

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V ZR 38/75

URTEIL

Verkündet am

16. März 1979

H i r t h ,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma L [REDACTED] Autohaus GmbH, A [REDACTED] Straße [REDACTED] - [REDACTED],
L [REDACTED], vertreten durch den Geschäftsführer Heinz
S [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

gegen

die Witwe Margarete H [REDACTED] geb. W [REDACTED], K [REDACTED]
Straße [REDACTED], L [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. Mai 1977 durch den Vorsitzenden Richter Hill und die Richter Offterdinger, Dr. Eckstein, Prof. Dr. Hagen und Linden

für Recht erkannt:

Unter Zurückweisung des Rechtsmittels im übrigen wird auf die Revision der Beklagten das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 28. Oktober 1974 im Kostenpunkt und zu den Punkten 1 a), 1 b) und 1 c) der Urteilsformel (Verurteilung zur Beseitigung des Überbaues der Hallenmauer, des Überbaues der Hallenfundamente, des Überbaues des Hallendachs sowie zur Errichtung des Hallendaches in Pultform) aufgehoben.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

- 3 -

Tatbestand

Die Klägerin verlangt von der Beklagten die Beseitigung von Überbauten sowie die Änderung einer Dachkonstruktion.

Die Klägerin ist an einem der Liegenschaft der Beklagten an der K [REDACTED] Straße in L [REDACTED] benachbarten Grundstück erbbauberechtigt. Im Bereich der gemeinsamen Grenze waren beide Grundstücke ursprünglich nicht bebaut. Im Jahre 1960 plante die Beklagte die Errichtung von Betriebsgebäuden bis unmittelbar an die Grenze. Unter dem 6. September 1960 erklärte sich der inzwischen verstorbene Ehemann der Klägerin hiermit einverstanden; er gestattete der Beklagten die Ausschachtung eines Arbeitsraumes von 0,5 m jenseits der Grenze. Mittels handschriftlichen Nachtrages zu diesem Vertrag vermerkte der Architekt der Beklagten ferner:

"Das Gebäude wird so erstellt, daß kein Wasser auf Ihr Grundstück gelangt. Das Dach wird als Pultdach ausgebildet mit Gefälle zum eigenen Hof."

In der Folgezeit errichtete die Beklagte eine Autohalle mit Giebeldach sowie einen Wohn- und Bürotrakt mit Pultdach. Anlässlich einer Grenzverhandlung vom 25. Juli 1961 erfuhr der Ehemann der Klägerin, daß die Autohalle oberhalb des Erdbodens bis zu 14 cm über die Grenze hinausgebaut war. 1964 verstarb der Ehemann nach längerer Krankheit; er wurde von der Klägerin allein beerbt. Nachdem 1966 erstmals Verhandlungen wegen des Überbaues der Halle aufgenommen

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

worden waren, stellte sich 1968 heraus, daß auch Wohn- und Bürogebäude über die Grenze gebaut worden waren; hier beträgt der Überbau oberhalb des Erdbodens - im wesentlichen Putz - bis zu 7 cm. Im Verlaufe der Verhandlungen beanstandete die Klägerin ferner, daß Fundamente und Drainage für Autohalle sowie Wohn- und Bürotrakt über die Grenze hinweg verlegt sind und auch das Hallendach die Grenze überragt.

Die Klägerin verlangt die Entfernung der die Grenze überschreitenden Bauwerke; zugleich fordert sie von der Beklagten die Umgestaltung des Hallendaches in ein Pultdach.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat ihr dagegen auf die Berufung der Klägerin hin in vollem Umfang stattgegeben.

Mit der Revision erstrebt die Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils; die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I. Beseitigung der Überbauten

Die Angriffe der Revision gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, die Beklagte sei zur Entfernung der jenseits der Grenze errichteten Bauteile verpflichtet, haben nur teilweise, nämlich hinsichtlich des Überbaues von Fundamenten, Mauer und Dach der Autohalle, Erfolg.

A. Gestattung von Überbauungen.

1. Im Zusammenhang damit, daß - unstreitig - Fundamente und Drainagen der Autohalle sowie von Büro- und Wohngebäuden bewußt bis zu 50 cm in das Nachbargrundstück hinein verlegt worden sind, meint die Revision, der verstorbene Ehemann und Rechtsvorgänger der Klägerin habe sich mit dieser Bauweise einverstanden erklärt; das ergebe dessen - vom Tatrichter in ihrer Tragweite verkannte - Erklärung vom 6. September 1960, mit welcher er nicht nur einer Bebauung bis unmittelbar an die Grundstücksgrenze, sondern zwangsläufig auch der Gründung und Entwässerung jenseits der Grenze zugestimmt habe.

Die gegen die Auslegung der Erklärung vom 6. September 1960 erhobenen Rügen greifen nicht durch:

a) Die vom Berufungsgericht vorgenommene Auslegung der Erklärung ist im Revisionsrechtszug als Ergebnis tatrichterlicher Würdigung grundsätzlich bindend. Sie kann nur

darauf überprüft werden, ob bei der Auslegung Denkgesetze oder allgemeine Auslegungsgrundsätze verletzt worden sind. Derartige Rechtsverstöße sind nicht ersichtlich. Mangels ausdrücklicher Gestattung eines Überbaues kann es nicht als rechtsfehlerhaft angesehen werden, daß das Berufungsgericht aus der Einwilligung des Ehemannes, die Beklagte dürfe einen Arbeitsraum von 0,5 m auf fremdem Grundstück ausschachten, nicht die Zustimmung zu einem Überbau folgert.

b) Unbegründet ist auch die Rüge, die Beklagte sei, weil ihr unter Verstoß gegen § 132 ZPO keine Schriftsatzfrist eingeräumt worden sei, verfahrensfehlerhaft daran gehindert worden, der Darstellung der Klägerin zu widersprechen, eine Bebauung bis unmittelbar an die Grenze heran sei technisch möglich, ohne daß die Fundamente übergreifen müssen. Ein Widerspruch hätte jene Darstellung zwar streitig werden lassen, jedoch nicht dazu geführt, daß das Berufungsgericht zugunsten der Beklagten die technische Notwendigkeit, die Fundamente überbauen zu müssen, hätte unterstellen dürfen. Daß die Beklagte insoweit nämlich im Rahmen der Schriftsatzfrist Beweis angetreten hätte, trägt die Revision nicht vor. Zudem hat die Beklagte nach den Feststellungen des Berufungsgerichts selbst eingeräumt, daß es beim Bau der Grenzmauer nicht unbedingt nötig gewesen sei, die Fundamente in das Nachbargrundstück hineinragen zu lassen.

c) Der Revision kann auch nicht darin beige-
pflichtet werden, daß das Berufungsgericht unter Verletzung des
§ 286 ZPO zu dem Ergebnis gelangt sei, eine "Üblichkeit"
(Verkehrssitte im Sinne des § 157 BGB), im Falle der
Gestattung einer Grenzwand die Fundamente leicht auf das
Nachbargrundstück erstrecken zu dürfen, bestehe nicht.
Eine solche Übung ist - entgegen den Angaben in der
Revisionsbegründung - nicht speziell für den Raum L [REDACTED]
[REDACTED], sondern allgemein behauptet worden.

Für das Land Nordrhein-Westfalen hat der Berufungs-
richter das Nichtbestehen einer derartigen Verkehrssitte
im Wege des Umkehrschlusses aus der Regelung des § 21
des Nachbarrechtsgesetzes von Nordrhein-Westfalen gefol-
gert. Die Revision greift diese tatrichterliche Fest-
stellung, die nur beschränkter revisionsgerichtlicher
Nachprüfung unterliegt, erfolglos mit der Begründung an,
ihr Angebot auf Einholung eines Sachverständigengutachtens
sei übergangen worden. Die Inanspruchnahme sachverständiger
Beratung nämlich ist Ermessensfrage (vgl. BGH Urteil vom
12. April 1951 - IV ZR 22/50 = LM § 286 (E) ZPO Nr. 1
mit weiteren Nachweisen). Der Tatrichter darf sich die
erforderlichen Kenntnisse auch auf andere Weise ver-
schaffen (Wieczorek, ZPO 2. Aufl. § 402 Anm. B III a 1).
Nur ausnahmsweise, wenn die Urteilsgründe das Fehlen
hinreichender Sachkunde des Gerichts deutlich werden
lassen, stellt sich die Übergehung des Antrags auf Ein-
holung eines Gutachtens als verfahrensfehlerhaft dar (vgl.
BGH Urteil vom 12. April 1951 aaO). Diese Voraussetzung
liegt hier nicht vor.

2. Die Revision will dem Umstand, daß der Ehemann der Klägerin nach Kenntnisaufnahme von dem Vermessungsergebnis im Jahre 1961 das Protokoll über die Grenzverhandlung widerspruchslos unterzeichnet und in der Folge kein Beseitigungsverlangen gestellt habe, entnehmen, der Bebauung sei stillschweigend zugestimmt worden. Die entgegenstehende Auffassung des Berufungsgerichts ist als Ergebnis tatrichterlicher Würdigung in der Revisionsinstanz nur auf Rechtsfehler nachprüfbar. Solche Fehler sind jedoch nicht ersichtlich:

Dem Schweigen ist in aller Regel nur dann die Bedeutung einer Willenserklärung beizumessen, wenn Treu und Glauben eine Äußerung geboten hätten (BGH Urteil vom 17. Dezember 1957 - VIII ZR 304/56 = LM § 157 (G) BGB Nr. 4 m.w.Nachw.; BGH Urteil vom 1. März 1972 - VIII ZR 190/70 = NJW 1972, 820). Die Revision hat keine Gesichtspunkte, die eine Pflicht zur Äußerung begründet hätten, aufzuzeigen vermocht. Die Annahme des Berufungsgerichts, die widerspruchslose Unterzeichnung der Niederschrift über die Grenzverhandlung im Juli 1961 könne nicht als Äußerung, festgestellte Überbauten dulden zu wollen, verstanden werden, Zweck der Unterzeichnung sei lediglich gewesen, das Einverständnis der Beteiligten hinsichtlich der Richtigkeit der ermittelten Grenze festzuhalten, ist daher nicht zu beanstanden.

B. Zur Verantwortlichkeit für die Grenzüberschreitungen.

1. Das Berufungsgericht erachtet den der Beklagten obliegenden Beweis (vgl. BGHZ 39, 5, 14; 42, 63, 68), Fundamente und Drainage seien weder vorsätzlich noch grob-

fahrlässig überbaut worden, für nicht erbracht. Die Revision sieht die Beklagte demgegenüber als entschuldigt an, weil sie von ihrer Befugnis überzeugt gewesen sei, bei Gestattung der Bebauung bis an die Grenze heran die Fundamente im Nachbargrundstück gründen zu dürfen. Der Revisionsangriff bleibt erfolglos:

Die irrige Annahme, der Nachbar gestatte den Überbau, vermag nicht vom Vorwurf grober Fahrlässigkeit zu entlasten, sofern der Irrtum Folge einer besonders schweren Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt ist (Senatsurteil vom 22. Dezember 1967 - V ZR 150/64 = WM 1968, 432, 433 m.w.N.). Der Zusammenhang der Entscheidungsgründe des angegriffenen Urteils macht deutlich, daß der Berufungsrichter den Rechtsirrtum der Beklagten als besonders gewichtigen Verstoß gegen die Sorgfaltspflichten ansieht. Diese Bewertung unterliegt nur beschränkter revisionsgerichtlicher Nachprüfung (vgl. Senatsurteil vom 9. November 1966 - V ZR 16/65 = WM 1966, 1303, 1304). Eine rechtsfehlerhafte Überschreitung der Grenzen des tatrichterlichen Beurteilungsspielraumes ist nicht ersichtlich.

2. Zum Überbau des Wohn- und Bürogebäudes um Putzstärke (3 - 7 cm) will sich der Architekt der Beklagten für berechtigt gehalten haben. Das Berufungsgericht hat diesen Irrtum des Architekten als grob fahrlässig angesehen. Dies hält sich im Rahmen des dem Tatrichter überlassenen Bewertungsrahmens; für die von der Revision beanstandete Verkennung des Begriffs der groben Fahrlässigkeit spricht nichts.

An der Ansicht, daß der Überbauende sich das Verschulden seines Architekten zurechnen lassen muß, hält der Senat fest (BGHZ 42, 63, 69; Senatsurteil vom 10. Dezember 1976 - V ZR 235/75 = WM 1977, 342).

3. Das angefochtene Urteil spricht die Verpflichtung der Beklagten aus, die bis zu 14 cm überbaute Wand der Autohalle bis zur Grundstücksgrenze zurückzusetzen. Der Berufungsrichter hält den Nachweis, daß diese Grenzverletzung weder vorsätzlich noch grob fahrlässig begangen wurde, für nicht geführt. Die für diese Auffassung gegebene Begründung hält den Angriffen der Revision nicht stand:

a) Soweit das Berufungsgericht der Beklagten ein Verschulden des von ihr beauftragten Bauunternehmers am Überbau anlasten will, kann das Urteil keinen Bestand haben. Denn der Bauherr haftet grundsätzlich nicht für den Bauunternehmer (Senatsurteil vom 10. Dezember 1976 - V ZR 235/75 = WM 1977, 342).

b) Ein Verschulden des Geschäftsführers der Beklagten am Zustandekommen des Mauerüberbaues ist nach Auffassung des Berufungsgerichts deshalb gegeben, weil dem Geschäftsführer habe auffallen müssen, daß die Hallenwand nicht in einer Ebene mit der Front des nach damaliger Vorstellung exakt an die Grenze gesetzten Wohn- und Bürogebäudes, sondern deutlich zum Nachbargrundstück hin vorspringend und demnach erkennbar grenzverletzend errichtet worden sei. Diese Argumentation setzt voraus, daß die Halle erst

später als das Wohn- und Bürogebäude errichtet wurde. Den Ausführungen des Urteils ist zwar eine derartige Feststellung schlüssig zu entnehmen. Diese kann jedoch auf einer unvollständigen Erfassung des Parteivortrags beruhen. Die Revision rügt mit Recht, das angefochtene Urteil habe sich nicht mit der zu Protokoll genommenen Erklärung des Geschäftsführers der Beklagten auseinandergesetzt, zunächst sei die Halle und dann erst seien die übrigen Gebäude errichtet worden. Es ist nicht auszuschließen, daß der Tatrichter diesen Umstand übersehen hat. Die der Beweismwürdigung zugrunde gelegte Tatsachefeststellung kann deshalb von einem Verfahrensmangel beeinflusst sein. Der Mangel nötigt insoweit zwecks Klärung der tatsächlichen Grundlagen zur Aufhebung des Urteils und zur Zurückverweisung an das Berufungsgericht.

c) Die beim Einmessen der Halle und der Ermittlung der Grundstücksgrenze angewandte Methode ist im Berufungsurteil als fragwürdig bezeichnet worden; dem Architekten wird vorgeworfen, keinen Vermessungsingenieur herangezogen, sondern sich auf die Vermessung mittels Schnurgerüsts durch den Bauunternehmer verlassen zu haben, die wegen der unübersichtlichen Grundstücksverhältnisse zu unsicher gewesen sei.

Der Revision ist darin beizutreten, daß diese Erwägungen die Ausführungen des Berufungsgerichts zum Verschulden des Architekten nicht tragen; denn das Berufungsgericht hat den ihm unterbreiteten Sachverhalt nicht erschöpfend gewürdigt und ist deshalb zu dem Ergebnis gelangt, der Nachweis, dem Architekten falle keine grobe

Fahrlässigkeit zur Last, sei mißlungen. Die Grenzen des dem Tatrichter eingeräumten Beurteilungsfreiraums sind damit überschritten (vgl. Senatsurteil vom 22. Dezember 1967 - V ZR 150/64 = WM 1968, 432, 433). Die Revision weist zutreffend darauf hin, die Beklagte habe in ihrem Schriftsatz vom 19. April 1974 auf Seite 8 nicht nur unter Beweisantritt vorgetragen, die gewählte Vermessungsmethode sei bei den gegebenen Verhältnissen wegen der Anbringung von Zwischenpunkten, die ein Verschieben der Schnur unter Windeinfluß verhindert hätten, sicher gewesen; überdies sei auch - was die Revision gleichfalls anführt - die ernsthaft in Betracht zu ziehende Möglichkeit, der Boden habe unter der Verschalung nachgegeben und die Betonwand habe sich dadurch über die Grenze geneigt, unter Beweisantritt geschildert worden (vgl. die von der Revisionsbegründung zitierten Schriftsätze der Beklagten vom 12. September 1974 auf S. 2 = GA 242 und vom 19. April 1974 auf S. 7 = GA 203).

Der Tatrichter hätte sich mit diesem Vorbringen auseinandersetzen und klären müssen, ob und aus welchen Gründen er gegebenenfalls gleichwohl den Vorwurf grob fahrlässigen Verhaltens des Architekten für nicht ausgeräumt erachtet. Da zu dieser Frage eine weitere Sachaufklärung in Betracht kommt, ist der Senat an einer eigenen Entscheidung gehindert.

d) Das Berufungsgericht folgert aus dem Umstand, daß die Beklagte nach Erkennen der Grenzüberschreitung an der Hallenmauer hat weiterbauen lassen, die Grenze sei vorsätzlich verletzt worden; bei Feststellung des Überbaus sei die Mauer erst 1 bis 2 m hoch gewesen.

Diese Darlegungen verkennen, daß das Gesetz für die Frage, ob den Überbauenden ein Verschulden trifft, auf den Zeitpunkt der Grenzüberschreitung abstellt (Senatsurteil vom 9. November 1966 - V ZR 16/65 = WM 1966, 1303; Martin Wolff, Der Bau auf fremdem Boden, insbesondere der Grenzüberbau, 1900, S. 115). Deshalb ist es unerheblich, falls der Überbauende später von der Grenzverletzung positive Kenntnis erhält (oder sich der Kenntnis grob fahrlässig verschließt), selbst wenn ein Abriß - worauf das Berufungsurteil abstellt - bei Eintritt der Bösgläubigkeit noch keine wirtschaftlichen Werte zerstören würde.

4. Der ihrerseits schon über die Grenze gebauten Mauer der Werkstatt (Autohalle) gegenüber weist das Dach einen weiteren Überstand von bis zu etwa 10 cm auf. Auch insoweit beruft sich die Revision auf mangelndes (grobes) Verschulden der Beklagten und ihres Architekten. Das Berufungsgericht hält demgegenüber Vorsatz für gegeben, weil der Dachausbau erst erfolgt sei, nachdem der Überbau der Hallenmauer schon festgestellt gewesen sei. Diese Ausführungen halten den Revisionsangriffen stand:

a) Der rechtliche Ausgangspunkt des Berufungsgerechts, welches auf das Verschulden zur Zeit des Beginns des Dachausbaues abstellt, ist richtig. Wie bereits ausgeführt, kommt es auf das Verschulden vor und bei Beginn des Überbaues an. Der Umstand, daß ein entschuldigter Überbau grundsätzlich den Bauplänen entsprechend fertiggestellt werden darf, auch wenn die Grenzüberschreitung inzwischen deutlich geworden ist, gibt nicht das Recht, im Zuge der Baumaßnahmen nunmehr vielleicht sogar bewußt etwa Balkone oder Dächer noch über die bereits jenseits der Grenze entschuldigt gebaute Mauerflucht hinausragend zu errichten. Hierbei handele es sich um einen selbständig zu beurteilenden neuen Überbau.

b) Vergeblich wendet sich die Revision gegen die Feststellung des Vorsatzes beim Überbau des Daches. Der Berufungsrichter entnimmt der Bauakte, die Decke der unteren Halle sei teilweise erst im September 1961 betoniert, das Dach also erst darauffolgend errichtet worden. Da der Grenzverlauf spätestens seit der Grenzverhandlung im Juli 1961 bekannt war, schließt der Tatrichter auf wissentlichen Überbau des Daches. Diese Gedankenführung ist rechtsfehlerfrei. Die Rüge, das Berufungsgericht habe den der Bauakte entnommenen Abnahmebericht vom September 1961 fälschlich der Halle und nicht der Kellerdecke des Wohnhauses zugeordnet, begründet die Revision nicht. Jener Bericht betrifft seinem Wortlaut nach den Fabrikneubau, der Vordruck "Bauvorhaben Wohnhaus" ist durchgestrichen.

Der Beklagten ist auch nicht etwa ein weiterer Vortrag versagt worden, weil ihr verfahrensfehlerhaft eine Schriftsatzfrist nicht eingeräumt worden wäre. Eine Stellungnahme konnte nur im Hinblick auf den Inhalt des verspätet zugegangenen Schriftsatzes der Klägerin vom 11. Oktober 1974 erfolgen. Jener Schriftsatz befaßt sich jedoch nicht mit dem Zeitpunkt der Errichtung des Hallendaches. Danach ist eine Schriftsatzfrist, was die Behandlung des vorerwähnten Punktes angeht, zu Recht nicht bewilligt worden.

C. Duldungspflicht kraft gesetzlicher Regelung.

Im Ergebnis zutreffend hat das Berufungsgericht eine Pflicht der Klägerin, Überbauten gemäß § 23 i.V.m. §§ 52, 53 NachbG NRW dulden zu müssen, verneint. Nach dieser Regelung ist Voraussetzung für die Duldungspflicht von Bauteilen, die in den Luftraum eines Grundstücks übergreifen, daß nach den öffentlich-rechtlichen Vorschriften nur auf dem Nachbargrundstück bis an die Grenze gebaut werden darf. In diesem Zusammenhang kommt es nicht darauf an, ob die Rüge der Revision durchgreift, das angefochtene Urteil gehe zu Unrecht davon aus, die Benutzung des Nachbargrundstücks werde durch die Überbauten mehr als nur unwesentlich beeinträchtigt (§ 23 Nr. 3 NachbG NRW). Jedenfalls ist nicht festgestellt, daß nach öffentlich-rechtlichen Bestimmungen das Grundstück der Klägerin nicht bis an die Grenze habe bebaut werden dürfen. Nur in einem solchen Falle aber besteht eine Duldungspflicht (§ 23 Nr. 1 NachbG NRW); denn die in § 23 Nr. 1 - 4 NachbG NRW niedergelegten Voraussetzungen müssen kummulativ zusammentreffen (Zimmermann/Steinke, NachbG NRW § 23 Anm. 1). Die Darlegungslast für

die Umstände, aus denen sich eine Duldungspflicht der Klägerin ergibt, trägt die Beklagte. Zur öffentlich-rechtlichen Zulässigkeit einer bis an die gemeinsame Grenze reichenden Bebauung durch die Klägerin hat sie sich nicht geäußert.

D. Verwirkung des Beseitigungsanspruchs.

Das Berufungsgericht hat die Ansprüche auf Beseitigung der Überbauten für nicht verwirkt erachtet. Der Revision ist zuzugeben, daß diese Beurteilung, soweit Fundamente sowie Mauer und Dach der Halle betroffen sind, von Rechtsfehlern beeinflußt ist.

Als verwirkt können Ansprüche nur angesehen werden, wenn sie einmal auf längere Dauer nicht geltend gemacht worden sind und wenn zum anderen die verspätete Durchsetzung dem Schuldner gegenüber auf Grund besonderer Umstände treuwidrig erscheint (allgemeine Meinung, vgl. Palandt/Heinrichs, BGB 38. Aufl. § 242 Anm. 9 d, aa, bb). Der Berufsrichter hat den Gesichtspunkt der Treuwidrigkeit nicht erschöpfend gewürdigt.

1. Nach den Feststellungen des Berufungsurteils sind Ansprüche auf Beseitigung der Überbauten Hallenmauer und des Dachüberstandes erstmals 1968 erhoben worden. Bis 1968 war insoweit überhaupt nichts veranlaßt worden, von 1966 bis 1968 wurde nur über Ankauf oder Anmietung der Überbauten Flächen verhandelt. Der Überbau der Mauer um bis zu 14 cm war dem Ehemann der Klägerin

ab 1961 durch die damals erfolgte Vermessung bekannt; daß das Hallendach um bis zu 24 cm den Luftraum des Nachbargrundstücks verletzte, war seit Errichtung augenfällig, weil es noch über die Flucht der ihrerseits bereits die Grenze überschreitenden Mauer hinausragte.

Einer genauen Festlegung des Errichtungszeitpunktes bedarf es nicht. Dem Berufungsurteil ist zu entnehmen, daß das Dach etwa Ende 1961 - nach dem Fertigstellen der Betondecke im September 1961 - aufgebracht wurde; die Revision geht von einem noch früheren Zeitpunkt aus.

Nach diesen Feststellungen, an die das Revisionsgericht gebunden ist, waren seit der erstmaligen Möglichkeit, Beseitigung zu verlangen und dem ersten tatsächlich erhobenen Begehren etwa sechs Jahre verstrichen. Ob hierin eine zur Annahme des Verwirkungstatbestandes genügend lange Zeit zu sehen ist, richtet sich nicht nur nach der absoluten Dauer, sondern auch nach den besonderen Umständen, welche das Vertrauen der Beklagten rechtfertigten, sie werde nicht mehr in Anspruch genommen werden (vgl. Staudinger/Weber, 11. Aufl., 1961 § 242 BGB Rdn. D 621).

Das Berufungsgericht verwertet in seiner Würdigung lediglich, der Ehemann der Klägerin sei nach längerer Krankheit 1964 verstorben. Dieser Umstand allein rechtfertigt jedoch nicht den Schluß, daß die Beklagte mit einer Geltendmachung von Beseitigungsansprüchen rechnen mußte,

obwohl bis zum Jahre 1966 von der Klägerseite derartige Ansprüche nicht erhoben worden sind. Das Scheitern der zwischen der Klägerin und der Beklagten von 1966 - 1968 über Verkauf oder langfristige Vermietung der überbauten Flächen geführten Verhandlungen sieht das Berufungsgericht nur unter dem Gesichtspunkt, nunmehr habe die Beklagte sich wieder auf die Durchsetzung der Beseitigungsansprüche einrichten müssen. Dabei ist nicht erörtert, daß das Scheitern dieser Verhandlungen z.B. mit Rücksicht auf die Möglichkeit, statt des Verkaufs oder der Vermietung eine Überbaurente zu verlangen, nicht zwangsläufig zur Abrißforderung führen mußte, zumal die Klägerin während der zweijährigen Verhandlungen ein Abrißverlangen nicht gestellt hat. Die Klägerin kannte damals den Überbau der Hallenmauer; im Hinblick auf das augenfällige noch weitere Überstehen des Hallendachs durfte die Beklagte die Kenntnis der Klägerin auch insoweit voraussetzen. Dann hätte es nahegelegen, daß sich die Klägerin das Beseitigungsverlangen zumindest vorbehielt, zumal die Entfernung der Überbauung ersichtlich nur mittels Abbruch der gesamten Mauer durchzuführen war, was mit nicht unerheblichen Kosten verbunden sein mußte. Das Übergehen dieser wesentlichen Gesichtspunkte war rechtsfehlerhaft. Das Berufungsgericht hat diese Erwägungen mit in seine Überlegungen einzubeziehen und weiter zu prüfen, ob sich die Beklagte - wie sie vorträgt - darauf eingestellt hat, daß ein Abriß von Hallenfundamenten, Hallenmauer und Dachüberstand von ihr nicht mehr verlangt werden würde.

2. Keine Bedenken bestehen dagegen, daß das Berufungsgericht im übrigen - nämlich hinsichtlich der Wohn- und Bürogebäude (Wandüberbau und Fundamente) sowie der gesamten Drainage - den Einwand der Verwirkung nicht hat durchgreifen lassen.

Es ist nicht festgestellt, daß die Klägerin während der Verhandlungen von 1966 bis 1968 die vorgenannten Grenzverletzungen kannte oder daß es Anhaltspunkte gab, die bei der Beklagten den Eindruck einer solchen Kenntnis der Klägerin hätten erwecken können.

Der Überbau der Wohn- und Bürogebäude ist erst 1968 ermittelt worden. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ist im selben Jahr Abriß verlangt worden. Umstände, die insoweit zur Erörterung der Verwirkungsfrage Anlaß geben könnten, sind nicht ersichtlich.

E. Beseitigungsverlangen als Rechtsmißbrauch wegen unverhältnismäßigen Aufwandes.

Der Senat hat mehrfach ausgesprochen, daß ein Beseitigungsverlangen wegen der dadurch unter Umständen notwendig werdenden unverhältnismäßigen Aufwendungen rechtsmißbräuchlich sein kann (BGHZ 62, 388, 391; Urteil vom 21. Dezember 1973 - V ZR 107/72 = MDR 1974, 571 Nr. 32; Urteil vom 10. Dezember 1976 - V ZR 263/74 = WM 1977, 536). Diesen Rechtsstandpunkt nimmt auch das Berufungsgericht ein.

1. Es hält jedoch ein rechtsmißbräuchliches Verhalten nicht für gegeben, weil die Beklagte nicht hinreichend substantiiert dargelegt habe, daß die Beseitigung der Fundamentüberstände der Wohn- und Bürogebäude, der gesamten Drainagen und des im wesentlichen aus Putz bestehenden Überbaues der Wohn- und Bürogebäude den Abriß jener Gebäude bedingen und einen unverhältnismäßig hohen Kostenaufwand verursachen würde.

Die von der Revision hiergegen erhobenen Rügen sind unbegründet. Der Senat teilt die Auffassung des Berufungsgerichts, daß die Beklagte keine hinreichenden Tatsachen behauptet habe, welche den Schluß auf die Notwendigkeit der Zerstörung der Gebäude verständlich gemacht hätten. Die im Schriftsatz der Beklagten vom 10. Oktober 1974 (S. 2, 3 = GA 245, 246) enthaltenen pauschalen Wendungen wie "ein Zurückgehen um 4 bis 6 cm (komme) der vollkommenen Zerstörung" gleich, genügen ebensowenig wie die Angabe, das Abschlagen des Verputzes mindere durch Verdünnung der Außenwand den Wohnhauscharakter erheblich. Das Abschlagen von Fundamenten sowie die Verlegung der Drainagen hat die Beklagte selbst nicht als einen Grund angeführt, der einen Abriß der Gebäude erforderlich mache. Für ihre Behauptung, die Entfernung des Putzes sowie einer dünnen Mauerschicht habe die Zerstörung des Gebäudes zur Folge, ist sie eine Erläuterung schuldig geblieben. Insoweit war aber eine nähere Begründung geboten. Wird nicht einmal erklärt, wieso eine Mauer abgerissen werden mußte, so ist erst recht die angebliche Notwendigkeit der Zerstörung der gesamten Gebäude nicht dargetan. Entgegen der Auffassung

der Revision hat sich das Berufungsgericht mit dieser Beurteilung nicht unzulässigerweise Sachverständigenkenntnisse angemaßt, sondern im Gegenteil richtig darauf abgestellt, ob die von der Beklagten aufgestellten Behauptungen in sich verständlich waren.

2. Die Revision meint, selbst wenn nur die Arbeiten ausgeführt würden, welche das Berufungsgericht für ausreichend halte, seien die Kosten so hoch, daß ein Beseitigungsverlangen mißbräuchlich erscheine. Dieser Gesichtspunkt mußte indes vom Berufungsgericht unberücksichtigt gelassen werden. Denn die Revision weist nicht nach, daß die Beklagte - abgesehen von den Kosten eines völligen Abbruchs des Wohn- und Bürotrakts - hilfsweise die Kosten für die Verlegung von Fundamenten sowie der Drainage und das Abschlagen des Putzes auch nur überschlägig beziffert hätte. Hierfür wäre sie darlegungspflichtig gewesen.

3. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, die Beklagte habe die Notwendigkeit, zur Beseitigung des Überstandes der Mauer und der Fundamente der Autohalle die gesamte Halle abreißen zu müssen, nicht hinreichend substantiiert. Diese Auffassung ist rechtsfehlerhaft. Denn einer näheren Substantiierung bedurfte es nicht, weil auf der Hand liegt, daß der Abriß einer Mauer der hier vorliegenden Größe möglicherweise die Stabilität des ganzen Gebäudes gefährdet, jedenfalls aber mit erheblichen Kosten verbunden ist. Wenn demgegenüber die Klägerin technische Möglichkeiten (Errichtung einer zweiten Mauer hinter der überbauten Mauer und erst anschließender Abriß der überbauten Wand) vorge-

tragen hat, die geeignet sein könnten, den Beseitigungsaufwand nicht unwesentlich zu verringern, so hätte die Beklagte hierzu Stellung nehmen müssen. Die Revision rügt mit Grund, daß das Berufungsgericht der Beklagten prozeßordnungswidrig keine Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt hat, mit der sie nach dem Vorbringen der Revision unter Beweisantritt näher dargelegt hätte, daß die Beseitigung auch nur einer Hallenwand wegen der rundum führenden Stahlbetonbewehrung die Statik des Gebäudes beeinträchtigen würde.

Der Vortrag der Klägerin über die Möglichkeit, eine Mauer hinter der überbauten Wand zu errichten und erst danach abzureißen, findet sich erstmals in deren Schriftsatz vom 11. Oktober 1974, der dem Prozeßbevollmächtigten der Beklagten ausweislich seiner Erklärung in der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht (28. Oktober 1974) erst am 22. Oktober 1974 zugegangen ist; die Wochenfrist des § 132 Abs. 1 Satz 1 ZPO war somit bis zum Verhandlungstermin nicht gewahrt. Gestützt auf die schriftliche Versicherung des damaligen Prozeßbevollmächtigten der Beklagten vom 4. Juni 1975 trägt die Revision vor, der Vorsitzende des Berufungsgerichts habe auf entsprechendes Bitten die Gewährung einer Schriftsatzfrist zugesagt, gleichwohl sei ohne Erfüllung dieser Zusage entschieden worden. Der Vorsitzende hat hiernach sinngemäß erklärt, wenn es auf den Inhalt des verspätet zugegangenen Schriftsatzes für die Entscheidung ankomme, werde die erbetene Frist gewährt werden. Dieser Vorgang zählt nicht zu den Förmlichkeiten,

bezüglich deren Wahrung oder Nichtwahrung das Sitzungsprotokoll gemäß § 164 a.F. ZPO mit verstärkter Beweiskraft Aufschluß gibt. Darüber, ob behauptetes, nicht notwendig im Protokoll festzuhaltendes Prozeßgeschehen erwiesen ist, hat das Revisionsgericht unter Heranziehung aller verfügbaren Erkenntnisquellen nach freier Beweiswürdigung zu erkennen (vgl. Senatsurteil vom 12. Februar 1958 - V ZR 12/57 = NJW 1958, 711, das bei lückenhaftem Protokoll die freie Beweiswürdigung des Revisionsgerichts über den tatsächlichen Ablauf für maßgeblich erachtet). Der Senat geht von der Richtigkeit der erwähnten Erklärung vom 4. Juni 1975 aus. Dann aber hat sich das Berufungsgericht, indem es seine Entscheidung darauf stützt, die Beklagte habe sich zu einem im verspätet zugegangenen Schriftsatz angeschnittenen Punkt nicht erklärt, mit seiner eigenen Zusage in Widerspruch gesetzt. Durch die gebotene Zurückverweisung wird die Beklagte Gelegenheit haben, so Stellung zu nehmen, wie sie es in einem nachgelassenen Schriftsatz hätte tun können.

II. Umgestaltung des Hallendaches.

Das Berufungsgericht hält die Beklagte für verpflichtet, das Giebeldach der Autohalle in ein Pultdach umzugestalten. Diese Auffassung ist nicht frei von Rechtsfehlern.

Im Ausgangspunkt weist das Berufungsurteil allerdings keinen Fehler auf. Die insoweit interessierende Klausel der Vereinbarung vom 6. September 1960 lautet:

"Das Gebäude wird so erstellt, daß kein Wasser auf Ihr Grundstück gelangt. Das Dach wird als Pultdach ausgebildet mit Gefälle zum eigenen Hof."

Diese Klausel hat das Berufungsgericht in rechtsirrtumsfreier Auslegung auf das Hallendach bezogen.

Dem möchte die Revision zwar die Aussage des als Zeugen vernommenen Architekten entgegenhalten; doch beruht die Würdigung des Tatrichters, der diese Bekundungen für nicht hinreichend überzeugend erachtet, nicht auf rechtsfehlerhaften Erwägungen. Die in diesem Zusammenhang erhobenen Verfahrensrügen hat der Senat geprüft. Sie greifen nicht durch; von einer Begründung wird gemäß § 565 a ZPO abgesehen.

Mit der Behauptung, der Architekt habe seine Vollmacht überschritten, falls er ein Pultdach für die Halle und nicht nur für das Bürogebäude zugesagt habe, führt die Revision neue Tatsachen ein, die spätestens in der Berufungsinstanz vorzubringen gewesen wären. Das Berufungsgericht durfte die Zusage des Architekten - wie immer sie auch zu deuten war - für genehmigt halten, weil die Beklagte die Verbindlichkeit der getroffenen Abmachungen für sie im bisherigen Verlauf des Verfahrens nicht in Frage gestellt hatte.

Mit der Auslegung, auf welches Gebäude sich die geschilderte Vereinbarung bezog, durfte es das Berufungsgericht aber nicht bewenden lassen. Der Senat versteht

die zu diesem Punkt erhobene Rüge der Revision auch dahingehend, das Berufungsgericht habe die Prüfung einer anderen naheliegenden Auslegungsmöglichkeit unterlassen. Sinn und Zweck der Regelung vom 6. September 1960 - nämlich Verhinderung des Wasserablaufs auf das Grundstück der Klägerin - geben Anlaß zu der Überlegung, ob nicht nur die Verhinderung der Wasserzuführung geschuldet ist, wobei die Pultform des Daches nur das damals vorgesehene, aber nicht bindend vorgeschriebene Mittel sein sollte. Denn nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ist ein irgend geartetes Interesse des Nachbarn an einer bestimmten Dachform nicht erkennbar, solange das Regenwasser nicht auf sein Grundstück abläuft. Mit solchen Erwägungen hat sich das Berufungsgericht nicht auseinandergesetzt. Die Nichtbeachtung für die Auslegung wesentlicher Umstände stellt sich als ein der revisionsgerichtlichen Überprüfung unterliegender Rechtsfehler dar

(vgl. BGH Urt. v. 24. November 1951 - II ZR 51/51 =
LM § 133 BGB (A) Nr. 2; Stein/Jonas/Grunsky, ZPO
19. Aufl. § 549 Anm. III B I 4 c). Dem Tatrichter ist
im Wege der Zurückverweisung Gelegenheit geboten,
jene Erwägungen in seine Überlegungen einzubeziehen.

Hill

Offterdinger

Dr. Eckstein

Hagen

Linden