

V_ZR_9/60

2191 037

Verkündet
am 17. Oktober 1962
[REDACTED], Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

des Metzgermeisters Wilhelm K [REDACTED] in D [REDACTED]-H [REDACTED],
G [REDACTED] Straße [REDACTED],

Beklagten, Widerklägers, Berufungsklägers,
Berufungsbeklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Frhr. v. [REDACTED] -

gegen

den Malermeister Erich V [REDACTED] in D [REDACTED], R [REDACTED]
Straße [REDACTED],

Kläger, Widerbeklagten, Berufungskläger,
Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche
Verhandlung vom 17. Oktober 1962 unter Mitwirkung des Senats-
präsidenten Dr. Tasche sowie der Bundesrichter Dr. Augustin,
Dr. Rothe, Dr. Freitag und Dr. Mattern
für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 5. Zivil-
senats des Oberlandesgerichts in Hamm (Westf)
vom 5. November 1959 wird auf Kosten des Be-
klagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien sind Eigentümer der Hausgrundstücke Nr. 30 (Beklagter) und Nr. 32 (Kläger) an der R [REDACTED] Straße zu D [REDACTED]. Der Beklagte erwarb das Eigentum 1942 von seinem Vater, der Kläger wurde 1955 im Wege der Auseinandersetzung einer Erbengemeinschaft Alleineigentümer, an der er seit 1949 beteiligt war. Die auf den Grundstücken errichteten Häuser sind im letzten Krieg völlig zerstört worden. 1950 baute der Kläger wieder auf. Zuvor (29. August 1946) war es zwischen dem Beklagten und dem damaligen Eigentümer des Hausgrundstücks Nr. 32 (Dortmunder Ritterbrauerei) unter Zuhilfenahme eines öffentlich bestellten Vermessungsingenieurs (Blume) zu einer schriftlich niedergelegten "Grenzverhandlung" gekommen. Danach wurde die Grenze zwischen den genannten beiden Grundstücken "durch die Mitte der Giebelmauer, Mauerreste, gerade verlaufend," bezeichnet. Eine weitere Grenzverhandlung fand "zum Zwecke der Grenzfeststellung und Teilung" zwischen den Parteien am 20. Juli 1950, also noch vor Baubeginn des Klägers, statt; die Parteien erkannten einander gegenüber rechtlich verbindlich an, daß die Grenze an bestimmten Punkten durch einbetonierte Eisenrohre vermarktet sei. Auf Grund dieser Grenzverhandlung und weiterer Messungen wurde ein Fortführungsriß beim Katasteramt eingereicht, und dieses erteilte unterm 27. November 1950 einen Auszug aus dem Vermessungsnachweis sowie eine Abzeichnung der Flurkarte. Am 20. Juli 1950 unterzeichnete der Beklagte ferner eine Erklärung des Inhalts, er sei damit einverstanden, daß der Kläger die Giebelmauer zwischen den beiden Grundstücken als gemeinschaftliche Brandmauer auf der Grundstücksgrenze errichte; nach Wiederaufbau seines (des Beklagten) Grundstücks werde er sich an den Kosten entsprechend beteiligen, soweit die Brandmauer von ihm mitbenutzt werde.

- 3 -

Im Jahre 1955 errichtete der Beklagte auf seinem Grundstück ein Haus, wobei er die Giebelmauer des Klägers mitbenutzte. Das Haus ist im Februar 1956 bezugsfertig geworden.

Der Kläger verlangte mit der Klage Zahlung des Halbanteils der Kosten der Giebelmauererrichtung. Insoweit ist das der Klage stattgebende landgerichtliche Urteil nicht angefochten worden. Der Streit zwischen den Parteien geht nur noch um die im Wege der Widerklage begehrte Überbaurente.

Der Beklagte machte eine solche in Höhe von 9,72 DM, dann mit 48,08 DM monatlich geltend; im Berufungsverfahren beanspruchte er eine Rente in Höhe von 21,75 DM. Er trägt vor: Der Kläger habe nicht, wie vereinbart, die Giebelmauer halbscheidig auf der Grenze errichtet; die Mauer stehe vielmehr im Keller mit 39 cm auf seinem (des Beklagten) Grundstück, mit nur 13 cm aber auf dem des Klägers. Die Mauer sei auf seiner (des Beklagten) Seite bündig gebaut, verjünge sich dagegen auf der Seite des Klägers, so daß sie dort von Stockwerk zu Stockwerk weniger Raum vom Grundstück des Klägers benötige. Der Kläger müsse daher eine Überbaurente bezahlen. Hilfsweise werde der Anspruch auf Vertragsverletzung und unerlaubte Handlung gestützt.

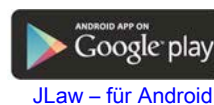
Der Kläger hat Abweisung der Widerklage beantragt und behauptet, die Mauer sei genau auf der 1946 und 1950 festgestellten Grenze halbscheidig gebaut, das Fundament sei sogar auf seiner (des Klägers) Seite noch stärker als auf Seiten des Beklagten.

Das Landgericht hat dem Beklagten eine monatliche Rente von 20,38 DM ab 1. Februar 1956 zugesprochen und im übrigen die Widerklage abgewiesen.

Das Berufungsgericht hat die Berufung des Beklagten, der eine Erhöhung um 1,37 DM monatlich erreichen wollte,



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



zurückgewiesen und auf die Berufung des Klägers die Widerklage im ganzen Umfang abgewiesen.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte seine Berufungsanträge weiter; der Kläger bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Der Senat hat Auskünfte von dem Oberlandesgerichtspräsidenten in Hamm und dem Vorsitzenden des dortigen 5. Zivilsenats eingeholt. Er hat ferner dem Großen Senat für Zivilsachen des Bundesgerichtshofs Rechtsfragen zur Entscheidung vorgelegt, die sich mit der ordnungsmäßigen Besetzung des Vorsitzes in einem Senat eines Oberlandesgerichtes befassen.

Entscheidungsgründe:

I.

An der angefochtenen Entscheidung hat der im Geschäftsverteilungsplan des Oberlandesgerichts in Hamm für das Jahr 1959 bestellte Vorsitzende des 5. Zivilsenats dieses Gerichts, Senatspräsident Dr. Gerstberger, nicht teilgenommen; er war an diesem Tage an einer Referendarprüfung beteiligt. Den Vorsitz in der Berufungsverhandlung führte Oberlandesgerichtsrat Dr. Hense.

Die Revision macht geltend, im Zeitpunkt der Entscheidung habe ein Senatspräsident gefehlt, der in der Lage gewesen sei, die Rechtsprechung seines Senates richtungsweisend zu beeinflussen. Dr. G. [REDACTED] sei in der Geschäftsverteilung 1959 nur zur Hälfte seiner Arbeitskraft dem Senat als Vorsitzender zugeteilt worden, im übrigen aber dem Justizprüfungsamt. Ein Senatspräsident könne aber seiner Aufgabe als Senatsvorsitzender in einem Senat mit fünf

Beisitzern nicht gerecht werden, wenn er nur zur Hälfte seine Zeit und seine Arbeitskraft dem Senat widmen könne. Die Besetzung des Senats sei daher nicht ordnungsgemäß gewesen und widerspreche den gesetzlichen Bestimmungen (§ 551 Nr. 1 ZPO; §§ 62, 117 GVG).

Die Rüge hat dem erkennenden Senat Anlaß gegeben, gemäß §§ 136, 137 GVG dem Großen Senat für Zivilsachen des Bundesgerichtshofs die Rechtsfrage vorzulegen, ob sich die Ordnungsmäßigkeit der Wahrnehmung des Vorsitzes in einem Senat eines Oberlandesgerichtes allein schon aus dem Vergleich der Gesamtzahl der erledigten Spruchsachen mit der Zahl der unter dem Vorsitz des zum ordentlichen Vorsitzenden bestellten Senatspräsidenten verhandelten und entschiedenen Spruchsachen beantworten lasse. Der Große Senat für Zivilsachen hat am 19. Juni 1962 (NJW 1962, 1570 = MDR 1962, 717 = DRiZ 1962, 331) dahin beschlossen, daß der Senat eines Oberlandesgerichtes mit einem Senatspräsidenten als Vorsitzenden nur dann vorschriftsmäßig besetzt ist, wenn dieser durch den Umfang seiner Tätigkeit im Senat einen richtunggebenden Einfluß auf die Rechtsprechung seines Senates ausüben könne, wozu der Senatspräsident mindestens 75 % der Aufgaben als Vorsitzender des Senats selbst wahrnehmen müsse. In den Gründen dieses Beschlusses wird ausgeführt: Es müsse verlangt werden, daß der ordentliche Vorsitzende in jedem Falle den größeren Teil der in seinem Senat anfallenden Arbeiten als Vorsitzender selbst erledige, da er nur so den richtunggebenden Einfluß auf die Rechtsprechung des Senates ausüben könne. Nur bei einem Prozentsatz von mindestens 75 % aller Aufgaben sei diese Voraussetzung zu bejahen. Dabei sei aber weder die Zahl der durch Urteil entschiedenen Sachen maßgebend noch könne bestimmten Aufgaben der Vorrang gegeben werden: Die einzelnen Spruchsachen müßten gewogen

und nicht nur gezählt werden. Dem pflichtgemäßen Ermessen des Vorsitzenden müsse es letztlich überlassen bleiben, auf welchem Wege er sich den gebotenen Einfluß auf die Rechtsprechung des Senates verschaffe, in welchem Umfange er das durch Mitwirkung an Spruchsachen und durch Mitwirkung an anderen Entscheidungen tue. Generelle Grundsätze ließen sich hierzu nicht aufstellen.

Der erkennende Senat hat auf Grund dieses Beschlusses eine dienstliche Auskunft bei dem Vorsitzenden des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Hamm eingeholt. Dieser hat sich dienstlich dahin erklärt, er habe im Geschäftsjahr 1959 (abgesehen von der Zeit seines Urlaubs) sämtliche für den Präsidenten des Senates bestimmten Eingänge geprüft, auf die Zuständigkeit des Senates hin untersucht, die Berichterstatter bestimmt, an allen Entscheidungen über die Gewährung des Armenrechts sowie an allen Beweisbeschlüssen vor der mündlichen Verhandlung teilgenommen, die Verhandlungstermine alle selbst angesetzt, an 26 von 51 Sitzungstagen den Vorsitz ausgeübt und an 72 von 136 streitigen Urteilen mitgewirkt. Er habe darauf gesehen, daß die Entscheidungen grundsätzlicher Art und tunlichst auch die schwierigeren Sachen von ihm selbst verhandelt worden seien. Nach seinem pflichtgemäßen Ermessen habe er im Sinne der Ausführungen des Großen Senates für Zivilsachen mindestens 75 % aller für den Vorsitzenden des Senats angefallenen Aufgaben selbst wahrgenommen.

Der erkennende Senat hat keine Bedenken, diese dienstliche Äußerung seiner Entscheidung zugrunde zu legen. Daß der Vorsitzende des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts bei der Aufteilung der Geschäfte für das Jahr 1959 durch Beschluß der Präsidentenversammlung nur zur Hälfte seiner Arbeitskraft berücksichtigt wurde, spielt

keine entscheidende Rolle. Es war damit nicht von vornherein ausgeschlossen, daß Senatspräsident Dr. G. [REDACTED] die für ihn als Vorsitzenden angefallenen Aufgaben zu mindestens 75 % selbst erledigen konnte.

Die Rüge der nicht vorschriftsmäßigen Besetzung des Senats des Berufungsgerichts ist sonach nicht begründet.

II.

Das Berufungsgericht kommt nach Würdigung des Beweisergebnisses zu der Auffassung, es sei nicht erwiesen, daß die wirkliche Grenze zwischen den beiden Grundstücken (30 und 32) um 6 cm weiter westlich (also zum Grundstück des Klägers zu) verlaufe als die 1950 ermittelte Grenzlinie. Das Berufungsgericht hält ferner nicht für erwiesen, daß der Kläger auf der (1950er) Grenzlinie nicht halbschuldig die Giebelmauer erbaut und vertragswidrig nur auf seiner Seite geschoßweise die Mauer verjüngt habe.

Die Revision greift diese Ausführungen mit Prozeßrügen an; sie behauptet, das Berufungsgericht habe bei der Auslegung der "Grenzverhandlung" auch das materielle Recht (§§ 133, 157, 912 BGB) verletzt.

1. Vorweg ist zu den Rügen der Revision zu bemerken:

Die Parteien haben bei der Grenzverhandlung vom 20. Juli 1950 zum Zwecke der Grenzfeststellung und Teilung unter Mitwirkung des öffentlich bestellten Vermessungsingenieurs B. [REDACTED] den Verlauf der Grenze der Grundstücke nach den Katasterunterlagen wieder hergestellt und die festgelegte Grenze gegeneinander rechtsverbindlich

anerkannt. Gleichviel, ob man darin einen Vertrag mit dem Inhalt sehen will, daß sich die Parteien auf einen anderen Verlauf der Grenze nicht mehr berufen dürfen, oder ob es sich dabei lediglich um einseitige Erklärungen der Parteien handelt, daß das Ergebnis der Vermessung die Einträge im Katasterplan richtig wiedergebe, die Vermessung also technisch einwandfrei ausgeführt sei: In jedem Fall hat die Grenzverhandlung das Ergebnis, daß denjenigen, der einen anderen Verlauf der Grenze behauptet, hierfür die volle Beweislast trifft (Meisner/Ring, Nachbarrecht 4. Aufl. § 5 III S. 63). Das hat das Berufungsgericht nicht verkannt. Die Revision macht ihm daher zu Unrecht den Vorwurf, es habe die Beweislastregel nicht eingehalten.

2. Den sonach von dem Beklagten zu führenden Beweis, daß die wirkliche Grenze anders verlaufe, als man 1950 angenommen habe, hat das Berufungsgericht nicht als erbracht angesehen. Es hat sich durch das Gutachten des im Verfahren beigezogenen Sachverständigen Heinrich nicht davon überzeugen lassen, daß die wirkliche Grenze nach den Katasterunterlagen tatsächlich anders verlaufe und die Grenzfestlegung der Jahre 1946 und 1950 irrig sei.

Im einzelnen ist zu den Rügen der Revision zu sagen:

a) Das Berufungsgericht hat eingehend dargelegt, aus welchen Gründen es sich diesem Gutachten (Heinrich) nicht anschließen könne. Ein Antrag, ein Obergutachten einzuholen, ist vom Beklagten, was die Revision nicht verkennt, nicht gestellt worden. Es bestand aber weder eine Pflicht des Oberlandesgerichtes, von Amts wegen ein Obergutachten einzuholen (§ 412 Abs. 1 ZPO), noch eine Pflicht, den anwaltschaftlich vertretenen Beklagten aufzufordern, einen solchen Antrag zu stellen (§ 139 ZPO). Mit den Gutachten

Winklat und Schüring befaßt sich das Oberlandesgericht nicht. Es hat diese Gutachten, weil als Privatgutachten vorgelegt, nur als Parteivortrag gewertet. Wenn diese Gutachten vom Gutachter Heinrich abweichen, so handelt es sich also nicht um widersprechende Sachverständigen-gutachten, sondern um abweichende Parteierklärungen. Es kann daher auch nicht davon gesprochen werden, daß bei widersprechenden Gutachten (vgl. BGH LM § 286 ZPO E Nr. 4) das Berufungsgericht verpflichtet gewesen sei, ein Ober-gutachten einzuholen.

b) Das Gericht kann nach pflichtmäßigem Ermessen das Erscheinen eines Sachverständigen zur Erläuterung seines Gutachtens anordnen (§ 411 Abs. 1 ZPO). Darauf hat aber die Partei keinen Anspruch. Will sie Fragen an den Sachverständigen stellen, so muß sie diese Anordnung rechtzeitig, d.h. spätestens in dem Zeitpunkt des Vor-trages des Gutachtens in der mündlichen Verhandlung bean-tragen (BGHZ 35, 370). Das ist hier nicht geschehen. Das Nachtragsgutachten Heinrich ist im landgerichtlichen Termin vom 7. Mai 1958 vorgetragen worden. Die Revision bezieht sich auf einen Schriftsatz des Beklagten vom 21. Januar 1959, in dem ein Antrag auf mündliche Anhörung des Sachverständigen gestellt sein soll. War somit die Antragsfrist schon bei Berufungseinlegung (9. Juli 1958) verstrichen, so bestand auch, entgegen der Meinung der Revision, für das Berufungsgericht keine Pflicht (§ 139 ZPO), den Beklagten aufzufordern, das Erscheinen des Sachver-ständigen in der mündlichen Verhandlung zu beantragen, um Fragen an ihn stellen zu können.

c) Die Revision beanstandet schließlich, daß dem Beweisantrag des Beklagten nicht stattgegeben worden sei, den Vermessungsingenieur Zwiener als sachverständigen

Zeugen darüber zu hören, daß die Bebauung des Klägers sich nicht in den katastermäßigen Grenzen gehalten habe und bei den Grenzverhandlungen falsch gemessen worden sei. Dieses Beweisangebot enthält keine einzelnen Tatsachen, über die der sachverständige Zeuge hätte aussagen sollen und aus denen er den Schluß auf die Grenzüberschreitung gezogen haben soll. Einer solchen Substantiierung hätte es aber bedurft, weil sonst der Beweisantrag darauf hinausläuft, den sachverständigen Zeugen ein Sachverständigengutachten erstatten zu lassen. Das ist nicht zulässig. In der Nichtbeachtung des nicht substantiierten Beweisangebotes ist somit ein Verstoß gegen die Prozeßordnung (§ 286 ZPO) nicht zu erschen.

3. Zu den Angriffen der Revision gegen die Auffassung des Berufungsgerichtes, es sei nicht erwiesen, daß der Kläger die Grenzlinie von 1950 überbaut habe, ist zu sagen:

a) Das Berufungsgericht hat im einzelnen die Bedenken erörtert, die der Überzeugungsbildung auf der Grundlage des Sachverständigengutachtens Heinrich entgegenstehen; das Berufungsgericht vermochte einen Überbau nicht allein dadurch für bewiesen zu halten, daß der Sachverständige über seine Ermittlungsmethoden befragt werde. Darin liegt kein Verfahrensverstoß, wie die Revision annehmen will. Zu einer Anordnung nach § 411 Abs. 3 ZPO war das Oberlandesgericht nicht verpflichtet. Ein Antrag auf mündliche Erläuterung des Gutachtens war, wie ausgeführt worden ist, jedenfalls nicht rechtzeitig gestellt worden. Eine Anregung (§ 139 ZPO), einen dahingehenden Antrag zu stellen, war seitens des Gerichtes nicht geboten.

b) Die Beweisbehauptungen des Klägers, für die er seinen Architekten und einen Polier benannt hatte, unterstellt das Berufungsgericht keineswegs, wie die Revision

meint, nach den Grundsätzen des Beweises vom ersten Anschein als wahr. Es bezeichnet lediglich die Darstellung des Klägers (S. 13 UA) als der Erfahrung entsprechend, stellt aber eine Beweiserhebung ausdrücklich zurück, weil der Kläger im Besitz einer Einmeßbescheinigung sei, die als amtliche Grenzeinhaltungsbescheinigung zu werten sei. Eine Verletzung des § 286 ZPO ist also nicht gegeben.

4. Nach eingehender Würdigung der einzelnen Umstände kommt das Berufungsgericht zu der Auffassung, daß auf der Seite des Beklagten eine baulich neutrale Halbscheidigkeit, also eine bündige Hochmauerung in Betracht kam und auch gewollt war. Diese Auslegung der Giebelmauervereinbarung vom 20. Juli 1950 läßt entgegen der Auffassung der Revision Verstöße gegen gesetzliche Auslegungsregeln nicht erkennen. Sie ist auch mit dem Wortlaut der Erklärung vereinbar. Mit ihren Angriffen will die Revision auch nur ihre Auslegung an die Stelle jener des Berufungsgerichtes setzen; das ist aber nicht zulässig.

5. Schließlich trifft es nicht zu, daß das Berufungsgericht über Ansprüche erkannt habe, die nicht geltend gemacht worden sind. Wenn das Berufungsgericht in den Urteilsgründen gelegentlich auf die Grenze der beiden Grundstücke zur Langestraße zu sprechen kommt, so hat es damit nicht über Ansprüche, die sich aus der Grenzziehung herleiten lassen, befunden.

Im vorliegenden Rechtsstreit ging es zuletzt nur noch um die Frage, ob der Kläger die Grenze der beiden Grundstücke überbaut habe. Wenn sich das Berufungsgericht unter eingehender Würdigung aller Umstände, insbesondere des Sachverständigengutachtens Heinrich, nicht davon überzeugen

konnte, daß der Kläger die katastermäßige Grenze überbaut habe, so ist das mit Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Die Revision des Beklagten kann demnach keinen Erfolg haben.

Die Entscheidung im Kostenpunkt beruht auf § 97 ZPO.

Dr. Tasche

Dr. Augustin

Rothe

Dr. Freitag

Dr. Mattern