



OBERLANDESGERICHT HAMM

BESCHLUSS

15 W 212/04 OLG Hamm
9 T 131/03 LG Essen
5 II 7/03 AG Bottrop

In der Wohnungseigentumssache

betreffend die Wohnungseigentumsanlage I _____ in Bottrop,

Beteiligte:

1) Eheleute _____ und _____, 46242 Bottrop,

- Verfahrensbevollmächtigter: Rechtsanwalt _____ in Bottrop -

2) Eheleute _____ und _____, 46242 Bottrop,

3) Eheleute _____ und _____, 1, 46242 Bottrop,

4) Eheleute _____ und _____, 1, 46242 Bottrop,

- Verfahrensbevollmächtigter der Beteiligten zu 2) bis 4):

Rechtsanwalt _____ in Bottrop -

5) Herr I 1, 46242 Bottrop,

- Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte €
in Bottrop -

6) die übrigen Wohnungseigentümer der vorbezeichneten Anlage gem. anl.
Eigentümerliste,

7) Hausverwaltung !..... GmbH, gesetzlich vertreten durch den Geschäfts-
führer 45894 Gelsenkirchen,
als Verwalterin und Zustellungsbevollmächtigte der Beteiligten zu 6).

Der 15. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Hamm hat am 15. Juli 2004 auf die sofortige weitere Beschwerde der Beteiligten zu 1) vom 29. April 2004 gegen den Beschluß der 9. Zivilkammer des Landgerichts Essen vom 12. März 2004 durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Dr. Gammelín und die Richter am Oberlandesgericht Budde und Lohmeyer

b e s c h l o s s e n :

Unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels werden der angefochtene Beschluss und der Beschluss des Amtsgerichts vom 11.06.2003 teilweise aufgehoben, soweit der Antrag auf Entfernung der Klimaanlage im Bereich der Balkone der Beteiligten zu 4) und 5) zurückgewiesen worden ist.

Insoweit wird die Sache zur erneuten Behandlung und Entscheidung auch über die Gerichtskosten und die Anordnung der Erstattung außergerichtlicher Kosten des Verfahrens der sofortigen ersten und weiteren Beschwerde an das Amtsgericht zurückverwiesen.

Der Gegenstandswert des Verfahrens dritter Instanz wird auf 13.000,00 Euro festgesetzt.

Gründe:

I.

Die Beteiligten zu 1) bis 6) sind die Mitglieder der aus insgesamt 64 Einheiten bestehenden Wohnungseigentumsanlage; die Beteiligte zu 7) ist die Verwalterin. Für die Eigentümergemeinschaft besteht seit dem 19.12.1989 eine Hausordnung, die u.a. die Nutzung der zur Anlage gehörenden gemeinschaftlichen PKW-Einstellplätze regelt.

Die Beteiligten zu 1) verlangen in dem vorliegenden Verfahren Verwaltungsmaßnahmen zur Durchsetzung der genannten Hausordnung. Ferner nehmen sie die Beteiligten zu 2) bis 6) auf Beseitigung von baulichen Veränderungen in Anspruch. Sie haben in dem vorliegenden Verfahren beantragt,

- 1) der Verwalterin, hilfsweise den Eigentümern aufzugeben, bei Meidung eines vom Gericht festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 25.000,- Euro, ersatzweise Ordnungshaft oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, dafür Sorge zu tragen, notfalls mit gerichtlicher Hilfe,
 - a. dass die geltend Parkplatzordnung vom 19.12.1989 eingehalten wird, insbesondere dass je Wohnungseinheit nur ein Stellplatz genutzt werden darf,
 - b. dass in den Kellergängen kein Müll oder Sperrmüll gelagert wird,
 - c. dass in den Kellergängen keine Fahrräder abgestellt werden,
 - d. dass das Waschen von PKW sowie das Auftanken von Wassertanks von Wohnmobilen aus dem gemeinschaftlichen Wasseranschluss und auf Kosten der Gemeinschaft untersagt wird,
 - e. dass das Hundebellen der Hunde einzelner Mitbewohner untersagt wird,
- 2) den Beteiligten zu 2) aufzugeben, die errichtete Fußbodenheizung wieder zu entfernen,

- 3) den Beteiligten zu 2) und 3) aufzugeben, die neu errichteten weißen Fenster-
rahmen zu entfernen und den farblichen Vorgaben der übrigen Fensterrahmen
anzupassen,
- 4) den Beteiligten zu 4) und 5) aufzugeben, die an der Außenfassade installierte
Klimaanlage zu entfernen.

Das Amtsgericht hat durch Beschluss vom 11.06.2003 die Anträge zurückgewiesen. Gegen diesen Beschluss haben die Beteiligten zu 1) mit Schriftsatz ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 25.06.2003 rechtzeitig sofortige Beschwerde eingelegt. Das Landgericht hat am 03.02.2004 vor der vollbesetzten Zivilkammer mit den Beteiligten mündlich verhandelt und durch Beschluss vom 12.03.2004 die sofortige Beschwerde zurückgewiesen.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die sofortige weitere Beschwerde der Beteiligten zu 1), die sie mit Schriftsatz ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 29.04.2004 bei dem Landgericht mit dem Ziel eingelegt haben, dass ihren erstinstanzlichen Anträgen entsprochen wird.

Die Beteiligten zu 2) bis 7) beantragen die Zurückweisung des Rechtsmittels.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts nimmt der Senat auf die Darstellung der landgerichtlichen Entscheidung sowie die nachfolgenden Ausführungen Bezug.

II.

Die sofortige weitere Beschwerde ist nach den §§ 45 Abs. 1, 43 Abs. 1 WEG, 27, 29 FGG statthaft sowie form- und fristgerecht eingelegt. Die Beschwerdebefugnis der Beteiligten zu 1) folgt bereits daraus, dass ihre sofortige Erstbeschwerde ohne Erfolg geblieben ist.

In der Sache ist das Rechtsmittel überwiegend unbegründet. Die Entscheidung des Landgerichts beruht nur insoweit auf einer Verletzung des Rechts (§ 27 Abs. 1 S. 1 FGG), als die Zurückweisung des Antrags auf Entfernung der Klimaanlage bestätigt worden ist. Insoweit führt die sofortige weitere Beschwerde zur Zurückverweisung der Sache an das Amtsgericht.

In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist das Landgericht zutreffend von einer zulässigen sofortigen Erstbeschwerde der Beteiligten zu 1) ausgegangen. Auch in der Sache hält die Entscheidung des Landgerichts weitgehend rechtlicher Nachprüfung stand.

Dies gilt zunächst hinsichtlich des Antrags zu 1), der – in erster Linie gegen die Beteiligte zu 7) gerichtet – der Durchsetzung der Hausordnung in verschiedenen Einzelpunkten (Parkplatzordnung, Ablagerung von Müll bzw. Abstellen von Fahrrädern in den Kellergängen, Autowaschen und Benutzung des Wasseranschlusses der Gemeinschaft sowie schließlich die Unterbindung von Hundegebell) dienen soll. Die Kammer hat insoweit den Antrag wegen fehlender Aktivlegitimation (Sachbefugnis) der Beteiligten zu 1) zurückgewiesen. Der Senat gelangt zu demselben Ergebnis, hält jedoch die begriffliche Einordnung als fehlende Verfahrensführungsbefugnis für treffender, die bereits zur Unzulässigkeit des Antrags führt.

Die Beteiligten zu 1) machen im gerichtlichen Verfahren nach dem WEG einen Anspruch gegen die Verwalterin geltend (§ 43 Abs. 1 Nr. 2 WEG), der darauf gerichtet ist, Maßnahmen gegenüber einzelnen Wohnungseigentümern zu ergreifen, die sich über Regelungen der Hausordnung hinwegsetzen. Um welche Maßnahmen es sich im Einzelnen handeln soll, lässt der gestellte Antrag nicht erkennen, stattdessen soll die Androhung von Ordnungsmitteln im Sinne des § 890 ZPO seiner Durchsetzung dienen, obwohl es sich zweifelsfrei nicht um eine Unterlassungsverpflichtung im Sinne der genannten Vorschrift handelt. Ob sich daraus weitere ggf. behebbare Mängel der Zulässigkeit dieses Antrags ergeben, kann der Senat offen lassen. Gegenstand des Antrags ist ein Anspruch auf Erfüllung des Verwaltervertrages (Geschäftsbesorgungsvertrag im Sinne der §§ 675, 611 BGB), der zwischen der Verwalterin und den Wohnungseigentümern besteht. Hinsichtlich der Ansprüche aus dem Verwaltervertrag besteht eine Rechtsgemeinschaft der Wohnungseigentümer im

Sinne der §§ 741 ff. BGB, der einzelne Wohnungseigentümer ist also neben den anderen Miteigentümern durchaus Anspruchsinhaber und damit sachbefugt. Indessen entspricht es inzwischen völlig einhelliger Rechtsprechung, dass dem einzelnen Wohnungseigentümer die Befugnis fehlt, ohne einen entsprechenden ermächtigenden Beschluss der Eigentümerversammlung Ansprüche gegen den Verwalter im gerichtlichen Verfahren geltend zu machen. Dieses von der allgemeinen Vorschrift des § 432 BGB abweichende Ergebnis hat der BGH in seiner von der weiteren Beschwerde selbst herangezogen Entscheidung vom 15.12.1988 (BGHZ 106, 222 = NJW 1989, 1091; ferner BGHZ 121, 22 = NJW 1993, 727), mit der Vorrangigkeit der Gemeinschaftsbezogenheit eines solchen Anspruchs sowie der in den §§ 20 ff. WEG detailliert geregelten gemeinschaftlichen Verwaltung der Wohnungseigentümer begründet, die sich auch auf die Frage erstreckt, ob und inwieweit Ansprüche gegen den Verwalter im gerichtlichen Verfahren geltend gemacht werden sollen. Die Befugnis des einzelnen Wohnungseigentümers wird dadurch zwar beschränkt. Indessen bleibt sein Anspruch aus § 21 Abs. 4 WEG auf ordnungsgemäße Verwaltung (siehe dazu nachstehend) unberührt.

Das Vorbringen der weiteren Beschwerde gibt dem Senat keinen Anlass, von dieser gefestigten Rechtsprechung abzuweichen. Es muss weiterhin streng unterschieden werden zwischen dem materiell-rechtlichen Pflichtenkreis des Verwalters einerseits, wozu auch die Durchsetzung der Hausordnung gehört, und der anders gelagerten Fragestellung, inwieweit ein einzelner Wohnungseigentümer ohne ermächtigenden Beschluss der Eigentümerversammlung berechtigt ist, Ansprüche gegen den Verwalter im gerichtlichen Verfahren geltend zu machen. Die Eigentümerversammlung kann – wie der BGH in seiner bereits genannten Entscheidung ausgeführt hat – aus guten Gründen mehrheitlich gegen eine Ermächtigung an einen einzelnen Wohnungseigentümer votieren, Ansprüche gegen den Verwalter in einem gerichtlichen Verfahren geltend zu machen, insbesondere wenn eine Regelung gefunden wird, die die Austragung von Rechtsstreitigkeiten über zweifelhafte Ansprüche gegen den Verwalter vermeidet. Deshalb kann die weitere Beschwerde in dem vorliegenden Zusammenhang nicht mit dem Hinweis Erfolg haben, die Verwalterin habe nach Auffassung der Beteiligten zu 1) ihre Pflichten in Bezug auf die Durchsetzung der Hausordnung nur unzureichend erfüllt.

Das Landgericht hat den Antrag zu 1) zu Recht auch insoweit für unzulässig erachtet, als er sich hilfsweise gegen die übrigen Wohnungseigentümer richtet. Dabei kann der Senat offen lassen, ob diese Art der hilfsweisen Antragsgegnerhäufung im WEG-Verfahren als zulässig erachtet werden kann. Dies kann im Hinblick auf die Nähe des WEG-Verfahrens als einer echten Streitsache der freiwilligen Gerichtsbarkeit zum Verfahren nach der ZPO zweifelhaft erscheinen: Im ZPO-Verfahren ist eine eventuelle subjektive Klagehäufung, bei der die Klageerhebung gegen einen Beklagten von dem (meist negativen) Ausgang des Verfahrens gegen einen anderen Beklagten abhängig gemacht wird, unzulässig (vgl. Zöller/Vollkommer, ZPO, 24. Aufl., § 60, Rdnr. 10 m.w.N.). Für eine andere Behandlung im WEG-Verfahren kann sprechen, dass in den Verfahrensarten nach § 43 Abs. 1 Nr. 1 und 2 WEG ohnehin sämtliche Wohnungseigentümer materiell Verfahrensbeteiligte sind und auch formell zum Verfahren hinzugezogen werden müssen.

Unabhängig davon hat das Landgericht zu Recht das Rechtsschutzbedürfnis der Beteiligten zu 1) für diesen Antrag verneint. Dieser ist auf der Grundlage des § 21 Abs. 4 WEG gerichtet auf Maßnahmen ordnungsgemäßer Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums, hier im Hinblick auf die Durchsetzung der Hausordnung. Da nach § 23 Abs. 1 WEG in erster Linie die Eigentümerversammlung zur Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums berufen ist, entspricht es gefestigter Rechtsprechung, dass ein Rechtsschutzbedürfnis zur Herbeiführung einer Verwaltungsmaßnahme im gerichtlichen Verfahren grundsätzlich nur dann bejaht werden kann, wenn der antragstellende Wohnungseigentümer zuvor erfolglos durch Antragstellung in der Eigentümerversammlung versucht hat, die von ihm angestrebte Verwaltungsmaßnahme herbeizuführen (BayObLG NJW-RR 1986, 445; 1997, 1443, 1444; KG FGPrax 1999, 135; Senat WE 1996, 33), es sei denn, ein solcher Versuch sei ihm aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalls nicht zumutbar (OLG Düsseldorf NJW-RR 1999, 163). Die Beteiligten zu 1) haben in den Tatsacheninstanzen zwar Beschwerdebriefe an die Verwalterin über Verletzungen der Hausordnung unter den verschiedenen von ihnen genannten Gesichtspunkten vorgelegt. Sie haben jedoch weder vorgetragen, selbst in der Eigentümerversammlung konkrete Anträge gestellt zu haben, durch welche klar umrissenen Verwaltungsmaßnahmen den von ihnen

gerügten Verletzungen der Hausordnung entgegengewirkt werden sollte, noch geltend gemacht, die Eigentümerversammlung habe solche Anträge abgelehnt oder sonst die Beschlussfassung darüber verweigert. Dafür genügt nicht, dass die Einhaltung der Hausordnung im Rahmen von Eigentümerversammlungen in irgendeiner Form besprochen worden ist; Protokolle von Eigentümerversammlungen, die solche Erörterungen wiedergeben, sind zudem entgegen der Darstellung der weiteren Beschwerde in den Tatsacheninstanzen nicht vorgelegt worden. Einem Wohnungseigentümer kann die in Form eines Beschlussantrages vorzustellende Konzeption für eine konkrete abweichende Handhabung nicht erspart bleiben, wenn er durch Gewinnung der Mehrheit der Eigentümerversammlung eine Änderung von Verwaltungsmaßnahmen erreichen will. Wenn ein Wohnungseigentümer sich dieser Mühe nicht unterzieht, fehlt ihm das Rechtsschutzbedürfnis dafür, stattdessen im gerichtlichen Verfahren gegen die übrigen Wohnungseigentümer vorzugehen mit einem Antrag, der zwar bereits die Androhung von Vollstreckungsmaßnahmen enthält, inhaltlich aber ebenfalls nicht klar erkennen lässt, welche konkreten Verwaltungsmaßnahmen im Hinblick auf die von ihm gerügten Missetände nunmehr getroffen werden sollen.

Im vorliegenden Fall kommt hinzu, dass zwischenzeitlich die Eigentümerversammlung vom 14.07.2003 konkrete Regelungen zum weiteren Verfahren betreffend die Durchsetzung der Hausordnung getroffen hat (Seiten 5 bis 8 des Protokolls dieser Versammlung), die im Wesentlichen vorsehen, dass es zunächst bei Abmahnungen durch die Verwalterin verbleiben soll, wenn ihr aus den Reihen der Wohnungseigentümer mit konkreten Angaben Verstöße gegen die Hausordnung gemeldet werden, die Eigentümerversammlung sich im Übrigen bei fortgesetzten Verstößen weitere Beschlussfassungen insbesondere im Hinblick auf die gerichtliche Geltendmachung von Ansprüchen vorbehält. Die Beteiligten zu 1) haben diese Beschlüsse zwar in einem weiteren Verfahren nach dem WEG (5 II 59/03 AG Bottrop) angefochten; das Verfahren darüber ist noch nicht abgeschlossen. Solange die Beschlüsse der Eigentümerversammlung jedoch nicht rechtskräftig für ungültig erklärt sind, behalten sie ihre Bindungswirkung (§ 23 Abs. 4 S. 1 WEG). Gem. § 43 Abs. 2 WEG kann eine Regelung zur Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums durch gerichtliche Ent-

scheidung nur getroffen werden, soweit nicht bereits aufgrund eines Eigentümerbeschlusses eine wirksame Regelung besteht.

Rechtsfehlerfrei hat das Landgericht auch den Antrag zu 2) auf Entfernung der Fußbodenheizung in der Wohnung der Beteiligten zu 2) als unbegründet erachtet. Die tatsächliche Feststellung des Landgerichts, bei der Fußbodenheizung handele es sich um elektrisch betriebene, oberhalb des Fußbodenestrichs ausgelegte Heizmatten, die mit der Gaszentralheizung der Eigentumsanlage in keiner Verbindung stehen, lässt keinen Rechtsfehler erkennen und wird auch von der weiteren Beschwerde nicht beanstandet. Die Beteiligten zu 1) wenden sich nunmehr nur noch dagegen, dass die Beteiligten zu 2) in ihrer Wohnung einen an die Zentralheizung angeschlossenen Heizkörper unter Verlängerung des Zulaufs verlegt haben. Insoweit handelt es sich jedoch entgegen der Auffassung der weiteren Beschwerde nicht um eine bauliche Veränderung im Sinne des § 22 Abs. 1 WEG, weil die im Bereich des Sondereigentums gelegenen Versorgungsleitungen ab dem Abzweig von der Hauptleitung gem. § 5 Abs. 1 WEG ebenfalls dem Sondereigentum und nicht dem gemeinschaftlichen Eigentum zuzurechnen sind. Bereits daran muss der geltend gemachte Anspruch auf Beseitigung scheitern, sofern die Antragstellung unter Berücksichtigung der Erklärungen der Beteiligten in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht vom 03.02.2004 dahin ausgelegt werden kann, dass er sich auch auf die Heizkörperverlegung bezieht. Im Übrigen ist die Behauptung der Beteiligten zu 1), die Verlegung des Heizkörpers sei nicht fachgerecht erfolgt, ersichtlich ins Blaue hinein aufgestellt, nachdem sie selbst keinerlei greifbare Anhaltspunkte dafür angeben können, dass die Montage mangelhaft erfolgt sei.

Rechtsfehlerfrei hat das Landgericht ferner den gegen die Beteiligten zu 2) und 3) gerichteten Antrag zu 3) zurückgewiesen, den Anstrich der Zargen der Fensteranlage an dem Balkon ihrer Wohnungen entsprechend der ursprünglichen Farbgebung in grau zu ändern. Wenn der Farbanstrich von den Beteiligten zu 2) und 3) geändert worden sein sollte, handelt es sich um eine bauliche Veränderung. Die Beteiligten zu 1) können eine Beseitigung dieser baulichen Veränderung nach den §§ 22 Abs. 1 S. 2, 14 Nr. 1 WEG, 1004 Abs. 1 BGB nur verlangen, wenn ihnen durch die veränderte Farbgebung ein tatsächlicher Nachteil entsteht, der über das bei

einem geordneten Zusammenleben unvermeidliche Maß hinausgeht. Dies kommt hier nur unter dem Gesichtspunkt einer nachteiligen Veränderung des optischen Gesamteindrucks der Anlage in Betracht. Das Landgericht hat einen solchen Nachteil verneint. Seine näher begründete tatsächliche Beurteilung unterliegt im Verfahren der weiteren Beschwerde nur einer eingeschränkten Nachprüfung dahin, ob der Tatrichter den Sachverhalt ausreichend ermittelt, bei der Erörterung des Beweises alle wesentlichen Umstände berücksichtigt und hierbei nicht gegen gesetzliche Beweisregeln sowie gegen die Denkgesetze und feststehende Erfahrungssätze verstoßen hat (vgl. Keidel/Meyer-Holz, FG, 15. Aufl., § 27, Rdnr. 42 m.w.N.). Einen solchen Rechtsfehler lässt die Entscheidung des Landgerichts in diesem Punkt nicht erkennen.

Die Kammer hat ihre tatsächliche Beurteilung dahin begründet, die Auswertung der von den Beteiligten zu den Akten gereichten Fotos ergebe, dass die Veränderung der Farbgebung der Fensterzargen zu einer kaum spürbaren und damit nicht nachteiligen Veränderung des architektonischen Gesamtbildes der Anlage geführt habe. Maßgebend dafür sei, dass lediglich geringfügige Flächen der Gesamtfassade von der veränderten Farbgebung betroffen und diese zudem optisch kaum sichtbar seien, weil sie hinter den vorgelagerten Balkonen mit den ins Auge fallenden Brüstungen gelegen seien. Hinzu komme, dass die Fassade aufgrund vieler einzelner Detailänderungen (unterschiedliche Blumenkästen, verschiedenfarbige Balkongeländer, an einzelnen Balkonen angebrachte Markisen bzw. in zwei Fällen eine Satellitenschüssel) ein architektonisch einheitliches Bild ohnehin nicht mehr aufweise.

Entgegen der Auffassung der weiteren Beschwerde vermitteln die hier vorgelegten Fotos einen hinreichenden Eindruck, ob das Gesamtbild der Gebäudefassade durch die abweichende Farbgebung der Zargen der Fensterelemente an den Balkonen der Beteiligten zu 2) und 3) beeinträchtigt wird. Der Durchführung einer Augenscheineinnahme bedurfte es deshalb hier auch unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Amtsermittlung (§ 12 FGG) nicht (Senat NJW-RR 2000, 1401). Das Landgericht hat bei seiner tatsächlichen Würdigung zutreffend darauf abgestellt, ob und in welchem Maße sich die bauliche Veränderung bezogen auf das Gesamtbild der Gebäudefassade auswirkt, wie sie sich zum Zeitpunkt der Entscheidung darstellt, ohne

dass es darauf ankommt, wie einzelne andere Veränderungen des Fassadenbildes zustande gekommen sind. In diesem Zusammenhang können die Beteiligten zu 1) nicht mit Erfolg geltend machen, auch die anderen baulichen Veränderungen seien rechtswidrig vorgenommen worden. Denn in dem vorliegenden Verfahren kann nicht inzident darüber mit entschieden werden, ob auch andere Wohnungseigentümer zur Beseitigung von ihnen vorgenommener baulicher Veränderungen verpflichtet wären. Im Übrigen wird die tatsächliche Würdigung des Landgerichts in dem hier fraglichen Punkt maßgebend davon getragen, dass die farbliche Veränderung im Hinblick auf die geschilderte besondere Lage der Fensteranlagen der betroffenen Balkone ohnehin so geringfügiges Gewicht hat, dass ein Außenstehender vergleichbar der Rätselaufgabe „Original und Fälschung“ schon gezielt danach suchen müsste, um die Veränderung überhaupt feststellen zu können. Die Würdigung des Landgerichts ist danach nicht zu beanstanden, dass es sich in diesem Punkt nicht um eine spürbare Beeinträchtigung handelt.

Anders verhält es sich indessen mit den beiden Klimageräten, die Gegenstand des Antrages zu 4) sind. Diese Geräte haben die Beteiligten zu 4) und 5) jeweils im oberen, von außen sichtbaren Bereich ihrer Balkone installiert. Die durch die Balkone gebildeten Räume sind zwar sondereigentumsfähig, können also durch die Teilungserklärung dem Sondereigentum zugeordnet werden. Die konstruktiven Elemente dieser Gebäudeteile, wie etwa die Außenwände, gehören jedoch gem. § 5 Abs. 2 WEG zwingend zum gemeinschaftlichen Eigentum (BGH NJW 1985, 1551). Die Anbringung der Klimageräte durch Verankerung in der Gebäudeaußenwand stellt sich daher als bauliche Veränderung im Sinne des § 22 Abs. 1 WEG dar (OLG Zweibrücken FGPrax 1999, 143; OLG Köln WuM 1999, 296).

Die Würdigung des Landgerichts, auch insoweit könne eine Beeinträchtigung im Hinblick auf das infolge der geschilderten Veränderungen nicht mehr einheitliche Gesamtbild der Gebäudefassade nicht festgestellt werden, ist rechtlich nicht hinreichend tragfähig, weil sie maßgebenden Umständen nicht das ihnen zukommende Gewicht zumisst und Gefahr läuft, den durch § 14 Nr. 1 WEG vorgegebenen Beurteilungsmaßstab zu verschieben. Bei den vom Landgericht berücksichtigten anderweitigen Veränderungen handelt es sich im Wesentlichen um solche, die zu einer farblichen

Auflockerung des vorherrschenden Betonrau der Außenfassade im Bereich der Balkone geführt haben. Die Installation der Klimageräte stellt demgegenüber nach dem Eindruck, den die vorgelegten Fotos vermitteln, eine andere Qualität der baulichen Veränderung dar, weil im sichtbaren Innenbereich der Balkone durch Verankerung in der Gebäudeaußenwand jeweils ein massiv wirkendes technisches Gerät aufgestellt worden ist. Dieses Gerät wirkt auf der von den Beteiligten zu 4) vorgelegten Aufnahme, die die direkte Sicht auf den Balkon ihrer Wohnung zeigt, für den unbefangenen Betrachter als ausgesprochen störender Fremdkörper. Dabei bleibt ohne Bedeutung, dass das Klimagerät wegen seiner Installation im Balkoninnenraum nur aus dieser, nicht jedoch aus seitlicher Sicht auf das Gebäude zu erkennen ist. Soweit in diesem Zusammenhang eine wertende Beurteilung hinsichtlich der Erheblichkeit der Beeinträchtigung der Interessen der übrigen Wohnungseigentümer vorzunehmen ist, kann ergänzend zu berücksichtigen sein, zu welchen Auswirkungen es führt, wenn andere Wohnungseigentümer von ihrem Recht auf Durchführung einer gleichartigen baulichen Veränderung Gebrauch machen (BayObLG NZM 1999, 1146, 1147; Senatbeschluss vom 18.12.2001 – 15 W 345/01 -; Staudinger/Bub, BGB, 12. Bearbeitung, § 22, Rdnr. 92; MK/BGB-Engelhardt, 4. Aufl., § 22, Rdnr. 11). Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass auch andere Wohnungseigentümer den von außen sichtbaren Innenbereich ihrer Balkone zu nutzen beabsichtigen, sei es für die Installation technischer Geräte, wie etwa weitere Klimaanlage, oder für die Anbringung von Schränken und dergleichen. Der Beteiligte zu 5) ist bereits mit der Installation einer Klimaanlage dem Vorbild der Beteiligten zu 4) gefolgt.

Diese vom Landgericht nicht hinreichend berücksichtigten Umstände führen dazu, dass nach dem gegenwärtigen Sachstand eine im Sinne des § 14 Nr. 1 WEG erhebliche Beeinträchtigung der Beteiligten zu 1) nicht abschließend verneint werden kann. Andererseits ist der Senat zu einer abschließenden Entscheidung über diesen Antrag nicht in der Lage. Nach dem bisherigen Akteninhalt kann nicht hinreichend festgestellt werden, in welchem Maß von den beiden Klimageräten tatsächlich eine Beeinträchtigung ausgeht. Dies gilt zunächst für das Gerät auf dem Balkon der Wohnung des Beteiligten zu 5). Ob – wie das Amtsgericht angenommen hat – infolge der Spiegelung durch die Balkonverglasung dieses Gerät kaum sichtbar ist, lässt sich anhand der vorgelegten Fotos, die darüber keinen zuverlässigen Aufschluss geben,

nicht abschließend beurteilen; so ist auf einem aus größerer Entfernung aufgenommenen Bild das Gerät deutlich erkennbar. Auch hinsichtlich des Gerätes auf dem Balkon der Beteiligten zu 4) hält es der Senat für möglich, dass dem Betrachter bei einer Gesamtschau der Fassade im Rahmen einer Ortsbesichtigung ein Eindruck vermittelt wird, der ggf. noch zu einer anderen Bewertung führen kann.

Nach dem gegenwärtigen Sachstand kann auch nicht festgestellt werden, dass die Geltendmachung des Beseitigungsanspruch durch Verwirkung ausgeschlossen ist (§ 242 BGB). Ein Recht ist verwirkt, wenn der Berechtigte es längere Zeit hindurch nicht geltend gemacht hat - sog. Zeitmoment - und der Verpflichtete sich darauf eingerichtet hat und sich nach dem gesamten Verhalten des Berechtigten auch darauf einrichten durfte, dass dieser das Recht auch in Zukunft nicht geltend machen werde - sog. Umstandsmoment - (vgl. etwa Palandt/Heinrichs, BGB, 63. Aufl., § 242, Rdnr. 87). Hinsichtlich des Klimageräts des Beteiligten zu 5) kann eine Verwirkung nicht angenommen werden, weil dieses erst im Jahre 2000 installiert worden ist. Der bis zur Einreichung des Antrags vom 05.02.2003 in dem vorliegenden Verfahren verstrichene Zeitraum von allenfalls knapp drei Jahren reicht bereits nicht aus, um das Zeitmoment des Verwirkungstatbestandes erfüllen zu können. Demgegenüber haben Beteiligten zu 4) das Klimagerät auf ihrem Balkon jedenfalls bereits in den Jahren 1997/1998 installiert, so dass von einer Nichtausübung des Beseitigungsanspruch über einen Zeitraum von mindestens fünf Jahren ausgegangen werden kann. Dieser Zeitablauf konnte jedoch allein noch nicht ausreichen, um auf Seiten der Beteiligten zu 4) einen Vertrauenstatbestand entstehen zu lassen, das Gerät keinesfalls mehr beseitigen zu müssen. Denn bei objektiver Bewertung mussten die Beteiligten zu 4) sich darüber im Klaren sein, dass es sich um eine bauliche Veränderung handelte, die zu einem Beseitigungsanspruch anderer Wohnungseigentümer führen konnte. Die Annahme eines besonderen Vertrauenstatbestandes, der über den bloßen Zeitablauf hinausgeht, kann zu diesem Zeitpunkt noch nicht angenommen werden. Besondere Vermögensdispositionen haben die Beteiligten zu 4) im Hinblick auf die Nichtgeltendmachung des Beseitigungsanspruch nicht vorgenommen. Der Umstand, dass sich ihre Aufwendungen für die bauliche Veränderung im Falle ihrer erzwungenen Beseitigung als fehlgeschlagen erweisen, reicht für die Annahme eines

besonderen Vertrauenstatbestandes ebenfalls nicht aus, weil er dem von den Beteiligten zu 4) selbst zu tragenden Risikobereich zuzurechnen ist.

Anders kann es sich hingegen verhalten, wenn der Zeitraum der Nichtgeltendmachung des Anspruchs deutlich über den genannten von fünf Jahren hinausgeht. Insoweit kommt es auf die streitige Behauptung der Beteiligten zu 4) an, die Klimaanlage bereits im Jahre 1992 installiert zu haben. Bei einem auf dieser Grundlage anzunehmenden Zeitraum von zehn Jahren kann durchaus auch ohne weitere besondere Umstände von dem Entstehen eines Vertrauenstatbestandes auf Seiten der Beteiligten zu 4) ausgegangen werden. Bei der Anwendung des Rechtsinstituts der Verwirkung muss Unterschieden des jeweiligen Rechtsgebietes, insbesondere einer engeren Pflichtenbindung im Rahmen von Schuldverhältnissen, Rechnung getragen werden (MK/BGB-Roth, a.a.O., § 242, Rdnr. 341). Das Gemeinschaftsverhältnis der Wohnungseigentümer untereinander erfordert ein erhöhtes Maß an gegenseitiger Rücksichtnahme. Dieses Gebot der gegenseitigen Rücksichtnahme kann im Einzelfall die Annahme einer Obliegenheit eines Wohnungseigentümers rechtfertigen sich dahin zu erklären, dass er mit der Vornahme einer baulichen Veränderung nicht einverstanden ist und sich die Geltendmachung seiner Rechte zumindest vorbehält. Wenn eine solche Erklärung auch nach Ablauf eines Zeitraumes nicht erfolgt, in dem der verpflichtete Wohnungseigentümer unter normalen Umständen nicht mehr mit der Geltendmachung eines Beseitigungsanspruchs rechnen muss, kann auch allein aufgrund des Schweigens des Anspruchsberechtigten ein Vertrauenstatbestand entstehen. Wenn davon auszugehen sein sollte, dass die Beteiligten zu 4) das Klimagerät bereits im Jahre 1992 installiert haben, ist das Verhalten der Beteiligten zu 1) kaum verständlich, die einerseits im Termin vor dem Amtsgericht vom 26.05.2003 erklärt haben, der Anblick beider Klimageräte störe sie bei jedem Vorbeigehen, andererseits keinen Weg gefunden haben, dies gegenüber den Beteiligten zu 4) in all den Jahren zum Ausdruck zu bringen, obwohl sie sich in Angelegenheiten der Hausordnung mit einer Vielzahl von Beschwerdeschreiben an die Beteiligte zu 7) gewandt haben. Unter diesem Gesichtspunkt muss den Beteiligten zu 4) noch Gelegenheit gegeben werden, näheren Beweis zum Zeitpunkt der Installation der Klimaanlage anzutreten, etwa in der Weise, dass das montierte Gerät mit demjenigen identisch

ist, das in der von ihnen vorgelegten Rechnung vom 19.12.1992 als geliefert und montiert ausgewiesen ist.

Daraus folgt, dass die abschließende Sachentscheidung zu dem Antrag zu 4) hinsichtlich der Klimaanlage noch eine weitere Sachaufklärung erfordert, die im Verfahren der weiteren Beschwerde nicht durchgeführt werden kann. Der Senat musste deshalb die Sache insoweit an eine der Tatsacheninstanzen zurückverweisen. Er hat in diesem Zusammenhang von seinem Ermessen (Keidel/Meyer-Holz, a.a.O., § 27, Rdnr. 61) dahin Gebrauch gemacht, die Sache an das Amtsgericht zurückzuverweisen. Dabei hat der Senat maßgebend berücksichtigt, dass die auf der Grundlage der Rechtsauffassung des Senats erforderliche Tatsachenfeststellung in beiden Vorinstanzen unterblieben ist und die Sachverhaltsaufklärung vorrangig im erstinstanzlichen Verfahren und ortsnah durchgeführt werden soll.

Mit der erneuten Sachentscheidung war dem Amtsgericht auch die nach § 47 S. 1 und 2 WEG zu treffende Entscheidung über die Gerichtskosten und die Anordnung der Erstattung außergerichtlicher Kosten des Verfahrens der sofortigen ersten und weiteren Beschwerde zu übertragen.

Die Wertfestsetzung für das Verfahren der sofortigen weiteren Beschwerde beruht auf § 48 Abs. 3 WEG. Sie folgt der Wertfestsetzung der landgerichtlichen Entscheidung, die auch der Senat für angemessen hält.

Dr. Gammelin

Budde

Lohmeyer