

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V ZR 79/68

URTEIL

Verkündet am
4. Dezember 1970
Hirth
Justizsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In dem Rechtsstreit

1. des Kaufmanns Willi H [REDACTED],
2. der Ehefrau Edith H [REDACTED] geb. F [REDACTED],
beide in B [REDACTED] ([REDACTED]), W [REDACTED]allee [REDACTED],

Beklagten und Revisionskläger,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Otto H [REDACTED] in B [REDACTED]
([REDACTED]), U [REDACTED]straße [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 4. Dezember 1970 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Augustin und der Bundesrichter Dr. Rothe, Dr. Mattern, Offterdinger und Dr. Grell für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 27. Februar 1968 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien sind Grundstücksnachbarn in einem C Villenviertel. Das mit einem zweigeschossigen Einfamilienhaus bebaute Grundstück des Klägers liegt etwa 2 m höher als das süd-südostwärts angrenzende Gelände der beklagten Eheleute. Diese errichteten dort im Jahre 1961 ebenfalls ein Einfamilienhaus. Es handelt sich um einen zweigeschossigen Flachbau im sogenannten Bungalowstil; sein Dach besitzt - vom Grundstück des Klägers her gesehen - eine schwach V-förmige Gestalt, ist also in der Mitte tiefer als an den Außenkanten, und zwar um rund 80 cm. Das Haus der Beklagten wurde mit einer vom Bauaufsichtsamt genehmigten Ölheizungsanlage ausgerüstet, die neben der Raumbeheizung auch zur Warmwasserversorgung dient. Der

- 3 -

gemauerte Schornstein der Heizanlage steht annähernd in Dachmitte auf einem kleinen Sockel, ist etwa 90 cm hoch und ragt um einen halben Meter über die seitlichen Dachkanten hinaus; seine Mündung befindet sich, ungefähr 12 - 13 m vom Hause des Klägers entfernt, rund 4,80 m über dem Terrain des Nachbargrundstücks, d.h. in gleicher Höhe mit den dortigen Fenstersimsen im Obergeschoß.

Nach Inbetriebnahme der Heizanlage entstanden Meinungsverschiedenheiten zwischen den Parteien, weil der Kläger sich durch Abgase und Ölgerüche belästigt fühlte und auf Abhilfe drängte; er erwirkte gegen den Erstbeklagten eine entsprechende einstweilige Verfügung. Im Zuge langwieriger Verhandlungen, an denen sich auch das Bauaufsichtsamt beteiligte, kam man im August 1962 überein, den Schornstein versuchsweise zu erhöhen; die daraufhin durch Aufsetzen eines 1 m langen Rohres vorgenommene Erhöhung wurde später, nachdem der Kläger diese Maßnahme als unzulänglich bezeichnet hatte, von den Beklagten wieder beseitigt. Im Juli 1963 gab das Bezirksamt C [REDACTED] dem Erstbeklagten auf, seine Heizungs- und Warmwasserfeuerungsanlage in einen ordnungsmäßigen Zustand bringen zu lassen, und empfahl ihm, den Schornstein mit einer 24 cm starken Wange soweit zu erhöhen, daß er aus dem Einflußbereich der störungstechnisch ungünstigen Dachform herausgehoben werde und die übelriechenden Verbrennungsgase in den freien Luftraum bringe. Diese Verfügung wurde im Oktober 1963 durch Widerspruchsbescheid des Senators für Bau- und Wohnungswesen im wesentlichen bestätigt. Ein hierauf von den Beklagten

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



gegen das Bezirksamt anhängig gemachtes Verwaltungsstreitverfahren endete, nachdem sie in ihrem Hause ein Rauchgasabzugsgebläse (Ventilator) eingebaut hatten, im Jahre 1965 damit, daß beide Verfahrensbeteiligten die Hauptsache für erledigt erklärten. Zum Einbau des Ventilators war es auf Grund eines Zwischenvergleichs im jetzigen Rechtsstreit gekommen; der Ventilator hatte sich zuerst unten im Heizungskeller befunden, und er wurde dann, weil er dort ohne ausreichende Wirkung blieb, Ende Januar 1965 am Schornstein oberhalb des Daches angebracht.

In dem gegenwärtigen, seit August 1962 schwebenden Rechtsstreit begehrt der Kläger Verurteilung der Beklagten, durch geeignete Maßnahmen zu verhindern, daß von ihrem Grundstück belästigende Ölfeuerungsabgase auf sein eigenes Grundstück zugeführt würden. Letzteres geschehe, so behauptet er, in unerträglichem Maße, besonders wenn der Wind in dieser Richtung wehe; während des Betriebs der Heizanlage sei ein Aufenthalt im Garten oder auf der Terrasse ebenso wie das Öffnen der Fenster im ersten Stock wegen der unerträglichen Geruchsbelästigung unmöglich. Die Beklagten, die Klageabweisung beantragt haben, bestreiten dies: Ihre Heizanlage arbeite einwandfrei und führe zu keiner wesentlichen Beeinträchtigung des Nachbargrundstücks, zumal da sie im Sommer täglich immer nur für kurze Zeit eingeschaltet werde, um Warmwasser zu bereiten. Im übrigen gingen auch von

anderen Grundstücken in der Nachbarschaft Geruchsbelästigungen durch Ölabgase aus, vor allem von der Ölheizung im Hause des Klägers selbst. Soweit hiernach überhaupt noch durch die streitige Anlage geringfügige Beeinträchtigungen in Betracht kommen sollten, müsse der Kläger diese hinnehmen, da sie als ortsüblich anzusehen seien. Nach Einbau des Rauchgasabzugsgebläses seien sie, die Beklagten, zu weiteren technischen Maßnahmen weder verpflichtet noch bereit.

Das Landgericht hat Beweis erhoben und alsdann der Klage stattgegeben. Die Berufung der Beklagten ist vom Kammergericht nach weiterer Beweisaufnahme zurückgewiesen worden. Mit der im Berufungsurteil zugelassenen Revision verfolgen die Beklagten ihren Klageabweisungsantrag weiter. Der Kläger bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe

1. Nach § 1004 Abs. 1 BGB kann der Kläger, falls er durch die Abgase der auf dem Nachbargrundstück betriebenen Ölheizung in seinem Eigentum beeinträchtigt wird, von den Beklagten Unterlassung dieser Beeinträchtigungen verlangen, es sei denn, daß er (vgl. Abs. 2 aaO) aus einem besonderen Rechtsgrunde - etwa nach Maßgabe der Vorschriften des § 906 Abs. 1 oder 2 BGB - zur Duldung verpflichtet wäre. Von dieser Rechtslage sind beide Vorinstanzen ausgegangen, und sie sind auf

Grund umfangreicher und langwieriger Beweiserhebungen übereinstimmend zu dem Ergebnis gelangt, daß hier eine Beeinträchtigung vorliege und den Kläger keine Duldungspflicht treffe.

Das Berufungsgericht insbesondere bejaht unter Würdigung der Sachverständigengutachten des Diplomingenieurs Bracht vom Technischen Überwachungs-Verein B. und des Direktors des Instituts für Hygiene und medizinische Mikrobiologie der Freien Universität B., Professor Dr. Schmidt, die Voraussetzungen des § 1004 Abs. 1 BGB. Es stellt fest, die Ölfeuerungsanlage emittiere auch nach dem Einbau des Rauchgasabzugsgebläses weiterhin geruchsintensive Rauchgase, diese seien bei Windrichtungen aus Südosten bis Südwesten auf dem Grundstück des Klägers wahrzunehmen, und zu den ausgeströmten Geruchsstoffen gehörten aromatische Kohlenwasserstoffe, die schon bei sehr geringer Konzentration (weniger als 1 % Beimischung) als unangenehm und belästigend empfunden würden; die erhebliche Intensität der das Wohlbefinden der Hausbewohner im Anwesen des Klägers beeinträchtigenden Geruchseinwirkungen sei auf die ungünstige Höhenlage der beiden Grundstücke zurückzuführen. Auf die Ausnahmeregelung in § 906 BGB können sich die Beklagten nach Ansicht des Berufungsgerichts nicht berufen; sie hätten weder die Unwesentlichkeit der Beeinträchtigungen dargetan (Abs. 1), noch sei ihnen - wenn man auch zu ihren Gunsten die Ortsüblichkeit bejahe - der Nachweis gelungen, daß sich die Geruchsbelästigung durch keinerlei wirtschaftlich zumutbare Maßnahmen verhindern lasse (§ 906 Abs. 2 Satz 1 BGB).

2. Die Revision will dies nicht wahrhaben. Sie bemängelt in erster Linie, daß das Kammergericht bei seinen Ausführungen zu § 1004 Abs. 1 BGB kein Wort über die Rechtswidrigkeit der angeblichen Beeinträchtigungen verloren habe, obgleich es sich insoweit um ein Tatbestandsmerkmal jener Vorschrift handle. Denn unzweifelhaft gebe es, wie schon die Rechtsfigur des nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses zeige, auch rechtmäßige Beeinträchtigungen. So werde z.B. der einen Grundeigentümer belästigende Betrieb von Kraftfahrzeugen (auch solcher mit Dieselmotoren) auf privaten oder im Gemeingebräuch stehenden Nachbargrundstücken allgemein als rechtmäßig angesehen. Da aber die Verwendung von Ölheizungen in Wohnvierteln und sogar in Kurorten durchweg üblich sei, habe die Frage, ob eine Einwirkung durch die von ihnen ausgeströmten Abgase überhaupt rechtswidrig sei, keineswegs ungeprüft bleiben dürfen. Ein Übermaß derartiger Einwirkungen freilich verletze, was nicht geleugnet werden solle, die Grenzen der Rechtmäßigkeit oder der rechtlichen Neutralität; allein daß es sich im vorliegenden Fall so verhalte, wäre als Anspruchsvoraussetzung nach § 1004 BGB vom Kläger zu beweisen gewesen; dieser habe einen solchen Nachweis, wie die Revision dann an Hand des Beweisergebnisses im einzelnen aufzuzeigen versucht, nicht erbracht.

Die Rüge geht fehl. Inwieweit die Befugnis des Eigentümers, sich gegen störende Einwirkungen zur Wehr zu setzen (§ 1004 Abs. 1 BGB), davon abhängt, daß der Störer rechtswidrig handelt, ist

streitig. Im Schrifttum wird das Erfordernis der Rechtswidrigkeit, obgleich das Gesetz darüber schweigt, zumeist bejaht (vgl. etwa Mühl bei Soergel/Siebert, BGB 10. Aufl. § 1004 Anm. 26; Wolff/Raiser, Sachenrecht 10. Bearb. § 87 Abschn. I 2; Westermann, Sachenrecht 5. Aufl. § 36 Abschn. I 2; Baur, AcP 160, 465 ff und Sachenrecht 6. Aufl. § 12 Abschn. I 2; Staudinger/Berg, BGB 11. Aufl. § 1004 Anm. 13; Palandt/Degenhart, BGB 29. Aufl. § 1004 Anm. 2 a ee), jedoch finden sich auch gegenteilige Meinungsäußerungen (besonders eingehend Münzberg, JZ 1967, 689, 690 f, der zugleich in Fußn. 19 darauf hinweist, daß bezeichnenderweise in manchen - vor allem älteren - Darstellungen das Problem der Rechtswidrigkeit gar nicht erörtert werde). Es bedarf hier indessen keiner abschließenden Stellungnahme zu dieser Frage. Auch wenn man nämlich der herrschenden Ansicht folgt, dürfte das Kammergericht zunächst davon ausgehen, daß vom Gesetzgeber in aller Regel die Verletzung des Eigentums durch Einwirkungen (§ 903 BGB) als rechtswidrig angesehen wird (vgl. auch Urteil des erkennenden Senats vom 16. Oktober 1970, V ZR 10/68, Betrieb 1970, 2264). In den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urteils ist der Berufung der Beklagten auf § 906 BGB der Erfolg versagt worden. Dann erübrigte sich aber eine ausdrückliche Auseinandersetzung mit dem Problem der Rechtswidrigkeit. Was die Revision hierzu an weiteren Rügen vorbringt, ist in diesem Zusammenhang unbeachtlich und wird im folgenden bei Erörterung des § 906 BGB behandelt.

3. Den Einwand der Beklagten, daß ein Ausnahmetatbestand nach § 906 Abs. 1 oder 2 BGB vorliege und

der Kläger deshalb die Geruchsimmissionen dulden müsse, hat das Berufungsgericht nicht durchgreifen lassen. Diese Beurteilung hält einer rechtlichen Nachprüfung stand.

Mögen auch nach heutiger Verkehrsauffassung Ölgerüche, die von benachbarten Zentralheizungen auf das eigene Grundstück herüberdringen, von den belästigten Personen im allgemeinen widerspruchslos hinzunehmen sein, so bestehen jedoch im vorliegenden Fall, wie der Tatrichter festgestellt hat, besondere Verhältnisse. Sie sind gekennzeichnet einmal durch die ungewöhnliche, beiderseits nach innen abgesenkte Form des Bungalowdaches, das eine in Richtung zum Grundstück des Klägers verlaufende Mulde bildet und in Verbindung mit der Aufstellung des Schornsteins gerade an mittlerer, tiefster Stelle das Hinüberdringen von Abgasen begünstigt, und zum anderen durch den Höhenunterschied zwischen den beiden Grundstücken. Den Einfluß der Dachkonstruktion haben die Beklagten, nachdem er sich etwa drei Jahre lang zum Nachteil des Klägers bemerkbar gemacht hatte, schließlich dadurch beseitigt, daß sie Ende Januar 1965 am Schornstein einen Ventilator anbrachten, der die Austrittsgeschwindigkeit der übelriechenden Abgase vergrößert und diese höher in die Atmosphäre befördert. Die ungünstige Höhenlage der beiden Wohnhäuser dagegen - sie bildet nach dem vom Berufungsgericht gebilligten Untersuchungsergebnis des Sachverständigen Bracht (S. 3 des Gutachtens vom 28. Januar 1966) die Hauptursache für die Rauchgasimmissionen - wirkt sich nach

wie vor als Quelle von Störungen aus. Sie hat laut tatrichterlicher Feststellung zur Folge, daß unmittelbar nach dem Einschalten der Heizung bei entsprechender Windlage Abgasschwaden auf das Grundstück des Klägers getrieben werden, die eine erhebliche Geruchsintensität besitzen und nicht nur den Aufenthalt im Garten, sondern auch ein längeres Öffnen der Fenster im dortigen Wohnhause zu einer starken Belästigung werden lassen. Immissionen dieses Umfangs überschreiten das normalerweise zu duldende Ausmaß.

Die hiergegen gerichteten Revisionsangriffe laufen auf den verfahrensrechtlich unzulässigen Versuch hinaus, den Sachverhalt anders zu würdigen als der Tatrichter (§ 561 Abs. 2 ZPO). Die Aussagen der in erster Instanz vernommenen Zeugen L. und B. hat das Berufungsgericht nur als Bestätigung dessen herangezogen, was es ohnehin schon auf Grund der beiden zweitinstanzlichen Sachverständigengutachten und der von vier Angehörigen des Instituts des Sachverständigen Prof. Dr. Schmidt durchgeführten Geruchsteste festgestellt hat; da hiernach der Einbau des Rauchgasabzugsgebläses im Januar 1965 zu keiner durchgreifenden Besserung führte, kommt dem Umstand, daß die Wahrnehmungen der Zeugen L. und B. zeitlich vorher lagen, keine entscheidungserhebliche Bedeutung zu. Wenn der Sachverständige Schmidt den Begriff "Gesundheit" unzutreffend definiert haben mag, stand dies der Verwendbarkeit seiner sonstigen Feststellungen nicht entgegen, und ebensowenig schließt das an sich einwandfreie Arbeiten der Heizanlage aus, daß trotzdem infolge des Höhenunterschieds der beiden

Grundstücke Rauchgasbelästigungen auftreten.

Soweit auch von Zentralheizungen auf anderen Grundstücken in der Nachbarschaft der Parteien Ölgerüche ausgehen, ist nicht festgestellt, daß sie im gleichen Maße lästig seien wie die der hier streitigen Anlage. Ob sich der Ölgeruch nie vollständig beseitigen läßt, spielt keine Rolle, weil es bereits ausreicht, wenn er auf ein erträgliches Maß herabgemindert wird. Die in das Wissen des Zeugen K. gestellte Behauptung der Beklagten, der Einbau des Ventilators habe den gleichen Erfolg bewirkt wie ein 10 m hoher Schornstein (Schriftsatz vom 14. Februar 1966, S. 3; der weitere Zeuge R. ist dort für dieses Beweisthema nicht benannt worden), betraf eine Sachverständigenfrage, deren Beantwortung das Berufungsgericht, ohne gegen Verfahrensvorschriften zu verstoßen, dem Gutachter Bracht überlassen durfte; nach dessen Angabe, der es sich angeschlossen hat, entsprach jedoch die Wirkung des Rauchgasabzugsgebläses lediglich einer Schornsteinerhöhung um 2 bis 3 m (Vermerk des Berichterstatters vom 18. März 1966) und hatte daher kein Aufhören der Geruchsbelästigungen zur Folge. Bei ihrer Rüge, dem Beweisangebot Niehaus (Schriftsatz vom 5. Februar 1965, S. 3) sei unter Verletzung des § 286 ZPO nicht stattgegeben worden, übersieht die Revision, daß dieser Zeuge - der in Wirklichkeit Niehoff heißt (vgl. Band I Blatt 187, 189 der Akten) - am 26. Februar 1965 vor dem Kammergericht vernommen worden ist und zur Sache ausgesagt hat; eine schriftliche

Niederlegung seiner Aussage ist zwar nicht erfolgt, aber daß er das in sein Wissen Gestellte bestätigt habe, haben die Beklagten - die ausweislich des Protokolls bei der Vernehmung neben ihrem Rechtsanwalt zugegen waren - selbst nicht behauptet.

4. Zu § 906 BGB wird von der Revision beanstandet, daß das angefochtene Urteil, soweit die Parteien über die Wesentlichkeit oder Unwesentlichkeit der belästigenden Einwirkungen streiten, von einer Beweislast der Beklagten ausgegangen ist. Sie meint, angesichts der Lebenserfahrung, wonach Beeinträchtigungen durch Ölheizungsabgase üblich seien und allenthalben stattfänden, spreche alles dafür, daß sie dem durchschnittlichen Benutzer des betroffenen Nachbargrundstücks als unwesentlich erschienen. Deshalb habe im vorliegenden Fall von den in der Rechtsprechung zur früheren Fassung des § 906 BGB entwickelten Beweislastgrundsätzen abgewichen werden und dem Kläger der Beweis für die Wesentlichkeit auferlegt werden müssen. Das ergebe sich auch aus dem Gesichtspunkt des Anscheinsbeweises. Dem kann nicht gefolgt werden. Daß hinsichtlich einer Duldungspflicht aus § 906 BGB nicht der Eigentümer, der Beseitigung oder Unterlassung störender Eingriffe begehrt, sondern der Störer darlegungs- und beweispflichtig ist, entspricht der von jeher in Rechtsprechung und Schrifttum herrschenden Ansicht, der sich auch der erkennende Senat angeschlossen hat. Diese Regel galt nicht nur für die frühere Fassung jener Vorschrift (RGZ 105, 213, 217), vielmehr wird sie in gleicher Weise nach der am 1. Juni

1960 in Kraft getretenen Gesetzesänderung angewandt (vgl. das bereits angeführte Urteil des Senats vom 16. Oktober 1970; Meisner/Stern/Hodes, Nachbarrecht 5. Aufl. § 16 Abschn. VIII, § 38 Abschn. V; Baur bei Soergel/Siebert, BGB 10. Aufl. § 906 Anm. 60; Palandt/Degenhart, BGB 29. Aufl. § 906 Anm. 7). Von ihr im vorliegenden Fall abzugehen, besteht entgegen der Meinung der Revision kein Anlaß, und zwar um so weniger, als laut tatrichterlicher Feststellung der Umfang der Beeinträchtigungen infolge besonderer örtlicher Verhältnisse (Höhenunterschied zwischen den Grundstücken der Parteien) über das normale Maß hinausgeht. Unter diesen Umständen verbietet sich hier auch - in Ermangelung eines typischen Sachverhalts - die Anwendung der Grundsätze über den Anscheinsbeweis. Die Tatsache, daß der Kläger selbst auf seinem Grundstück eine Ölheizung hat, zwingt ebenfalls zu keiner abweichenden Beweislastverteilung, zumal da insoweit nachteilige Auswirkungen nicht festgestellt sind.

Ohne Erfolg wendet sich die Revision gegen die tatrichterliche Beweiswürdigung, nach deren Ergebnis die Beklagten die Unwesentlichkeit nicht dargelegt haben. Mit dem Einwand, daß die Bekundungen der Zeugen H. [REDACTED] und He. [REDACTED] anders als geschehen hätten gewürdigt werden müssen, überschreitet sie ihre verfahrensrechtlichen Grenzen. Ob der Berufungsrichter, als er den Auslagenvorschuß für die - auch zur Frage der Wesentlichkeit angeforderten - Sachverständ-

digengutachten Bracht und Schmidt nicht den Beklagten, sondern dem Kläger auferlegte und ihn in der Verfügung vom 27. Februar 1967 sogar noch ausdrücklich auf die Folgen etwaigen Beweisfälligbleibens aufmerksam machte, seinerseits die Beweislastverteilung zunächst verkannt hat, kann ebenso dahingestellt bleiben wie die weitere von der Revision aufgeworfene Frage, ob er nicht, wenn er dann seine Entscheidung - wie geschehen - auf die Beweislast der Beklagten abstellen wollte, diese zuvor gemäß § 139 ZPO über seinen nunmehrigen Rechtsstandpunkt hätte unterrichten müssen. Denn was im Falle eines solchen Hinweises die Beklagten laut Behauptung der Revision noch vortragen haben würden, wäre nicht geeignet gewesen, ein anderes Ergebnis herbeizuführen: Ihrem alsdann gestellten Antrag auf Zuziehung noch eines weiteren Sachverständigen brauchte das Kammergericht, nachdem es bereits zwei umfangreiche Gutachten zum gleichen Problem eingeholt hatte, nicht mehr stattzugeben (Urteil des Senats vom 4. Juli 1969, V ZR 188/67, WM 1969, 1209, 1211); daß es, wenn die Beklagten ihren Vortrag aus den Schriftsätzen vom 25. Juni 1964 (S. 2), 14. Februar 1966 und 27. Dezember 1967 nochmals wiederholt hätten, abweichend entschieden hätte, trifft aus dem Grunde nicht zu, weil das angefochtene Urteil keinen Anhaltspunkt für die Behauptung der Revision bietet, dieser Vortrag sei entgegen § 286 ZPO bei der Entscheidung unberücksichtigt geblieben; letzteres folgt insbesondere nicht daraus, daß das Urteil die Tages- und Jahreszeiten, zu denen

die Heizung in Betrieb genommen wird, zwar bei Erörterung des § 1004, nicht aber bei der des § 906 BGB erwähnt hat, da keine Notwendigkeit bestand, eine Erwägung, die ersichtlich für die gesamte Urteilsbegründung gelten sollte, an späterer Stelle zu wiederholen, vielmehr die Entscheidungsgründe im Zusammenhang gelesen werden müssen (Urteil des Senats vom 8. Juni 1965, V ZR 15/64, S. 9).

Soweit die Revision an Hand des Sachverständigengutachtens Schmidt ausführt, daß im Sommer gar keine Geruchsbelästigungen stattfänden und daß auch während der winterlichen Heizperiode die Entlüftung des Hauses auf dem Nachbargrundstück nur zeitweise beeinträchtigt werde, sucht sie ihre eigene Sachverhaltswürdigung an die Stelle derjenigen des Tatrichters zu setzen; das ist unzulässig (§ 561 Abs. 2 ZPO). Nicht anders verhält es sich mit ihren Angriffen gegen den Beweiswert der Schmidt'schen Rauchgasversuche, den das angefochtene Urteil ohne erkennbaren Rechtsverstoß bejaht hat (S. 11 unten).

5. Gegenstand weiterer Revisionsangriffe ist die Nichtanwendung des § 906 Abs. 2 Satz 1 BGB. Das Berufungsgericht hat zwar - insoweit vom Landgericht abweichend - die Ortsüblichkeit der streitigen Immissionen bejaht. Aber es vermißt den nach jener Vorschrift außerdem erforderlichen Nachweis, daß die Beeinträchtigung nicht durch Maßnahmen, die den Beklagten wirtschaftlich zuzumuten sind, verhindert werden könne. Nicht widerlegt sei insbesondere die

im Sachverständigengutachten Bracht erwähnte Möglichkeit, den Schornstein entsprechend zu erhöhen; auch hätten die Beklagten, falls ihnen eine solche Erhöhung aus ästhetischen Gründen untragbar erschiene, sonstige technische Abhilfemaßnahmen in Erwägung ziehen können, z.B. die Umstellung der gesamten Heizanlage auf eine andere Energiequelle als Öl oder doch wenigstens die Trennung der auch im Sommer betriebenen Warmwasserversorgung von der Ölheizung und deren Betrieb durch Gas oder Elektrizität.

Was die Revision gegen diese Beurteilung einwendet, ist nicht stichhaltig. Der von ihr als Übergangen gerügte Beweisantrag H[REDACTED] - der Unterbau des Schornsteins lasse keine höhere Aufmauerung zu (Schriftsatz vom 25. Juni 1964, S. 3) - bezog sich nicht auf Schornsteinerhöhungen schlechthin, sondern auf das dem Erstbeklagten in der Ordnungsverfügung des Bezirksamts vom 17. Juli 1963 empfohlene Anbringen einer 24 cm dicken "Wange", also einer besonderen Aufmauerung, die ersichtlich wegen ihrer Breite ein nicht unbeträchtliches Gewicht gehabt hätte. Bei der Behauptung der Revision, das gleiche müsse "für Erhöhung des Schornsteins im ganzen gelten", handelt es sich um neues tatsächliches Vorbringen; damit kann sie gemäß § 561 Abs. 1 ZPO nicht gehört werden. Im übrigen haben die Beklagten auch nicht dargetan, daß eine Verstärkung des bisherigen Unterbaues unmöglich oder wirtschaftlich nicht zumutbar wäre.

Unbegründet ist der Vorwurf der Revision, der Berufungsrichter habe mit seinen Ausführungen über sonst noch mögliche Abhilfemaßnahmen - Umstellung der gesamten Heizanlage oder von Teilen derselben auf Gas oder Elektrizität - die Beklagten überrascht und damit gegen die §§ 128, 139 ZPO verstoßen. Auch wenn diese Möglichkeit in der mündlichen Verhandlung nicht ausdrücklich erörtert worden sein sollte, lag sie unter den gegebenen Umständen doch so nahe, daß die insoweit darlegungs- und beweispflichtigen Beklagten, wenn sie gegenteiliger Ansicht waren, sie oder ihre Zumutbarkeit hätten in Abrede stellen müssen; eines besonderen Hinweises von seiten des Gerichts bedurfte es dazu nicht. Infolgedessen erübrigt sich eine Stellungnahme zu ihren jetzt in der Revisionsinstanz erstmals aufgestellten Behauptungen, auf ihrem Grundstück fehle ein Gasanschluß, eine Trennung des elektrisch betriebenen Teiles der Heizanlage von dem mit Öl betriebenen sei nicht möglich und Warmwasserkessel könnten nicht mit Elektrizität beheizt werden. Wieso nach dem Sachverständigengutachten Schmidt der Betrieb der Warmwasserbereitungsanlage durch eine andere Energiequelle "unbehelflich und unlogisch" sein sollte, ist nicht ersichtlich.

6. Da das angefochtene Urteil auch keinen sonstigen von Amts wegen zu beachtenden Rechtsfehler erkennen läßt, muß die Revision mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 ZPO zurückgewiesen werden.

Dr. Augustin

Rothe

Mattern

Offterdinger

Dr. Grell