
Datum: 15.12.2016
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 5. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 5 U 158/15
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2016:1215.5U158.15.00

Vorinstanz: Landgericht Dortmund, 5 O 358/12
Schlagworte: Unterhaltspflicht im Rahmen der Ausübung einer Grunddienstbarkeit

Normen: §§ 1021 f. BGB

Leitsätze:
Der Begriff der Unterhaltung im Sinne der §§ 1021 f BGB ist im Gesetz nicht festgelegt. Er darf entsprechend dem Schutzzweck nicht zu eng aufgefasst werden, wobei die Umstände des Einzelfalles entscheidend sind.

Tenor:

Auf die Berufung des Beklagten und die Anschlussberufung der Klägerin wird das am 24.11.2015 verkündete Urteil der 5. Zivilkammer des Landgerichts Dortmund abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin einen Kostenvorschuss in Höhe von 4.293,67 € für die Instandhaltung der Wegeflächen auf den Flurstücken Nr. X und X zu zahlen.

Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 620,89 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 18.11.2012 zu zahlen.

Der Beklagte wird verurteilt, den Torflügel, der im nördlichen Einfahrtsbereich des Grundstücks B-Straße in P (Flurstück Nr. X) angebracht ist, zu beseitigen.

Der Beklagte wird verurteilt, es zu unterlassen, einen Zaun an der Grenze zwischen den Flurstücken Nr. X und Nr. X, Flur X, G4, Grundbuch von P, aufzustellen.

Der Beklagte wird verurteilt, es zu unterlassen, auf dem Grundstück des Beklagten in P, G4, Flur X, Flurstück X in der nordöstlich an das Flurstück X der Klägerin anschließenden Wegerechtsfläche einen Zaun, wie auf dem Foto gemäß Anlage K 12, dort S. 12, ersichtlich, aufzustellen, soweit der Zaun nicht in gerader Verlängerung zu dem bestehenden Gebäude verläuft.

Dem Beklagten wird angedroht, dass für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen die vorhergehenden beiden Verurteilungen ein Ordnungsgeld bis zur Höhe von 250.000,00 € oder ersatzweise eine Ordnungshaft bis zu 6 Monaten festgesetzt wird.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen und die weitergehende Berufung des Beklagten zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits in erster Instanz tragen zu 2/5 die Klägerin und zu 3/5 der Beklagte.

Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt der Beklagte.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

A.

Der Vater und Rechtsvorgänger des Beklagten verkaufte der Klägerin durch notariellen Vertrag vom 11.02.1992 (Notar C UR-Nr.: ##/1992) u. a. aus seinem damals im Grundbuch von P Blatt ##### eingetragenen Grundstück, G4, Flur X, Flurstück X eine noch zu vermessende Teilfläche von ca. 1.350 qm, welche mit einer Scheune bebaut war. Unter Ziff. 11. „**besondere Vereinbarungen**“ wurden u. a. folgende Regelungen getroffen:

„11.1

Verkäufer ist bekannt, dass der Käufer das Flurstück ##/## und die Teilfläche für einen Gastronomiebetrieb (einschließlich Fremdenzimmer) nutzen will. Er verpflichtet sich, für sich und seine Rechtsnachfolger dem Käufer – soweit notwendig – unentgeltlich auf der ihm verbliebenen Restfläche ausreichende Stellplätze zur Verfügung zu stellen, maximal aber 15 Plätze, und durch Eintragung im Baulastenverzeichnis abzusichern.

...

11.3

Der Verkäufer als Eigentümer der Restfläche des Flurstücks ### bestellt für den jeweiligen Eigentümer der heute verkauften Teilfläche und des Flurstücks ###/## folgende Geh- und Fahrrechte:

- a) 9
- Ein in seiner Ausübung auf einem 3 m breiten Streifen entlang der Südkurve des Grundstücks ###/## und ### beschränktes Geh- und Fahrrecht zwischen A u. K auf dem dortigen Weg;* 10
- b) 11
- Ein Geh- und Fahrrecht an der 3-eckigen nord-westlich gelegenen Fläche des Flurstücks ### (im Eingangsbereich des Hofes), also zwischen B und Nord/Ostwand der Scheune = zwischen F-G-L. Schuldrechtlich verpflichtet sich der Käufer dies nicht durch Gäste oder sonstige Besucher ausüben zu lassen.* 12
- Die betroffenen Grundstücksstreifen sind in dem beigefügten Lageplan rot gekennzeichnet. Der Lageplan bildet einen Bestand dieser Urkunde.* 13
- ... 14
- Das Recht des Eigentümers der dienenden Grundstücke die betroffenen Grundstücksflächen für gleiche Zwecke mit zu benutzen bleibt unberührt. Die Kosten der ordnungsgemäßen Instandhaltung der Wegeflächen trägt der Eigentümer des herrschenden Grundstücks und des dienenden Grundstücks je zu ½.* 15
- Wegen der weiteren Einzelheiten des vorbezeichneten notariellen Kaufvertrages wird auf die Anlage K 4 der Klageschrift ebenso Bezug genommen wie auf den dort erwähnten und beigefügten Lageplan. 16
- Nach Ausparzellierung und Eintragung ins Grundbuch ist die Klägerin Eigentümerin der in Blatt ##### des Grundbuchs des Amtsgerichts P eingetragenen Grundstücke Flur X, Flurstücke X, X, X und X, G4, auf welchen sie durch einen Pächter unter der Anschrift „B 1“ in P das Restaurant „Landhaus F“ betreibt. 17
- Der Beklagte ist Eigentümer der benachbarten Grundstücke Flur X, Flurstücke X, X und X, eingetragen in Blatt ##### des Grundbuchs des Amtsgerichts P. Wegen der Einzelheiten der Örtlichkeiten wird auf den Auszug aus dem Liegenschaftskataster des Kreises P (Anlage K 3 zur Klageschrift) Bezug genommen. 18
- Zugunsten der Klägerin als Eigentümerin der oben bezeichneten Flurstücke sind sowohl zu Lasten des Flurstücks X als auch zu Lasten des Flurstücks X des Beklagten die im notariellen Kaufvertrag eingeräumten Geh- und Fahrrechte als Grunddienstbarkeit im Grundbuch eingetragen worden. Weiter ist zugunsten der Klägerin als Eigentümerin der vorgenannten Flurstücke ein Stellplatznutzungsrecht als Grunddienstbarkeit zu Lasten des Flurstücks X des Beklagten eingetragen worden. 19
- Seit einigen Jahren kam es zu Streit und mehreren gerichtlichen Auseinandersetzungen zwischen den Parteien. 20
- So errichtete der Beklagte im März 2012 an der nordöstlich verlaufenden Grenze zwischen den Flurstücken X der Klägerin und seinem Flurstück X einen etwa 1 m hohen Metallzaun 21

(vgl. Fotokopie des Lichtbildes Anlage K 7 zur Klageschrift). Auf den Antrag der Klägerin erließ das Landgericht Dortmund mit Beschluss vom 26.03.2012 (AZ.: 5 O 121/12; vgl. Anlage K 9) eine einstweilige Verfügung, durch welche dem Beklagten aufgegeben wurde, den in der Hofeinfahrt installierten Stahlgitterzaun weitgehend zu entfernen. Desweiteren wurde ihm aufgegeben, es zu unterlassen, entlang der Grenze der Flurstücke X und X einen Zaun oder eine andere Einfriedung zu errichten. Der Beklagte erhob Widerspruch, entfernte aber im April 2012 den Metallzaun. In der mündlichen Verhandlung auf seinen Widerspruch am 18.12.2012 erklärte er, dass er es unterlassen werde, entlang der Grenze der Flurstücke X und X, Flur X, G4 bis zum 31.12.2013 einen Zaun oder eine andere Einfriedung zu errichten. Daraufhin erklärten beide Parteien die Verfügungsanträge in der Hauptsache für erledigt.

Im vorliegenden Verfahren geht es in der Berufungsinstanz noch um folgende Streitpunkte: 22

Instandhaltungsbedarf der gemeinsamen Geh- und Fahrflächen 23

Die Klägerin hat von dem Beklagten die Zahlung eines hälftigen Vorschusses auf die voraussichtlichen Kosten für die Instandhaltung bzw. Instandsetzung der gemeinsamen Geh- und Fahrflächen auf den Flurstücken X und X verlangt. Sie hat diesbezüglich vorgerichtliche Gutachten des Dipl.-Ing. L vom 11.03.2012 (Anlage K 12) sowie ein Ergänzungsgutachten vom 14.06.2012 (Anlage K 13) eingeholt. Beide Ausübungsflächen der Geh- und Fahrrechte seien – so die durch das Gutachten gestützte Behauptung der Klägerin – seit Jahren nicht mehr instand gehalten worden und wiesen einen erheblichen Sanierungsbedarf auf. 24

Gutachterkosten 25

Mit weiterem Zahlungsantrag hat die Klägerin die Kosten in Höhe von 1.241,77 Euro für die Begutachtung durch den Dipl.-Ing. L geltend gemacht. Diese – so meint die Klägerin – seien ihr als Kosten der Rechtsverfolgung zu erstatten und ab Rechtshängigkeit zu verzinsen. 26

Beseitigung des Torflügels 27

Zudem hat die Klägerin von dem Beklagten die Beseitigung des Torflügels auf dem Flurstück X begehrt. Der streitgegenständliche Torflügel ist u. a. auf dem Lichtbild auf Seite 6 des Ergänzungsgutachtens des Dipl.-Ing. L vom 14.06.2012 zu sehen (vgl. Seite 6 Anlage K 13). Die Klägerin hat dazu behauptet, der ohnehin marode Torflügel werde vom Beklagten seit einiger Zeit nicht mehr bewegt und rage als festes Hindernis in die Ausübungsfläche des am Flurstück X bestehenden Geh- und Fahrrechts hinein. 28

Zäune auf den Flurstücken X und X/X 29

Die Klägerin hat die Feststellung begehrt, dass der Beklagte die weitere Errichtung eines Zaunes auf den Ausübungsflächen der Geh- und Fahrrechte an den Flurstücken X und X zu unterlassen habe. Aufgrund der Errichtung des ersten Zauns auf dem Flurstück X – abgebildet u.a. auf den beiden Fotos auf Seite 12 des Gutachtens Dipl.-Ing. L vom 11.03.2012/Anlage K 12 zur Klageschrift – müsse sie davon ausgehen, dass der Beklagte auch einen zweiten Zaun aufstellen werde und sie vor vollendete Tatsachen stelle. 30

Die Klägerin hat in erster Instanz u. a. beantragt, 31

1.... 32

2. u. 3. 33

den Beklagten zu verurteilen, einen Kostenvorschuss in Höhe von 5.724,91 Euro für die Instandhaltung der Wegeflächen auf den Flurstücken X und X an sie zu zahlen;	34
4.	35
den Beklagten zu verurteilen, 1.241,77 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über den Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit an sie zu zahlen;	36
5.	37
den Beklagten zur Beseitigung des Torflügels, der im Einfahrtbereich des Grundstücks B-Straße in P angebracht ist, zu verurteilen;	38
6....	39
7.	40
festzustellen, dass der Beklagte es zu unterlassen hat, einen Zaun an der Grenze zwischen Flurstück X und X, Flur X, G4, Grundbuch von P, aufzustellen;	41
8.	42
festzustellen, dass der Beklagte es zu unterlassen hat, einen Zaun, wie aus dem Foto gem. Anlage K 12, dort Seite 12, ersichtlich, aufzustellen, soweit der Zaun nicht in gerader Verlängerung zu dem stehenden Gebäude verläuft;	43
9.	44
dem Beklagten anzudrohen, dass für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen die Anträge zu 7. und 8. ein Ordnungsgeld bis zur Höhe von 250.000,-- Euro oder ersatzweise eine Ordnungshaft bis zu 6 Monaten festgesetzt wird;	45
10....	46
Der Beklagte hat beantragt,	47
die Klage abzuweisen.	48
Er hat die Auffassung vertreten, dass die Geh- und Fahrflächen nur den anerkannten Regeln der Technik aus dem Jahre 1992 entsprechen müssten. Zudem stellten die von der Klägerin geforderten Maßnahmen nicht nur eine Instandhaltung, sondern eine darüber hinausgehende Instandsetzung dar, deren Erstattung vertraglich nicht geschuldet sei.	49
Der Torflügel sei bereits seit Jahrzehnten dort vorhanden und bereits vorhanden gewesen, als die Klägerin das Grundstück von seinem Vater erworben habe. Er sei nicht marode, sondern funktionsfähig. Der Torflügel stelle kein Hindernis betreffend das Geh- und Fahrrecht auf der Ausübungsfläche am Flurstück X dar (Beweis: Inaugenscheinnahme; Sachverständigengutachten).	50
Ein Zaun zwischen den Flurstücken X und X wäre nicht unzulässig. Es bestehe für Gäste keine Berechtigung, über das Flurstück X auf den Parkplatz der Klägerin auf dem Flurstück X zu fahren. Die Klägerin selbst verfüge über eine ausreichende eigene Zu- und Abfahrt von der E-Straße auf das Flurstück X. Im Übrigen habe er derzeit nicht vor, einen Zaun zu errichten. Dies sei auch niemals so behauptet worden.	51

Das Landgericht hat Beweis erhoben durch Einholung eines Gutachtens vom 25.11.2013 und zweier Ergänzungsgutachten vom 10.06. und 29.10.2014 des Sachverständigen Dipl.-Ing. T sowie durch dessen persönliche Anhörung in der mündlichen Verhandlung am 16.06.2015. Sodann hat das Landgericht der Klage teilweise stattgegeben. Es hat – unter Abweisung der Klage im Übrigen – den Beklagten verurteilt, an die Klägerin einen Kostenvorschuss in Höhe von 4.560,85 Euro für die Instandhaltung der Wegeflächen auf den Flurstücken X und X und weitere 620,89 Euro Gutachterkosten nebst gesetzlicher Zinsen zu zahlen. Der Beklagte ist zudem verurteilt worden, den Torflügel, der im Einfahrtbereich des Grundstücks B 1 in P angebracht ist, zu beseitigen.	52
Zur Begründung hat das Landgericht u. a. ausgeführt:	53
1.	54
Die Klägerin habe gegen den Beklagten einen Anspruch auf Zahlung eines hälftigen Kostenvorschusses für Instandhaltungsmaßnahmen an den Wegeflächen auf den Flurstücken X und X aus Ziff. 11.3 des notariellen Kaufvertrages vom 11.02.1992. Durch die dort enthaltene entsprechende Klausel hätten sich die Parteien dazu verpflichtet, die Kosten der ordnungsgemäßen Instandhaltung der Wegeflächen jeweils hälftig zu tragen. Unter den Kosten der Instandhaltung würden regelmäßig die Kosten verstanden, die zur Erhaltung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs aufgewendet werden müssen, um die durch Abnutzung, Alterung und Witterungseinwirkung entstehenden baulichen und sonstigen Mängel ordnungsgemäß zu beseitigen. Im Gegensatz dazu könnten Instandsetzungskosten als Kosten für Reparatur und Wiederbeschaffung verstanden werden. Allerdings ließen sich beide Begriffe – Instandhaltung und Instandsetzung – auch nicht ausnahmslos voneinander trennen und genau definieren, sondern seien relativ zum konkreten Einzelfall zu bestimmen. Auch im vorliegenden Fall ließen sich beide Begriffe nicht ausnahmslos scharf voneinander trennen. Sachgerecht und dem Willen der Parteien entsprechend erscheine vielmehr, dass es ihnen unabhängig von einer genauen Definition der Begriffe im Wesentlichen darauf angekommen sei, dass die Kosten der Maßnahmen hälftig geteilt werden sollten, die zur Erhaltung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs der Wegeflächen aufgewendet werden müssten, um eintretende Mängel und Schäden an beiden Wegeflächen zu beseitigen. Hierzu zählten alle Maßnahmen, die erforderlich, aber auch hinreichend seien, Mängel und Gefahrenquellen an den Wegeflächen zu beheben. Die Vertragsparteien hätten in Ziff. 11.3 des notariellen Grundstückskaufvertrages die „ <i>ordnungsgemäße Instandhaltung</i> “ vereinbart. Durch dieses Merkmal werde klargestellt, dass die Maßstäbe, an welchen zu messen sei, ob und welche Instandhaltung „ordnungsgemäß“ sei, dynamisch nach den jeweils geltenden Regeln der Technik anzuwenden seien, damit die Beschaffenheit der Flächen immer den jeweiligen Regeln entspreche und zu jeder Zeit ordnungsgemäß sei. Wolle man strikt nur die anerkannten Regeln der Technik aus dem Jahre 1992 zugrunde legen, müsse man einen u. U. nicht mehr verkehrssicheren Zustand oder sogar eine Gefahrenquelle beibehalten, obwohl die heutigen Regeln der Technik hierin einen zu behebenden Mangel sehen würden. Dies könne nicht richtig sein. Auf dieser Grundlage und nach diesen Maßstäben bedürften beide Wegeflächen einer ordnungsgemäßen Instandhaltung im Sinne von Ziff. 11.3 des notariellen Kaufvertrages, was die Kammer unter Bezugnahme auf die schriftlichen und mündlichen Erläuterungen des Sachverständigen Dipl.-Ing. T im Einzelnen ausgeführt hat. Zur Berechnung der erforderlichen Kosten der notwendigen Instandhaltungsmaßnahmen könne zunächst die Kalkulation des Sachverständigen auf Seite 16 seines Gutachtens vom 25.11.2013 zugrunde gelegt werden. Sodann falle jedoch die Position 3.0 weg, da die Herstellung einer Asphalttragschicht auf der Wegefläche auf dem Flurstück X (südliche Zufahrt) nicht mehr zu den notwendigen Instandsetzungsmaßnahmen gehöre. Dann seien	55

jedoch – wie der Sachverständige in seiner persönlichen Anhörung erklärt habe – zu den Positionen 4.0 und 5.0, die sich allein auf die Schottertragschicht bezögen, noch die weiteren 20 qm für die Fläche vor der Zufahrt hinzuzurechnen, um auch dort – anstelle Asphalt – eine Schottertragschicht aufzubringen. Nach den Feststellungen des Sachverständigen ergebe dies insgesamt eine Ersparnis von den auf Seite 16 des Gutachtens kalkulierten Kosten von ca. 500,- Euro. Mithin seien die insgesamt erforderlichen und angemessenen Kosten der ordnungsgemäßen Instandhaltungsmaßnahmen mit 9.121,70 Euro netto zu bemessen, von welchen die Klägerin vom Beklagten einen Vorschuss von 50 %, mithin 4.560,85 Euro netto, verlangen könne. Entsprechend § 249 Abs. 2 S. 2 BGB könne die Klägerin auch nur diesen kalkulierten Nettobetrag verlangen, da die Umsatzsteuer noch nicht angefallen sei.

2. 56

Die Klägerin habe gegen den Beklagten aus Ziff. 11.3 des notariellen Kaufvertrages auch einen Anspruch auf Erstattung der hälftigen Kosten der Gutachten des von ihr privat beauftragten Sachverständigen L. 57

Die Kosten für ein Sachverständigengutachten seien erstattungsfähig, soweit die Begutachtung zur Geltendmachung eines Anspruchs erforderlich und zweckmäßig sei. Ebenso könnten diese Kosten zu dem erforderlichen Herstellungsaufwand gehören, wenn eine vorherige Begutachtung zur tatsächlichen Durchführung der Wiederherstellung erforderlich und zweckmäßig sei. Der Geschädigte sei nach schadensrechtlichen Grundsätzen in der Wahl der Mittel zur Schadensbehebung frei. Er dürfe zur Schadensbeseitigung grundsätzlich den Weg einschlagen, der aus seiner Sicht seinen Interessen am besten zu entsprechen scheine, so dass er im Regelfall berechtigt sei, einen qualifizierten Gutachter seiner Wahl mit der Erstellung des Schadensgutachtens zu beauftragen. Der Geschädigte könne jedoch als erforderlichen Herstellungsaufwand nur die Kosten erstattet verlangen, die vom Standpunkt eines verständigen, wirtschaftlich denkenden Menschen in der Lage des Geschädigten zur Behebung des Schadens rechtmäßig und angemessen seien. Nach diesen Maßstäben, die ebenso für den vorliegenden Erstattungsanspruch der Klägerin anwendbar seien, könne die Klägerin die hälftigen Kosten der Begutachtung der Beklagten erstattet verlangen. Denn auch diese Kosten gehörten zu den Kosten einer ordnungsgemäßen Instandhaltung im Sinne der Ziff. 11.3 des notariellen Vertrages. Sie seien erforderlich und zweckmäßig gewesen, die zu behebenden Schäden sowie die hierzu notwendigen Kosten zu ermitteln. Entsprechend der Vereinbarung aus Ziff. 11.3 hätten die Parteien daher auch diese Kosten zu je ½ zu tragen. Die Klägerin könne vom Beklagten daher lediglich die Erstattung von 50 % der Gutachterkosten, mithin 620,89 Euro, verlangen. 58

3. 59

Die Klägerin habe gegen den Beklagten auch einen Anspruch auf Beseitigung des Torflügels auf dem Flurstück X aus §§ 1027, 1004 Abs. 1 S. 1 BGB. 60

Der Torflügel beeinträchtige die im Grundbuch eingetragene Grunddienstbarkeit über das gem. Ziff. 11.3 b) des notariellen Kaufvertrages vom 11.02.1992 vereinbarte Geh- und Fahrrecht auf den Flurstücken X. Dieses durch die Grunddienstbarkeit gesicherte Recht habe u. a. den Zweck, die ebenfalls auf diesem Flurstück befindlichen Parkplätze erreichen zu können. Hierzu gehöre auch, dass die gesamte von der Grunddienstbarkeit erfasste Fläche benutzt werden dürfe, um ordnungsgemäß und ohne Probleme einparken zu können. Der Torflügel stehe eindeutig auf der Fläche der Grunddienstbarkeit, verhindere das Befahren des durch das Tor verschlossenen Teilstücks dieser Fläche und beeinträchtige somit das Geh- 61

und Fahrrecht.

4.	62
Die Klägerin habe jedoch keinen Anspruch auf Feststellung, dass der Beklagte es zu unterlassen habe, einen neuen Zaun auf dem Flurstück X, X oder X aufzustellen. Sie habe bereits eine konkrete Wiederholungsgefahr nach § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB nicht hinreichend dargelegt. Dies führt das Gericht weiter aus.	63
Damit sei auch der auf die Festsetzung eines Ordnungsgeldes gerichtete Klageantrag unbegründet.	64
Gegen diese Entscheidung wendet sich der Beklagte mit seiner Berufung.	65
1.	66
Das Landgericht habe zu Unrecht einen Anspruch der Klägerin auf Zahlung eines hälftigen Kostenvorschusses für Instandhaltungsmaßnahmen an den Wegeflächen auf den Flurstücken X und X aus Ziff. 11.3 des notariellen Kaufvertrages am 11.02.1992 bejaht. Das Gericht habe bei seiner Beurteilung, was unter „ordnungsgemäße Instandhaltung“ zu fassen sei, völlig falsche Maßstäbe angesetzt. So hätte es die Begriffe Instandhaltung und Instandsetzung von der Begrifflichkeit der Verbesserung und modernisierenden Instandsetzung abgrenzen müssen. Unter dem Begriff Instandhaltung sei eine Maßnahme zur Bewahrung und Wiederherstellung des ursprünglichen bzw. eigentlichen Soll- Zustandes zu verstehen. Mit der Instandsetzung werde die Wiederherstellung bzw. Reparatur beschrieben. Sie beinhalte alle Maßnahmen zur Beseitigung von Schäden, die eine Nutzung einer Anlage beeinträchtigten. Hiervon sei die modernisierende Instandsetzung abzugrenzen. Hierunter verstehe man die Instandsetzung durch Modernisierung beispielsweise den Austausch maroder Holz- gegen moderne Kunststofffenster. Von beiden Begriffen sei wiederum die Verbesserung zu unterscheiden, die im Rahmen einer Instandhaltung vom Nutzungsberechtigten gerade nicht verlangt werden könne. Nach dem notariellen Kaufvertrag seien gem. der vorangestellten Definition Maßnahmen zur Bewahrung und Wiederherstellung des ursprünglichen Soll- Zustandes von den Parteien vereinbart worden und demnach auch geschuldet. Unter dem ursprünglichen Soll-Zustand sei der Zustand heranzuziehen, welcher vorherrschte, als die Vereinbarung getroffen worden sei, nämlich der Zustand der Wegeflächen im Jahre 1992. Der vom Gericht unrichtigerweise herangezogene Maßstab entsprechend den jeweils geltenden Regeln der Technik sei dynamisch und führe denkllogisch zu einer (ständigen) Modernisierung und darüber hinaus sogar zu einer Verbesserung der Wegeflächen. Maßnahmen, die nicht zur Unterhaltung des Weges im Interesse der Ausübung des Wegerechts notwendig seien, brauche er – der Beklagte – weder auf seinem Eigentum zu dulden noch anteilig zu finanzieren. Maßgeblich sowohl für die geltend gemachte Duldungsverpflichtung als auch seine Pflicht zur anteiligen Kostentragung sei mithin, ob die von der Klägerin geforderten Arbeiten an den Wegeflächen zur Unterhaltung derselben für die Ausübung des Wegerechts im Sinne von § 1021 Abs. 1 S. 1 BGB erforderlich seien. Der Zustand der streitbefangenen Wegeflächen müsse allein ein gefahrloses Gehen von Fußgängern sowie Fahren mit Fahrrädern und Kraftfahrzeugen ermöglichen. Da die nicht dem öffentlichen Verkehr gewidmeten Wegeflächen lediglich ein geringes Verkehrsaufkommen aufwiesen und auf ihnen angesichts ihrer geringen Breite keine hohen Geschwindigkeiten gefahren werden könnten, bedürfe es nicht notwendig einer Befestigung, wie sie für stärker frequentierte Straßen des öffentlichen Verkehrs für erforderlich und üblich erachtet werden. Es handele sich in erster Linie um Park- und Rangierflächen für Pkw's. Die von der Klägerin gerügten leichten Unebenheiten stünden einer	67

derartigen Nutzung nicht entgegen (Beweis: Inaugenscheinnahme; Sachverständigengutachten).

Vom Sachverständigen Dipl.-Ing. T sei ebenfalls ein unzutreffender Maßstab an die durchzuführenden ordnungsgemäßen Instandhaltungsmaßnahmen angelegt worden. Er habe sich nicht an dem Ausbauzustand im Jahre 1992 orientiert und auch nicht an der Geeignetheit der Flächen zum Befahren und Begehen, sondern lediglich an den (aktuellen) Regelwerken. Hieran kranke das Gutachten und damit auch das Urteil. Die vom Sachverständigen vorgeschlagenen Instandhaltungsmaßnahmen könnten zwar für dem öffentlichen Verkehr gewidmete Straßen zweckmäßig und in optischer Hinsicht im Ergebnis ansprechend sein. Notwendig im Sinne einer ungefährdeten Ausübbarkeit des Wegerechts seien sie jedoch nicht. 68

Jedenfalls reiche es ausreichen, ggfls. vorhandene gröbere Unebenheiten, Senken oder Ähnliches partiell auszubessern und zu flicken. Diesen Argumentationsansatz führt der Beklagte sodann betreffend die beiden Wegeflächen auf den Flurstücken X und X noch im Einzelnen aus. 69

Das Gericht habe zudem vollständig übersehen, dass die Klägerin selbst Teile der Asphaltüberschicht der nördlichen Zufahrt ausgetauscht habe. Von ihr seien unstreitig Kanalarbeiten durchgeführt und damit die vormalige Asphaltdeckschicht beschädigt worden. Insoweit stelle sich die Frage, warum die Klägerin nunmehr von ihm – dem Beklagten – eine Beteiligung an den von ihr eigentlich durchzuführenden Arbeiten verlange. 70

Die auf Foto 8 des Ausgangsgutachtens (Seite 8 des Gutachtens vom 25.11.2013 Dipl.-Ing. T) ersichtliche Pflasterung und der damit verbundenen Höhenunterschied zur Asphaltdeckschicht bzw. zur Schotterdeckschicht sei ebenfalls durch die Klägerin verursacht worden. Sie habe im Nachhinein ohne Zustimmung des Beklagten die rote Pflasterung in die für sie fremde Wegefläche eingebracht. 71

Soweit im Ausgangsgutachten auf Seite 4 ein Bereich der Hofzufahrt zu sehen sei, welcher nicht asphaltiert, sondern nur geschottert sei, so sei dies schon immer so gewesen, und zwar auch zum Zeitpunkt der Einräumung des Wegerechts im Jahre 1992. Wenn an dieser Stelle nun Asphalt aufgebracht werden solle, handele es sich klar um eine Verbesserung und nicht um eine Instandhaltung. 72

Betreffend die Wegefläche auf dem Flurstück X (südliche Zufahrt) sei im Ausgangsgutachten auf Seite 10/Fotos 11 und 12 ein Bereich abgebildet, welcher von der Messlatte überbrückt werde und als Begründung für die Auffüllmaßnahmen vom Sachverständigen herangezogen werde. Es sei bereits mehrfach darauf hingewiesen worden, dass dieser Bereich außerhalb des Flurstückes X liege und sich im öffentlichen Verkehrsraum befinde. 73

2. 74

Zu Unrecht habe das Landgericht einen Anspruch auf Erstattung der hälftigen Gutachterkosten des privaten Sachverständigen L bejaht. Diese Kosten zählten nicht zu den ordnungsgemäßen Instandhaltungskosten im Sinne von Ziff. 11.3 des notariellen Kaufvertrages. 75

3. 76

77

Die Klägerin habe gegen ihn auch keinen Anspruch auf Beseitigung des Torflügels auf dem Flurstück X. Das Gericht habe völlig unberücksichtigt gelassen, dass der Torflügel bereits seit 50 Jahren dort vorhanden sei und auch vorhanden gewesen sei, als die Klägerin das Grundstück von seinem Vater übernommen bzw. ihr das Wegerecht dort eingeräumt worden sei. Es bestehe insoweit Bestandschutz.

Der Beklagte beantragt, 78

1. 79

unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage insgesamt abzuweisen; 80

2. 81

die Anschlussberufung der Klägerin zurückzuweisen. 82

Die Klägerin beantragt, 83

1. 84

die Berufung des Beklagten zurückzuweisen; 85

2. 86

unter Abänderung des angefochtenen Urteils den Beklagten zu verurteilen, es zu unterlassen, einen Zaun an der Grenze zwischen den Flurstücken X und X, Flur X, G4, Grundbuch von P, aufzustellen; 87

3. 88

den Beklagten zu verurteilen, es zu unterlassen, auf dem Grundstück des Beklagten in P, G4, Flur X, Flurstück X in der nordöstlich an das Flurstück X der Klägerin anschließenden Wegerechtsfläche einen Zaun, wie aus dem Foto gemäß Anlage K 12, dort Seite 12, ersichtlich, aufzustellen, soweit der Zaun nicht in gerader Verlängerung zu dem bestehenden Gebäude verläuft; 89

4. 90

dem Beklagten anzudrohen, dass für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen die vorhergehenden beiden Anträge ein Ordnungsgeld bis zur Höhe von 250.000,-- Euro oder ersatzweise eine Ordnungshaft bis zu 6 Monaten festgesetzt wird. 91

Die Klägerin verteidigt das erstinstanzliche Urteil, soweit es vom Beklagten angefochten worden ist. Dabei weist sie insbesondere darauf hin, dass die streitgegenständlichen Wegeflächen intensiv befahren würden und seit 1992 unstrittig nicht instand gesetzt worden seien. Es sei also keine Überraschung, dass der vom Gericht beauftragte Sachverständige T einen gewissen Instandhaltungsbedarf festgestellt habe. Die auf beide Parteien jeweils entfallenden Kosten von rund 5.000,-- Euro seien auch nicht als unangemessen hoch anzusehen. Das Landgericht habe für beide Zufahrten zu behebbenden Mängel zutreffend festgestellt, was die Klägerin sodann im Einzelnen ausführt. 92

Hinsichtlich des in die Wegefläche ragenden Torflügels bestreitet die Klägerin, dass dieser Zustand bereits seit 50 Jahren bestanden habe. Dies sei erstmals vom Beklagten ohne 93

Beweisantritt vorgetragen worden. Zutreffend sei, dass der Torflügel bei Abschluss des notariellen Vertrages im Jahre 1992 als Teil der damals bestehenden durchgehenden Hofeinfriedung vorhanden gewesen sei. Diese Einfriedung sei mittlerweile teils vom Beklagten entfernt worden, teils sei sie vom Beklagten zu einer Entfernung gerichtlich in Anspruch genommen worden. Der Torflügel stehe deshalb als nutzloses Relikt der früheren Einfriedung buchstäblich in der Gegend herum.

Das Landgericht habe die Kosten des Rechtsstreits ohne weitere Aufschlüsselung zu 58 % der Klägerin und zu 42 % dem Beklagten auferlegt. Dies entspreche nicht einer sachgerechten Kostenverteilung. Eine rechtsfehlerfreie Kostenentscheidung müsse vorsehen, dass die Kosten der Beweisaufnahme gesondert quotiert würden. Die Kosten der Beweisaufnahme müsste zu mindestens 90 % der Beklagte tragen. Es sei § 96 ZPO entsprechend zu berücksichtigen. 94

Zur Begründung der Anschlussberufung werde eine fehlerhafte Rechtsanwendung des Landgerichts gerügt. Zu Unrecht habe das Landgericht eine konkrete Wiederholungsgefahr verneint. Nach gefestigter Rechtsprechung könne der Anspruchsgegner nach einer bereits erfolgten Störung eine Wiederholungsgefahr nur dann ausräumen, wenn er eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abgebe. Eine solche liegt nicht vor. 95

Der Senat hat im Rahmen seiner mündlichen Verhandlung am 17.11.2016 beide Parteien und den Sachverständigen Dipl.-Ing. T angehört. 96

B. 97

Auf die Rechtsmittel beider Parteien ist das angefochtene Urteil abzuändern. Dabei hat die Berufung nur in geringem Umfange Erfolg; die Anschlussberufung ist dagegen vollumfänglich erfolgreich. 98

I. 99

Kostenvorschuss für Instandhaltungsmaßnahmen an den Wegeflächen 100

Der vom Landgericht tenorierte Anspruch auf Kostenvorschuss ist auf die Berufung des Beklagten geringfügig herabzusetzen. 101

Anspruchsgrundlage für den geltend gemachten Vorschussanspruch ist Ziff. 11.3 vorletzter Absatz des notariellen Vertrages vom 11.02.1992 (Anlage K 4) i. V. m. § 1021 Abs. 1 BGB und §§ 744 Abs. 2, 748 BGB analog. 102

1. 103

Bei den streitgegenständlichen Wegeflächen handelt es sich jeweils um zur Ausübung der im notariellen Vertrag im Sinne von §§ 1018 ff. BGB fixierten Grunddienstbarkeit (Wegerecht) dienende Anlagen. 104

Gem. § 1020 S. 2 BGB ist grundsätzlich der Dienstbarkeitsberechtigte, hier also die Klägerin, verpflichtet, die Anlage in ordnungsgemäßen Zustand zu unterhalten (vgl. OLG Celle MDR 2000, 81 – Rdn. 6 zitiert nach Juris). 105

Gem. § 1021 Abs. 1 BGB können die Beteiligten aber auch abweichende Bestimmungen über die Unterhaltungspflicht treffen. Hierbei kann gem. § 1021 Abs. 1 S. 1 BGB die Unterhaltungspflicht dem Eigentümer des belasteten Grundstückes auferlegt werden oder gem. § 106

1021 Abs. 1 S. 2 BGB für den Berechtigten eine erweiterte Unterhaltspflicht im Hinblick auf ein eventuelles Mitbenutzungsrecht des Eigentümers begründet werden. Möglich und im vorliegenden Fall offensichtlich gewollt sind auch Verbindungen zwischen diesen Regelungen, die die Unterhaltspflicht zwischen den Eigentümern des berechtigten und des belasteten Grundstücks verteilen. Eine Bestimmung über die Unterhaltspflicht erlangt als Teil der Dienstbarkeit dingliche Wirkung, wenn sie mit der Dienstbarkeit eingetragen wird oder wenn sie Inhalt der Eintragungsbewilligung ist, auf die bei der Eintragung gem. § 874 BGB Bezug genommen ist (vgl. zum Ganzen: OLG Düsseldorf, RnotZ 2003, 455 ff. – Rdn. 14 ff. zitiert nach Juris).

Im vorliegenden Fall wurde bei der Eintragung der Dienstbarkeit Bezug genommen auf die Eintragungsbewilligung vom 11.02.1992, in der es u. a. heißt, dass die Kosten der Unterhaltung des Weges je zur Hälfte vom Eigentümer des herrschenden und des dienenden Grundstückes getragen werden. Dieser Bestimmung kommt dingliche Wirkung zu, so dass sie auch zwischen den Parteien des Rechtsstreits gilt, unabhängig davon, worauf hier die Rechtsnachfolge beruht. 107

2. 108

Weder im notariellen Vertrag vom 11.02.1992 noch in §§ 1028 S. 2, 1021 Abs. 1 BGB ist bestimmt, ob der Grunddienstbarkeitsberechtigte vom Eigentümer des belasteten Grundstücks einen Anspruch auf Vorschuss für die Durchführung von Instandhaltungs- bzw. Unterhaltsmaßnahmen hat. Auch die Verweisung in § 1021 Abs. 2 BGB auf die Vorschriften über die Reallasten (§§ 1105 ff. BGB) hilft hier nicht weiter. 109

Diese Lücke ist durch eine entsprechende Anwendung des Gemeinschaftsrechts zu schließen. Auf das Gemeinschaftsrecht greift das Gesetz auch in anderen vergleichbaren Fallgestaltungen zurück. So verweist § 922 Abs. 4 BGB wegen der weiteren Einzelheiten der Ausübung des gemeinschaftlichen Besitzes an einer Grenzeinrichtung auf das Gemeinschaftsverhältnis. In der Sache ähnlich liegt es bei mehreren Dienstbarkeiten, die an derselben Stelle auf dem dienenden Grundstück ausgeübt werden müssen. Hier verweist § 1024 BGB zwar nicht auf das Gemeinschaftsrecht, gewährt den Inhabern der zusammentreffenden Dienstbarkeiten aber einen dinglichen Anspruch auf eine den Interessen der Beteiligten nach billigem Ermessen entsprechende Benutzungsregelung. Dieser Anspruch entspricht inhaltlich dem Anspruch der Gemeinschaftler untereinander (§ 745 Abs. 2 BGB). 110

Schließlich ist anerkannt, dass der Gegenstand einer Gemeinschaft auch der Besitz sein kann (vgl. BGH, NJW 2005, 894 ff – Rdnr. 28 zitiert nach Juris). 111

Über §§ 744 Abs. 2, 748 BGB analog lässt sich sodann auch der grundsätzliche Anspruch der Klägerin gegen den Beklagten auf Zahlung eines Vorschusses herleiten. In einer Gemeinschaft muss jeder Teilhaber freiwillig und unaufgefordert entsprechend seinem Anteil zu den Lasten und Kosten des gemeinschaftlichen Gegenstands beitragen. Dies schließt die Pflicht ein, die erforderlichen Beträge im Voraus bereitzustellen (streitig aber wohl herrschende Meinung; vgl. Staudinger/Mayer, BGB, Neubearbeitung 2015, § 748, Rdnr. 20; Palandt/Sprau, BGB, 75. Aufl. 2016, § 748 Rdnr. 4 und § 744 Rdnr. 3 für notwendige Erhaltungsmaßnahmen; so auch Münchener Kommentar/Schmidt, BGB, 6. Aufl. 2013, § 748 Rdnr. 12 und Münchener Kommentar/Joost, a.a.O., § 1021 Rdnr. 5). 112

3. 113

114

Der Umfang der Unterhaltspflicht ist zwischen den Parteien höchst streitig.

a)

115

Um den Umfang der streitigen Unterhaltspflicht- bzw. Kostentragungspflicht festzustellen, ist zunächst auf den Wortlaut des notariellen Vertrages vom 11.02.1992 (Anlage K4) unter Ziffer 11.3 abzustellen. Dort ist von den „Kosten der ordnungsgemäßen Instandhaltung der Wegeflächen“ die Rede. Nach „Duden“ ist unter Instandhaltung „Erhaltung, Pflege, Sicherung, Unterhaltung“ und „Wartung“ zu verstehen, ohne dass diese Begriffe weiter voneinander abgegrenzt oder näher erläutert werden. Auch im notariellen Vertrag erfolgen keine weiteren Erläuterungen. Da die vorzitierte Formulierung keinen eindeutigen Inhalt aufweist, ist sie auslegungsbedürftig (vgl. Palandt/Ellenberger, a.a.O., § 133, Rdnr. 6). Dabei ist u.a. auch auf die Begleitumstände bei Abschluss des Vertrages, die Interessenlage und auf Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte abzustellen (§§ 133, 157 BGB). Die Vertragsparteien des notariellen Vertrages vom 11.02.1992 wollten in Ziffer 11.3 eine Grunddienstbarkeit/Wegerecht und die Unterhaltungspflicht der Wegeflächen regeln. Es erscheint daher naheliegend, die von ihnen verwendete Formulierung einer „ordnungsgemäßen Instandhaltung“ den in §§ 1020, 1021 BGB verwandten Formulierungen „in ordnungsgemäßen Zustand zu erhalten“ bzw. „unterhalten“ gleichzusetzen. Es geht mithin um die „Unterhaltspflicht“ im Sinne der vorbezeichneten Vorschriften, also um die Pflicht, eine Anlage (hier Wegefläche) auf dem belasteten Grundstück in einem ordnungsgemäßen Zustand zu erhalten.

Abgesehen von dem Unterschied, dass § 1020 Satz 2 BGB dem Integritätsinteresse des Eigentümers des dienenden Grundstücks, § 1021 Abs. 1 Satz 1 aber dem Benutzungsinteresse des jeweiligen Eigentümers des herrschenden Grundstücks und § 1021 Abs. 1 Satz 2 wiederum dem Benutzungsinteresse des Eigentümers des dienenden Grundstücks dient, können die Begriffe „Erhalt“ und „Unterhalt“ gleichgesetzt werden. Der Begriff der Unterhaltung ist im Gesetz selbst nicht festgelegt. Er darf entsprechend dem Schutzzweck nicht zu eng aufgefasst werden, wobei die Umstände des Einzelfalls entscheidend sind. Es ist darunter im Allgemeinen jede Tätigkeit zu verstehen, die darauf gerichtet ist, die Anlage in einem ordnungsgemäßen und gebrauchsfähigen Zustand zu erhalten. Hierzu können Ausbesserung und Erneuerung gehören, ja sogar eine Wiederherstellung, wenn sie dem Ersatz einer in Abgang gekommenen Anlage dient oder die alte Anlage geltenden Sicherungsbestimmungen nicht mehr entspricht. Daher zählt dazu auch die Ausbesserung einer durch Naturgewalt (z.B. Überschwemmung) ganz oder teilweise zerstörten Anlage. Den Gegensatz zum „Unterhalten“ bildet die Neuherstellung. Die Unterhaltungspflicht ist verschuldensunabhängig und umfasst auch und gerade die Verkehrssicherungspflicht hinsichtlich der Anlage. Hinsichtlich des Maßes der erforderlichen Maßnahmen gilt, dass im Einzelfall auch Modernisierungsmaßnahmen zur Anpassung an die Gegebenheiten erforderlich und zulässig sind. Das dabei Erforderliche bestimmt sich nach dem „Stand der Technik“ und den einschlägigen Sicherheitsvorschriften. Im Einzelfall kann sich auch die Verpflichtung zur Neuerrichtung von Schutzmaßnahmen ergeben, wenn die alte Anlage den Sicherheitsvorschriften nicht mehr entspricht (vgl.: RGZ 131, 158 ff – S. 178; BGH NJW 2005, 894 ff – Rdnr. 24 zitiert nach Juris; OLG Düsseldorf RNotZ 2003, 455 ff, Rdnr. 24 f. zitiert nach Juris; Staudinger/Mayer, a.a.O., § 1020, Rdnr. 17 f. und § 1021 Rdnr. 4; Münchener Kommentar/Joost a.a.O., § 1020 Rdnr. 11 und § 1021 Rdnr. 4 f.).

An dieser Stelle wird nicht verkannt, dass die vom Beklagten angeführte Auffassung des 9. Zivilsenats des OLG Düsseldorf im Urteil vom 16.12.2002 mit dem Az. 9 U 71/02 (veröffentlicht u.a. in RNotZ 2003, 455 ff – Rdnr. 24 f. zitiert nach Juris) etwas enger ist und

dem Eigentümer des dienenden Grundstücks nur Leistungen abverlangt, soweit das Interesse des Berechtigten es erfordert. Es geht also insoweit lediglich um die Erhaltung der Gebrauchsfähigkeit und Funktionsgerechtigkeit der zur Ausübung des Wegerechts dienenden Anlage. Der Eigentümer muss deshalb nur Maßnahmen dulden und im Rahmen des § 1021 Abs. 1 Satz 1 BGB finanzieren, als sie zur Ermöglichung einer uneingeschränkten Ausübung des Wegerechts unerlässlich sind.

Selbst wenn diese engere Auffassung zugrunde gelegt wird, hat – bezogen auf den konkreten Fall – ein Vergleich zwischen dem Zustand der Wegefläche bei Abschluss des notariellen Vertrages im Februar 1992 mit dem heutigen Zustand nicht zu erfolgen, um zu entscheiden, ob und welche Maßnahmen zur ordnungsgemäßen Instandhaltung erforderlich sind. Abzustellen ist nach dem vom Beklagten angeführten Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf vielmehr auf die Gebrauchsfähigkeit und die Funktionsgerechtigkeit der zur Ausübung des Wegerechts dienenden Anlage, welche eine uneingeschränkte Ausübung des Wegerechts ermöglichen muss. Dabei ist auf den Zeitpunkt der Entscheidung abzustellen. 119

Weiter sind die Wegeflächen so instand zu halten, dass beide Parteien des Rechtsstreits ihre ihnen gegenüber Dritten obliegende Verkehrssicherungspflichten gerecht werden. Dabei ist nicht von entscheidender Bedeutung, ob die in Rede stehenden Flächen in öffentlich-rechtlicher Hinsicht dem Verkehr gewidmet sind. Von Bedeutung ist vielmehr, dass sie von beiden Parteien als Wegeflächen einem unbeschränkten Publikumsverkehr eröffnet sind und damit eine entsprechend geschärfte Verkehrssicherungspflicht einhergeht. Dies gilt insbesondere hinsichtlich der Verkehrssicherungspflicht für Fußgänger, die in besonderem Maße durch Unebenheiten, Schlaglöcher und Stolperkanten der Wegeflächen gefährdet werden. 120

Zu vernachlässigen ist auch der vom Beklagten angeführte Aspekt, dass die nur den privaten Verkehr gewidmeten Wegeflächen von Kraftfahrzeugen lediglich mit geringer Geschwindigkeit befahren werden können und dürfen. Dagegen fällt ins Gewicht, dass die Wegeflächen unstreitig seit 1992 – also seit ca. 24 Jahren – nicht mehr umfassend instandgesetzt worden sind und es bereits aus diesem Grund naheliegt, dass sich allein durch witterungsbedingte Einflüsse ein entsprechender Bedarf gebildet hat. 121

Der Beklagte vermag der Klägerin auch nicht entgegenzuhalten, dass sich der durch den Betrieb ihres Restaurants verursachte Verkehr – insbesondere das Anfahren der für das Restaurant vorgehaltenen Parkplätze – verstärkt habe und in besonderer Weise die Wegefläche belaste, wohingegen der Verkehr zu seiner Hoffläche zurückstehe. Zum einen wurde beim Abschluss des notariellen Vertrages am 11.02.1992 (Anlage K4) zwischen dem Rechtsvorgänger des Beklagten und der Klägerin unter Ziffer 11.1 darauf hingewiesen, dass die Klägerin die gekaufte Teilfläche für einen Gastronomiebetrieb einschließlich Fremdenzimmer nutzen wolle. Zum anderen kann der Eigentümer des dienenden Grundstücks sich gegen Mehrkosten der Unterhaltung durch entwicklungsbedingte Veränderungen und/oder eines gesteigerten Umfangs der Benutzung grundsätzlich nicht wenden, wenn die Steigerung im Rahmen der Benutzungsart bleibt, wie sie im Zeitpunkt der Bestellung der Grunddienstbarkeit allgemein für ein Grundstück der vorliegenden Art in Rechnung gestellt worden ist (vgl. BGH NJW 1960, 673 f. und Münchener Kommentar/Joost a.a.O., § 1021, Rdnr. 4). 122

Entgegen der Auffassung des Beklagten bestimmen sich die erforderlichen Maßnahmen zur Instandhaltung bzw. Instandsetzung nach dem „*Stand der Technik*“ (vgl. Staudinger/Mayer a.a.O., § 1020, Rdnr. 18). Damit ist der Stand der Technik von heute und nicht von 1992 gemeint, denn auch der technischen Entwicklung und damit einhergehenden Veränderungen 123

von Kraftfahrzeugen wie Straßen ist Rechnung zu tragen (s.o.). Würde man die entgegenstehende Rechtsauffassung des Beklagten konsequent zu Ende denken, käme man bei einem Ende des 19. Jahrhunderts/Anfang des 20. Jahrhunderts bestellten Wegerechts zu dem merkwürdigen Ergebnis, dass die Wegefläche in technischer Hinsicht nur geeignet sein müsste, von einem Pferdefuhrwerk oder von einem mit wenigen PS ausgestatteten Kraftfahrzeug befahren zu werden. Dies kann nicht richtig sein.

Schließlich ist auch das Argument des Beklagten, es reiche aus, ggf. vorhandene Unebenheiten, Senken etc. partiell auszubessern („Flicker“), nicht zielführend. Zum einen müssten diese Maßnahmen ausschließlich von Hand vorgenommen werden, was wohl zu ähnlich hohen Kosten führt wie bei einer großflächigen Ausbesserung durch eine Straßenbaumaschine. Zum anderen würden bei partiell ausgebesserten Schlaglöchern und Unebenheiten die festgestellten Schäden innerhalb von 6 – 12 Monaten wieder auftreten, was der Sachverständige Dipl.-Ing. T im Zuge seiner ergänzenden Anhörung vor dem Senat ausgeführt hat. 124

b) 125

Der vom Gericht beauftragte Sachverständige Dipl.-Ing. T hat in seinem Ausgangsgutachten vom 25.11.2013 und auch in seinem ersten Ergänzungsgutachten vom 10.06.2014 nachvollziehbar und sehr gut verständlich begründet, dass sich beide Wegeflächen – also die nördliche wie auch die südliche Zufahrt – nicht mehr in einem verkehrssicheren und funktionsfähigen „Soll-Zustand“ befinden und Maßnahmen der Instandhaltung durchzuführen sind, welche der Sachverständige ebenfalls im Einzelnen dargelegt hat. Auf eine Wiederholung wird an dieser Stelle verzichtet. Überdies hat der Sachverständige sein Gutachten auch in der mündlichen Verhandlung am 16.06.2015 vor dem Landgericht noch einmal erläutert. Allerdings hat es der Sachverständige für erforderlich gehalten, zwischen Asphalt und Schotter eine Randeinfassung aus Beton anzubringen. Diese wurde bei Anlegung der Wegeflächen nicht ausgeführt. Sie stellt daher eine über die geschuldete Instandhaltung hinausgehende Verbesserung dar. 126

Es wird im Folgenden noch auf die in der Berufungsbegründung erhobenen Einwendungen eingegangen werden, welche die beiden Wegeflächen gesondert betreffen: 127

nördliche Zufahrt (Flurstück X) 128

(1) 129

Der Beklagte dringt mit seinem Argument, wonach die Klägerin selbst die vormalig vorhandene Asphaltdeckschicht durch Kanalarbeiten beschädigt habe, nicht durch. Zwar hat der Sachverständige Dipl.-Ing. T im Zuge seiner ergänzenden Anhörung vor dem Senat bestätigt, dass der seinerzeit gezogene Kanalgraben nicht fachgerecht geschlossen worden sei und eine weitere Deckschicht aus Asphalt hätte aufgebracht werden müssen. Er hat aber auch dargelegt, dass zu diesem Mangel und zwar unabhängig davon - weitere Unebenheiten, Nässeisse und Ausbrüche in der Asphaltfläche insgesamt hinzukämen. Des Weiteren hat er erläutert, dass partielle Ausbesserungsarbeiten keinen Sinn machen und die gesamte Asphaltfläche nach 15-20 Jahren ohnehin erneuert werden müsse. Aufgrund dieser Ausführungen sieht der Senat eine Aufteilung der Kosten hinsichtlich der mangelhaft aufgetragenen Asphaltdeckschicht auf dem Kanalgraben einerseits und der weiteren Asphaltfläche andererseits nicht angezeigt. Zudem hat der Beklagte das nicht fachgerechte Schließen des Grabens über mehr als zwei Jahrzehnte nicht beanstandet. Auch deshalb ist kein Grund ersichtlich, von der vertraglich festgelegten Kostenverteilung abzuweichen. 130

(2)	131
Die Stolperkante durch das nicht fachgerecht aufgehobene bzw. an die Asphaltfläche nicht angeglichene Pflaster (vgl. Foto 8 auf S. 8 des Ausgangsgutachtens) ist unstreitig von der Klägerin verursacht worden. Die Klägerin ist damit einverstanden, dass die Kante auf ihre Kosten beseitigt wird (vgl. S. 6 unten ihrer Berufungserwiderung = Bl. 404 unten). In der Kostenberechnung des Sachverständigen auf S. 16 seines Ausgangsgutachtens taucht diese Position nicht gesondert auf. Der Sachverständige hat dies vor dem Senat noch einmal bestätigt und erläutert, dass es sich bei diesen Arbeiten kostenmäßig um eine Marginale handelt.	132
(3)	133
Die Rissbildungen (vgl. Foto 2 auf S. 5 des Ausgangsgutachtens) sind – entgegen der Auffassung des Beklagten – zu beseitigen, um ein Eindringen von Wasser und spätere Frostschäden zu verhindern.	134
(4)	135
Entgegen der Einschätzung des Beklagten hat der Sachverständige Dipl.-Ing. T vor dem Senat im Zuge seiner Anhörung klargestellt, dass der bislang nicht asphaltierte sondern geschotterte Teil – also der östlich dem Hof des Beklagten zugewandte Teil – der Zufahrt auch im Zuge der Sanierung nicht asphaltiert werden soll. Es soll dort allerdings die wassergebundene Schotterdeckschicht ausgetauscht werden (vgl. Lageskizze S. 4 des Ausgangsgutachtens).	136
<u>südliche Zufahrt (Flurstück X)</u>	137
Hinsichtlich des Flurstücks X hat der Sachverständige Dipl.-Ing. T im Rahmen seiner ergänzenden Anhörung vor dem Senat klargestellt, dass diese Wegerechtsfläche nicht allein aufgrund der auf S. 10 seines Ausgangsgutachtens dargestellten Fotos 11 und 12 saniert werden muss, sondern dass der gesamte Weg sanierungsbedürftig ist aufgrund von Schlaglöchern und Spurrillen, wobei eine partielle Ausbesserung nicht in Betracht kommt.	138
Der Sachverständige hat weiter klargestellt, dass er in seiner Kostenaufstellung nur die Fläche in die Berechnung aufgenommen habe, die katastermäßig als Flurstück X des Beklagten erfasst ist. Den öffentlichen Verkehrsraum hat er, auch wenn dort im Anschlussbereich Beschädigungen vorliegen, nicht berücksichtigt.	139
<u>c) Gesamtsumme</u>	140
Sodann sind die einzelnen Kostenpositionen (netto) zu summieren und hälftig zu teilen.	141
Bei der Gesamtaufstellung der Kosten wird zunächst Bezug genommen auf die vom Sachverständigen im Senatstermin überreichte Tischvorlage.	142
<u>nördliche Zufahrt</u>	143
-25 qm Schottertragschicht (Altmaterial) in einer Stärke von 15 cm abschieben,	144
Aushub zur Verwertung €	152,50 145
	146

-25 qm Schottertragschicht (Neumaterial) in einer Stärke von			
15 cm profilgerecht einbauen und verdichten	350,00 €		147
-Binderreihe aus Betonsteinen in Betonfundament entfällt			148
-145 qm Asphalt in einer Stärke von 4 cm abfräsen, Material			149
zur Wiederverwertung	3.045,00 €		150
-145 qm Asphalttragdeckschicht zum Profilausgleich in einer			151
Stärke von 4 – 10 cm einbauen	2.610,00 €		152
-1,12 qm (8 m x 0,14 m Breite) Schottertragschicht statt Binder	15,68 €		153
insgesamt			154
6.173,18 € netto			
<u>südliche Zufahrt</u>			155
-80 qm Schottertragschicht (Altmaterial) in einer Stärke von			156
15 cm abschieben, Aushub zur Verwertung	488,00 €		157
-80 qm Schottertragdeckschicht (Neumaterial) in einer Stärke			158
von 15 cm profilgerecht einbauen und verdichten	1.120,00 €		159
-13 m Binderreihe aus Betonsteinen in Betonfundament entfällt			160
-1,82 qm (13 m x 0,14 m Breite) Schottertragschicht statt Binder	25,48 €		161
insgesamt			162
1.633,48 € netto			
<u>Zusammenfassung</u>			163
6.173,18 € netto + 1.633,48 € netto =	7.806,66 € netto		164
zuzüglich Kleinmengenzuschlag (10 %)	780,67 €		165
insgesamt			166
8.587,33 €			
Der zu erwartende Instandhaltungsaufwand in Höhe von 8.587,33 € ist hälftig zu teilen, mithin			167
hat der Beklagte einen Kostenvorschuss in Höhe von 4.293,67 € an die Klägerin zu leisten.			
II.			168
Erstattung der Gutachterkosten			169
Anspruchsgrundlage ist wiederum Ziffer 11.3 vorletzter Absatz des notariellen Vertrages vom			170
11.02.1992 (Anlage K4) in Verbindung mit § 1021 Abs. 1 BGB und §§ 744 Abs. 2, 748 BGB			
analog.			

1.	171
Aus den §§ 744 Abs. 2, 748 BGB ergibt sich sowohl ein Anspruch des Teilhabers auf Kostenvorschuss wie auch auf <u>Kostenerstattung</u> (vgl. Palandt-Sprau, a.a.O., §§ 744 Rdnr. 3 und 748 Rdnr. 4).	172
2.	173
Der Umfang des Erstattungsanspruchs umfasst auch die Kosten für eine sachverständige Feststellung der angezeigten und zweckmäßigen Maßnahmen zur Instandhaltung/Instandsetzung der Wegeflächen. Insoweit wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die Argumentation des Landgerichts Bezug genommen. Diese ist zutreffend.	174
III.	175
Beseitigung des Torflügels	176
Anspruchsgrundlage sind §§ 1027, 1004 Abs. 1 Satz 1 BGB.	177
Beeinträchtigung einer Grunddienstbarkeit ist <u>jede Behinderung</u> der zu duldenden Benutzung des belasteten Grundstücks (vgl. Palandt-Bassenge, a.a.O., § 1027 Rdnr. 1 und Münchener Kommentar/Joost, a.a.O., § 1027, Rdnr. 1).	178
1.	179
Der Torflügel beeinträchtigt das streitgegenständliche Wegerecht der Klägerin. Zunächst wird insoweit auf die zutreffenden Ausführungen dazu im angefochtenen Urteil verwiesen. Des Weiteren wird Bezug genommen auf die Darlegungen des Architekten und Dipl.-Ing. S vom 16./21.05.2014 (vgl. Bl. 174 ff d. A.). Es handelt sich dabei zwar nur um substantiierten Parteivortrag der Klägerin, der bestritten worden ist (vgl. Bl. 221 d. A.). Der Vortrag überzeugt aber insbesondere aufgrund der dort auf S. 9 und 11 des Parteigutachtens dargestellten Zeichnungen und Fotos.	180
2.	181
Die Argumentation des Beklagten hinsichtlich eines Bestandschutzes des Torflügels, weil dieser dort bereits seit 50 Jahren vorhanden sei, ist nicht zielführend. Das BGB kennt das Rechtsinstitut eines Bestandsschutzes in dieser Form nicht.	182
3.	183
Der Anspruch der Klägerin auf Beseitigung der ihre Grunddienstbarkeit beeinträchtigenden Anlage (Torflügel) könnte zwar gemäß §§ 1028 Abs. 1 Satz 1, 195, 199 Abs. 1 BGB verjährt sein, was aber letztlich offen bleiben kann.	184
Denn die <u>Einrede der Verjährung</u> ist durch den anwaltlich vertretenen Beklagten aber nicht erhoben worden. Er ist darauf auch <u>nicht</u> durch den Senat hinzuweisen gewesen.	185
Der Gesetzgeber hat in materiell-rechtlicher Hinsicht zwischen Einwendungen und Einreden differenziert; durch die Pflicht des Richters, die – unwissende oder nachlässige – Partei auf die Möglichkeit der <u>Einrede</u> hinzuweisen, würde der Unterschied relativiert. Gerade mit Blick auf den Beibringungsgrundsatz und die Herrschaft der Parteien über den Streitstoff ist es	186

auch vor dem Hintergrund der Waffengleichheit nicht Sache des Richters, der Partei materiell-rechtliche Möglichkeiten aufzuzeigen und deren Interessen gegenüber dem Gegner zu fördern, mit der Konsequenz, dass ein unterlassener Hinweis einen Verfahrensfehler darstellen müsste (vgl. Münchener Kommentar/Fritsche, ZPO, 5. Aufl. 2016, § 139, Rdnr. 38 ff).

IV	187
Anschlussberufung/Zäune auf den Flurstücken X und X/X	188
Die Anschlussberufung der Klägerin ist erfolgreich.	189
1.	190
Der im Vergleich zu der ersten Instanz umformulierte (eine Feststellung wird nun nicht mehr begehrt) Klageantrag ist zulässig. Die Umstellung von einem Feststellungs- zu einem Leistungsantrag ist unschädlich (§ 264 Abs. 2 ZPO).	191
Es bedurfte nicht der Durchführung eines Schlichtungsverfahrens vor einer Gütestelle im Sinne der §§ 15a Abs. 1 Ziffer 2 EGZPO, 53 Abs. 1 Nr. 1 Justizgesetz NRW. Es handelt sich bei den geltend gemachten Unterlassungsansprüchen nicht um eine Nachbarrechtssache im Sinne der vorbezeichneten Vorschriften, sondern um einen Anspruch gemäß §§ 1004 Abs. 1, 1027 BGB, der von den vorbezeichneten Vorschriften nicht erfasst ist.	192
2.	193
Die geltend gemachten Unterlassungsansprüche sind aus §§ 1004 Abs. 1 Satz 2, 1027 BGB begründet.	194
a)	195
Unstreitig hatte der Beklagte auf dem Flurstück X einen Zaun in die Wegefläche gesetzt und damit die Klägerin in der Ausübung ihres Wegerechts beeinträchtigt (vgl. Fotos auf S. 12 der Anlage K12).	196
b)	197
Des Weiteren ist durch die vorangegangene Beeinträchtigung des Wegerechts auf dem Flurstück X eine tatsächliche Vermutung für die im Sinne von §§ 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB vorausgesetzte Wiederholungsgefahr begründet worden (vgl. BGH NJW 2004, 1035 – Rdnr. 9 zitiert nach Juris und Palandt/Bassenge, a.a.O., § 1004, Rdnr. 32). Diese Wiederholungsgefahr betrifft sowohl die Wegefläche auf dem Flurstück X wie aber auch jene auf dem Flurstück X. Es gibt nach Aktenlage keinen Grund zu differenzieren. Die vieldeutigen Erklärungen des Beklagten in der Klageerwidern vom 07.01.2013 auf S. 4 und S. 5 (Bl. 29 f. d. A.), wonach ein Zaun zwischen den Flurstücken X und X „nicht unzulässig“ wäre, er – der Beklagte – aber im Übrigen „derzeit nicht“ vorhabe, einen solchen zu errichten, sind in diesem Zusammenhang bezeichnend. Zudem handelt es sich bei der Feststellung der Wiederholungsgefahr um eine Tatfrage, die revisionsrechtlich nur eingeschränkt überprüfbar ist (vgl. BGH NJW 1999, 356 ff. – Rdnr. 19 zitiert nach Juris, BGH NJW 2012, 3781 – Rdnr. 12 zitiert nach Juris und Palandt/Bassenge, a.a.O.).	198
An die Widerlegung dieser tatsächlichen Vermutung durch den Störer sind hohe Anforderungen zu stellen (vgl. BGH a.a.O., Rdnr. 19 f. zitiert nach Juris und	199

Palandt/Bassenge, a.a.O., § 1004, Rdnr. 32). Das bloße Versprechen, die bereits einmal begangene Störung nicht zu wiederholen, räumt die Wiederholungsgefahr grundsätzlich nicht aus. Dies kann regelmäßig nur durch die Abgabe einer strafbewährten Unterlassungserklärung geschehen (vgl. BGH NJW 2012, 3781 – Rdnr. 12 zitiert nach Juris und Palandt/Bassenge, a.a.O.).

Hier kommt noch hinzu, dass der Beklagte seine im Verfügungsverfahren 5 O 121/12 am 18.12.2012 abgegebene Unterlassungszusage bis zum 31.12.2013 befristet und auf die Flurstücke X und X beschränkt hat. 200

Nach allem hat die Klägerin eine konkrete Wiederholungsgefahr hinreichend dargelegt. 201

3. 202

Der Antrag auf Bestrafungsandrohung ist aus § 890 Abs. 2 ZPO begründet. 203

C. 204

Die Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 97 Abs. 1, 92 Abs. 1 i. V. m. § 96 u. 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO. 205

Die Kosten des Berufungsverfahrens waren vollständig dem Beklagten aufzuerlegen, da sein Obsiegen in der Berufungsinstanz im Verhältnis zum Gesamtstreitwert nicht ins Gewicht fiel. Hinsichtlich der zu korrigierenden Kostenentscheidung in der ersten Instanz hat der Senat den Rechtsgedanken des § 96 ZPO angewandt und die Kostenbelastung der Klägerin zu ihren Gunsten abgerundet. 206

Die Revision war nicht zuzulassen, da die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen. Es handelt sich aufgrund des atypisch gelagerten Sachverhalts um eine Einzelfallentscheidung, die der Senat unter Anwendung der höchstrichterlichen Rechtsprechung getroffen hat. 207