Abschrift.

Im Namen des Reichs.

In Sachen der Stadtgemeinde Baden, Klägerin, jetzt Revisionsklägerin, wider 1, Eduard Rößler; Gastwirth zur Stadt Baden in Baden; 2, Carl Faber, Hofdekorationsmaler daselbst; 3, Julius Diß, jetzt in Stuttgart; 4, dessen Ehefrau Marie geborene Rößler; 5, Wilhelm Kappes, Lackirer in Baden; 6 Anton Ackenheil, Kutscher daselbst, Beklagte, Revisionsbeklagte, wegen Entfernung einer widerrechtlichen Anlage,

hat das Reichsgericht, Zweiter Civil-Senat, in der Sitzung vom 27. April 1880, an welcher Theil genommen haben:

der Präsident Dr. Bingner und die Reichsgerichts-Räthe Dr. Wernz, von Gmelin, Rüger, Wulfert, Dr. Dreyer und Derscheid,

für Recht erkannt:

Urtheil:

Das Urtheil des Großherzoglich Badischen Oberlandesgerichts zu Karlsruhe vom 24. Januar 1880 No. 1148 wird dem Beklagten E. Rößler gegenüber aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Großherzogliche Oberlandesgericht zurückverwiesen; den übrigen Beklagten gegenüber wird die Revision zurückgewiesen.

Von den Kosten dieser Instanz fallen drei Viertheile der Klägerin zur Last, der Rest wird der Entscheidung gegen E. Rößler vorbehalten.

Von Rechts Wegen.

Thatbestand.

Mit Klage vom 16. März 1879 begehrt die Stadt Baden, daß erkannt werde, die Beklagten seien unter sammtverbindlicher

Haft,

Haftbarkeit schuldig, binnen 14 Tagen bei Zwangsvermeiden die auf dem Bauplatze des Carl Faber und dem städtischen Trottoir an der Ludwig-Wilhelmsstraße in eigenmächtiger Weise angelegte Durchfahrts- und Durchgangsstraße zu entfernen, dieselbe in Hof oder Garten umzuwandeln und das Trottoir wieder herzustellen. –

Die Straße, um welche es sich handelt und welche in einem mit der Klage vorgelegten Handrisse mit a.b.c.d. bezeichnet ist, hat folgenden Ursprung und Beschaffenheit:

Im Juli 1877 verkauften die Julius Diß' Eheleute einzelne Theile ihres an der Schillerstraße gelegenen Eigenthums an Lackirer Kappes und Kutscher Ackenheil. Obgleich sie nicht Eigenthümer der Fläche a.b.c.d. waren, räumten sie doch auf derselben den Käufern das unbeschränkte Durchgangs- und Durchfahrtsrecht ein. Die Fläche gehörte zu einem Bauplatze, der damals Eigenthum des Eduard Rößler war und welchen dieser am 8. Januar 1878 an Carl Faber verkauft hat; letzterer übernahm im Kaufvertrage § 7 folgende Verpflichtung: „er bestellt hiemit in unentgeldlicher unwiderruflicher Weise das Durchfahrts- und Durchgangsrecht als dingliche Last des in gegenwärtigem Vertrage gekauften Platzes zu Gunsten der Grundstücke, welche Wilh. Kappes, Lackirer und Anton Ackenheil, Kutscher hier von Herrn Julius Diß laut Kaufverträgen in öffentlicher Form vom 30. und 31. Juli 1877 gekauft haben sowie zu Gunsten des Liegenschaftscomplexes, welchen die Julius Diß Eheleute zur Zeit in der Schillerstraße dahier besitzen derart, daß dieses Dienstbarkeitsrecht nur auf dem als Straße herzustellenden Gelände ausgeübt werden darf." Diß soll die Herstellung und Unterhaltung der Straße übernehmen.

Nach dem in erster Instanz vorgenommenen richterlichen Augenscheine stellte sich die Einfahrt als ein regelmäßig angelegter Fahrweg dar. –

Ihren Anspruch, die Entfernung dieser Anlage zu fordern, gründet die Klägerin zunächst auf folgende Thatsachen:

Den Bauplatz, welchen Rößler an Faber verkauft, hat ersterer am 8. Januar 1878 von Georg Lambrecht, dieser am 12. März 1874 von Albert und Eduard Prinz und diese haben solchen am 4. April 1872 von der Klägerin käuflich erworben. – In diesem Vertrage zwischen der Klägerin und den beiden Prinz ist in § 5 bedungen: der Platz wird als Bauplatz verkauft; der Theil,

der

der nach dem polizeilich genehmigten Bauplane nicht überbaut wird, darf nur zu Hof oder Garten verwendet werden. –

Die Klage behauptet, daß bei den Weiterverkäufen an Lamprecht, Rößler und Faber dieselbe Bedingung aufgenommen worden sei.

Dies geben die Vertreter der Beklagten Diß, Rößler, Ackenheil und Faber zu.

Klägerin behauptet, sie habe die fragliche Bedingung in die Verträge, wodurch sie Bauplätze verkauft, deshalb aufgenommen, weil in diesen neuen Stadttheilen nur von Gartenanlagen umgebene Villen erbaut und geräuschvolle, ruhestörende Anlagen vermieden werden sollten. – Zur Benutzung der streitigen Einfahrt werde ein im Handrisse mit c. d. e. f. bezeichneter Theil des städtischen Trottoirs gebraucht. –

Die Passivlegitimation der einzelnen Beklagten wird in der Klage dahin begründet: gegen E. Rößler, weil er nicht berechtigt war, sich das Durchfahrtsrecht bedingen zu lassen; gegen Faber, weil er im Widerspruche mit den Bedingungen in allen Kaufverträgen das Wegerecht eingeräumt habe; gegen die Eheleute Diß, weil sie von der mehrgedachten Kaufbedingung Kenntniß hatten und trotzdem beim Vertrage zwischen Rößler und Faber mitwirkten, die Straße eigenmächtig hergestellt haben und sich an derselben zu Gunsten ihres an der Schillerstraße gelegenen Eigenthums ein Dienstbarkeitrecht versprechen ließen; – endlich gegen Kappes und Ackenheil, weil dieselben sich in Kenntniß der ursprünglichen Kaufbedingung das Wegerecht ausbedungen haben.

In einem Nachtrage ist noch ausgeführt, die Klägerin sei sowohl hinsichtlich des Kaufpreises als auch Erfüllung des § 5 der Kaufbedingungen Gläubigerin der Käufer Albert und Eduard Printz geworden; weil das Eigenthum unter der gleichen Beschränkung auf Lamprecht, von diesem auf Rößler übergegangen, sowie auch diese Gläubiger geworden; sie mache daher in erster Linie (Landrechts-Satz 1766) ihr Klagerecht als Gläubigerin des Albert und Eduard Printz und als Gläubigerin der Gläubiger der letzteren geltend.

In zweiter Reihe sei ihr Klagerecht begründet, weil bei jedem Eigenthumswechsel des fraglichen Grundstücks für die Stadtgemeinde Baden die Bedingung wegen des nicht überbaut werdenden Theils desselben gewahrt und dem letzten

zwei-

zwischen Nüssler und Faber abgeschlossenen Kaufvertrage wegen Nichtigkeit dieser Bedingung die Erfüllung der Klage, soweit sie diese Bedingung betrifft, versagt worden ist.

In seiner Beschwerdeschrift wird noch gesagt: die Richtigkeit der Ansicht, daß der wegen des nicht überbauten Teils des verkauften Baugelandes gemachte Vorbehalt sich als eine Grunddienstbarkeit darstelle, werde bestritten und weiter: die Klägerin sei eigentümerin des Holzes und insofern berechtigt, diejenigen von dessen Benützung auszuschließen, welchen es nur zur Ausübung eines widerrechtlich angemaßten Dienstbarkeitsrechts dienen soll. –

Die Civilkammer des Kreis- und Hofgerichts Karlsruhe hat mit Urteil vom 19. Juli 1879 die Klage deshalb abgewiesen, weil sie den citierten § 5 dahin auslegte, daß darnach nur dauernde Einrichtungen und bleibende Benützungsarten ausgeschlossen sein sollen, welche dem nicht verbauten Raum seiner Bestimmung als Hof und Garten entziehen würden. Hingegen könne aber die Anlegung eines Einfahrtsweges, welche doch nur vorübergehend dem Käufer für das eigene Anwesen durch die besagte Kaufbedingung nicht verboten werden wollte, nicht genommen werden. –

Auf Berufung der Klägerin hat das Großherzogliche Oberlandesgericht mit Urteil vom 24. Januar 1880 bestätigt. Die Gründe führen im Wesentlichen aus: Weil Rücksicht auf die im Klagegesuche geltend gemachte Pflichtverbindlichkeit sowie bei der Erklärung in der Beschwerdeschrift können nicht angenommen werden, daß die Klägerin aus dem § 5 des Kaufvertrages mit Printz einen Grundgerechtigkeit sowie einen daraus zu machenden persönliche Verbindlichkeit des Albert und Eduard Printz gegen die Beklagten geltend zu machen, sei sie nicht berechtigt. –

Es könne dahin gestellt bleiben, ob das Landrecht Satz 1166 einzelnen nach badischem Rechte auf Nachbarverhältnisse die erklärende Art anwendbar sei. Die Klage weise den beklagten Vitz, Kappes, Hellenheil und Faber gegenüber schon deshalb abzuweisen, weil diese in ihren Kaufverträgen wegen der dem Gegenkontrahenten gegenüber noch zum Vorteile der Klägerin irgend wie dem § 5 des Vertrages der letzteren mit Albert und Eduard Printz analoge Vertragsbestimmung auf sich genommen haben, während die Unterlassung einer

Dem

Verpflichtung in dieser Richtung die unumgänglichste Voraussetzung sowohl für die Anwendung des Landrechts Satzes 1866 als auch des Landrechts Satzes 1871 wären. In dem Vertrage des Beklagten Faber mit E. Rösler wurde zwar auf dem übergebenen beglaubigten Auszuge über diesen Eintrag zum Grundbuche vermerkt, daß der Inhalt des Vertrages insoferne auf dem gerichtlich genehmigten Vertrage nicht überbaut wird, nur zu Hof oder Garten verwendet werden dürfe, nicht aber zu einem Lager- oder sonstigen Platze.

Dieser Satz befindet sich jedoch nicht unter den dem vertragsmäßigen Willen der Contrahenten entsprechenden Vertragsbestimmungen, sondern unter den von dem Grundbuchsführer bei Verfassung der Gemäß beigefügten bei Ausfertigung des Eintrages zum Grundbuche von Amtswegen zu bemerkenden Angaben über die auf dem Vertragsgegenstande auf Grundgabe der öffentlichen Bücher haftenden Lasten (dinglichen Rechte, Vorzugs- und Unterpfandsrechte). Wollte man nun auf Unterstellung, daß der Käufer Faber durch die Erwerbung der Parz mit diesen Rechten Dritten an ihr auf die entsprechende Verpflichtung mit übernommen habe, so könnte diese Verpflichtung doch nur insoweit als mit übernommen angesehen werden, als sie sich auf den Vertragsgegenstand das ist die Area und Grundsdienstbarkeit bezieht, welche Carl Faber dem Vertragsgegner Kappes, Hellenkeil und Vieß nach ausdrücklicher Willenserklärung in dem selben Vertrage eingeräumt hat. Rücksichtlich der streitigen Area sei hiernach auf im Vertrage Faber's mit Rösler somit als in den Verträgen des Vieß mit Hellenkeil und Kappes etwas zu Gunsten der Klägerin in der hier maßgebenden Richtung direkt oder indirekt festgesetzt. Daraus, daß der Vertrag vom 26. October 1877, sollte speziell Juli 1877 – October gefaßt der Eintrag – und 8. Januar 1878 (der letztere zwischen Rösler und Faber) einer Anfechtung der der Klägerin auf Grund der vorausgegangenen Verträge etwa gegen Albert und Eduard Printz, Lambrecht und Eduard Rösler zustehenden Rechte zur Folge gehabt haben, sei ein Rechtsanspruch der Klägerin gegen Faber, Hellenkeil und Kappes nicht erwachsen, weil jener vorausgegangenen Verträge diese Beklagten zu nichts verpflichten; ferner würde auch selbstverständlich der Umstand nichts ändern, daß sie die Verpflichtungen Dritten, die sie nicht anerkannt, gekannt hätten.

Ew.

Bezüglich des Beklagten Rößler machte es sich insofern nöthig, als dieser Beklagte in dem Vertrage mit Lamprecht vom 8. Januar 1878 unterschriftlich dieselbe Verpflichtung wieder übernommen hat, welche Gegenstand des Vertrages der Klägerin mit Albert und Eduard Trinty war und welche Verpflichtung eben mit Bezug hierauf auch als ein Vertragsgegenstand zum Vortheile der Klägerin im Sinne des Landrechts Satzes 1121 aufgefaßt werden kann. Allein der Beklagte Rößler hat das Objekt beider Verträge, auf welche sich der von ihm zu Gunsten der Klägerin übernommenen Verpflichtung beziehen mögen, bereits veräußert und damit jede rechtliche Möglichkeit verloren, dem Klagantrage zu entsprechen.

Entscheidung im Sinne des Landrechts Satzes 1142 begehrt die Klage nicht.

Was das Trottoir betrifft, so wäre zwar die Klägerin berechtigt, ihren Rechten daran civilrechtlich zu schützen, allein die Klage könnte nicht als Negatorienklage aufgefaßt werden, ihren bezüglichen Bemerkungen in den Replikenvorträgen habe die Klägerin nicht durch Ergänzung des Klagbegehrens die entsprechende Folge gegeben, die Beklagten hätten auch im Beweisverfahren nicht behauptet, daß sie kraft einer ihnen zustehenden Grundgerechtigkeit die Berechtigung über das Trottoir auszuüben und Klägerin habe nicht die mindeste rechtliche Ursache für die Annahme einer solchen Grundgerechtigkeit angeführt, als daß die Beklagten über das städtische Trottoir fahren, um von der gemeinen Straße über die streitige Straße nach ihrem Eigenthume und umgekehrt von diesem nach der Straße zu gelangen. Zu einer solchen Berechtigung seien aber die Beklagten schon der Bestimmung der Straße und des zu ihr gehörigen Trottoirs gemäß kraft öffentlichen Rechts als Gemeindeangehörige von Baden berechtigt und können daher auch die Ausübung der Berechtigung beim Abmangel einer Grundgerechtigkeit geltend machen. — Die Klägerin wäre nun zwar zweifellos auch ohne solche Abmangelung berechtigt, den Schutz der Civilgerichte für ihr Eigenthum anzurufen, wenn das streitige Trottoir kraft öffentlichen Rechts das Recht der ihm von den gesetzlichen Organen der Klägerin gegebenen Bestimmung der Benützung der Beklagten entzogen, etwa nur der Benützung durch die unmittelbar anstoßenden Grund- und Häuserbesitzer geöffnet worden wäre; allein auf diesen Gesichtspunkt enthält das Klagbegehren hinsichtlich des Trottoirs nicht, habe auch die in

dieser Richtung erforderliche thatsächliche Begründung nicht erhalten. Das allein erhobene Begehren der Wiederherstellung des Trottoirs setze eine widerrechtliche Beschädigung desselben voraus, da es nur unter dem Gesichtspunkte der Landrechts-Sätze 1382. 1383 rechtlich begründet sein könne. Die Klägerin habe aber auch in dieser Beziehung nirgends behauptet, von wem, wie, in welcher Auslegung und wann beklagter Seits das Trottoir beschädigt worden, sie habe namentlich nicht behauptet, daß die auf dem Faber'schen Eigenthume angelegte Straße auch auf das fragliche Trottoir ausgedehnt, daß auch dieses in eine Fahrstraße als Fortsetzung jener verwandelt worden sei. Auch der vorgenommene Augenschein habe keinen Eingriff in das städtische Trottoir oder eine Beschädigung desselben ergeben. Auch bezüglich der Eheleute Diß werde nur behauptet, daß sie die in den Verträgen vorgesehene Straße eigenmächtig hergestellt haben. Diese Straße befinde sich aber ganz auf dem Eigenthum des Carl Faber. Es fehlte also diesem gegenüber jede Grundlage des Begehrens auf Wiederherstellung des Trottoirs.

Es bedürfe keiner besonderen Ausführung, daß die Klagbegehren durch die Behauptung nicht begründet werden können, daß der Grund- und Pfandbuchsführer der Klägerin die Verträge vom 26. October 1877 und 8. Januar 1878 nicht gewährt habe.—

In letzterer Hinsicht ist noch anzuführen, daß alle Kaufverträge zum Grundbuche eingetragen sind und daß nach dem Grundbuchauszuge über den Vertrag zwischen Rößler und Faber es heißt: Kaufbedingungen Ziffer 2. Für Gütermaß und Grunddienstbarkeiten oder unbekannte Lasten wird keine Gewähr geleistet. Käufer übernimmt der Stadtgemeinde Baden gegenüber dieselben Bedingungen, welche dem Verkäufer Eduard Rößler laut Eintrags im Grundbuch Band 64 No. 111 Seite 616 beziehungsweise laut obigen Kaufvertrags im Grundbuch Band 69 No. 28 Seite 132 obliegen.— (Das letztere ist der Kaufvertrag zwischen Lamprecht und Rößler, das erstere ist der Vertrag zwischen Printz und Lamprecht). Darauf folgen weitere Verabredungen, unter Ziffer 7 die Eingangs angeführte betreffs des Wegrechts. Nach Ziffer 12 der Kaufbedingungen folgt sodann unter der Ueberschrift: „dingliche Rechte" 1. die Bedingungen des Eintrags im Grundbuche Band 64 No. 111 Seite 616 Ziffer 5: „Der Theil des Bauplatzes, welcher nach dem polizeilich genehmigten Bauplane nicht überbaut wird, darf nur zu Hof oder Garten verwendet werden, nicht aber zu einem Lager- oder sonstigen

Pla-

Platze."

Gegen das ihr am 7. Februar 1880 zugestellte Urtheil hat die Klägerin rechtzeitig Revision eingelegt.

Entscheidungsgründe.

Durch den § 5 des Vertrags vom 4. April 1872 ist der Klägerin keine Grundgerechtigkeit bestellt worden; wollte man auch anerkennen, daß die dem verkauften Grundstücke auferlegte Last den Inhalt einer Servitut bilden und daß eine solche zum Vortheile einer öffentlichen Straße eingeräumt werden könne, so giebt doch die Vereinbarung nicht den geringsten Anhalt dafür, daß die Ludwig-Wilhelmstraße oder irgend welches andere Grundstück der Klägerin das herrschende (Grundstück) sein sollte. – Das Appellationsgericht hat daher kein Gesetz verletzt, wenn es nicht davon ausging, daß eine Dienstbarkeit bestellt worden sei. –

Die Verabredung bewirkte vielmehr nur eine vertragsmäßige Eigenthumsbeschränkung dahin, daß die Erwerber sich verpflichteten, die im § 5 aufgeführte Art der Benutzung des nicht überbaut werdenden Theils des Bauplatzes zu unterlassen. Durch die Eintragung zum Grundbuche hat diese vertragsmäßige Verpflichtung nicht den Charakter einer dinglichen Last enthalten, da durch das Grundbuch keine Rechte constituirt, vielmehr nur bereits constituirte offenkundig gemacht worden. –

Klägerin hat selbst auch nicht den Versuch gemacht, die Verbindlichkeit so darzustellen, als ob sie nicht etwa den Personen der Käufer, sondern der Sache auferlegt worden wäre; es fehlt auch an jedem thatsächlichen und rechtlichen Anhalte für eine solche Annahme. – Auch ohne sie erscheint aber die Klage gegen die späteren Erwerber des an Eduard und Albert Prinz am 4. April 1872 verkauften Bauplatzes nach Landrechts-Satz 1121 begründet, da in den nachfolgenden Kaufverträgen der neue Käufer jeweils dieselbe Verpflichtung zu Gunsten der Klägerin übernommen hat.

Hinsichtlich des Mitverklagten Eduard Rössler nimmt auch das Oberlandesgericht an, daß derselbe in die Verbindlichkeit von Prinz und seines unmittelbaren Vorgängers Lamprecht eingetreten sei, verneint dies aber bezüglich des Carl Faber.

Letztere thatsächliche Feststellung beruht nun zwar auf einem offenbaren Uebersehen und auf einer unrichtigen Vertragsauslegung, allein sie ist gleichwohl für diese Instanz bindend, weil auf eine Verletzung von Vorschriften der badischen Pro-

cess-

Voraussetzung die Revision nicht gestützt werden kann und eine Verletzung materiellen Rechtes nicht vorliegt.–

Insbesondere würde nämlich nicht nur, daß sämmtliche Beklagte (I^te^ Instanz 42. 67. 74) ausdrücklich zugestanden haben, daß ein Vertrag zwischen Rösler und Faber die fragliche Klausel meinder" fall worden sei, sondern auch, daß in dem in zweiter Instanz über" gebenen Grundbuchauszug unter Ziffer 2 die Kaufbedingungen (Seite 63/64) ausdrücklich vereinbart sind: Käufer übernimmt die Verpflichtung Faber gegenüber dieselben Bedingungen, welche dem Verkäufer Eduard Rösler laut Eintrages im Grund" buche Band 64 No. 111 Seite 616 bezüglichen Kaufs laut obigem Kauf" vertrages im Grundbuche Band 69 No. 23 Seite 132 obliegen.–

Auf diesen Thatsachen beruht wohl auch zunächst die Ver" neinung, daß Faber keinenfalls die Verpflichtung insofern übernommen habe, als sie sich auf den Streitgegenstand be" ziehe.–

Dabei blieb noch weiter unberücksichtigt, daß man nach dem gesammten Inhalte des Vertrags zwischen Rösler und Faber sich wohl bemüht war, daß die mehrgedachte Negation auf auf die beabsichtigte Baulinienabtretung bezogen werden könnte und daß wohl in Rücksicht hierauf unter Ziffer 10 festgesetzt worden ist, daß Käufer alle sich ergebenden Anstände von Seiten der Stadt übernehme.

Erwägt man in der mündlichen Verhandlung über die Revision wegen dieser Aktenwidrigkeit Verletzung der Landrechts" Satz 1756. 1761 und 1583^a^ geltend gemachten Beweis gegen diese Auslegungsregeln kann nicht gefunden werden und was na" mentlich den Landrechts" Satz 1761 betrifft, so hat das Oberlandes" gericht nur Gewicht darauf gelegt, daß Faber sich ausdrücklich erklärt habe, wenn auch in mündlicher Weise.

Der Vorwurf der Verletzung des Landrechts" Satzes 1583^a^ wird unter Hinweisung darauf begründet, daß dem Vertrage vom 8. Januar 1878 zwischen Rösler und Faber die Genehmigung versagt war, dem sie, Letzterer nicht Dritten, also auch den Klägern gegenüber, gar nicht als Eigenthümer in Betracht kommen könne. Hiemit wird aber die Bedeutung der Genehmigung überschätzt, nicht sie, son" dern der Eintrag zum Grundbuche hat die Wirkung, dem Erwer" ber auch gegen Dritte zu legitimiren und ihn zu dinglichen Ver" fügungen über die Sache zu berechtigen; durch Versagung der Genehmigung behält die Genehmigungsbehörde nur die formelle Garantie

für

für das Vorhandensein aller Voraussetzungen zur Eigentumsübertragung ab und bietet diese Anordnung Anlass, sofort Entscheidung zu fordern. Landrechts. Th. 1626.

Aus der nicht zu beseitigenden thatsächlichen Feststellung ergiebt sich von selbst, dass die Klage gegen Carl Faber, welcher hiernach nicht in das Vertragsverhältniss der Klägerin gegenüber eingetreten ist, nicht begründet erscheint. –

Auch die Mitbeklagten Diss, Achtenhei und Kappes stehen dem Vertrage fremd gegenüber und kann aus ihrer Anwesenheit von der dem Rösler auferlegten Eigentumsbeschränkung ihre Passivlegitimation nicht gefolgert werden.

Betreffs des Carl Rösler wird zwar im angefochtenen Urtheile festgestellt, dass die in Frage kommende Verpflichtung auf ihn übergegangen sei, es wird jedoch darauf, dass er durch die Arrestvollstreckung jede rechtliche Möglichkeit verloren habe, seinem Klagantrage entsprechend die Verurtheilung zu genehmigen und auf Landrechts Th. 1142 hingewiesen, dass gegen ihn nur auf Schadensersatz hätte geklagt werden können. – Hierbei ist aber dieser Landrechts Th. 1142 durch ausdrückliche Anwendung verletzt; – diese dem vom Ersten Richter unterstellten Bestimmung scheint – wie schon die (seit 1. October 1879 aufgehobenen) Landrechts Theile 1143. 1144 ergeben – hinsichtlich die Klage auf das Ganze oder auf die Verurtheilung beziehungsweise Beseitigung des gegen Dritte Erworbenen aus und nöthigt den Gläubiger nicht, ausschliesslich auf Schaden zu klagen. –

(Vergleiche Demolombe, Band XXIV No. 488 fg., Laurent, Band XII No. 197 fg.)

Auch die Feststellung, dass Rösler die rechtliche Möglichkeit verloren habe, seinem Vertrage nach dem Klagbegehren zu entsprechen, reicht nicht aus, um die Klägerin ausschliesslich auf die Entschädigungsklage zu verweisen. Einmal ist nämlich keine absolute Unmöglichkeit festgestellt, es bleibt vielmehr immer noch thatsächlich möglich und ist daher abzuwarten, dass es dem B. Rösler gelinge, durch Anordnung mit den übrigen Betheiligten dem Pfandrechte sich zu entziehen. Es kann nebenbei darauf hingewiesen werden, dass gerade derjenige, welcher die Beseitigung des Pfandes zu bewirken im Stande ist (Faber), ausdrücklich erklärt hat (Tac. Beilage 76), dass er hiergegen nicht einzuwenden habe.

B. Rösler konnte auch auf Entfernung der Anlage, vorausgesetzt, dass

dass sie einer Vertragswidrigkeit sich schuldig gemacht, obgleich sie selbst nicht selbst bewilligt beziehungsweise verschuldet hat; dennoch sei ihr Schein im Vertrage vom 8. Januar 1878 gerade so als Contrahent wie Carl Faber und weshalb sich zu Gunsten der Mitbeklagten Rossenhuhl und Kappes die streitige Summe vorbehalten lassen.

Diesen Beklagten gegenüber müsste daher die Provision für begründet erklärt werden.

Was dagegen das weitere, nach in der Replik hervorgehobene Klagefundament, die rechtswidrige Benützung des Trottoirs betrifft, so wären wir zwar nicht abgeneigt, wenn die angefochtene Entscheidung darauf beruhte, dass eine Klagenveränderung eine gegen Demjenigen begründet sei, welcher sich eine Grundgerechtigkeit anmasst, allein sie beruht darauf, dass eine Klagenveränderung gegen das Trottoirs überhaupt nicht vorliegen sei. — Hierin ist aber dem angefochtenen Urtheile beizupflichten. Die Klage stützt sich lediglich auf die Vertragsverletzung und der Antrag auf Unterlassung des Trottoirs erscheint nur als Nebenforderung zu dem auf Beseitigung der Planke gerichteten Hauptbegehren.

Soweit im Urtheile unsere Ansicht mit Recht darauf hingewiesen, dass es der Klägerin unbenommen bleibe, gegen einen Missbrauch des Trottoirs die geeigneten polizeilichen Verfügungen zu treffen. —

Soweit hiernach das Urtheil aufzuheben war, konnte in der Sache selbst nicht entschieden werden, weil zunächst die Tragweite des angefochtenen § 5 des Vertrags vom 4. April 1872 festgestellen war, es aber im angefochtenen Urtheile nicht nur an einer Feststellung in dieser Richtung, sondern auch über den Inhalt des § 5, darüber namentlich fehlt, ob er die Absicht enthalte: „nicht aber zu einem Lager „oder sonstigen Platze" (Civil„ Proceß„ Ordnung § 528).

Was die Kosten dieser Instanz betrifft, so mussten, da die Klägerin allen anderen Beklagten gegenüber unterliegt, ihr zwei Drittel derselben ihr zur Last fallen, wogegen dem Beklagten gegenüber die Abweisung wegen des Restes von der Instanz, deren Entscheidung abhängig zu machen war (Civil„ Proceß„ Ordnung §§ 87, 88, 92).

Eine Entscheidung über die Kosten der vorherigen Instanzen war nicht geboten, weil es selbstverständlich Demjenigen Beklagten gegenüber, in Bezug auf welche das Urtheil nicht aufgehoben worden ist, bei der Abweisung der Klägerin in die Kosten zu

verbleiben hat, während in Hinsicht des E. Rößler das Urtheil auch wegen der Kosten als aufgehoben gilt, über diese demnach im Endurtheile gleichfalls Entscheidung zu treffen ist.–

(gez.) Bingner, Wernz, Gmelin, Rüger,
Wulfert, Dreyer, Derscheid.

Verkündet in der öffentlichen Sitzung des Reichsgerichts, Zweiten Civil-Senats, vom 27. April 1880.

als Gerichtsschreiber.

72/80.
II 829.