

# Bundesgerichtshof

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

§§ 32 Abs. 1 NachbG NRW, 1004 BGB

- 1. Wer gegen den Eigentümer des Nachbargrundstücks Anspruch auf Einfriedigung an der gemeinsamen Grenze hat (§ 32 I NRWNachbG), kann verlangen, daß nicht neben eine solche Einfriedigung eine weitere, andersartige gesetzt wird, welche diese in ihrem ortsüblichen Erscheinungsbild völlig verändert.**
- 2. Es verstößt gegen die Art und Weise der Einfriedigungspflicht, wenn der Grundstückseigentümer zwar bestimmungsgemäß auf der Grenze einen Holzzaun in ortsüblicher Beschaffenheit anbringt (§§ 35 I, 36 I NRWNachbG), dicht daneben aber eine nicht ortsübliche Mauer setzen will. Eine solche Baumaßnahme kann auf die vorhandene Einfriedigung unmittelbar so einwirken, daß diese in ihrem ortsüblich gestalteten Erscheinungsbild völlig verändert wird und damit ihrem Wesen nach nicht mehr dem entspricht, was der Grundstücksnachbar als Einfriedigung verlangen kann.**
- 3. Stellt die geplante Mauer und nicht der vorhandene Zaun eigentlich die dort ortsübliche Art der Einfriedigung dar, so ist diese Mauer dulden, wenn dadurch weder der Zaun als Grenzeinrichtung in seiner Substanz verändert noch die für seine Erhaltung nötige Pflege vereitelt wird (§ 922 BGB).**
- 4. Ist es allerdings auch denkbar, daß in dem Wohngebiet der Parteien die eine wie die andere Art der Einfriedigung üblich ist, dann wäre auch der schon vorhandene Zaun ortsüblich, so daß er durch die Mauer, selbst wenn diese für sich allein ebenfalls ortsüblich wäre, in gleicher Weise beeinträchtigt werden könnte wie durch eine von vornherein nicht ortsübliche Mauer. Da der Grenzzaun nicht eigenmächtig verändert werden darf, kann der Nachbar sich in diesem Falle nicht auf das dem einfriedigungspflichtigen Eigentümer sonst zustehende Wahlrecht berufen.**

BGH, Urteil vom 09.02.1979; Az.: V ZR 108/77

## **Tatbestand:**

Die Parteien sind Grundstücksnachbarn. Auf der Grenze der beiden bebauten Grundstücke stand früher ein 80 cm hoher Holzzaun, den die Kl. 1974 eigenmächtig abgerissen und durch eine etwa zwei Meter hohe Mauer ersetzt hatte. In dem anschließenden Rechtsstreit der Parteien wurde die Kl. zur Beseitigung der

„auf oder an“ der Grenze errichteten Mauer und zur Wiederherstellung des Zaunes auf der Grenze verurteilt. Ihre Berufung wurde durch Urteil des OLG vom 28.06.1976 rechtskräftig zurückgewiesen. Die Mauer ist inzwischen entfernt und der Grenzzaun wieder aufgestellt worden. Nunmehr möchte die Kl. eine zwei Meter hohe Mauer vor dem Zaun auf ihrem Grundstück errichten. Sie hat mit der Klage im ersten Rechtszug die Feststellung begehrt, daß die Bekl. den Bau dieser Mauer in einem Abstand von 20 cm zur Grundstücksgrenze dulden müßten. Das LG hat die Klage abgewiesen. Im Berufungsverfahren hat die Kl. Feststellung dahin beantragt, daß sie die Mauer unmittelbar an den Holzzaun setzen dürfe.

Das OLG hat der Klage stattgegeben. Die - zugelassene - Revision der Bekl. führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

### **Entscheidungsgründe:**

I. Die Revision stellt die Zulässigkeit der Klage im Hinblick auf die Rechtskraftwirkung (§ 322 I ZPO) des in dem Vorprozeß ergangenen Berufungsurteils vom 28.06.1976 in Frage. Diese Rüge greift nicht durch. Dabei kommt es allerdings entgegen der Revisionserwiderung nicht darauf an, ob die Bekl. in erster Instanz oder in der mündlichen Berufungsverhandlung eine entsprechende Rüge unterlassen haben; denn die Rechtskraft schafft ein unabdingbares, in jeder Verfahrenslage von Amts wegen zu beachtendes Prozeßhindernis für eine erneute gerichtliche Nachprüfung des schon entschiedenen Anspruchs (BGH, LM § 322 ZPO Nr. 78; LM § 268 ZPO a.F. Nr. 1). Durch die Verurteilung der Kl. im Vorprozeß, die „auf oder an“ der Grundstücksgrenze errichtete Mauer zu beseitigen und „an Stelle“ der Mauer einen Holzzaun „auf der gemeinsamen Grundstücksgrenze“ anzubringen, ist rechtskräftig nur der auf diese Leistungen gerichtete Klageanspruch festgestellt worden. Auf die der Entscheidung vorgreiflichen (präjudiziellen) rechtlichen und sachlichen Gesichtspunkte erstreckte sich die Rechtsfolge des früheren Urteils nicht (vgl. BGHZ 43, 144 = NJW 1965, 693; BGH, NJW 1976, 1095). Das hat seinen Grund darin, daß solche Vorfragen verschiedenartige Rechtsfolgen auslösen können, die Rechtskraft eines Urteils aber nach § 322 I ZPO stets nur auf den im Rahmen des Klageantrages entschiedenen Anspruch beschränkt ist. Entschieden hat das Berufungsgericht in seinem Urteil vom 28.06.1976 allein über den Anspruch der Bekl. auf Wiederherstellung des Zustandes, wie er vor Änderung der ursprünglichen Grenzeinrichtung (§ 922 S. 3 BGB) bestanden hatte. Eine weitergehende Rechtskraftwirkung auch für die jetzt strittige Frage, ob die Kl. nach Wiederherstellung der Grenzeinrichtung eine zusätzliche Einfriedigungsmauer anlegen darf, war damit nicht verbunden. Diese Wirkung hätte sich zugunsten der Bekl. nur erreichen lassen, wenn sie eine vorbeugende Unterlassungsklage - neben dem Beseitigungsanspruch - erhoben hätten (vgl. BGHZ 42, 340 = NJW 1965, 689; BGH, NJW 1965, 42).

Die Auslegung des früheren Urteils unter Berücksichtigung seines Tatbestandes und der Entscheidungsgründe (BGHZ 34, 337 [339] = NJW 1961, 917) rechtfertigt keine andere Schlußfolgerung. Auch wenn die Mauer, wie das Urteil unterstellt hatte, nicht auf, sondern an der Grundstücksgrenze errichtet worden sein sollte, zielte die Beseitigungspflicht allein darauf ab, eine Wiederherstellung des von der Kl. eigenmächtig entfernten Zaunes auf der Grenze zu ermöglichen. Die Erwägung, ob sich der Zaun auch ohne einen völligen Abriß der Mauer, etwa durch bloße

Verringerung der Mauerstärke, wieder auf der Grenze errichten lasse, betraf nur den Umfang der Beseitigungspflicht in bezug auf den damaligen konkreten Standort der Mauer. Hierauf auch nur beschränkten sich die Ausführungen des Berufungsgerichts über eine von der Mauer ausgehende optische und biologische Störung des Nachbargrundstücks. Eine Entscheidung darüber, ob und an welcher Stelle die Kl. einen Zaun als Grenzeinrichtung nicht beeinträchtigende zusätzliche Einfriedigung errichten dürfe, ist nicht getroffen, sondern im Urteil ausdrücklich offengelassen worden.

II. In der Sache ist das Berufungsgericht zutreffend davon ausgegangen, daß sich aus der nordrhein-westfälischen Landesbauordnung (NRWBauO) kein schutzrechtlicher Anspruch i.S. des § 823 II BGB für die Bekl. ergibt, den von der Kl. beabsichtigten Bau einer zwei Meter hohen Einfriedigungsmauer unmittelbar neben dem Grenzzaun zu unterbinden. Dagegen wendet sich die Revision ohne Erfolg. Die als Schutzgesetz in Betracht kommende Vorschrift des § 7 I NRWBO in der jetzt gültigen Fassung vom 15.07.1976 (NRWGVBl S. 264) sieht einen Mindestabstand von den Grundstücksgrenzen (Bauwuch) nur für Gebäude, Umwehrungen und vorspringende Gebäudeteile vor. Dazu gehören ihrem Wesen nach nicht Einfriedigungen, wie durch Absatz 4 Satz 1 dieser Bestimmung und durch § 6 I der Abstandflächenverordnung vom 20.03.1970 (NRWGVBl S. 249) ausdrücklich klargestellt ist. Hiernach dürfen Einfriedigungen im Bauwuch errichtet werden. Eine Beschränkung dieser Befugnis auf nur eine Einfriedigung läßt sich den genannten Vorschriften nicht entnehmen. Auch die Einfriedigung, die neben einer schon vorhandene aufgestellt wird, um einen zusätzlichen Schutz zu bieten, ist gerade wegen dieser Funktion eine Einfriedigung (vgl. auch das vom Berufungsgericht angeführte Urteil des OVG Münster, BRS 23 Nr. 132; ebenso BayObLG, mitget. v. Glaser, Das NachbarR in der Rechtsprechung, 2. Aufl., Rdnr. 412). Auf die §§ 3, 14 NRWBO, die sich über die allgemeine Gestaltung baulicher Anlagen verhalten, kann sich die Revision nicht stützen. Wie das Berufungsgericht zutreffend und im Einklang mit den vom Senat in BGHZ 66, 354 = NJW 1976, 1888, aufgestellten Grundsätzen dargelegt hat, dienen diese Vorschriften nicht dem Individualschutz des Grundstücksnachbarn; sie haben nur den Zweck, die öffentlichen Belange an einer geordneten Bauweise zu wahren (vgl. Kübler-Speidel, Hdb. d. BaunachbarR, Teil III, Rdnrn. 58, 63; Grundei, NJW 1970, 835). Aus § 36 I NRWNachbG, wonach unter der Voraussetzung der in § 32 NRWNachbG geregelten Einfriedigungspflicht die Errichtung der Einfriedigung auf der gemeinsamen Grundstücksgrenze vorgeschrieben ist, kann eine Beschränkung des bauordnungsrechtlich zulässigen Standorts einer Einfriedigung schon deswegen nicht hergeleitet werden, weil nach § 49 II NRWNachbG die öffentlichrechtlichen Vorschriften der nordrhein-westfälischen Landesbauordnung unberührt bleiben (vgl. dazu auch BGHZ 66, 354 [357] = NJW 1976, 1888).

III. Einen Abwehranspruch der Bekl. nach den Vorschriften des nordrhein-westfälischen Nachbarrechtsgesetzes (Art. 124 EGBGB, § 50 NRWNachbG, § 1004 I BGB) verneint das Berufungsgericht mit der Begründung, daß dieses Gesetz das sich aus § 903 BGB ergebende Recht des Eigentümers, auf seinem Grundstück eine Einfriedigung nach eigenem Ermessen zu errichten, unangetastet lasse. Das ist im Grundsatz richtig. Die Regelungen in den §§ 35, 36 NRWNachbG über die Beschaffenheit und den Standort einer Einfriedigung gelten nur für diejenige Einfriedigung, die der Nachbar gem. § 32 NRWNachbG beanspruchen kann. Für Einfriedigungen, die der Grundstückseigentümer aus eigenem Entschluß und ohne gesetzliche Verpflichtung (§ 32 NRWNachbG) auf seinem Grundstück errichten will, enthält dieses Gesetz keine Einschränkungen (Schäfer, NRWNachbG, 4. Aufl., § 35 Anm. 2; Dehner, NJW 1975, 1972, in krit. Anm. zu OLG Hamm, NJW 1975, 1035). Es mag offenbleiben, ob sich daraus unter allen Umständen das Recht zur

Herstellung einer beliebigen Einfriedigungsanlage ergibt (so auch schon der Vorbehalt in dem Senatsurteil vom 11. 11. 1977, LM NdsNachbG Nr. 2 = MDR 1978, 564, betr. das niedersächsische Nachbarrechtsgesetz); denn darauf kommt es in diesem Fall nicht an. Hier geht es um die Frage, ob es nicht gegen die Art und Weise der Einfriedigungspflicht verstößt, wenn der Grundstückseigentümer zwar bestimmungsgemäß auf der Grenze einen Holzzaun in ortsüblicher Beschaffenheit anbringt (§§ 35 I, 36 I NRWNachbG), dicht daneben aber eine - wie das Berufungsgericht unterstellt - nicht ortsübliche Mauer setzen will. Eine solche Baumaßnahme kann auf die vorhandene Einfriedigung unmittelbar so einwirken, daß diese in ihrem ortsüblich gestalteten Erscheinungsbild völlig verändert wird und damit ihrem Wesen nach nicht mehr dem entspricht, was der Grundstücksnachbar als Einfriedigung verlangen kann. Darauf berufen sich die Bekl. Insoweit ist der Ausgangspunkt hier ein anderer als bei Abwehransprüchen, die auf § 1004 BGB i.V. mit § 906 BGB beruhen. In solchen Fällen zwar hat der Senat den Standpunkt vertreten, daß optisch wahrnehmbare und ästhetisch störende Vorgänge oder Zustände auf einem Grundstück dem davon betroffenen Nachbarn nicht allein schon aus diesem Grunde einen Beseitigungsanspruch nach § 1004 BGB geben (Senat, NJW 1975, 170; BGHZ 54, 56 = NJW 1970, 1541). Vorliegend ist jedoch von der in den §§ 32 I, 35 I, 36 I NRWNachbG enthaltenen Verpflichtung des Grundstückseigentümers auszugehen, auf Verlangen des Nachbarn eine ortsübliche Einfriedigung auf der gemeinsamen Grenze zu errichten. Das Erfordernis der Ortsüblichkeit bildet nicht nur den Maßstab dafür, welche Art der Einfriedigung die Nachbarn nach § 37 I NRWNachbG kostenmäßig hinnehmen müssen; es bestimmt darüber hinaus im beiderseitigen Interesse auch die zweckgerechte (vgl. § 35 II NRWNachbG) und die ihnen ästhetisch zumutbare Ausgestaltung der Einfriedigung (insofern zutreffend OLG Hamm, NJW 1975, 1035). Nur diese Auslegung wird dem Sinngehalt des Gesetzes und seiner Zielvorstellung, den Nachbarfrieden zu sichern und eine annehmbare Lösung zum Ausgleich widerstreitender Interessen der Nachbarn herbeizuführen, in angemessener Weise gerecht (vgl. Zimmermann-Steinke, NRWNachbG, Einl. I vor § 1). Ist deshalb auf der Grenze eine ortsübliche Einfriedigung vorhanden, so kann der Nachbar auf Erhaltung des Zustandes bestehen, den sie nach ihrem Sinn und Zweck gewährleisten muß. Auch eine bloß immaterielle erhebliche Beeinträchtigung dieser Grenzeinrichtung braucht er dann nicht zu dulden; denn es wird hier nicht nur seine Rechtsposition als Grundstückseigentümer, sondern sein Anspruch auf eine durch das Nachbarrecht auch in ihrer optisch-ästhetischen Beschaffenheit festgelegte Einfriedigung verletzt (im Ergebnis so auch Schäfer, § 35 Anm. 1). Wenn daher die Kl., was das Berufungsgericht offenläßt, mit dem Bau der zwei Meter hohen Mauer derart auf den dahinterstehenden 80 cm hohen Grenzzaun einwirkt, daß er seinen Charakter als ortsübliche Einfriedigung verliert, ist der Widerspruch der Bekl. gem. § 1004 BGB, §§ 50, 32 I, 35 I NRWNachbG berechtigt.

Ob der Fall hier so liegt, ist Sache der tatrichterlichen Wertung. Dazu wird es nötig sein, daß sich das Berufungsgericht einen eigenen Eindruck über die Verhältnisse an der Grundstücksgrenze der Parteien und in dem umgebenden Wohngebiet verschafft. Sollte es zu der Überzeugung kommen, daß die geplante Mauer und nicht der vorhandene Zaun eigentlich die dort ortsübliche Art der Einfriedigung darstellt, so müssen die Bekl. diese Mauer dulden, wenn dadurch weder der Zaun als Grenzeinrichtung in seiner Substanz verändert noch die für seine Erhaltung nötige Pflege vereitelt wird (§ 922 BGB). Nach dem Sachvortrag der Kl. ist es allerdings auch denkbar, daß in dem Wohngebiet der Parteien die eine wie die andere Art der Einfriedigung üblich ist. Dann wäre aber jedenfalls auch der schon vorhandene Zaun ortsüblich, so daß er durch die Mauer, selbst wenn diese für sich allein ebenfalls ortsüblich wäre, in gleicher Weise beeinträchtigt werden könnte wie durch eine von vornherein nicht ortsübliche Mauer. Da der Grenzzaun nicht

eigenmächtig verändert werden darf, könnte sich die Kl. in diesem Fälle nicht auf das dem einfriedungspflichtigen Eigentümer sonst zustehende Wahlrecht berufen.