
Datum: 20.03.1996
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 27. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 27 U 83/95
ECLI: ECLI:DE:OLGK:1996:0320.27U83.95.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 27 O 171/94

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten und die Anschlußberufung der Kläger wird das angefochtene Urteil des Landgerichts Köln vom 29. August 1995 - 27 O 171/94 - teilweise abgeändert und unter Zurückweisung der weitergehenden Rechtsmittel mit Ausnahme der Verurteilung zu Ziffern 4 und 6 des Tenors des angefochtenen Urteils insgesamt wie folgt neu gefaßt: Die Beklagten werden als Gesamtschuldner weiter verurteilt, 1. a) die Wurzeln des auf dem Grundstück der Beklagten im äußerst östlichen Teil gelegenen Götterbaumes an der Grundstücksgrenze zu dem Grundstück der Kläger abzuschneiden, b) durch geeignete Maßnahmen zu verhindern, daß wiederum Wurzeln dieses Götterbaums auf das Grundstück der Kläger und in das dortige Erdreich eindringen können, 2. das an der östlichen Grenze des Grundstücks befindliche Betonfundament unter dem Zaun auszubessern und in einen unbeschädigten Zustand zu versetzen, soweit es an der Grenze zum Grundstück der Beklagten um etwa 5 cm emporgedrungen und an einer Stelle im Abstand von etwa 1,4 m von der Grenze zum Grundstück der Beklagten gebrochen ist, 3. den Zaun an der östlichen Grenze des Grundstücks der Kläger im Bereich zwischen der Grenze zum Grundstück der Beklagten und dem in diesem Zaun befindlichen Gartentor auf dem Grundstück der Kläger durch geeignete Maßnahmen in einen Zustand zu versetzen, daß er wieder ordnungsgemäß in horizontaler Richtung gespannt werden kann, 4. das Eibengewächs neben dem Götterbaum im äußerst östlichen Teil des Grundstücks der Beklagten auf eine Höhe von 2 m zurückzuschneiden, 5. den im östlichen Teil des Grundstücks der Beklagten im Abstand von 30

cm wachsenden Wacholder auf eine Höhe von 2 m zurückzuschneiden. Im übrigen verbleibt es bei der Verurteilung in Ziffern 4 und 6 des Tenors des angefochtenen Urteils. Die weitergehende Klage wird abgewiesen. Von den Kosten des ersten Rechtszuges tragen die Kläger 1/4, die Beklagten 3/4 als Gesamtschuldner. Die durch die Anrufung des Amtsgerichts Köln entstandenen Mehrkosten werden den Klägern auferlegt. Von den Kosten des zweiten Rechtszuges tragen die Kläger 45 %, die Beklagten als Gesamtschuldner 55 %. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Tatbestand

- | | |
|--|----|
| | 1 |
| Die Parteien sind Grundstücksnachbarn. Die Kläger sind Eigentümer des Grundstücks L.-R.-Straße 8 in K.. Das Grundstück hat eine Breite von 6 m und eine Länge von ca. 30 m. An den 4 m langen Vorgarten schließt sich das Wohngebäude der Kläger mit der dahinter befindlichen Terrasse an. Der Garten der Kläger weist eine Tiefe von etwa 11 m auf und wird durch einen Maschendrahtzaun begrenzt. | 2 |
| Die Beklagten bewohnen seit mehr als 20 Jahren das Nachbargrundstück L.-R.-Straße 6 als Erstbesitzer. Die Wohnhausbebauung entspricht in etwa der auf dem klägerischen Grundstück. Auf beiden Grundstücken befinden sich Bepflanzungen. Wegen der Einzelheiten wird auf die Skizze GA 14 und die Fotos GA 17-24 verwiesen. | 3 |
| Die Kläger, die vor ca. 11-13 Jahren eingezogen sind, haben behauptet, durch die Bepflanzung des Nachbargrundstücks der Beklagten werde der Wohn- und Nutzwert ihres Grundstücks erheblich beeinträchtigt. Dies gelte insbesondere durch den einen Meter von der Grundstücksgrenze im äußersten östlichen Teil des Nachbargrundstücks befindlichen Götterbaum, der eine Höhe von 10 m habe und dessen Wurzeln ihren Garten durchwüchsen. Diese Durchwachsung habe dazu geführt, daß die Fundamente des Maschendrahtzauns im hinteren Bereich ihres Grundstücks unterwachsen worden seien und das Betonfundament angehoben und beschädigt worden sei. | 4 |
| Außerdem hingen Zweige und Äste der Bäume auf dem Grundstück der Beklagten über die Grundstücksgrenze in ihr Grundstück hinein. Die Beklagten seien daher verpflichtet, den Überhang zu beseitigen und verschiedene Pflanzen zurückzuschneiden. Außerdem hätten die Beklagten im Jahre 1989 im Rahmen baulicher Veränderungen den ursprünglich am Zaun vorhandenen Spanndraht beseitigt. Sie seien daher verpflichtet, durch geeignete Maßnahmen die ursprünglich vorhandene Spannung an ihrem Zaun wieder herzustellen. | 5 |
| Die Kläger haben beantragt, | 6 |
| | 7 |
| 1. | 8 |
| | 9 |
| die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, geeignete Maßnahmen vorzunehmen, die verhindern, daß die Wurzeln des auf dem Grundstück der Beklagten im äußerst östlichen Teil gelegenen Götterbaumes das auf dem klägerischen Grundstück befindliche Mauerfundament weiter emporheben. | 10 |

	11
2.	12
	13
Es wird festgestellt, daß die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet sind, den Klägern sämtliche Schäden zu ersetzen, die ihnen dadurch entstehen, daß die Wurzeln des im Antrag zu 1. näher bezeichneten Götterbaumes das im Antrag zu 1. näher bezeichnete Mauerfundament emporgehoben und zerbrochen haben.	14
	15
3.	16
	17
Die Beklagten werden als Gesamtschuldner verurteilt, geeignete Maßnahmen vorzunehmen, die verhindern, daß der am rückseitigen, äußerst östlichen Teil des klägerischen Grundstücks angebrachte Zaun nicht mehr in horizontaler Richtung gespannt werden kann.	18
	19
4.	20
	21
Die Beklagten werden als Gesamtschuldner verurteilt, die auf das Grundstück der Kläger herüberragende Zweige der auf dem Grundstück der Beklagten stehenden Bäume zu beseitigen.	22
	23
5.	24
	25
Die Beklagte werden als Gesamtschuldner verurteilt,	26
	27
- die im westlichen Teil des Grundstücks L.- R.-Straße 6 im Vorgarten wachsende Scheinzypresse auf eine Höhe von 2 Metern,	28
	29
- die im westlichen Teil des Grundstücks L.- R.-Straße 6 im Vorgarten wachsende Zeder auf eine Höhe von 4 Metern,	30
	31
- die im östlichen Teil des Grundstücks L.- R.-Straße 6, ca. 50 cm von der gemeinsamen Grundstücksgrenze wachsende Kiefer	32

	33
auf eine Höhe von 2 Metern,	34
	35
- den im äußerst östlichen Teil des Grundstücks L.-R.-Straße 6 wachsenden Götterbaum auf eine Höhe von 2 Metern und	36
	37
- den im östlichen Teil des Grundstücks L.- R.-Straße 6 in Abstand von 30 cm wachsenden Wacholder auf eine Höhe von 2 Metern	38
	39
zurückzuschneiden.	40
	41
6.	42
	43
Die Beklagten werden als Gesamtschuldner verurteilt, den im westlichen Teil des Grundstücks L.-R.-Straße 6 im Vorgarten direkt an der Grundstücksgrenze befindlichen Holunder zu entfernen.	44
Die Beklagten haben beantragt,	45
	46
die Klage abzuweisen.	47
Sie haben bestritten, daß von der Bepflanzung ihres Grundstücks rechtlich relevante Beeinträchtigungen des Grundstücks der Kläger ausgingen. Die Wurzeln des Götterbaumes wuchsen nicht in das Grundstück der Kläger hinein und unterwuchsen auch nicht das Fundament des Maschendrahtzaunes. Die Anhebung des Fundamentes und die hierdurch eingetretene Beschädigung hätten die Kläger vielmehr selbst verursacht, in dem der Kläger am 03. und 04.08.1991 das Fundament mit einem Brecheisen angehoben habe. Eine Entfernung des Götterbaumes könne nicht verlangt werden, da das Umweltamt dies untersagt habe.	48
Im übrigen hätten sich die Parteien dahin verständigt, daß die Kläger überhängende Zweige selbst abschneiden sollten. Die Kläger hätten den Zustand der Bäume jahrelang nicht gerügt und erst mit der Klageschrift einzelne Maßnahmen gefordert. Die fehlende Spannung des Maschendrahtzaunes beruhe nicht auf der Durchtrennung der Zaunanlage Mitte der 80iger Jahre, sondern darauf, daß der Zaun durch die Kläger selbst als Matten- und Teppichklopfeinrichtung gebraucht würde.	49
Die Parteien haben im Laufe des ersten Rechtszuges einverständlich das Gutachten eines Sachverständigen eingeholt. Wegen des Ergebnisses wird auf das Gutachten des Gartenarchitekten W. vom 01.12.1994 (GA 100 ff.) verwiesen.	50
	51

Das Landgericht hat die Beklagten verurteilt, geeignete Maßnahmen vorzunehmen, die verhindern, daß die Wurzeln des Götterbaumes das Mauerfundament weiter emporheben und festgestellt, daß die Beklagten verpflichtet seien, den Klägern sämtliche Schäden, die durch die Wurzeln des Götterbaums am Mauerfundament entstanden seien, zu ersetzen. Ferner müßten sie geeignete Maßnahmen vornehmen, damit der Zaun wieder in horizontaler Richtung gespannt werden könne. Außerdem seien sie verpflichtet, herüberragende Zweige auf dem Grundstück der Beklagten zu beseitigen sowie eine Scheinzypresse im Vorgarten, eine Kiefer, den Götterbaum und einen Wacholder im Garten zurückzuschneiden. Schließlich müßten sie einen Holunder im Vorgarten entfernen.

Gegen dieses Urteil haben die Beklagten form- und fristgerecht Berufung eingelegt, mit der sie sich gegen die Verurteilung unter Ziffern 1, 2, 3 und 5 des angefochtenen Urteils wenden. Ziffern 4 und 6 des Urteils greifen sie nicht an. 52

Die Beklagten tragen unter Wiederholung ihres erstinstanzlichen Vorbringens ergänzend vor: 53

Zwar hätten sich Wurzeln des Götterbaums unter dem Fundament befunden. Nicht diese, sondern allenfalls die klägerische Eibe, höben jedoch das Fundament hoch. Im übrigen hätten der klägerische Ehemann und der Nachbar L. am 03. und 04.08.1991 das Fundament mit einem Spaten angehoben, vermutlich um den Verlauf der Wurzeln festzustellen. Nur deshalb habe sich das Fundament gegenüber der Pflasterung erhöht. 54

Die fehlende Spannungsmöglichkeit am Zaun liege nicht an der Durchtrennung des Zaunes. Eine zusätzliche Stütze hätte keine Wirkung, weil der Zaunpfahl fest in den Boden einbetoniert, also starr sei. Der Zaun sei auch bereits Mitte der 80iger Jahre durchtrennt worden. Wenn die Durchtrennung Ursache der Instabilität gewesen sei, dann hätte diese schon früher eintreten müssen. Deshalb sei vielmehr davon auszugehen, daß der Zaun "ermüdet" sei, was dadurch begünstigt worden sei, daß die klägerische Ehefrau Matten auf dem Zaun ausgeschlagen habe. Im übrigen seien etwaige Ansprüche, so meinen die Beklagten, nach der Durchtrennung vor 10 Jahren verwirkt. Schließlich sei der Zaun ursprünglich nur deshalb gemeinsam angebracht worden, um Kosten zu sparen, und nicht, um sicher zu stellen, daß er die erforderliche Spannung halten könne. 55

Die Verwertung der Stellungnahme des von den Parteien außergerichtlich beauftragten Sachverständigen W. sei im übrigen unzulässig. 56

Den Klägern stehe auch kein Anspruch auf das Zurückschneiden der Scheinzypresse, der Kiefer, des Wacholders und des Götterbaums zu. Ein solcher Anspruch ergebe sich nicht aus § 41 Abs. 2 Nachbarrechtsgesetz NW, weil es sich nicht um Ziersträucher, sondern Bäume handle. Beim Zurückschneiden auf 2 m, wie von den Klägern begehrt, gingen diese Bäume ein. Alle Bäume stünden schon mehr als 20 Jahre, so daß die Entfernung nach § 47 Nachbarrechtsgesetz NW unzulässig sei. Die Klägerin wohnten schon seit 12 Jahren auf dem Grundstück. Etwaige Beeinträchtigungen seien, so wie jetzt, schon zum Einzug vorhanden gewesen. Schließlich werde die Einrede der Verjährung erhoben. 57

Die Beklagten beantragen, 58

59

60

61

mit Ausnahme der Verurteilung zu Ziff. 4 und 6 des angefochtenen Urteils das angefochtene Urteil teilweise abzuändern und die Klage insoweit abzuweisen.

Die Kläger treten der Berufung entgegen und haben ihrerseits Anschlußberufung eingelegt, mit der sie die ursprünglichen Anträge umstellen und erweitern. 62

Hinsichtlich des Verlaufs der Wurzeln des Götterbaums berufen sie sich auf die Feststellungen des außergerichtlich beauftragten Sachverständigen W.. Sie begehren nunmehr das Abschneiden und die Beseitigung der Wurzeln des Götterbaums auf ihrem Grundstück sowie Maßnahmen zur Verhinderung erneuten Eindringens der Wurzeln. Ferner verlangen sie die Ausbesserung des um 5 cm emporgedrungenen und gebrochenen Betonfundamentes unter dem Zaun, wobei sie behaupten, das Fundament sei von ihnen nicht mit einem Brecheisen hochgehoben worden; dies sei gar nicht möglich. Zur Spannung des Maschendrahtes räumen sie ein, daß der Zaun bereits 1995 durchtrennt worden sei, was von ihnen aber erst unmittelbar vor Klageerhebung entdeckt worden sei. Die erhobene Einrede der Verjährung greife nicht durch. Der Zaun sei von ihnen auch nicht zum Ausschlagen von Matten gebraucht worden. 63

Die Kürzung von Kiefer, Götterbaum und Wacholder könnten sie nach § 41 Abs. 2 Nachbarrechtsgesetz NW, der zumindest entsprechend anwendbar sei, verlangen. Außerdem stehe ihnen ein Anspruch auf Zurückschneiden eines Eibengewächses neben dem Götterbaum zu. Die erst jetzt von ihnen entdeckte Eibe sei 4 m hoch und stehe nur 0,5 m von der Grenze entfernt. Es handele sich dabei nicht um einen Baum, sondern um ein Strauchgewächs. 64

Die Kläger beantragen im Wege der Anschlußberufung: 65

1. 66 67

anstelle der Verurteilung gemäß Ziffer 1 des Urteils des Landgerichts Köln vom 29.8.1995 die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, 68 69

a) 70 71

die Wurzeln des auf dem Grundstück der Beklagten im äußerst östlichen Teil gelegenen Götterbaumes abzuschneiden und zu beseitigen, soweit sie sich auf dem Grundstück der Kläger befinden. 72 73

b) 74 75

durch geeignete Maßnahmen zu verhindern, daß wiederum Wurzeln dieses Götterbaumes auf das Grundstück der Kläger und in das dortige Erdreich dringen 76 77

können,	78
2.	79
	80
anstelle der Verurteilung gemäß Ziff. 2 des Urteils des Landgerichts Köln vom 29.8.1995 die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, das an der östlichen Grenze des Grundstücks der Kläger befindliche Betonfundament unter dem Zaun auszubessern und in einen unbeschädigten Zustand zu versetzen, soweit es an der Grenze zum Grundstück der Beklagten um etwa 5 cm emporgedrungen und an einer Stelle im Abstand von etwa 1,4 m von der Grenze zum Grundstück der Beklagten gebrochen ist,	81
	82
3.	83
	84
anstelle der Verurteilung gemäß Ziff. 3 des Urteils des Landgerichts Köln vom 29.8.1995 die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, den Zaun an der östlichen Grenze des Grundstücks der Kläger im Bereich zwischen der Grenze zum Grundstück der Beklagten und dem in diesen Zaun befindlichen Gartentor auf dem Grundstück der Kläger durch geeignete Maßnahmen in einen Zustand zu versetzen, daß er wieder ordnungsgemäß in horizontaler Richtung gespannt werden kann,	85
	86
4.	87
	88
die Beklagten als Gesamtschuldner auch noch zu verurteilen, das Eibengewächs neben dem Götterbaum im äußerst östlichen Teil des Grundstücks der Beklagten auf eine Höhe von 2 m zurückzuschneiden.	89
Bezüglich des ursprünglichen Klageantrages Nr. 5 a (Kürzung einer Scheinzypresse) haben die Parteien in der mündlichen Verhandlung vom 6. März 1996 den Rechtsstreit in der Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklärt und insoweit wechselseitig Kostenanträge gestellt.	90
Im übrigen beantragen die Beklagten,	91
	92
die Anschlußberufung der Kläger zurückzuweisen.	93
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen, die sämtlich Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sind.	94
E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :	95

Die Rechtsmittel der Parteien sind zulässig, haben in der Sache aber nur den aus dem Tenor ersichtlichen Erfolg.	96
Die Berufung der Beklagten ist zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt. Auch die Anschlußberufung der Kläger ist als unselbständige Anschlußberufung zulässig. Soweit in den geänderten Anträgen eine Klageänderung zu sehen ist (§ 264 ZPO), hat der Senat diese als sachdienlich zugelassen.	97
In der Sache haben die Rechtsmittel der Parteien aber nur zum Teil Erfolg.	98
1.	99
a)	100
Die Kläger können von den Beklagten das Abschneiden der auf dem Grundstück der Kläger befindlichen Wurzeln des Götterbaumes, nicht aber deren Beseitigung aus § 1004 Abs. 1 BGB verlangen.	101
Das Klagerecht aus § 1004 Abs. 1 BGB besteht neben dem Abschneiderecht des Nachbarn nach § 910 BGB (BGH NJW 1973, 703; BGHZ 97, 231 = NJW 1986, 2640; OLG Düsseldorf NJW 1986, 2648, 2649). Gemäß § 1004 BGB sind die Beklagten verpflichtet, die auf das Grundstück der Kläger eindringenden Baumwurzeln des Götterbaums abzuschneiden. Das Eigentum der Kläger wird durch das Eindringen der Baumwurzeln des Götterbaumes beeinträchtigt. Daß die Wurzeln des Götterbaums das Grundstück der Kläger durchwachsen, hat der von den Parteien beauftragte Privatgutachter W. nach gemeinsamer Ortsbesichtigung festgestellt. Danach durchziehen die Wurzeln das gesamte klägerische Grundstück und haben bereits das Nachbargrundstück erreicht (GA 102). Die Feststellungen des Sachverständigen werden durch die von ihm gefertigten Lichtbilder 5 - 8 eindeutig dokumentiert. Die Beklagten halten ihr Bestreiten mit Nichtwissen (GA 62) in der Berufungsinstanz auch nicht mehr aufrecht. Jedenfalls ist der Zustand durch das urkundsbeweislich verwertbare Sachverständigengutachten festgestellt.	102
Die Beklagten sind auch Störer im Sinne des § 1004 Abs. 1 BGB. Dabei kann dahinstehen, ob der Götterbaum durch Flugsamen gewachsen ist. Denn jedenfalls haben die Beklagten diesen Baum wachsen lassen, so daß die Beeinträchtigung wenigstens mittelbar auf ihren Willen als Eigentümer zurückgeht, was ausreicht (vgl. Palandt/Bassenge, § 1004 Rdnr. 6; Düsseldorf NJW-RR 1990, 144).	103
Ob im Rahmen des § 1004 Abs. 1 BGB auch die Einschränkung des § 910 Abs. 2 BGB gilt, also eine Beeinträchtigung der Nutzung des Grundstücks erforderlich ist, ist streitig (verneinend zum Beispiel Dehner B § 21 S. 10 m.w.N.; bejahend zum Beispiel Münchener Kommentar/Gursky, § 1004 Rdnr. 163; OLG Köln NJW-RR 1989, 1177). Diese Frage kann hier aber dahinstehen, denn eine solche Nutzungsbeeinträchtigung ist durch die weite Verzweigung des Wurzelwerkes, die auch unter das Mauerfundament des Zaunes reicht, eindeutig gegeben. Bereits das Eindringen der Wurzeln in das Nachbargrundstück ist eine von dessen Eigentümer grundsätzlich abwehrbare Störung des Grundeigentums (BGH NJW 1993, 1855, 1856).	104
Die Kläger sind auch nicht verpflichtet, weiter das Eindringen der Wurzeln in ihr Grundstück gemäß § 1004 Abs. 2 BGB zu dulden. Eine solche Duldungspflicht ergibt sich insbesondere nicht aus der Baumschutzsatzung der Stadt Köln, die als kommunales Naturschutzrecht grundsätzlich eine Duldungspflicht begründen könnte (Palandt/Bassenge, § 1004 Rdnr. 34;	105

LG Landshut NJW-RR 1989, 1420; vgl. auch ausführlich OLG Düsseldorf NJW 1989, 1807 f). Der fragliche Götterbaum fällt zwar unter den Schutzbereich der Satzung, weil es sich unstreitig um einen Baum mit einem Stammumfang von sicher 60 cm in 1 m Höhe über dem Erdboden handelt, der innerhalb eines im Zusammenhang bebauten Ortsteils wächst (vgl. § 2 Abs. 2 Baumschutzsatzung - BSchS). Nach der genannten Bestimmung ist auch der unterirdische Lebensraum (Wurzelbereich) geschützt. Gemäß § 3 BSchS sind alle Handlungen verboten, die geeignet sind, geschützte Bäume zu zerstören, das heißt zum Absterben führen können, oder geschützte Bäume zu verändern, das heißt das weitere Wachstum zu beeinträchtigen. Da der Götterbaum unmittelbar an der Grundstücksgrenze steht, über ein weitverzweigtes Wurzelwerk verfügt, ist die Möglichkeit, daß bei Abschnitt der Wurzeln des Baumes bis zur Grundstücksgrenze der Baum insgesamt abstirbt, nicht ausgeschlossen. Gleichwohl müssen die Kläger die Beeinträchtigung durch das weitere Wachstum der Wurzeln nicht hinnehmen. Nach § 5 Abs. 2 der BSchS ist eine Erlaubnis von den Verboten des § 3 zu erteilen, wenn der Eigentümer aufgrund eines rechtskräftigen Urteils verpflichtet ist, die Bäume zu entfernen oder zu verändern. Aus dieser Vorschrift ergibt sich, daß die Verurteilung zur Entfernung der Wurzeln nicht etwa unter den Vorbehalt der Erteilung der Erlaubnis durch das Amt für Umweltschutz zu stellen ist. Vielmehr hat der Senat bei seiner Entscheidung die in der Satzung der Stadt K. niedergelegten Gesichtspunkte des Naturschutzes mit zu bedenken. Nach § 5 Abs. 3 der BSchS kann eine Erlaubnis erteilt werden, wenn das Verbot zu einer nicht beabsichtigten Härte führen würde und überwiegende öffentliche Belange nicht entgegenstehen. Eine solche Härte ist hier zu bejahen. Nach den unstreitigen Feststellungen des Sachverständigen durchzieht das Wurzelwerk den gesamten Garten. Es ist bereits unter das Mauerfundament des Zaunes vorgedrungen. Angesichts der schmalen Gärten von nur 6 m Breite ist ein derartiges Wurzelwerk, das sich immer weiter ausdehnt, für den Nachbarn nicht hinnehmbar. Die Wurzeln sind vielmehr entlang der Grundstücksgrenze abzuschneiden, um ein weiteres Wachstum vom Grundstück der Beklagten aus zu verhindern. Aus diesem Grunde muß der Gedanke des Naturschutzes vor den Rechten der Kläger als Grundstücksnachbarn zurücktreten.

Der Senat sieht angesichts der Tatsache, daß die Stadt Köln selbst in der Satzung die rechtskräftige Verurteilung als Erlaubnistatbestand vorgesehen hat, keinen Grund, die Abwägung der naturschutzrechtlichen Gesichtspunkte gegenüber den Rechten des Grundstücksnachbarn dem Amt für Umweltschutz zu überlassen und die Zwangsvollstreckung bzw. die Erfüllung der Verpflichtung durch die Beklagten von der Erteilung der Befreiung vom Verbot durch das Amt für Umweltschutz abhängig zu machen (vgl. dazu LG Landshut NJW-RR 1989, 1420; vgl. auch Schäfer, Vorbemerkung 2 vor §§ 40 - 48 Nachbarrechtsgesetz NW; andere Auffassung Dehner B § 22 S. 10). Da die Satzung der Stadt K. rechtskräftige Urteile als Erlaubnistatbestand ausdrücklich vorsieht, wird der Beklagte für die Erteilung einer solchen Erlaubnis Sorge tragen müssen. Ein Grund, die Zwangsvollstreckung hiervon ausdrücklich abhängig zu machen, ist nicht gegeben.

106

Der Anspruch der Kläger auf Abschneiden der Wurzeln ist nicht durch § 47 Nachbarrechtsgesetz NW ausgeschlossen. Diese Vorschrift betrifft nur den Anspruch auf Beseitigung des in zu geringem Grenzabstand gepflanzten Baumes sechs Jahre nach dem Anpflanzen. Hier geht es indes nicht um die Beeinträchtigung durch das Unterschreiten des vorgeschriebenen Grenzabstandes selbst, sondern um darüberhinausgehende Beeinträchtigungen nach § 1004 Abs. 1 Satz 1 BGB, deren Geltendmachung nicht von den landesrechtlichen Regelungen eingeschränkt wird (vgl. Art. 124 EGBGB; vgl. OLG Düsseldorf NJW 1986, 2649).

107

108

Auch durch Vereinbarung oder Verzicht ist der Anspruch nicht ausgeschlossen, weil die von den Beklagten behaupteten Verabredungen zwischen den Parteien nicht den Wurzelbereich, sondern nur überhängende Äste betrafen. Eine Verwirkung des Anspruchs auf Zurückschneiden der Wurzeln kommt nicht in Betracht. Neben dem bloßen Zeitmoment müssen sonstige Umstände hinzukommen, die die Geltendmachung des Anspruches als treuwidrig erscheinen lassen. Derartige Umstände haben die Beklagten nicht vorgetragen. Die erstmals im Berufungsverfahren erhobene Einrede der Verjährung greift ebenfalls nicht durch. Der Anspruch aus § 1004 BGB unterliegt der 30jährigen Verjährung.

Die Kläger können allerdings nicht die Beseitigung des Wurzelwerkes auf ihrem Grundstück verlangen. Der Beseitigungsanspruch nach § 1004 BGB dient der Abwehr einer gegenwärtigen Beeinträchtigung und ist auf die Abstellung der Einwirkung für die Zukunft, nicht auf die Herstellung des früheren Zustandes durch Beseitigung der Folgen der Einwirkung gerichtet. Es kann dahinstehen, ob das Wurzelwerk, nachdem es an der Grundstücksgrenze vom Baum abgeschnitten ist, die Nutzung des Grundstücks der Kläger überhaupt noch beeinträchtigen würde. Selbst wenn man eine fortdauernde Beeinträchtigung annimmt, scheitert der auf Beseitigung des gesamten Wurzelwerkes gerichtete Anspruch an der langjährigen Duldung durch die Kläger (Verwirkung). Bis zur Anschlußberufung haben die Kläger eine Beseitigung der Wurzeln im Erdreich nicht verlangt, sondern lediglich den Bereich des Zaunfundamentes zum Gegenstand des Rechtsstreits gemacht. Nachdem sie über 12 Jahre selbst Eigentümer des Grundstücks sind, konnten die Beklagten davon ausgehen, daß sie zu einer Entfernung des kompletten Wurzelwerkes des Götterbaums nicht herangezogen werden würden. Denn die damit von den Beklagten begehrte Maßnahme hätte einen enormen Umfang und würde praktisch zum Umgraben des gesamten Gartens der Kläger führen. Mit einer solchen Maßnahme brauchten die Beklagten nicht mehr zu rechnen, nachdem über viele Jahre das Wurzelwerk von den Klägern nicht beanstandet worden war.

b) 110

Allerdings können die Kläger verlangen, daß die Beklagten Maßnahmen ergreifen, damit nicht weitere Wurzeln auf das Grundstück der Kläger eindringen. Insoweit greift der Gesichtspunkt der Verwirkung ebensowenig durch wie beim Anspruch der Kläger auf Abschneiden der Wurzeln entlang der Grundstücksgrenze. 111

2. 112

Die Kläger haben gegen die Beklagten auch einen Anspruch auf Ausbesserung des Zaunfundamentes aus § 1004 Abs. 1 BGB. Zwar ist die Ursache für die eingetretene Beschädigung des Zaunfundamentes zwischen den Parteien nach wie vor streitig. Der von den Parteien außergerichtlich beauftragte Sachverständige W. hat die Ursachen für die Hebung und den Bruch des Fundamentes untersucht und dabei eindeutig festgestellt, daß es sich nicht um Wurzeln einer auf dem Grundstück der Kläger befindlichen Eibe handelt, sondern daß das Fundament durch die Wurzeln des Götterbaums mit Seitenwurzeln hochgehoben wird. Er hat diese Feststellungen durch die Lichtbilder Nr. 9 - 12 seines Gutachtens belegt. Auch insofern hat der Senat keine Bedenken, das Gutachten im Wege des Urkundenbeweises zu verwerten. Die hier fraglichen Schäden sind nach der klaren Darstellung des Privatgutachters sicher nicht durch einen Spaten, den der Kläger mit einem Nachbarn benutzt haben soll, sondern durch Baumwurzeln verursacht worden, und zwar durch die Wurzeln des Götterbaumes der Beklagten. Es handelt sich bei dem Gutachten des Sachverständigen W. zwar nur um ein Privatgutachten. Dieses ist aber auch ohne Einverständnis des Gegners urkundenbeweislich benutzbar und im Rahmen des § 286 ZPO frei zu würdigen. Die Feststellungen des Sachverständigen sind nachvollziehbar und 113

überzeugend. Der Senat hat keine Zweifel, daß die Wurzeln des Götterbaumes die Ursache für das Hochheben und den Bruch des Fundamentes gewesen sind. Die Beklagten sind also verpflichtet, diese Schäden zu beseitigen.

3. 114

Die Beklagten sind ferner verpflichtet, für eine ordnungsgemäße Spannung des Zaunes Sorge zu tragen. Der Anspruch ergibt sich aus § 1004 Abs. 1 BGB, aber auch aus § 823 Abs. 1 BGB. Die Beklagten, die unstreitig den gemeinsamen Zaun vor vielen Jahren durchtrennt haben, sind verpflichtet, die durch die Trennung herbeigeführte Störung zu beseitigen, die eine fortwirkende Beeinträchtigung - fehlende Spannung - hervorgerufen hat. Da sie mit der Trennung des Zaunes den Verlust der Spannung herbeigeführt haben, haben sie auch das Eigentum der Kläger gemäß § 823 BGB verletzt, so daß sie zum Schadensersatz verpflichtet sind. 115

Die Beklagten bestreiten zwar, daß durch das unstreitige Durchtrennen des Zaunes die vorhandene Spannung genommen worden ist. Auch zu dieser Frage bedarf es indes nicht der Einholung eines gerichtlichen Sachverständigengutachtens. Das als Urkunde vorgelegte Sachverständigengutachten W. ergibt eindeutig, daß durch das Durchtrennen dem Zaun die notwendige Spannung genommen worden ist. Anhaltspunkte, daß die Wertung des Sachverständigen unzutreffend sein sollte, sind nicht erkennbar. Der Senat hat auch in dieser Frage keine Bedenken, gemäß § 286 ZPO die Feststellungen des Gutachters frei zu würdigen. 116

Eine Verwirkung des Anspruches ist nicht gegeben. Zwar liegt die Durchtrennung des Zaunes durch die Beklagten bereits mehr als 10 Jahre zurück. Indes reicht das reine Zeitmoment nicht aus. Zum sogenannten Umstandsmoment fehlt geeigneter Vortrag der Beklagten. Gleiches gilt für die erhobene Einrede der Verjährung auch gegenüber dem Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB, da die Kläger unwiderlegt vorgetragen haben, daß ihnen der Sachverhalt erst kurz vor Klageerhebung bekannt geworden ist (vgl. § 852 BGB). 117

4. 118

Die Kläger können ferner verlangen, daß die Beklagten das Eibengewächs neben dem Götterbaum, das unstreitig einen Abstand von nicht mehr als 0,5 m zur Grundstücksgrenze hat, auf eine Höhe von 2 m zurückschneiden. Da die Eibe nicht den in § 41 Nachbarrechtsgesetz NW vorgesehenen Grenzabstand hat, können die Kläger gemäß § 1004 BGB Beseitigung verlangen. Das Zurückschneiden des Baumes stellt lediglich ein Weniger dar. Dafür, daß der Anspruch auf Beseitigung des Baumes nach § 47 Abs. 1 Nachbarrechtsgesetz NW wegen Zeitablaufs ausgeschlossen wäre, ist nichts vorgetragen. 119

5. 120

a) 121

Hinsichtlich der Scheinzypresse haben die Parteien den Rechtsstreit übereinstimmend für erledigt erklärt, so daß nur über die insoweit entstandenen Kosten zu entscheiden ist. Diese waren den Klägern aufzuerlegen. Sie hatten nämlich keinen Anspruch auf Zurückschneiden der Scheinzypresse. Da es sich bei der Zypresse um einen Baum und nicht um einen Zierstrauch im Sinne des § 41 Abs. 2 Nachbarrechtsgesetz NW handelte, konnten die Kläger die Nichteinhaltung des erforderlichen Grenzabstandes nur sechs Jahre nach der Anpflanzung geltend machen. Dies ist unstreitig nicht geschehen. Daneben besteht ein 122

Anspruch auf Zurückschneiden von Bäumen gemäß § 41 Abs. 2 Nachbarrechtsgesetz NW, der auch nicht analog angewendet werden kann, nicht.

b) und c): 123

Die Kläger haben auch keinen Anspruch auf Zurückschneiden der Kiefer und des Götterbaumes. Auch hierbei handelt es sich um Bäume, die länger als sechs Jahre stehen, so daß ein Beseitigungsanspruch oder ein Anspruch auf Rückschnitt gemäß § 47 Nachbarrechtsgesetz NW ausgeschlossen ist. 124

d): 125

Anders verhält es sich bei dem Wacholder, bei dem es sich um einen Strauch und nicht um einen Baum handelt. Hier ergibt sich der Anspruch aus § 41 Abs. 2 Nr. 2 a Nachbarrechtsgesetz NW. Da es sich um einen stark wachsenden Zierstrauch im Sinne dieser Bestimmung handelt, hätte ein Grenzabstand von 1 m eingehalten werden müssen. Der Wacholder steht aber nur in einem Abstand von 30 cm. Wird der gesetzlich vorgeschriebene Abstand bei Sträuchern unterschritten, so ist bei der Berechnung der zulässigen Höhe vom tatsächlichen Abstand auszugehen (Schäfer, § 41 Nachbarrechtsgesetz Anm. 8). Das bedeutet, daß die Kläger einen Zurückschnitt auf jedenfalls 2 m, wie beantragt, verlangen können. 126

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1, § 97 Abs. 1, § 281 Abs. 3 ZPO. 127

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus § 708 Nr. 10 ZPO. 128

Streitwert für das Berufungsverfahren: 129

16.500,00 DM, ab dem 6. März 1996: 15.500,00 DM: 130

- Antrag 1) a) 131

aa) (Abschneiden der Wurzel des Götterbaums): 2.000,00 DM 132

bb) (Entfernen der Wurzeln des Götterbaums): 4.000,00 DM. 133

Der Streitwert war insofern nicht nach den Kosten der Beseitigung zu bemessen, sondern nur nach dem Interesse, das die Kläger an der Entfernung haben; dieses erscheint mit einem Betrag von 4.000,00 DM ausreichend bemessen. 134

b) (geeignete Maßnahmen gegen erneutes Eindringen der Wurzeln des Götterbaums): 1.000,00 DM 135

- Antrag 2) (Zaunfundament): 4.000,00 DM 136

- Antrag 3) (Spannung Zaun): 1.000,00 DM 137

- Antrag 4) (Eibengewächs): 500,00 DM 138

- Antrag 5) (Rückschnitt Scheinzypresse, 139

Kiefer, Götterbaum, 140

Wacholder): 4.000,00 DM, 141

