
Datum: 04.02.2016
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 5. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 5 U 148/14
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2016:0204.5U148.14.00

Vorinstanz: Landgericht Arnsberg, 1 O 113/12
Schlagworte: Gartenmauer als gemeinschaftliche Grenzanlage
Normen: §§ 907, 921 f. BGB
Leitsätze:

Von einer Grenzeinrichtung im Sinne der §§ 921, 922 BGB kann nur ausgegangen werden, wenn die Zustimmung des seinerzeitigen Eigentümers zum grenzüberschreitenden Bau der Anlage vorlag. Es soll nicht der Willkür eines Grundstückseigentümers überlassen bleiben, ohne oder gar gegen den Willen seines Nachbarn eine Grenzeinrichtung zu schaffen, dafür Grund und Boden des Nachbarn in Anspruch zu nehmen und diesen auch noch mit Unterhaltungskosten zu belasten.

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das am 15.10.2014 verkündete Urteil der 1. Zivilkammer des Landgerichts Arnsberg wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Berufungsverfahrens nach einem Streitwert von 15.000,00 Euro.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Das angefochtene Urteil ist jetzt ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe	1
A.	2
Die Parteien sind Eigentümer zweier unmittelbar nebeneinander liegender Hausgrundstücke in F. Die Klägerin ist Eigentümerin des Grundstücks E-Weg xx (G, Flur X, Flurstück X). Die Immobilie ist vermietet. Der Beklagte ist Eigentümer des Hausgrundstücks E-Weg xx (G, Flur X, Flurstück X), das er mit seiner Familie bewohnt. Die gemeinsame Grundstücksgrenze verläuft über eine Länge von ca. 26 m.	3
Im Zuge der Errichtung seines Einfamilienhauses Mitte der 1960iger Jahre nahm der Beklagte eine Anschüttung von Erdreich vor. Zur Abstützung der Anschüttung errichtete er 1967 im Grenzbereich der benachbarten Grundstücke eine Stützmauer aus Beton. Diese Stützmauer hat eine Länge von ca. 23 m. Ob die Errichtung der Mauer einer Vereinbarung zwischen dem Beklagten und dem Schwiegervater der Klägerin – dem seinerzeitigen Grundstückseigentümer – entsprach, ist streitig.	4
Im Juli 2009 entfernte der Beklagte den Bewuchs der Stützmauer mit Efeu, so dass diese auch auf der klägerischen Grundstückseite freigelegt wurde. Danach wurde ersichtlich, dass die Mauer auf der oberen Grundstückshälfte in voller Höhe durchgebrochen war und sich der obere Mauerteil durch den Druck des von der Grundstückseite des Beklagten gegendrückenden Erdreichs ca. 10 cm zur Seite des klägerischen Grundstücks geneigt hatte. Der Rechtsvorgänger der Klägerin – ihr Ehemann T2 – befürchtete, die Mauer könne brechen und auf sein Grundstück stürzen. Nachdem er den Beklagten außergerichtlich aufgefordert hatte, den festgestellten Zustand zu beseitigen, leitete er ein selbständiges Beweisverfahren zur Feststellung der mangelnden statischen Sicherheit der Stützmauer und der erforderlichen Maßnahmen und Aufwendungen zur Herstellung einer statisch sicheren Stützmauer bei dem Landgericht Arnsberg (AZ.: x OH xx/09) ein.	5
Der vom Gericht mit der Beantwortung der Beweisfragen beauftragte Sachverständige Dipl.-Ing. T bestätigte in seinem schriftlichen Gutachten vom 15.06.2010 die Mangelhaftigkeit der Stützmauer. Er führte hierzu aus, eine für die Stützwand erforderliche Winkelkonstruktion sei offensichtlich nicht ausgeführt worden. Ursache für den festgestellten Schaden sei zudem eine nicht ausreichende Gründung mittels Fundamentfuß und die fehlende Bewehrung des Mauerteils. Der Sachverständige hielt allerdings den vollständigen Neubau der Mauer mit Fundament für nicht zwingend erforderlich. Vielmehr schlug er vor, die vorhandene Mauer ca. 20 cm über der Geländeoberkante des klägerischen Grundstücks abzuschneiden und zu entfernen. Hinter dem belassenen Mauerrest sollte dann anschließend eine Winkelstützwand aus Betonfertigteilen, alternativ eine Trockenmauer aus Böschungsringen, Bewallsteinen oder Gabionen etc. erstellt werden. Das Fundament und der verbleibende Mauerrest der alten Mauer sollten dann als Stütze für den Fuß der neuen Wand bzw. Böschung dienen.	6
Im Jahre 2011 nahm der Beklagte Sanierungsarbeiten an der in Rede stehenden Stützmauer vor. Dabei ließ er diese teilweise – nämlich zwischen 20 und 40 cm über der Geländeoberkante – abschneiden. Zudem stellte er von seiner Grundstücksseite eine Gabionenkonstruktion dagegen.	7
Über die nachhaltige Effektivität dieser Maßnahmen streiten die Parteien im vorliegenden Verfahren. Dabei übertrug der ursprünglich als Kläger auftretende T2 im Laufe des Rechtsstreits das Eigentum an dem Grundstück E-Weg xx auf die Klägerin, die hiernach an seiner Stelle in den Rechtsstreit eintrat.	8

Die Klägerin und ihr Rechtsvorgänger haben behauptet, die streitgegenständliche Mauer sei erheblich auf ihr Grundstück überbaut. Die Sanierung der Mauer sei nicht entsprechend den Vorgaben des Sachverständigen T erfolgt. Deshalb habe sich die Neigung der Stützmauer vergrößert. Dieser Zustand werde sich weiter verschlechtern, da der gesamte vom Grundstück des Beklagten ausgehende Druck nun auf dem verbleibenden Mauerstumpf laste. Durch die weiterhin bestehende, nicht beseitigte Neigung der gekippten und gebrochenen Stützmauer sei die Nutzung des klägerischen Grundstücks erheblich eingeschränkt.	9
Außerdem seien durch die unterschiedlichen Höhen der Mauer und den neu errichteten Gabionenaufbau neben der Garage Abflussrinnen für Niederschlagswasser entstanden. Bei Regen laufe das Niederschlagswasser ungehindert auf das Grundstück der Klägerin ab. So sei es auch am 23.07.2013 infolge eines nicht ungewöhnlich starken Regenereignisses zum Austreten von Material aus der Gabionenmauer gekommen.	10
Hinzu komme, dass das Ergebnis der neuen Grenzbebauung für sie – die Klägerseite – optisch nicht hinzunehmen sei. Hierdurch seien die bestimmungsgemäße Nutzung des Gartens und die Vermietbarkeit der Wohnungen erheblich eingeschränkt.	11
Die Klägerin hat beantragt,	12
den Beklagten zu verurteilen,	13
1.	14
den Überbau der zwischen den benachbarten Grundstücken der Parteien E-Weg und E in xxxxx F verlaufenden Stützmauer auf dem Grundstück der Klägerin durch Rückbau der Stützmauer zu beseitigen;	15
2.	16
eine statisch stabile und sichere Grenzbefestigung zur Sicherung der benannten Nachbargrundstücke der Parteien herzustellen;	17
3.	18
den Niederschlagswasserübertritt auf das Grundstück der Klägerin E-Weg in xxxxx F über die vorgenannte Stützmauer zu beseitigen;	19
4.	20
die vorgenannte Stützmauer optisch und durchgehend einheitlich zu gestalten.	21
Der Beklagte hat beantragt,	22
die Klage abzuweisen.	23
Er hat behauptet, die Errichtung der Stützmauer am heutigen Standort sei mit dem Schwiegervater der Klägerin als damaligem Eigentümer des klägerischen Grundstücks abgestimmt gewesen. Die Stützmauer stehe dieser Vereinbarung entsprechend <u>auf</u> der Grundstücksgrenze.	24
Bei der Änderung der Konstruktion der Mauer und der zusätzlichen Errichtung der Gabionenkonstruktion seien die Vorgaben des Sachverständigen T eingehalten worden.	25

Soweit die alte Stützmauer lediglich auf ca. 40 cm über der Geländeoberkante statt auf 20 cm gekürzt worden sei, sei dies mit dem Sachverständigen abgesprochen gewesen.	
Durch das Abschneiden der gerissenen und gekippten Mauer sei die durch die Kippung entstandene Grenzüberbauung beseitigt worden.	26
Bei dem Regenereignis am 23.07.2013 habe es sich um ein außergewöhnliches Starkregenereignis gehandelt, aus dem die Klägerin keine Rechte herleiten könne.	27
Wegen des weiteren Parteivortrages in erster Instanz wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.	28
Das Landgericht hat Beweis erhoben durch Einholung eines schriftlichen Gutachtens des Sachverständigen Dr. Ing. N vom 26.06.2013 nebst schriftlichem Ergänzungsgutachten vom 18.12.2013 zur Klärung der Fragen, ob und inwieweit die Mauer in das klägerische Grundstück hinein ragt, inwieweit die jetzt von dem Beklagten errichtete Konstruktion statisch sicher ist und auch hinsichtlich der Frage der Auswirkungen von Regenereignissen (insoweit vgl. das Ergänzungsgutachten).	29
Sodann hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Sie sei zwar zulässig, insbesondere sei nicht vorab ein Güteschlichtungsverfahren durchzuführen gewesen; die Klage habe aber in der Sache keinen Erfolg.	30
1.	31
Der Klägerin stehe kein Anspruch auf Beseitigung der auf ihr Grundstück überbauten Stützmauer durch Rückbau zu. Ein solcher Anspruch ergebe sich nicht aus § 1004 Abs. 1 BGB.	32
Zwar seien grundsätzlich Grenzüberschreitungen von körperlichen Gegenständen als Eingriff in das Eigentumsrecht abwehrfähig. Nach dem Ergebnis der Begutachtungen durch den Sachverständigen Dr.-Ing. N stehe auch fest, dass der Beklagte eine solche Grenzüberschreitung durch Errichtung der Mauer teilweise auf dem klägerischen Grundstück vorgenommen habe. Der Sachverständige habe hierzu unter Zurhilfenahme des Vermessungsbüros T2 ausgeführt, dass die Mauer eine Überstandsfläche in das klägerische Grundstück hinein von insgesamt 3,4 qm aufweise, wobei hiervon 1,2 qm auf einen Überstand im Fußbereich der Wandkonstruktion entfielen.	33
Allerdings sei dieser Überstand von der Klägerin zu dulden, § 1004 Abs. 2 BGB. Die Klägerin sei unter dem Gesichtspunkt des nachbarrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses als Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben nach § 242 BGB zur Duldung der Grenzüberschreitung verpflichtet. Die Überbauung der Mauer auf das klägerische Grundstück sei nach wertender Betrachtung als geringfügig anzusehen und deshalb hinzunehmen. Zwar betreffe sie ausweislich der Feststellung des Sachverständigen insgesamt 3,4 qm des klägerischen Grundstücks. Dabei sei jedoch zu berücksichtigen, dass diese Fläche bezogen auf die Gesamtlänge der Mauer von 23 m berechnet worden sei. Der Mauerüberstand erfolge dabei bemessen auf 2,2 qm allein durch die Schrägneigung des verbleibenden Mauerstumpfes und beeinträchtige die Nutzung des Grundstücks hierdurch nur unwesentlich. Im Übrigen – nämlich 1,2 qm – reiche der Überstand allenfalls in der Breite des stehen gebliebenen Mauerfußes in das klägerische Grundstück hinein. Es sei nicht ersichtlich, dass diese geringfügige Überbauung die Nutzung des klägerischen Grundstücks merklich beeinträchtige. Sie sei deshalb hinzunehmen.	34

Zwar könne eine Duldungspflicht aus dem nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis entfallen, wenn das Bauwerk nicht den Regeln der Baukunst entspreche. Dies sei nach den Feststellungen des Sachverständigen Dr.-Ing. N aber nicht der Fall. Hierzu habe der Sachverständige ausgeführt, dass die Gesamtkonstruktion unter der Stützwirkung des Fußauflegers in der alten Stahlbetonwand statisch sicher sei. Dies erläutere die Kammer im Einzelnen. 35

2. 36

Der Beseitigungsanspruch sei auch nicht unter optischen Gesichtspunkten gerechtfertigt. Denn ein Anspruch auf optisch ansprechende Gestaltung der Grenzmauer bestehe nicht. Insoweit sei anerkannt, dass Handlungen auf dem eigenen Grundstück, die das ästhetische Empfinden des Nachbarn verletzen oder den Verkehrswert des Nachbargrundstücks mindern, nicht als Eigentumsbeeinträchtigung nach § 1004 BGB abwehrbar sein. Der optische Mangel der Konstruktion beruhe nach den Feststellungen des Sachverständigen insbesondere auf der überkalibrigen Schüttung der in den Gabionen eingestapelten Packlage, die sich jedoch ausschließlich auf dem Beklagtengrundstück befinde. 37

3. 38

Es bestehe auch kein Anspruch auf Beseitigung eines Niederschlagswasserübertritts auf das Grundstück der Klägerin über die vorgenannte Stützmauer. Ein solcher Anspruch ergebe sich insbesondere nicht aus § 1004 BGB i. V. m. § 115 Wassergesetz 39

NRW (im weiteren: LWG NRW). Der Abwehranspruch setze voraus, dass der Beklagte den Ablauf des wild abfließenden Wassers künstlich so geändert habe, dass das tiefer liegende Grundstück der Klägerin belästigt werde. Den durch die natürlichen Geländebedingungen bedingten Wasserzufluss müsse der Eigentümer eines Grundstücks hinnehmen. Die Voraussetzungen der vorgenannten Anspruchsgrundlage habe die Klägerin bereits nicht dargelegt. Zudem habe der Sachverständige ausgeführt, dass das Gabionensystem bei Starkregenereignissen nicht beeinträchtigt werde. Ein Ausspülen von Steinmaterial sei nicht zu erwarten und der Materialdurchtritt von Feinstoffen habe wegen der hinterlegten Geotextilien allenfalls untergeordnete Bedeutung. 40

Gegen diese Entscheidung wendet sich die **Klägerin** mit ihrer **Berufung**. 41

Ein Überbau von 3,4 qm könne auf einem mit einer Wohnimmobilie bebauten normal großen Privatgrundstück nicht geringfügig sein. Eine solche Größenordnung sei – erst recht in Anbetracht der Tatsache, dass die Überbauung absehbar auf viele Jahrzehnte bestehen werde – immer als erheblich anzusehen. Die Länge des Mauerteils, die das klägerische Grundstück derzeit um 3,4 qm überbaue, betrage unterhalb der klägerischen Garage lediglich 16 m. Die Überbauung finde also nur auf der Länge dieser 16 m statt und belaste im Wesentlichen nur die hieran angrenzende Fläche. Diese sei eine bebaubare, derzeit von den Mietern des Hauses genutzte Rasenfläche von rund 55 qm. Die Nutzung dieser Fläche werde durch den Verlust von 3,4 qm erheblich eingeschränkt. Bei der Abwägung sei zusätzlich zu berücksichtigen, dass auch die künftige Bebaubarkeit der betroffenen Fläche – beispielsweise durch genehmigungsfreie Bauten wie Geräteschuppen, Garage oder Gartenlaube – stark eingeschränkt sei. Dabei spiele es keine Rolle, ob eine solche Bebauung von ihr – der Klägerin – bereits konkret geplant sei oder vielleicht erst in der nächsten Generation beabsichtigt werde. 42

43

Ferner sei die Feststellung des Landgerichts falsch, dass der Sachverständige eine weitere Verschiebung der Stützmauer aufgrund des permanenten Drucks, dem diese ausgesetzt sei, ausgeschlossen habe. Zwar habe der Sachverständige ausgeführt, dass die Mauerkonstruktion statisch sicher sei. Er habe aber nicht festgestellt, dass sie nicht weiter kippen und so die überbaute Fläche in Zukunft weiter vergrößern werde. Hierzu habe er weder konkrete Feststellungen getroffen noch irgendwelche Berechnungen angestellt. Sie – die Klägerin – gehe weiter davon aus, dass der derzeitige Überbau nicht der Endzustand sei, sondern sich weiter vergrößern werde. Dies werde bestätigt durch die aktuelle Entwicklung. So habe der Beklagte im Frühsommer 2011 die neue Grenzbefestigung mittels Gabionen errichtet und diese an dem verbliebenen Mauerstumpf gebaut. Die zwei tiefen Risse in der Mauer habe er in diesem Zuge mit Putz und Teermasse zugespachtelt. Dem großen permanenten Druck vom Beklagtengrundstück auf die Mauer habe die Spachtelmasse jedoch nicht Stand gehalten. Inzwischen seien beide Risse wieder deutlich sichtbar. Die vom Beklagten hergestellte Lösung habe also entgegen der Einschätzung des Sachverständigen nicht einmal 3 ½ Jahre dem ausgeübten Druck Stand gehalten. Weitere Schadensentwicklungen sei bei unveränderter Sachlage absehbar und unvermeidbar (Beweis: Sachverständigengutachten).

Hinsichtlich des Klageantrages zu 3) werde Bezug genommen auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofes, abgedruckt in NJW 2011, Seite 3294, und den dort aufgestellten Maßstab, wonach für die Duldungspflicht bei einem nicht anderweitig zu unterbindenden rechtswidrigen Niederschlagswasserübertritt entscheidend sei, ob der Eigentümer des betroffenen Grundstücks hierdurch Nachteile erleide, die das zumutbare Maß einer entschädigungslos hinzunehmenden Beeinträchtigung übersteige. Dies sei hier – entgegen der Auffassung des Landgerichts – der Fall. 44

Die Klägerin beantragt, 45

unter Abänderung des angefochtenen Urteils den Beklagten zu verurteilen 46

1. 47

den Überbau der zwischen den benachbarten Grundstücken der Parteien E-Weg und E in xxxxx F verlaufenden Stützmauer auf dem Grundstück der Klägerin durch Rückbau der Stützmauer zu beseitigen; 48

2. 49

eine statisch stabile und sichere Grenzbefestigung zur Sicherung der benannten Nachbargrundstücke der Parteien herzustellen; 50

3. 51

den Niederschlagswasserübertritt über die vorgenannte Stützmauer auf das Grundstück der Klägerin E-Weg in xxxxx F zu beseitigen. 52

Der Beklagte beantragt, 53

die Berufung zurückzuweisen. 54

Der Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil, indem er sein erstinstanzliches Vorbringen wiederholt und vertieft. 55

56

Was die behaupteten Risse in der Mauer betreffe, so handele es sich dabei um senkrechte Risse, die ursprünglich offenbar als Setzrisse oder als Resultat einer Sprengung vorhanden gewesen seien. Er habe diese Risse zwar verputzt, aber lediglich aus ästhetischen Gründen. Der Verputz sei offenbar wieder abgeplatzt durch Witterungseinflüsse. Im Übrigen handele es sich lediglich um wenig sichtbare geringe Risse, wie sie bei Bauwerken nun einmal vorkämen. Die Behauptung, die Risse seien entstanden, weil der verbliebene Mauerstumpf den Druck der Gabionenmauer nicht aushalte, sei unzutreffend. Auch sei nicht erkennbar, wie der Mauerrest in Höhe von maximal 40 cm weiter kippen sollte, wobei das Fundament ca. 80 cm in der Erde ruhe und dabei noch von der Gabionenmauer gestützt werde.

Der Senat hat den Sachverständigen Dr.-Ing. N u. a. damit beauftragt, ein schriftliches Kurzgutachten zu der Behauptung der Klägerin zu erstatten, dass die Risse in der streitgegenständlichen Mauer wieder sichtbar seien und die Mauer dem permanenten Erddruck nicht Stand halten werde. Der Sachverständige hat dieses Gutachten unter dem 16.07.2015 gefertigt und in der mündlichen Verhandlung am 04.02.2016 erläutert. 57

B. 58

Die Berufung der Klägerin ist erfolglos. 59

Das Landgericht hat ihre Klage zu Recht und mit weitgehend zutreffender Begründung abgewiesen. 60

Klageantrag zu 1) – Beseitigung des Überbaus 61

I. 62

Zulässigkeit der Klage 63

Das Landgericht hat insoweit zu Recht die Zulässigkeit der Klage bejaht und in diesem Zusammenhang festgestellt, dass ein Gütestellenschlichtungsverfahren im Sinne der §§ 15 a Abs. 1 Nr. 2 EGZPO, 53 Abs. 1 Nr. 1 JustizG NRW nicht durchzuführen gewesen ist. 64

Die Klägerin stützt ihren Anspruch auf §§ 1004, 903 S. 1 BGB. Es gelangen weder die in den §§ 15 a Abs. 1 Nr. 2 EGZPO, 53 Abs. 1 Nr. 1 JustizG NRW ausdrücklich aufgeführten §§ 906, 910, 911, 923 BGB zur Anwendung, noch stützt sich der Anspruch auf die im Nachbarrechtsgesetz Nordrhein-Westfalen (im Weiteren: NachbG NRW) geregelten Nachbarrechte. Insbesondere ist nicht § 7 NachbG NRW betreffend die Nachbarwand einschlägig. Reine Hof- und Gartenmauern sind keine Nachbarwände (vgl. Schäfer/Fink/Jamann/Peter, NachbG für Nordrhein-Westfalen, 16. Aufl., 2012, § 7 Rdn. 5). Um eine Gartenmauer geht es hier. 65

II. 66

Begründetheit des Klageantrages 67

Die Klage ist unbegründet. 68

Anspruchsgrundlage für den Rückbau der im Gartenbereich zwischen den Grundstücken der Parteien verlaufenden Mauer sind §§ 1004 Abs. 1 S. 1, 903 S. 1 BGB. 69

1. 70

71

Es ist unstrittig, dass die Stützmauer über die Grenze zum klägerischen Grundstück in dieses hinein ragt. Mithin findet durch die streitgegenständliche Mauer vom Grundstück des Beklagten eine mit einer Grenzüberschreitung verbundene Benutzung des klägerischen Grundstücks statt, welche die Klägerin grundsätzlich wegen § 903 Abs. 1 S. 1 BGB nicht hinnehmen muss und deren Beseitigung sie als Beeinträchtigung ihres Eigentums nach § 1004 Abs. 2 S. 1 BGB grundsätzlich verlangen kann (vgl. Palandt/Passenge, 75. Aufl. 2016, § 903 BGB, Rdn. 7/8).

2. 72

Im vorliegenden Fall hat die Klägerin die Beeinträchtigung ihres Eigentums jedoch gem. § 1004 Abs. 2 BGB zu dulden. 73

a) 74

Die Duldungspflicht ergibt sich zunächst aus § 922 S. 3 BGB, weil es sich bei der Mauer um eine gemeinschaftliche Einrichtung im Sinne von § 921 BGB handelt. Auf diesen Gesichtspunkt hat der Senat bereits mit Terminsverfügung vom 12.03.2015 (Bl. 254 f.) hingewiesen. Nach § 922 S. 3 BGB darf eine Grenzanlage im Sinne von § 921 BGB nicht ohne Zustimmung des Nachbarn beseitigt oder geändert werden, solange der Nachbar – wie hier der Beklagte – an dem Fortbestand der Einrichtung ein Interesse hat. 75

(1) 76

Bei § 921 BGB handelt es sich um eine Rechtszustandsvermutung. Werden – wie hier – zwei Grundstücke durch einen Zwischenraum, Rain, Winkel, einen Graben, eine Mauer, Hecke, Planke oder eine andere Einrichtung, die zum Vorteil beider Grundstücke dient, voneinander geschieden, so wird vermutet, dass die Eigentümer der Grundstücke zur Benutzung der Einrichtung gemeinschaftlich berechtigt sind. 77

Die Vermutung des § 921 BGB hat die Bedeutung, dass eine Grenzeinrichtung, die sich zumindest teilweise über die Grenze zweier Grundstücke erstreckt und deren rechtliche Zuordnung zu einem der beiden Grundstücke schwer zu klären ist, gemeinschaftlich genutzt werden kann. Es handelt sich um eine Rechtszustandsvermutung. Derjenige, der sich für die von ihm beanspruchte Benutzung einer Grenzeinrichtung auf die Vermutung beruft, hat die in § 921 Halbsatz 1 beschriebenen Voraussetzungen zu beweisen. 78

Hier dient die streitgegenständliche Mauer dem Vorteil der jeweiligen Grundstücke beider Parteien; sie stützt die aufgeschütteten Erdmassen auf dem Grundstück des Beklagten und verhindert ein Abrutschen dieser Erdmassen auf das Grundstück der Klägerin. 79

Auch wird ausweislich der vorliegenden Gutachten (vgl. insbesondere Anlage 3.1. des Gutachten Dr.-Ing. N vom 26.06.2013) die streitgegenständliche Mauer von der Grenzlinie beider Grundstücke in ihrer gesamten Länge geschnitten. Dies ist zwar überwiegend nicht mittig der Fall; das ist aber auch nicht Voraussetzung des § 921 BGB (vgl. Palandt/Passenge, a.a.O., § 921 BGB, Rdn. 1). 80

(2) 81

Gleichwohl kann nicht von einer Grenzeinrichtung im Sinne der §§ 921, 922 BGB ausgegangen werden, wenn nicht die Zustimmung des seinerzeitigen Eigentümers des Flurstücks 147 zum grenzüberschreitenden Bau der Mauer vorgelegen hat. Hat ein Grundstückseigentümer – wie hier unstrittig der Beklagte – die Grenzeinrichtung/Mauer 82

durch Überschreiten der Grundstücksgrenze geschaffen, so muss er die Zustimmung des Nachbarn hierzu beweisen, damit von einer Grenzanlage im Sinne der §§ 921, 922 BGB ausgegangen werden kann. Es soll nämlich nicht der Willkür eines Grundstückseigentümers überlassen bleiben, ohne oder gar gegen den Willen seines Nachbarn eine Grenzeinrichtung zu schaffen, dafür Grund und Boden des Nachbarn in Anspruch zu nehmen und diesen auch noch mit Unterhaltskosten zu belasten (vgl. BGHZ 91, 282 ff., Seite 286, unter 2 c) und Baumgärtl/Laumann/Prütting – Handbuch der Beweislast, 3. Aufl. 2010, § 921 BGB, Rdn. 6).

Die Klägerin bestreitet die Behauptung des Beklagten, wonach die Errichtung der Mauer am heutigen Standort mit ihrem Schwiegervater ausdrücklich abgesprochen gewesen sei (vgl. Bl. 20, 44 f. und Bl. 32 f. d. A.). Beweis hat der Beklagte für seine Behauptung nicht angetreten. 83

Einer ausdrücklichen Vereinbarung bedarf es an dieser Stelle jedoch nicht. Es reicht aus, wenn sich eine Kenntnis des Schwiegervaters der Klägerin von der Grenzüberschreitung durch den Bau der Mauer und eine damit verbundene stillschweigende Zustimmung feststellen läßt (vgl. BGHZ 91, 282 ff. a.a.O.). Dies ist vorliegend der Fall. 84

Auf eine Kenntnis von der Grenzüberschreitung und ihre stillschweigende Zustimmung läßt zunächst der Vortrag der Klägerin auf Seite 2 ihres Schriftsatzes vom 22.08.2012 (vgl. Bl. 33 3. Absatz) schließen. Dort heißt es: 85

„Soweit der Vater des Klägers seinerzeit noch in der Hoffnung auf ein gutes nachbarschaftliches Verhältnis mit dem Beklagten gleichwohl nicht die Einhaltung der Grenze eingeklagt hat, verpflichtet dies den Kläger heute nicht, darüber hinausgehende neue Überbauungen hinzunehmen.“ 86

Zudem stand bereits der alte Maschendrahtzaun mit seinen Betonpfosten auf der Grenze oder sogar auf dem Grundstück der Klägerin (vgl. die Anlagen im Ergänzungsgutachten vom 18.12.2013). Entgegen der Darstellung des Ehemannes der Klägerin vor dem Senat wußte daher sein Vater bzw. wußte der Schwiegervater der Klägerin, dass die Mauer auf der Grenze stand, also ihr Körper teilweise in sein Grundstück hineinragte und hat dies stillschweigend geduldet. 87

Es liegt mithin eine konkludente Zustimmung zur Grenzüberschreitung vor, und die streitgegenständliche Mauer stellt eine Grenzanlage im Sinne des § 921 BGB dar, welche gem. § 922 S. 3 ohne Zustimmung des Beklagten nicht beseitigt oder verändert werden darf. Denn unstrittig hat der Beklagte ein Interesse an dem Fortbestand der Stützmauer, die nunmehr seine neu errichtete Gabionenwand statisch sichert. 88

b) 89

Soweit sich der Antrag auf Rückbau der Mauer auf das Mauerfundament und den Mauerfuß bezieht, also auf den unteren Teil der Mauer, der sich nicht geneigt hat, wäre der Anspruch auch verjährt. 90

(1) 91

Der Beklagte hat in seinem Schriftsatz vom 20.09.2012 auf Seite 4 (vgl. Bl. 47 unten) ausdrücklich die Einrede der Verjährung erhoben. 92

(2) 93

94

Gem. Art. 229 § 6 Abs. 1 EGBGB gelangen die Vorschriften der Verjährung zur Anwendung, welche vor dem Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001 gültig waren (vgl. BGH NJW 2004, 1035 – Rdn. 12 zitiert nach Juris).

Danach verjährt ein Anspruch aus § 1004 Abs. 1 BGB nach §§ 194 Abs. 1, 195, 198 BGB (a. F.) in 30 Jahren, wobei die Verjährung mit der Entstehung des Anspruchs beginnt. Das ist wiederum bei Fortdauer einer schädigenden Einwirkung durch ein- und dieselbe Handlung der Fall, sobald der Anspruch klageweise geltend gemacht werden kann (vgl. BGHZ 60, 235 – Rdn. 20 f. zitiert nach Juris). 95

Im vorliegenden Fall begann also die Verjährung nach Errichtung der Mauer spätestens Ende des Jahres 1967. Ende des Jahres 1997 war die 30-jährige Verjährungsfrist abgelaufen. 96

Mit den Wechseln des Eigentums an dem gestörten Flurstück X – einmal vom Schwiegervater der Klägerin auf ihren Ehemann und sodann vom Ehemann auf die Klägerin selbst – begannen keine neuen Verjährungsfristen zu laufen (vgl. BGHZ 60, 235 ff. – Rdn. 17 f. und BGHZ 98, 235 ff. – Rdn. 32). Die Klägerin hat insoweit von ihrem Ehemann mit dem Grundstück lediglich einen einredebehafteten Anspruch erworben. 97

c) 98

Schließlich stünde dem Rückbauanspruch auch eine Duldungspflicht der Klägerin unter dem Gesichtspunkt des nachbarrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses als Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben nach § 242 BGB entgegen. 99

(1) 100

Die zivilrechtlichen Rechte und Pflichten von Grundstücksnachbarn haben insbesondere durch die Vorschriften der §§ 905 ff BGB und die Bestimmungen der Nachbargesetze der Länder eine ins Einzelne gehende Sonderregelung erfahren. Auch auf sie ist allerdings der allgemeine Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) anwendbar. Daraus folgt für den Nachbarn eine Pflicht zur gegenseitigen Rücksichtnahme, deren Auswirkungen auf den konkreten Fall man unter dem Begriff des nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses zusammenfasst. Eine solche Pflicht ist zwar mit Rücksicht auf die nachbarrechtlichen Sonderregelungen eine Ausnahme und kann nur dann zur Anwendung kommen, wenn ein über die gesetzlichen Regelungen hinausgehender billiger Ausgleich der widerstreitenden Interessen dringend geboten erscheint. Wenn diese Voraussetzungen vorliegen, kann die Ausübung gewisser aus dem Eigentum fließender Rechte aber ganz oder teilweise unzulässig werden (vgl. BGH NJW-RR 2008, 610 ff – Rdnr. 19 zitiert nach juris und Palandt-Bassenge, a.a.O., § 903, Rdnr. 13). 101

(2) 102

Ein solcher Fall liegt hier vor. Zur Begründung wird zunächst auf die oben zusammengefassten Ausführungen im angefochtenen Urteil verwiesen. 103

Hinzu kommt der oben dargestellte Umstand, dass der Anspruch auf Rückbau des Mauerfundaments und des – nicht geneigten – Mauerfußes verjährt sind. Mithin kann dieses Begehren ohnehin nicht durchgesetzt werden. Es verbleibt der Überstand der Mauer allein aufgrund ihrer Neigung bzw. Schiefstellung zum klägerischen Grundstück. Dieser macht eine Fläche von ca. 2,2 qm auf einer Länge von 23 m aus. Das bedeutet ein durchschnittlich ca. 9,5 cm breiter Überstand auf einem Längenmeter (vgl. Abbildung 1 im Ergänzungsgutachten 104

vom 18.12.2013). Dies dürfte mit bloßem Auge kaum erkennbar sein und ist der Klägerin bzw. ihrem Ehemann zunächst auch nicht aufgefallen.

Verteilt sich die überbaute Fläche von 2,2 qm auf eine Mauerlänge von lediglich 16 m, was die Klägerin behauptet, geht es um einen ca. 13,75 cm breiten Überstand auf einem Längensmeter. Auch dieser wäre nicht erheblich gravierender. 105

Insbesondere wäre eine etwaige Bebaubarkeit der derzeitigen Rasenfläche nicht spürbar eingeschränkt, zumal gemäß § 1 Abs. 1 NachbG NRW mit Außenwänden von Gebäuden ein Mindestabstand von 2 m und mit sonstigen, nicht zum Betreten bestimmten oberirdischen Gebäudeteilen ein Mindestabstand von 1 m von der Grenze einzuhalten ist. Richtig ist, dass dies gemäß § 2b) NachbG NRW für gemäß § 6 Abs. 11 der BauO NRW zulässige Garagen, überdachte Stellplätze, Gebäude mit Abstellräumen und Gewächshäuser sowie für überdachte Sitzplätze nicht gilt. Das ändert aber nichts am Ergebnis der Gesamtbetrachtung, zumal es hier um einen Zustand geht, den die Klägerin und ihre Rechtsvorgänger klaglos gut 50 Jahre hingenommen haben. Schließlich hat die bereits teilweise zurückgebaute bzw. im oberen Bereich bereits abgeschnittene Betonmauer eine tragende und stützende Funktion als Fußauflager für die Gabionenwand auf dem Grundstück des Beklagten. Sie kann also nicht einfach entfernt werden, ohne durch eine neue, kostenaufwändige Stützmauer ersetzt zu werden. 106

Klageantrag zu 2) – Herstellung einer sicheren Grenzbefestigung 107

I. 108

Zulässigkeit der Klage 109

Der Klageantrag zu 2) ist zulässig. Auf die obigen Ausführungen unter I. wird sinngemäß Bezug genommen. 110

II. 111

Begründetheit des Klageantrages 112

Der Klageantrag ist jedoch ebenfalls unbegründet. 113

1. 114

Anspruchsgrundlage ist zum einen § 907 Abs. 1 Satz 1 BGB. Danach kann ein Eigentümer eines Grundstücks verlangen, dass auf den Nachbargrundstücken nicht Anlagen hergestellt oder gehalten werden, von denen mit Sicherheit vorauszusehen ist, dass ihr Bestand oder ihre Benutzung eine unzulässige Einwirkung auf sein Grundstück zur Folge hat. Der Anspruch geht auf Unterlassung der Herstellung der Anlage oder, wenn sie bereits errichtet worden ist, auf ihre Beseitigung. 115

a) 116

Anlage im Sinne dieser Vorschrift sind künstlich geschaffene Werke von gewisser Selbständigkeit und Dauer. Es kann sich dabei auch – wie hier – um eine Erdaufschüttung handeln, die durch eine Stützmauer und Gabionenwand gehalten bzw. gestützt wird (vgl. Palandt-Bassenge, a.a.O., § 907 BGB, Rdnr. 1). 117

b) 118

Die Klägerin kann eine Beseitigung oder Veränderung dieser Anlage (Stützmauer, Gabionenwand und Erdaufschüttung) im Sinne einer „statischen Stabilisierung“ jedoch nur dann vom Beklagten verlangen, wenn der Bestand dieser Anlage oder ihre Benutzung mit <u>sicherer Voraussicht</u> eine unzulässige Einwirkung auf ihr Grundstück zur Folge hat. Die Beweislast liegt insoweit bei der Klägerin als Anspruchstellerin (vgl. Palandt-Bassenge, a.a.O.).	119
Sichere Voraussicht im Sinne dieser Vorschrift ist der höchste Grad der Wahrscheinlichkeit (vgl. Palandt-Bassenge a.a.O.).	120
c)	121
Die Klägerin hat <u>nicht</u> den Beweis zu führen vermocht, dass die Anlage auf dem Grundstück des Beklagten – bestehend aus Stützmauer, Gabionenwand und Erdaufschüttung – mit höchster Wahrscheinlichkeit auf ihr Grundstück zu kippen bzw. abzurutschen droht. Vielmehr ist nach dem vorliegenden Kurzgutachten des Sachverständigen Dr. Ing. N vom 16.07.2015 eine signifikante Lageveränderung des Mauerfußes ebensowenig zu erkennen wie ein signifikante Lageveränderung der Gabionenkörbe. Deshalb – so der Sachverständige – verbleibe es bei den Ausführungen in seinem Erst- und Ergänzungsgutachten. Danach ist die innere Standsicherheit der nachträglich, also nach Rückbau/Trennschnitt errichteten Stützwandkonstruktion mittels Gabionen statisch durch den Beklagten nachgewiesen. Die Stützkonstruktion benötigt allerdings als Fußauflager den teilabgeschnittenen unteren ehemaligen Stahlbetonsockel der Grenzmauer.	122
Zwar hat der Sachverständige Dr. Ing. N in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat seine schriftlichen Ausführungen dahingehend relativiert, dass der in Rede stehende Riss in der Mauer nicht dauerhaft geöffnet, sondern fachgerecht verschlossen werden sollte, da ansonsten die vom Beton geschützte Bewehrung der Mauer verrotten könne. Daraufhin hat sich der Beklagte einsichtig gezeigt und eine fachgerechte Verschließung des Risses zugesagt.	123
In rechtlicher Hinsicht ist jedoch festzustellen, dass zum jetzigen Zeitpunkt nach den Ausführungen des Sachverständigen die Mauer standsicher ist. Ob und ggf. wann die Standsicherheit in Zukunft beeinträchtigt sein könnte, wenn der Riss nicht fachgerecht verschlossen wird, vermochte der Sachverständige nicht anzugeben. Mithin kann zum Zeitpunkt der Entscheidung eine Einwirkung der auf dem Grundstück des Beklagten errichteten Anlage zum Schaden des klägerischen Grundstücks nicht im Sinne des § 907 BGB als sicher vorausgesehen werden. Damit scheidet ein Anspruch aus § 907 BGB aus.	124
2.	125
Eine weitere Anspruchsgrundlage neben § 907 BGB könnte § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB in Form eines vorbeugenden Unterlassungsanspruchs darstellen.	126
a)	127
Dazu passt aber nicht das Klagebegehren, welches vom Beklagten ein aktives Handeln – nämlich die Herstellung einer statisch stabilen und sicheren Grenzbefestigung – und nicht nur ein Unterlassen verlangt.	128
b)	129
	130

Davon abgesehen setzt auch § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB zumindest eine erstmals ernsthaft drohende Beeinträchtigung voraus. Der erforderliche Wahrscheinlichkeitsgrad ist damit zwar nicht so hoch wie ihn § 907 BGB voraussetzt, gleichwohl ist er ausweislich der vorliegenden Sachverständigengutachten ebenfalls nicht gegeben.

Klageantrag zu 3) – Beseitigung des Niederschlagswasserübertritts 131

I. 132

Zulässigkeit der Klage 133

Die Zulässigkeit dieses Klageantrags ist bereits nicht gegeben, weil ein Gütestellenschlichtungsverfahren im Sinne der §§ 15 a Abs. 1 Nr. 2 EGZPO, 53 Abs. 1 Nr. 1 JustizG NRW nicht durchgeführt worden ist. 134

1. 135

Der geltend gemachte Beseitigungsanspruch kann sowohl auf § 906 BGB wie auf §§ 27 Abs. 1, 50 NachbG NRW in Verbindung mit § 1004 BGB gestützt werden. Die Klägerin verlangt ausdrücklich, den Übertritt von Niederschlagswasser zu beseitigen. Des Weiteren trifft der Begriff einer baulichen Anlage, wie er in § 27 Abs. 1 NachbG NRW ebenfalls verwandt wird, auch auf eine frei stehende Mauer – wie die hier streitgegenständliche Stützmauer - zu (vgl. Schäfer/Fink-Jamann/Peter, NachbG NRW a.a.O., § 27, Rdnr. 3). Die Gabionenwand stellt ebenfalls eine bauliche Anlage im Sinne der vorbezeichneten Vorschrift dar. 136

Dagegen ist unmittelbar auf unversiegeltem Boden fallender Niederschlag nicht unter § 27 NachbG NRW subsumierbar, sondern unter dem Begriff des wild abfließenden Wassers (Oberflächenwasser), dessen Umgang in § 115 LWG NRW geregelt ist (vgl. Schäfer/Fink-Jamann/Peter, NachbG NRW, a.a.O., § 27, Rdnr. 4). Darum geht es im vorliegenden Fall jedoch nicht. 137

2. 138

Sowohl der Anspruch aus § 906 BGB wie der aus §§ 1004 Abs. 1 BGB, 50, 27 NachbG NRW setzt gemäß §§ 15 a Abs. 1 Nr. 2 EGZPO, 53 Abs. 1 Nr. 1 JustizG NRW die Durchführung eines dem Klageverfahren vorgelagerten Schlichtungsverfahrens voraus. Die Durchführung und die daraus folgende Bescheinigung ist eine zwingende, nicht mehr heilbare Prozessvoraussetzung für die Zulässigkeit einer Klage vor den ordentlichen Gerichten und von jedem Instanzgericht von Amts wegen zu prüfen. Das Schlichtungsverfahren kann nach Klageerhebung nicht nachgeholt werden (BGH NJW 2005, 437 ff – Rdnr. 8 ff zitiert nach juris). 139

Ein nach dem JustizG NRW bestehendes Schlichtungserfordernis entfällt nicht deshalb, weil der schlichtungsbedürftige Antrag im Rechtsstreit mit einem nicht schlichtungsbedürftigen Antrag verbunden wird. Hinsichtlich des schlichtungsbedürftigen Antrags ist die Klage als unzulässig abzuweisen, wenn kein Schlichtungsverfahren durchgeführt wurde (vgl. BGH NJW – RR 2009, 1239 – Rdnr. 8 ff zitiert nach juris). 140

Mithin ist der Klageantrag zu 3) unzulässig. 141

II. 142

Begründetheit 143

Die Begründetheit des Klageantrages zu 3) ist nur zu prüfen, wenn die Anspruchsgrundlage nicht §§ 1004 Abs. 1 BGB, 50, 27 NachbG NRW; § 906 BGB sind, <u>sondern</u> entgegen den Ausführungen unter I.1) §§ 1004 Abs. 1 BGB, 115 LWG NRW.	144
In diesem Fall hat das Landgericht zu Recht und mit zutreffender Begründung einen Beseitigungsanspruch der Klägerin verneint. Auf die diesbezüglichen Ausführungen unter II.3. in den Entscheidungsgründen wird Bezug genommen.	145
1.	146
Der Abwehranspruch setzt voraus, dass der Beklagte für die Beeinträchtigung als Störer verantwortlich ist. Dazu reicht nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, der sich der Senat anschließt, der bloße Umstand des Eigentums an demjenigen Grundstück, von dem die Einwirkung ausgeht, nicht aus. Die Beeinträchtigung muss vielmehr wenigstens mittelbar auf den Willen des Eigentümers zurückgehen. Daher sind dem Eigentümer des Grundstücks, von dem durch Naturereignisse ausgelöste Störungen ausgehen, diese Beeinträchtigungen nur zuzurechnen, wenn er sie durch eigene Handlungen ermöglicht oder wenn die Beeinträchtigung erst durch ein pflichtwidriges Unterlassen herbeigeführt worden ist (vgl. BGH MDR 1991, 869 f – Rdnr. 22 zitiert nach juris). Insoweit verbietet § 115 Abs. 1 Satz 1 LWG NRW dem Oberlieger, den natürlichen Ablauf des wild abfließenden Wassers zum Nachteil des Unterliegers künstlich zu verändern.	147
2.	148
Es fehlt es in diesem Zusammenhang bereits an einem hinreichend substantiierten Vortrag der Klägerin, wie oft, wann und in welchem Umfang und mit welchen Folgen aufgrund der vom Beklagten errichteten Gabionenwand und der durch diese abgestützte Böschung Wasser auf dem Grundstück zum klägerischen Grundstück abgeleitet wird. Bislang ist nur von einem einzigen Vorfall am 23.07.2013 die Rede gewesen, dem augenscheinlich außergewöhnlich starke Regenfälle zugrunde lagen. Aufgrund der örtlichen Verhältnisse (Hanglage beider Grundstücke mit Gefälle nach Osten – vgl. Fotos Anlage 1.2. zum Ausgangsgutachten vom 26.06.2013) und der nunmehr errichteten Grenzanlage erschließt sich nach Aktenlage nicht, ob und in welchem Umfang bei üblichen und/oder auch starken Regenfällen Niederschlagswasser über die Stützwand auf das klägerische Grundstück laufen soll.	149
3.	150
Zudem hat die Klägerin nicht mit Substanz dargelegt, dass ein etwaiger Grenzübertritt von Niederschlagswasser darauf zurückzuführen ist, dass der Beklagte den natürlichen Ablauf des Wassers zum Nachteil der Klägerin künstlich verändert hat. Der Mauerrest ist eher geeignet, einen gefällebedingten Wasserübertritt zu verhindern als zu verstärken.	151
C.	152
Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 97 Abs. 1 ZPO, der Anspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO.	153
Die Revision hat der Senat nicht zugelassen, weil die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen. Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung und auch zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung ist eine Entscheidung des Revisionsgerichts nicht erforderlich.	154

