

# Oberlandesgericht München

## BESCHLUSS

§§ 10 Abs. 6 S. 3, 21 Abs. 4 und 8 WEG

- 1. Während die Zustimmung zu einem Überbau formfrei möglich ist, erfordert die Verpflichtung zu einem Grundstückstausch nach § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB eine notarielle Beurkundung.**
- 2. Bei einem unberechtigten des Nachbarn haben die Eigentümer nach §§ 985, 1004 BGB einen Anspruch auf Beseitigung des Überbaus und Herausgabe der überbauten Fläche. Diese Ansprüche sind gemeinschaftsbezogene Ansprüche im Sinne des § 10 Abs. 6 Satz 3 erste Alternative WEG.**
- 3. Steht der Wohnungseigentümergeinschaft das Recht zur gerichtlichen Durchsetzung des Anspruchs zu, so kann sie über die Klageerhebung nicht willkürlich entscheiden. Das Interesse auch einzelner, insbesondere besonders betroffener Wohnungseigentümer erfordert es vielmehr, dass die Wohnungseigentümergeinschaft nach billigem Ermessen darüber zu entscheiden hat, ob sie das Recht durchsetzen will oder nicht. Es handelt sich bei der Rechtsdurchsetzung um eine Verwaltungsmaßnahme im Sinne des § 21 Abs. 4 WEG, die dem Interesse der Gesamtheit der Wohnungseigentümer nach billigem Ermessen zu entsprechen hat.**
- 4. Dabei ist es für die Ausübung des billigen Ermessens vor allem entscheidend, ob die Rechtsverfolgung Aussicht auf Erfolg hat, wozu nach dem Vorstehenden weitere tatsächliche Feststellungen erforderlich sind.**
- 5. Die Klage auf Vornahme einer Handlung kann auch direkt gegen die Wohnungseigentümergeinschaft als Verband gerichtet werden, ohne dass zuvor auf Fassung eines Beschlusses oder auf Ersetzung eines Beschlusses durch das Gericht nach § 21 Abs. 8 WEG geklagt werden muss.**
- 6. Schuldner des Anspruchs auf ordnungsgemäße Verwaltung nach § 21 Abs. 4 WEG kann nämlich auch die Wohnungseigentümergeinschaft als Verband sein.**
- 7. Auch wenn die Wohnungseigentümer bei der Beschlussfassung willensbildend tätig sein müssen, ändert dies nichts daran, dass sich Ansprüche auch unmittelbar gegen den Verband richten können. Anspruchsgegner des Anspruchs auf ordnungsgemäße Verwaltung ist derjenige, der die begehrte Maßnahme durchführen würde.**
- 8. Ansprüche gegen die einzelnen Wohnungseigentümer auf Beschlussfassung oder die Möglichkeit einer Klage nach § 21 Abs. 8**

**WEG würden den Anspruch gegen die Eigentümergemeinschaft nicht ausschließen.**

OLG München, Beschluss vom 26.10.2010; Az.: 32 Wx 26/10

**Tenor:**

I. Die sofortige weitere Beschwerde der Antragsteller gegen den Beschluss des Landgerichts Kempten vom 10.6.2010 wird insoweit zurückgewiesen, als der Feststellungsantrag betroffen ist.

II. Im Übrigen wird der Beschluss des Landgerichts Kempten vom 10.6.2010 mit Ausnahme der Geschäftswertfestsetzung aufgehoben.

III. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur erneuten Behandlung und Entscheidung auch über die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens an das Landgericht Kempten zurückverwiesen.

IV. Der Geschäftswert für das Rechtsbeschwerdeverfahren wird auf 3.000 € festgesetzt.

**Entscheidungsgründe:**

I.

Die Antragsteller begehren gegenüber der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer die Feststellung, dass vom Nachbargrundstück her ein rechtswidriger Überbau vorliegt, und beantragen weiter, die Wohnungseigentümergeinschaft zu verpflichten, die Beseitigung des Überbaus außergerichtlich und gerichtlich durchzusetzen. Wegen des weiteren Sachverhalts wird auf Nr. I der Gründe der angegriffenen Entscheidung verwiesen.

Das Amtsgericht hat beide Anträge abgewiesen. Das Landgericht hat die sofortige Beschwerde zurückgewiesen.

Mit ihrer sofortigen weiteren Beschwerde verfolgen die Antragsteller ihre Ziele weiter. Auf die von den Beteiligten im Verfahren der weiteren Beschwerde eingereichten Schriftsätze wird Bezug genommen.

II.

1. Das Landgericht hat sich mit dem Feststellungsantrag nicht näher befasst, insbesondere dessen Zulässigkeit nicht geprüft. Bezüglich des Verpflichtungsantrages auf gerichtliches und außergerichtliches Tätigwerden hat das Landgericht im Wesentlichen ausgeführt, dass ein solcher Anspruch nur bestehen würde, wenn das Vorgehen Aussicht auf Erfolg hätte. Dies sei jedoch nicht der Fall. Der Überbau sei rechtmäßig. Für die Kammer stehe fest, dass sämtliche Mitglieder der Wohnungseigentümergeinschaft „dem Überbau/Tausch der Grundstücksflächen“ zugestimmt hätten.

2. Hinsichtlich des Feststellungsantrages ist die Beschwerde unbegründet.

Auch wenn sich das Landgericht mit dem Feststellungsantrag nicht ausdrücklich befasst hat, hat der Senat hierüber zu entscheiden, da das Amtsgericht den

Feststellungsantrag abgewiesen hat und der Tenor der landgerichtlichen Entscheidung diese Abweisung bestätigt, so dass das Landgericht, wenn auch ohne Begründung, auch über den Feststellungsantrag entschieden hat.

Die Entscheidung des Landgerichts erweist sich im Ergebnis als richtig, da dem Feststellungsantrag das erforderliche Feststellungsinteresse fehlt (§ 256 ZPO analog). Es ist nicht ersichtlich, welches Feststellungsinteresse die Antragsteller gerade gegenüber der Antragsgegnerin haben sollten. Das einzige Interesse der Antragsteller kann darin liegen, dass die Antragsgegnerin gegen den nach Meinung der Antragsteller vorliegenden rechtswidrigen Überbau vorgeht. Das ist aber bereits vom Leistungsantrag umfasst. Eine Feststellung der Rechtswidrigkeit des Überbaus gegenüber der Antragsgegnerin würde weder die einzelnen Wohnungseigentümer noch die Eigentümerin des Nachbargrundstücks binden.

3. Hinsichtlich des Verpflichtungsantrags ist die Sache an das Landgericht zurückzuverweisen.

Das Landgericht hätte es nicht offen lassen dürfen, ob eine Zustimmung zu einem Überbau oder einem Tausch vorgelegen hat. Das ergibt sich bereits aus den verschiedenen Wirksamkeitsvoraussetzungen. Während die Zustimmung zu einem Überbau formfrei möglich ist, erfordert die Verpflichtung zu einem Grundstückstausch nach § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB eine notarielle Beurkundung. Außerdem sind die Rechtsfolgen verschieden. Während im Falle eines Grundstückstausches die Miteigentümer der Wohnungseigentümergeinschaft eine Fläche hinzu erwerben und eine andere Fläche verlieren, begründet die Zustimmung zum Überbau lediglich das Recht des Nachbarn, auf dem Grundstück der Wohnungseigentümer ein Bauwerk zu errichten. In seiner Beweiswürdigung kommt das Landgericht immer wieder auf den Tausch zurück, während es zur Einleitung seiner Urteilsbegründung (II 1a) auf eine Zustimmung zum Überbau abstellt. Soweit das Landgericht von einer Zustimmung zum „Vorhaben“ spricht, ist vollends unklar, ob nun auf einen Tausch oder auf die Duldung des Überbaus abgestellt wird. Wurde von den Wohnungseigentümern teilweise einem Tausch, teilweise einem Überbau zugestimmt, so fehlt es an übereinstimmenden Willenserklärungen. Wurde einem Tausch zugestimmt, so fehlt es an der nach § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB erforderlichen Form. Nur wenn tatsächlich eine Zustimmung aller Wohnungseigentümer zur Duldung des Überbaus vorliegen würde, wäre eine Verpflichtung zur Rechtsverfolgung durch die Wohnungseigentümergeinschaft wegen Aussichtslosigkeit von vorne herein ausgeschlossen. Ein solches Ergebnis wird aber von den landgerichtlichen Feststellungen nicht getragen.

4. Die sofortige weitere Beschwerde ist nicht nach §§ 27 Abs. 2 FGG a.F., § 561 ZPO zurückzuweisen, weil sich die Entscheidung des Landgerichts auch nicht aus anderen Gründen als richtig darstellt.

Dies wäre dann der Fall, wenn die Antragsteller aus anderen als den vom Landgericht angenommen Gründen keinen Anspruch auf Tätigwerden der Gemeinschaft hätten.

In Betracht kommt ein Tätigwerden der Gemeinschaft nach § 10 Abs. 6 Satz 3 WEG. Diese Vorschrift ist auch im vorliegenden Verfahren anzuwenden. Die Sonderregelungen des § 62 Abs. 1 WEG greifen nicht ein, da § 10 Abs. 6 Satz 3 im ersten und nicht im dritten Teil des WEG steht. Auch auf vor dem 2.7.2007 anhängig gewordene Verfahren findet grundsätzlich neues materielles Recht

Anwendung (Riecke in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 5. Aufl., 2010, § 62 WEG Rn. 1; Bassenge in: Palandt, BGB, 69. Aufl., 2010, § 62 WEG Rn. 1 je m.w.N.).

Würde es sich um einen unberechtigten Überbau handeln, so hätten die Eigentümer nach §§ 985, 1004 BGB einen Anspruch auf Beseitigung des Überbaus und Herausgabe der überbauten Fläche (Bassenge a.a.O. § 912 Rn. 17).

Diese Ansprüche sind gemeinschaftsbezogene Ansprüche im Sinne des § 10 Abs. 6 Satz 3 erste Alternative WEG. Zwar ist es im Einzelnen umstritten, ob insbesondere Abwehransprüche nach § 1004 BGB der ersten oder zweiten Alternative des § 10 Abs. 6 Satz 3 WEG zuzuordnen sind (vgl. Klein in Bärmann, Wohnungseigentumsgesetz, 11. Aufl. § 10 Rn. 253 ff.; Schmid NZM 2009, 721 ff. je m.w.N.). In dem vorliegenden Verfahren, in dem es um die Beseitigung eines Überbaus und Herausgabe der überbauten Fläche geht, ist von einem gemeinschaftsbezogenen Anspruch auszugehen. Eine Störung ist dann gemeinschaftsbezogen, wenn sie die Substanz oder die Nutzung des Gemeinschaftseigentums objektiv beeinträchtigt (Klein a.a.O. Rn. 255). Das ist hier der Fall, da der Überbau das Gemeinschaftseigentum beeinträchtigt und den Wohnungseigentümern den Besitz an und die Nutzung der überbauten Fläche entzieht. Dieses Ergebnis wird dadurch bestätigt, dass auch die nachbarrechtlichen Schutzrechte und die Schadensersatzansprüche wegen Beeinträchtigung des gemeinschaftlichen Eigentums sowie Entgeltansprüche wegen unberechtigter Nutzung des Gemeinschaftseigentums den gemeinschaftsbezogenen Rechten zugeordnet werden (vgl. Elzer in Riecke/Schmid, Wohnungseigentumsrecht, 3. Aufl. § 10 Rn. 418; Schmid NZM 2009, 721 ff je m.w.N.). Dass im vorliegenden Fall in erster Linie ein Sondernutzungsrecht beeinträchtigt wird, ist unerheblich, weil auch die Sondernutzungsfläche Gemeinschaftseigentum ist und das Sondernutzungsrecht nur eine interne Benutzungsregelung innerhalb der Wohnungseigentümergeinschaft darstellt.

Steht der Wohnungseigentümergeinschaft das Recht zur gerichtlichen Durchsetzung des Anspruchs zu, so kann sie über die Klageerhebung nicht willkürlich entscheiden. Das Interesse auch einzelner, insbesondere besonders betroffener Wohnungseigentümer erfordert es vielmehr, dass die Wohnungseigentümergeinschaft nach billigem Ermessen darüber zu entscheiden hat, ob sie das Recht durchsetzen will oder nicht. Es handelt sich bei der Rechtsdurchsetzung um eine Verwaltungsmaßnahme im Sinne des § 21 Abs. 4 WEG, die dem Interesse der Gesamtheit der Wohnungseigentümer nach billigem Ermessen zu entsprechen hat. Dabei ist es für die Ausübung des billigen Ermessens vor allem entscheidend, ob die Rechtsverfolgung Aussicht auf Erfolg hat, wozu nach dem Vorstehenden weitere tatsächliche Feststellungen erforderlich sind.

Darüber, ob Klage zu erheben ist, haben grundsätzlich zunächst die Wohnungseigentümer zu entscheiden. Im vorliegenden Fall ist jedoch davon auszugehen, dass die Antragsteller auf einer Eigentümerversammlung mit Sicherheit keine Mehrheit finden werden, so dass es einer vorherigen Befassung der Eigentümerversammlung nicht bedarf (vgl. BayObLG ZWE 2000, 580 = NZM 2000, 676).

Die Klage auf Vornahme einer Handlung kann auch direkt gegen die Wohnungseigentümergeinschaft als Verband gerichtet werden, ohne dass zuvor auf Fassung eines Beschlusses oder auf Ersetzung eines Beschlusses durch das Gericht nach § 21 Abs. 8 WEG geklagt werden muss. Schuldner des Anspruchs auf ordnungsgemäße Verwaltung nach § 21 Abs. 4 WEG kann nämlich auch die

Wohnungseigentümergeinschaft als Verband sein (vgl. Drabek in: Riecke/Schmid, Wohnungseigentumsrecht, 3. Aufl., 2010, § 21 Rn. 125; Horst, DWE 2008, 110, 112; Schmid ZfIR 2009, 721, 722; ders. NZM 2010, 683, 684). Auch wenn die Wohnungseigentümer bei der Beschlussfassung willensbildend tätig sein müssen, ändert dies nichts daran, dass sich Ansprüche auch unmittelbar gegen den Verband richten können. Anspruchsgegner des Anspruchs auf ordnungsgemäße Verwaltung ist derjenige, der die begehrte Maßnahme durchführen würde (Kahlen in Schmid/Kahlen, WEG, 1. Aufl. § 21 Rn. 150; Schmid NZM 2010, 683, 684). Ein unmittelbares Vorgehen gegen den Verband hinsichtlich der Vornahme der begehrten Handlung hat zudem den Vorteil der Einfachheit für sich (vgl. Schmid, ZfIR 2010, 90, 91/92). Jedenfalls dann, wenn nur die gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs billigem Ermessen entspricht (Ermessensreduzierung auf Null), kann die Wohnungseigentümergeinschaft auf Geltendmachung des Anspruchs verklagt werden.

Ob daneben auch Ansprüche gegen die einzelnen Wohnungseigentümer auf Beschlussfassung oder die Möglichkeit einer Klage nach § 21 Abs. 8 WEG bestehen (vgl. Senat, ZMR 2010, 395 = WuM 2010, 380 = GE 2010, 209 = DWE 2010, 35), kann offen bleiben, da sich der Antrag nicht gegen die einzelnen Wohnungseigentümer richtet. Solche Ansprüche würden den Anspruch gegen die Antragsgegnerin nicht ausschließen.

Aus dem gleichen Grund kann dahinstehen, ob die Ausübung gemeinschaftsbezogener Rechte nicht ohnehin ausschließlich der Wohnungseigentümergeinschaft als Verband in Prozessstandschaft für die einzelnen Wohnungseigentümer obliegt (Klein a.a.O. § 10 Rn. 248; Elzer a.a.O. § 10 Rn. 417) und deshalb die einzelnen Wohnungseigentümer mangels Prozessführungsbefugnis gar nicht tätig werden können (Bassenge a.a.O. § 10 WEG Rn. 29; Elzer a.a.O. § 10 Rn. 419).

4. Die Kostenentscheidung ist der Schlussentscheidung vorzubehalten.

Die Geschäftswertfestsetzung beruht auf § 48 Abs. 3 Satz 1 WEG a.F.