
Datum: 29.02.2016
Gericht: Amtsgericht Köln
Spruchkörper: Abt. 142
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 142 C 360/14
ECLI: ECLI:DE:AGK:2016:0229.142C360.14.00

Leitsätze:

Nachbarschaftsrecht: Zulässige einseitige ortsübliche Einfriedung trotz Verlangen des Nachbarn nach gemeinsamer Errichtung der Einfriedung.

Tenor:

□ •

Das Versäumnisurteil des Gerichtes vom 09.11.2015 wird aufrechterhalten.

Der Kläger trägt die weiteren Kosten des Rechtsstreites.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Dem Kläger wird nachgelassen, die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteiles vollstreckbaren Betrages abzuwenden, soweit nicht die Beklagte zuvor Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils vollstreckbaren Betrages geleistet hat.

Tatbestand

- | | |
|--|---|
| Der Kläger nimmt den Beklagten auf Beseitigung eines Zaunes, eines Schuppens und eines Baumes in Anspruch. | 1 |
| Die Parteien sind Brüder. Der Kläger ist Eigentümer des an die Eheleute Q. vermieteten Grundstückes G-weg 12 in Köln. Der Beklagte ist Eigentümer des Grundstückes G-weg 12 in | 2 |
| | 3 |

Köln. Die Grundstücke sind jeweils mit Einfamilienhäusern bebaut und grenzen aneinander. An der Terrasse des Beklagten ansetzend befindet sich auf dem Grundstück des Beklagten ein Zaun aus drei Holzlamellenelementen. Der dazwischen liegende Grenzbereich hat eine Länge von 14 Metern und wies keine Einfriedigung auf. Im hinteren Bereich des Gartens an der Grenze zu dem Grundstück des Klägers befindet sich auf dem Grundstück des Beklagten weiter eine 2 Meter Höhe nicht überschreitende Vorrichtung zum Lagern von Holz. Die ehemals offene Vorrichtung wurde von dem Beklagten durch Pfähle, Holzwände und ein Dach ergänzt. Der Beklagte errichtete entlang des 14 Meter langen nicht eingefriedeten Grenzbereiches in einem Abstand von 7 cm zu der Grenze auf seinem Grundstück zwischen den Holzelementen an der Terrasse und der Rückwand der Vorrichtung zum Holzlagern im hinteren Grundstücksbereich einen Zaun bestehend aus Holzlamellenelementen, so dass eine durchgehende Einfriedigung entstand. An der Grenze befindet sich weiter auf dem Grundstück des Beklagten ein von diesem gepflanzter Apfelbaum, der im Sommer 2015 auf die Höhe des von dem Beklagten errichteten Zaunes zurückgeschnitten wurde.

Mit anwaltlichem Schreiben vom 20.12.2012 forderte der Kläger den Beklagten unter Hinweis auf § 32 Abs. 1 NachbGNW zur Errichtung einer gemeinsamen Grundstückseinfriedigung auf. Mit anwaltlichem Schreiben vom 17.05.2013 teilte der Beklagte mit, dass er nach gemeinsamer Festlegung der Grenze durch die Parteien zu einer gemeinsamen Einfriedigung in Gestalt eines einfachen Maschendrahtzaunes in Höhe von 1,20 Meter bereit sei. Soweit der Kläger die Pfosten stelle und setze, werde er den Zaun kostenfrei stellen und setzen. Der Beklagte behielt sich das Recht vor, den bestehenden Sichtschutzzaun zu vervollständigen. Wegen der Einzelheiten dieses Schreibens wird auf Bl. 67 ff d.A. Bezug genommen. Mit anwaltlichem Schreiben vom 08.07.2013 teilte der Kläger mit, dass eine gemeinsame Grenzeinfriedigung errichtet werden solle und dazu eine Vermessung durch einen öffentlich bestellten Vermessungsingenieur durchgeführt werden solle. Weiter forderte der Kläger den Beklagten zur Beseitigung der Vorrichtung im hinteren Grundstücksbereich und des Apfelbaumes auf. Die Grenze wurde durch das Vermessungsbüro S. vermessen. Wegen des Ergebnisses wird auf Bl. 238 d.A. Bezug genommen. Die Kosten der Vermessung trug der Beklagte. 4

Mit anwaltlichem Schreiben vom 12.12.2013 teilte der Beklagte das Vermessungsergebnis mit und dass ein nach Vermessung festgestellter Überbau des Zaunes im hinteren Grundstücksteil beseitigt worden sei. Weiter forderte er den Kläger zum Ausgleich der hälftigen Vermessungskosten auf. Mit anwaltlichem Schreiben vom 07.02.2014 forderte der Kläger den Beklagten zur Entfernung des Zaunes auf. 5

Der Kläger behauptet, dass es sich bei der Vorrichtung zum Lagern von Holz um einen zum Begehen durch Menschen geeigneten Schuppen handle und damit um eine bauliche Anlage im Sinne von § 1 NachbGNW, die einen Abstand von einem Meter von der Grenze einzuhalten hätten. Den Zaun habe der Beklagte nach der Übermittlung des Ergebnisses der Grenzvermessung am 12.12.2013 errichtet. Es handle es sich bei dem von dem Beklagten errichteten Holzlamellenzaun um keine ortsübliche Einfriedigung. Die Holzlamellenelemente hätten eine Höhe von 2 Meter. Der Zaun führe zu einer Beschattung von 3/4 des Gartens auf dem Grundstück des Klägers von September bis März ab Mittag, der Rasen sei permanent feucht. Schliesslich ist der Kläger der Ansicht, dass der Beklagte angesichts des seitens des Klägers geäußerten Verlangens auf Erstellung einer Grenzeinfriedigung keine eigene Einfriedigung habe errichten dürfen. Aus diesem Grunde werde der Ausgleich der hälftigen Vermessungskosten verweigert. Der Apfelbaum halte nicht den nach § 41 Abs. 1 Ziffer 1 NachbGNW vorgesehenen Abstand ein. 6

Am 02.07.2014 wurde ein erfolgloser Schlichtungsversuch durchgeführt.

Gegen den in Termin vom 09.11.2015 säumigen Kläger wurde auf Antrag des Beklagten ein die Klage abweisendes Versäumnisurteil verkündet. Gegen das ihm am 19.11.2015 zugestellte Versäumnisurteil hat der Kläger mit bei Gericht am 12 .11.2015 eingegangenen Schriftsatz vom 10.11.2015 Einspruch eingelegt. 8

Der Kläger beantragt nunmehr, 9

das Versäumnisurteil des Gerichtes vom 09.11.2015 aufzuheben und den Beklagten zu verurteilen, den entlang der gemeinsamen Grundstücksgrenze zwischen den Häusern G-weg 12 und G-weg 14, Köln, auf dem Grundstück des Beklagten errichteten Holzlamellenzaun, den im hinteren Grundstücksbereich auf dem Grundstück des Beklagten befindlichen, unmittelbar an der Grenze stehenden Holzlagerschuppen und den unmittelbar an der Grenze stehenden Apfelbaum zu entfernen und zu beseitigen. 10

Der Beklagte beantragt, 11

das Versäumnisurteil aufrechtzuerhalten. 12

Er behauptet, dass es sich bei der Vorrichtung im hinteren Grundstücksbereich um eine Holzaufschichtung handele, die durch Seitenwände und Dach nur optisch verbessert worden sei. Die Aufschichtung stehe 2014 an dieser Stelle seit mindestens sechs Jahren. Er ist der Ansicht, dass der Anspruch des Klägers wegen Versäumung der Frist nach § 3 NachbGNW zur Einhaltung der Abstände ausgeschlossen und zudem schikanös sei. Der Holzlamellenzaun habe eine Höhe von 1,80 Meter. Er habe mit seiner Errichtung im März 2012 begonnen. Der Apfelbaum stehe 2014 bereits länger als sechs Jahre in einem Abstand von 1,05 Meter zu der Grenze. Er habe ihn nunmehr auf versetzt, so dass ein Abstand von 2 Metern bestehe. Auch ist der Beklagte der Ansicht, dass der Baum nicht entfernt müsse, da er hinter einer geschlossenen Einfriedigung stehe. 13

Das Gericht hat Beweis erhoben gemäss Beweisbeschluss vom 26.01.2015 (Bl. 127 f d.A.) durch Einholung eines Sachverständigengutachtens. Hinsichtlich des Ergebnisses wird auf das Gutachten des Sachverständigen M. vom 18.04.2015 (Bl. 152 ff d.A.) verwiesen. 14

Es wird weiter auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen insbesondere die eingereichten Lichtbilder und Lageskizzen Bezug genommen. 15

Entscheidungsgründe 16

Der gegen das Versäumnisurteil vom 09.11.2015 eingelegte Einspruch ist form- und fristgerecht, mithin zulässig. 17

Er hat in der Sache jedoch keinen Erfolg, die Klage ist unbegründet. 18

Der Kläger hat gegen den Beklagten weder einen Anspruch auf Beseitigung der an der Grundstücksgrenze errichteten Vorrichtung zum Lagern von Holz gemäss § 1004 BGB iVm §§ 1, 31, 50 NachbGNW , noch auf Beseitigung des Holzlamellenzaunes nach §§ 1004, 921, 922, 985 BGB bzw. § 1004 BGB iVm §§ 32 ff, 50 NachbGNW und Beseitigung des Apfelbaumes gemäss § 1004 BGB iVm §§ 41, 50 NachbGNW. 19

I. 20

21

Ein Anspruch des Klägers auf Beseitigung der von dem Beklagten in dem hinteren Gartenbereich errichteten Vorrichtung zum Lagern von Holz gemäss § 1004 BGB wegen Verletzung des Abstandsgebotes von § 1 Abs. 1 Satz 1 NachbGNW besteht nicht, da es sich bei dieser Vorrichtung weder um ein Gebäude im Sinne von § 1 NachbGNW handelt noch um eine Aufschichtung nach § 31 NachbGNW; Selbst wenn die Vorrichtung ein Gebäude wäre, würde es sich um ein Gebäude handeln, bei dem nach § 2 NachbGNW das Abstandsgebot nicht einzuhalten ist.

Nach § 1 Abs. 1 Satz 1 NachbGNW ist mit Aussenwänden von Gebäuden ein Mindestabstand von 2 Metern und mit sonstigen nicht zum Betreten bestimmten oberirdischen Gebäudeteilen ein Mindestabstand von 1 Meter von der Grenze einzuhalten. Dabei ist ein Gebäude nach § 1 Abs. 2 NachbGNW eine selbständig benutzbare überdachte bauliche Anlage, die von Menschen betreten werden kann und geeignet oder bestimmt ist, dem Schutz von Menschen, Tieren oder Sachen zu dienen. "Betreten werden kann" bedeutet dabei nach Auffassung des Gerichtes, dass der überdachte Raum so beschaffen sein muss, dass vorgesehen ist, dass man in ihn - wenn auch gebückt - eintreten kann und sich dort auch - wenn auch nur kurzzeitig - aufhalten kann. Die theoretische Möglichkeit genügt nicht; Es genügt auch nicht, dass - wie zum Beispiel bei einem Silo oder einem Tank zu Reinigungszwecken - ein Betreten zwar möglich ist, aber ein Aufenthalt weder vorgesehen noch bezweckt ist. Nicht erforderlich ist, dass es sich um einen geschützten Raum handelt, so dass auch nach den Seiten offene aber überdachte Anlagen Gebäude sein können (Schäfer / Fink-Jamann, NachbGNW, 16 Aufl, § 1 Rn 13). Von einem Abstandsgebot erfasst werden auch Aufschichtungen von Holz nach § 31 Abs. 1 NachbGNW. Diese Norm dient der Gefahrenabwehr. Sie soll verhindern, dass durch offene Aufschichtungen aufgrund der damit einhergehenden Neigung zur Instabilität das andere Grundstück beeinträchtigen. Diese Gefahr besteht nicht und der Anwendungsbereich des § 31 NachbGNW ist nicht eröffnet, wenn die Aufschichtung sich in einer dafür vorgesehene baulichen Anlage befinden. Von dem Abstandsgebot ausgenommen sind zuletzt nach § 2 lit b) NachbGNW u.a. Gebäude mit Abstellräumen, die nach § 6 Abs. 11 BauONW bauordnungsrechtlich zulässig sind. Abstellräume sind dabei Räume, die - nur - zur Unterbringung von Gegenständen bestimmt sind, die der Nutzung des Grundstückes oder der Gebäude auf dem Grundstück dienen (Schäfer a.a.O, § 2 Rn 6).

22

Dies zugrundlegend handelt es sich bei der Vorrichtung, die sich auf dem Grundstück des Beklagten im hinteren Teil des Gartens befindet um kein Gebäude im Sinne von § 1 Abs. 1 Satz 1 NachbGNW und keine Aufschichtung nach § 31 NachbGNW. Nach Massgabe des auf den Lichtbildern der von dem Beklagten eingereichten Bildanlage 1 zu dem Schriftsatz vom 11.12.2014 (Bl. 105 ff d.A.) erkennbaren und von dem Kläger nicht substantiiert angegriffenen Zustandes ist festzustellen, dass die Vorrichtung aus verschiedenen aneinander stehenden, mit Ausnahme einer Wand offenen Holzunterständen mit gestapeltem Holz besteht. Auch wenn es sich um grosse Unterstände handelt, ist den Lichtbildern nicht zu entnehmen, dass die Unterstände dazu geeignet oder bestimmt sind, sie zu betreten, um sich dort aufzuhalten oder dort zu arbeiten. Dazu fehlt ihnen sowohl die Höhe als auch die Tiefe. Zwar kann in ihnen - soweit sie leer sind - ein normal grosser Mensch (1,80 Meter) in gebückter Haltung stehen und - eingeschränkt - auch gehen kann. Diese theoretische Möglichkeit genügt indes nicht um die Feststellung zu treffen, dass der Holzunterstand so errichtet wurde, dass ein Betreten vorgesehen oder bezweckt wäre. Vielmehr ergibt sich für einen objektiven Betrachter, dass die Unterstände aus dem Freien heraus mit Holz gefüllt werden sollen und das Holz auch von aussen wieder entnommen wird. Da das Holz sicher vor Umkippen in dem Unterstand aufgeschichtet wird, greift auch das Abstandsgebot für Aufschichtungen nach § 31 NachbGNW nicht ein. Selbst wenn man aber annehmen wollte,

23

dass es sich um ein Gebäude nach Massgabe des Nachbarrechtes handelt, wäre es nach § 2 lit b) NachbGNW privilegiert; denn nach Massgabe der Bildanlage aber auch aufgrund des unstreitigen Vorbringens dient der Unterstand nur dem Aufbewahren von Holz zum Gebrauch durch den Beklagten, so dass auch § 6 Abs. 11 BauONW nicht verletzt wird und damit Beseitigungsansprüche des Klägers sich auch nicht aus § 823 Abs. 2 BGB iVm Schutzgesetzen des Bauordnungsrechtes ableiten lassen.

Der Kläger hat auch keinen Anspruch auf Beseitigung des von dem Beklagten an der Grenze 24 errichteten Holzlamellenzaunes. Ein solcher Anspruch ergibt sich weder aus einer entsprechenden Vereinbarung zwischen den Parteien, noch daraus, dass der Beklagte den Zaun unzulässigerweise auf der Grenze selbst errichtete (§§ 1004, 921, 922, 985 BGB) noch daraus, dass eine nach dem Nachbargesetz NW unzulässige Einfriedigung vorliegt (§ 1004 BGB iVm §§ 32 ff NachbGNW) bzw. daraus, dass die Einfriedigung zu einer von dem Kläger nicht hinzunehmenden Beeinträchtigung seines Grundstückes führt (§ 1004 BGB) .

Eine nach § 49 NachbGNW zu beachtende schuldrechtliche Vereinbarung zwischen den 25 Parteien über die Errichtung einer gemeinsamen Einfriedigung in Gestalt eines Maschendrahtzaunes, die den Kläger berechtigen würde aus §§ 311, 280, 281 BGB Beseitigung eines absprachewidrig gesetzten Holzzaunes zu verlangen, liegt nicht vor. Die Parteien sind sich nicht einig geworden. Zwar hat der Beklagte in seinem Schreiben vom 17.05.2013 (Bl. 67 d.A.) dem Kläger angeboten, den Grenzverlauf zusammen mit dem Kläger festzulegen und dann mit einem einfachen Maschendrahtzaun zu versehen, wobei der Kläger die Pfosten anschaffen und setzen sollte und der Beklagte den Zaun anschaffen und setzen sollte. Diesen Vorschlag hat der Kläger nicht angenommen. Mit seinem anwaltlichem Schreiben vom 08.07.2013 (Bl. 230 d.A.) hat er auf einer Vermessung durch einen öffentlich bestellten Vermesser bestanden und die Erbringung eigener Arbeitsleistungen zurückgewiesen. Zu der angebotenen Errichtung eines Maschendrahtzaunes hat sich der Kläger nicht geäußert. Insgesamt lag damit keine Zustimmung zu dem Vorschlag des Beklagten vor, so dass eine Vereinbarung über die Errichtung einer gemeinsamen Einfriedigung nicht vorliegt.

Ein Beseitigungsanspruch ergibt sich weiter nicht aus §§ 1004, 921, 922, 985 BGB wegen 26 einer auch auf dem Grundstück des Klägers errichteten Grenzeinrichtung, die dieser nach § 912 BGB nicht zu dulden hat. Bei dem von dem Beklagten errichteten Zaun handelt es sich um keine Grenzeinrichtung nach § 921 BGB. Eine solche liegt nach § 921 BGB nur vor, wenn die Einrichtung die Grenzlinie schneidet. Der Kläger hat nicht weiter substantiiert vorgetragen, dass ein Schneiden der Grenze vorliegt. Insbesondere ist er auch dem Vorbringen des Beklagten, der Zaun sei durchgehend in 7 cm Abstand von der Grenzlinie auf seinem Grundstück errichtet worden, nicht weiter entgegengetreten. Auf die von dem Beklagten herangezogene Entscheidung BGH NJW 1985, 1458 kommt es daher nicht an, da diese Entscheidung sich mit der Veränderung einer Grenzeinrichtung befasste, die hier nicht vorliegt und auch zuvor unstreitig nicht bestand.

Der Beseitigungsanspruch lässt sich auch nicht aus § 1004 BGB iVm §§ 35, 50 NachbGNW 27 herleiten, wobei dahinstehen kann, wann genau der Zaun von dem Beklagten errichtet wurde. Unabhängig von dem Errichtungszeitpunkt stellt sich der von dem Beklagten auf seinem Grundstück in 7 cm Entfernung zur Grenze errichtete Zaun als eine ortsübliche Einfriedigung seines Grundstückes dar.

Nach § 1004 BGB iVm §§ 35, 50 NachbGNW kann der Eigentümer des 28 Nachbargrundstückes von dem Eigentümer, der an der Grenze eine Einfriedigung errichtet, deren Beseitigung verlangen, wenn es sich hierbei nicht um eine ortsübliche Einfriedigung

handelt. § 35 NachbGNW sieht vor, dass eine Einfriedigung des Grundstückes ortsüblich sein. Diese Vorschrift greift allerdings nur ein, wenn einer der Nachbarn vom anderen die Einfriedigung nach § 32 NachbGNW verlangt (BGH, Urteil vom 23.11.2012 - V ZR 292/12 zitiert nach BeckRS 2014, 04356, BGH NJW-RR 1997, 17 ff) Ohne Verlangen besteht die Beschränkung auf ortsübliche Einfriedigungen nicht und verbleibt es bei dem aus seinem Eigentumsrecht nach § 903 BGB abgeleiteten Recht des Eigentümers sein Grundstück nach eigenem Ermessen einzufriedigen. Da es weiter für die Anwendbarkeit der §§ 32 ff NachbGNW alleine auf das Stellen eines Einfriedigungsverlangens ankommt, ist unabhängig davon ob die Einfriedigung vor oder nach dem Verlangen errichtet wurde zu prüfen, ob eine angesichts eines solchen Verlangens bereits vorhandene oder danach errichtete Einfriedigung ortsüblich ist (BGH Urteil vom 23.11.2012 a.a.O; BGH NJW 1992, 2569 (2570)). Ortsüblichkeit liegt vor, wenn sie in einem zuvor definierten Vergleichsgebiet häufiger vorkommt. Das bedeutet, dass auch Einfriedigungen unterschiedlicher Beschaffenheit ortsüblich sein können. Weder kommt es darauf an, welche Einfriedigung am häufigsten vorkommt, noch ob eine Einfriedigung optisch schön ist.

Vorliegend ist unstreitig, dass der Kläger mit seinem anwaltlichen Schreiben vom 20.12.2012 (Bl. 28 e d.A.) von dem Beklagten eine gemeinsame Errichtung einer Grundstückseinfriedigung verlangte, so dass der Anwendungsbereich der §§ 32 ff NachbGNW eröffnet ist. Es kann weiter dahinstehen, ob der Beklagte - wie er behauptet - bereits vor diesem Verlangen mit der Errichtung des Zaunes begonnen hat oder danach, denn in beiden Fällen führt das Verlangen dazu, dass nur noch eine ortsübliche Einfriedigung errichtet werden durfte. Dass es sich aber bei dem von dem Beklagten errichteten Holzlamellenzaun um eine ortsübliche Einfriedigung handelt hat die Beweisaufnahme zur Überzeugung des Gerichtes ergeben. Dabei hat das Gericht hier als Vergleichsgebiet im Ortsteil Köln-H. die innerhalb des durch die Strassen F-rstrasse, I-strasse, Am K-rain und G-weg gebildeten Rechteckes gelegene geschlossene Wohnbebauung bestimmt. Der Sachverständige M. hat in seinem Gutachten zunächst ausgeführt, dass der von dem Beklagten errichtete Zaun aus 179 cm x 179 cm grossen Elementen besteht, die an Pfosten mit den Maßen 9 cm x 9 cm befestigt sind. Er hat weiter festgestellt, dass innerhalb des vorgegebenen Gebietes verschiedene Einfriedigungen vorhanden sind. Es fanden sich sowohl ca. 2 Meter hohe Mauern, Sichtschutzzäune aus Eternit oder Kunststoffgeflecht sowie Hecken und Holzschutzschutzzäune. Letztere - so die Feststellung des Sachverständigen - entsprechen im Wesentlichen dem von dem Beklagten errichteten Zaun. Die Ausführungen des Sachverständigen sind nachvollziehbar und schlüssig. Sie sind für das Gericht anschaulich durch Lichtbilder dokumentiert und beruhen auf einer von dem Sachverständigen durchgeführten Ortsbegehung. Es unterliegt auch keinen Bedenken, dass der Sachverständige eine Auswahl von 40 Einfriedigungen vorgenommen hat. Dass diese Auswahl für das Vergleichsgebiet nicht repräsentativ ist, wurde von den Parteien nicht beanstandet. Es ist auch nicht vorgetragen worden, dass sich die Situation nach der am 17.04.2015 durchgeführten Ortsbesichtigung signifikant verändert hätte. Auch aus den weiteren Umständen des Falles und dem weiteren von den Parteien vorgelegten Lichtbildmaterial lässt sich nicht entnehmen, dass es sich bei dem Holzlamellenzaun, den der Beklagte errichtete, um eine unübliche Einfriedigung in dem Vergleichsgebiet handelt. Darauf, ob diese Art der Einfriedigung dem Kläger oder seinen Mietern gefällt, kommt es nicht an.

Dem Beklagten ist es auch nicht aus dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben gemäss § 242 BGB verwehrt, sich dem Kläger gegenüber auf die nach der durchgeführten Beweisaufnahme feststehende Ortsüblichkeit des Zaunes zu berufen. Weder verhielt sich der Beklagte durch die Errichtung des Zaunes widersprüchlich noch kann ihm der Vorwurf gemacht werden seine Rechte unzulässig oder schikanös auszuüben.

Zunächst hat sich der Beklagte durch die Errichtung des Zaunes in Hinblick auf die zwischen den Parteien geführten nicht widersprüchlich verhalten, so dass ihm ein Verstoss gegen den Grundsatz des Verbotes widersprüchlichen Verhaltens nicht zum Vorwurf gemacht werden kann. Dabei ist zu beachten, dass nicht jede Änderung einer Ansicht ein treuwidriges Verhalten darstellt, sondern nur ein solches bei dem auf der einen Seite bereits ein schützenswerter Vertrauenstatbestand geschaffen, der durch das im Widerspruch zu einem früheren Verhalten stehende neue Verhalten beeinträchtigt wird, ohne dass es hierfür eine Rechtfertigung gibt. Vorliegend haben wie dargelegt, die zwischen den Parteien über die Einrichtung einer gemeinsamen Einfriedigung nach dem Verlangen des Klägers zu keinem Ergebnis geführt. Eine Vereinbarung kam nicht zustande. Der Beklagte hat aber den Kläger auch nicht darüber im Unklaren gelassen, dass er im Falle einer fehlenden Einigung beabsichtigt eine eigene Einfriedigung zu errichten. In dem Schreiben vom 17.05.2013 hat der Beklagte angekündigt, dass er für den Fall, dass keine Einigung erfolgt, sich vorbehält, die zwischen dem Zaun an der Terrasse und dem Zaun im hinteren Grundstücksteil bestehende Lücke zu komplettieren. Der Kläger durfte daher nicht darauf vertrauen, dass der Beklagte die Lücke nicht durch weitere Zaunelemente schliessen wird. 31

Dem Beklagten kann auch nicht zum Vorwurf gemacht werden, dass er durch die Errichtung des Zaunes das Verlangen des Klägers nach der Errichtung einer gemeinsamen Einfriedigung einseitig unterlaufen habe und nunmehr aus dem Gesichtspunkt der unzulässigen Rechtsausübung sich nicht darauf berufen können, dass die Einfriedigung ortsüblich ist. 32

§ 32 NachbGNW macht aus dem Einfriedigungsrecht des Grundstückseigentümers in einem im Zusammenhang bebauten Ortsteil eine Einfriedigungspflicht, wenn nur einer der benachbarten Eigentümer dies verlangt. Dabei sind die Nachbarn verpflichtet, die Einfriedigung gemeinsam zu errichten. Wirkt der eine Nachbar trotz Verlangen des anderen binnen zwei Monate nach schriftlicher Aufforderung nicht mit, kann der Eigentümer die Einfriedigung alleine errichten. Neben diesem Recht des Eigentümers auf Selbstvornahme aus § 32 Abs. 1 Satz 3 NachbGNW ist der die Einfriedigung verlangende Eigentümer aber auch berechtigt, den anderen auf Mitwirkung zu verklagen (Schäfer a.a.O., § 32 Rn 12). Diese Rechte beschränken dem Wortlaut nach jedoch nicht das Recht des anderen Nachbarn auf seinem Grundstück eine ortsübliche Einfriedigung zu errichten. Allerdings ist ein unzulässige Rechtsausübung anzuerkennen, wenn der Nachbar eine Einfriedigung schriftlich verlangt und die Zweimonatsfrist abwartet, um den anderen Nachbarn Gelegenheit zu geben, sich zu erklären und der andere Nachbar diese Frist dann nutzt um selbst vollendete Tatsachen durch Errichtung einer seinen Vorstellungen entsprechenden Einfriedigung zu schaffen. Eine solches das Verlangen auf gemeinschaftliche Errichtung unterlaufendes Verhalten ist auch dann als treuwidrig anzusehen, wenn die dann errichtete Einfriedigung ortsüblich ist und daher dem Grunde nach kein Beseitigungsanspruch besteht; denn die Verpflichtung zur gemeinsamen Errichtung auf Verlangen mit einer Frist von zwei Monaten bis eine Selbstvornahme zulässig ist dient gerade dazu, die Nachbar zu einem rücksichtvollen, die wechselseitigen Interessen berücksichtigenden Zusammenwirken anzuhalten. Es sollen Streitigkeiten vermieden werden, die entstehen, wenn über die Art der Einfriedigung letztlich derjenige entscheidet, der am schnellsten handelt. In den zwei Monaten nach Stellen des Verlangens ist daher aus Treu und Glauben nicht nur derjenige gehindert eine eigene Einfriedigung zu errichten, der sie verlangt, sondern auch der andere. Verfolgt aber nach den zwei Monaten der die Einfriedigung Verlangende sein Verlangen nicht durch Selbstvornahme oder Beschreiten des Rechtsweges weiter ist es nicht mehr treuwidrig, wenn der andere Teil nunmehr angesichts des fortbestehenden Verlangens selbst tätig wird und in Erfüllung der nunmehr begründeten Einfriedigungspflicht die durch Errichtung einer eigenen ortsüblichen 33

Einfriedigung nachkommt. In diesem Fall kann der die Errichtung Verlangende keinen Vertrauensschutz mehr beanspruchen. Er hatte es selbst in der Hand, entweder den Nachbarn auf Mitwirkung zu verklagen oder aber zur Selbstvornahme zu schreiten.

So liegt der Fall hier. Der Kläger hat sein Verlangen mit anwaltlichem Schreiben vom 20.12.2012 gestellt. Die Zweimonatsfrist lief damit bereits Ende Februar 2013 an, ohne dass der Kläger tätig geworden wäre. Selbst wenn man annehmen wollte, dass mit der Erneuerung des Verlangens in dem anwaltlichen Schreiben vom 08.07.2013 für den Kläger eine neue Zweimonatsfrist begonnen hätte, hätte er auch diese verstreichen lassen ohne dass er eine Selbstvornahme nach § 32 Abs. 1 NachbGNW durchgeführt oder den Beklagten auf Mitwirkung gerichtlich in Anspruch genommen hätte. Alleine der Umstand, dass auf Wunsch des Klägers eine Grenzvermessung durchgeführt wurde, macht eine nach der durchgeführten Vermessung von dem Beklagten durchgeführte Errichtung des Zaunes nicht treuwidrig; denn zu diesem Zeitpunkt war das Verlangen des Klägers bereits über ein Jahr alt, ohne dass er es weiter verfolgt hätte. Inwieweit aber eine nunmehrige Selbstvornahme oder gerichtliche Inanspruchnahme des Beklagten auf Mitwirkung berechtigt wäre, braucht hier nicht entschieden werden, da der Kläger diese Rechte vorliegend nicht geltend macht, sondern alleine auf Beseitigung klagt. 34

Zuletzt verhielt sich der Beklagten auch nicht schikanös gemäss § 226 BGB. Schikanös handelt, wer von einem Recht aus verwerflichen Gründen Gebrauch macht, ohne dass dies dem Berechtigten einen objektiven Vorteil bringt. Es ist vorliegend nicht erkennbar, dass es das alleinige oder zumindest vorrangige Ziel des Beklagten war, dem Kläger durch die Errichtung des Zaunes zu ärgern oder sonst zu schaden. Der Kläger hat den Beklagten durch das Einfriedigungsverlangen in die Pflicht genommen, eine Einfriedigung zu errichten. Wie dargestellt hat der Kläger die verlangte gemeinsame Errichtung nicht konsequent weiterverfolgt, so dass der Beklagte selbst die Initiative ergreifen durfte, um die durch den Kläger auch ihm auferlegte Pflicht zur Einfriedigung zu erfüllen. Auch hat der Kläger sich hinsichtlich der von ihm bevorzugten Art der Einfriedigung nicht geäußert, so dass auch aus diesem Gesichtspunkt die Errichtung gerade eines blickdichten Holzzaunes nicht als schikanös anzusehen ist. 35

Zuletzt besteht auch kein Anspruch des Klägers auf Beseitigung des Zaunes aus § 1004 BGB wegen der von dem Kläger behaupteten Verschattung von 3/4 des Gartens seines Grundstückes von September bis März ab Mittag. 36

Ein Beseitigungsanspruch gegen den Nachbarn wegen Einwirkungen auf sein Grundstück durch die Nutzung des Grundstückes setzt voraus, dass die Nutzung gegen Rechtsnormen verstösst (BGH, NJW-RR 2015, 1425 ff.). § 906 BGB kann insoweit nicht herangezogen werden, da er lediglich gegen die Beeinträchtigung durch positive Einwirkungen schützt, es sich bei einer Verschattung durch einen Zaun, um eine negative Einwirkung handelt; denn durch einen Zaun wird nur Licht entzogen aber dem Grundstück keine sinnliche wahrnehmbaren Wirkungen zugeführt (BGH, a.a.O.). Andere Normen, die eine Beeinträchtigung des Grundstückes durch Entzug von Licht oder Luft regeln, liegen nicht vor. Indes ist dem Landesgesetzgeber das Problem der Beeinträchtigung eines Grundstückes durch von dem Nachbargrundstück ausgehende Einwirkungen bewusst gewesen. So regelt § 33 NachbGNW, dass ein Anspruch besteht, dass auf Verlangen bei unzumutbaren Beeinträchtigungen der Eigentümer das Grundstück so einzufriedigen hat, dass die Beeinträchtigungen verhindert zumindest aber gemildert werden. Diese Vorschrift geht damit über § 32 NachbGNW insoweit hinaus, dass auch eine bestimmte Art der Einfriedigung verlangt werden kann. Aber auch sie richtet sich gegen positive Einwirkungen von dem 37

anderen Grundstück, da mit ihr das Errichten einer bestimmten Einfriedigung verlangt werden kann, nicht aber das Unterlassen einer zur Vermeidung von negativen Einwirkungen wie der Entziehung von Licht und Luft. Weiter regelt § 35 Abs. 2 NachbGNW, dass soweit eine ortsübliche Einfriedigung keinen angemessenen Schutz vor Beeinträchtigungen bietet, die Einfriedigung auf Verlangen höher oder stärker aufgeführt werden muss. Auch diese Vorschrift erfasst damit positive Einwirkungen, die eine Beeinträchtigung hervorrufen, der nur durch Verbesserung der Einfriedigung durch Erhöhen und Verstärken begegnet werden kann, nicht aber solche negative Einwirkungen, bei denen eine Abschwächung der Einfriedigung die Beeinträchtigung beseitigt. Im Ergebnis existiert keine Norm, die einen Anspruch auf die Errichtung einer Einfriedigung gibt, die negativen Einwirkungen - wie dem Entzug von Licht und Luft - Rechnung trägt. Das bedeutet, dass solche Einwirkungen von ortsüblichen Einfriedigungen selbst dann hinzunehmen sind, wenn sie eine erhebliche Beeinträchtigung darstellen sollten. Allerdings relativiert sich dies unter Berücksichtigung des Umstandes, dass sich die in einem Gebiet anzutreffende Ortsüblichkeit von Einfriedigungen unter Berücksichtigung von positiven und negativen Einwirkungen entwickelt hat und damit ein die wechselseitigen durchschnittlichen Nachbarinteressen berücksichtigender Zustand entstanden sind. Eine Ausnahme stellen allenfalls schwere und nicht mehr hinzunehmenden Beeinträchtigungen dar, bei denen sich letztlich aus dem nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis und Treu und Glauben ein Anspruch auf Beseitigung negativer Einwirkungen ergibt. Nach der Rechtsprechung des BGH kann dies der Fall sein, wenn die negativen Einwirkungen zu einer ganzjährigen Verschattung führen (BGH a.a.O.).

Danach kann der Kläger hier gestützt auf die von ihm behaupteten Verschattung - diese als wahr unterstellt - keine Beseitigung verlangen, da es an einer entsprechenden vor negativen Einwirkungen Norm fehlt. Auch eine nicht mehr hinzunehmende Verschattung besteht nicht. Ausgehend von dem vom BGH genannten Extremfall der vollständigen Verschattung das ganze Jahr über ist hier festzustellen, dass die behauptete Verschattung nur die Herbst- und Winterzeit betrifft, wo die Sonne tief steht, nicht aber die Zeit der Wachstumsperiode, in der Pflanzen Licht brauchen und sich auch das Leben nach aussen verlagert. Dies berücksichtigend liegt bei einer Verschattung von 3/4 des Gartens von September bis März keine nicht mehr hinnehmbare Beeinträchtigung vor, die einen auf dem letztlich übergesetzlichen Rechtsinstitut des nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis gestützten Beseitigungsanspruch rechtfertigen würde. 38

Ist aber die von dem Beklagte errichtete Einfriedigung rechtlich nicht zu beanstanden, steht dem Kläger auch kein Anspruch auf Beseitigung des auf dem Grundstück stehenden Apfelbaumes nach § 1004 BGB 41, 50 NachbGNW zu. Dabei kann dahinstehen, ob der Beklagte diesen auf einen Abstand von 2 Meter gesetzt hat; denn die in § 41 Abs. 1 Nr. 3 NachbGNW genannten Abstände gelten gemäss § 45 Abs. 1 lit c) dann nicht, wenn die Anpflanzung hinter einer geschlossenen Einfriedigung steht und diese nicht überragt. Da vorliegend der Holzlamellenzaun geschlossen ist - also keine Zwischenräume aufweist, durch die der Baum durchwachsen könnte - und unstreitig der Apfelbaum zurückgeschnitten wurde, so dass er im Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung den Zaun nicht überragt, ist ein Anspruch des Klägers auf Beseitigung nicht gegeben. 39

II. 40

Die Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 91, 798 Nr.11, 711 ZPO. 41

Streitwert: 3.000,00 Euro 42

Rechtsbehelfsbelehrung: 43

Gegen dieses Urteil ist das Rechtsmittel der Berufung für jeden zulässig, der durch dieses Urteil in seinen Rechten benachteiligt ist,	44
1. wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes 600,00 EUR übersteigt oder	45
2. wenn die Berufung in dem Urteil durch das Amtsgericht zugelassen worden ist.	46
Die Berufung muss innerhalb einer Notfrist von einem Monat nach Zustellung dieses Urteils schriftlich bei dem Landgericht Köln, Luxemburger Str. 101, 50939 Köln, eingegangen sein. Die Berufungsschrift muss die Bezeichnung des Urteils, gegen das die Berufung gerichtet wird, sowie die Erklärung, dass gegen dieses Urteil Berufung eingelegt werde, enthalten.	47
Die Berufung ist, sofern nicht bereits in der Berufungsschrift erfolgt, binnen zwei Monaten nach Zustellung dieses Urteils schriftlich gegenüber dem Landgericht Köln zu begründen.	48
Die Parteien müssen sich vor dem Landgericht Köln durch einen Rechtsanwalt vertreten lassen, insbesondere müssen die Berufungs- und die Berufungsbegründungsschrift von einem solchen unterzeichnet sein.	49
Mit der Berufungsschrift soll eine Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift des angefochtenen Urteils vorgelegt werden.	50