
Datum:	30.09.2021
Gericht:	Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper:	18. Zivilsenat
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	18 U 53/20
ECLI:	ECLI:DE:OLGK:2021:0930.18U53.20.00

Tenor:

I. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Landgerichts Köln vom 26. Februar 2020 – 16 O 463/18 – teilweise abgeändert und

1. werden die Beklagten verurteilt, Anschüttungen von dem Grundstück der Kläger (Gemeinde P., Gemarkung R., Flur G06) Flurstück G03 dergestalt zu entfernen, dass

a) die Grenze zwischen den Grundstücken (Gemeinde P., Gemarkung R., Flur G06) Flurstück G03 und Flurstück G04 (jetzt Bestandteil des Flurstücks G05) beginnend ab dem in der Anlage zu diesem Urteil gekennzeichneten Punkt 1

- auf einer Länge von einem Meter gleichmäßig absteigend auf eine Höhe von 127,70 m NN gebracht,
- in ihrem hieran anschließenden Verlauf über eine Strecke von weiteren 15 Meter auf einer Höhe von 127,70 m NN (linear) ausgeführt und
- anschließend im weiteren Verlauf bis zu dem in der Anlage gekennzeichneten Punkt 6 gleichmäßig ansteigend bis auf eine Höhe von 128,30 m NN gebracht wird

und

b) die Geländeoberkante der an die Grundstücksgrenze anschließenden Fläche des Flurstücks G03 in der Falllinie die Höhenlage der Grundstücksgrenze nicht übersteigt;

2. werden die Beklagten verurteilt, an die Kläger einen Betrag in Höhe von 1.812,47 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus 540,63 € seit dem 1. Juni 2018, aus weiteren 127,50 € seit dem 18. Oktober 2018 und aus weiteren 1.144,34 € seit dem 17. August 2022 zu zahlen;

3. werden die Beklagten als Gesamtschuldner verurteilt, die Kläger von einer Forderung der Rechtsanwaltssozietät F. H. (D.-straße, N.) in Höhe von 140,12 € hinsichtlich der nicht auf das Verfahren anrechenbaren Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung freizustellen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

II. Von den Kosten des Rechtsstreits erster Instanz einschließlich der Kosten des selbstständigen Beweisverfahrens 16 OH 21/16 LG Köln tragen die Beklagten als Gesamtschuldner 15 Prozent und die Kläger 85 Prozent.

Von den Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Beklagten als Gesamtschuldner 20 Prozent und die Kläger 80 Prozent.

III. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

IV. Die Revision wird nicht zugelassen.

V. Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird für den Zeitraum bis zum 20. Juli 2022 einschließlich auf (Antrag zu 1: 8.508,50 €; Antrag zu 2: 1.899,33 € =) 10.407,83 € und für den Zeitraum ab dem 21. Juli 2022 auf 13.660,87 € festgesetzt.

Gründe:

I.

1. Die Kläger begehren von den Beklagten im Wesentlichen die Beseitigung einer auf ihrem Grundstück befindlichen Anböschung entlang der Grenze zwischen dem im Klageantrag zu 1. genannten Flurstück G03 und dem Flurstück G04 (jetzt Bestandteil des Flurstücks G05).

Die Parteien, die bereits ein selbstständiges Beweisverfahren (Az. 16 OH 21/16 LG Köln) geführt haben, streiten über das Volumen der Anböschung und die Urheberschaft der Beklagten.

Wegen der getroffenen Feststellungen und der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes wird gemäß § 540 Abs. 1 Satz 1 ZPO auf die Feststellungen des landgerichtlichen Urteils (GA 263 ff.) Bezug genommen.

Die Kläger haben in erster Instanz beantragt,

1

2

3

4

5

6

7

1. die Beklagten zu verurteilen, die vom Sachverständigen X. L. im selbstständigen Beweisverfahren des Landgerichts Köln zum Aktenzeichen 16 OH 21/16, dort Gutachten vom 2. Januar 2018 (Anlage H1), festgestellte Anschüttung auf dem Grundstück der Kläger, Gemeinde P., Gemarkung R., Flur G06, Flurstück G03, zu entfernen, wie sie in der Anlage 1 zum Gutachten in roter Farbe markiert ist und eine Fläche von 118,40 m ² umfasst, was unter Berücksichtigung der Höhe der Anschüttung einer Gesamtmenge von 223,56 m ³ entspricht;	
2. die Beklagten zu verurteilen, an die Kläger 1.899,33 Euro zu zahlen, dies nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus 1.560,92 Euro seit dem 1. Juni 2018, im Übrigen seit Rechtshängigkeit;	8
3. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, die Kläger von einer Forderung der Rechtsanwaltssozietät F. H., D.-straße, N. in Höhe von 778,50 Euro hinsichtlich der nicht auf das Verfahren anrechenbaren Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung freizustellen.	9
2. Das Landgericht hat nach Vernehmung der Zeugen O. (GA 194R f.), S. (GA 196R f.) und M. (GA 197) und nach Anhörung des Sachverständigen Z. L. (vgl. GA 197R ff.) der Klage weitgehend stattgegeben und seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet:	10
a) Die Klage sei zulässig. Insbesondere habe es nicht nach § 15a EGZPO i.V.m. § 53 JustizG NRW der vorherigen Durchführung eines Schlichtungsverfahrens bedurft. Die Kläger machten weder Ansprüche aus dem NachbarrechtsG NRW noch aus § 906 BGB geltend.	11
b) Die Klage sei überwiegend begründet.	12
aa) Der mit dem Klageantrag zu 1. verfolgte Beseitigungsanspruch ergebe sich aus § 1004 Abs. 1 BG G.-B. Die Erdanschüttung schränke die Kläger in der Nutzung ihres Grundstücks ein.	13
Die Beklagten seien als Handlungsstörer auch Anspruchsgegner. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme stehe es zur Überzeugung der Kammer fest, dass die streitgegenständliche Erdanschüttung von den Beklagten vorgenommen worden sei. Die im Klageantrag zu 1. in Bezug genommene Grundstücksfläche von 118,4 m ² und das Volumen von 223,56 m ³ entsprächen den Angaben des Sachverständigen, die dieser in seinem 2. Ergänzungsgutachten vom 2. Januar 2018 (zum Az. 16 OH 21/16 LG Köln) gemacht habe. Die Beklagten hätten dies nur bestritten, ohne substantiierte Einwendungen vorzubringen. Der Einwand der Beklagten, dass es bei ihrem Bauvorhaben nicht zu einem Bodenaushub von 223,56 m ³ gekommen sei, sei unerheblich; denn die aufgeschüttete Erde müsse nicht zwangsläufig aus dem im Zuge des Bauvorhabens angefallenen Bodenaushub stammen.	14
Die Rechtswidrigkeit der Beeinträchtigung werde indiziert.	15
Auch sei der Anspruch weder nach § 1004 Abs. 2 BGB ausgeschlossen noch sei er durch Erfüllung erloschen.	16
Des Weiteren erweise sich die Geltendmachung des Beseitigungsanspruchs weder als schikanös noch verstoße sie gegen Treu und Glauben.	17
bb) Ferner stehe den Klägern gegen die Beklagten aus § 987 Abs. 1, § 990 Abs. 1 BGB ein Nutzungsersatzanspruch in Höhe von 1.899,33 € nebst Verzugs- und Rechtshängigkeitszinsen zu. Die Kläger hätten von September 2015 bis Dezember 2018 das Grundstück der Kläger vorsätzlich in Anspruch genommen, um mithilfe der dort	18

aufgebrachten Aufschüttung ihr eigenes Grundstück abzustützen. Gegen die Berechnung hätten die Beklagten keine Einwendungen erhoben.

cc) Schließlich könnten die Kläger aus § 823 Abs. 1 BGB die Freistellung von nicht anrechenbaren vorgerichtlicher Rechtsanwaltsgebühren, die sich auf Grundlage eines Gegenstandswerts von 10.069,42 € bemäßen. Ersatzfähig sei jedoch keine 1,5 fache Geschäftsgebühr, sondern lediglich eine 1,3 fache Geschäftsgebühr zuzüglich eines Mehrvertretungszuschlags. 19

3. Hiergegen wendet sich die Berufung der Beklagten, die ihr Klageabweisungsbegehren weiter verfolgen (Bl. 93 ff. eA) und beantragen, 20

das am 26. Februar 2020 verkündete Urteil des Landgerichts Köln - 16 O 463/18 - aufzuheben und die Klage abzuweisen, 21

hilfsweise, 22

das angefochtene Urteil aufzuheben und den Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht Köln zurückzuverweisen. 23

Die Kläger, die das angegriffene Urteil verteidigen (Bl. 134 ff. eA) und mit – dem Prozessbevollmächtigten der Beklagten unter dem 16. August 2022 zugegangenem – Schriftsatz vom 20. Juli 2022 (Bl. 399 ff. eA) die Klage in ihrem Antrag zu 2. um einen Betrag von 3.253,04 € erhöht und mit Schriftsatz vom 19. Oktober 2022 (Bl. 493 ff. eA) den Klageantrag zu 1. präzisiert haben, beantragen – neben der Zurückweisung der Berufung der Beklagten – zuletzt, 24

1. die Beklagten zu verurteilen, die vom Sachverständigen X. L. im selbstständigen Beweisverfahren des Landgerichts Köln zum Aktenzeichen 16 OH 21/16, dort Gutachten vom 2. Januar 2018 (Anlage H1), festgestellte Anschüttung auf dem Grundstück der Kläger, Gemeinde P., Gemarkung R., Flur G06, Flurstück G03, zu entfernen, wie sie in der Anlage 1 zum Gutachten in roter Farbe markiert ist und eine Fläche von 118,40 m² umfasst, was unter Berücksichtigung der Höhe der Anschüttung einer Gesamtmenge von 223,56 m³ entspricht, entlang der Grundstücksgrenze zwischen den Flurstücken G07 und G04 (jetzt G05), unter Herstellung einer Höhe beginnend ab Punkt 1 auf einer Länge von 16 Meter mit einer Höhe von 127,7 Metern (linear) und im weiteren Verlauf gleichmäßig ansteigend bis zu einer Höhe von 128,30 Metern (Punkt 6), wobei sich die Angaben „Punkt 1“ und „Punkt 6“ auf die Anlage 1 zum Flächenaufmaß des Sachverständigen Z. L. vom 6. September 2022 beziehen. 25

2. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an die Kläger 5.152,37 € zu zahlen, dies nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus 1.560,92 € seit dem 1. Juni 2018, aus 338,41 € seit dem 18. Oktober 2018 und aus weiteren 3.253,04 Euro seit Rechtshängigkeit der Klageerhöhung zu zahlen. 26

Die Beklagten, die die Klageerweiterung nicht für sachdienlich erachten und ihr widersprechen, beantragen auch insoweit die Klageabweisung. 27

Der Senat hat Beweis erhoben durch Durchführung eines Ortstermins, durch Vernehmung des Zeugen O. und durch Anhörung des Sachverständigen Z. L. (vgl. Bl. 205 ff. eA) sowie durch Einholung eines Flächenaufmaßes des Sachverständigen Z. L. gemäß Beweisbeschluss vom 28. Juni 2022 (Bl. 388 f. eA). Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Sitzungsprotokoll vom 18. Mai 2021 (Bl. 205 ff. eA) sowie auf 28

das Flächenaufmaß des Sachverständigen Z. L. vom 6. September 2022 verwiesen (Bl. 453 ff. eA) und wegen der weiteren Einzelheiten auf die von den Parteien wechselseitig zur Verfahrensakte gereichten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf den weiteren Akteninhalt Bezug genommen.

II.	29
1. Die Berufung der Beklagten ist überwiegend begründet, weshalb – unter Berücksichtigung der im Verlauf des Berufungsverfahrens erfolgten Erhöhung der Klage in ihrem Antrag zu 2. – das landgerichtliche Urteil teilweise abzuändern und wie tenoriert zu entscheiden war.	30
a) Soweit die Berufung sich unter Hinweis auf § 15a EGZPO in Verbindung mit § 53 JustizG NRW gegen die durch das Landgericht angenommene Zulässigkeit der Klage wendet, vermag sie damit aus den im Hinweisbeschluss vom 1. Juli 2021 ausgeführten Gründen, auf die zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen Bezug genommen wird, nicht durchzudringen.	31
b) Die Berufung ist überwiegend begründet, soweit sie sich gegen die antragsgemäß erfolgte umfassende Verurteilung der Beklagten zur Beseitigung einer Anschüttung in dem durch das Landgericht festgestellten Ausmaß wendet.	32
aa) Im Ausgangspunkt zutreffend ist allerdings der Standpunkt des Landgerichts, dass die Kläger von den Beklagten gemäß § 1004 Abs. 1 BGB die Beseitigung der auf dem Flurstück G03 befindlichen Erdmassen verlangen können, die Bestandteil der entlang der Grenze (Flurstücke G04 und G03) verlaufenden, im Zuge des Bauvorhabens der Beklagten angelegten Böschung sind und die in der Tenorziffer I. 1 dokumentierte Höhenlage der Grundstücksgrenze übersteigen.	33
Davon, dass es zu solchen Aufschüttungen gekommen ist, ist der Senat mit dem für § 286 ZPO erforderlichen aber auch ausreichenden Maß an Gewissheit (vgl. nur BGH, Urteil vom 16. April 2013 - VI ZR 544/12, NJW 2014, 71 Rn. 8 m.w.N.) überzeugt. Dies ergibt bereits ein Vergleich der den Stand September 2012 abbildenden Höhenangaben in dem durch die Beklagten vorgelegten Lageplan des Vermessungsingenieurs Q., den die Beklagten seinerzeit mit ihrem Bauantrag bei der zuständigen Behörde eingereicht haben, mit den durch den Sachverständigen Z. L. anlässlich der Erstellung seines Gutachtens vom 24. Januar 2017 im Wege einer Felduntersuchung am 17. Januar 2017 vor Ort ermittelten Höhenmaßen. Denn die durch den Sachverständigen Z. L. mittels Kleinrammbohrungen (KRB) auf dem Flurstück (G03) der Kläger ermittelten Geländehöhen (KRB 4: 128,33 m NN; KRB 5: 128,43 m NN) liegen nicht nur über den durch den Vermessungsingenieur Q. seinerzeit im grenznahen Hangbereich auf dem Flurstück (G03) der Kläger ermittelten Höhen, sondern auch höher als die damalige Oberkante des grenznahen Geländes auf dem Flurstück (G04) der Beklagten.	34
bb) Die Kläger sind, wie vom Landgericht zutreffend festgestellt, zur Duldung der auf ihrem Grundstück befindlichen Aufschüttung nicht verpflichtet (§ 1004 Abs. 2 BGB).	35
cc) Als für die Beeinträchtigung des Eigentums der Kläger verantwortliche Störer sind die Beklagten Schuldner des Beseitigungsanspruchs aus § 1004 Abs. 1 Satz 1 BGG.-B.	36
aaa) Allerdings erweist sich die Verurteilung als rechtsfehlerbehaftet, soweit diese gemäß dem Klageantrag zu 1. weiter gehend auf Beseitigung der durch den Sachverständigen Z. L. im selbstständigen Beweisverfahren (16 OH 21/16 LG Köln) im 2. Ergänzungsgutachten vom 2. Januar 2018 für eine Grundstücksfläche von 118,4 m ² festgestellten Aufschüttungen	37

(Gesamtvolumen: 223,56 m³) und damit auch auf die Entfernung solcher Erdmassen gerichtet ist, die nicht Bestandteil der eigentlichen Böschung zum Grundstück der Beklagten (Flurstück G04) sind.

(1) Bereits das durch den Sachverständigen L. ermittelte und vom Landgericht – wie von den Klägern beantragt – zugrunde gelegte Gesamtvolumen der zu beseitigenden Erdmassen ist mit 223,56 m³ unzutreffend bemessen. Der Sachverständige Z. L. hat im Rahmen seiner Anhörung vor Ort auf entsprechende Nachfrage bestätigt, dass es sich bei dem im 2. Ergänzungsgutachten angegebenen Gesamtvolumen um einen Fehler bei der Übertragung seiner sich hierzu verhaltenden handschriftlichen Berechnungen handle und das von ihm berechnete Gesamtvolumen, das sowohl die Erdmassen in der eigentlichen Böschung (entlang der Grundstücksgrenze) als auch die Erdmassen auf der übrigen gekennzeichneten Fläche erfasse, 171,36 m³ betrage. 38

(2) Tatsächlich ist, worauf der Senat mit Beschluss vom 1. Juli 2021 hingewiesen hat, auch dieses Gesamtvolumen zu hoch bemessen. Denn ihr liegt die irrige Annahme eines vor dem Bauvorhaben der Beklagten vorhandenen ebenerdigen Grundstücksverlaufs zugrunde. Dem ist jedoch nicht so; zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen wird auf die im vorgenannten Beschluss ausgeführten Erwägungen, denen die Parteien nicht mehr entgegen getreten sind, verwiesen. 39

Unter diesen Umständen erweist sich der Klageantrag zu 1., soweit er solche Erdmassen betrifft, die nicht Gegenstand der entlang der Grenze (Flurstücke G04 und G03) verlaufenden eigentlichen Böschung sind, als unbegründet. Denn er zielt der Sache nach auf die Herstellung eines ebenerdigen Verlaufs des Flurstücks G03 auf der gesamten – in der Anlage zum landgerichtlichen Urteil durch rote Umrandung hervorgehobenen – Fläche ab, die es in dem rückwärtigen Grundstücksbereich (hin zum südlich angrenzenden Grundstück Flurstück G08) vor Baubeginn nicht gab. Eine Rechtsgrundlage für einen solchen Anspruch ist, worauf der Senat ebenfalls mit seinem Beschluss vom 1. Juli 2021 hingewiesen hat, nicht ersichtlich. 40

Dementsprechend fällt die mit der Klage vorgetragene und vom Landgericht übernommene angeblich durch Anschüttungen von den Beklagten in Anspruch genommene Fläche mit 118,40 m² zu groß aus. Denn nach dem Inhalt der Verfahrensakten und dem Ergebnis der Beweisaufnahme beschränkt sich die durch Anschüttungen in Anspruch genommene Fläche auf den entlang der Grenze (Flurstück G03 und G04) verlaufenden Bereich auf dem Flurstück G03. 41

bbb) Vor diesem Hintergrund können die Kläger von den Beklagten die Beseitigung der Erdmassen verlangen, die unmittelbar in die eigentliche Böschung (entlang der vorbezeichneten Grundstücksgrenze) eingearbeitet sind und sich auf dem Flurstück G03 befinden. 42

(1) Die Entfernung dieser Erdmassen kann jedoch nur bis auf das Höhenniveau verlangt werden, auf dem sich die Grundstücksgrenze vor dem Bauvorhaben der Beklagten befand, denn es ist nur insoweit ein zu beseitigender Eingriff der Beklagten in das Eigentum der Kläger gegeben. Bezugspunkt kann daher weder das Höhenniveau des am Ende der Dorfstraße befindlichen Kanaldeckels (+ 127,18 m NN) sein noch kann ein entlang der gemeinsamen Grundstücksgrenze durchgängig gleichbleibendes Höhenniveau verlangt werden; denn das Flurstück G03 war vor dem Beginn des Bauvorhabens nicht ebenerdig, sondern stieg sowohl in Richtung des Flurstücks G04 als auch in Richtung des südlich angrenzenden Flurstücks G08 an (vgl. im Einzelnen den Hinweisbeschluss vom 1. Juli 2021 unter I. 2. a bb [1]). 43

- (2) Bei der Bestimmung des Höhenmaßes kommt dem als Anlage B 7 vorgelegten und seinerzeit für das Bauvorhaben der Beklagten erstellten Lageplan des Vermessungsingenieurs Q. (GA 119) und den von diesem während der Vermessung gefertigten Fotos (vgl. Anlage B 19 – GA 245 ff.) maßgebliche Bedeutung zu. Diese Dokumente, die außer dem vorstehend (sub [1]) angeführten Geländeanstieg in Richtung des südlich gelegenen Flurstücks G08 auch einen kontinuierlichen Geländeanstieg zu dem im Osten gelegenen Flurstück G04 ausweisen, bieten nach Dafürhalten des Senats eine hinreichend tragfähige Grundlage für die Bestimmung eines wiederherzustellenden Höhenniveaus auf der Grundstücksgrenze, wie aus der Tenorziffer I.1 ersichtlich. 44
- Daraus lässt sich, beginnend ab dem (in der Anlage zu diesem Urteil als Punkt 1 [im Lageplan Q. mit der Höhenlage 128,00 m NN] gekennzeichneten) nördlichen Ende der Grundstücksgrenze anhand der beidseits der Grundstücksgrenze vermerkten Höhenlagen für die ersten 16 Meter des Grenzverlaufs als Mittelwert eine Höhenlage von rund 127,70 m NN ermitteln, wobei für den ersten Abschnitt der Grundstücksgrenze, dessen Länge der Senat auf einen Meter schätzt, ein sanfter Abfall vom Anfangspunkt (Punkt 1) auf ein – für die sich sodann anschließenden 15 Meter im Wesentlichen gleichbleibendes – Höhenniveau (127,70 m NN) zu ersehen ist. Im Folgenden ergibt sich ein gleichmäßiger Geländeanstieg bis zu dem in der Anlage zu diesem Urteil gekennzeichneten Punkt 6, der sich an dem Geländenniveau des angrenzenden, vom Bauvorhaben der Beklagten nicht betroffenen Flurstücks G08 orientiert (vgl. hierzu die Tenorziffer I.1.a). Aus dem ebenfalls aktenkundig dokumentierten Gefälle (vom Flurstück G04 nach Westen hin zum Flurstück G03) ergibt sich ferner, dass die Geländeoberkante der an die Grundstücksgrenze anschließenden Fläche des Flurstücks G03 in der Falllinie die Höhenlage der Grundstücksgrenze jedenfalls nicht übersteigt. 45
- dd) Ohne Erfolg bleibt die Berufung, soweit sie – zur Begründung ihres auf vollumfängliche Klageabweisung gerichteten Begehrens – weiterhin eine rechtsmissbräuchliche bzw. schikanöse Rechtsverfolgung durch die Kläger geltend macht; insoweit teilt der Senat die Erwägungen des Landgerichts. 46
- c) aa) Als ebenfalls überwiegend begründet erweist sich die Berufung, soweit sie sich gegen die Höhe des durch das Landgericht für den Zeitraum bis Ende 2018 antragsgemäß zugesprochenen Nutzungswertersatzanspruchs gemäß §§ 990, 987 Abs. 1, § 100 BGB wendet, den das Landgericht allerdings mit Recht dem Grunde nach bejaht hat. 47
- aaa) Soweit die Beklagten einen Willen der Kläger zur Nutzung des Flurstücks G03 in Abrede stellen und damit den Anspruch dem Grunde nach verneinen, vermögen sie damit nicht durchzudringen. Indem sie der Sache nach eine fühlbare Beeinträchtigung der Grundstücksnutzung für die Kläger verneinen, verkennen sie, dass die Kläger keinen Schadensersatzanspruch wegen der Einbüßung von Gebrauchs- bzw. Nutzungsvorteilen geltend machen, sondern einen Wertersatzanspruch für die von den Beklagten durch die (teilweise) Inanspruchnahme des klägerischen Flurstücks gezogenen Nutzungen. 48
- Soweit die Beklagten diesbezüglich erstmals mit der Berufung ihre Bösgläubigkeit bestreiten und sie den in erster Instanz unbestritten gebliebenen Berechnungsparametern entgegen treten, können sie damit in der Berufungsinstanz allerdings nicht mehr gehört werden, weil die in § 531 Abs. 2 ZPO niedergelegten Voraussetzungen für die Zulassung dieses neuen Verteidigungsvorbringens nicht ersichtlich sind und – anders als in § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 4 ZPO vorgeschrieben – mit der Berufungsbegründung auch keine Tatsachen vorgetragen worden sind, aufgrund derer die Beklagten mit dieser neuen Verteidigung zuzulassen sein könnten. 49

bbb) Der Anspruch besteht jedoch nicht in der geltend gemachten und durch das Landgericht zugesprochenen Höhe (1.899,33 €), denn die der Berechnung zugrunde gelegte Fläche von 118,40 m² ist – worauf die Parteien bereits mit Beschluss vom 1. Juli 2021 hingewiesen wurden – zu groß bemessen. Gemäß den Feststellungen des Sachverständigen Z. L. in dem von ihm erstellten Flächenaufmaß vom 6. September 2022, denen die Parteien nicht entgegen getreten sind, legt der Senat nach § 287 ZPO eine Fläche von 41,65 m² zugrunde, so dass sich der in erster Instanz geltend gemachte Anspruch auf insgesamt ([2015:] 63,17 € + [2016:] 196,80 € + [2017:] 204,08 € + [2018:] 204,08 € =) 668,13 € beläuft. Hiervon sind die zum Zeitpunkt des Mahnschreibens vom 15. Mai 2018 (Anl. H 4) fälligen Forderungen in Höhe von insgesamt (540,63 €) gemäß § 286 Abs. 1, § 288 Abs. 1 Satz 2 BGB seit dem 1. Juni 2018 zu verzinsen; der Zinsanspruch hinsichtlich des am 15. Mai 2018 noch nicht fälligen weiteren Betrages von 127,50 € folgt aus §§ 291, 288 Abs. 1 Satz 2 BGB und besteht analog § 187 Abs. 1 BGB seit dem 18. Oktober 2018.

bb) Aus den vorstehenden Erwägungen folgt zugleich, dass der mit der sachdienlichen Klageerhöhung vom 20. Juli 2022 (Bl. 399 ff. eA) eingeführte Anspruch auf Nutzungswertersatz auch für den Zeitraum vom 1. Januar 2019 bis zum 31. Dezember 2022 nicht in der geltend gemachten Höhe (3.253,04 €) gegeben ist. Unter Berücksichtigung der von den Klägern vorgetragenen – und von den Beklagten mit Schriftsatz vom 6. Dezember 2022 außer Streit gestellten – Berechnungsparameter ergibt sich für die Fläche von 41,65 m² ein weiterer Anspruch in Höhe von ([2019:] 233,24 € + [2020:] 255,06 € + [2021:] 291,55 € + [2022:] 364,44 € =) 1.144,34 €, der gemäß §§ 291, 288 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 187 Abs. 1 BGB seit dem 17. August 2022 zu verzinsen ist.

d) Die Berufung hat schließlich auch Erfolg, soweit sie sich gegen die Verurteilung der Beklagten zur Freistellung der Kläger von einer den Betrag von 140,12 € übersteigenden Gebührenforderung wendet. Denn die Gebührenforderung bemisst sich auf Grundlage der bis zum 31. Dezember 2020 geltenden Gebührentabelle nach einem Gegenstandswert von bis zu 1.500 €, weil die vorgerichtlich mit Schreiben vom 14. Februar 2017 und vom 15. Mai 2018 geltend gemachten Forderungen nur in Höhe von insgesamt (Antrag zu 1 [Entfernung der Anschüttung]: 836,93 €; Antrag zu 2 [Nutzungswertersatz]: 540,63 € =) 1.377,56 € begründet waren.

Der für den Antrag zu 2. angesetzte Wert ergibt sich aus den vorstehenden Ausführungen (sub c aa bbb). Der für den Antrag zu 1. angesetzte Wert folgt aus den durch den Sachverständigen Z. L. für die kostengünstigere technische Lösung angesetzten Kosten, die die Kläger unter Ziffern 4 und 5 der Klagebegründung für die Ermittlung des maßgeblichen Gegenstandswerts herangezogen haben (vgl. GA 6 f. i.V.m. GA 23). Da nach den vorstehenden Ausführungen eine Grundlage für die dort angesetzte Entfernung von 225 m³ Erdreich fehlt und allenfalls die Notwendigkeit einer Entfernung von 16,85 m³ Erdreich angenommen werden kann, ist lediglich ein Beseitigungsaufwand von (400 € + [16,85 m³ x 18,00 € =] 303,30 € + USt. [133,63 €] =) 836,93 € berücksichtigungsfähig.

2. Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 Satz 1, § 97 Abs. 1, § 100 Abs. 1 und 4 ZPO. Die für die 1. Instanz ermittelte Kostenquote beruht darauf, dass die Kläger in erster Instanz nur in Höhe von (1.377,56 € + 127,50 € =) 1.505,06 € obsiegen, während sie infolge der Erhöhung ihres Klageantrags zu 2. in zweiter Instanz in Höhe von insgesamt 2.649,40 € obsiegen. Die Verteilung der Kosten des selbstständigen Beweisverfahrens bemisst sich nach der für die erste Instanz ermittelten Kostenquote, weil sie im nachfolgenden Rechtsstreit als Kosten des ersten Rechtszugs anzusehen sind (vgl. Hanseatisches OLG Hamburg, Beschluss vom 06. August 1989 - 8 W 196/89 -, MDR 1990, 159); ohnedies waren

vorliegend die aus dem selbstständigen Beweisverfahren folgenden Erkenntnisse für die im Berufungsverfahren erfolgte Erhöhung des Klageantrags zu 2. ohne Bedeutung.

3. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus § 708 Nr. 10, § 713 in Verbindung mit § 544 Abs. 2 Nr. 1 ZPO. 55

4. Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen. Es handelt sich um eine auf die Umstände des vorliegend zur Entscheidung unterbreiteten Einzelfalls abstellende Würdigung durch den Senat. 56