

94. Erlöschen der gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen zugunsten älterer Windmühlen durch stillschweigende Einwilligung des Berechtigten.

Preuß. RM. II, 15 § 247. I, 22 §§ 43, 50. I, 8 § 191.

Verordnung vom 18. November 1819.

EinfGes. zum BGB. Artt. 124, 189 Abs. 3.

V. Zivilsenat. Ur. v. 8. Juni 1912 i. S. B. (M.) w. Kirchengemeinde St. N. in B. (Bekl.). Rep. V. 45/12.

- I. Landgericht Stettin.  
 II. Oberlandesgericht daselbst.

Der Kläger ist Eigentümer der sog. Bodwindmühle auf dem Mühlenberge bei W., die spätestens im Jahre 1811/12, nach der Behauptung des Klägers bereits im 17. Jahrhundert, errichtet worden ist. In nördlicher bis nordöstlicher Richtung davon, beträchtlich tiefer, liegt der Friedhof der Beklagten, dessen Südgrenze 115 m von der Windmühle entfernt ist. Der Friedhof besteht aus verschiedenen Teilen. Das älteste Stück in der Nordostecke, angeblich bereits 1672 oder 1710 angelegt, bestand jedenfalls schon Ende des 18. Jahrhunderts. Dazu kamen fernere in den Jahren 1855, 1866, 1874, 1883 und 1902 in Benutzung genommene Stücke. Der ganze Kirchhof, soweit er in Gebrauch genommen, ist parkartig angelegt, die Bäume erreichen selbst im jüngsten Teile, wo sie 1905 angepflanzt worden sind, die Höhe von  $4\frac{1}{2}$  m, während der Kläger nur 3 m als zulässig bezeichnet.

Der Kläger, der die Windmühle seit 1886 besitzt, behauptet nämlich, gestützt auf § 247 A.R. II, 15 (und Verordnung vom 18. November 1819, die diese Bestimmung nur für später errichtete Windmühlen beseitigt hat), daß die Baumpflanzungen auf dem Kirchhofe bei nördlichen und nordöstlichen Winden, an etwa 50 Tagen im Jahre, seiner Mühle den Wind entzögen oder beeinträchtigten. Er hat, nachdem er wiederholt von der Beklagten Fällung der Bäume und Leistung von Schadenersatz verlangt hatte, im Jahre 1909 Klage mit dem Antrag erhoben, die Beklagte solle verurteilt werden: die Baumpflanzungen auf dem Kirchhof abzuholzen, jedenfalls auf 3 m Höhe zurückzuschneiden und in dieser Höhe zu erhalten, ferner ihm den entstandenen und noch entstehenden Schaden zu ersetzen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, die Berufung und die Revision des Klägers sind erfolglos geblieben.

Aus den Gründen:

„Das Landgericht, dem sich das Berufungsgericht im wesentlichen angeschlossen hat, ist entsprechend der Rechtsprechung des Reichsgerichts (Entsch. in Zivilf. Bd. 50 S. 319), gemäß Art. 124 EinfGes. zum B.G.B. zutreffend davon ausgegangen, daß die Vorschrift des § 247 A.R. II, 15 für die vor dem 18. November 1819 erbauten

Windmühlen auch unter der Herrschaft des neuen bürgerlichen Rechts bestehen geblieben ist. Es hat jedoch für die neueren 1883 und 1902 in Gebrauch genommenen Teile des Friedhofs auf Grund des Gutachtens des Mühlenbesizers Sch. angenommen, daß die dortigen Baumpflanzungen beim Fortbestehen der Bäume auf den älteren Teilen des Friedhofs nicht mehr schädigend wirkten. Auf diesen älteren Teilen aber hätten die Bäume die windhemmende Höhe überall schon im Jahre 1879 erreicht und seitdem sei bis zur Anstellung der Klage die 30jährige Verjährung des Klagerrechts eingetreten (§ 191 I, 8; § 50 I, 22; §§ 501 flg. I, 9 A.R.). Davon abgesehen aber sei das Unterfügungsrecht der Mühlenbesizer auch durch stillschweigende Einwilligung nach § 43 A.R. I, 22 erloschen.

Der Berufsrichter hat für die älteren Teile des Kirchhofs nicht bloß die erlöschende Verjährung (Nichtgebrauch des Unterfügungsrechts), sondern auch die erwerbende Verjährung (Besitz des entgegengesetzten Rechts im Sinne des § 81 A.R. I, 7) für durchgreifend erachtet, diesen älteren Teilen aber den 1874 in Gebrauch genommenen westlichsten Streifen von 60 m Breite nicht zugerechnet, weil nicht festgestellt sei, daß dort die Bäume im Jahre 1879 bereits eine Höhe von mehr als 3 m erreicht hätten. Bezüglich dieses Teiles und ebenso bezüglich aller älteren aber hat er jedenfalls den § 43 A.R. I, 22 für anwendbar erachtet.

Die hiergegen von der Revision erhobenen Angriffe konnten nicht für stichhaltig erachtet werden . . . (folgen Ausführungen über die neueren Teile des Friedhofs).

Wegen der älteren Teile war weber gegen die Anwendung der Verjährungsvorschriften, noch gegen die des § 43 A.R. I, 22 ein Einwand zu erheben. Es handelt sich bei dem Rechte aus § 247 A.R. II, 15 ohne Zweifel um eine nachbarrechtliche Eigentumsbeschränkung,

Entsch. des R.G.'s in Zivils. Bd. 50 S. 319; Förster-Eccius Bd. 3 § 170 Anm. 54.

Auch auf diese Eigentumsbeschränkungen aber finden nach der ständigen, auf § 191 A.R. I, 8 sich stützenden Rechtsprechung des früheren preussischen Obertribunals sowohl die für Grundgerechtigkeiten geltenden Verjährungsvorschriften (§ 50 I, 22), als auch die Vorschrift des § 43 I, 22 Anwendung. Das Reichsgericht hat sich dem, was ins-

besondere den hier vorzugsweise in Betracht kommenden § 43 a. a. O. anlangt, angeschlossen,

vgl. Entsch. in Zivilf. Bd. 32 S. 189, Bd. 44 S. 315; Gruchot Bd. 29 S. 823, Bd. 42 S. 996, Ur. V 82/10 vom 14. Januar 1911.

Die Revision hat zwar die fortdauernde Geltung dieser Vorschrift angezweifelt, sie ergibt sich aber, wie wiederholt anerkannt worden ist, aus Art. 189 Abs. 3 EinfGes. zum BGB.

Entsch. des RG.'s in Zivilf. Bd. 63 S. 129, Ur. V 31/07 vom 12. Oktober 1907.

Das Recht des Müllers stellt sich, wie der Berufungsrichter weiter zutreffend angenommen hat, als Untersagungsrecht im Sinne der Begriffsbestimmung des § 86 UR. I, 7 dar. Für ein solches Recht, nämlich das Verbot der Anbringung von Fenstern und Öffnungen in der Grenzmauer, ist durch Plenarbeschluß des Obertribunals (Entsch. Bd. 21 S. 401) mit einer Begründung, die vielleicht anfechtbar ist (Förster-Eccius Bd. 3 § 187 Anm. 78), der aber das Reichsgericht nicht entgegengetreten ist,

vgl. Entsch. in Zivilf. Bd. 6 S. 255/8; Gruchot Bd. 33 S. 998; Pr. JMBL. 1881 S. 31,

die Anwendbarkeit des § 43 UR. I, 22 allerdings verneint worden. Man stützte sich dabei auf die besondere Natur dieses Rechtes, das eben nur den Widerspruch zum Gegenstande habe. Auf andere Untersagungsrechte aber, so namentlich auf Bauten, die den gebotenen Abstand oder die zulässige Höhe nicht einhalten und den Fenstern das Licht verbauen oder beschränken, ist dieser Grundsatz nicht ausgedehnt worden. Hier hat vielmehr stets sowohl das Obertribunal (Entsch. Bd. 46 S. 73, Bd. 50 S. 87; Strieth. Arch. Bd. 69 S. 3), als auch das Reichsgericht,

Entsch. in Zivilf. Bd. 6 S. 255, Bd. 32 S. 189, Bd. 52 S. 79; Gruchot Bd. 42 S. 996, Bd. 44 S. 963, Bd. 29 S. 823, Ur. V 82/10 vom 14. Januar 1911,

den § 43 a. a. O. angewendet. Diesen Fällen steht der vorliegende, wo es sich um die Entziehung des Windes handelt, völlig gleich.

Die Streitfrage, ob das Recht des § 247 UR. II, 15 schon bei der Anpflanzung hochwachsender Bäume oder erst dann geltend zu machen ist, wenn die Bäume eine solche Höhe erreichen, daß sie den Wind abhalten, ist von der Rechtsprechung und Wissenschaft zum

preussischen Rechte im letzteren Sinne beantwortet worden (Plenarbeschl. OribEntsch. Bd. 17 S. 36, Bd. 41 S. 344; Koch zu § 247 a. a. O.; Förster-Eccius Bd. 3 § 170 Anm. 54; Dernburg, Preuß. Privatr. Bd. 1 § 221 Anm. 18). Dies entspricht auch der Stellung, die die Rechtsprechung bei Bauten, die die zulässige Höhe überschreiten, eingenommen hat (OribEntsch. Bd. 46 S. 73, Ur. des RG.'s bei Gruchot Bd. 42 S. 996). Ist aber diese Höhe einmal überschritten und ist der Berechtigte nicht alsbald, und zwar nicht bloß durch Widerspruch, sondern auch durch Klage dagegen vorgegangen, so wird stillschweigende Einwilligung angenommen und der Berechtigte geht seines Rechtes verlustig, ohne daß die Voraussetzungen eines Verzichts vorzuliegen brauchen (Gruchot Bd. 29 S. 824 und dort angef. OribEntsch., ferner Strieth. Arch. Bd. 69 S. 3; Entsch. des RG.'s in Zivils. Bd. 52 S. 79, Ur. V 64/11 vom 2. Oktober 1911). Der Umstand, daß die Bäume dann mit den Jahren noch höher wachsen, ist deshalb, wie der Berufsrichter mit Recht angenommen hat, ohne Bedeutung. Es wäre auch ganz unmöglich, das Wachstum jedes einzelnen Baumes in jedem Jahre zu kontrollieren, so daß auch die in dieser Beziehung erhobene Revisionsrüge unbegründet erscheint.

Im vorliegenden Falle konnte es keinem Zweifel unterliegen, daß die für Anwendung des § 43 URN. I, 22 in Betracht kommenden älteren, zuletzt im Jahre 1874 angelegten Teile des Kirchhofs schon lange vor 1906, wo der erste Widerspruch erhoben worden ist, mit einem so hohen Baumwuchse bestanden waren, daß die Windentziehung sich der Mühle des Klägers fühlbar machte und daß dagegen, wenn das Recht nicht verloren gehen sollte, hätte vorgegangen werden müssen.

Die Revision stellte sich danach als unbegründet dar und war zurückzuweisen, ohne daß zu prüfen war, ob nicht schon der Zeitraum von 1906 bis 1908 und 1909, wo dem Widerspruch weitere Folge gegeben worden ist, als im Sinne des § 43 URN. I, 22 zu lang zu erachten wäre."