

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB § 1011;

ZPO § 322 Abs. 1

Hat ein Miteigentümer der Klageerhebung durch einen anderen Miteigentümer (§ 1011 BGB) zugestimmt, so wirkt die Rechtskraft des klageabweisenden Urteils auch gegen ihn, selbst wenn die Zustimmung nicht nach außen hin erteilt und vom klagenden Miteigentümer im Rechtsstreit nicht geltend gemacht worden ist.

NRWBauO idF v. 27. Januar 1970, GVBl S. 96 § 6 Abs. 1 und Abs. 10

§ 6 Abs. 1 und Abs. 10 BauO NW haben nachbarschützende Wirkung (im Anschluß an BGHZ 66, 354, 355).

BGH, Urt. v. 28. Juni 1985 - V ZR 43/84 - OLG Köln

LG Köln

13

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V ZR 43/84

URTEIL

Verkündet am: 28. Juni 1985
Friederich,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Angelika S [REDACTED], P [REDACTED]-Straße [REDACTED], K [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Edgar und Hildegard B [REDACTED], P [REDACTED]-Straße [REDACTED], K [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

13

- 2 -

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat
auf die mündliche Verhandlung vom 28. Juni 1985 durch
den Vorsitzenden Richter Dr. Thumm und die Richter
Dr. Eckstein, Linden, Dr. Vogt und Dr. Lambert-Lang

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil
des 12. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln
vom 21. November 1983 im Kostenpunkt und insoweit
aufgehoben, als es die Berufungsanträge Nr. 1a,
b, c sowie Nrn. 3 und 4 abgewiesen hat.

Das genannte Urteil wird unter Zurückweisung der
Revision im übrigen ferner aufgehoben, soweit es
im Rahmen des Berufungsantrags Nr. 2 einen An-
spruch der Klägerin auf Beseitigung der nach
Abschluß des Vorverfahrens (Aktenzeichen 2 O 83/77
LG Köln, Aktenzeichen 12 U 106/79 OLG Köln) vor-
genommenen Aufschüttung (zwischen Spundwand und
ursprünglicher Böschung) verneint hat.

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

Von Rechts wegen



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand

Die Klägerin und ihr Ehemann sind Miteigentümer des Grundstücks P [REDACTED] straße [REDACTED] in K [REDACTED]. Das von den beklagten Eheleuten bewohnte Nachbargrundstück P [REDACTED] straße [REDACTED] steht im Eigentum der Beklagten zu 2.

Die Grundstücke P [REDACTED] straße [REDACTED] bis [REDACTED] lagen ursprünglich in einer Mulde, die nach Osten hin von der früher tiefer gelegenen Trasse der jetzigen Pestalozzi-straße begrenzt war. Beim Ausbau der P [REDACTED] straße wurde deren Trasse so weit angehoben, daß zur Sohle der Mulde ein Höhenunterschied von ca. 3,50 m entstand.

Als die Beklagten ihr Grundstück bebauten, schützten sie es bis zur Höhe der Straßenoberfläche an, während die Klägerin und ihr Ehemann bei der nachfolgenden Errichtung ihres Hauses ihr Grundstück lediglich im vorderen Bereich zur Straße hin aufschütteten. Dadurch entstand im hinteren Bereich der Grundstücke ein Niveauunterschied von mehr als 3 m.

Der Ehemann der Klägerin klagte in einem vorausgegangenen Rechtsstreit (Az. 2 O 83/77 LG Köln = 12 U 106/79 OLG Köln) mit - soweit hier von Belang - den zuletzt gestellten Anträgen, die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, das Nachbargrundstück "... in einer Tiefe von der Grundstücksgrenze zum Kläger hin von 2 m bis auf 1 m abzuräumen, gemessen vom Grundstücksniveau des Grundstücks des Klägers", hilfsweise bei der Erhöhung des Bodens des Nachbargrundstücks "... einen Grenzabstand von mindestens 0,50 m einzuhalten", hilfsweise, "... Maßnahmen zu treffen, daß Beeinträchtigungen

des Grundstücks des Klägers durch die Böschung nicht eintreten".

Die Beklagten wurden unter Abweisung der erwähnten weitergehenden Anträge rechtskräftig verurteilt, die Böschung des Grundstücks so abzusichern, daß eine Beeinträchtigung des Grundstücks der Kläger ausgeschlossen ist.

Die Beklagten ließen daraufhin entlang der Grenze zum Grundstück der Klägerin eine Stahlspundwand errichten. Den Antrag des Klägers, ihn nach § 887 ZPO zur Herstellung einer gegenüber dem früheren Zustand flacheren Böschung zu ermächtigen, wiesen Landgericht und Oberlandesgericht zurück.

Im vorliegenden Rechtsstreit hat die Klägerin zuletzt beantragt, die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen,

1. a) die vorhandene Einfriedung in Gestalt einer 2,30 m bis 2,50 m hohen Stahlspundwand zu beseitigen;
b) die Einfriedung, soweit sie auf dem Grundstück der Klägerin errichtet worden sei, zu beseitigen;
c) hilfsweise (bezogen auf den Antrag zu 1 b) eine Entschädigung in Höhe von 3 500 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 1. Oktober 1980 an sie zu zahlen;
2. die auf dem nicht bebaubaren Teil des Grundstücks der Beklagten im rückwärtigen Hangbereich vorgenommene Aufschüttung (Bodenerhöhung) bis zur Höhe von 43,35 m über NN zu beseitigen;

3. hilfsweise

für den Fall, daß die Beseitigung der Spundwand und der Aufschüttung mit unverhältnismäßigen Aufwendungen nach der Beurteilung des Gerichts nur möglich sei, an die Klägerin 41 000 DM zu zahlen;

4. ferner festzustellen, daß die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet seien, den weiteren Schaden zu ersetzen, der infolge der Beseitigung der Störungen nicht werde ausgeglichen werden.

Beide Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen.

Nach Verkündung des Berufungsurteils hat das Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen auf Antrag der Klägerin den Oberstadtdirektor der Stadt K [REDACTED] u.a. verurteilt, der beigeladenen Beklagten aufzugeben, die an der Grenze zum Grundstück der Klägerin errichtete Spundwand und das dahinterliegende Erdreich in dem Umfang zu beseitigen, daß eine Böschung von nicht mehr als 60 Grad Neigung entsteht.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihre Berufungsanträge weiter. Die Beklagten beantragen, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

Die Revision hat überwiegend Erfolg.

I.

Zum Antrag auf Beseitigung der Aufschüttung (Klageantrag zu 2)

1. Das Berufungsgericht hat das Klagebegehren insoweit für unzulässig gehalten und ausgeführt: Einer erneuten Klageerhebung stehe die Rechtskraft der im Vorprozeß ergangenen Urteile entgegen, wonach dem Ehemann der Klägerin kein Anspruch auf Beseitigung der von den Beklagten vorgenommenen Aufschüttung zustehe. Es handele sich hier um denselben Streitgegenstand, da wiederum die Beseitigung der Aufschüttung bis zu einem bestimmten Niveau begehrt werde. Auch die Klägerin müsse sich die Rechtskraft der gegen ihren Ehemann ergangenen Urteile entgegenhalten lassen, weil sie seiner Prozeßführung zugestimmt habe.

2. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Nachprüfung nicht in vollem Umfang stand.

a) Was die subjektiven Grenzen der Rechtskraft anlangt, so hat das Berufungsgericht zutreffend angenommen, die Klägerin sei an die im Vorprozeß gegen ihren Ehemann ergangenen Urteile gebunden.

Macht ein Miteigentümer - insoweit auch als gesetzlicher Prozeßstandschafter für die übrigen Rechtsträger - Ansprüche aus dem Eigentum Dritten gegenüber in Ansehung der ganzen Sache geltend (§ 1011 BGB), so wirkt die Rechts-

kraft eines die Klage abweisenden Urteils grundsätzlich zwar nicht gegen die am Verfahren unbeteiligten Miteigentümer (BGHZ 79, 245, 247 ff m.w.N.; Senatsurt. v. 26. Oktober 1984, V ZR 67/83, Umdruck S. 6 - zur Veröffentlichung in BGHZ 92, 351 vorgesehen). Hat ein Miteigentümer aber der Klageerhebung durch den anderen zugestimmt, so erwächst das in diesem Rechtsstreit ergehende Urteil auch ihm gegenüber in Rechtskraft. Der Senat folgt insoweit der herrschenden Meinung in der Literatur (vgl. Stein/Jonas/Schumann/Leipold, ZPO 19. Aufl. § 325 Anm. VI 2 b gg; Thomas/Putzo, ZPO 13. Aufl. § 51 Anm. IV 3 b cc und § 325 Anm. 1 d; Erman/Ronke, BGB 7. Aufl. § 1011 Rdn. 1; MünchKomm/Schmidt § 1011 Rdn. 8; Palandt/Bassenge, BGB 44. Aufl. § 1011 Anm. 2; Staudinger/Huber, BGB 12. Aufl. § 744 Rdn. 43; Staudinger/Gursky § 1011 Rdn. 8).

Von diesen Grundsätzen geht auch die Revision aus, die in tatsächlicher Hinsicht die vom Berufungsgericht festgestellte Zustimmung der Klägerin zur Prozeßführung ihres Ehemanns nicht in Frage stellt. Soweit sie unter Hinweis auf das BGH Urteil vom 30. März 1953, IV ZR 241/52, LM Nr. 4 zu § 325 ZPO meint, die Zustimmung des Miteigentümers müsse nach außen hin erteilt sein und außerdem müsse der klagende Miteigentümer sich auf diese Zustimmung auch im Rechtsstreit berufen haben (woran es hier fehle), kann ihr nicht gefolgt werden. In der angeführten Entscheidung des Bundesgerichtshofs ging es um die Frage, ob eine Feststellungsklage von einem Rechtsfremden in gewillkürter Prozeßstandschaft mit Ermächtigung des Berechtigten oder kraft eigenen rechtlichen Interesses erhoben war. Hängt das Prozeßführungsrecht eines Klägers - wie im Fall der gewillkürten Prozeßstandschaft - von der Ermächtigung eines Dritten ab, so müssen Gericht und Gegner davon

Kenntnis erhalten, die Ermächtigung muß schon zur Klarstellung des Prozeßrechtsverhältnisses im Prozeß geltend gemacht werden (vgl. auch BGH Urt. v. 30. Mai 1972, I ZR 75/71, LM Nr. 26 zu § 50 ZPO; BGHZ 78, 1, 7). Aus diesem Grund genügt ein bloß intern erklärtes Einverständnis des Rechtsinhabers mit der Klageerhebung nicht. Davon unterscheidet sich der vorliegende Fall aber in einem wesentlichen Punkt. Die gesetzliche Prozeßführungsbefugnis eines Miteigentümers aus § 1011 BGB ist von der Zustimmung des oder der anderen Miteigentümer unabhängig. Es geht hier allein um die Frage, ob eine Rechtskraftwirkung gegen den zustimmenden Miteigentümer eingetreten ist. Insofern kann der Gegner des klagenden Miteigentümers keine Rechtsnachteile erleiden, wenn er während des Prozesses den Umfang der Rechtskraftwirkung gegen andere Miteigentümer noch nicht überschauen kann. Die Rechtskrafterstreckung kann hier deshalb nicht davon abhängen, ob die Zustimmung nach außen hin erteilt war und sich der klagende Miteigentümer im Rechtsstreit hierauf berufen hat (a.A. Stein/Jonas/Schumann/Leipold aaO § 325 VI 2 b gg). Es liegt vielmehr ähnlich wie bei der früheren gesetzlichen Prozeßführungsbefugnis des Ehemanns gemäß § 1380 Satz 2 BGB a.F., bei der die Rechtsprechung aus der Zustimmung der Ehefrau zur Prozeßführung eine Rechtskraftwirkung jedenfalls gegen sie unabhängig davon angenommen hat, ob ihre Zustimmung im Rechtsstreit behauptet war (RGZ 164, 240, 242; BGH Urt. v. 12. Juli 1957, VI ZR 176/56, NJW 1957, 1635, 1636).

b) Hinsichtlich der objektiven Grenzen der Rechtskraft ist das Berufungsurteil allerdings rechtsfehlerhaft.

aa) Im Tatbestand der im Vorprozeß ergangenen Urteile ist jeweils übereinstimmend festgestellt, daß das Grundstück der Beklagten zu 2 von der Grundstücksgrenze an in

einem Winkel von 60 bis 70 Grad ansteigt und das obere Ende der Böschung 2 bis 3 m von der Grenze entfernt ist (Beiakten Bd. II S. 309 und S. 478). Zu Recht rügt die Revision, daß nach dem unbestrittenen Vorbringen der Klägerin die Beklagten nach dem Abschluß des Vorprozesses auch den Raum zwischen der ursprünglichen Böschung und der neu errichteten senkrechten Stahlspundwand mit Erdreich aufgefüllt, also nachträglich weitere Aufschüttungen vorgenommen haben (Schriftsätze der Klägerin vom 21. Mai 1982, S. 14, GA I 88; vom 26. Oktober 1982, S. 10, GA I 136; vom 21. März 1983, S. 16, GA I 202; vom 9. September 1983, S. 55, GA II 350 und vom 18. November 1983, S. 8, GA II 440; Schriftsatz der Beklagten vom 24. Oktober 1983, S. 8, 18 und 22, GA II 413, 423, 427). Diese Aufschüttungen können von der Rechtskraft der im früheren Rechtsstreit ergangenen Urteile nicht umfaßt werden, weil die Rechtskraft eines Urteils sich nur auf die tatsächlichen Verhältnisse zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Tatrichter bezieht (vgl. Senatsurt. v. 11. März 1983, V ZR 287/81, NJW 1984, 126, 127; Rosenberg/Schwab aaO § 156 I; Thomas/Putzo aaO § 322 Anm. 7 d; Stein/Jonas/Schumann/Leipold aaO § 322 X 3; Zöllner/Vollkommer, ZPO 14. Aufl. vor § 322 Rdn. 53).

Hinsichtlich der Neuaufschüttungen ist die Klage auch nicht aus sonstigen Gründen unzulässig.

Die den Vollstreckungsantrag des früheren Klägers nach § 887 ZPO zurückweisenden Beschlüsse haben die materiellrechtliche Zulässigkeit der von den Beklagten vorgenommenen weiteren Aufschüttungen nicht rechtskräftig festgestellt, wie das Berufungsgericht im Zusammenhang mit der Spundwand zu Recht ausgeführt hat.

Dem Klageantrag fehlt in diesem Umfang auch nicht das Rechtsschutzinteresse im Hinblick auf das im Revisionsverfahren vorgelegte Urteil des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen vom 29. November 1983. Damit besitzt die Klägerin lediglich einen Titel gegen einen Dritten, der auch wegen der unterschiedlichen Rechtsschutzmöglichkeiten im verwaltungsgerichtlichen Verfahren ein zivilgerichtliches Urteil gegen die Beklagten nicht ersetzt.

bb) Die materielle Rechtskraft einer gerichtlichen Entscheidung schließt grundsätzlich jede neue Verhandlung und Entscheidung über denselben Anspruch aus. Unter Anspruch ist hier das prozessuale Begehren des Klägers zu verstehen, d.h. die Rechtskraft eines Urteils geht grundsätzlich nur so weit, als über die Anträge des Klägers entschieden worden ist (§ 322 Abs. 1 ZPO; BGH Urt. v. 5. Juli 1977, VI ZR 268/75, VersR 1978, 59 m.w.N.). War nur ein Teilanspruch geltend gemacht, so ergreift die Rechtskraft darum nur diesen Teil. Der Umfang der Rechtskraft ergibt sich im Einzelfall aus der Urteilsformel, zu deren Auslegung Tatbestand und Entscheidungsgründe einschließlich des dort in Bezug genommenen Parteivortrages heranzuziehen sind (BGHZ 34, 337, 339; 36, 365, 367).

Der jetzige Klageantrag zu 2 geht über die damaligen Klageanträge des Ehemanns der Klägerin hinaus. Während die Klägerin nun Beseitigung der gesamten Aufschüttung bis zur Höhe von 43,35 m über NN begehrt, hatte ihr Ehemann im früheren Rechtsstreit lediglich verlangt, das Nachbargrundstück "... in einer Tiefe von der Grundstücksgrenze zum Kläger hin von 2 m bis auf 1 m abzuräumen, gemessen vom Grundstücksniveau des Grundstücks des Klägers", hilfsweise

bei der Bodenerhöhung einen Grenzabstand von mindestens 0,50 m einzuhalten. Gegenstand des damaligen Prozesses war demnach nur ein beschränkter Teil des jetzt von der Klägerin geltend gemachten Abwehranspruchs.

In einem solchen Fall, in dem der Kläger aufgrund eines feststehenden überschaubaren Sachverhalts einen bestimmten Anspruch erhebt, ohne daß seine Klage als Teilklage erkennbar ist und ohne sich weitergehende Ansprüche vorzubehalten, stellt sich die Frage, ob sich die Rechtskraft auf den gesamten nach dem Sachverhalt gegebenen Anspruch erstreckt. Der Bundesgerichtshof hat in BGHZ 36, 365, 368 die Frage offen gelassen, weil der im Vorprozeß erhobene Anspruch auf Einräumung des Miteigentums seiner Natur nach mit einer Teilklage nicht verfolgt werden könne. Für einen Anspruch auf Erhöhung einer Enteignungsentschädigung hat der III. Zivilsenat (BGHZ 34, 337) allerdings eine Rechtskraftwirkung angenommen, dies aber u.a. mit den Besonderheiten des Verfahrens (aaO S. 341) und letztlich damit begründet, daß er das Vorgehen des Klägers im Vorprozeß und insbesondere seinen Antrag dahin auffaßte, er habe Zahlung "der ganzen angemessenen vom Gericht festzusetzenden Entschädigung" verlangt (aaO S. 342) und mit seiner Bezifferung nur die Höhe dieser Entschädigung errechnet. Dieses in der Literatur wohl oft allgemeiner verstandene Urteil ist vielfach auf Kritik gestoßen (vgl. z.B. Rosenberg/Schwab, Zivilprozeßrecht 13. Aufl. § 156 III; Stein/Jonas/Schumann/Leipold aaO § 322 Anm. VI 8 c; Thomas/Putzo aaO § 322 Anm. 6 a; Brox, NJW 1962, 1203, 1204; Pohle, ZZP 77, 98 ff; Kuschmann, Festschrift für Schiedermair 1976 S. 351, 353 ff; Lindacher, ZZP 76, 451, 456). Der Senat sieht keinen Anlaß zu den hierbei aufgeworfenen Fragen umfassend Stellung zu nehmen,

denn die zu einem Sonderfall ergangene Entscheidung des III. Zivilsenats läßt sich nicht verallgemeinern, jedenfalls nicht auf den vorliegenden Fall anwenden. Sie beruht darauf, daß der Klageantrag im Vorprozeß in bestimmter Weise verstanden und damit nicht nur ein beziffertes Zahlungsverlangen, sondern "die ganze angemessene vom Gericht festzusetzende Entschädigung" als Streitgegenstand betrachtet wurde. Ähnlich kann es sein, wenn der Kläger die Höhe des Anspruchs in das Ermessen des Gerichts gestellt hat (vgl. RG WarnRspr 1925 Nr. 138). So kann das Verlangen des Ehemanns der Klägerin im Vorprozeß aber nicht verstanden werden. Er hat ein ohne weiteres teilbares Beseitigungsverlangen in bestimmter Weise eingeschränkt (Beseitigung der Aufschüttung im Raum bis zu 2 m von der Grenze und bis auf eine Höhe von 1 m; hilfsweise Erhaltung eines Grenzabstandes von 0,50 m) und nicht zum Ausdruck gebracht, er halte dieses Verlangen für den gesamten ihm zustehenden Anspruch. Dann aber muß es bei dem Grundsatz verbleiben, daß die Rechtskraft nur den geltend gemachten Anspruch in näher beantragtem Umfang ergreift und der Kläger auch nicht erklären muß, er behalte sich darüber hinausgehende Ansprüche vor (so auch BGHZ 34, 340).

Im hier behandelten Umfang ist die Entscheidung des Berufungsgerichts jedoch aus anderen Gründen richtig (§ 563 ZPO). Der Klage fehlt insoweit nun das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis. Die Klägerin muß, rechtskräftig gebunden, im Umfang der früher gestellten Anträge die Aufschüttung dulden. Das bedeutet, daß sie entlang dem früheren Böschungsverlauf Teile der Aufschüttung bestehen lassen müßte. Da sie sich vor allem durch die Aufschüttung an der Grundstücksgrenze beeinträchtigt fühlt, kann sie bei dieser Lage kein vernünftiges

Interesse daran haben, die Aufschüttung unter und hinter bestehenbleibenden Teilen der früheren Böschung zu beseitigen. Dieses schon technisch nicht realisierbare Ergebnis wäre völlig sinn- und zweckwidrig. Für die Erreichung eines solchen nicht schutzwürdigen Zieles können die Zivilgerichte nicht in Anspruch genommen werden.

Es kann daher offenbleiben, ob ein etwa gegebener, über den im Vorprozeß gestellten Antrag hinausgehender Beseitigungsanspruch deshalb unbegründet ist, weil dem Verhalten der Klägerin und ihres Ehemanns und dem Eingehen der Beklagten hierauf ein stillschweigender Erlaßvertrag entnommen werden kann (vgl. BGH Urt. v. 25. September 1978, VII ZR 281/77, NJW 1979, 720), oder ob die Klägerin nicht einen eventuellen weitergehenden Anspruch jedenfalls verwirkt hat (vgl. auch das Urteil des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen vom 29. November 1983 S. 18).

Im Umfang der erst nach Abschluß des Vorverfahrens vorgenommenen Aufschüttung kann das Berufungsurteil jedoch nicht bestehenbleiben. Das Berufungsgericht muß den Klageantrag insoweit sachlich prüfen (vgl. auch Entscheidungsgründe II 2 a.E.) und bei Bejahung eines Beseitigungsanspruchs auch die nötigen tatsächlichen Feststellungen treffen, um den Winkel der früher vorhandenen Böschung mindestens annäherungsweise festzustellen.

II.

Antrag auf Beseitigung der Spundwand (Klageantrag zu 1 a)

1. Die Klage auf Beseitigung der nachträglich errichteten Spundwand hält das Berufungsgericht für unbegründet. Die Spundwand stelle keine rechtswidrige Eigen-

tumsbeeinträchtigung im Sinne des § 1004 BGB dar. Es liege weder ein Verstoß gegen Vorschriften des Nachbarrechtsgesetzes Nordrhein-Westfalen (§ 35 oder § 30) vor, noch könne die Klägerin unter dem Gesichtspunkt eines unästhetischen Eindrucks der Spundwand deren Beseitigung verlangen. Auch nachbarschützende Bauwichtvorschriften seien nicht verletzt.

2. Die Revision wendet sich zu Recht gegen die Versagung eines Beseitigungsanspruchs auf der Grundlage von Vorschriften der Bauordnung für das Land Nordrhein-Westfalen.

Die Verletzung nachbarschützender Bauvorschriften kann sowohl einen (quasinegatorischen) verschuldensunabhängigen Beseitigungsanspruch des Nachbarn (§ 1004 BGB analog) als auch einen Schadensersatzanspruch auf Naturalrestitution (§ 823 Abs. 2 BGB) begründen (Senatsurt. v. 21. Dezember 1973, V ZR 107/72, LM Nr. 132 zu § 1004 BGB; Palandt/Bassenge § 1004 Anm. 1 b cc; a.A. Staudinger/Gursky aaO § 1004 Nr. 54). Nachbarschützend sind die bauordnungsrechtlichen Normen über den seitlichen Grenzabstand, wie der Senat in BGHZ 66, 354, 355 zu § 7 Abs. 1 und 2 Bauordnung Nordrhein-Westfalen entschieden hat (vgl. auch Urt. v. 14. März 1975, V ZR 150/73, LM Nr. 61 zu § 823 (Bf) BGB zu § 7 Abs. 3 BauO NW a.F.).

Maßgebend ist nunmehr die im Laufe des Revisionsverfahrens am 1. Januar 1985 in Kraft getretene (§ 83 BauO NW) Fassung der Bauordnung für Nordrhein-Westfalen (GVBl NW S. 419). Das Revisionsgericht hat grundsätzlich jedes nach Erlaß des Berufungsurteils ergangene neue Gesetz zu berücksichtigen, sofern es das streitige Rechtsverhältnis

nach seinem zeitlichen Geltungswillen erfaßt (BGHZ 9, 101; 36, 348, 351; BGH Urteile v. 25. Februar 1958, I ZR 181/56, LM ZPO § 549 Nr. 2 und v. 17. Dezember 1981, III ZR 72/80, WM 1982, 299, 300; vgl. auch BVerwGE 55, 272, 273; 61, 285, 286; BAG NJW 1956, 39). Dazu ist der Landesbauordnung für den vorliegenden Fall nichts zu entnehmen. § 83 Abs. 3 BauO NW gilt nur für die vor dem Inkrafttreten des Gesetzes eingeleiteten Verwaltungsverfahren. Aus einem allgemeinen Grundsatz folgt aber, daß die Beklagten nicht zur Beseitigung einer nach altem Recht illegalen Anlage verpflichtet wären, wenn diese nach neuem Recht bauordnungsrechtlich zulässig wäre (vgl. auch BVerwGE 3, 351, 354; 5, 351, 352). Da - wie nachfolgend ausgeführt - die neue Rechtslage für die Beklagten bauordnungsrechtlich günstiger ist, muß hierauf abgestellt werden. Insoweit sind jedoch noch weitere tatrichterliche Feststellungen erforderlich.

Nach § 6 Abs. 1 Satz 1 BauO NW sind vor Außenwänden von Gebäuden Flächen von oberirdischen Gebäuden freizuhalten (Abstandsflächen). Dasselbe gilt gemäß § 6 Abs. 10 BauO NW für bauliche Anlagen und andere Anlagen und Einrichtungen, von denen Wirkungen wie von Gebäuden ausgehen. Diese Vorschriften haben - ähnlich wie § 7 BauO NW a.F. - nachbarschützende Wirkung. Die an der Grundstücksgrenze errichtete Spundwand ist demnach grundsätzlich unzulässig und zu beseitigen, wenn sie in ihrer Wirkung einem Gebäude gleichsteht.

Soweit das Berufungsgericht eine Duldungspflicht aus der Aufschüttung folgert, deren Befestigung für sich genommen nicht unzulässig sein könne, wäre dies allenfalls dann richtig, wenn die Spundwand eine nach § 6 Abs. 11 Nr. 2 BauO NW (ähnlich § 7 Abs. 4 Satz 1 BauO NW a.F.) zulässige Stützmauer wäre. Die von den Beklagten

gesetzte Spundwand erhielt aber die Funktion einer Stützmauer möglicherweise erst durch die nachfolgende Auffüllung des Raumes zwischen ihr und der früheren Böschung. Nach den bisherigen Feststellungen läßt sich auch nicht annehmen, die Klägerin müsse diese Aufschüttung dulden. Bauordnungsrechtlich sind - anders als nach der früheren Bestimmung des § 7 Abs. 4 BauO NW, die grundsätzlich keinerlei Aufschüttungen im Bauwich zuließ (OVG NW BRS 23 Nr. 112; 39 Nr. 111 und 40 Nr. 134 - Bodenerhöhungen im Bereich der Abstandsflächen jetzt unzulässig, wenn von ihnen gebäudegleiche Wirkungen ausgehen (§ 6 Abs. 10 i.V.m. § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 BauO NW; vgl. auch Thiel/Röbber/Schumacher, Baurecht in NW § 6 Anm. 3 a)).

Nach alledem kann auch die Abweisung dieses Klageantrags nicht bestehenbleiben. Auf die weiteren Rügen der Revision kommt es nicht mehr an.

III.

Anträge zur Beseitigung des behaupteten Überbaus
(Antrag Nr. 1 b) und zur Zahlung einer Entschädigung von 3 500 DM (Antrag Nr. 1 c) und zur Zahlung von 41 000 DM (Antrag Nr. 3)

Das Berufungsgericht hat den auf Beseitigung der Einfriedung (Spundwand), soweit sie auf dem Grundstück der Klägerin errichtet sei, gerichteten Klageantrag zu 1 Buchstabe b als unzulässig abgewiesen. Nach seiner Auffassung fehlt es an der nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO erforderlichen hinreichenden Bestimmtheit des Antrags.

Ob die dagegen gerichteten Angriffe der Revision begründet sind, kann offenbleiben. Insoweit muß das Berufungsurteil ohne weitere Prüfung aufgehoben werden, weil dieser Antrag der Sache nach nur als Hilfsantrag zu dem unter Abschnitt II behandelten umfassenden Beseitigungsantrag in Nr. 1 Buchstabe a verstanden werden kann und über einen Hilfsantrag erst bei Abweisung des Hauptantrags entschieden werden darf.

Entsprechendes gilt für die ausdrücklich nur hilfsweise gestellten Zahlungsanträge zu Nr. 1 Buchstabe c und zu Nr. 3.

IV.

Antrag auf Feststellung der Ersatzpflicht für weitere Schäden (Antrag Nr. 4)

Den Feststellungsantrag hat das Berufungsgericht ebenfalls als Hilfsantrag bezeichnet und die Klage in diesem Umfang mangels Verpflichtung der Beklagten zur Beseitigung der Aufschüttung und der Spundwand abgewiesen. Auch insoweit kann das Berufungsurteil keinen Bestand haben.

Es fehlt zunächst an Anhaltspunkten dafür, daß die Klägerin den Klageantrag zu 4 ebenfalls nur hilfsweise gestellt hat. Wenn die Klägerin beantragt, festzustellen, die Beklagten seien verpflichtet, "den weiteren Schaden zu ersetzen, der infolge der Beseitigung der Störungen nicht werde ausgeglichen werden", so begehrt sie die Feststellung einer Ersatzpflicht der Beklagten ersichtlich neben, nicht anstelle einer Beseitigung von Spund-

wand und Aufschüttungen, wie es bei einem echten Hilfsantrag gewollt wäre.

Insoweit muß das Urteil indessen aus sachlichen Gründen aufgehoben werden. Hinsichtlich der im Anschluß an den Vorprozeß vorgenommenen Aufschüttungen und wegen der Spundwand tragen die Entscheidungsgründe des Berufungsurteils nicht.

Dr. Thumm

Vogt

Dr. Eckstein

Lambert-Lang

Linden