

---

**Datum:** 20.05.2021  
**Gericht:** Oberlandesgericht Köln  
**Spruchkörper:** 18. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 18 U 17/20  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGK:2021:0520.18U17.20.00

---

**Vorinstanz:** Landgericht Köln, 3 O 114/16  
**Schlagworte:** Hammerschlags- und Leiterrecht; Substanzeingriff; Erdaushub  
**Normen:** § 24 NachbG NRW  
**Leitsätze:**

Das Recht zur Benutzung des Nachbargrundstücks nach § 24 NachbG ist nicht beschränkt auf Handlungen rein im oberirdischen Raum.

Zur Frage unverhältnismäßiger substantieller Beeinträchtigung durch die Beseitigung von Anpflanzungen.

---

**Tenor:**

Auf die Berufung der Kläger wird das Urteil des Landgerichts Köln vom 20.12.2019 – 3 O 114/16 – abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagten werden verurteilt, es einen Monat nach Zugang der Mitteilung über den beabsichtigten Arbeitsbeginn zu dulden, dass die Kläger für einen Zeitraum von maximal vier Wochen von dem Grundstück der Beklagten A-Straße 25 aus Unterfangungsarbeiten an den auf dem Grundstück A-Straße 27 befindlichen Garagenfundamenten ausführen, wobei zu dulden ist, dass auf dem Grundstück der Beklagten unmittelbar im tieferliegenden Bereich der grenzständigen Garage zunächst Erdarbeiten ausgeführt werden, um im Bereich der Fundamente der Garage, die auf dem Grundstück A-Straße 27 liegen, Betonierungsarbeiten auszuführen, wobei die bestehenden Fundamente der Garage auf dem Grundstück der Kläger abschnittsweise von dem Grundstück

der Beklagten untergraben und der Hohlraum mit Beton oder Mauerstein unterfüttert wird, die Arbeiten gemäß DIN 4123 erfolgen, entsprechende Stichgräben im Bereich der Garage auf dem anliegenden Grundstücksteil der Beklagten herzustellen sind und nach Abschluss der Arbeiten, also nach der Wiederverfüllung, der Zustand wieder vollständig hergestellt werden soll, der auf dem Grundstück der Beklagten vor den Arbeiten festzustellen war.

In die zur Wand des Hauses der Beklagten gelegene Pflasterung darf dabei nicht eingegriffen werden.

Die Kosten des Rechtsstreits beider Instanzen tragen die Beklagten.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

---

<b><u>Gründe :</u></b>	1
<b>I.</b>	2
Die Parteien sind Nachbarn. An das Wohnhaus der Kläger ist zum Grundstück der Beklagten grenzständig eine Garage angebaut; die Garage wurde von der Bauaufsichtsbehörde in ihrer jetzigen Länge unter dem 23.03.2016 nachträglich genehmigt, wobei der die zulässige Länge der Garage um 1,9 m überschreitende Dachüberstand indes lediglich geduldet ist.	3
In einem vorangegangenen Rechtsstreit (Az. 32 O 237/13, LG Köln) haben die hiesigen Kläger den Voreigentümer des Grundstücks der Beklagten nach Durchführung eines selbstständigen Beweisverfahrens (Az. 21 H 13/11, AG Leverkusen) auf Schadensersatz in Anspruch genommen mit der Behauptung, dass durch Abgrabungsarbeiten auf dessen Grundstück Schäden in Form von Rissen an ihrer Garage aufgetreten seien. Der Rechtsstreit endete durch eine vergleichsweise Regelung dahin, dass die Kläger zum Ausgleich der streitgegenständlichen Ansprüche einen Betrag i.H.v. 3.500 € erhielten.	4
Die Kläger beabsichtigen nunmehr, das Fundament ihrer Garage zu unterfangen und begehren von den Beklagten, es zu dulden, dass sie diese Arbeiten von deren Grundstück aus durchführen können; im Rahmen dieser Arbeiten wird es erforderlich sein, auf dem Grundstück der Beklagten eine Baugrube auszuheben. Die Beklagten lehnen eine Benutzung ihres Grundstücks ab.	5
Die Kläger haben vorgetragen, dass die beabsichtigten Arbeiten erforderlich seien, um ein Absacken und eine weiterer Rissbildung an ihrer Garage dauerhaft zu vermeiden. Die Arbeiten könnten nur vom Grundstück der Beklagten aus durchgeführt werden. Jedenfalls würde eine Ausführung von ihrem eigenen Grundstück aus zu unverhältnismäßigen Mehrkosten führen.	6
Die Kläger haben erstinstanzlich beantragt,	7
die Beklagten zu verurteilen, es einen Monat nach Zugang der Mitteilung über den beabsichtigten Arbeitsbeginn für einen Zeitraum von max. 4 Wochen dulden, dass die Kläger	8

von dem Grundstück der Beklagten A-Straße 25 aus Unterfangarbeiten an den auf dem Grundstück A-Straße 27 befindlichen Garagenfundamenten ausführen, wobei zu dulden ist, dass auf dem Grundstück der Beklagten unmittelbar im tieferliegenden Bereich der grenzständigen Garage zunächst Erdarbeiten ausgeführt werden, um im Bereich der Fundamente der Garage, die auf dem Grundstück A-Straße 27 liegen, Betonierungsarbeiten auszuführen, wobei die bestehenden Fundamente der Garage auf dem Grundstück der Kläger abschnittsweise von dem Grundstück der Beklagten untergraben und der Hohlraum mit Beton oder Mauerstein unterfüllt wird, die Vorgehensweise der Arbeiten gemäß DIN 4123 erfolgt, entsprechende Stichgräben im Bereich zur Garage auf dem anliegenden Grundstücksteil der Beklagten herzustellen sind und nach Abschluss der Arbeiten, also nach der Wiederverfüllung, der Zustand wieder vollständig hergestellt werden soll, der auf dem Grundstück der Beklagten vor den Arbeiten festzustellen war.

Das Landgericht hat gemäß den Beschlüssen vom 24.04.2017 (Bl. 115 GA) und 02.02.2018 (Bl. 249 GA) Beweis erhoben durch Einholung von Sachverständigengutachten. Im Kern kam der Sachverständige B zu dem Ergebnis, dass die Rissbildungen in der Garage der Kläger nicht auf Arbeiten auf dem Grundstück der Beklagten zurückzuführen seien. Er stellte jedoch fest, dass das Fundament der Garage nicht frostsicher in einer den anerkannten Regeln der Technik entsprechenden Tiefe gegründet ist. Hinsichtlich der Einzelheiten des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die schriftlichen Gutachten vom 04.07.2017 (Bl. 143 ff. GA), 08.11.2018 (Bl. 282 ff. GA) und 27.06.2019 (Bl. 315 ff. GA) sowie die mündliche Erläuterungen des Sachverständigen B in der mündlichen Verhandlung vom 08.09.2017 (Bl. 205 ff. GA) Bezug genommen. 9

Mit dem von der Berufung angegriffenen Urteil vom 20.12.2019 (Bl. 358 ff. GA), auf dessen Feststellungen wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes gemäß § 540 Abs. 1 S. 1 ZPO Bezug genommen wird, hat das Landgericht die Klage abgewiesen. 10

Zur Begründung hat es ausgeführt, dass ein Duldungsanspruch nach Maßgabe des § 24 NachbG NRW nicht gegeben sein, da das Hammerschlags- und Leiterrecht keinen Eingriff in die Bodensubstanz erfasse. Unerheblich sei schließlich auch der Einwand, die Ursache für die aufgetretenen Risse, die die beabsichtigten Arbeiten erforderlich machten, sei vom Grundstück der Beklagten ausgegangen. Die Kläger seien mit diesem Einwand wegen des in dem Rechtsstreit mit dem Voreigentümer geschlossenen Vergleichs, der auch für die Beklagten als Rechtsnachfolger des Veräußerers Wirkung entfalte, präkludiert. 11

Dagegen richtet sich die Berufung der Kläger, die unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrages ihr Begehren weiter verfolgen. 12

Die Inanspruchnahme des Grundstücks der Beklagten für die von den Klägern beabsichtigten Maßnahmen sei von § 24 NachbG NRW gedeckt. Die Ausführungen des Sachverständigen hätten zweifelsfrei ergeben, dass das Fundament in der derzeitigen Form nicht sach- und fachgerecht sei, da die Garage nicht frostsicher gegründet sei, weshalb eine Instandsetzung notwendig sei. Der Duldungsanspruch erfasse entgegen der Rechtsansicht des Landgerichts auch Eingriffe in die Bodensubstanz. 13

Selbst bei Verneinung eines Anspruchs gemäß § 24 NachbG NRW bestehe ein Anspruch auf Duldung jedenfalls aus dem nachbarschaftlichen Gemeinschaftsverhältnis. Hierbei sei der – streitige – Umstand zu berücksichtigen, dass die Arbeiten erforderlich geworden seien durch die seinerzeitigen Abgrabungen auf dem Grundstück der Beklagten. Das Verhalten der jeweiligen Voreigentümer sei den aktuellen Eigentümern dabei auch zuzurechnen. Es sei 14

treuwidrig, wenn sie den Klägern nunmehr sogar verweigern wollten, dass diese auf ihre eigenen Kosten die Folgen dieser Maßnahme beseitigen wollten. Zu berücksichtigen sei auch, dass lediglich auf einer Länge von einigen Metern etwas mehr als Spatentief einige Erde entfernt werden solle. Im jetzigen Zustand sei die Standsicherheit der Garage gefährdet.

Die Kläger seien durch den abgeschlossenen Vergleich auch nicht präkludiert, soweit es um die Frage einer Duldungspflicht der Beklagten im Hinblick auf die Beseitigung von Schäden gehe. 15

Die Kläger beantragen, 16

das erstinstanzliche Urteil abzuändern und die Beklagten zu verurteilen, es einen Monat nach Zugang der Mitteilung über den beabsichtigten Arbeitsbeginn zu dulden, dass die Kläger von dem Grundstück der Beklagten A-Straße 25 aus Unterfangungsarbeiten an den auf dem Grundstück A-Straße 27 befindlichen Garagenfundamenten ausführen, wobei zu dulden ist, dass auf dem Grundstück der Beklagten unmittelbar im tieferliegenden Bereich der grenzständigen Garage zunächst Erdarbeiten ausgeführt werden, um im Bereich der Fundamente der Garage, die auf dem Grundstück A-Straße 27 liegen, Betonierungsarbeiten auszuführen, wobei die bestehenden Fundamente der Garage auf dem Grundstück der Kläger abschnittsweise von dem Grundstück der Beklagten untergraben und der Hohlraum mit Beton oder Mauerstein unterfüllt wird, die Arbeiten gemäß DIN 4123 erfolgen, entsprechende Stichgräben im Bereich der Garage auf dem anliegenden Grundstücksteil der Beklagten herzustellen sind und nach Abschluss der Arbeiten, also nach der Wiederverfüllung, der Zustand wieder vollständig hergestellt werden soll, der auf dem Grundstück der Beklagten vor den Arbeiten festzustellen war. 17

Die Beklagten beantragen, 18

die Berufung zurückzuweisen. 19

Die Beklagten verteidigen das angefochtene Urteil. 20

Zutreffend habe das Landgericht angenommen, dass Aushubarbeiten bereits in rechtlicher Hinsicht nicht von § 24 NachbG NRW gedeckt seien. Ansprüche folgten auch nicht aus dem nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis. Eine allgemeine Pflicht zur Rücksichtnahme käme neben den Sonderregelungen des Nachbarrechtsgesetzes überhaupt nur in Betracht, wenn eine über die gesetzliche Regelung hinaus billiger Ausgleich der widerstreitenden Interessen dringend geboten erscheinen, was vorliegend nicht der Fall sei. 21

Sie bestreiten weiterhin die Notwendigkeit der Arbeiten. Der Sachverständige habe nicht festgestellt, dass das Fundament nicht sach- und fachgerecht sei, er habe lediglich Vermutungen geäußert. Ursache der Risse und einer unzureichenden Gründung der Fundamente seien auch nicht etwaige Abgrabungen auf dem Beklagtengrundstück. 22

Überdies sei eine Inanspruchnahme ihres Grundstücks auch nicht verhältnismäßig. Der von den beabsichtigten Arbeiten betroffene Bereich werde gärtnerisch genutzt, dort seien ein Zaun, eine Hecke, Beete und weitere langjährig bestehende Pflanzen vorhanden. Für die Arbeiten müssten auf dem Grundbesitz der Beklagten vorhandene Anlagen wie der Zaun, Beete, Rankgitter, Bodenplatten und langjährig vorhandene Anpflanzungen entfernt werden. Tatsächlich dürften erhebliche Mengen an Bodenaushub erforderlich werden, um die Garage zu unterfangen. Es sei den Beklagten auch nicht zumutbar, darauf zu vertrauen, dass die Kläger den bestehenden Zustand wieder ordnungsgemäß herstellen. 23

Der Senat hat den Sachverständigen B in der mündlichen Verhandlung vom 20.04.2021 erneut angehört; Gegenstand war dabei auch die Verfahrensakte des beim Amtsgericht Leverkusen zwischen den hiesigen Klägern und dem Voreigentümer des Grundstücks der Beklagten geführten selbstständigen Beweisverfahrens 21 H 13/11. Hinsichtlich der Ausführungen des Sachverständigen wird Bezug genommen auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung (Bl. 118 ff. eA). 24

## II. 25

Die zulässige, insbesondere form- und fristgerecht eingelegte Berufung der Kläger ist begründet. 26

Zu Unrecht hat das Landgericht die Klage abgewiesen. 27

Die Kläger haben gegen die Beklagten einen Anspruch auf Duldung des Betretens und der Nutzung des Grundstücks der Beklagten im tenorierten Umfang gemäß § 24 Abs. 1 NachbG NRW. 28

Nach § 24 NachbG NRW müssen die Eigentümer dulden, dass ihr Grundstück einschließlich der baulichen Anlagen zum Zwecke von Bau- oder Instandsetzungsarbeiten auf dem Nachbargrundstück vorübergehend betreten und benutzt wird, wenn und soweit die Arbeiten anders nicht zweckmäßig oder nur mit unverhältnismäßig hohen Kosten durchgeführt werden können, die mit der Duldung verbundenen Nachteile oder Belästigungen nicht außer Verhältnis zu dem von dem Berechtigten erstrebten Vorteil stehen, ausreichende Vorkehrungen zur Minderung der Nachteile und Belästigungen getroffen werden und das Vorhaben öffentlich-rechtlichen Vorschriften nicht widerspricht. 29

Diese Voraussetzungen sind erfüllt. 30

### 1. 31

Bei den von den Klägern beabsichtigten Arbeiten an ihrer an das Nachbargrundstück grenzenden Garage handelt es sich um Instandsetzungsarbeiten. Instandsetzungsarbeiten sind nicht nur solche Arbeiten, die der Erneuerung schadhafter Bauteile dienen, sondern auch Unterhaltungsarbeiten, die den Eintritt von Schäden vermeiden oder Arbeiten, die einem Schaden vorbeugen; auch solche Arbeiten sind bei entsprechender Notwendigkeit von § 24 NachbG NRW umfasst (vgl. BGH, Urteil vom 14.12.2012 – V ZR 49/12, Rn. 7, beck-online; Schäfer/Fink-Jamann/Peter, Nachbarrechtsgesetz Nordrhein-Westfalen, 17. Auflage 2018, § 24 Rn. 3 f.). So liegt es hier. 32

Dabei kommt es nicht auf die unter den Parteien strittige Frage an, ob die von den Klägern beanstandeten Risse an der grenzständigen Garage durch frühere Ausschachtungsarbeiten auf dem Beklagtengrundstück entstanden sind, derentwegen die Kläger noch weitere Rissbildungen bzw. ein Absacken der Garage mit weiteren Schäden am Mauerwerk befürchten. Denn die Untersuchungen des Sachverständigen B haben ergeben, dass die hinsichtlich der Garage vorgefundene Gründungstiefe teilweise nicht dem als anerkannte Regel der Technik geltenden Konstruktionsprinzip entspricht. Als frostfreie Gründungstiefe wird – wie der Sachverständige B es in den mündlichen Verhandlungen vom 08.09.2017 (Protokoll, Bl. 205 ff. GA) und 22.04.2021 (Protokoll, Bl. 118 ff. eA) sowie in dem schriftlichen Gutachten vom 08.11.2018 (Bl. 282 ff. GA) nachvollziehbar und plausibel ausgeführt hat – im allgemeinen eine Tiefe von 80 cm unter der Geländeoberkante angenommen, um durch Auffrieren von wassergesättigten Bodenschichten Hebungen und anschließende Senkungen 33

des Baukörpers mit ungleichmäßige Setzungen zu vermeiden. Die Gründungstiefe wird nur im vorderen Teil der Garage der Kläger erreicht. Im hinteren Teil beträgt die Gründungstiefe wegen eines Höhensprungs auf dem Grundstück der Beklagten dagegen nur 30 cm unterhalb der Gebäudeoberkante als Bezugspunkt für die Messung. Die in dem Gutachten vom 08.11.2018 eingefügten Fotos nach Vornahme des Schurflochs (Bl. 290 f. GA) belegen den Zustand der zu geringen Gründungstiefe anschaulich. In seinem Gutachten vom 27.06.2019 hat der Sachverständige unterschiedliche Maßnahmen zur Ertüchtigung des Fundaments aufgeführt (Bl. 321 f. GA); die von den Klägern beabsichtigte Vornahme von Unterfangungen stellt danach eine geeignete Maßnahme dar, um ein ordnungsgemäßes Fundament den Regeln der Baukunst entsprechend herzustellen. Soweit der Sachverständiger in der mündlichen Verhandlung vom 22.04.2021 zwar ausgeführt hat, dass er bei der von ihm vorgefundenen Situation keine Anzeichen für Schädigungen anlässlich der mangelnden Baugründung erkennen konnte (Bl. 121 eA), steht dies der vom BGH (aaO) vorausgesetzten Notwendigkeit der Maßnahme nicht entgegen. Allein der Umstand, dass sich bislang keine Auswirkungen gezeigt haben, ändert nichts daran, dass die Gründung in diesem Zustand nicht den anerkannten Regeln der Technik entspricht und daher nicht sicher feststeht, dass künftige Schäden ausgeschlossen seien.

2. 34

Die von den Klägern beabsichtigten Arbeiten im Erdreich sich auch nicht bereits grundsätzlich von § 24 NachbG NRW ausgenommen. 35

Zur Durchführung der Arbeiten erlaubt § 24 NachbG NRW das Betreten und Benutzen des Nachbargrundstücks. Dabei kann das (weit formulierte) Recht zur Benutzung – entgegen der Auffassung des Landgerichts – nach der vorzugswürdigen herrschenden Meinung grundsätzlich auch den Raum unterhalb der Erdoberfläche und damit die Befugnis zum Ausheben von Erdreich erfassen (BGH, Urteil vom 13.03.1980 – III ZR 156/78, Rn. 11, juris; Schäfer/Fink-Jamann/Peter, ebd., Rn. 7; Kirchhof, ZfIR 2012, 777, 779; Dehner, Nachbarrecht, Band III, § 28 I 4). Aus Wortlaut und Inhalt des § 24 NachbG NRW folgen jedenfalls keine Beschränkungen auf Handlungen rein im oberirdischen Raum. Auch Sinn und Zweck der Vorschrift gebieten keine restriktive Auslegung. Dass eine Nutzung des Grundstücks Beeinträchtigungen und Beschädigungen verursachen kann, wird dadurch aufgefangen, dass im konkreten Einzelfall die Interessen der Nachbarn nach Maßgabe des insoweit näher ausgestalteten § 24 Abs. 1 Nrn. 1-4, Abs. 2 NachbG NRW gegeneinander abzuwägen sind. Zudem besteht nach § 24 Abs. 3, 17 NachbG NRW ein verschuldensunabhängiger Schadensersatzanspruch, für den eine vorherige Sicherheitsleistung verlangt werden kann. 36

Die auch vom Landgericht vertretene Gegenmeinung, die sich auf den Beschluss des OLG Düsseldorf vom 31.07.1991 (Az. 9 W 79/91) stützt, vermag nicht zu überzeugen. Dabei wird zunächst darauf abgestellt, dass das nach § 24 NachbG NRW erlaubte „vorübergehende Betreten und Benutzen“ bereits nach dem allgemeinen Sprachverständnis nicht als das zielgerichtete Beschädigen einer Sache verstanden werden könne. Die vorübergehend überlassene Sache dürfe – ähnlich dem Mietrecht – in ihrer Substanz nicht angegriffen werden. Es spreche auch nichts dafür, dass der Landesgesetzgeber einen Eingriff in die Bodensubstanz ermöglichen wollte, auch die Gesetzesüberschrift („Hammerschlags- und Leiterrecht“) betreffe lediglich eine oberirdische Inanspruchnahme des Grundstücks. Es handele sich um eine gesetzlich Eigentumsbeschränkung, die einer ausdehnende Auslegung nicht zugänglich sei (in diesem Sinne auch OLG Hamm, Urteil vom 22.06.1978 – 5 U 78/78, Rn. 4, juris: offenbar nur ein *Betreten* des Gelände des Nachbarn als von § 24 NachbG NRW 37

erfasst sehend).

Der von den Klägern zum Zwecke der Ausführung beabsichtigte Erdaushub ist allerdings nicht automatisch mit einer Schädigung gleichzusetzen, da die Erde nach Abschluss der Arbeiten wieder aufgefüllt wird. Soweit das Landgericht eine nicht hinnehmbare Beschädigung des Grundstücks damit begründet, dass es bei Eingriffen in die Bodensubstanz zusätzlicher Wiederherstellungsarbeiten bedürfe und der Eigentümer damit darauf vertrauen müsste, dass der Nachbar diese betroffenen Bereiche auch ordnungsgemäß wiederherstelle, berücksichtigt das Landgericht nicht, dass ein Eigentümer genauso gezwungen ist, darauf zu vertrauen, dass der Nachbar etwaige Hinterlassenschaften wie z.B. ein aufgestelltes Baugerüst o. ä. zu entfernen hätte, was mit weitaus höherem Aufwand verbunden sein kann als die Verfüllung einer ausgehobenen Grube im Erdreich. Ein grundsätzliches „Mehr an Eingriffsintensität“ kann damit nicht angenommen werden. Überdies kann auch eine Benutzung des Grundstücks allein im oberirdischen Bereich zu Beschädigungen der Oberfläche führen etwa beim Befahren mit schwerem Baugerät oder dem Aufstellen von Baugerüsten. 38

Eine derart generalisierte Betrachtungsweise, wie die Gegenansicht sie vornimmt, dass per se jegliche Arbeiten im Erdreich nicht von § 24 NachbG NRW erfasst sein sollen, ist auch mit Sinn und Zweck des § 24 NachbG NRW nicht vereinbar. Dies könnte zu einer faktischen Unbebaubarkeit von Grundstücken führen, die etwa aus bauplanungsrechtlichen Gründen grenzständig zu bebauen wären. Es muss dann von § 24 NachbG NRW zumindest grundsätzlich das Recht umfasst sein, Maßnahmen vornehmen zu können, um Grenzwände zu errichten, instand zu setzen oder zu isolieren (vgl. Kirchhof, ZfIR 2012, 777, 779). Der Ansatz des OLG Düsseldorf, den generalisierten Ausschluss damit aufzufangen, dass sich stattdessen im Einzelfall eine Verpflichtung zur Duldung aus dem Rechtsgrundsatz von Treu und Glauben ergeben solle, läuft letztendlich auf die gleichen Kriterien hinaus, wie sie bereits in § 24 NachbG NRW kodifiziert sind. So ergeben sich zwar aus dem Tatbestand des nachbarlichen Zusammenlebens für die Beteiligten die Pflicht zu gegenseitiger Rücksichtnahme und ggf. Duldungsansprüche, wenn etwa andernfalls keine technische Möglichkeit zur Realisierung von Bauarbeiten besteht (vgl. OLG Köln, Urteil vom 13.01.2017 – 19 U 77/16, juris). Dies fordert indes ohnehin auch § 24 NachbG NRW. 39

Dem Hinweis des OLG Düsseldorf auf die Gesetzesüberschrift („Hammerschlags- und Leiterrecht“), die lediglich die Wortbedeutung einer oberirdischen Inanspruchnahme des Nachbargrundstücks habe, ist entgegenzuhalten, dass dieser Ausdruck vor Inkrafttreten des BGB mit unterschiedlicher Bedeutung gebraucht wurde und auch in den heutigen Nachbarschaftsgesetzen der Bundesländer die im Hammerschlags- und Leiterrecht zusammengefassten Befugnisse eines Grundstückseigentümers nicht einheitlich geregelt sind. Es handelt sich nicht um einen Ausdruck, der bestimmte Befugnisse des Eigentümers eines Grundstückes präzise umschreibt, sondern lediglich um einen vor über 100 Jahren entstandenen Begriff, der auch heute noch verwendet wird, um einen bestimmten Bereich der rechtlichen Beziehungen zwischen Grundstückseigentümern oberbegrifflich zu umschreiben. Der Begriff „Hammerschlags- und Leiterrecht“ kann infolgedessen keine verbindliche Vorgabe für das Verständnis der in ihm zusammengefassten Eigentümerbefugnisse leisten (s. LG Saarbrücken Urt. v. 24.7.2003 – 11 S 339/02, BeckRS 2012, 8722 Rn. 10 mit Verweis auf Dehner, Nachbarrecht, 7. Auflage, § 28 I 4). Schließlich ist auch zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber die Möglichkeit einer Beschädigung des in Anspruch genommenen Grundstücks durch Ausübung des Hammerschlags- und Leiterrechts gesehen, hierin aber kein Hindernis für die Ausübung dieses Rechts erkannt hat. Er hat sich vielmehr darauf beschränkt, für diesen Fall eine verschuldensunabhängige Einstandspflicht vorzusehen, die durch eine 40

Sicherheitsleistung „in Höhe des voraussichtlichen Schadensbetrages“ abgesichert ist (§ 24 Abs. 3 NachbG i.V.m. § 17 NachbG NRW).

3. 41

Ohne Inanspruchnahme des Grundstücks der Beklagten können die Kläger die beabsichtigten Instandsetzungsmaßnahmen auch nicht zweckmäßig in anderer Weise durchführen bzw. dann nur mit unverhältnismäßig hohen Kosten, § 24 Abs. 1 Nr. 1 NachbG NRW. 42

Unzweckmäßig ist eine Maßnahme nicht schon dann, wenn sie für den Bauherrn unbequemer ist. Vielmehr ist maßgeblich, ob eine andere Ausführungsart technisch nicht vertretbar ist (Schäfer/Fink-Jamann/Peter, ebd., Rn. 14). Unverhältnismäßig sind die Kosten, wenn sie bei Ausführung der Arbeiten vom Nachbargrundstück aus wesentlich niedriger sind und ein grobes Missverhältnis zwischen den Kosten besteht, so dass die andere Ausführungsart wirtschaftlich nicht mehr vertretbar ist (Schäfer/Fink-Jamann/Peter, ebd., Rn. 16). 43

Zwar ist es nach den Ausführungen des Sachverständigen B vorliegend grundsätzlich möglich, die von den Klägern geplanten Arbeiten zur Verstärkung des Fundaments in der Weise durchzuführen, dass dies durch den Fußboden der Garage selbst erfolgt. Dabei aber entstünden signifikant höhere Kosten, die der Sachverständige B in der mündlichen Verhandlung vom 22.04.2021 mit dem etwa Vierfachen angesetzt hat (Bl. 120 eA). Das Fundament auf diese Weise zu verstärken, ist damit wirtschaftlich nicht mehr vertretbar. 44

4. 45

Die mit der Duldung verbundenen Nachteile oder Belästigungen stehen auch nicht außer Verhältnis zum erstrebten Vorteil der Kläger, § 24 Abs. 1 Nr. 2 NachbG NRW. 46

Hierbei sind die Vor- und Nachteile gegeneinander abzuwägen, wobei grundsätzlich nur objektiv fassbare und vernünftige Interessen zu berücksichtigen sind, sodass andere oder persönliche Streitigkeiten der Parteien außer Betracht zu bleiben haben. Nicht mehr im Verhältnis stehen dabei substantielle Beeinträchtigungen des Nachbarn, wie etwa das Beseitigen von Anlagen, eventuell alten Bepflanzungen oder etwa einer Hecke (vgl. BGH, Urteil vom 13.03.1980 – III ZR 156/78, Rn. 11, juris; Schäfer/Fink-Jamann/Peter, ebd., Rn17, 20). 47

Gravierende Nachteile für die Beklagten, die das Interesse der Kläger an einer Wiederherstellung eines den anerkannten Regeln der Technik entsprechenden Fundamentes der Garage nach vorgenannten Maßstäben zurücktreten ließe, haben die Beklagten nicht dargetan. Auch im Übrigen sind solche nicht zu erkennen. In der Klageerwiderung haben die Beklagten – nicht ansatzweise präzisiert und offensichtlich weit übertrieben – dazu lediglich vorgetragen, dass ihre gesamte Gartenanlage durch die Maßnahmen irreparabel beschädigt würde. Die vorhandenen Anpflanzungen und Anlagen müssten beseitigt werden und würden zerstört. Es würde Jahre dauern, bis diese wieder den jetzigen Zustand erreicht hätten. Im Rahmen der Berufungserwiderung haben sie ferner das Vorhandensein eines Zauns sowie Boden-Platten angeführt. Diese Behauptungen stehen allerdings überwiegend im offenkundigen Widerspruch zu den tatsächlichen Gegebenheiten. Aus den vorliegenden Fotos insbesondere in dem Gutachten des Sachverständigen vom 08.11.2018 (Bl. 288 ff. GA) zeigt sich, dass überhaupt nur ein sehr geringer Bereich des Grundstückes der Beklagten betroffen ist, nämlich der nur wenige Quadratmeter große Bereich zwischen der nach vorne 48

gelegenen Terrasse und dem angesetzten Wintergarten. In diesem Bereich befindet sich an der Grundstücksgrenze ein einfaches Beet, das zum Zeitpunkt der in dem Gutachten abgebildeten Aufnahmen ausgestaltet war mit einigen lose aufgelegte Gehwegplatten entlang der Garagenwand, einem sich vor der Garagenwand befindlichen Rankgitter, einer Weinrebe und sowie einigen wenigen nicht näher definierbaren weiteren Pflanzen. Dem Vortrag der Kläger gemäß Schriftsatz vom 24.10.2016, dass sich zum damaligen Zeitpunkt dort lediglich zwei Tomatenpflanzen befanden, die überdies auch wieder hätten eingesetzt werden können (Bl. 77 GA), sind die Beklagten nicht entgegengetreten. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass die gegenständliche Klage den Beklagten bereits im Februar 2016 zugestellt worden ist. Ab diesem Zeitpunkt mussten die Beklagten damit rechnen, dass dem begehrten Duldungsverlangen der Kläger auch stattgegeben werden könnte. Es könnte sich dann als zumindest rechtsmissbräuchlich erweisen und im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen sein, wenn der in Anspruch genommene Nachbar ab dem Zeitpunkt der Rechtshängigkeit erhebliche Veränderungen vornähme, um (auch) unter Berufung auf den zwischenzeitlich hergestellten Zeitpunkt einen Duldungsanspruch zu vereiteln, insbesondere wenn kein überzeugender Grund erkennbar wäre, dass derartige Veränderungsmaßnahmen unaufschiebbar gewesen seien. Inwieweit dies zu berücksichtigen wäre, bedarf hier indes keiner vertieften Erörterung. Denn selbst zum aktuellen Zeitpunkt ist seitens der Beklagten auch in der mündlichen Verhandlung vom 22.04.2021 kein Zustand beschrieben worden, dessen Veränderung einen unverhältnismäßigen Eingriff darstellen würde. Soweit lediglich geschildert wurde, dass die Weinrebe weiter gewachsen sei, begründet dies keinen solchen Zustand, der die Interessen der Kläger an der Instandsetzung des Fundamentes auch unter Berücksichtigung des Eigentumsrechts der Beklagten zurücktreten ließe. Selbst wenn es so wäre, dass diese Weinrebe nicht schadlos ausgegraben und später wieder eingesetzt werden könnte, ist es den Beklagten zuzumuten, dass ggf. – auf Kosten der Kläger – eine neue, gleichwertige Weinrebe gepflanzt wird. Die Weinrebe nebst den weiteren vorhandenen Pflanzen ist dabei auch nicht gleichzustellen etwa mit einer Hecke, wie sie der BGH in der oben angeführten Entscheidung als unverhältnismäßiges Hindernis beispielsweise aufgeführt hat. Eine Hecke besteht aus einer Mehrzahl von Einzelpflanzen, die über einen längeren Zeitraum hinweg zu einer Einheit verwachsen sind und in dieser individuell gewachsenen Form auch nicht austauschbar oder in kurzer Zeit neu wiederherstellbar ist. Dass etwa das Rankgitter ein unverhältnismäßiges Hindernis darstellen könnte, vermag der Senat nicht zu erkennen. Solches wird auch von den Beklagten nicht dargetan. Es kann nicht einmal zwingend angenommen werden, dass dieses überhaupt entfernt werden müsste.

Die Maßnahmen sollen zudem innerhalb von vier Wochen abgeschlossen sein. Erhebliche Lärm- oder Schmutzbelästigungen, die die Beklagten befürchten, sind nicht ersichtlich. Insbesondere ist nicht zu erkennen, dass diese über das übliche Maß von Bauarbeiten auf einem Nachbargrundstück hinausgehen, die die Beklagten ebenfalls dulden müssten. Für etwaige Schäden haben die Kläger die von den Beklagten begehrte Sicherheitsleistung von 5.000 € angeboten, § 24 Abs. 3, 17 NachbG NRW. 49

Soweit sich jedoch an der gegenüberliegenden Seite im Bereich des Hauses der Beklagten eine Pflasterung befindet, ist es – wie auch im Tenor zum Ausdruck gebracht – den Klägern verwehrt, in diese einzugreifen. Denn hierbei handelt es sich anders als bei dem Beet um eine solche Anlage, die nach den oben dargestellten Kriterien nicht beseitigt werden darf. Wie der Sachverständige in der mündlichen Verhandlung vom 22.04.2021 ausgeführt hat, bleibt die Durchführung der beabsichtigten Maßnahmen durch Abstützung des Bereichs mittels eines Verbaus dennoch möglich. Dass dies den Aufwand für die Durchführung der erforderlichen Arbeiten zwar deutlich erhöht, begründet keine Nachteile für die Beklagten. Die damit verbundene Erhöhung des Aufwandes ist auch nicht so groß, dass dadurch auch nur 50

ansatzweise die Kosten des alternativen Vorgehens über den Boden der Garage vom klägerischen Grundstück aus erreicht würden.

5. 51

Es bestehen auch keine Anhaltspunkte dafür, dass die Kläger keine ausreichenden Vorkehrungen zur Minderung der Nachteile und Belästigungen vornehmen werden, § 24 Abs. 1 Nr. 3 NachbG NRW und ihre Rechte nicht so schonend wie möglich im Sinne von § 24 Abs. 2 NachbG ausüben. Notwendige Baustellensicherungsmaßnahmen haben die Kläger zugesagt. Aufgrund der vorgelegten Kostenvoranschläge und dem eigenen Interesse der Kläger ist zudem davon auszugehen, dass die Arbeiten von einem (Fach-)Unternehmen sach- und fachgerecht durchgeführt werden. 52

6. 53

Das Vorhaben widerspricht auch keinen öffentlich-rechtlichen Vorgaben, § 24 Abs. 1 Nr. 4 NachbG NRW. Ist ein Bauvorhaben nicht genehmigt und entspricht es auch nicht materiellem Baurecht, muss der Eigentümer bzw. Nutzungsberechtigte des Nachbargrundstücks gemäß die Inanspruchnahme seines Grundstücks für diese Arbeiten nicht dulden (vgl. BGH, Urteil vom 28.01.2011 – V ZR 147/10, Rn. 28, juris; OLG Düsseldorf, Urteil vom 23.07.2012 – I-9 U 46/12, juris). Vorliegend ist die Garage in ihrer jetzigen Länge unter dem 23.03.2016 nachträglich genehmigt worden. Soweit zwar der Dachüberstand lediglich geduldet ist und daher die theoretische Möglichkeit besteht, dass insoweit eine Abrissverfügung/Rückbauverpflichtung durch die Stadt C erlassen werden könnte, so betrifft dies aber nicht die streitgegenständliche Unterfangung der Garage, weil der die zulässige Länge der Garage übersteigende Dachüberstand isoliert entfernt werden könnte und keinen Einfluss auf eine Erforderlichkeit der ordnungsgemäßen Herstellung der Fundamente hat. Bereits das Landgericht hat mit Beschluss vom 06.07.2017 (Bl. 137 GA) zutreffend darauf hingewiesen, dass sich eine Rückbauverpflichtung der Garage insgesamt nicht ergäbe. 54

7. 55

Ein Duldungsanspruch ist auch nicht durch den Vergleich im Rechtsstreit mit dem vormaligen Grundstückseigentümer (LG Köln, 32 O 237/13 = OLG Köln, 17 U 11/14) ausgeschlossen. Gegenstand des Rechtsstreits und des Vergleichs waren Erstattungsforderungen der Kläger für die Kosten, die ihnen zur Beseitigung von behaupteter durch die Beklagtenseite verursachter Risse in ihrer Garage entstehen würden. Nach der vergleichweisen Regelung des finanziellen Ausgleichs für etwaige Beschädigungen an der Garage wollen die Kläger diese Beschädigungen nunmehr – auf ihre Kosten – beheben. 56

Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1 S. 1 ZPO. 57

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 544 Abs. 2 Nr. 1, 708 Nr. 10, 713 ZPO. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Streitigkeit im Sinne des § 708 Nr. 10 ZPO. Der prozessuale Anspruch ist auf ein geldwertes Recht mit wirtschaftlichen Belangen gerichtet (vgl. BeckOK ZPO/Ulrici, 40. Ed. 01.03.2021, ZPO § 708 Rn. 23a mwN; BGH, Beschl. v. 29.05.1990 – VI ZR 298/89, juris). Der Wert der Beschwerde für die Beklagten erreicht nicht die Grenze des § 544 Abs. 2 Nr. 1 ZPO von 20.000 €. Die Beschwerde der Beklagten bemisst nicht nach dem Interesse der Kläger an der Vornahme der zu duldenden Handlung, sondern nach ihrem Interesse daran, die Handlung nicht dulden zu müssen (vgl. BGH, Beschl. v. 03.2010 – XII ZB 130/09, juris mwN). Die Abwehr, auf maximal 4 Wochen beschränkte Baumaßnahmen, in deren Zuge auf wenigen Quadratmetern des Grundstücks 58

der Beklagten der Aushub einer Baugrube mit einem damit einhergehenden Eingriff in ein Beet dulden zu müssen, begründet kein Interesse, dass mit einem Betrag von mehr als 20.000 € zu bemessen wäre, weder im Sinne eines finanziellen Interesses noch im Sinne eines „Lästigkeitsinteresses“.

III. 59

Die Revision gegen dieses Urteil ist nicht zuzulassen, da die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen. Es handelt es sich vorliegend um eine von den Umständen des konkreten Falles abhängige Einzelfallentscheidung ohne grundsätzliche Bedeutung. Soweit die hiesige Entscheidung zu der Frage, ob das Hammerschlags- und Leiterrecht gemäß § 24 NachbG NRW auch Eingriffe in das Erdreich zulässt, von der Rechtsprechung des OLG Hamm (Urt. v. 06.06.1978 – 5 U 78/78) und des OLG Düsseldorf (Beschl. v. 31.07.1991 – 9 W 79/91) abweicht, ist diese Frage bereits höchstrichterlich geklärt (BGH, Urt. v. 13.03.1980 – III ZR 156/78). Neue Gesichtspunkte, die gegebenenfalls eine erneute Entscheidung erforderlich machen könnten, liegen nicht vor. 60

Streitwert für beide Instanzen: 24.000 € 61

Betreffend die begehrte Duldung einer Handlung ist der Streitwert gemäß § 3 ZPO nach dem Klägerinteresse zu schätzen (s. Zöller/Herget, ZPO, 33. Aufl. 2020, § 3 ZPO, Rn. 16.55). Das Interesse der Kläger liegt darin, unter Inanspruchnahme des Grundstücks der Beklagten das Fundament der Garage kostengünstiger instand zu setzen als vom eigenen Grundstück aus, es bemisst sich damit nach der einzusparenden Differenz dieser Kosten. Der Senat setzt im Rahmen der Schätzung die Kosten für Ertüchtigung des Fundaments ausgehend vom Grundstück der Beklagten basierend auf den von den Klägern vorgelegten Kostenvoranschläge (Bl. 91 ff. GA) sowie den Angaben in dem Verfahren 32 O 237/13 LG Köln (Bl. 6 GA) an auf einen Betrag von 8.000 € (brutto). Der Sachverständige hat die Kosten für eine Ausführung der Arbeiten vom Grundstück der Kläger ausgehend angesetzt mit dem Faktor 4, sodass sich eine Differenz von 24.000 € ergibt. 62