

8

Nachschlagewerk: ja

BGHZ : nein

BGB § 909

- a) Vertieft wird ein Grundstück auch beim Abgraben des Fußes eines Hangs.
- b) Zur Frage, inwieweit beim Aufschütten eines Hangs in seinem oberen Teil ein Anspruch des Oberlieggers, die für diesen Boden erforderliche Stütze zu erhalten, gegen den am Hang tiefer liegenden Nachbarn besteht, der den Hangfuß anschneidet.

BGH, Urt. v. 28. Januar 1972 - V ZR 20/70 - OLG Frankfurt/Main
LG Limburg

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V 2R 20/70

URTEIL

in dem Rechtsstreit

Verkündet am

28. Januar 1972

H i r t h ,
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

der Eheleute Gerd und Helene K [REDACTED] in
N [REDACTED], Fr.-[REDACTED]-J [REDACTED]-Straße [REDACTED],

Kläger, Berufungsbeklagten
und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Freiherr von
[REDACTED] -

g e g e n

die Gemeinde N [REDACTED], vertreten durch den
Bürgermeister L [REDACTED],

Beklagte, Berufungsklägerin
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. Januar 1972 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Augustin und der Bundesrichter Dr. Rothe, Dr. Mattern, Offterdinger und Dr. Grell

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Kläger wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt (Main) vom 6. November 1969 aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Kläger begehren von der beklagten Gemeinde, auf deren Grund und Boden für eine genügende anderweitige Befestigung ihres, der Kläger, steil oberhalb einer Gemeindestraße gelegenen Hausgrundstücks zu sorgen, das nach dem Klagvortrag bei dem im Laufe der Zeit durchgeführten Ausbau der Straße erst durch Vertiefung der Straße (1959) und später (1964) durch Abgraben des Böschungshangs die erforderliche Stütze verloren habe und bei Schaffung des Raums für den am Fuß der Böschung vorgesehenen Bürgersteig noch verlieren werde.



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Die Kläger haben einen entsprechenden Feststellungsantrag, hilfsweise in erster Linie einen Leistungsantrag und in zweiter Linie einen Antrag auf Verurteilung zur Zahlung von 20 500 DM nebst Duldung dahin gestellt, daß die Kläger die im Eigentum der Beklagten stehende Böschung beseitigen und dort eine Stützmauer zur Befestigung ihres Grundstücks errichten dürfen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat vorgetragen, die Kläger hätten auf dem ihnen gehörigen Hang 1953 Bauaushub abgelagert, der auf den Weg abgerutscht sei, so daß der Hang in Richtung des Weges verlagert worden sei, was wiederum dessen weitere Aufschüttung durch die Kläger und ein weiteres Abrutschen der Erde sowie Verengung der Straße ermöglicht habe. Soweit sie Eigentümerin des unteren Böschungsteils sei, könne daher sie selbst nicht für das Abrutschen der aufgefüllten Erde verantwortlich sein.

Das Landgericht hat dem Feststellungsantrag mangels eines Feststellungsinteresses nicht stattgegeben, jedoch nach Einnahme eines Augenscheins, über den der Einzelrichter einen beiden Parteien abschriftlich übersandten "Vermerk" in den Akten angelegt hat, entsprechend dem hilfsweise gestellten Leistungsantrag die Beklagte verurteilt, für eine genügende anderweitige Befestigung auf ihrem Grund und Boden derart zu sorgen, daß der Boden des den Klägern gehörigen Hausgrundstücks die erforderliche Stütze, die er infolge des Ausbaus der Straße durch die Beklagte verloren habe oder verlieren werde, wieder erhält.

In der Berufungsinstanz hat die Beklagte vorge-
tragen, die Grenze zwischen dem Grundstück der Kläger
und dem Wegegrundstück der Beklagten, die identisch
sei mit der Abgrenzung des geplanten Bürgersteigs,
sei nicht innerhalb des natürlich gewachsenen Hangs,
sondern vor dem natürlich gewachsenen Hangfuß verlaufen.
Bei dem Hang außerhalb des Grundstücks der Kläger
(d.h. auf dem Wegegrundstück) handle es sich jeden-
falls weit überwiegend nicht um gewachsenen Boden,
sondern um Aufschüttungen der Kläger; allenfalls sei
die Grenze 20 bis 30 cm über dem künftigen Bürgersteig-
niveau verlaufen; bei weitem aber nicht in der jetzigen,
von den Klägern durch Aufschüttung herbeigeführten Höhe.
Die Beklagte könne nicht zu einer Befestigung ver-
pflichtet sein, die das Abrutschen der vom Kläger
aufgeschütteten Stein- und Erdmassen verhindere.

Umgekehrt seien die Kläger verpflichtet, die
auf gemeindeeigenem Grund zwischen der 1964 ausge-
bauten Straße und der Grenze noch abgelagerten Stein-
und Erdmassen zu beseitigen. Dementsprechend hat
die Beklagte Widerklage erhoben mit dem Antrag, die
Kläger als Gesamtschuldner zur Beseitigung der auf
gemeindeeigenem Gelände vorhandenen Ablagerungen von
Stein- und Erdmassen sowie sonstiger Gegenstände zu
verurteilen.

Das Berufungsgericht hat nach Vernehmung von
Zeugen die Klage abgewiesen und der Widerklage statt-
gegeben.

Mit der Revision begehren die Kläger die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils und Abweisung der Widerklage. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I.

Ohne Bedenken kann die Klage nach dem derzeitigen Sach- und Streitstand vor dem ordentlichen Gericht geltend gemacht werden. Zwar wird die Planung und der Ausbau der Straße von der beklagten Gemeinde im Rahmen schlichthoheitlicher Verwaltung betrieben und vollzogen (§§ 2, 9, 43 HessStrG, GVBl, I S. 437). Würde sich das Klagbegehren gegen die Ausführung solcher Maßnahmen richten, so wäre allerdings der Weg vor den ordentlichen Gerichten ausgeschlossen (BGHZ 41, 264, 266, zur Rspr. vgl. Meisner/Stern/Hodes, Nachbarrecht in der Bundesrepublik, 5. Aufl., § 38, X, 1 und 2 S. 783 ff., ferner Senatsurteil vom 3. Dezember 1971 - V ZR 138/69). Der Klagantrag, dem das Landgericht entsprochen hat, richtet sich jedoch in keiner Weise gegen die Planung der Straße oder ihren Ausbau. Von den Parteien ist auch nichts dafür vorgetragen, daß die begehrte Befestigung des Bodens den Ausbau der Straße nach Maßgabe der vorgesehenen Planung in irgendeiner Richtung behindert oder beeinträchtigt. Verlangt wird eine auf das Nachbarrecht gestützte Maßnahme; diesem Recht unter-

liegen auch juristische Personen des öffentlichen Rechts, soweit dies nicht ihren öffentlichen Aufgaben widerstreitet und soweit keine Sonderbestimmungen eingreifen (BGHZ 54, 384, 387).

II.

1. Vertiefung im Sinn des § 909 BGB ist nicht allein die Aushebung von Erde aus der Tiefe des Grundstücks, sondern auch die Entfernung von Erde, die über der Höhe des übrigen Grundstücks den Anstieg eines Hangs (Hangfuß) bildet. Die Kläger können aber hier dem Nachbareigentümer des niedriger gelegenen Grundstücks bei dessen Gebrauch seines Grundstücks, und zwar auch seiner Hangschräge, nicht Maßnahmen abverlangen, die zur Stütze des Erdbodens dienen, mit welchem sie wenige Jahre zuvor zum Zweck der Vergrößerung ihrer waagrechten Grundstücksfläche den über dem Nachbargrundstück sich anhebenden Hang steiler ausgebildet haben. Entscheidungserheblich ist daher im vorliegenden Fall, ob etwa nur, wie das Berufungsgericht feststellt, das von den Klägern rechtswidrig auf das Nachbargrundstück schräg aufgehäufte Aushubmaterial, ~~oder auch~~ (oder nur) der natürlich gewachsene Hang so auf dem Grundstück der Beklagten angeschnitten worden ist, daß das Grundstück der Oberlieger die erforderliche Stütze verlor, d.h. der gewachsene Teil ihres Grundstücks, nicht allein der von ihnen angelagerte (einplanierte oder auf der Schräge ihres Hanges abgelagerte) Bauaushub.

2. Das Landgericht hat seine Feststellungen, daß der ursprünglich schmale Weg in den Hang unterhalb des Hauses der Kläger hineinverbreitert, daß dieser Hang dabei abgegraben worden ist, und daß weiter dies beim Ausbau des Gehwegs noch einmal (in stärkerem Maße) erfolgen werde, auf die Einräumungen des Bürgermeisters der Beklagten (L●) an Ort und Stelle und auf die beiderseits vorgelegten Lichtbilder gestützt (Urteil des LG S. 4).

Das Berufungsgericht hält die im Ortstermin von Bürgermeister L● abgegebene Erklärung durch das Landgericht für unrichtig gedeutet; es stützt sich auf die im letzten Satz des "Vermerks" niedergelegte Bemerkung L●'s über die Breite des früher anstelle der ausgebauten Straße befindlichen Feldwegs (5 m, gemessen von dem jenseits des Wegs schon 1959 gebauten Bordstein). L● habe, führt das Berufungsgericht aus, in Wirklichkeit zum Ausdruck bringen wollen, daß nur der Teil des Hangs bei den Arbeiten der Beklagten weggenommen worden sei, der zufolge der Aufschüttungen der Kläger auf dem Wegegrundstück, also über die Grenzlinie zwischen Straßen- und Privatgrundstück hinaus in Richtung auf die Straße nachträglich entstanden sei. Die Beweisaufnahme, vor allem die bestimmten und zuverlässigen Aussagen des früheren Bürgermeisters der Beklagten (Zeuge G●) hätten ergeben, daß die ursprüngliche Grenze nicht im Hang verlaufe, der Feldweg vielmehr in seiner ganzen Breite von 5 m im Anschluß an den Hangfuß belegen gewesen sei; der Hang habe sich infolge

Abrutschens der von den Klägern wiederholten Erdaufschüttungen über die Grundstücksgrenze hinaus erweitert. Das Straßenniveau sei nicht gesenkt worden. Die Beklagte habe sonach, folgert das Berufungsgericht, nichts unternommen, was das Grundstück der Kläger in seiner Festigkeit oder seinem Halt beeinträchtigt hätte, vielmehr sei die Höhe und der Neigungswinkel des Hangs, wie er sich jetzt darstelle, durch die von den Klägern vorgenommenen Aufschüttungen erreicht worden.

III.

Die Revision rügt, daß bei den getroffenen Feststellungen, die Beklagte habe das Niveau des Straßengrundstücks nicht gesenkt und den gewachsenen Hangfuß nicht angeschnitten, verfahrenswidrig Sachvortrag, Beweisanerbieten und Zeugenaussagen übergangen worden seien (§ 286 ZPO). Sie ist begründet.

1. Schon im Hinblick auf die Einlassungen der Beklagten, die ein Anschneiden des gewachsenen Hangs nicht ausschließen (Schriftsätze vom 25. September 1965 S. 4 und vom 21. Februar 1967 S. 4 und 6; im Verfahren betreffend die einstweilige Verfügung (G 8/65 Amtsgericht Camberg) Schriftsatz vom 2.11.1965), durfte der bis zum Abschluß der zweiten Instanz mit Nachdruck aufrechterhaltene Antrag der Kläger auf Einnahme eines Augenscheins nicht übergangen werden. Dazu kommt, daß das Landgericht seine Feststellungen auf die an Ort und Stelle gemachten Einräumungen des Bürgermeisters I. und auf die Lichtbilder stützt,

die offensichtlich anhand der an Ort und Stelle gemachten Wahrnehmungen ausgewertet wurden. Weiter ist nicht ersichtlich, wie der nach dem Vortrag der Kläger sichtbare Einschnitt in den gewachsenen Hang an dem straßenaufwärts gelegenen Nachbargrundstück anders als durch Augenschein überprüft werden kann. Die Kläger haben den Beweis durch Augenschein gemäß § 371 ZPO durch Bezeichnung des Gegenstands des Augenscheins, nämlich des Hangfußes an der Grenze des Grundstücks der Kläger und des Anschnitts des Hangs am Nachbargrundstück (Schriftsätze vom 17. Januar 1969 S. 3, Blatt 269 GA, und vom 12. Dezember 1968 S. 3, Blatt 257 GA sowie der Höhe und der Seitenentfernung des Kellereingangs und der Marksteine an der Weggrenze des Grundstücks (Schriftsätze vom 27. Dezember 1967 S. 3, Blatt 157 GA und vom 28. April 1967 S. 3, Blatt 143 GA), und durch die Angabe der zu beweisenden Tatsachen, nämlich das Abgraben (Anschnitten) des Hangs an seinem Fuß in seinem gewachsenen Bestand, verursachend den Verlust der erforderlichen Stütze des klägerischen Grundstücks (vgl. die oben genannten Schriftsätze), angetreten. Die Durchführung eines solchen von einer Prozeßpartei gestellten Beweisantrags, der auf Feststellung einer konkreten Tatsachenbehauptung gerichtet ist, steht nach ständiger Rechtsprechung nicht im Ermessen des Gerichts; die Zurückweisung eines solchen Antrags unterliegt den allgemeinen Regeln über die Zurückweisung von Beweismitteln (BGH Urt. v. 25. Mai 1961 - III ZR 121/60, VersR 1961, 801, 802; Urt. v. 10. Dezember 1962 - VI ZR 3/62, VersR 1963, 192, 193 rechts; RG HRR 1925, 1814; WarnRspr 1911 Nr. 296 =

JW 1911, 370; RG Nachschlagewerk § 371 ZPO Nr. 4, 5, 7; Rosenberg/Schwab, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 10. Aufl., § 121 III 1; Stein/Jonas/Pohle/Schumann/Leipold, ZPO, 19. Aufl. § 371, I Wieczorek, ZPO, § 286 unter C III a; Zöllner, ZPO, 10. Aufl., § 371 Anm. 3; Baumbach/Lauterbach, ZPO, 30. Aufl., § 371 Anm. 1). Insbesondere kann ein solcher Antrag nicht deswegen übergangen werden, weil ein Zeuge eine andere Wahrnehmung bekundet hat. Anders wäre dies nur, wenn keine konkreten Tatsachen unter Beweis gestellt wären (RGZ 170, 264) oder der Tatrichter begründet hätte, daß der Augenschein angesichts des Ergebnisses der übrigen Beweisaufnahme völlig ungeeignet wäre, die unter Beweis gestellten entscheidungserheblichen Tatsachen zu beweisen (Stein/Jonas/Pohle/Schumann/Leipold aaO § 284, B III 2 b), oder daß dem Gericht die erforderliche Sachkunde zur Beurteilung der konkreten Tatsachenbehauptungen auf Grund eines Augenscheins fehle; in diesem letzteren Falle müßte aber die Einnahme des Augenscheins durch den Sachverständigen angeordnet werden.

Schließlich kann der Augenschein darüber Aufschluß geben, ob das beantragte Gutachten eines Geologen oder Sachverständigen für Bodenkunde weiteren Aufschluß über den umstrittenen Eingriff in den gewachsenen Hang zu geben geeignet ist, aber auch über etwaige Folgen eines solchen Einschnitts auf den Halt des Grundstücks der Kläger, soweit sie unabhängig von einer Hangveränderung durch die Kläger eingetreten oder zu gewärtigen sind. Es bleibt dem Tatrichter überlassen, ob er bei der Einnahme des

Augenscheins zu seiner Unterstützung einen oder mehrere Sachverständige zuziehen will (§ 372 Abs. 1 ZPO) oder aber, falls er keine hinreichende Sachkunde für eine Würdigung der wahrnehmbaren Tatsachen besitzen sollte, den Augenschein durch Sachverständige vornehmen zu lassen (RG JW 1937, 3325 mit Anm. Kisch).

2. Weiter haben die Kläger im Schriftsatz vom 27. Dezember 1968 auf Seite 3 mit dem Zeugnis der beiden Richter, die Augenschein eingenommen haben, unter Beweis gestellt, daß diese Richter auf Grund von Bodenüberprüfungen und Vergleich mit dem Anschnitt an Nachbargrundstücken Abgrabungen am gewachsenen Boden wahrgenommen haben (Landgerichtsrat Dr. Lu[REDACTED] und Landgerichtsdirektor W[REDACTED]; die Benennung des Letzteren offensichtlich versehentlich, denn gemeint ist der Richter, der über den Einspruch gegen die einstweilige Verfügung vom 21. September 1965 entschieden hat, nämlich Gerichtsassessor Re[REDACTED], vgl. G 8/65 AG Camberg, Bl. 22). Auch dieser Beweis-antritt hätte nicht übergangen werden dürfen (§ 286 ZPO).

3. Was die Senkung des Straßenniveaus anbelangt, ist aus dem Urteil nicht zu entnehmen, ob gegenüber der Aussage des Zeugen G[REDACTED] die Aussagen der Zeugen M[REDACTED] und Ge[REDACTED] hinreichend berücksichtigt sind. Nach diesen Aussagen ist der Weg 1959 durch die Abtragung einer Kuppe (nach M[REDACTED] um 87 cm) gesenkt worden. Bei Berücksichtigung dieses Zeitpunkts wäre zu prüfen gewesen, was im Schreiben des Kreisbauamts vom 22. September 1965 (Bl. 25 GA), das das Berufungsgericht zur

Stütze der G[REDACTED]'schen Aussagen heranzieht, unter "altem Zustand" und "alte Straße" verstanden wurde. Nahe liegt, daß der Zustand vor 1964, nicht aber der Zustand von 1959 gemeint war.

4. Aus den Gründen ist weiter nicht zu entnehmen, inwiefern der Zeuge Ko[REDACTED] die Aussagen des Zeugen G[REDACTED] bestätigt haben soll. Ko[REDACTED] glaubte sich zwar zu erinnern, daß im Bereich der Straße loses herabgerutschtes Erd- und Schiefermaterial beseitigt werden mußte; er wußte aber nicht, in welcher Länge. Er sagte nach dem Protokoll auch nicht aus, daß "nur" lose Erdmassen abgetragen werden mußten; auf Frage konnte er im Gegenteil mit dem besten Willen nicht mehr sagen, in welcher Tiefe die Böschung abgetragen worden ist. Er sagte aber weiter aus, daß die Straße in ihrer ganzen Breite 45 bis 50 cm tief ausgeschachtet worden ist, also auch auf der Hangseite Erdreich bis zu dieser Tiefe entfernt worden ist. Es ist nichts dafür ersichtlich, daß dieses aus der Tiefe gewonnene Erdreich zuvor angeschüttet worden wäre. Die Kläger behaupten, daß diese Auskofferungsarbeiten im Jahr 1964 auf ihr Grundstück eingewirkt haben. Dieses Sachvorbringen hat das Berufungsgericht nicht in seine Erörterungen einbezogen.

5. Da das angefochtene Urteil auf diesen Verfahrensfehlern beruhen kann, ist es aufzuheben, ohne daß die weiteren Revisionsrügen noch einer Prüfung bedürfen. Zur Erhebung der noch nicht erledigten Beweisanträge und Würdigung der gesamten Zeugenaussagen ist die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 565 Abs. 1 ZPO).

IV.

Die Kostenentscheidung war, da von der Sachentscheidung abhängig, dem Berufungsgericht zu übertragen.

Dr. Augustin

Rothe

Mattern

Offterdinger

Dr. Grell