schriftsatz vom 6. April 1957, der im übrigen nur Ausführungen zur Frage der Öffentlichkeit des Weges enthält, Bl. 103/107), ist der Passus ohne nähere Begründung wieder aufge-

nommen worden. Daraus kann entnommen werden, daß die Klägerin eine Inzidentfeststellung über die Frage des Eigentums anstrebt. In der Klage sind sonach möglicherweise neben dem Unterlassungsanspruch zwei Anträge auf Inzidentfeststellung zweier Rechtsverhältnisse untergebracht, nämlich die Feststellung, daß der Weg die Eigenschaft eines öffentlichen Weges habe und die weitere Feststellung, daß der Weg im Eigentum der Klägerin stehe.

II.

Sachlich entschieden hat das Berufungsgericht über die Hauptanträge der Widerklage.

1. Den Antrag Nr. 2 (Feststellung des Eigentums der Erbgemeinschaft an der Wegfläche zwischen Hausgrundstück und Scheune) hält das Berufungsgericht für unbegründet, weil der Beklagte den ihm mangels Eintragung der Erbgemeinschaft im Grundbuch obliegenden Beweis hierfür nicht geführt habe. Die vorhandenen Unterlagen sprächen gegen das Eigentum der Erbgemeinschaft. Dazu bemerkt das Berufungsgericht zuerst, dies sei bereits bei den Erörterungen zur Widerklage (dort ist die Öffentlichkeit des Wegs bejaht worden) deutlich geworden. Weiter verweist das Berufungsgericht auf die Feststellungen des Landgerichts über den Hergang bei der Anlegung des Steuerkatasters im Jahre 1832, auf welchen das Landgericht die Annahme gründete, daß damals die Rechtsvorgänger des Beklagten kein Eigentumsrecht geltend gemacht haben (LG-Urteil S. 20, Bl. 342 GA). Aus der Tatsache, daß die im Grundbuch verzeichnete Größe der drei Grundstücke der Erbgemeinschaft in Wirklichkeit nur gegeben sei, wenn man bei der abgemarkten Fläche einen Teil der

Wegfläche hinzuzähle, könne nichts für das Eigentum der Erbgemeinschaft entnommen werden, weil sich der öffentliche Glaube des Grundbuchs nicht auf solche Flächengrößen beziehe; vor allem besage das Grundbuch nichts darüber, wo die Differenzfläche geblieben sei. Maßgebend seien die Katasterunterlagen, und die Parzellen der Erbgemeinschaft erfaßten in ihnen den streitigen Weg nicht; er werde vielmehr seit 1831 im Kataster besonders geführt.

Der Antrag Nr. 1 (Unterlassungsanspruch) dagegen ist nach Ansicht des Berufungsgerichts unbegründet, weil es sich um einen öffentlichen Weg handelt. Dies ergebe sich aus der sorgfältigen, gründlichen und umfangreichen Beweisaufnahme des Landgerichts.

2. Die Revision wendet sich gegen beide Begründungen.

a) Zur Frage des Eigentums ist vorweg zu bemerken, daß beide Prozeßparteien das Alleineigentum an der Wegfläche zwischen Hausgrundstück und dem Scheunengrundstück in Anspruch nehmen. Für das Eigentum der Klägerin, die sich entgegen ihrem Vortrag und entgegen den beiden Urteilen in dem Vorprozeß nicht - auch nicht teilweise - auf eine rechtskräftige Feststellung ihres Eigentums stützen kann, ist bislang nach den zutreffenden Ausführungen des Landgerichts allerdings eine hinreichende Begründung nicht ersichtlich. Neben den beiden Möglichkeiten des Alleineigentums kann die Herrenlosigkeit des Grundstücks nicht von vornherein völlig ausgeschlossen werden; nach den gesamten Umständen - insbesondere auch nach dem früheren Verhalten beider Parteien - ist aber vor allem ein Miteigentum der Erbgemeinschaft in Gemeinschaft mit den anderen Anliegern, die auf die Benutzung dieses

Wegs angewiesen sind, in Betracht zu ziehen, falls nämlich ein von alters her bestehender Wirtschafts- (Interessenten-) Weg vorliegen sollte (über die Berechtigung der einzelnen Miteigentümer nach Maßgabe der jeweiligen landwirtschaftlichen Bedürfnisse vgl. Germershausen/Seydel, Wegerecht 4. Aufl. § 47 unter 2 S. 559 Anm. 5).

b) Die Rügen, die die Revision gegen die Rechtsausführungen des Berufungsgerichts erhebt, nach welchen das Eigentum der Erbgemeinschaft ausgeschlossen ist, sind teilweise begründet und zwingen zur Aufhebung des Urteilsanspruchs zum Widerklagantrag Nr. 2.

Unklar ist schon der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts. Es meint, die vorhandenen Unterlagen sprächen gegen das Eigentum der Erbgemeinschaft, und fährt fort, das sei bereits bei den bisherigen Erörterungen zur Widerklage deutlich geworden. Damit sind vermutlich die Erörterungen zur Öffentlichkeit des Wegs (S. 11 Mitte BU) gemeint. Dort ist ausgeführt, für die Öffentlichkeit des Wegs spreche bereits die Tatsache, "daß er im Urkataster von 1831, wenn auch ohne Parzellennummer, als Weg eingetragen worden sei (auf S. 2 BU im Tatbestand ist festgestellt: "Im Urkataster eingezeichnet", also in der dem Urkataster zu Grunde liegenden Urkarte eingezeichnet). Nach der maßgebenden Auskunft des Katasteramts vom 20. Mai 1955 (Bl. 14 GA) sind aber im alten Kataster aus dem Jahre 1831 "nur die Grundstücke, nicht aber die Wege katastriert worden". Das Katasteramt zieht daraus den allein möglichen Schluß, aus diesen Unterlagen könne nicht entnommen werden, wer Eigentümer des Weges sei. Aus dem Umstand, daß der Weg im Grundsteuerkataster nicht eingetragen ist, kann dagegen nur geschlossen werden, daß es sich um eine Grundstücksfläche handelt, die keinen Ertrag erbrachte.

Dies bedeutet, daß die Fläche nicht oder weniger als Hofraum, denn als Weg eingeschätzt worden ist. Urkundlich ist bewiesen, daß sich der Rechtsvorgänger der Erbgemeinschaft seinerzeit nicht dagegen gewendet hat (LG-Urteil S. 20, worauf das Berufungsgericht verweist). Wäre die Fläche als Hofraum zur Grundsteuer herangezogen worden, so wäre dies sicher ein entscheidendes Indiz für das Privateigentum der Erbgemeinschaft. Umgekehrt ist die Steuerfreiheit als Weg aber kein maßgebliches Be-
weisanzeichen gegen einen Interessentenweg (vgl. Germershausen/Seydel aaO § 1 unter 2 S. 10), nicht einmal gegen einen Privatweg. Aus welchem Grund das Berufungsgericht die Steuerfreiheit gleichwohl als Indiz für die Öffentlichkeit - und offenbar auch dafür, daß der Rechtsvorgänger in keiner Form Eigentümer sein könnte - gelten lassen will, ist nicht ersichtlich. Der Umstand, daß der Rechtsvorgänger trotz der Deklaration als Weg die Fläche in Wirklichkeit (auch oder in erster Linie) als Hofraum benutzt hat, kann keinesfalls einen Anhaltspunkt dafür abgeben, daß der Weg nicht in irgendeiner Form in seinem Eigentum gestanden hätte. Es müßte aus der Benutzung als eigene Hoffläche nur die Forderung abgeleitet werden, daß der Rechtsvorgänger die Fläche in Wirklichkeit hätte versteuern müssen. Daß sich der Eigentümer seinerzeit dazu nicht gedrängt hat, mag entsprechend dem Vortrag des Beklagten durchaus sein.

Immerhin sprechen die Registerunterlagen gegen den Vortrag des Beklagten, sein Rechtsvorgänger habe auf seinem Grund und Boden den Weg als Privatweg zur Schmiede angelegt. Eher ist anzunehmen, daß der Stückevermessungshandriß schon auf Grund der vorhandenen Versteinung der Grundstücke gefertigt worden ist. Ungeklärt bleibt allerdings, daß der im Grundbuch aufgenommene Flächengehalt der

drei Grundstücke nur zustandekommt, wenn man zu ihrem Flächengehalt innerhalb der Versteinung einen Teil der Wegefläche hinzurechnet. Mit Recht weist die Revision darauf hin, daß dieser Umstand ungeachtet, daß sich der öffentliche Glaube des Grundbuchs auf dieses Maß nicht bezieht, immerhin ein Beweisanzeichen für die Rechtsbehauptung des Beklagten darstellen kann, in Wirklichkeit habe ein Teil der Wegefläche entgegen der Versteinung und entgegen dem Urriß zu seinem Grundstück gehört. Das Berufungsgericht bemerkt hier, vor allem sage das Grundbuch nichts darüber aus, wo die Differenzfläche geblieben sei. Demgegenüber fordert gerade der Umstand, daß im Grundbuch für diese Differenzfläche, für die ein Teil der Wegefläche in Betracht gezogen werden kann, keine andere Person eingetragen ist, die Erklärung des Beklagten heraus.

Die Revision rügt weiter zutreffend, daß bei der Prüfung der Eigentumsverhältnisse das Verhalten des Rechtsvorgängers des Beklagten nicht gewürdigt worden ist, wie es die Zeugen Josef Hen[REDACTED] (Bl. 170 Mitte GA), L[REDACTED], H[REDACTED]-St[REDACTED] (Bl. 185 GA), Johann Hu[REDACTED] (Bl. 233 GA) bekundet haben. Dazu wäre aber auch andererseits zu berücksichtigen, daß der Vater des Beklagten zwischen der Parzelle Nr. [REDACTED]/417 und dem Weg im Jahre 1928 eine Mauer errichtet hat und die Erbengemeinschaft im Vorprozeß (C 42/51 AG Kirchhundem) von ihrem angeblich ausschließlichen Eigentum nichts verlauten ließ. Weiter muß für die Frage des Eigentums an dem Weg aber auch in Betracht gezogen werden, daß der Beklagte und sein Vater den Weg nach den Zeugenaussagen wiederholt in Ordnung gebracht haben. Verwertbar ist auch die Verhaltensweise der Oberlieger, da mangels entgegenstehender Umstände davon

ausgegangen werden kann, daß die rechtlichen Verhältnisse am oberen Teil des Wegs demjenigen des unteren Teils entsprechen. Mangels hinreichender Berücksichtigung des gesamten Sachvortrags war der Urteilsausspruch zu Nr. 2 des Widerklageantrags daher aufzuheben.

Bei der Würdigung der gesamten Umstände wird das Berufungsgericht weiter zu prüfen haben, ob dem Beklagten zusammen mit seinen Miterben nicht Miteigentum im Rahmen einer Wegeinteressentenschaft zusteht, wie es die Erbengemeinschaft H- -N- vor allem in dem Rechtsstreit um die Vermarkung (3 O 36/55 LG Siegen) vertreten hat und wofür die seitherige Entwicklung und die Benutzung des Weges herangezogen werden kann. Unter diesem Gesichtspunkt werden auch die Zeugenaussagen erneut zu würdigen sein, insbesondere die Aussagen über die Benutzung des Wegestücks zwischen Haus und Scheune für landwirtschaftliche Arbeiten und die Aussagen über die Unterhaltung des Weges. Schließlich wird hier zu klären sein, ob der Widerklageantrag Nr. 2 etwa auch eine Feststellung solchen Inhalts umfassen soll oder ob der Beklagte nur das ausschließliche Eigentum der Erbengemeinschaft festgestellt wissen will.

c) Der Widerklageantrag Nr. 1, gestützt auf § 1004 Abs. 1 BGB, setzt in erster Linie das Eigentum der Erbengemeinschaft an der umstrittenen Wegfläche voraus, wobei allerdings auch Miteigentum im Rahmen einer Wegeinteressentenschaft genügt (Germershausen/Seydel aaO § 47 unter 4 S. 567). Die Klägerin kommt auch als Störerin in Betracht, da sie als Gemeinde den Weg als öffentlichen in Anspruch nimmt und dadurch eine entsprechende Benutzung durch Dritte veranlaßt. Der Unterlassungsanspruch wäre aber - auch im Rahmen der Hilfsformulierung - nach den insoweit zutreffenden

Ausführungen des Berufungsgerichts dann ausgeschlossen, wenn der Weg dem öffentlichen Verkehr gewidmet wäre, weil alsdann der Eigentümer zur Duldung jeder Störung im Rahmen des Gemeingebrauchs verpflichtet wäre (§ 1004 Abs. 2 BGB). Nach Ansicht des Berufungsgerichts ist der Weg als ein öffentlicher erwiesen.

Die dagegen erhobenen Revisionsangriffe sind begründet.

aa) Maßgebend für diese Frage ist das in den rheinisch-westfälischen Provinzen geltende preußische Wege-recht. Nach der Rechtsprechung des Preußischen Oberver-waltungsgerichts, die auch vom Oberlandesgericht Hamm mit Recht übernommen worden ist (NJW 1953, 1519), kann ein öffentlicher Weg nur durch die - auch stillschwei-gende - Zustimmung aller rechtlich Beteiligten (Eigen-tümer, Wegepolizeibehörde und Unterhaltungspflichtiger) entstehen. Demgegenüber genügt die tatsächliche langjäh-rige und ungehinderte Benutzung eines Weges für den öffent-lichen Verkehr seit Menschengedenken für sich allein nicht. Dies schließt jedoch andererseits, insbesondere bei den sogenannten alten Wegen, nicht aus, diese Tatsache als Indiz für eine frühere Widmung zu werten. Ist, wie im vorliegenden Fall, eine rechtswirksame ausdrückliche Wid-mung nicht erweisbar, so ließ die Rechtsprechung des Preußischen Oberverwaltungsgerichts eine solche tatsäch-liche Benutzung als Beweisanzeichen für eine wirksame Widmung aber mit Recht nur zu, wenn die ungehinderte Benutzung für den öffentlichen Verkehr unter Umständen erfolgt ist, die auf die Überzeugung der genannten recht-lich Beteiligten schließen lassen, der Weg sei für den öffentlichen Verkehr bestimmt (ProVG 20, 215; 25, 212; 27,

401; 86, 312; 94, 143; 99, 130; PrVerwBl 26, 215, 564; 33, 598; 40, 299; RVerwBl 58, 905; vgl. auch RVerwG 2, 42, 46). Dabei sind alle Umstände, wie etwa das Verhalten der genannten Beteiligten, Katastereinträge, Versteinung, Wegeunterhaltung zu berücksichtigen und insgesamt zu würdigen. Die Unvordenklichkeit der Benutzung eines Wegs für den öffentlichen Verkehr begründet weder nach der erwähnten Rechtsprechung des Preußischen Oberverwaltungsgerichts noch nach der Ansicht von Germershausen/Seydel eine Vermutung für die Öffentlichkeit des Wegs (so allerdings das Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen in dem Urteil vom 21. Dezember 1960, das in dem Streit zwischen der Erbgemeinschaft und dem Oberkreisdirektor des Kreises Olpe ergangen ist, im Anschluß an Bochalli, Besonderes Verwaltungsrecht, erster Teil S. 89).

bb) Das Berufungsgericht zitiert aus dem genannten Urteil des Oberlandesgerichts Hamm vom 11. November 1952, die Feststellung des Widmungsaktes sei dann nicht erforderlich, wenn die Entstehung des öffentlichen Weges in unvordenkliche Zeit zurückreicht und der Weg seit Menschen-
gedenken einem in der Meinung der Rechtmäßigkeit geübten und widerspruchslos geduldeten öffentlichen Verkehr gedient habe. Das Berufungsgericht verweist im übrigen auf die Ausführungen des Landgerichts (vgl. S. 14 dieses Urteils), das seinerseits Germershausen/Seydel aaO § 1 S. 14/15 wörtlich zitiert. Weiter führt das Berufungsgericht aus, für die Öffentlichkeit des Weges spreche bereits die Tatsache, "daß er im Urkataster von 1831, wenn auch ohne Parzellennummer als Weg eingetragen worden ist". Hinzu komme, daß er im Grundsteuerkataster nicht verzeichnet sei. Die zahlreichen Zeugen hätten ganz über-

wiegend ausgesagt, der Weg werde seit jeher von der Allgemeinheit ungehindert benutzt. Nur die Angehörigen der Erben-gemeinschaft hätten dies nicht bestätigt, immerhin aber auch zugeben müssen, daß eine Benutzung durch die Allge-meinheit in gewissem Umfang stattgefunden habe. Hier tau-che sofort die Frage auf, warum das überhaupt geschehen sei und warum die Erbengemeinschaft H- und ihre Rechtsvorgänger eine Benutzung in dem Rahmen, wie sie die zuletzt genannten Zeugen bekundet haben, nicht ganz unmög-lich gemacht hätten, weil sie nämlich dazu allen Anlaß ge-habt hätten, wenn das Wegestück tatsächlich seit jeher in ihren Eigentum und zu ihrer ausschließlichen Benutzung zur Verfügung gestanden hätte. Die Tatsache, daß die Eigen-tümer an demselben Weg weiter oberhalb von den Benutzern eine Benutzungsgebühr und die Beseitigung der verursachten Schäden bis auf den heutigen Tag verlangten, spreche entge-gen der Meinung des Beklagten eher für die Öffentlichkeit des Wegstücks. Er (der Beklagte) könne nämlich nicht be-haupten, daß auch die Erbengemeinschaft und ihre Rechts-vorgänger jemals so verfahren seien. Es sei aber kein Grund ersichtlich, warum sie von einem solchen Recht kei-nen Gebrauch gemacht hätten, wenn der Weg nicht öffent-lich wäre. Nicht entscheidend sei schließlich, daß sich die Klägerin bisher um die Instandhaltung und Ausbesse-rung des Weges nicht gekümmert habe. Der Weg sei öffent-lich und bleibe unter diesen Umständen auch öffentlich, ganz gleich, ob die Klägerin sich um ihn gekümmert habe oder nicht. Gegen die Öffentlichkeit könne umgekehrt nichts aus der Tatsache entnommen werden, daß der Weg nur zwei Me-ter breit sei, die Haustüre in den Weg hineinrage, Wagen auf dem Weg längere Zeit abgestellt worden seien, Gemein-debeamten die Benutzung wiederholt untersagt und der Weg auch vorübergehend durch einen Querbaum abgeschlossen worden sei.

cc) Das Berufungsgericht scheint nach seinen Ausführungen auf die Überzeugung der Wegbenutzer abzustellen, in Wirklichkeit ist jedoch auf die Überzeugung der drei in der Regel an der Widmung rechtlich Beteiligten (Wegpolizeibehörde, Eigentümer und Unterhaltspflichtiger) abzustellen. Sodann läßt die Beweiswürdigung beider Instanzgerichte nicht erkennen, ob sie sich bei der Prüfung bewußt waren, daß eine Benutzung für den öffentlichen Verkehr erforderlich ist.

Aus den Zeugenaussagen läßt sich für beide Voraussetzungen nichts Entscheidendes entnehmen.

Soweit die Zeugen die Benutzung des Weges bestätigen, handelt es sich, abgesehen von einer Ausnahme, um Bewohner des Oberdorfes, die Liegenschaften am Ha[REDACTED] besitzen und bewirtschaften (vgl. die Aussagen Karl Hu[REDACTED] Bl. 168 GA, Franz B[REDACTED] Bl. 174 GA, Johannes P[REDACTED]-Ge[REDACTED] Bl. 195 GA) oder Lohnfahrten ausführen ließen (Ewald L[REDACTED] Bl. 170, Heinrich Sch[REDACTED]-A[REDACTED] Bl. 173). Zweifelhaft in dieser Hinsicht könnte allenfalls die Holzabfuhr des Heinrich B[REDACTED] sein (Bl. 173 GA). Diese Liegenschaftsbesitzer oder ihre Beauftragten haben nicht um Erlaubnis nachgefragt, und ihnen ist der Weg nicht verboten worden. Es kann unter den gegebenen Verhältnissen sonach nicht ohne weiteres von der Benutzung durch die Allgemeinheit, sondern nur durch bestimmte Interessenten gesprochen werden (welchen Schluß auch der Zeuge Josef Hen[REDACTED] gezogen hat). Umgekehrt wurde von allen Zeugen, auch den Gemeinderäten der Klägerin, die Benutzung des Weges durch den Beklagten und seine Rechtsvorgänger für landwirtschaftliche Arbeiten auch in den Fällen geduldet, in welchen ihre Fahrt dadurch behindert wurde. Diese Duldung könnte ein Akt der Rücksicht-

nahme gewesen sein; ihre anhaltende Übung spricht aber in hohem Maß dafür, daß die Rechtsvorgänger des Beklagten nach Maßgabe ihrer landwirtschaftlichen Bedürfnisse am Weg berechtigt waren.

Zu der entscheidenden Frage, welche Überzeugung die Wegpolizeibehörde gehabt und zum Ausdruck gebracht hat, ist bisher nichts Wesentliches vorgetragen und festgestellt; aus ihrem völlig untätigen Verhalten können keine Schlüsse auf eine Widmung gezogen werden (PrOVG 94, 143, 145). Die Zeugen erklärten nur, daß die Wegverhältnisse sehr schlecht gewesen seien und daß - soweit sie dazu überhaupt Beobachtungen gemacht haben - Ausbesserungen nur der Beklagte oder seine Rechtsvorgänger ausgeführt hätten. Dieser Umstand kann nicht ohne weiteres mit der vorweggenommenen Feststellung beiseitegeschoben werden, daß der Weg öffentlich gewesen sei und es daher nicht darauf ankomme, daß sich die Gemeinde nicht um den Weg gekümmert habe. Dieser Umstand spricht trotz des Beschlusses vom Jahre 1864 gegen die Öffentlichkeit des Weges, da auch die Rechtsüberzeugung desjenigen, der in einem solchen Falle die Wegelast zu tragen hätte, neben der Wegpolizei und dem Eigentümer von Bedeutung ist.

Wie schon bemerkt, ist der Weg, entgegen dem Ausgangspunkt des Oberlandesgerichts, im Urkataster nicht eingetragen, vielmehr nur im Urriß durch die Parzellengrenzen umrissen. Dieser Umstand besagt über die Öffentlichkeit des Weges ebensowenig Entscheidendes wie über die Eigentumsverhältnisse. Auch kann nicht allein aus der Tatsache, daß der Weg im Steuerkataster nicht eingetragen ist, gefolgert werden, es handle sich um einen öffentlichen Weg (Germers-

hausen/Seydel 4. Aufl. Wegerecht § 1 unter 2 S. 10). Liegen sonach keine Umstände vor, die mit hinreichender Sicherheit für die Überzeugung der rechtlich Beteiligten sprechen, wenn vielmehr die festgestellten tatsächlichen Verhältnisse ebenso auf einen Interessentenweg zutreffen können, so gewinnen umgekehrt die Tatsachen, die das Oberlandesgericht allein mit dem Argument, die Öffentlichkeit des Weges sei eindeutig bewiesen, beiseitegeschoben hat, Bedeutung (Benutzung der Wegeflächen zum Abstellen von Wagen, Verweisungen von Dorfbewohnern, Absperrung; örtliche Bebauung: zwei Meter Zwischenraum, Schmiedezufahrt, Hereinragen der Haustüre), und zwar als Beweisanzeichen für einen Interessentenweg. Damit steht im Einklang, daß die Oberlieger die Holzabfuhr nur gegen Gebühr und Schadensausbesserung duldeten. Wenn der Beklagte und seine Rechtsvorgänger dies nicht verlangt haben, so kann daraus für diese letzte Wegstrecke gleichwohl nicht auf die Öffentlichkeit des Weges geschlossen werden. Der Grund für diese Nachsicht kann darin liegen, daß dieses Wegstück im Gegensatz zum Weg durch das Feld besser befestigt war, so daß Schäden durch Holzfuhrwerke nicht in gleichem Maße ins Gewicht fielen und die Wegstrecke überhaupt verhältnismäßig kurz war.

Das Berufungsgericht vermißt vor allem einen einleuchtenden Grund dafür, daß die Erbengemeinschaft H- und ihre Rechtsvorgänger die Benutzung des Weges freiwillig geduldet hätten. Läge ein Interessentenweg vor, so ist der Grund klar: Der Eigentümer des Anwesens der Erbengemeinschaft H- mußte sämtlichen anderen Interessenten die Benutzung gestatten, soweit nicht die eigene Bewirtschaftung die Inanspruchnahme der Fläche zwingend gebot. Im übrigen darf nicht übersehen werden, daß in länd-

lichen Verhältnissen die nachbarschaftliche Rücksichtnahme eine Zusammenarbeit gebietet, nach den Aussagen der Zeugin A. das Anwesen früher mit dem A.'schen Anwesen eine Einheit bildete und früher die Inanspruchnahme durch Gespanne nicht so lästig war als der moderne motorisierte ländliche Verkehr. Dies gilt insbesondere für die beengten und bergigen Verhältnisse, wie sie hier gegeben sind.

Die Feststellung des Berufungsgerichts, der Weg sei ein öffentlicher und aus diesem Grund der Widerklagantrag Nr. 1 auf jeden Fall abzuweisen, läßt sich sonach mit der gegebenen Begründung nicht aufrechterhalten. Das angefochtene Urteil mußte daher auch zum Widerklagantrag Nr. 1 aufgehoben werden.

III.

Das angefochtene Urteil war unumschränkt aufzuheben und die Sache entsprechend dem Hilfsantrag des Beklagten zur (anderweiten) Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Die damit eröffnete theoretische Möglichkeit, daß das Berufungsgericht in der Klagsache zum Nachteil des Revisionsklägers entscheiden könnte - falls sich nämlich die Klage bei erneuter Prüfung als begründet erweisen sollte - stellt keine Verletzung des Verbotes der reformatio in peius dar. Der Beklagte war insoweit beschwert, als ihm zu Unrecht eine Sachentscheidung vorenthalten wurde. Irgend einen sachlichen Besitzstand, der ihm auf Grund des Verbots der Schlechterstellung erhalten bleiben müßte, hat er durch die Prozeßabweisung nicht erlangt. Eröffnet er

sich erst in der Revision den Weg zur Sachentscheidung, so kann diese nicht etwa nur auf eine Sachentscheidung zugunsten des Rechtsmittelklägers beschränkt bleiben, erstreckt sich vielmehr zwingend auf eine Entscheidung über die gestellten Sachanträge. Die §§ 536, 559 ZPO beziehen sich überhaupt nicht auf Fragen des Verfahrens, die dem Belieben der Parteien entzogen sind; sie begrenzen vielmehr den Prozeßstoff auf die Anträge der Parteien nur insofern, als sie im Anschluß an die Verhandlungsmaxime dem Richter untersagen, einer Partei etwas zuzusprechen, was dieselbe nicht beantragt hat (RGZ 58, 248 mit Nachweisen).

Es gilt prozeßrechtlich das gleiche wie in dem umgekehrten Fall, in welchem der Kläger gegen ein prozeßabweisendes Urteil ein Rechtsmittel eingelegt hat und nach Aufhebung und Zurückverweisung ein abweisendes Urteil wegen Unbegründetheit der Klage entgegennehmen muß (vgl. zutreffend Bötticher zu RGZ (VZS) 70, 179, 184 f in ZZP 65, 464; Fischer, LM ZPO § 563 (Nr. 5) Anm. S. 2), nach neuerer Rechtsprechung sogar schon durch Entscheidung des Rechtsmittelgerichts (Berufungsgerichts) BGHZ 23, 36, 50; Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts 9. Aufl. § 138 I 2 b S. 688; Baumbach/Lauterbach, ZPO 26. Aufl. § 536, 3 d).

Es erschien angezeigt von der Möglichkeit des
§ 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch zu machen. Dem Be-
rufungsgericht war auch die Entscheidung über die
Kosten der Revision zu übertragen.

Dr. Tasche

Dr. Augustin

Dr. Freitag

Dr. Mattern

Offterdinger