

# Oberlandesgericht Braunschweig

## BESCHLUSS

§§ 14 Nr. 1, 22 Abs. 1, 47 S. 2 WEG, 1004 BGB

- 1. Der einzelne Wohnungseigentümer kann den Anspruch auf Beseitigung der Beeinträchtigung des gemeinschaftlichen Eigentums gegen einen Miteigentümer ohne Ermächtigung durch die Wohnungseigentümergeinschaft geltend machen.**
- 2. Wohnungseigentum ist echtes Eigentum im Sinne von § 903 BGB und genießt deshalb den Schutz des § 1004 BGB (BGHZ 49, 250, 251; OLG Stuttgart NJW 1970, 103; BayOblGZ 1975, 177, 179). Demzufolge kann gemäß §§ 10, 15 Abs. 3 WEG jeder Wohnungseigentümer einen Gebrauch des gemeinschaftlichen Eigentums verlangen, der dem Gesetz, den Vereinbarungen und den vorliegenden Beschlüssen entspricht.**
- 3. Hat die Eigentümerversammlung den Antrag eines Eigentümers auf Duldung einer sich auf der Gemeinschaftsfläche befindlichen Hecke abgelehnt und der Verwalter als Versammlungsleiter den Ablehnungsantrag verkündet, handelt es sich um einen sog. Negativbeschluss, der bestandskräftig werden kann.**
- 4. Wird dieser Beschluss nicht fristgerecht angefochten, kommt es für den Beseitigungsanspruch nicht mehr auf die Feststellung einer Beeinträchtigung der übrigen Eigentümer gem. §§ 14, 22 WEG an.**
- 5. Der Geltendmachung von außergerichtlich entstandenen Rechtsanwaltskosten steht auch bei eingetretenem Verzug § 47 WEG entgegen.**

OLG Braunschweig, Beschluss vom 08.02.2007; Az.: 3 W 1/07

### Tenor:

Auf die sofortige weitere Beschwerde des Antragsgegners werden der Beschluss des Landgerichts Göttingen vom 29.11.2006 sowie der Beschluss des Amtsgerichts Göttingen vom 08.05.2006 aufgehoben, soweit der Antragsgegner zur Zahlung von 102,37 Euro vorgerichtlicher Rechtsverfolgungskosten nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweils gültigen Basiszinssatz seit dem 17.02.2006 verpflichtet worden ist. Der diesbezügliche Antrag des Antragstellers wird zurückgewiesen.

Die weitergehende sofortige weitere Beschwerde wird zurückgewiesen.

Der Antragsgegner hat die Gerichtskosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens zu tragen. Außergerichtliche Kosten werden nicht erstattet.

Der Wert des Beschwerdegegenstandes wird auf 2.193,48 Euro festgesetzt.

**Tatbestand:**

I.

Die Beteiligten sind Mitglieder der Wohnungseigentümergeinschaft ... in ... Der Antragsteller, der aufgrund einer entsprechenden Bevollmächtigung auch für seine Ehefrau als weitere Miteigentümerin handelt, verlangt vom Antragsgegner die Beseitigung einer Heckenanpflanzung.

Der Antragsgegner pflanzte diese Hecke zu einem zwischen den Beteiligten streitigen Zeitpunkt auf der Grenze zwischen einer im Sondernutzungsrecht seiner Ehefrau stehenden und einer im Gemeinschaftseigentum befindlichen Freifläche an, wodurch letztere auf einer Breite von mindestens 47 cm in Anspruch genommen wird.

Auf der Eigentümerversammlung am 26.06.2004 wurde unter TOP 6 über einen auf Duldung der Hecke gerichteten Antrag des Antragsgegners sowie des Miteigentümers ... abgestimmt. Von den anwesenden 698/1.000 Miteigentumsanteilen stimmten bei 110/1.000 Enthaltungen 470/1.000 Miteigentumsanteile für diesen Antrag - darunter der Antragsgegner für seine Ehefrau sowie der Miteigentümer ... - und 118/1.000 Miteigentumsanteile dagegen.

Weiter heißt es im Versammlungsprotokoll: "Da es hier eines einstimmigen Beschlusses bedarf (Beschluss gegen Änderung der bestehenden Teilungserklärung) kommt dieser Antrag nicht zum Tragen und wird somit abgelehnt. Es erfolgte dann eine weitere Erörterung wegen des Rückbaus dieser Heckenpflanzen bzw. Entfernung. Die ETG kann sich dann darauf einigen, dass die Eigentümer ... ihre Heckenpflanzen soweit zurücksetzen, dass diese sich auf deren Sondernutzungsrecht befinden oder auch die Pflanzen entfernen. Beiden Eigentümern wird zur Ausführung dieser Maßnahme eine Frist bis zum 30.12.2004 gesetzt."

Trotz entsprechender Aufforderungen seitens des Antragstellers beseitigte der Antragsgegner den auf der Gemeinschaftsfläche befindlichen Teil der Hecke nicht.

Der Antragsteller behauptet, dass ihn die Heckenanpflanzung in der Nutzung der daneben befindlichen Gemeinschaftsfläche einschränke, da diese somit nur 70 bis 100 cm breit sei, so dass sich dort der Transport von Gegenständen als schwierig erweisen könne.

Er ist der Ansicht, dass der Antragsgegner schon deshalb zur Beseitigung der Hecke verpflichtet sei, weil er dies in einem anwaltlichen Schreiben vom 07.06.2005 zugesagt habe.

Der Antragsgegner ist der Auffassung, dass er zur Beseitigung der Heckenanpflanzung nicht verpflichtet sei, da diese auf der Eigentümerversammlung am 26.06.2004 durch einen gemäß § 21 Abs. 3, Abs. 5 Nr. 2 WEG als Rechtsgrundlage ausreichenden Mehrheitsbeschluss genehmigt worden sei. Bei den weiteren Ausführungen im Versammlungsprotokoll handele es sich um eine bloße Absichtserklärung ohne Rechtsbindungswillen. Ferner sei er zur Entfernung der Hecke nicht in der Lage, da dies Aufgabe der Hausverwaltung sei.

Der Antragsgegner behauptet, er habe die Hecke auf Anweisung seiner Ehefrau nach der Begründung ihres Sondernutzungsrechts, jedoch noch vor der Bildung des angrenzenden Gemeinschaftseigentums gepflanzt. Hierin habe die seinerzeit tätige Maklerin eingewilligt. Die Inanspruchnahme der Gemeinschaftsfläche sei deshalb erforderlich gewesen, weil auf dem Sondernutzungsrecht seiner Ehefrau befindliche Revisionsschächte anderenfalls eine durchgehende Bepflanzung verhindert hätten.

Durch Beschluss vom 08.05.2006 hat das Amtsgericht Göttingen den Antragsgegner verpflichtet, die im Tenor dieser Entscheidung konkret bezeichnete Heckenanpflanzung zu beseitigen und dem Antragsteller die diesem entstandenen vorgerichtlichen Rechtsverfolgungskosten zu erstatten. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass in der Eigentümerversammlung am 26.06.2004 zu dem Antrag des Antragsgegners ein sog. Negativbeschluss gefasst worden sei, der mangels Anfechtung bestandskräftig geworden sei. Das Beseitigungsbegehren des Antragstellers sei gemäß § 1004 Abs. 1 BGB begründet.

Mit der sofortigen Beschwerde hat sich der Antragsgegner gegen diese Verpflichtung gewandt und vorgebracht, dass der Antragsteller durch die Hecke nicht in einer das in § 14 Nr. 1 WEG genannte Maß übersteigenden Weise in seinen Rechten beeinträchtigt werde. Dieser habe nämlich die nutzbare Breite der Gemeinschaftsfläche dadurch selbst eingeschränkt, dass er vor dieser ein Gartentor auf seinem Sondernutzungsrecht angebracht habe, welches lediglich 80 cm breit sei. Außerdem stelle sich das Begehren des Antragstellers im Hinblick auf den seit der Anpflanzung der Hecke verstrichenen Zeitraum als unzulässige Rechtsausübung dar.

Das Landgericht hat die sofortige Beschwerde des Antragsgegners durch Beschluss vom 29.11.2006, der dem Antragsgegnervertreter am 08.12.2006 zugegangen ist, zurückgewiesen.

Mit seiner am 20.12.2006 beim Landgericht eingegangenen sofortigen weiteren Beschwerde verfolgt der Antragsgegner seinen Antrag weiter, den Antrag des Antragstellers zurückzuweisen. Erstmals trägt er vor, dass die durch den Heckenbewuchs in Anspruch genommene Gemeinschaftsfläche nicht als Weg ausgewiesen sei. Der Anspruchsteller könne sich deshalb nicht darauf berufen, dass er auf eine Zuwegung zu dem Flurstück 10/47 angewiesen sei. Denn dieses gehöre nicht der Wohnungseigentümergeinschaft. Vielmehr bestehe insoweit eine gesonderte Miteigentümergeinschaft.

Der Antragsgegner beruft sich darauf, dass die anwesenden Wohnungseigentümer in der Eigentümerversammlung am 28.11.2006 zu Protokoll gegeben haben, sich durch die Anpflanzung nicht gestört zu fühlen. Hierdurch sei die Hecke konkludent genehmigt worden.

Der Antragsteller verteidigt die Entscheidung des Landgerichts.

### **Entscheidungsgründe:**

II.

Die sofortige weitere Beschwerde des Antragsgegners ist gemäß §§ 45 Abs. 1 WEG, 22 Abs. 1, 27 Abs. 1, 29 Abs. 1, 4 FGG zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt.

In der Sache hat die sofortige weitere Beschwerde nur hinsichtlich der vom Amtsgericht ausgesprochenen und vom Landgericht bestätigten Zahlungsverpflichtung Erfolg (dazu unter 2.). Den auf Beseitigung der Heckenbepflanzung gerichteten Antrag des Antragstellers hat das Landgericht hingegen zu Recht als zulässig und begründet angesehen (dazu sogleich unter 1).

1. Der einzelne Wohnungseigentümer kann den Anspruch auf Beseitigung der Beeinträchtigung des gemeinschaftlichen Eigentums gegen einen Miteigentümer ohne Ermächtigung durch die Wohnungseigentümergeinschaft geltend machen. Hierzu ist er aufgrund seines Miteigentumsanteils an dem gemeinschaftlichen Eigentum (§ 1 Abs. 2 WEG) berechtigt (BGH NJW 1993, 727; BGHZ 116, 392, 394; OLG Düsseldorf NJWE-MietR 1997, 12), wobei der Antragsteller vorliegend in gewillkürter Prozessstandschaft für seine Ehefrau handelt.

Wohnungseigentum ist echtes Eigentum im Sinne von § 903 BGB und genießt deshalb den Schutz des § 1004 BGB (BGHZ 49, 250, 251; OLG Stuttgart NJW 1970, 103; BayObLGZ 1975, 177, 179). Demzufolge kann gemäß §§ 10, 15 Abs. 3 WEG jeder Wohnungseigentümer einen Gebrauch des gemeinschaftlichen Eigentums verlangen, der dem Gesetz, den Vereinbarungen und den vorliegenden Beschlüssen entspricht.

Ein solcher den Antragsgegner zur Beseitigung der auf der Gemeinschaftsfläche befindlichen Hecke verpflichtender Beschluss ist in der Eigentümerversammlung am 26.06.2004 unter TOP 6 getroffen worden. Ausweislich des Protokolls vom 29.06.2004 hat der Versammlungsleiter die Ablehnung des Antrags des Antragsgegners auf Duldung der von ihm sowie dem Miteigentümer ... angepflanzten Hecken festgestellt und dieses negative Beschlussergebnis verkündet. Es braucht nicht entschieden zu werden, ob hierdurch die wahren Abstimmungsverhältnisse zutreffend wiedergegeben worden sind, da diesem Ausspruch des Versammlungsleiters grundsätzlich konstitutive Wirkung zukommt (BGHZ 148, 335; Bärmann/Pick/Merle, WEG, 9. Aufl., § 23 Rn 42). Dies ist lediglich ausnahmsweise im Falle einer willkürlichen Feststellung nicht der Fall. Eine solche ist hier nicht zu erkennen.

Es kann daher offen bleiben, ob eine positive Bescheidung des Antrags Antragsgegners durch Mehrheitsentscheidung möglich gewesen wäre und eine solche tatsächlich erfolgt ist oder dies wegen einer fehlenden Stimmberechtigung des Antragsgegners sowie des Miteigentümers ... ausgeschlossen war. Ebenso wenig kommt es darauf an, ob sich durch den auf der Gemeinschaftsfläche befindlichen Teil der Hecke eine Beeinträchtigung der übrigen Wohnungseigentümer ergibt, die das in § 14 Nr. 1 WEG genannte Maß erreicht. Denn die vom Versammlungsleiter festgestellte und verkündete Antragsablehnung ist jedenfalls bestandskräftig geworden, da dieses Beschlussergebnis nicht fristgerecht gemäß §§ 23 Abs. 4 S. 1, 43 Abs. 1 Nr. 4 WEG angefochten worden ist.

Hieraus ergibt sich folglich die Verpflichtung des Antragsgegners, der vom Versammlungsleiter ebenfalls als erklärter Wille der bei der Eigentümerversammlung Anwesenden unter konkreter Fristsetzung ausgesprochenen Aufforderung zur Entfernung der Hecke Folge zu leisten.

Dem steht die Tatsache nicht entgegen, dass die auf der Eigentümerversammlung am 28.11.2006 anwesenden Wohnungseigentümer angegeben haben, sich durch die Anpflanzung nicht gestört zu fühlen. Bei diesen Äußerungen handelt es sich ausweislich des Protokolls nicht um das Ergebnis einer Beschlussfassung, sondern die Beantwortung einer entsprechenden Fragestellung seitens des Antragsgegners.

Eine Duldungspflicht des Antragstellers gemäß § 1004 Abs. 2 BGB besteht nicht. Insbesondere ist sein Beseitigungsverlangen weder als unverhältnismäßig (s. dazu OLG Düsseldorf, a. a. O.) oder treuwidrig im Sinne von § 242 BGB anzusehen. Die Inanspruchnahme der im gemeinschaftlichen Eigentum befindlichen Fläche durch die Heckenanpflanzung des Antragsgegners ist angesichts der geringen Breite der Gemeinschaftsfläche nicht als so unbedeutend anzusehen, dass das Begehren des Antragstellers, diese, z. B. beim Transport von Gartenmöbeln, vollständig ausnutzen zu können, völlig unverständlich wäre. Der in diesem Zusammenhang erst in dem Begründungsschriftsatz zur sofortigen weiteren Beschwerde vom 29.01.2007 gehaltene Sachvortrag des Antragsgegners war nicht zu berücksichtigen, da das Rechtsbeschwerdegericht gemäß § 27 Abs. 1 S. 2 FGG i. V. m. § 559 Abs. 2 ZPO an die Tatsachenfeststellungen in der angegriffenen Entscheidung gebunden ist.

Es ist auch keine Verwirkung eingetreten, da der Antragsteller zunächst abwarten durfte, ob der Antragsgegner die ihm in dem genannten Eigentümerbeschluss gesetzte Frist zur Zurücksetzung der Hecke einhalten würde.

Der Antragsgegner vermag sich ferner nicht darauf zurückzuziehen, dass er wegen der insofern gegebenen Zuständigkeit der Hausverwaltung nicht in der Lage sei, die Hecke zu entfernen. Denn auf der Eigentümerversammlung am 26.06.2004 ist, wie oben ausgeführt, gerade ein bestandskräftiger Beschluss gefasst worden, wonach der Antragsgegner persönlich zur Rücksetzung verpflichtet ist. Hieran ändert auch der Umstand nichts, dass der Versammlungsleiter auf der Eigentümerversammlung am 28.11.2006 die unzutreffende Auffassung vertreten hat, es bedürfe noch eines entsprechenden Mehrheitsbeschlusses.

2. Dem Antragsteller steht der vom Landgericht zugesprochene Erstattungsanspruch hinsichtlich der vorgerichtlich entstandenen Rechtsanwaltskosten nebst Rechtshängigkeitszinsen hingegen nicht zu.

Bei diesen handelt es sich zwar um einen Verzugsschaden im Sinne der §§ 280 Abs. 1, 2, 286 Abs. 1 BGB. Der Antragsgegner hat sich mit Ablauf der ihm im Beschluss zu TOP 6 auf der Eigentümerversammlung vom 26.06.2004 gesetzten Frist im Verzug befunden. Die Beauftragung eines Rechtsanwalts mit der zunächst außergerichtlichen Aufforderung zur Zurücksetzung der Hecke stellt auch eine erforderliche Rechtsverfolgungsmaßnahme dar.

Der Zuerkennung dieses Schadensersatzanspruchs steht jedoch die Vorschrift des § 47 S. 2 WEG entgegen. Ein Anlass, von dem Grundsatz einer zu unterbleibenden Erstattung außergerichtlicher Kosten abzuweichen, besteht vorliegend nicht.

Diese Entscheidung erfasst neben dem prozessualen auch materiell-rechtliche Kostenerstattungsansprüche (BayObLG NZM 2002, 708; Niefenführ/Schulze, WEG, 7. Aufl., § 47 Rn 10) und ist deshalb hinsichtlich sämtlicher vor und während des Wohnungseigentumsverfahrens angefallener außergerichtlicher Kosten der Beteiligten als abschließend anzusehen.

Zwar lassen sich Konstellationen denken, in denen eine prozessuale Kostentragungsregelung nicht erschöpfend ist, sondern Raum lässt für ergänzende sachlich-rechtliche Ansprüche auf Kostenerstattung (BGH NJW-RR 1995, 495; NJW 1969, 1109). Eine solche unterschiedliche Beurteilung der Erstattungsfähigkeit außergerichtlicher Kosten, die allein an dem Zeitpunkt ihrer Entstehung anknüpft, liefe jedoch dem Sinn und Zweck der in § 47 S. 2 WEG enthaltenen Regelung erkennbar zuwider.

Es ist nicht ersichtlich, dass mit der durch das Rechtsanwaltsvergütungsgesetz vom 05.05.2004 reformierten Gebührenstruktur im hier einschlägigen Teil 3 des Vergütungsverzeichnisses eine teilweise Aufhebung der Vorschrift des § 47 S. 2 WEG herbeigeführt werden sollte. Die nur noch hälftige Anrechnung der Geschäftsgebühr auf die später entstandene Verfahrensgebühr sollte zwar im Rahmen der neu konzipierten Anwaltsvergütung an dieser Stelle eine Erhöhung des Gebührenaufkommens bewirken. Soweit dieses in einen materiellen Schadensersatzanspruch eingebettet ist, kann sich hieraus aber nicht die Rechtsfolge ergeben, dass nunmehr eine teilweise Kostenerstattung auch in Verfahren zu erfolgen hat, in denen eine solche grundsätzlich unterbleiben soll (so im Ergebnis auch AG Hamburg, ZMR 2005, 79).

### III.

Der Ausspruch hinsichtlich der Gerichtskosten beruht auf § 47 S. 1 WEG. Es entspricht billigem Ermessen, dass der Antragsgegner die Gerichtskosten für die sofortige weitere Beschwerde auch insoweit zu tragen hat, als diese erfolgreich war. Das teilweise Obsiegen des Antragsgegners beschränkt sich auf das als Nebenforderung einzustufende Zahlungsbegehren des Antragstellers hinsichtlich der vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten, die weniger als 5 % des Geschäftswerts ausmachen und bei dessen Festsetzung analog § 4, 2. Hs. ZPO unberücksichtigt bleiben. Eine Erstattung außergerichtlicher Kosten hat aus den unter II. 2. genannten Gründen zu unterbleiben.

Die Festsetzung des Geschäftswerts orientiert sich gemäß § 48 Abs. 3 S. 1 WEG an dem Interesse der Beteiligten. Dabei konnte dem Landgericht darin gefolgt werden, die vom Antragsgegner in Form eines Kostenvoranschlags angegebenen Kosten für eine Entfernung der Hecke sowie die Errichtung einer neuen gleichartigen Bepflanzung zugrunde zu legen. Insofern kann nicht isoliert auf den Beseitigungsantrag des Antragstellers abgestellt werden, da der Antragsgegner ein anerkanntes Interesse an der Herstellung eines Zustands hat, der dem jetzigen möglichst nahe kommt.