

Beglaubigte Abschrift

13 S 8/18
10 C 136/17
Amtsgericht Bottrop



Landgericht Essen

Verf.	Frist not.	KV/ KGA	Mch.:
RA	EINGEGANGEN		Kont- riban.
SE	03. JULI 2018		Rück- spr.
Rück- spr.	FRANK DOMMANN RECHTSANWALT		Zah- lung
zGA			Stel- lungn.

Beschluss

In dem Rechtsstreit

[REDACTED]

I.

Die Parteien streiten über Ansprüche im Zusammenhang mit einem Überbau von dem Beklagten Grundstück auf das Kläger Grundstück. Der Kläger ist Eigentümer des Grundstücks [REDACTED] in Bottrop. Der Beklagte ist Eigentümer des Grundstücks [REDACTED] in Bottrop, welches er im Jahr 2002 erwarb. Im Jahr 2015 sanierte der Beklagte die auf seinem Grundstück errichtete und dem Haus zugehörige Hochterrasse. Im Zuge der Sanierung brachte der Beklagte eine Hauswandverkleidung an dem Haus auf dem Grundstück [REDACTED] an, welche über die zwischen beiden Grundstücken verlaufende Grundstücksgrenze ragt.

Der Kläger nimmt den Beklagten in der Hauptsache auf einen Rückbau des Überbaus entlang der Grundstücksgrenze [REDACTED] zum Kläger Grundstück hin im Bereich des Terrassenanbaus bis zur gemeinsamen Grundstücksgrenze in Anspruch. Hilfsweise begehrt er, den Beklagten zu verpflichten, den Rückbau des Überbaus durch ihn – den Kläger – bis zu der im Hauptantrag näher beschriebenen Grundstücksgrenze zu dulden.

Hierzu hatte in erster Instanz im Wesentlichen vorgetragen, mit Nichtwissen zu bestreiten, dass der Beklagte nicht alleiniger Eigentümer des Grundstücks [REDACTED] in Bottrop sei. Der Überbau auf sein Grundstück betrage stellenweise 5 cm. Diesen habe er – der Kläger – erst nach Abschluss der Arbeiten bemerkt, woraufhin er sofort dessen Beseitigung verlangt habe. Teile des Überbaus lägen auf den Aufbauten des klägerischen Grundstücks auf. Aufgrund dessen könne er ein Sicherheitsgeländer der Dachterrasse auf dem klägerischen Grundstück nicht mehr mit seinem Haus verschrauben. Im Falle von Undichtigkeiten könne er keine

Wartungsarbeiten mehr an seinem Haus vornehmen. Er habe ein berechtigtes Interesse an der Beseitigung des Überbaus. Darauf, ob er die überbaute Fläche nutze, komme es nicht an.

Der Beklagte hat in erster Instanz beantragt, die Klage abzuweisen. Hierzu hat er im Wesentlichen vorgetragen, nicht Alleineigentümer des Grundstückes [REDACTED] in Bottrop zu sein. Er und seine Ehefrau seien die Eigentümer des vorgenannten Grundstückes. Der Überbau auf das klägerische Grundstück betrage lediglich 2 cm. Die von ihm angebrachte Hauswandverkleidung sei allein mit dem Haus auf dem Grundstück [REDACTED] verbunden. Es bestehe ein Spalt zwischen der Hauswandverkleidung und dem Eigentum des Klägers. Der Überbau liege daher nicht auf den auf dem klägerischen Grundstück befindlichen Aufbauten auf. Bereits zum Zeitpunkt des Erwerbes des in Rede stehenden Grundstückes habe ein Überbau von 2 cm durch zuvor angebrachte Schieferplatten bestanden. Er habe lediglich die Art der Hauswandverkleidung erneuert. Der Kläger habe die Arbeiten zur Sanierung über den gesamten Zeitraum beobachtet und zu keiner Zeit Einwände gegen die Durchführung der Arbeiten erhoben. Einen etwaigen Rückbauanspruch habe der Kläger verwirkt. Sein Verhalten verstoße zudem gegen Treu und Glauben.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes bis zum Abschluss der ersten Instanz und wegen der erstinstanzlich gestellten Anträge wird auf das angegriffene Urteil, Bl. 54 ff. der Akte Bezug genommen.

Nachdem der Beklagte erstmals in der mündlichen Verhandlung vom 09.01.2018 unter Vorlage von Dokumenten erklärt hat, nicht alleiniger Eigentümer des Grundstückes [REDACTED] zu sein und nachdem der Kläger in dem im Termin zur mündlichen Verhandlung erstmals hilfsweise beantragt hat, den Beklagten zur Duldung des Rückbaus durch ihn – den Kläger – zu verurteilen, hat das Amtsgericht am Schluss der Sitzung die Klage abgewiesen. Hierzu hat es in der angegriffenen Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt, hinsichtlich des Hilfsantrags sei die Klage bereits unzulässig. Bei dem hilfsweise gestellten Antrag handele sich um einen solchen gemäß § 887 Abs. 1 ZPO. Nach dieser Regelung sei der Gläubiger von dem Prozessgericht des ersten Rechtszugs auf Antrag zu ermächtigen, auf Kosten des Schuldners die Handlung vornehmen zu lassen, wenn der Schuldner die Verpflichtung, eine Handlung vorzunehmen, deren Vornahme durch einen Dritten erfolgen könne, nicht erfülle. Anträge gemäß § 887 Abs. 1 ZPO seien jedoch dem

Vollstreckungsverfahren vorbehalten und nicht dem – vorliegenden – Erkenntnisverfahren.

Im Hinblick auf den Hauptantrag sei die Klage unbegründet. Dem Kläger stehe insbesondere kein Anspruch auf Beseitigung des Überbaus gemäß §§ 1004, 912 Abs. 1 BGB gegen den Beklagten zu. Das Gericht habe nicht feststellen können, dass der Beklagte alleiniger Anspruchsgegner des Klägers sei. Als Störer sei im Rahmen dieses Anspruchs der Eigentümer des Grundstücks [REDACTED] anzusehen. Der Beklagte habe bestritten, alleiniger Eigentümer des Grundstückes zu sein. Eine Entscheidung gegenüber dem bzw. den Eigentümern des Grundstückes könne indes nur einheitlich ergehen. Der Kläger könne nicht in getrennten Prozessen gegen den Beklagten und einen etwaigen Miteigentümer vorgehen. Würde das Gericht dem Antrag des Klägers entsprechend ein Urteil erlassen, würde ein Titel geschaffen, an dessen Umsetzung der Beklagte aus rechtlichen Gründen gehindert wäre, wenn es weitere Eigentümer des Grundstückes [REDACTED] gebe. In diesem Fall sei es dem Beklagten nicht möglich, die Handlung, zu der er verurteilt werde, vorzunehmen, ohne hierbei in das Eigentum eines Dritten einzugreifen. Die Einschränkung durch die Beseitigung eines Teils einer Bausubstanz betreffe das Miteigentum und nicht nur einen Miteigentumsanteil. Die Klage auf Beseitigung eines Überbaus sei somit stets gegenüber sämtlichen Miteigentümern eines Grundstückes zu erheben. Hinsichtlich der Passivlegitimation trage der Kläger die Darlegungs- und Beweislast. Dem Beklagten obliege es im Rahmen einer sekundären Darlegungslast darzulegen, dass und aus welchem Grund er nicht passivlegitimiert sei. Der Beklagte habe hinreichend konkret vorgetragen, dass er und seine Ehefrau gemeinschaftliche Eigentümer des Grundstückes [REDACTED] seien und seinen Vortrag durch die Vorlage von Kopien aus dem Grundbuch substantiiert. Hierdurch sei er der ihm obliegenden sekundären Darlegungslast hinreichend nachgekommen. Der Kläger sei hinsichtlich der Passivlegitimation des Beklagten beweisfällig geblieben. Er habe den Vortrag des Beklagten insoweit lediglich mit Nichtwissen bestritten. Nachdem der Kläger auf das Vorbringen des Beklagten im Termin zur mündlichen Verhandlung am 09.01.2018 nicht die Gewährung einer Schriftsatzfrist beantragt habe, sei ihm eine solche auch nicht zu gewähren gewesen.

Wegen der weiteren Urteilsbegründung wird auf die Entscheidungsgründe des angegriffenen Urteils, Bl. 56 ff. der Akte, verwiesen.

Einen Antrag des Klägers vom 29.01.2018, das Protokoll der mündlichen

Verhandlung vom 09.01.2018 dahingehend zu berichtigen, dass der Klägervertreter erklärt habe, dass der Vortrag des Beklagten zur Eigentümerschaft an dem in Rede stehenden Grundstück völlig neuer Sachvortrag sei und dieser sich ohne eine vorherige Einsicht in das Grundbuch zu dieser Einlassung nicht erklären könne, vorsorglich werde die Eigentümerstellung der Ehefrau mit Nichtwissen bestritten, hat das Amtsgericht mit Beschluss vom 16.02.2018 zurückgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, dass der Prozessbevollmächtigte des Klägers nach der Erinnerung des vorsitzenden Richters in der mündlichen Verhandlung am 09.01.2018 die Miteigentümerstellung der Ehefrau des Beklagten lediglich mit Nichtwissen bestritten habe. Die Erklärung, um die der Kläger das Protokoll richtig wissen wolle, sei dem vorsitzenden Richter nicht erinnerlich. Auch der Prozessbevollmächtigte des Beklagten habe im Rahmen seiner Anhörung zu dem Berichtigungsantrag die Behauptung des Prozessbevollmächtigten des Klägers nicht bestätigt. Ergänzend wird auf den Inhalt des Beschlusses vom 16.02.2018, Bl. 67 ff. der Akte, Bezug genommen.

Gegen das Urteil vom 09.01.2018 richtet sich die Berufung des Klägers, mit welcher dieser unter Abänderung der erstinstanzlichen Entscheidung seine Anträge erster Instanz weiterverfolgt. Zur Begründung führt er im Wesentlichen aus, das Amtsgericht habe die Rechtsvorschrift des § 912 Abs. 1 BGB völlig verkannt. Ein sofortiger Widerspruch im Sinne dieser Vorschrift sei nur dann erforderlich, wenn der Grundstücksnachbar weder vorsätzlich noch grob fahrlässig den Überbau verschuldet habe. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung handele derjenige, der in der Nähe einer Grundstücksgrenze eine Bebauung vornehme, immer mindestens grob fahrlässig im Sinne des § 912 BGB, darüber hinaus auch bösgläubig im Sinne des § 990 BGB. Vor diesem Hintergrund sei ein sofortiger Widerspruch nicht erforderlich gewesen.

Der Klägervertreter habe im Termin zur mündlichen Verhandlung in erster Instanz erklärt, er könne sich zu der erstmalig in der mündlichen Verhandlung vorgetragenen Behauptung, die Ehefrau des Beklagten sei Miteigentümerin, nicht erklären, da er diesbezüglich zunächst Einsicht in das Grundbuch nehmen müsse. Die Eigentümerstellung der Ehefrau sei mit Nichtwissen bestritten worden, ebenso die Richtigkeit der beklagtenseits vorgelegten Kopie des Grundbuchauszugs. Ohne dem Kläger insoweit eine Frist zur Stellungnahme zu geben und ohne den verspäteten Vortrag zurückzuweisen, habe das Amtsgericht die Klage als teilweise unzulässig und teilweise unbegründet abgewiesen. § 62 ZPO, worauf das Amtsgericht sich

stütze, sei eine Zivilprozessvorschrift, die keine Auswirkungen auf das Bestehen oder Nichtbestehen eines Anspruchs haben könne. Weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur sei jemals die Auffassung vertreten worden, dass eine Klage gegen nur einen von mehreren Schuldnern allein deshalb abzuweisen sei, weil für den Fall, dass sämtliche Schuldner mitverklagt worden wären, eine notwendige Streitgenossenschaft vorliege. Diese Rechtsauffassung sei abwegig. Das Amtsgericht habe verkannt, dass zwischen Handlungs- und Zustandsstörer zu unterscheiden sei. Der Beklagte hafte sowohl als Handlungsstörer für den von ihm vorgenommenen Überbau, als auch als Zustandsstörer als Miteigentümer des Nachbargrundstückes. Der Kläger sei nicht verpflichtet, die Ehefrau mit zu verklagen. Dies folge für eine Haftung aus § 990 BGB schon aus dem Umstand, dass der Beklagte und nicht dessen Ehefrau den Überbau vorgenommen habe. Auch im Hinblick auf einen Anspruch aus § 912 BGB stehe es ihm frei, seinen Anspruch nur gegen einen von mehreren Grundstückseigentümern zu richten. Hätte das Amtsgericht dem Kläger Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben, wäre die Klage sicherlich erweitert worden. Das Amtsgericht habe jedoch mit einer abwegigen Rechtsauffassung eine Überraschungsentscheidung getroffen.

Hinsichtlich des hilfsweise geltend gemachten Duldungsanspruchs habe das Amtsgericht zivilprozessuale Vorschriften mit materiellrechtlichen Anspruchsgrundlagen verwechselt. Das Amtsgericht habe in diesem Zusammenhang verkannt, dass § 902 BGB die Unverjährbarkeit eingetragener Rechte garantiere. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH könne ein Eigentümer, dessen Beseitigungsanspruch verjährt sei, den Störer auf Duldung der Beseitigung in Anspruch nehmen, da der rechtswidrige Zustand bestehen bleibe. Demnach könne auch nach Eintritt der Verjährung der Grundstückseigentümer die Beseitigung auf seine Kosten vornehmen, was allerdings einen Duldungsanspruch gegen den störenden Grundstücksnachbarn begründe, welcher gerichtlich durchgesetzt werden könne.

Mit der Berufung vom 30.01.2018 hat der Kläger der Ehefrau des Beklagten, Frau [REDACTED] den Streit verkündet.

Der Beklagte beantragt, die Berufung zurückzuweisen. Er tritt im Wesentlichen der Argumentation des Amtsgerichts bei.

Ergänzend wird auf den Inhalt der Schriftsätze vom 30.01.2018, Bl. 73 ff. der Akte,

und vom 05.04.2018, Bl. 91 ff. der Akte, Bezug genommen.

II.

Die Kammer weist nach vorläufiger Prüfung auf Folgendes hin:

1.

Entgegen der Auffassung des Amtsgerichts dürfte die Klage hinsichtlich des Hauptantrages nicht wegen fehlender Passivlegitimation des Beklagten unbegründet sein.

a)

Ob eine Klage nach Maßgabe des § 62 Abs. 1 Alt. 2 ZPO nur gegen alle Mitberechtigten gemeinsam gerichtet werden kann, ist keine Frage der Passivlegitimation, sondern der Prozessführungsbefugnis auf Beklagtenseite. Selbst wenn mithin vorliegend davon auszugehen wäre, dass der Beklagte nur gemeinsam mit seiner Ehefrau als Miteigentümerin des in Rede stehenden Grundstücks verklagt werden könnte, wäre die Klage hinsichtlich des nur gegen den Beklagten gerichteten Hauptantrags nicht unbegründet, sondern unzulässig (vgl. BGH, Urteil vom 04.05.1984, Az. V ZR 82/83; Zöller/Althammer, 32. Auflage, § 62, Rn. 18).

b)

Die Klage dürfte hinsichtlich des nur gegen den Beklagten als einen von zwei Miteigentümern gerichteten Hauptantrags nicht mangels Prozessführungsbefugnis des Beklagten unzulässig sein, da der Beklagte und die Miteigentümerin des Beklagtengrundstücks hinsichtlich des geltend gemachten Rückbaus eines Überbaus keine notwendigen Streitgenossen gemäß § 62 Abs. 1 Alt. 2 ZPO sein dürften.

Bei Leistungsklagen gegen Mitberechtigte besteht keine notwendige, sondern lediglich eine einfache Streitgenossenschaft, wenn diese als Gesamtschuldner in Anspruch zu nehmen wären (MüKo/Schultes, 5. Auflage, § 62 ZPO, Rn. 31). Nicht unumstritten ist, ob im Falle von Klagen gegen Gesamthänder, im Rahmen derer eine Gesamthandsschuld geltend gemacht wird, von einer notwendigen Streitgenossenschaft auszugehen ist (MüKo/Schultes, 5. Auflage, § 62 ZPO, Rn. 32). Während nach einer Ansicht gegen mehrere Beklagte niemals notwendig gemeinsam auf Leistung geklagt werden muss (so Zöller/Althammer, 32. Auflage, § 62, Rn. 17), geht die herrschende Meinung – so auch die herrschende Meinung in der

Rechtsprechung – davon aus, dass im Falle von Gesamthandsklagen, bei denen eine Gesamthandsschuld geltend gemacht wird, eine notwendige Streitgenossenschaft anzunehmen sei (MüKo/Schultes, 5. Auflage, § 62 ZPO, Rn. 32; Musielak/Weth, 15. Auflage, § 62, Rn. 12; BeckOK/Dressler, 28. Edition, § 62 ZPO, Rn. 26 jeweils m.w.N. aus der Rechtsprechung).

Auf die Entscheidung des zuvor dargelegten Streits kommt es für das vorliegende Verfahren indes nicht an, da selbst nach der herrschenden Meinung, welche eine notwendige Streitgenossenschaft bei Gesamthandsklagen, mit denen eine Gesamthandsschuld geltend gemacht wird, annimmt, vorliegend eine notwendige Streitgenossenschaft nicht in Betracht kommt. Zwar führt das Amtsgericht zu Recht aus, dass namentlich bei Klagen gegen mehrere Miteigentümer Fälle einer notwendigen Streitgenossenschaft aus materiellrechtlichen Gründen in Betracht kommen (MüKo/Schultes, 5. Auflage, § 62 ZPO, Rn. 33). Dies gilt jedoch nur dann, wenn der geltend gemachte Anspruch rechtlich lediglich von allen Mitberechtigten gemeinsam und/oder aus dem Gemeinschaftsvermögen, nicht aber von einem einzelnen Berechtigten allein erfüllt werden kann (MüKo/Schultes, 5. Auflage, § 62 ZPO, Rn. 32). Bei – wie vorliegend – Klagen gegen Miteigentümer ist dies der Fall, wenn sich die Klage auf das gesamte Recht bezieht, etwa weil die geforderte Leistung ihrem Inhalt nach nur von allen Rechtsinhabern gemeinsam erbracht werden kann (Musiellak/Weth, 15. Auflage, § 62, Rn. 12). Hierunter fallen Klagen auf Auflassung eines Grundstücks, auf Einräumung eines Notwegerechts, auf Übernahme einer Baulast oder auf Einräumung sonstiger dinglicher Rechte an einem Grundstück, da sich diese Klagen jeweils auf das gesamte Recht beziehen und die Miteigentümer insoweit nur gemeinsam verfügungsbefugt sind (Musiellak/Weth, 15. Auflage, § 62, Rn. 12; BeckOK/Dressler, 28. Edition, § 62 ZPO, Rn. 27; MüKo/Schultes, 5. Auflage, § 62 ZPO, Rn. 32; zur Darstellung der Ansicht der Rechtsprechung insoweit auch Zöller/Althammer, 32. Auflage, § 62, Rn. 18).

Bei dem vorliegend geltend gemachten Rückbau eines Überbaus geht es jedoch nicht um die Vornahme einer *Verfügung*, zu welcher der Beklagte nur gemeinsam mit seiner Miteigentümerin berechtigt wäre.

2.

Das Berufungsgericht hat bei seiner Entscheidung die vom Gericht des ersten Rechtszugs festgestellten Tatsachen gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO zugrunde zu legen, wenn nicht Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der

entscheidungserheblichen Feststellungen im Sinne der §§ 520 Abs. 3 Nr. 3, 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO begründen. Konkrete Anhaltspunkte, die die Bindung des Berufungsgerichts an die erstinstanzlichen Feststellungen entfallen lassen, können sich insbesondere aus Verfahrensfehlern ergeben, die dem erstinstanzlichen Gericht bei der Feststellung des Sachverhaltes unterlaufen sind. Ein solcher Verfahrensfehler liegt namentlich vor, wenn die Beweiswürdigung in dem erstinstanzlichen Urteil den Anforderungen nicht genügt, die von der Rechtsprechung zu § 286 Abs. 1 ZPO entwickelt worden sind, was der Fall ist, wenn die Beweiswürdigung unvollständig oder in sich widersprüchlich ist, wenn sie gegen Denkgesetze und Erfahrungssätze verstößt, oder wenn das erstinstanzliche Gericht Tatsachenvortrag der Parteien übergangen bzw. von den Parteien nicht vorgetragene Tatsachen verwertet hat (BGH, Urteil vom 21.06.2016, Az. VI ZR 403/14 m.w.N.).

Soweit der Tatbestand des angegriffenen Urteils nicht eindeutig zwischen einem „Überbau“ durch von dem Beklagten unstreitig angebrachte weiße Platten „zur Verkleidung und für einen besseren optischen Eindruck“ und einem – klägerseits in der Klageschrift vom 04.07.2017 behaupteten – Überbau durch einen Teil des Terrassenfundaments unterscheidet, sind die amtsgerichtlichen Tatsachenfeststellungen unvollständig, weshalb die Kammer sich hieran insoweit nicht gebunden sieht.

In der Sache dürfte – nach vorläufiger Prüfung durch die Kammer – zwischen einem „Überbau“ durch Platten und einem Überbau durch das Terrassenfundament zu unterscheiden sein:

a)

Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass die von dem Beklagten angebrachten weißen Platten zumindest 2 cm über die Grundstücksgrenze auf das Grundstück des Klägers ragen.

Eine Eigentumsbeeinträchtigung nach § 1004 Abs. 1 BGB dürfte gegeben sein. Eine solche ist bei jedem dem Inhalt des Eigentums widersprechenden Eingriff in die rechtliche oder tatsächliche Herrschaftsmacht anzunehmen, auch wenn der Eingriff unschädlich ist oder eine Substanzeinwirkung hierdurch nicht bedingt wird (Palandt/Herrler, 77. Auflage, § 1004, Rn. 6).

Eine Duldungspflicht des Klägers dürfte nicht bestehen:

Eine solche dürfte insbesondere nicht aus § 912 BGB folgen.

Insoweit dürfte bereits fraglich sein, ob es sich bei den angebrachten Platten um einen Gebäudeteil, der von dem übrigen Gebäude nicht getrennt werden kann, ohne dass er oder der andere Gebäudeteil zerstört oder in seinem Wesen verändert würde, mithin durch deren Anbringung mit einem Gebäude im Sinne des § 912 BGB über die Grenze zum Nachbargrundstück gebaut wurde, handelt (Staudinger/Roth, Neubearbeitung 2016, § 912 BGB, Rn. 7f.). Insofern kommt insoweit ein Anspruch des Klägers auf Beseitigung nach § 1004 Abs. 1 i.V.m. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Vorschriften des Bauordnungsrechtes über den Grenzabstand bzw. nach § 1004 Abs. 1 BGB in Betracht, ohne dass den Kläger eine Duldungspflicht nach § 912 BGB träge.

Dessen ungeachtet dürfte der Beklagte, der sich im Wesentlichen darauf beruft, dass der Überbau bereits mindestens seit dem Jahr 2002 vorhanden gewesen sei, bei der Errichtung des Überbaus aufgrund der Kenntnis von dem zuvor bestehenden Überbau vorsätzlich oder – falls er die Kenntnis von dem zuvor bestehenden Überbau erst nach der Errichtung erlangt hätte – zumindest grob fahrlässig gehandelt haben, zumal er die Platten im Grenzbereich anbrachte, ohne sich zuverlässig über den Grenzverlauf zu unterrichten (Staudinger/Roth, Neubearbeitung 2016, § 912 BGB, Rn. 24) – jedenfalls ist weder vorgetragen, noch aus den sonstigen Umständen ersichtlich, dass solcherlei Erkundigungen stattgefunden hätten. Eine Duldungspflicht des Klägers nach § 912 BGB ist daher auch vor diesem Hintergrund nicht ersichtlich.

Die Voraussetzungen des § 23 NachbG NRW sind weder dargelegt, noch aus den sonstigen Umständen des Falles ersichtlich. Es handelt sich bei den beklagtenseits durchgeführten Arbeiten, durch welche der „Überbau“ durch die Platten entstand, auch nicht um Maßnahmen, die an einem Gebäude für Zwecke der Wärmedämmung vorgenommen wurden im Sinne des § 23 a NachbG NRW. Vielmehr hat der Beklagte insoweit selbst – im Schriftsatz vom 28.08.2017 – vorgetragen, dass unterhalb der weißen Leiste weiße Platten „zur Verkleidung und für einen besseren optischen Eindruck“ angebracht worden seien.

Der Beseitigungsanspruch des Klägers hinsichtlich der Platten dürfte nicht verwirkt sein. Darauf, dass bereits vor der Anbringung der Platten ein „Überbau“ durch zuvor vorhandene Schieferplatten vorhanden war, dürfte es in diesem Zusammenhang

nicht ankommen. Vielmehr ist bei – wie vorliegend – wiederholten gleichartigen Einwirkungen die Frage der Verwirkung für jeden neuen Anspruch zu prüfen. Im Hinblick auf den „neuen“ Überbau durch weiße Platten ist zwischen der Errichtung im Jahr 2015 (so der Beklagte) bzw. im Jahr 2016 (so der Kläger) und der Geltendmachung des Beseitigungsanspruchs spätestens mit Stellung des Antrags auf Durchführung eines Schlichtungsverfahrens am 07.02.2017 nicht derart viel Zeit vergangen, dass von einer Nichtgeltendmachung „für längere Zeit“ auszugehen wäre. Grundsätzlich steht es dem Berechtigten frei, die bei der Geltendmachung von Rechten gesetzlich bestimmten Fristen voll auszunutzen (Palandt/Grüneberg, 77. Auflage, § 242, Rn. 87).

Weshalb die Geltendmachung des Beseitigungsanspruchs gegen das Gebot von Treu und Glauben verstoßen sollte, ist weder vorgetragen, noch aus den sonstigen Umständen des Falles ersichtlich. Insbesondere wäre das Verhalten des Klägers selbst dann weder widersprüchlich, noch sonst rechtsmissbräuchlich, wenn dieser die Arbeiten an der Terrasse des Beklagten beobachtet hätte, ohne einen Einwand vorzubringen. Abgesehen davon, dass nicht ersichtlich ist, dass der Kläger den Überbau während der Arbeiten erkennen konnte, oblag es dem Beklagten, sich an dem Grenzverlauf zu orientieren.

b)

Einen im Zuge der Dachsanierung der Hochterrasse durch den Beklagten hervorgerufenen Überbau durch das Terrassenfundament hat der Kläger behauptet und durch das Angebot, ein Sachverständigengutachten einzuholen, unter Beweis gestellt. Der Beklagte hingegen hat behauptet, der Überbau bestehe ausschließlich aus den an seiner Wand befestigten Platten, zu denen bereits – worauf zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen wird – unter a) ausgeführt wurde.

Auch im Hinblick auf einen eventuellen Überbau durch das Terrassenfundament dürfte eine Duldungspflicht – insoweit wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die Ausführungen unter a) verwiesen – nicht bestehen.

Es dürfte mithin für den geltend gemachten Beseitigungsanspruch beweisheblich sein, ob der Beklagte im Zuge der von ihm durchgeführten Sanierungsarbeiten einen Überbau durch das Terrassenfundament errichtet hat.

Dem entsprechenden klägerischen Beweisangebot wäre daher nachzugehen.

III.

Die Parteien erhalten Gelegenheit zur Stellungnahme zu den vorstehenden Hinweisen **innen 2 Wochen**.

Aus prozessökonomischen Gründen – insbesondere, um eine zeit- und kostenaufwändige Beweisaufnahme zu vermeiden – schlägt die Kammer den Parteien unter Berücksichtigung des unter Ziffer II. Dargelegten den folgenden **Vergleich** vor:

1.

Der Beklagte verpflichtet sich, die seitlich an der Terrasse des Hauses auf dem Grundstück [REDACTED] in Bottrop zum Grundstück [REDACTED] in Bottrop angebrachten weißen Platten derart zurückzubauen, dass sie die gemeinsame Grundstücksgrenze nicht überragen.

2.

Die Parteien sind sich darüber einig, dass mit der Verpflichtung gemäß Ziffer 1. die in dem Verfahren 10 C 136/17 (Amtsgericht Bottrop) bzw. 13 S 8/18 (Landgericht Essen) streitgegenständlichen Ansprüche erledigt sind.

3.

Die Kosten des Rechtsstreits erster und zweiter Instanz tragen der Kläger zu 40% und der Beklagte zu 60%. Die Kosten des Vergleichs werden gegeneinander aufgehoben.

Sollten die Parteien den vorbenannten Vergleichsvorschlag durch Schriftsatz gegenüber dem Gericht binnen **2 Wochen** ab Zugang annehmen oder binnen gleicher Frist dem Gericht einen übereinstimmenden schriftlichen Vergleichsvorschlag unterbreiten, könnte das Zustandekommen des Vergleichs durch Beschluss gemäß § 278 Abs. 6 ZPO, der keiner mündlichen Verhandlung bedarf, festgestellt und das Verfahren hierdurch beendet werden. Anderenfalls beabsichtigt die Kammer – vorbehaltlich des Inhalts etwaiger Stellungnahmen zu den erteilten Hinweisen – nach Ablauf der vorbenannten Frist gemäß § 358 a Nr. 4 ZPO ohne mündliche Verhandlung ein Sachverständigengutachten zur Frage eines

Überbaus durch das Terrassenfundament im Zuge der Arbeiten des Beklagten an dessen Terrasse einzuholen.

Essen, 22.06.2018

13. Zivilkammer

Jockels
Präsidentin des Landgerichts

Osmers
Richter am Landgericht

Dr. Jansen
Richterin am Landgericht

Beglaubigt

Urkundsbeamter/in der Geschäftsstelle

Landgericht Essen

