

Oberlandesgericht München

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

Art. 184 S. 1, Art. 186 I, Art. 189 III, Art. 218 BGBEG;
Art. 56 III S. 1, Art. 57 I AGBGB BY

- 1. Der Auslegungsgrundsatz „falsa demonstratio non nocet“, nach dem das von den Parteien übereinstimmend Gewollte den Vorrang vor einer Falschbezeichnung hat), findet gerade auch auf unbewusst falsche Katasterbezeichnungen in formbedürftigen Grundstücksgeschäften Anwendung.**
- 2. Nach der ständigen Rechtsprechung zur Eintragung altrechtlicher Dienstbarkeiten im Grundbuch obliegt demjenigen, der eine solche nicht eingetragene Dienstbarkeit geltend macht, die Beweislast dafür, dass sie nicht durch Nichtausübung erloschen ist; Voraussetzung für das Erlöschen ist allerdings, dass es sich bei der zehnjährigen Nichtausübung nicht nur um eine ganz entfernt liegende, theoretische Möglichkeit handelt.**
- 3. Ein Wege- und Viehtriebsrecht fällt unter den Begriff der Grunddienstbarkeit im Sinne des § 1018 BGB. Eine Dienstbarkeit kann rechtsgeschäftlich bestellt werden. Voraussetzung dafür ist, dass der Besteller der Dienstbarkeit Eigentümer des belasteten Grundstücks ist wobei im Fall mehrerer Eigentümer alle handeln müssen.**

OLG München, Urteil vom 17.02.2016, Az.: 15 U 3001/14

Tenor:

I. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Landgerichts München II vom 15.07.2014, Az. 5 O 78/12, abgeändert:

1. Die beklagte Partei zu 3 wird verurteilt, den an der südlichen Grenze des Grundstücks mit der Flurnummer 209 der Gemarkung G. befindlichen Zaun zu entfernen.

2. Die Beklagten zu 1 und 2 werden verurteilt, es zu unterlassen, die Zufahrt auf das Grundstück des Klägers mit der Flurnummer 444 der Gemarkung G. über den in Nr. I.3 der Urteilsformel bezeichneten Teil (Streifen) des Grundstücks mit der Flurnummer 208 der Gemarkung G. zu stören oder zu behindern.

3. Es wird festgestellt, dass der Kläger, seine Besucher und Mieter berechtigt sind, auf den Grundstücken mit den Flurnummern 208 und 209 (beide Gemarkung G.) auf einem 4,40 Meter breiten Streifen entlang der Westgrenze zu den Grundstücken mit den Flurnummern 210 und 211 (beide Gemarkung G.) zu gehen und mit Fahrzeugen aller Art zu fahren, ausgenommen auf der Fläche, die durch die Verbindungslinien folgender drei Punkte begrenzt wird:

- Der Punkt (im Folgenden: Berührungspunkt), an dem sich folgende Grenzlinien (Verlauf am 02.12.2015) berühren:

- > Die Grenzlinie zwischen dem Grundstück mit der Flurnummer 208 und dem Grundstück mit der Flurnummer 208/1 der Gemarkung G.;

- > die Grenzlinie zwischen dem Grundstück mit der Flurnummer 208 und dem Grundstück mit der Flurnummer 210 der Gemarkung G..

- Der Punkt auf der Grenzlinie (Verlauf am 02.12.2015) zwischen dem Grundstück mit der Flurnummer 208 und dem Grundstück mit der Flurnummer 208/1 der Gemarkung G., der 1,27 m von dem zuerst bezeichneten Berührungspunkt entfernt ist.

- Der Punkt auf der Grenzlinie (Verlauf am 02.12.2015) zwischen dem Grundstück mit der Flurnummer 208 und dem Grundstück mit der Flurnummer 210 der Gemarkung G., der 6,50 m von dem zuerst bezeichneten Berührungspunkt entfernt ist.

4. Es wird festgestellt, dass auf den Grundstücken der Beklagten mit den Flurnummern 208, 209 und 211 der Gemarkung G. eine altrechtliche Dienstbarkeit lastet, die gemäß der Servitutbestellung vom 17.01.1876 des Notars Julius K. mit Amtssitz in E. mit folgendem Inhalt bestellt wurde:

„Die Eheleute Stephan und Anna N., welche nach diesamtlichen Kaufvertrag vom 24. April 1873 das Anwesen Haus Nr. 19 ½ in G., Steuergemeinde G., Rentsamtsbezirk E., erworben und zufolge der zwischen ihnen bestehenden allgemeinen vertragsmäßigen ehelichen Gütergemeinschaft gemeinschaftlich besitzen, räumen hiermit dem Martin R. und allen seinen Nachfolgern im Besitze der zu seinem Bi.anwesen Haus Nr. 21 in G. gehörigen in der Steuergemeinde G. gelegenen Parzelle Pl.Nr. 44 Ba.wiese zu 0,80 Tagwerk, achtzig Dezimalen, für alle Zeiten das Recht ein, über die zu ihrem Anwesen gehörigen, gleichfalls in der Steuergemeinde G. gelegenen Parzelle Pl.Nr. 211 zu Garten 0,115 Tagwerk Dezimalen, auf einer Breite von 4,4 m, 4 Meter 4 Dezimalen, zu gehen und mit Fuhrwerk jeder Art zu fahren, wie Vieh zu treiben, um von der vorüberführenden sogenannten B.straße aus über den genannten Garten Pl.Nr. 444 zu gelangen und zwar ist der Weg über Pl.Nr. 211 hart von der Düngerstätte zu nehmen.

Diese Wegberechtigung wird in dinglicher Eigenschaft constituirt, geht sohin als dingliche Last auch auf alle Nachfolger im Besitze des Gartens Pl.Nr. 211 über. ...“

5. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

II. Die weitergehende Berufung des Klägers wird zurückgewiesen.

III. Von den Kosten des Rechtsstreits haben der Kläger 25 % und die Beklagten 75 % zu tragen.

IV. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Kläger kann die Vollstreckung abwenden durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe von 110 % des auf Grund des Urteils gegen ihn vollstreckbaren Betrags, wenn nicht die Beklagten vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags leisten.

Die Beklagten können die Vollstreckung im Kostenpunkt abwenden durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe von 110 % des auf Grund des Urteils

gegen sie vollstreckbaren Betrags, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags leistet.

Die Beklagten zu 1 und 2 können die Vollstreckung gegen sich in der Hauptsache abwenden durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe von insgesamt 30.000,00 €, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die beklagte Partei zu 3 kann die Vollstreckung gegen sich in der Hauptsache abwenden durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe von 30.000,00 €, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

V. Die Revision gegen dieses Urteil wird nicht zugelassen.

Gründe:

1

Die Parteien streiten über das Bestehen eines Wegerechts und Ansprüche hieraus.

2

Dem Kläger gehört das Grundstück mit der Flurnummer 444 der Gemarkung G., zu dem es von öffentlichen Straßen keinen direkten Zugang gibt. Die Beklagten zu 1 und 2 sind Eigentümer der benachbarten Grundstücke mit den Flurnummern 208 und 211. Der Beklagte zu 3 ist Eigentümer des benachbarten Grundstücks mit der Flurnummer 209.

3

Im ersten Rechtszug hat der Kläger im gleichen Umfang, den er mit der Berufung weiterverfolgt, die Entfernung eines Zauns an der südlichen Grenze des Flurstücks 209 verlangt, hilfsweise Maßnahmen gegen die Beeinträchtigung der Zufahrt, sowie die Feststellung der Berechtigung zum Begehen und Befahren eines Grundstücksstreifens auf den Flurstücken 208 und 209. Die Feststellung einer altrechtlichen Dienstbarkeit vom 17.01.1876 (Anl. K 5, K 6) in dem mit der Berufung weiterverfolgten Umfang hat der Kläger im ersten Rechtszug nur hilfsweise beantragt.

4

Mit Endurteil vom 15.07.2014 (Bl. 111/121 d. A.) hat das Landgericht München II die Klage als unbegründet abgewiesen mit der Begründung, das Bestehen eines Wegerechts habe der Kläger nicht nachgewiesen.

5

Auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil des Landgerichts München II vom 15.07.2014 (Bl. 111/121 d. A.) wird Bezug genommen.

6

Der Kläger und Berufungskläger bringt im Berufungsverfahren vor:

7

Die heute als Weg beanspruchte Fläche sei zum Zeitpunkt der Servitutsbestellung im Jahr 1876 die einzig denkbare Fläche zur Einräumung eines Wegerechts gewesen.

8

Maßgeblich sei nicht die Planlage des Jahres 1873, sondern die Situation im Zeitpunkt der Servitutsbestellung. Aus den Operaten 130/1875 (Anl. K 10, B 10, Vergrößerung Anl. B 10 V) und 252/1875 (Anl. K 16 und K 17, Vergrößerung Anl. B 6) ergebe sich, dass die Plan-Nr. 211 im Westen nicht mehr über eine Verbindung

zur Straße „Hacken“ verfügt habe. Bestätigt werde das durch den Bauplan des Corbinian W. aus dem Jahr 1874 (Anl. K 13, vgl. Anl. K 14 und K 15).

9

Aus den Bauplänen des Herrn R. für Wohnhaus vom 06.02.1876 und Ökonomiegebäude im November 1875 (Anl. K 7 und K 8) ergebe sich, dass Türen und Stalltore auf eine Zufahrt in Richtung B.straße ausgerichtet gewesen seien.

10

Die Parzelle 211 sei durch das Anwesen Plan-Nr. 210 des Corbinian W. von der Straße abgeschnitten gewesen.

11

Die in der Servitut genannte „Düngerstätte“ müsse aus Praktikabilitätsgründen in unmittelbarer Nähe zum Viehstall des Anwesens 19 ½ gelegen sein. Dieser habe sich in den Messoperaten im westlichen Gebäudeteil, erkennbar an der geraden Schraffierung befunden (Beilage zu Operat 130/1875, Anl. K 10; Messoperat 149/1873, Anl. K 9, B 9, B 9 V; Messoperat 47 pro 1909, Anl. K 27, Vergrößerung Anl. B 7, B 7 V; Bauplan B. aus dem Jahr 1908, Anl. K 26).

12

Aus dem Bauplan für Herrn Johann B. für das Haus Nr. 19 ½ aus dem Jahr 1908 (Anl. K 11) ergebe sich der Standort der Brücke.

13

Das auf den Operaten Anlagen B 7 und K 27 eingezeichnete kleine Nebengebäude sei 1873 bereits entfernt gewesen (Protokoll zum Operat 149/1873, Anl. K 32). Dass das Gebäude auf dem Operat 47 mit mehreren x versehen sei, zeige, dass es nicht mehr existiert habe. Ab der Servitutsbestellung habe dort kein Gebäude gestanden (Operat 166/1880, Anl. K 28).

14

Zumindest habe man an dem Schuppen vorbeifahren können (Operat 47 pro 1909, Anl. K 27; Bauplan B., Anl. K 26).

15

Die Parzellen 211 und 208 seien zwar vermessen, aber nicht abgemarkt gewesen.

16

Im Osten zum J.weg hin sei das Grundstück Plan-Nr. 444 im Jahr 1879 durch einen Zaun abgegrenzt gewesen (Kaufvertrag vom 13.12.1879, Anl. K 29 und K 30). Ab den 1920er Jahren werde dieser Zaun durch zahlreiche Fotos (vgl. Anl. K 19 ff.) belegt und könne durch Frau Elisabeth Wa. bezeugt werden.

17

Bei der Servitutsbestellung am 17.01.1876 sei die Dienstbarkeitsfläche falsch bezeichnet worden.

18

Vernünftigerweise könne es nur Wille der Vertragsparteien gewesen sein, das Wegerecht auf einer Fläche zu bestellen, auf der es ausgeübt werden könne. Deshalb müsse es sich um eine Fläche auf der damaligen Plan-Nr. 208 gehandelt haben, die zwischen den Gebäuden auf Plan-Nr. 208 und Plan-Nr. 210 zum Gehen und Fahren frei gewesen sei.

19

Aus dem notariellen Übergabevertrag vom 27.08.1886 (Anl. B 18 bis B 20) ergebe sich - entgegen der Auffassung der Beklagten - nicht, dass das Grundstück mit der Flurnummer 208 damals nicht mit einem Wegerecht belastet gewesen sei. Vielmehr wurde der Grundbesitz ausdrücklich „samt Nutzungen und dinglichen Rechten“ übernommen.

20

Frau Elisabeth Wa., die am 25.12.1918 geborene Mutter des Klägers, könne bezeugen, dass ab Anfang der 1920iger Jahre die Zufahrt zu seinem Anwesen stets über die streitgegenständliche Wegefläche erfolgt sei. Sie könne auch bezeugen, dass auf dem Grundstück, wo sich heute eine geteerte Zufahrt zur J.straße befindet, eine Wiese mit ausgewachsenen Obstbäumen vorhanden gewesen sei.

21

Dass im Zeitraum zwischen Bestellung und den 1920er Jahren das Wegerecht nicht ausgeübt worden sei, stelle eine bloß theoretische Möglichkeit dar.

22

Eine Nichtausübung sei fernliegend auf Grund der auf eine Benutzung des Wegerechts ausgelegten Bebauung, der teuren Bezahlung und der Einzäunung zum J.weg im Jahr 1879.

23

Die Beweislast für die Ausübung des Wegerechts treffe nicht den Kläger, sondern die Beklagten. Die vom Landgericht zitierten Beschlüsse des Oberlandesgerichts München bezögen sich auf die Entscheidung grundbuchrechtlicher Verfahren.

24

Für die Zeit der Geltung des Bayerischen Landrechts treffe die Beweislast ebenfalls die Beklagten. Dies ergebe sich auch aus den Art. 57 Abs. 2, 56 Abs. 3 BayAGBGB.

25

Im Berufungsverfahren beantragt der Kläger und Berufungskläger, unter Abänderung des am 15.07.2014 verkündeten Urteils des Landgerichts München II, Az. 5 O 78/12:

26

I. Die Beklagten werden verurteilt, den an der südlichen Grenze des Grundstücks Fl. Nr. 209, Gemarkung G. befindlichen Zaun zu entfernen, hilfsweise durch geeignete Maßnahmen zu verhindern, dass die Zufahrt auf das Grundstück des Klägers mit der Fl. Nr. 444 (Gemarkung G.) über die Grundstücke mit der Fl. Nr. 208 und 209 (beide Gemarkung G.) beeinträchtigt wird.

27

II. Es wird festgestellt, dass der Kläger, seine Besucher und Mieter berechtigt sind, auf den Grundstücken mit den Fl. Nrn. 208 und 209 (beide Gemarkung G.) auf einem 4,40 Meter breiten Streifen entlang der Westgrenze zu den Grundstücken mit den Fl. Nrn. 210 und 211 (beide Gemarkung G.) zu gehen und mit Fahrzeugen aller Art zu fahren.

28

III. Es wird festgestellt, dass auf den Grundstücken der Beklagten mit den Fl. Nrn. 208, 209, 211 der Gemarkung G. eine altrechtliche Dienstbarkeit lastet, die gemäß der Servitutsbestellung vom 17. Januar 1876 des Notars Julius K. mit Amtssitz in E. mit folgendem Inhalt bestellt wurde: „Die Eheleute Stephan und Anna N., welche nach diesamtlichen Kaufvertrag vom 24. April 1873 das Anwesen Haus Nr. 19 ½ in G., Steuergemeinde G., Rentamtsbezirk E., erworben und zufolge der zwischen ihnen

bestehenden allgemeinen vertragsmäßigen ehelichen Gütergemeinschaft besitzen, räumen hiermit dem Martin R. und allen seinen Nachfolgern im Besitze der zu seinem Bi.anwesen Haus Nr. 21 in G. gehörigen in der Steuergemeinde G. gelegenen Parzelle Pl. Nr. 44 B.wiese zu 0,80 Tagwerk, achtzig Dezimalen, für alle Zeiten das Recht ein, über die zu ihrem Anwesen gehörigen, gleichfalls in der Steuergemeinde G. gelegenen Parzelle Pl. Nr. 211 zu Garten 0,115 Tagwerk Dezimalen, auf einer Breite von 4,4 m, 4 Metern 4 Dezimalen, zu gehen und mit Fuhrwerk jeder Art zu fahren, wie Vieh zu treiben, um von der vorüberführenden sogenannten Bahnhofstraße aus über den genannten Garten Pl. Nr. 444 zu gelangen und zwar ist der Weg über Pl. Nr. 211 hart von der Düngerstätte zu nehmen. Diese Wegberechtigung wird in dinglicher Eigenschaft konstituiert, geht sohin als dingliche Last auch auf alle Nachfolger im Besitze des Gartens Pl. Nr. 211 über.“

29

Die Beklagten und Berufungsbeklagten beantragen:

30

Die Berufung wird abgewiesen.

31

Die Beklagten bringen vor:

32

Eine irrtümliche Bezeichnung des Wegerechts liege nicht vor, sodass es auf eine falsa demonstratio nicht ankomme.

33

Ein Geh- und Fahrrecht über den F., der schon am 17.01.1876 die eigene Flurnummer 439 hatte, habe nie bestanden.

34

Es sei davon auszugehen, dass die Düngerstätte eher abseits vom Haus platziert war.

35

Das Nebengebäude sei jedenfalls bis 1909 gestanden.

36

Bei der Übergabe des Flurstücks 208 vom früheren an zwei neue Eigentümer stand im notariellen Übergabevertrag vom 27.08.1886 (Anl. B 18 bis B 20): „alle etwa vorhandenen dinglichen wie persönlichen Schulden, wobei jedoch bemerkt wird, dass solche nicht vorhanden sind“ (Seite 5, Zeilen 8-11). Daraus, nämlich aus der Darstellung als lastenfrei, ergebe sich, dass bereits zu diesem Zeitpunkt das behauptete Wegerecht nicht bestanden habe.

37

Die Echtheit der notariellen Urkunde vom 17.01.1876 wird nicht mehr bestritten.

38

Das Berufungsgericht hat mit Verfügungen vom 26.03.2015 (Bl. 167/169 d. A.) und vom 02.10.2015 (Bl. 219/220 d. A.) Hinweise erteilt.

39

Das Berufungsgericht hat Beweis erhoben gemäß den Beschlüssen vom 28.05.2015 (Bl. 185/188 d. A.) und vom 12.06.2015 (Bl. 192/194 d. A.) durch Einnahme des Augenscheins an den streitgegenständlichen Grundstücken, Einvernahme der Zeugin Elisabeth Wa. und Hinzuziehung eines Sachverständigen.

40

Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird Bezug genommen auf das Protokoll der als Ortstermin abgehaltenen Sitzung vom 09.07.2015 (Bl. 200/205 d. A.), auf die schriftlichen Gutachten des Sachverständigen Vermessungsdirektor Hans B. vom 10.09.2015 (Bl. 209/218 d. A.) und vom 18.11.2015 (Bl. 228/239 d. A.) sowie auf das Protokoll der Sitzung vom 02.12.2015 (Bl. 242/248 d. A.), in welcher der Sachverständige angehört worden ist.

41

Wegen der Einzelheiten des Vorbringens im Berufungsverfahren wird auf die Schriftsätze des Klägers vom 23.10.2014 (B. 144/162 d. A.), vom 15.04.2015 (Bl. 175/178 d. A.), vom 22.04.2015 (Bl. 180/181 d. A.), vom 02.11.2015 (Bl. 224/226 d. A.) und vom 24.11.2015 (Bl. 240/241 d. A.) sowie der Beklagten vom 08.04.2015 (Bl. 170/174 d. A.), vom 30.06.2015 (Bl. 196/198 d. A.) und vom 02.11.2015 (Bl. 221/222 d. A.) verwiesen.

42

Ergänzend wird Bezug genommen auf die Protokolle der Sitzungen vom 29.04.2015 (Bl. 182/184 d. A.), vom 09.07.2015 (Bl. 200/205 d. A.) und vom 02.12.2015 (Bl. 242/248 d. A.).

II.

43

Die zulässige Berufung des Klägers, die insbesondere form- und fristgerecht eingelegt und begründet wurde (§§ 517, 519, 520 ZPO), ist teilweise begründet (§ 513 ZPO) und führt in diesem Umfang zur Verurteilung der Beklagten unter Abänderung des angefochtenen Urteils. Im Übrigen war die Klage unter Zurückweisung der weitergehenden Berufung als unbegründet abzuweisen.

44

1. Auf den zulässigen und begründeten Antrag zu III war das Bestehen der Grunddienstbarkeit wie beantragt festzustellen, wobei lediglich Schreibfehler im Antrag zu korrigieren waren.

45

1.1. Der Antrag zu III, der als in erster Instanz abgewiesener Hilfsantrag Gegenstand der mit der Berufung angefochtenen Entscheidung ist und daher keiner Einschränkung gemäß § 533 ZPO unterliegt, ist zulässig.

46

Der Feststellungsantrag ist als Zwischenfeststellungsklage gemäß § 256 Abs. 2 ZPO zulässig. Rechtsverhältnisse im Sinn dieser Vorschrift können Rechte jeder Art sein (Reichold in Thomas/Putzo, ZPO, 35. Aufl., § 256 Rn. 6).

47

Das Bestehen oder Nichtbestehen der Grunddienstbarkeit ist auch vorgreiflich für die Entscheidung des übrigen Rechtsstreits im Sinn des § 256 Abs. 2 ZPO. Der Kläger stützt seinen mit dem Antrag zu I geltend gemachten Anspruch auf Beseitigung des Zauns darauf, dass dieser die Grunddienstbarkeit beeinträchtigt (§§ 1004 Abs. 1 Satz 1, 1027 BGB), die im Antrag zu III beschrieben ist. Die Entscheidung über diesen Anspruch hängt davon ab, ob die Grunddienstbarkeit besteht, auf die sich der Kläger beruft.

48

1.2. Der Antrag zu III ist begründet.

49

Auf den Antrag war festzustellen, dass auf den Grundstücken mit den Flurnummern 208, 209 und 211 der Gemarkung G. die mit der „Servitutbestellung“ vom 17.01.1876 (Anl. K 5, K 6) bestellte Grunddienstbarkeit lastet.

50

1.2.1. Eine Servitut (Dienstbarkeit) mit dem im Klageantrag zu III behaupteten Inhalt ist in der notariellen Urkunde vom 17.01.1876 (Anl. K 5, K 6) wirksam rechtsgeschäftlich bestellt worden.

51

Die Echtheit dieser Urkunde wird von den Beklagten im Berufungsverfahren nicht mehr bestritten (Schriftsatz vom 08.04.2015, Bl. 170/174 d. A., dort Seite 5).

52

Die beurkundete rechtsgeschäftliche Einigung hat zur Entstehung einer Dienstbarkeit des in der Urkunde vom 17.01.1876 bezeichneten Inhalts geführt. Dabei ist gemäß Art. 184 Satz 1 EGBGB für Entstehung und Inhalt auf das zur Zeit der Begründung der Dienstbarkeit geltende Recht abzustellen, mithin auf das alte Landesrecht (Bassenge in Palandt, BGB, 75. Aufl., EGBGB Art. 184 Rn. 3, 4).

53

Von 1756 bis 1900 galt in Bayern der Codex Maximilianeus Bavaricus civilis (CMBC) als Partikularrecht (Säcker in MünchKomm, BGB, 6. Aufl., Buch 1 Einl. Rdnr. 11). Es handelt sich um eine Kodifikation des gemeinen Rechts mit subsidiärer Geltung des römischen Rechts (Teil 1 Kap. 2 § 9 CMBC).

54

Der Gesetzestext ist abgedruckt in Max Danzer (Hrsg.), Das Bayerische Landrecht vom Jahre 1756 in seiner heutigen Geltung, Text mit Anm. u. Sachreg., München 1894 (im Internet abrufbar unter <http://dlib-pr.mpier.mpg.de/m/kleioc/0010/exec/wrapbooks/%22119861%22>).

55

Ein Wege- und Viehtriebsrecht („Servitus Viae“ und „Servitus Actus“), wie es hier bestellt wurde, gehört gemäß Teil 2 Kap. 8 § 11 CMBC zu den Feld-Dienstbarkeiten, für die wiederum die allgemeinen Regeln über die Dienstbarkeiten gelten (Teil 2 Kap. 7 § 2 Nrn. 4 und 7 CMBC). Eine Dienstbarkeit kann rechtsgeschäftlich bestellt werden („durch rechtliche Disposition sowohl unter Lebenden als von Todwegen ... konstituiert“, Teil 2 Kap. 7 § 3 CMBC). Voraussetzung dafür ist, dass der Besteller der Dienstbarkeit Eigentümer des belasteten Grundstücks ist (Teil 2 Kap. 7 § 4 CMBC), wobei im Fall mehrerer Eigentümer alle handeln müssen (Teil 2 Kap. 7 § 4 Nr. 2 CMBC).

56

Das nach dem Wortlaut der Urkunde belastete Grundstück mit der damaligen Plannummer 211 stand zur Zeit der Servitutsbestellung im Eigentum der Eheleute Stephan und Anna N., die in der notariellen Urkunde gemeinsam die Servitut bestellt haben. Ebenso stand das Grundstück mit der damaligen Plannummer 208, dessen Belastung ebenfalls infrage steht, im Eigentum der Eheleute N. (so auch Gutachten vom 18.11.2015, Bl. 228/239 d. A., Seite 5).

57

Die hier vorgenommene Bestellung der Dienstbarkeit „in dinglicher Eigenschaft“ zu Gunsten des damaligen Eigentümers des Grundstücks mit der Plannummer 444, Martin R., „und allen seinen Nachfolgern im Besitze der zu seinem Bi.wesen Haus Nr. 21 in G. gehörigen in der Steuergemeinde G. gelegenen Parzelle Pl.Nr. 444 Ba.

wiese zu 0,80 Tagwerk, achtzig Dezimalen, für alle Zeiten“ ist möglich. Damit wird eine Grunddienstbarkeit gemäß Teil 2 Kap. 7 § 2 Nr. 5 CMBC bestellt, ein „Jus reale“, das sowohl auf dem herrschenden als auch auf dem dienenden Grundstück dergestalt lastet, dass es mit den Grundstücken auf jeden Inhaber übergeht (Teil 2 Kap. 7 § 6 Nr. 1 CMBC).

58

1.2.2. Die Grunddienstbarkeit ist auf den Grundstücken mit den damaligen Plannummern 208 und 211 der Gemarkung G. mit einer räumlichen Ausübungsbeschränkung hinsichtlich Breite und Verlauf des zu nehmenden Wegs zur Entstehung gelangt.

59

1.2.2.a. Gemäß Teil 4 Kap. 1 § 18 CMBC sind Verträge wie letztwillige Verfügungen nach Teil 3 Kap. 2 § 12 CMBC auszulegen. Diese Vorschrift geht von der „gewöhnlichen und landläufigen Bedeutung“ der Worte aus, sieht aber bedeutende Ausnahmen davon vor, so etwa in Nr. 9 Satz 1: „Soll man auch die Stellen, welche sich einigermaßen zu widersprechen scheinen, durch schickliche Auslegung dergestalt zu vereinigen trachten, daß sie füglich nebeneinander bestehen können.“ Dagegen sind gemäß Nr. 9 Satz 2 „[o]ffenbare und augenscheinliche Widersprüche“ für nicht geschrieben zu erachten und führen, wenn sie „Partibus substantialibus“ betreffen, zur Entkräftung der Erklärung als perplex und unverständlich.

60

Für die Auslegung einer Dienstbarkeitsbestellung gilt daneben speziell Teil 2 Kap. 7 § 6 Nr. 8 Satz 1 CMBC: „Pfleget man solche [Dienstbarkeit] in zweifelhaften Fällen allzeit auf das engste und eingeschränkste zu erklären, jedoch niemals so weit, daß sie gar alle Wirkung dadurch verliert.“ Der Bestellungswille ist im Zweifel zu Gunsten des Bestandes, jedoch zu Ungunsten des Umfangs der Dienstbarkeit auszulegen (RG, Ur. v. 25.06.1880, Az. III 76/80, RGZ 2, 159).

61

Ergänzend gelten gemäß Teil 1 Kap. 2 § 9 CMBC die Vorschriften des römischen Rechts: „Das Römische Recht, welches zwar ursprünglich nur den Römern gegeben, später aber auch in anderen und hauptsächlich in deutschen und hiesigen Landen eingeführt worden, soll in Sachen, welche etwa durch einheimisches Recht nicht genug bestimmt sind, auf schickliche und thunliche Weise zur Hilfe gebraucht werden.“

62

Der Auslegungsgrundsatz „falsa demonstratio non nocet“, nach dem das von den Parteien übereinstimmend Gewollte den Vorrang vor einer Falschbezeichnung hat (Ellenberger in Palandt, BGB, 75. Aufl. 2016, § 133 Rn. 8), findet gerade auch auf unbewusst falsche Katasterbezeichnungen in formbedürftigen Grundstücksgeschäften Anwendung (Grüneberg in Palandt, BGB, 75. Aufl., § 311b Rn. 37). Dieser Grundsatz ist römischrechtlichen Ursprungs (vgl. Reinhard Singer in Staudinger, BGB, 2012, § 133 Rn. 13, m. w. Nachw.).

63

Der Grundsatz findet sich, in anderer Formulierung, bereits in den Digesten (Dig. 18, 1, 9, pr.): „Plane si in nomine dissentiamus, verum de corpore constat, nulla dubitatio est, quin valeat emptio et venditio: nihil enim facit error nominis, cum de corpore constat.“ Zu Deutsch: „Klar, wenn wir über den Namen uneins sind, aber über den Gegenstand das Wahre feststeht, besteht kein Zweifel, dass Kauf und Verkauf gültig sind. Nichts macht nämlich der Irrtum über den Namen, wenn der Gegenstand feststeht.“

64

Die Regel „falsa demonstratio non nocet“ war somit Bestandteil des römischen Rechts (ausführlich Eisele in Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. 23 = N.F Bd. 11, 1885, Seiten 18-42, im Internet abrufbar unter http://dlib-zs.mpgier.mpg.de/mj/kleioc/0010/exec/showtoc/%222084719_23%2B1885%22).

Die Regel hatte, jedenfalls für Fälle der irrtümlichen Falschbezeichnung, den gleichen Inhalt, mit dem sie auch im heute geltenden Recht im Rahmen von § 133 BGB angewandt wird: „Wird die gewollte Sache zwar zum Gegenstand des Rechtsgeschäftes gemacht, aber unrichtig bezeichnet, so decken sich Wille und Erklärung und es liegt nur eine falsche Bezeichnung, eine falsa demonstratio vor, die keine rechtlichen Wirkungen hat (falsa demonstratio non nocet)“ (Fritz von Schwind, Römisches Recht I, Springer-Verlag 1950, Neuaufl. 2013, Seite 266). „Irrten die Parteien über den Namen respektive die Bezeichnung des Gegenstandes, so war dieser Irrtum grundsätzlich unbeachtlich, sofern beide dasselbe meinten“ (Markus Antonius Mayer, Der Kauf nach dem Augsburger Stadtrecht von 1276 im Vergleich zum gemeinen römischen Recht, LIT Verlag Münster 2009, Seite 64).

65

1.2.2.b. Die notarielle Urkunde vom 17.01.1876 ist nach diesen Grundsätzen so auszulegen, dass damit an den (dienenden) Grundstücken mit den damaligen Plannummern 208 und 211 zu Gunsten des (herrschenden) Grundstücks mit der damaligen Plannummer 444 ein Wegerecht und Viehtriebsrecht („Servitus Viae“ und „Servitus Actus“ gemäß Teil 2 Kap. 8 § 11 CMBC) als Grunddienstbarkeit gemäß Teil 2 Kap. 7 § 2 Nr. 5, § 6 CMBC bestellt wurde, und als besondere Vereinbarung gemäß Teil 2 Kap. 8 § 11 ad 2 CMBC eine Ausübungsregelung getroffen wurde, die den zu nehmenden Weg festlegt („auf einer Breite von 4,4 m, 4 Metern 4 Dezimalen, ... hart von der Düngerstätte“).

66

Über den Wortlaut der Urkunde hinaus ist die Dienstbarkeit nicht allein an dem Grundstück mit der damaligen Plannummer 211, sondern auch an dem Grundstück mit der damaligen Plannummer 208 wirksam bestellt worden. Bei der Angabe allein der Plannummer 211 kann es sich - auch wenn diese in der Urkunde mehrfach genannt ist - nach den getroffenen Feststellungen nur um eine irrtümliche Falschbezeichnung handeln. Die Vertragsparteien, die ein Wegerecht bestellen wollten, das tatsächlich ausgeübt werden konnte, können die Bestellung nur so gemeint haben, dass dienende Grundstücke dieses Wegerechts sowohl das Grundstück mit der damaligen Plannummer 211 als auch das mit der damaligen Plannummer 208 sein sollten. Darauf ist nach der Falsa-demonstratio-Regel abzustellen.

67

Die damaligen Vertragsparteien haben das Wegerecht mit notarieller Urkunde vereinbart. Schon darin zeigt sich, dass es ihnen auf die Begründung eines rechtsverbindlichen Wegerechts ankam. Es ist auszuschließen, dass die Parteien ein - zumal entgeltliches - Wegerecht vereinbaren wollten, das tatsächlich gar nicht ausgeübt werden konnte. Ihr übereinstimmender Wille dazu, welche Grundstücke richtigerweise mit dem Wegerecht belastet werden sollte, lässt sich anhand der damaligen Verhältnisse feststellen.

68

1.2.2.b.1. Eine Wegführung allein über das Grundstück mit der damaligen Plannummer 211 war zur Zeit der Servitutsbestellung am 17.01.1876 nicht möglich. Dagegen war eine Wegführung - in der vorgesehenen Breite von 4,4 m - über die Flurstücke 211 und 208 möglich.

69

Hiervon ist der Senat auf Grund des gesamten Inhalts der Verhandlungen einschließlich des Ergebnisses der durchgeführten Beweisaufnahme überzeugt (§ 286 ZPO), insbesondere auf Grund der Angaben des gerichtlich bestellten Sachverständigen Hans B..

70

Im Jahr 1871 war eine Verbindung zwischen der Straße „Am Hacken“ (heute: B.straße) und dem Grundstück mit der damaligen Plannummer 444 über den westlichen Teil des Flurstücks 211 möglich (Gutachten vom 18.11.2015, Bl. 228/239 d. A., Seite 2; Anhörung vom 02.12.2015, Prot. Bl. 242/248 d. A., Seite 3). Im Jahr 1873 entstand durch einen Verkauf und Abbruch von Nebengebäuden weiter östlich eine weitere, an der schmalsten Stelle 4,4 m breite Verbindung zwischen der Straße „Am Hacken“ und dem Flurstück 444, und zwar über die Flurstücke 211 und 208. Die weiter westlich gelegene Verbindungsmöglichkeit auf dem Flurstück 211 fiel durch die Veräußerung eines im Westen gelegenen Teils des Flurstücks 211 mit Operat 130/1875 vom 04.07.1875 rechtlich weg: Der Grundstücksteil wurde an Corbinian W., den Eigentümer des Flurstücks 210, veräußert, und mit diesem Flurstück verschmolzen, sodass er für eine Wegführung über das Flurstück 211 nicht mehr zur Verfügung stand (Gutachten vom 18.11.2015, Seite 3; Anhörung vom 02.12.2015, Seite 3).

71

Damit verblieb zum 17.01.1876 als mögliche Verbindung des Flurstücks 444 mit der Straße „Am Hacken“ über das Flurstück 211 nur die (östliche) Wegführung, die auch über das Flurstück 208 führte. Diese Verbindungsmöglichkeit blieb von den Veränderungen mit Operat 252/1875 vom 21.09.1875 unberührt (Gutachten vom 18.11.2015, Seite 4; Anhörung vom 02.12.2015, Seite 3). Sie war am Tag der Servitutsbestellung als durchgehende Verbindung zwischen der Straße „Am Hacken“ und dem Flurstück 444 nutzbar, weshalb auch der Sachverständige davon ausgeht, dass die über das Flurstück 211 der Eheleute Stephan und Anna N. gewährte Servitut sich auch auf das ebenfalls in ihrem Eigentum stehende, aber in der Urkunde nicht erwähnte Flurstück 208 bezogen hat (Gutachten vom 18.11.2015, Seite 5).

72

Zwar führt der Sachverständige in seinem schriftlichen Gutachten aus, das Fahrrecht hätte wegen einer im Atlasblatt ausgewiesenen Bebauung, nämlich dem im Messungsverzeichnis 47/1909 nachgewiesenen abgebrochenen landwirtschaftlichen Nebengebäude nördlich der heutigen Brücke über den F.bach, zeitweise nicht an der Stelle der heutigen Brücke ausgeübt werden können, wobei ein genauer Zeitraum dafür im Liegenschaftskataster nicht nachgewiesen sei (Gutachten vom 18.11.2015, Seiten 6 und 11). Doch betrifft dieser Zeitraum nicht die hier fragliche Zeit ab der Servitutsbestellung am 17.01.1876.

73

Der Senat ist, unter Berücksichtigung der Anhörung des Sachverständigen, davon überzeugt, dass das im Messungsverzeichnis 47/1909 rot angekreuzte und damit als abgebrochen gekennzeichnete Nebengebäude nördlich der Brücke über den F.bach (Gutachten vom 18.11.2015, Seite 7 unten; Anhörung vom 02.12.2015, Seite 4, zweiter und vorletzter Absatz) zur Zeit der Servitutsbestellung bereits nicht mehr vorhanden war. Das Atlasblatt, dem der Sachverständige entnommen hat, dass nördlich des F.bachs zeitweise ein Nebengebäude (Schuppen) gestanden haben muss, umfasst den Zeitraum von 1861 bis 1914 (Gutachten vom 18.11.2015, Seite 6 Abb. 7; Anhörung vom 02.12.2015, Seite 5 unten). Der als Anlage K 32 vorgelegte Plan, der Grundlage des Operats von 1873 war, enthält westlich des Anwesens Flurnummer 208 ein gestrichelt eingezeichnetes Objekt, das mit „Abbruch“

beschrieben ist, was nach den Ausführungen des Sachverständigen bedeutet, dass das Objekt damals nicht mehr da war (Anhörung vom 02.12.2015, Seite 5 unten). Bei dem Objekt handelt es sich auf Grund seiner Lage zur Überzeugung des Senats um das auch im Atlasblatt nördlich der Brücke dargestellte Nebengebäude, das mithin zwischen 1861 und 1873 in das Atlasblatt aufgenommen worden sein muss. Damit vereinbar ist auch, dass im Operat des Jahres 1879 kein Schuppen zu sehen ist (Anhörung vom 02.12.2015, Seite 3 unten).

74

1.2.2.b.2. Das Gericht folgt den überzeugenden Ausführungen des gerichtlich bestellten Sachverständigen Hans B..

75

An der Kompetenz und Sachkunde des Sachverständigen, der Vermessungsingenieur und Vermessungsdirektor des Vermessungsamts E. ist, hat das Gericht keinen Zweifel.

76

Der Sachverständige hat unter Auswertung aller bei der Akte befindlichen Unterlagen und Beiziehung der zugehörigen Originale aus dem Vermessungsamt auf der Grundlage zutreffender Anknüpfungstatsachen seine schriftlichen Gutachten erstellt. In diesen, insbesondere in der überarbeiteten Fassung vom 18.11.2015 (Bl. 228/239 d. A.), hat er anschaulich, nachvollziehbar und fachlich begründet die zu beurteilende Situation, die vermessungstechnische und -historische Ausgangslage, die verschiedenen zu erörternden Möglichkeiten der Wegführung sowie die daraus zu ziehenden Schlussfolgerungen dargestellt. Sein Gutachten hat er in der mündlichen Anhörung unter eingehender Stellungnahme zu den von Gericht und Beteiligten gestellten Fragen ausführlich erläutert, und wo nötig dabei auch nochmals das Kartenmaterial im Original herangezogen. Den widerspruchsfreien Angaben des Sachverständigen, in denen er auf alle aufgeworfenen Fragen eingegangen ist, kann das Gericht ohne weiteren Aufklärungsbedarf folgen und sich dem Ergebnis seines Gutachtens daher anschließen.

77

1.2.3. Die Grunddienstbarkeit vom 17.01.1876 ist nicht vor Anlegung des Grundbuchs erloschen.

78

Für den Bezirk des Oberlandesgerichts München ist das Grundbuch gemäß Art. 186 Abs. 1 EGBGB als am 01.05.1905 angelegt anzusehen (Bekanntmachung des Königlichen Staatsministeriums der Justiz Nr. 9827 vom 06.03.1905, BayJMB1. 1905, 562).

79

Eine Dienstbarkeit kann bereits vor Anlegung des Grundbuchs erloschen sein (Sprau, Justizgesetze in Bayern, AGBGB, Rn. 23 vor Art. 57). Bis zur Anlegung des Grundbuchs fanden insoweit die bisherigen Vorschriften Anwendung, also diejenigen des bayerischen Landrechts (Sprau, Justizgesetze in Bayern, AGBGB, Rn. 9 vor Art. 57), und zwar auch noch nach In-Kraft-Treten des Bürgerlichen Gesetzbuchs zum 01.01.1900 (Art. 189 Abs. 1 EGBGB).

80

Die Grunddienstbarkeit ist nicht gemäß Teil 2 Kap. 7 § 8 CMBC in Verbindung mit Teil 2 Kap. 7 § 2 Nr. 4, Teil 2 Kap. 8 § 11 Nrn. 2 und 3 CMBC durch Nichtausübung („per non Usum“) erloschen.

81

Nach diesen Vorschriften erlöschen diejenigen Dienstbarkeiten, die - wie das hier fragliche Wege- und Viehtriebsrecht - nur zu einzelnen sich wiederholenden Handlungen berechtigen („Servitutibus discontinuis“), durch bloßen Nichtgebrauch, und zwar unter Anwesenden in zehn Jahren (Paul von Roth, Bayerisches Civilrecht, Bd. 2, Tübingen 1872, dort Buch II Cap. 3 § 154, Seiten 248, 251). Zum Erlöschen durch Nichtgebrauch ist erforderlich, dass die ganze Frist hindurch die Ausübung unterlassen worden ist, doch wird durch jede Ausübung der Dienstbarkeit die Frist unterbrochen und durch teilweise Ausübung das ganze Recht erhalten (Paul von Roth, Bayerisches Civilrecht, a.a.O., Seite 250).

82

Das Berufungsgericht ist davon überzeugt, dass das am 17.01.1876 eingeräumte Recht bis zur Anlegung des Grundbuchs am 01.05.1905 ständig ausgeübt worden ist. Deshalb kommt es nicht auf die Frage an, ob die Darlegungs- und Beweislast für das Erlöschen der Dienstbarkeit nach der allgemeinen Rechtsfortdauervermutung (Karl-Heinz Gursky in Staudinger, BGB, 2012, § 1006 Rn. 7; BGH, Urt. v. 19.12.1994, Az. II ZR 4/94, NJW 1995, 1292, Rn. 16 bei Juris) bei den Beklagten liegt, oder ob gemeinrechtlich der Kläger die zum Fortbestand nötigen Ausübungen des Rechts nachweisen muss (Oberappellationsgericht Dresden, Urt. v. 14.02.1861, Seufferts Archiv Bd. 15 Nr. 110, http://reader.digitale-sammlungen.de/de/fs1/object/display/bsb10397238_00189.html ; zweifelnd unter Hinweis auf die Rechtsfortdauervermutung: Oberappellationsgericht Lübeck, Urt. v. 24.05.1845, Seufferts Archiv Bd. 8 Nr. 313, http://reader.digitale-sammlungen.de/de/fs1/object/display/bsb10397409_00434.html).

83

1.2.3.a. Der Senat ist von einer ständigen Ausübung des Rechts von seiner Bestellung am 17.01.1876 bis zur Errichtung des Zauns vor der Brücke im Januar 2003 auf Grund des gesamten Inhalts der Verhandlungen einschließlich des Ergebnisses der Beweisaufnahme überzeugt (§ 286 ZPO), und zwar insbesondere auf Grund folgender Umstände:

84

Das Flurstück 444 wurde unstreitig durchgehend genutzt, sodass auch seine Verbindung zum öffentlichen Straßennetz genutzt worden sein muss.

85

Das Flurstück 444 war nur über das vereinbarte Wegerecht mit öffentlichen Straßen verbunden, welche die benötigte Breite aufwiesen.

86

Die Bestellung eines Wege- und Fahrtrechts mit einer Breite von 4,40 m gegen ein Entgelt zeigt, dass die Nutzung des Flurstücks 444 als Hofstätte das Bedürfnis einer Erschließung über einen Weg dieser Breite mit sich brachte.

87

Eine Anbindung an öffentliche Straßen und Wege in dieser Breite bestand spätestens seit 1879 nur über das Wegerecht. Im Einzelnen:

88

1.2.3.a.1. Wie bereits ausgeführt (siehe oben unter 1.2.2.b.1) gewährleistete das Wegerecht eine Verbindung des Flurstücks 444 mit der Straße „Am Hacken“ auf einer Breite von 4,40 m (Gutachten vom 18.11.2015, Bl. 228/239 d. A., Seiten 3 und 5; Anhörung vom 02.12.2015, Prot. Bl. 242/248 d. A., Seite 3).

89

1.2.3.a.2. Ob der Eigentümer des Flurstücks 444 ein Geh- und Fahrrecht über den F.bach (Flurstück 439) hatte, ist unerheblich, denn ein Weg kann auch ohne rechtliche Absicherung tatsächlich in Anspruch genommen werden.

90

1.2.3.a.3. Nach den Ergebnissen des eingeholten Sachverständigengutachtens bestand die Verbindung mit der Straße über die mit dem Wegerecht belasteten Grundstücke bis zur Errichtung des Zauns vor der Brücke im Januar 2003:

91

- Der Schuppen nördlich der Brücke über den F.bach stand einer Ausübung des Wegerechts aus den bereits dargestellten Gründen (siehe oben unter II.1.2.2.b.1) nicht entgegen, denn er war bereits vor Bestellung der Dienstbarkeit abgebrochen worden.

92

- Durch die Veränderungen im Jahr 1879 ist die östliche Verbindung entlang der Grenze der Flurstücke 211-208 weiterhin unverändert geblieben (Gutachten vom 18.11.2015, S. 6 f.). Auf dem Flurstück 208 gab es einen 7 m breiten unbebauten Streifen, und erst westlich davon ein Nebengebäude auf Flurstück 211 (Anhörung vom 02.12.2015, Seite 4).

93

- Im Jahr 1909 waren auf der Westseite des Anwesens 19 ½ auf Flurstück 208 ein Stall und Strohlager errichtet worden. Dadurch bestand auf dem Flurstück 208 keine durchgängige Wegverbindung zwischen der heutigen Bahnhofstraße und dem Flurstück 444 mehr über Flurstück 208. Über die Flächen des Flurstücks 211 westlich des im Jahr 1908 nach Brand wiedererrichteten Anwesens auf Flurstück 208 konnte die Servitut aber ausgeübt werden (Gutachten vom 18.11.2015, S. 7 unten, 11), und zwar auf einer Breite von rund 5 m (Anhörung vom 02.12.2015, Seite 4).

94

- Im Jahr 1932 wurden die Flurstücke 208, 210, 210/2 und 211 durch Zerlegung und Verschmelzung neu geformt, wobei eine 6 m lange und 1,27 m breite Dreiecksfläche im Nordwesten aus dem Flurstück 210 zu Flurstück 208 kam (Gutachten vom 18.11.2015, Seite 8 oben; Anhörung vom 02.12.2015, Seite 5 oben). Diese Fläche gehörte zum Zeitpunkt der Servitutsbestellung am 17.01.1876 noch nicht zu einem der belasteten Grundstücke mit den damaligen Plannummern 208 und 211. Am Bestand der Wegverbindung ändert dies aber nichts.

95

- Einhergehend mit der letzten Veränderung der Flurstücke, dargestellt im Veränderungsnachweis 52/1957 vom 20.03.1957, wurde im Jahr 1956 der im Messungsverzeichnis 47/1909 dargestellte Stall mit Strohlager in ein Wohnhaus umgebaut. Zwischen dem Wohnhaus auf Flurstück 208 und der Grenze zu Flurstück 210 verblieb aber ein mindestens 4 m (4,49 m) breiter nicht bebauter Streifen (Gutachten vom 18.11.2015, Seite 8 unten; Anhörung vom 02.12.2015, Seite 5 Mitte).

96

- Dauerhafte bauliche Veränderungen, die eine Nutzung des Wegerechts verhindern würden, sind bis 2002/2003 nicht vorgenommen worden, denn 2002 wurde der Weg unstrittig noch genutzt, was die Beklagten im Dezember 2002 unterbinden wollten, und erst im Januar 2003 wurde der Zaun vor der Brücke errichtet. Temporäre Veränderungen, die in der Zeit von 1956 bis 2002/2003 einer Ausübung des Wegerechts zeitweise - für mehr als zehn Jahre - entgegengestanden hätten, schließt

der Senat aus, nachdem sich niemand auf derartige bauliche Maßnahmen berufen hat und Anhaltspunkte für solche auch beim Ortstermin nicht festgestellt werden konnten.

97

• Die frühere Wegverbindung wäre - ohne den Zaun - auch heute noch möglich (vgl. Gutachten vom 18.11.2015, Seite 11, letzter Absatz).

98

1.2.3.a.4. Eine andere Verbindung des Flurstücks 444 zu öffentlichen Straßen oder Wegen auf einer vergleichbaren Breite gab es nicht.

99

1.2.3.a.4.1. Die westliche Verbindung über das Flurstück 210 des Corbinian W. (Gutachten vom 18.11.2015, Seite 3) wurde im Jahr 1879 durch die Errichtung eines Schuppens auf dem Flurstück 210 auch faktisch endgültig unmöglich (Gutachten vom 18.11.2015, Seite 6).

100

Auch für den Zeitraum von 1876 bis 1879, in dem ein Erreichen der Straße über das Eigentum des Corbinian W. faktisch noch möglich gewesen wäre, ist der Senat im Übrigen von der Nutzung der östlichen Verbindung überzeugt, nachdem das dortige Wegerecht gegen ein Entgelt eingeräumt worden ist.

101

1.2.3.a.4.2. Der Senat schließt aus, dass im Zeitraum zwischen 1876 und 1926 die Zufahrt zum Flurstück 444 von der heutigen J.straße her erfolgte. Andere Straßen oder Wege kommen nach den örtlichen Verhältnissen nicht in Betracht.

102

Mindestens anfänglich war dieser Weg nicht breit genug für die im Wegerecht vorgesehene Nutzung auf einer Breite von 4,40 m. Der Weg südlich des Flurstücks 444 (heute: J.straße) hatte 1871 und 1876 nur eine Breite von 2,30 m (Anhörung vom 02.12.2015, Seite 5 oben). Hätte er zur Erschließung des Grundstücks ausgereicht, dann hätte es der (entgeltlichen) Bestellung des Wegerechts nicht bedurft.

103

Nach den glaubhaften Angaben der Zeugin Elisabeth Wa. befand sich auf der Grundstücksseite zur heutigen J.straße hin 1923/1926 keine Ausfahrt, sondern ein alter Obstgarten (Einvernahme vom 09.07.2015, Prot. Bl. 200/205 d. A., Seite 3). Wenn dort Bäume gewachsen waren, kann der Bereich auch längere Zeit vorher nicht praktikabel als Wegverbindung für Fuhrwerke, zumal auf einer Breite von 4,40 m, genutzt worden sein.

104

Es ist wenig plausibel, dass nach 1876 und vor Anpflanzung der Obstbäume eine Ausfahrt, die 1926 nicht mehr vorhanden war, (nur) zwischenzeitlich errichtet war, zumal für eine Ausfahrt zu dem Weg hin kein Bedarf bestand, nachdem ein Wegerecht auf der anderen Seite des Grundstücks zur größeren heutigen B.straße hin erworben worden war.

105

Die Möglichkeit, dass das Flurstück 444 zwischen 1876 und 1926 - zumal über zehn Jahre hinweg - ausschließlich von der heutigen J.straße her erschlossen war und das Wegerecht nicht genutzt wurde, hat demnach als ganz entfernt liegende, rein theoretische Möglichkeit außer Betracht zu bleiben.

106

1.2.3.a.4.3. Nach den Angaben der am 25.11.1918 geborenen Zeugin Elisabeth Wa. (Einvernahme vom 09.07.2015, Prot. Bl. 200/205 d. A.), denen der Senat folgt, verlief die Zufahrt des Flurstücks 444 seit Beginn ihrer Erinnerungen im fünften oder sechsten Lebensjahr, damit spätestens seit 1925, immer zur Bahnhofstraße hin.

107

Die Zeugin hat angegeben, dass sie in dem Haus auf dem Flurstück 444 aufgewachsen ist und Erinnerungen schon aus ihrem fünften oder sechsten Lebensjahr hat. Das Anwesen wurde landwirtschaftlich genutzt, mit zwei Pferden und zwölf Kühen sowie einem Getreidespeicher oben im Haus. Die Zufahrt sei immer zur B.straße gewesen (Einvernahme vom 09.07.2015, Seite 3 oben). Über diese Zufahrt und Einfahrt fuhren die Eltern der Zeugin zum Ausüben der Landwirtschaft mit ihren Pferden und Fuhrwerken zu ihren Feldern und Äckern. Nach der anderen Seite sei eine Ausfahrt nicht möglich gewesen (Einvernahme vom 09.07.2015, Seite 3 unten). Dort seien nur ein Gemüsegarten auf der Westseite und ein Obstgarten mit einem alten Baumbestand von etwa 15 Bäumen auf der Ostseite - bis zum F.bach hin - gewesen. Eine Ausfahrt zur J.straße hin habe es auch nach dem Verkauf eines östlichen Grundstücksteils im Jahr 1926 und Entfernung der meisten Obstbäume nicht gegeben.

108

1.2.3.b. Der Senat folgt den glaubhaften Angaben der glaubwürdigen Zeugin Elisabeth Wa. Ebenso folgt er auch hinsichtlich der Fragen zur Ausübung des Wegerechts den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen Hans B.

109

1.2.3.b.1. Die Angaben der Zeugin Wa. sind glaubhaft.

110

Die Angaben der Zeugin sind plausibel, nachvollziehbar und frei von nicht erklärlichen Widersprüchen.

111

Schon an der (entgeltlichen) Bestellung des Wege- und Viehtriebsrechts im Jahr 1876 zeigt sich, dass für diesen Grundstückszugang zur Straße „Am Hacken“ (heute: B.straße) damals ein Bedürfnis bestand. Das damals errichtete Anwesen auf dem Flurstück 444 war offensichtlich auf die Zufahrt über die Straße „Am Hacken“ ausgerichtet. Dass daneben nicht noch eine weitere Zufahrt über den kleineren Weg im Bereich der heutigen J.straße errichtet wurde, erscheint vor diesem Hintergrund naheliegend. Erst recht fernliegend wäre, dass eine Zufahrt zum Grundstück nur vom „J.weg“ her und nicht über das Wegerecht erfolgt ist, wie es sich aber für ein Erlöschen des Wegerechts durch Nichtausübung verhalten müsste.

112

Auch die Existenz eines alten Obstgartens bis zum Jahr 1926 - der einer breiteren Zufahrt auf dieser Grundstücksseite entgegen stand - ist keine überraschende Schilderung, zumal es sich bei dem Anwesen um eine landwirtschaftliche Hofstätte handelte.

113

Ebenso ist es plausibel, dass die Zeugin angab, die Zufahrt sei zu jeder Zeit nur zur B.straße hin erfolgt, auch nach Entfernung der meisten Obstbäume im Jahr 1926. Denn die Beklagten sahen sich noch 2002/2003 unstreitig veranlasst, diesen Weg zu versperren, um ein Durchgehen und Durchfahren zu verhindern, und es ist nicht ersichtlich, warum die Zufahrt zur B.straße zwar bis 1926 und im Jahr 2002 genutzt

wurde, in der Zeit dazwischen aber nicht genutzt worden sein soll. Eine Erklärung für eine solche Abweichung ist nicht erkennbar.

114

Die Angaben der Zeugin stehen im Einklang mit den vorliegenden Unterlagen und sonstigen objektiven Beweismitteln. Insbesondere ergeben sich weder aus den vorgelegten Plänen noch aus dem Gutachten des Sachverständigen Zweifel an den Angaben der Zeugin, wonach zur heutigen J.straße hin bis 1926 ein alter Baumbestand vorhanden war und dass die Zufahrt des Anwesens (auch nach 1926) stets zur heutigen B.straße hin erfolgte. Auch die Inaugenscheinnahme der örtlichen Verhältnisse beim Ortstermin, in dem auch die Zeugin Wa. einvernommen wurde, hat nichts aufgezeigt, was Anlass zu Zweifeln an der Darstellung der Zeugin geben würde.

115

1.2.3.b.2. Der Senat erachtet die Zeugin Elisabeth Wa. für glaubwürdig.

116

Dabei ist sicherlich zu berücksichtigen, dass es sich bei der Zeugin um die Mutter des Klägers handelt, sodass diese aus familiärer Rücksichtnahme - ggf. auch unbewusst - geneigt sein könnte, Sachverhalte beschönigend zum Vorteil des Klägers darzustellen.

117

Doch hat der Senat nach dem bei der Einvernahme vor Ort am 09.07.2015 (Prot. Bl. 200/205 d. A.) gewonnenen persönlichen Eindruck keine Anzeichen für eine solche Tendenz feststellen können und im Gegenteil den Eindruck gewonnen, dass die Zeugin offen, aufrichtig und im Bewusstsein ihrer Verantwortung vor Gericht versucht hat, möglichst wahrheitsgemäße Angaben zu machen.

118

Anzeichen für eine ungebührliche Einflussnahme des Klägers auf die Zeugin haben sich nicht ergeben. Beim Ortstermin, in dem die Zeugin einvernommen wurde, hat der Kläger nicht versucht, die Zeugin irgendwie zu beeinflussen, sondern sich ihr gegenüber zurückgenommen und sie ihre Angaben ohne äußere Einflüsse machen lassen.

119

Dafür, dass die Zeugin ihre Angaben ohne inhaltliche Vorgaben eigenverantwortlich gemacht hat, deutet auch hin, dass sie sich, nachdem sie aus der Erinnerung berichtet hatte, auf eine von ihr selbst handschriftlich abgefasste Erklärung bezogen und diese für das Protokoll vorgelesen hat. Nicht nur nach der handschriftlichen Form, sondern auch nach Inhalt und Stil der Erklärung ist der Senat davon überzeugt, dass diese von der Zeugin verfasst worden ist, ohne dass ihr der Inhalt vorgegeben werden musste.

120

Das zeigt sich unter anderem auch an dem auf der Rückseite angebrachten „Nachtrag“, der sich mit der Wiederheirat der Mutter der Zeugin beschäftigt, einem Umstand, der für den Rechtsstreit nicht von Bedeutung ist. Die Ergänzung war der Zeugin aber offenbar wichtig, was als persönlicher Einschlag nicht nur für eine unbeeinflusste Aussage, sondern auch für ein authentisch erinnertes und wiedergegebenes Geschehen spricht.

121

Der Senat hat sich auch vom Erinnerungsvermögen der Zeugin und ihrer Fähigkeit, ihre Erinnerung zuverlässig wiederzugeben, überzeugt. Die am 25.11.1918 geborene

Zeugin hat angegeben, über Erinnerungen bereits aus ihrem fünften und sechsten Lebensjahr zu verfügen, was nach der Lebenserfahrung plausibel ist. Dies hat sich bestätigt, denn sie hat namentlich aus den Jahren 1923 (fünftes Lebensjahr) und 1926 (achtes Lebensjahr) zahlreiche Wahrnehmungen geschildert, die sich nicht nur unmittelbar mit der Beweisbehauptung beschäftigen, sondern mit der damaligen familiären Lebens- und Wohnsituation allgemein. Es ist auch nachvollziehbar, dass die Zeugin aus ihrer frühen Kindheit noch Erinnerungen hat an das Haus, in dem sie aufgewachsen ist, insbesondere auch an dessen Gärten und an den Weg zur Straße hin. Derartige Bilder vom eigenen Haus, dem Garten und der näheren Umgebung gehören zu den prägenden Eindrücken eines Kindes und können erfahrungsgemäß auch in fortgeschrittenem Alter noch erinnert werden.

122

1.2.3.b.3. Den Ausführungen des Sachverständigen Hans B. folgt der Senat auch hinsichtlich der Fragen zur Ausübung des Wegerechts aus den bereits zur Auslegung der Servitutsbestellung dargestellten Gründen (siehe oben unter 1.2.2.b.2).

123

1.2.4. Die Anlegung des Grundbuchs am 01.05.1905 hat sich auf den Bestand der streitgegenständlichen Grunddienstbarkeit nicht ausgewirkt.

124

Für den Bezirk des Oberlandesgerichts München ist das Grundbuch gemäß Art. 186 Abs. 1 EGBGB als am 01.05.1905 angelegt anzusehen (Bekanntmachung des Königlichen Staatsministeriums der Justiz Nr. 9827 vom 06.03.1905, BayJMBl. 1905, 562).

125

Die Anlegung des Grundbuchs hat nicht zum Erlöschen einer bereits zuvor bestehenden Grunddienstbarkeit geführt, die nicht in das Grundbuch eingetragen worden ist.

126

Der von Art. 184 Satz 1 EGBGB angeordnete Fortbestand von Grundstücksbelastungen aus der Zeit vor In-Kraft-Treten des Bürgerlichen Gesetzbuchs am 01.01.1900 (Art. 1 Abs. 1 EGBGB) erfordert nicht die Eintragung in das Grundbuch (Bassenge in Palandt, BGB, 75. Aufl., EGBGB Art. 184 Rn. 2).

127

1.2.5. Die am 17.01.1876 bestellte Grunddienstbarkeit ist auch nach Anlegung des Grundbuchs (01.05.1905) nicht erloschen.

128

1.2.5.a. Die Grunddienstbarkeit ist nicht durch gutgläubigen lastenfreien Erwerb erloschen.

129

Gemäß § 892 BGB führt der rechtsgeschäftliche Erwerb eines Grundstücks dazu, dass eine in das Grundbuch einzutragende, aber tatsächlich nicht eingetragene Belastung des Grundstücks erlischt (Bassenge in Palandt, BGB, 75. Aufl., § 892 Rn. 15, 19). Eine Grunddienstbarkeit (§ 1018 BGB) ist als Belastung des Grundstücks gemäß § 873 Abs. 1 BGB grundsätzlich in das Grundbuch einzutragen.

130

Von dieser Eintragungspflicht sind gegenüber dem öffentlichen Glauben (§ 892 BGB) aber solche Grunddienstbarkeiten befreit, die bei Anlegung des Grundbuchs bereits bestanden (Art. 187 Abs. 1 Satz 1 EGBGB).

131

Es muss sich um eine Grunddienstbarkeit handeln, die auch eine solche im Sinn des BGB ist (Bassenge in Palandt, BGB, 75. Aufl., EGBGB Art. 187 Rn. 1). Das trifft für die streitgegenständliche Grunddienstbarkeit zu, denn ein Wege- und Viehtriebsrecht, wie es hier eingeräumt worden ist, fällt unter den Begriff der Grunddienstbarkeit im Sinn des § 1018 BGB, wonach dem jeweiligen Eigentümer des herrschenden Grundstücks das Recht eingeräumt wird, das dienende Grundstück in einzelnen Beziehungen zu benutzen (Bassenge in Palandt, BGB, 75. Aufl., § 1018 Rn. 14, 16).

132

Entgegen der Vermutung des Sachverständigen B. (Gutachten vom 18.11.2015, Bl. 228/239 d. A., Seiten 9 unten, 12 oben) kommt ein Erlöschen der Grunddienstbarkeit durch gutgläubigen lastenfreien Erwerb des Grundstücks vorliegend also nicht in Betracht.

133

1.2.5.b. Im Zeitraum vom 01.05.1905 bis Januar 2003 ist die Grunddienstbarkeit nicht gemäß Art. 57 Abs. 1, 56 Abs. 3 Satz 1 BayAGBGB durch Nichtausübung erloschen.

134

1.2.5.b.1. Für die Frage, ob nach Anlegung des Grundbuchs eine nicht eingetragene altrechtliche Grunddienstbarkeit durch Nichtausübung erloschen ist, gilt gemäß Art. 189 Abs. 3, 218 EGBGB Landesrecht. Das bayerische Landesrecht hat insoweit eine (Neu-) Regelung in Art. 57 Abs. 1, 56 Abs. 3 Satz 1 BayAGBGB getroffen, die an die Stelle der inhaltsgleichen Regelung in Art. 11 bis 18 ÜbergangsG getreten ist (BayObLG, Urt. v. 06.07.1992, Az. RReg 1 Z 259/91, BayObLGZ 1992, 224, Rn. 14 bei Juris).

135

Nach diesen Vorschriften erlischt eine nicht eingetragene altrechtliche Grunddienstbarkeit mit dem Ablauf von zehn Jahren nach der letzten Ausübung.

136

1.2.5.b.2. Nach der ständigen Rechtsprechung zur Eintragung altrechtlicher Dienstbarkeiten im Grundbuch obliegt demjenigen, der eine solche nicht eingetragene Dienstbarkeit geltend macht, die Beweislast dafür, dass sie nicht durch Nichtausübung erloschen ist; Voraussetzung für das Erlöschen ist allerdings, dass es sich bei der zehnjährigen Nichtausübung nicht nur um eine ganz entfernt liegende, theoretische Möglichkeit handelt (BayObLG, Beschl. v. 07.04.1988, Az. BReg 2 Z 60/87, BayObLGZ 1988, 102 = DNotZ 1989, 164; BayObLG, Beschl. v. 28.09.2000, Az. 2Z BR 51/00, NJW-RR 2001, 161, Rn. 13 bei Juris; OLG München, Beschl. v. 07.05.2014, Az. 34 Wx 142/14, NZM 2014, 607, Rn. 9 bei Juris; OLG München, Beschl. v. 01.08.2013, Az. 34 Wx 62/13, MittBayNot 2014, 47, Rn. 10 bei Juris; Demharter, GBO, 29. Aufl., § 22 Rn. 20).

137

Fraglich ist, ob die Beweislast des Dienstbarkeitsberechtigten entsprechend dieser Rechtsprechung nur für den die Bewilligung ersetzenden Nachweis bei einer begehrten Eintragung in das Grundbuch gilt, oder allgemein, zum Beispiel für den streitgegenständlichen Antrag.

138

Die zitierte Rechtsprechung hält eine andere Beweislastverteilung im Zivilprozess ausdrücklich für möglich: „Fehlt die Bewilligung, setzt die Eintragung den vollen

Nachweis ihres (Fort-) Bestehens voraus, unabhängig davon, wie die Beweislast in einem Prozess über den Berichtigungsanspruch des § 894 BGB verteilt wäre“ (OLG München, Beschl. v. 01.08.2013, Az. 34 Wx 62/13, a.a.O., Rn. 10 bei Juris, m. w. Nachw.). Legte man die allgemeine Rechtsfortdauervermutung zu Grunde, dann träfe die Beweislast für das Erlöschen der Dienstbarkeit die Beklagten. Nach dieser Regel trägt, wenn der Entstehungstatbestand eines Rechtes einmal nachgewiesen ist, der Gegner die Beweislast für das Erlöschen (Karl-Heinz Gursky in Staudinger, BGB, 2012, § 1006 Rn. 7; BGH, Urt. v. 19.12.1994, Az. II ZR 4/94, NJW 1995, 1292, Rn. 16 bei Juris).

139

Auf die Frage, bei wem die Darlegungs- und Beweislast für das Erlöschen bzw. den Fortbestand der Grunddienstbarkeit liegt, kommt es vorliegend jedoch nicht entscheidend an. Denn das Berufungsgericht ist davon überzeugt, dass das am 17.01.1876 eingeräumte Recht auch nach Anlegung des Grundbuchs (01.05.1905) bis Januar 2003 ständig ausgeübt worden ist.

140

1.2.5.b.3. Der Senat ist aus den bereits dargestellten Gründen (siehe oben unter 1.2.3) von einer ständigen Ausübung des Rechts von seiner Bestellung am 17.01.1876 bis zur Errichtung des Zauns vor der Brücke im Januar 2003 auf Grund des gesamten Inhalts der Verhandlungen einschließlich des Ergebnisses der Beweisaufnahme überzeugt (§ 286 ZPO).

141

Die Einvernahme der weiteren vom Kläger zum Beweis für die Ausübung des Wegerechts im 20. Jahrhundert angebotenen Zeugen ist nicht geboten, weil die durchgeführte Beweisaufnahme ausgereicht hat, den Senat von der ständigen Ausübung des Rechts zu überzeugen. Zeugen zum Gegenbeweis (Widerlegung der behaupteten Nutzung) haben die Beklagten nicht benannt.

142

1.2.5.c. Die Grunddienstbarkeit ist nicht gemäß Art. 57 Abs. 1, 56 Abs. 3 Satz 1 BayAGBGB erloschen, weil sie seit Errichtung des Zauns durch den ursprünglichen Beklagten zu 3 im Januar 2003 nicht mehr ausgeübt worden ist.

143

Denn die zehnjährige Frist ist gemäß Art. 57 Abs. 1, 56 Abs. 3 Satz 3 BayAGBGB, § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB gehemmt durch die Erhebung der am 02.01.2012 bei Gericht eingegangenen und bis 12.01.2012 allen Beklagten zugestellten Klage vom 02.01.2012, mit der die im ersten Rechtszug gestellten Anträge noch innerhalb der zehnjährigen Frist rechtshängig gemacht wurden.

144

2. Auf den zulässigen und überwiegend begründeten Antrag zu II war die Berechtigung des Klägers, seiner Besucher und der Mieter zum Begehen und Befahren des räumlichen Ausübungsbereichs des Wegerechts festzustellen.

145

Die Klage war als unbegründet abzuweisen, soweit sich die beantragte Feststellung auf eine Teilfläche bezieht, die nicht zum Ausübungsbereich gehört.

146

2.1. Der Antrag zu II ist zulässig.

147

2.1.1. Der Feststellungsantrag ist als Zwischenfeststellungsklage gemäß § 256 Abs. 2 ZPO zulässig. Rechtsverhältnisse im Sinn dieser Vorschrift können Rechte jeder Art sein (Reichold in Thomas/Putzo, ZPO, 35. Aufl., § 256 Rn. 6).

148

Das Bestehen oder Nichtbestehen der konkreten Berechtigung zum Begehen und Befahren des Ausübungsbereichs ist - mindestens teilweise - vorgreiflich für die Entscheidung des übrigen Rechtsstreits im Sinn des § 256 Abs. 2 ZPO. Der Kläger stützt seinen mit dem Antrag zu I geltend gemachten Anspruch auf Beseitigung des Zauns darauf, dass dieser die Grunddienstbarkeit beeinträchtigt (§§ 1004 Abs. 1 Satz 1, 1027 BGB). Die Entscheidung über diesen Anspruch hängt auch davon ab, ob die Grunddienstbarkeit den Kläger (und andere) dazu berechtigt, dort zu gehen und zu fahren, wo dies durch den errichteten Zaun behindert wird.

149

2.1.2. Im Übrigen ist der Antrag zu II auch in Anwendung von § 256 Abs. 1 ZPO zulässig. Das insoweit erforderliche rechtliche Interesse an der Feststellung des Rechtsverhältnisses (Reichold in Thomas/Putzo, ZPO, 35. Aufl., § 256 Rn. 13 ff.) ergibt sich daraus, dass die Beklagten die Berechtigung des Klägers in Abrede stellen und ein Feststellungsurteil geeignet ist, zukünftigen Streit weitergehend zu vermeiden als ein bloßes Leistungsurteil.

150

2.2. Der Antrag zu II ist überwiegend begründet.

151

Der Kläger sowie seine Besucher und Mieter sind berechtigt, auf den Grundstücken mit den Flurnummern 208 und 209 der Gemarkung Grafing auf einem 4,40 m breiten Streifen entlang der Westgrenze zu den Grundstücken mit den Flurnummern 210 und 211 der Gemarkung Grafing zu gehen und mit Fahrzeugen aller Art zu fahren. Davon ausgenommen ist jedoch die in der Urteilsformel bezeichnete Dreiecksfläche; insoweit war der Antrag zu II als unbegründet abzuweisen.

152

2.2.1. Die Berechtigung zur Nutzung in diesem räumlichen Umfang ergibt sich gemäß § 1018 BGB aus der streitgegenständlichen Grunddienstbarkeit.

153

Die am 17.01.1876 begründete Grunddienstbarkeit besteht aus den bereits dargestellten Gründen (siehe oben unter 1.2) nach wie vor.

154

Der heutige Inhalt der nicht eingetragenen Dienstbarkeit richtet sich danach, welcher Inhalt bei der Bestellung vereinbart worden ist, und etwaigen Inhaltsänderungen durch Bedürfnisänderung (Bassenge in Palandt, BGB, 75. Aufl., § 1018 Rn. 8, 16).

155

2.2.1.a. Ursprünglich vereinbart wurde die Belastung der Grundstücke mit den damaligen Plannummern 208 und 211 mit einem Wege- und Viehtriebsrecht als Grunddienstbarkeit zu Gunsten des jeweiligen Eigentümers des Grundstücks mit der damaligen Plannummer 444, wie bereits ausgeführt (siehe oben unter 1.2.1 und 1.2.2).

156

Dabei wurde eine örtliche Ausübungsbeschränkung getroffen, indem bei Belastung der ganzen Grundstücke die Ausübung der Dienstbarkeit auf einen begrenzten Bereich der Grundstücke beschränkt wurde (Bassenge in Palandt, BGB, 75. Aufl., §

1018 Rn. 7). Denn die damaligen Vertragsparteien haben, wie in Teil 2 Kap. 8 § 11 ad 2 CMBC zugelassen („wo kein Besonderes bedungen oder hergebracht ist“), die Breite des Wegs („auf einer Breite von 4,4 m“) und die Wegführung („hart von der Düngerstätte“) vereinbart.

157

2.2.1.b. Der genau fixierte Inhalt der Belastung wandelt sich nicht mit einer Bedürfnisänderung; das gilt insbesondere für Regelungen über den räumlichen Umfang der Benutzung des belasteten Grundstücks (Bassenge in Palandt, BGB, 75. Aufl., § 1018 Rn. 10).

158

Daraus folgt vorliegend, dass die im Rahmen der Ausübungsbeschränkung vereinbarte, auf 4,4 m genau fixierte Breite des Wegs, auf dem die belasteten Grundstücke überquert werden dürfen, keiner Änderung unterliegt. Gleiches gilt grundsätzlich auch für die Wegführung, wie die Regelung des § 1023 BGB über die Verlegung der Ausübungsstelle zeigt.

159

2.2.1.c. Die in der Urteilsformel bezeichnete, im Jahr 1932 neu zugeordnete Dreiecksfläche ist nicht in den räumlichen Umfang der dem Kläger zustehenden Grunddienstbarkeit gelangt.

160

2.2.1.c.1. Mit den Veränderungen gemäß Messungsverzeichnis 63/1932 vom 14.07.1932 ist diese Teilfläche vom Flurstück 210 abgeteilt und dem Flurstück 208 zugeschrieben worden (Gutachten vom 18.11.2015, Bl. 228/239 d. A., Seiten 8 oben, 11 unten; Anhörung vom 02.12.2015, Prot. Bl. 242/248 d. A., Seite 5 oben). Zwar war das Flurstück 208 mit der streitgegenständlichen Grunddienstbarkeit belastet.

161

Grunddienstbarkeiten erstrecken sich aber weder im Falle der Zuschreibung (§ 890 Abs. 2 BGB) noch im Fall der Vereinigung mehrerer Grundstücke (§ 890 Abs. 1 BGB) von Rechts wegen auf den hinzugekommenen Grundstücksteil; vielmehr beschränkt sich eine solche Grunddienstbarkeit nach wie vor auf den Grundstücksteil, der ursprünglich mit ihr belastet worden ist (BGH, Urt. v. 21.10.1977, Az. V ZR 121/75, MDR 1978, 302 = DNotZ 1978, 156, Rn. 23, 24 bei Juris; Bassenge in Palandt, BGB, 75. Aufl., § 890 Rn. 4).

162

2.2.1.c.2. Der Kläger ist auch nicht analog § 1023 BGB berechtigt, eine Einbeziehung der Dreiecksfläche in die Ausübungsfläche der Dienstbarkeit zu verlangen.

163

Gemäß § 1023 BGB ist der Eigentümer des belasteten Grundstücks unter bestimmten Umständen berechtigt, eine Verlegung der Ausübungsstelle zu verlangen.

164

Eine entsprechende Anwendung dieser Vorschrift auf den Dienstbarkeitsberechtigten scheidet aus, wenn die Ausübungsstelle rechtsgeschäftlich zum Inhalt der Dienstbarkeit gemacht worden ist (BGH, Urt. v. 12.12.2014, Az. V ZR 36/14, NJW 2015, 1750, Rn. 18). Das ist hier, wie bereits dargestellt (siehe oben unter 2.2.1.a), der Fall.

165

Im Übrigen lassen sich die Voraussetzungen des § 1023 Abs. 1 Satz 1 BGB vorliegend auch nicht feststellen. Der Kläger hat weder dargelegt noch nachgewiesen, dass eine Ausübung des Wegerechts ohne Erstreckung auf die Dreiecksfläche für ihn besonders beschwerlich im Sinn dieser Vorschrift wäre.

166

2.2.1.d. Die Grunddienstbarkeit erstreckt sich auch auf die Teilfläche, die 1957 von dem Flurstück 208 abgeteilt und mit dem Flurstück 209 verschmolzen wurde.

167

Gemäß Veränderungsnachweis 52/1957 vom 20.03.1957 ist das Flurstück 209 auf Kosten des Flurstücks 208 erweitert worden und erstreckt sich seitdem (im Süden) in den Ausübungsbereich der Grunddienstbarkeit hinein (Gutachten vom 18.11.2015, Seite 8 unten, S. 10 f. Abb. 12 und 13; Anhörung vom 02.12.2015, Seite 5 Mitte). Demnach ist von dem mit der Grunddienstbarkeit belasteten Grundstück mit der Flurnummer 208 eine Teilfläche abgeteilt und sodann mit dem Flurstück 209 vereinigt oder ihm zugeschrieben worden (§ 890 BGB).

168

Die abgeteilte Fläche ist gemäß § 1026 BGB, Art. 184 Satz 2 EGBGB mit der Grunddienstbarkeit belastet geblieben, weil der räumliche Ausübungsbereich des Wegerechts sich auf diese Teilfläche erstreckte (Bassenge in Palandt, BGB, 75. Aufl., § 1026 Rn. 2).

169

Mit der Zuschreibung oder Vereinigung dieser Teilfläche zum Flurstück 209 ist die Grunddienstbarkeit nicht untergegangen, sondern an dem ursprünglich mit ihr belasteten Grundstücksteil bestehen geblieben (BGH, Urt. v. 21.10.1977, Az. V ZR 121/75, MDR 1978, 302 = DNotZ 1978, 156, Rn. 23, 24 bei Juris; Bassenge in Palandt, BGB, 75. Aufl., § 890 Rn. 4).

170

2.2.1.e. Damit ergibt sich der im schriftlichen Gutachten des Sachverständigen Hans B. vom 18.11.2015 (Bl. 228/239 d. A.) auf Seite 11 in Abbildung 13 als - ohne die bebauten Bereiche - grüne Fläche dargestellte Verlauf des räumlichen Ausübungsbereichs der Grunddienstbarkeit entlang - abgesehen von der Dreiecksfläche - der westlichen Grenze der Flurstücke 208 und 209 zu den Flurstücken 210 und 211.

171

Der Sachverständige ist in seinem Gutachten von dem im Jahr 1876 allein möglichen Wegeverlauf ausgegangen und hat die späteren Änderungen der Grundstücksverhältnisse berücksichtigt.

172

Nach diesem festgestellten Verlauf des räumlichen Ausübungsbereichs war die beantragte Feststellung daher in räumlicher Hinsicht in dem tenorierten Umfang auszusprechen.

173

2.2.2. Das streitgegenständliche Wegerecht, das im Jahr 1876 mit der Berechtigung bestellt worden ist, „mit Fuhrwerk jeder Art zu fahren“ (so auch Teil 2 Kap. 8 § 11 ad 2 CMBC: „nicht nur darauf gehen und reiten, sondern auch mit beladenen oder unbeladenen Wagen fahren“), ist so auszulegen, dass es nicht nur zum Fahren mit von Tieren gezogenen Fuhrwerken, sondern mit Fahrzeugen aller Art berechtigt.

174

Ein Fahrrecht oder Recht zum „Befahren mit Fuhrwerk“ ist unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen und technischen Entwicklung auszulegen und berechtigt heute regelmäßig zur Ausübung mit jeweils gebrauchstüblichen Fahrzeugen, insbesondere Personen- und Lastkraftwagen (BGH, Urt. v. 18.07.2014, Az. V ZR 151/13, NJW 2014, 3780 = BeckRS 2014, 15949, Rn. 7; Bassenge in Palandt, BGB, 75. Aufl., § 1018 Rn. 17).

175

2.2.3. Benutzungsberechtigt sind neben dem Kläger als Eigentümer des herrschenden Grundstücks auch dessen Mieter sowie Besucher, insbesondere Kunden (Bassenge in Palandt, BGB, 75. Aufl., § 1018 Rn. 14, 16).

176

3. Auf den zulässigen und teilweise begründeten Hauptantrag zu I war die beklagte Partei zu 3 antragsgemäß zur Entfernung des Zauns auf dem Flurstück 209 zu verurteilen, während dieser Antrag im Übrigen, nämlich in Richtung gegen die Beklagten zu 2 und 3, als unbegründet abzuweisen war.

177

3.1. Der Hauptantrag zu I ist zulässig.

178

Der Zulässigkeit steht insbesondere nicht die Rechtskraft des Urteils des Landgerichts München II vom 23.12.2002 (Az. 5 O 6923/02) entgegen, denn es handelte sich um eine Entscheidung über den Erlass einer einstweiligen Verfügung, während vorliegend das Hauptsacheverfahren betrieben wird.

179

Einer rechtskräftigen Entscheidung über den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung kommt zwar materielle Rechtskraftwirkung im Sinn des § 322 Abs. 1 ZPO zu. Die Rechtskraftwirkung bezieht sich aber nur auf den Anspruch auf Sicherung oder Regelung nach den §§ 935, 940 ZPO (LAG Berlin, Beschl. v. 18.03.2010, Az. 25 TaBVGa 2608/09, AE 2011, 70 [Ls.], Rn. 21, 22 bei Juris). Nur dieser ist Streitgegenstand des einstweiligen Rechtsschutzes, nicht dagegen der zu sichernde Anspruch selbst, der Streitgegenstand des Hauptsacheverfahrens ist (Vollkommer in Zöller, ZPO, 31. Aufl., Rn. 5 vor § 916). Damit liegt mangels Identität der Streitgegenstände eine entgegenstehende Rechtskraft nicht vor (Vollkommer in Zöller, ZPO, 31. Aufl., Rn. 19 vor § 322).

180

3.2. Der Hauptantrag zu I ist in Richtung gegen die beklagte Partei zu 3 begründet, in Richtung gegen die Beklagten zu 1 und 2 dagegen unbegründet.

181

3.2.1. Der Kläger kann von der beklagten Partei zu 3 gemäß §§ 1004 Abs. 1 Satz 1, 1027 BGB die Entfernung des Zauns vor der Brücke verlangen.

182

3.2.1.a. Der Zaun verhindert im räumlichen Ausübungsbereich des Wegerechts den Durchgang und die Durchfahrt vom und zum Grundstück des Klägers, und damit die Ausübung der Grunddienstbarkeit, zu welcher der Kläger aus den bereits dargestellten Gründen (siehe oben unter 1.2 und 2.2) berechtigt ist. In einer Behinderung oder Störung der Ausübung, und damit erst recht in ihrer Verhinderung, liegt eine Beeinträchtigung der Grunddienstbarkeit im Sinn des § 1027 BGB (Bassenge in Palandt, BGB, 75. Aufl., § 1027 Rn. 1).

183

3.2.1.b. Die beklagte Partei zu 3 ist als Störer gemäß § 1004 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit § 1027 BGB zur Beseitigung der Störung verpflichtet.

184

3.2.1.b.1. Der ursprüngliche Beklagte zu 3, der unstreitig den Zaun errichtet hat, war damit Handlungsstörer (Bassenge in Palandt, BGB, 75. Aufl., § 1004 Rn. 16 ff.). Sein Erbe oder seine Erben sind als Gesamtrechtsnachfolger gemäß §§ 1922, 1967 BGB dem Beseitigungsanspruch ausgesetzt (vgl. Weidlich in Palandt, BGB, 75. Aufl., § 1922 Rn. 8, 10).

185

3.2.1.b.2. Die beklagte Partei zu 3 ist zudem Zustandsstörer (Bassenge in Palandt, BGB, 75. Aufl., § 1004 Rn. 19), da sich der Zaun unstreitig auf ihrem Grundstück mit der Flurnummer 209 befindet.

186

Zustandsstörer ist - auch wenn er die Beeinträchtigung nicht verursacht hat - derjenige, durch dessen maßgebenden Willen der beeinträchtigende Zustand aufrechterhalten wird. Voraussetzung hierfür ist, dass der in Anspruch genommene die Quelle der Störung beherrscht, also die Möglichkeit zu deren Beseitigung hat (BGH, Urt. v. 21.09.2012, Az. V ZR 230/11, NJW 2012, 3781, Rn. 7).

187

Die beklagte Partei zu 3 kann als Eigentümer des Grundstücks, auf dem der Zaun steht, dessen Beseitigung bewirken (§ 903 Satz 1 BGB).

188

3.2.1.c. Zur Beseitigung der Störung ist der Zaun zu entfernen.

189

3.2.2. Der Kläger kann von den Beklagten zu 1 und 2 unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt die Entfernung des Zauns auf dem Flurstück 209 verlangen.

190

3.2.2.a. Ein Beseitigungsanspruch gemäß §§ 1004 Abs. 1 Satz 1, 1027 BGB gegen die Beklagten zu 1 und 2 besteht nicht, da diese nicht Störer im Sinn des § 1004 BGB sind.

191

3.2.2.a.1. Die Beklagten zu 1 und 2 können nicht als Handlungsstörer in Anspruch genommen werden.

192

Unmittelbare Handlungsstörer (Bassenge in Palandt, BGB, 75. Aufl., § 1004 Rn. 17) sind die Beklagten zu 1 und 2 nicht, denn der Zaun wurde vom ursprünglichen Beklagten zu 3 errichtet.

193

Aus den getroffenen Feststellungen ergibt sich auch nicht, dass die Beklagten zu 1 und 2 als mittelbare Handlungsstörer haften. Zum einen ist nicht festzustellen, dass sie die Errichtung des Zauns im Jahr 2003 (mit) veranlasst hätten. Ihre Rechtsvorgänger haben zwar unstreitig am 13.12.2002 angekündigt, den Weg für den Kläger und dessen Mieter sowie den Lieferverkehr zu sperren; errichtet wurde der Zaun aber vom ursprünglichen Beklagten zu 3. Zudem würde eine Haftung als mittelbarer Handlungsstörer voraussetzen, dass der in Anspruch genommene die Beeinträchtigung verhindern kann (Bassenge in Palandt, BGB, 75. Aufl., § 1004 Rn.

18). Der beeinträchtigende Zaun befindet sich nicht auf dem Grundstück der Beklagten zu 1 und 2.

194

3.2.2.a.2. Die Beklagten zu 1 und 2 sind auch nicht Zustandsstörer.

195

Zustandsstörer ist - auch wenn er die Beeinträchtigung nicht verursacht hat - derjenige, durch dessen maßgebenden Willen der beeinträchtigende Zustand aufrechterhalten wird. Voraussetzung hierfür ist, dass der in Anspruch genommene die Quelle der Störung beherrscht, also die Möglichkeit zu deren Beseitigung hat (BGH, Urt. v. 21.09.2012, Az. V ZR 230/11, NJW 2012, 3781, Rn. 7).

196

Die Beklagten zu 1 und 2 beherrschen die Quelle der Störung nicht. Das Grundstück mit der Flurnummer 209, auf dem der Zaun steht, gehört der beklagten Partei zu 3.

197

3.2.2.b. Andere Anspruchsgrundlagen für eine Entfernung des Zauns kommen in Richtung gegen die Beklagten zu 1 und 2 ebenfalls nicht in Betracht.

198

4. Auf den zulässigen und überwiegend begründeten Hilfsantrag zu I waren die Beklagten zu 1 und 2 wie ausgesprochen zur Unterlassung von Störungen und Behinderungen der Zufahrt zu verurteilen.

199

4.1. In Richtung gegen die Beklagten zu 1 und 2 war über den im Antrag zu I enthaltenen Hilfsantrag auf Verhinderung einer Beeinträchtigung der Zufahrt über das Flurstück 208 durch geeignete Maßnahmen zu entscheiden, nachdem der Hauptantrag zu I in Richtung gegen diese Beklagten keinen Erfolg hatte und damit die Bedingung eingetreten ist, unter die der Hilfsantrag gestellt wurde.

200

Da das Flurstück 209 unstreitig allein der beklagten Partei zu 3 gehört, legt das Gericht die Bedingung für den Hilfsantrag so aus, dass in Richtung gegen die Beklagten zu 1 und 2 nur die Zufahrt über das Flurstück 208 Gegenstand des Antrags sein soll.

201

Dagegen war in Richtung gegen die beklagte Partei zu 3 über den Hilfsantrag zu I nicht zu entscheiden, da in diesem Prozessrechtsverhältnis die Bedingung, unter die der Hilfsantrag gestellt wurde, nicht eingetreten ist.

202

4.2. Der Senat legt den Hilfsantrag als Unterlassungsbegehren aus (vgl. Greger in Zöller, ZPO, 31. Aufl., § 253 Rn. 13 sowie Rn. 25 vor § 128).

203

Mit dem Hilfsantrag wird verlangt, „durch geeignete Maßnahmen zu verhindern, dass die Zufahrt auf das Grundstück des Klägers mit der Flurnummer 444 (Gemarkung G.) über die Grundstücke mit der Flurnummer 208 und 209 (beide Gemarkung G.) beeinträchtigt wird“.

204

Die Verhinderung von Beeinträchtigungen, die damit begehrt wird, stellt sich als Pflicht zur Unterlassung beeinträchtigender Maßnahmen dar. Dass der Kläger die

Auferlegung konkreter Handlungspflichten begehren würde, ergibt sich weder aus dem Antrag selbst noch aus dem klägerischen Vorbringen. Der Antrag wäre insoweit auch zu unbestimmt, da sich ihm nicht entnehmen lässt, welche bestimmten oder bestimmbaren Maßnahmen (etwa bauliche Veränderungen) die Beklagten ergreifen sollten (vgl. Reichold in Thomas/Putzo, ZPO, 35. Aufl., § 253 Rn. 11). Als vom Antrag umfasstes (§§ 308 Abs. 1, 528 ZPO), erkennbares Rechtsschutzziel verbleibt damit nur, dass die Beklagten die Zufahrt nicht beeinträchtigen sollen. Nach dem Gebot der wirkungsfreundlichen Auslegung ist davon auszugehen, dass der Kläger dies mit seinem Antrag zum Ausdruck bringen wollte.

205

4.3. Der Hilfsantrag zu I ist zulässig.

206

Der Zulässigkeit steht insbesondere aus den bereits dargestellten Gründen (siehe oben unter 3.1) nicht die Rechtskraft des Urteils des Landgerichts München II vom 23.12.2002 (Az. 5 O 6923/02) entgegen.

207

4.4. Der gegen die Beklagten zu 1 und 2 gerichtete Hilfsantrag zu I ist überwiegend begründet.

208

Der Kläger kann von den Beklagten zu 1 und 2 gemäß §§ 1004 Abs. 1 Satz 2, 1027 BGB die Unterlassung von Störungen und Behinderungen der Zufahrt zu seinem Grundstück mit der Flurnummer 444 über den räumlichen Ausübungsbereich der Grunddienstbarkeit auf dem Grundstück der Beklagten zu 1 und 2 mit der Flurnummer 208 verlangen.

209

Der Kläger, seine Mieter und der Lieferverkehr sind aus den bereits dargestellten Gründen (siehe oben unter 1.2 und 2.2) zur Zufahrt über diesen Weg auf Grund der streitgegenständlichen Grunddienstbarkeit berechtigt.

210

Die für einen Unterlassungsanspruch erforderliche Wiederholungsgefahr (Bassenge in Palandt, BGB, 75. Aufl., § 1004 Rn. 32) ergibt sich daraus, dass die Rechtsvorgänger der Beklagten zu 1 und 2 dem Kläger am 13.12.2002 angekündigt haben, den streitgegenständlichen Weg für den Kläger und dessen Mieter sowie den Lieferverkehr zu sperren. Die Wiederholungsgefahr ist nicht durch Zeitablauf entfallen, denn der Weg war tatsächlich seit Januar 2003 versperrt. Eine hinreichende Unterlassungsverpflichtung haben die Beklagten zu 1 und 2 nicht abgegeben. Im Rechtsstreit bestreiten sie eine Berechtigung des Klägers aus der Grunddienstbarkeit.

211

Der Anspruch ist auf die Unterlassung von Beeinträchtigungen der Grunddienstbarkeit gerichtet (§ 1027 BGB). Das sind Störungen und Behinderungen der rechtmäßigen Grunddienstbarkeitsausübung (Bassenge in Palandt, BGB, 75. Aufl., § 1027 Rn. 1), zu der die im Antrag genannte Zufahrt über das Flurstück 208 grundsätzlich gehört.

212

Allerdings gilt dies wie bereits ausgeführt (siehe oben unter 2.2) nur im räumlichen Ausübungsbereich der Grunddienstbarkeit, sodass der Unterlassungsanspruch auf diesen einzuschränken und im Übrigen als unbegründet abzuweisen war.

5.

213

5.1. Die nach Schluss der mündlichen Verhandlung eingegangenen, nicht nachgelassenen Schriftsätze der Beklagten vom 15.01.2016 (Bl. 249/253 d. A.) und vom 04.02.2016 sowie des Klägers vom 10.02.2016 geben zu einer Wiedereröffnung der Verhandlung gemäß § 156 ZPO keinen Anlass.

214

5.1.1. Die Rechtsausführungen der Beklagten im Schriftsatz vom 15.01.2016 (Bl. 249/253 d. A.) hat der Senat berücksichtigt. Sie ändern jedoch an dem dargestellten Ergebnis nichts.

215

Der Senat kann nicht erkennen, auf welchen Gutglaubenstatbestand sich ein gutgläubiger lastenfreier Erwerb im Jahr 1886 vor Anlegung des Grundbuchs als Träger des öffentlichen Glaubens gestützt haben soll. Der Erwerber eines Grundstücks musste nach damaligem Recht „die Sache mit allen darauf haftenden Bürden übernehmen“ (Teil 2 Kap. 3 § 8 Nr. 12 CMBC). Ein gutgläubiger lastenfreier Erwerb im Jahr 1914 kommt aus den hierzu bereits dargelegten Gründen (siehe oben unter 1.2.5.a) nicht in Betracht.

216

Entgegen der Ansicht der Beklagten lässt sich der Abbildung 13 des Sachverständigen (Gutachten vom 18.11.2015, Bl. 228/239 d. A., Seite 11 Abb. 13, mit historischen Flurstücken in rotem Saum) entnehmen, dass die Wegführung ursprünglich im Norden über die (damalige) Parzelle 211 und im Süden über die (damalige) Parzelle 208 verlaufen sein muss. Die behaupteten, mittelbar weitergegebenen Äußerungen des Sachverständigen auf telefonische Befragung nach dem Beweisaufnahmetermin stellen für den Senat keinen Anlass dar, wieder in die mündliche Verhandlung einzutreten. Zudem entspringt die Angabe des Sachverständigen, dass ein Verlauf des (4,40 m breiten) Wegs allein über Parzelle 211 nicht möglich war, nicht einer möglicherweise missverstandenen Äußerung in der mündlichen Anhörung, sondern bereits im schriftlichen Gutachten findet sich wiederholt die Angabe, dass die mögliche (östliche) Wegführung über die Parzellen 208 und 211 verläuft (so Gutachten vom 18.11.2015, Seiten 3, 4, 7).

217

Eine Anwendung der §§ 1020, 1021 des am 01.01.1900 in Kraft getretenen BGB bei Bestellung der Servitut am 17.01.1876 erschließt sich dem Senat nicht.

218

5.1.2. Neue Ausführungen des Klägers im Schriftsatz vom 10.02.2016 sind für die Entscheidung nicht maßgeblich.

219

5.1.3. Neues tatsächliches Vorbringen nach Schluss der mündlichen Verhandlung ist bei der Entscheidung gemäß §§ 296a, 525 ZPO unberücksichtigt geblieben.

220

5.2. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 Abs. 1 Satz 1, 100 Abs. 1 ZPO.

221

5.3. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711, 709 Satz 2, 108 Abs. 1 ZPO.

222

5.4. Die Revision war nicht zuzulassen, da die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts nicht erfordert (§ 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO).