

# DNotI

Deutsches Notarinstitut

**Dokumentnummer:** 32wx82\_09  
**letzte Aktualisierung:** 16.3.2010

**OLG München**, 22.12.2009 - 32 Wx 82/09

WoEigG § 21 Abs 4, Abs 8

## **Wohnungseigentum als Gegner des Anspruch auf Beschlussfassung zum „Ob“ und „Wie“ einer Sanierungsmaßnahme; Ersetzung der Beschlussfassung durch Gericht**

1. Der Anspruch nach § 21 Abs 4 WEG auf Beschlussfassung zum "Ob" und "Wie" einer erforderlichen Sanierungsmaßnahme richtet sich gegen die Wohnungseigentümer und nicht gegen den Verband; ob daneben auch ein Anspruch gegen den Verband auf Durchführung von Sanierungsmaßnahmen oder Beseitigung von Mängeln besteht, bleibt offen.
2. Jedenfalls wenn bei der Beschlussfassung das Ermessen der Eigentümerversammlung auf Null reduziert ist, werden die Wohnungseigentümer nicht zur Beschlussfassung verurteilt, sondern das Gericht ersetzt nach § 21 Abs 8 WEG die Beschlussfassung; dies gilt auch für vor dem 1.7.2007 eingeleitete Verfahren.

## Tenor

I. Auf die sofortige weitere Beschwerde und Anschlussbeschwerde wird der Beschluss des Landgerichts München I vom 21. August 2009 dahingehend abgeändert, dass

a) die Beseitigung der Wärmebrücke im oberen Bereich der Außenwanddecke in der Nordostecke des Schlafzimmers der Dachgeschosswohnung Nr. 25 xxx beschlossen ist und

b) die Antragsgegner verpflichtet werden, den Abschluss der hierfür erforderlichen Verträge mit Dritten durch den Verband Wohnungseigentümergeinschaft zu beschließen.

II. Im Übrigen werden die sofortige weitere Beschwerde der Antragsgegner und die weitere Anschlussbeschwerde mit der Maßgabe nach Ziff. I zurückgewiesen.

III. Die Antragsgegner tragen die Gerichtskosten des Verfahrens der sofortigen weiteren Beschwerde. Eine Erstattung der außergerichtlichen Kosten findet unter Abänderung der landgerichtlichen Entscheidung in keiner Instanz statt.

IV. Der Geschäftswert für alle 3 Instanzen wird auf jeweils 20.000 € festgesetzt.

## Gründe

### I.

Die Beteiligten streiten um die Beseitigung einer Wärmebrücke als Baumangel. Wegen der Einzelheiten des Sachverhalts wird Bezug genommen auf die Darstellung im angefochtenen Beschluss.

Der Antragssteller beantragte zunächst, den Antragsgegnern („übrige Eigentümer“) aufzugeben die Wärmebrücke im oberen Bereich der Außenwanddecke in der Nordostecke des Schlafzimmers der Dachgeschosswohnung Nr. 25 xxx beseitigen zu lassen.

Das Amtsgericht gab diesem Antrag vollumfänglich gegen die „Wohnungseigentümergeinschaft xxx“ als Verband mit Beschluss vom 20.6.2008 statt. Auf die dagegen eingelegte sofortige Beschwerde änderte das Landgericht am 21.8.2009 diesen Beschluss dahingehend ab, dass den Antragsgegnern aufgegeben wurde, die verfahrensgegenständliche Wärmebrücke im oberen Bereich der Außenwanddecke in der Nordostecke des Schlafzimmers der Dachgeschosswohnung beseitigen zu lassen.

Gegen diesen dem Verfahrensbevollmächtigten für die Miteigentümerin J.L. am 29.8.2009 und den Verfahrensbevollmächtigten für die übrigen Antragsgegner am 26.8.2009 zugestellten Beschluss legten die Antragsgegner form- und fristgerecht sofortige weitere Beschwerde mit dem Ziel der Antragszurückweisung ein.

Der Antragsteller beantragt Beschwerdezurückweisung und begehrt mit seiner weiteren Anschlussbeschwerde hilfsweise die Antragsgegner zu verpflichten, zu beschließen, die verfahrensgegenständliche Wärmebrücke beseitigen zu lassen und den Verband Wohnungseigentümergeinschaft zu verpflichten, die hierfür erforderlichen Verträge abzuschließen, sowie weiter hilfsweise, der Wohnungseigentümergeinschaft als Verband aufzugeben, die verfahrensgegenständliche Wärmebrücke beseitigen zu lassen.

## II.

1. Die sofortige weitere Beschwerde und die sofortige weitere Anschlussbeschwerde sind zulässig. Antragsänderungen sind aus prozessökonomischen Gründen im Verfahren der weiteren Beschwerde dann zugelassen, wenn es sich dabei um Fälle entsprechend § 264 Nr. 2 ZPO handelt und der neue Sachantrag sich auf den in der Berufungsinstanz festgestellten Sachverhalt und auf den unstreitigen Parteivortrag stützt (vgl. zur Revision BAG AP BGB § 630 Nr. 8). Die Beschlussfassung über Mangelbeseitigungsmaßnahmen und der Vertragsschluss mit Dritten hierüber ist eine Beschränkung des ursprünglichen Antrags auf Mängelbeseitigung.

Die sofortige weitere Beschwerde und die sofortige weitere Anschlussbeschwerde haben in dem im Tenor genannten Umfang Erfolg.

2. Das Landgericht hat seine Entscheidung folgendermaßen begründet:

Der Antragsteller habe seinen Antrag von Anfang an richtigerweise gegen die einzelnen Wohnungseigentümer gerichtet, da der Anspruch aus § 21 Abs. 4 WEG, der insbesondere eine ordnungsgemäße Instandhaltung und Instandsetzung, einschließlich der erstmaligen Herstellung eines dem Aufteilungsplan und den Bauplänen entsprechenden Zustandes von Sondereigentum und Gemeinschaftseigentum beinhalte, sich gegen die Wohnungseigentümer richte, denn zunächst sei der Mangelbeseitigung eine Beschlussfassung vorgeschaltet; selbst wenn der Anspruch zum Verwaltungsvermögen gezählt werde, führe dies zu keinem anderen Ergebnis. Nach den Feststellungen des Sachverständigen liege ein Mangel der Bausubstanz vor. Der Anspruch sei auch nicht nach Treu und Glauben ausgeschlossen oder wegen unverhältnismäßiger Kostenbelastung unzumutbar. Er sei auch nicht verjährt.

3. Die angefochtene Entscheidung hält der auf Rechtsfehler (§ 43 Abs. 1 WEG a.F., § 27 Abs. 1 Satz 2 FGG, § 546 ZPO) beschränkten Nachprüfung durch den Senat nur nach Maßgabe der folgenden Ausführungen stand.

a) Zu Recht geht das Landgericht in den Gründen seiner Entscheidung davon aus, dass sich der auf Beschlussfassung gehende Anspruch nach § 21 Abs. 4 WEG gegen die anderen Miteigentümer und nicht gegen den Verband der Wohnungseigentümer als solcher richtet (Schmid/Kahlen WEG § 21 Rn. 150; Rieke/Schmid/Drabek Fachanwaltskommentar Wohnungseigentumsrecht 2. Aufl. WEG § 21 Rn. 152; Bärmann/Merle WEG 10. Aufl. Rn. 45). Dies ergibt sich schon daraus, dass der Verband sich nicht selbst ohne Tätigwerden seiner Organe verwalten kann. Wenngleich im Gesellschaftsrecht durchaus vertreten wird, dass auch zwischen einem Verband und deren Mitgliedern und nicht nur zwischen den Mitgliedern Treuepflichten - § 21 Abs. 4 WEG ist eine gesetzliche Ausgestaltung der Treuepflicht - bestehen können, die zu Klagen gegen den Verband berechtigen können, lässt sich diese Überlegung jedenfalls für die Beschlussfassung nicht auf die Wohnungseigentümergeinschaft übertragen, da die Bejahung eines Anspruchs gegen den Verband gegen den Rechtsgedanken des § 46 Abs. 1 WEG n.F. verstoßen würde, der ausdrücklich, anders als bei Personengesellschaften (vgl. BGH NJW-RR 2007, 757), vorschreibt, dass Beschlussanfechtungsklagen gegen die anderen Wohnungseigentümer zu erheben sind. Ob daneben ein Anspruch auf Beseitigung der Wärmebrücke gegen den Verband aus § 21 Abs. 4 WEG besteht, wie das Amtsgericht angenommen hat, kann dahinstehen, da der Antragsteller die Zurückweisung der weiteren Beschwerde der Wohnungseigentümer und mit seinem ersten Hilfsantrag die Verpflichtung der Wohnungseigentümer beantragt hat; der zweite Hilfsantrag auf Verpflichtung des Verbands zur Beseitigung ist gegenüber dem ersten Antrag nachrangig.

b) Allerdings kann die in der Tenorierung des Landgerichts gewählte Formulierung, die Wärmebrücke im oberen Bereich der Außenwanddecke in der Nordostecke des Schlafzimmers der Dachgeschosswohnung beseitigen zu lassen, auch so verstanden werden, dass die Antragsgegner verpflichtet sind, selbst die Beseitigung durchzuführen oder Verträge mit Bauunternehmen auf eigene Kosten hierfür abzuschließen. Hierzu besteht jedoch keine Verpflichtung, zumal dies zu einer von § 10 Abs. 6 bis 8 WEG n.F. abweichenden Kostenverteilung führen würde. Die Wohnungseigentümer sind daher nur verpflichtet, die Sanierung und die Art und Weise der (geeigneten, den Mangel beseitigenden) Sanierung zu beschließen und über die hierfür von der Wohnungseigentümergeinschaft mit Dritten zu schließenden Verträge Beschluss zu fassen. Der Senat hat nach § 21 Abs. 8 WEG n.F. die Beschlussfassung über das „Ob“ der Sanierung ersetzt, da insoweit das Ermessen der Eigentümer auf Null reduziert ist (s. unten c). Auch wenn es sich bei § 21 Abs. 8 WEG um eine verfahrensrechtliche Vorschrift handelt, ist diese trotz § 62 Abs. 1 WEG auf das laufende Verfahren anwendbar, da sie nicht im dritten Teil des WEG steht, sondern im zweiten Teil. Wenn die Wohnungseigentümer verpflichtet sind, die Beseitigung eines Mangels zu beschließen, so handelt es sich hierbei um eine nach dem Gesetz erforderliche Maßnahme im Sinne des § 21 Abs. 8 WEG. Das hat zur Folge, dass nicht die Verurteilung zu einem Beschluss zu erfolgen hat, sondern dass das Gericht anstelle der Wohnungseigentümer nach billigem Ermessen entscheidet. Anstelle der Wohnungseigentümer bedeutet, dass das Gericht die von den Wohnungseigentümern vorzunehmende Handlung selbst vornimmt, d. h. im vorliegenden Fall, dass das Gericht den Beschluss der Wohnungseigentümerversammlung „erlässt“. Die Ersetzung der Beschlussfassung geht auch nicht über den Antrag des Antragstellers hinaus, da auch bei einer Beschlussfassung über das „Ob“ der Sanierung die Wohnungseigentümer kein Ermessen haben. Die weiteren Beschlussfassungen über die Art und Weise der Sanierung kann jedoch das Gericht jedenfalls derzeit nicht ersetzen, da erst den Wohnungseigentümern Gelegenheit zu einer Beschlussformung gegeben werden muss.

Aus dem gleichen Grund war die Verpflichtung zum Vertragsschluss abweichend von der Antragstellung im ersten Hilfsantrag zu tenorieren; der Senat hat den Antrag entsprechend ausgelegt.

c) Im Übrigen wird auf die vom Landgericht zutreffend dargelegten Gründe Bezug genommen. Im Hinblick auf das Rechtsbeschwerdevorbringen ist ergänzend auszuführen:

aa) Das Landgericht hat sachverständig beraten festgestellt, dass ein originärer Mangel der Bausubstanz vorgelegen habe. An diese verfahrensrechtlich korrekt getroffene Feststellung ist der Senat gebunden. Unerheblich ist der Umstand, dass möglicherweise auch das Nutzerverhalten zu der Schimmelbildung geführt hat, da es um die Beseitigung der Wärmebrücke und nicht nur der Schimmelbildung geht. Der Anspruch nach § 21 Abs. 4 WEG führt aber dazu, dass jeder Wohnungseigentümer die erstmaligen Herstellung eines dem Aufteilungsplan und den Bauplänen entsprechenden mangelfreien Zustandes von Sondereigentum und Gemeinschaftseigentum unabhängig von der Frage, wie sich der Mangel tatsächlich ausgewirkt hat, verlangen kann.

bb) Auch der Umstand, dass der Antragsteller Geschäftsführer des Baubetreuers war, führt nicht zur Treuwidrigkeit des Begehrens. Es ist nicht ersichtlich, dass dem Antragsteller der Mangel bereits im Rahmen der Baubetreuung bekannt war und er diesen arglistig verschwiegen hat.

cc) Hinsichtlich der Verjährung schließt sich der Senat der Auffassung des Landgerichts voll an. Maßgeblich für die Kenntnis ist die Kenntnis vom Baumangel und nicht die

Kenntnis der Schimmelbildung. Dies gilt umso mehr als die Antragsgegner selbst ausführen, dass für die Schimmelbildung auch das Nutzerverhalten verantwortlich sein kann.

3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 47 WEG a.F.; es war nicht angemessen, den Antragsgegnern auch die außergerichtlichen Kosten der Antragsteller aufzuerlegen. Im Hinblick auf die zu entscheidenden schwierigen rechtlichen Fragen der Passivlegitimation und der unterschiedlichen Auffassung der beteiligten Gerichte hatte es bei der Regel im nach altem Recht geführten Wohnungseigentumsverfahren zu bleiben, dass jeder Beteiligte seine außergerichtlichen Kosten trägt.

4. Die Festsetzung des Geschäftswerts beruht auf § 48 Abs. 3 WEG a.F., § 31 Abs. 1 Satz 2 KostO. Unter Berücksichtigung der Baunebenkosten beträgt nach dem Vorbringen der Antragsgegner der Geschäftswert 20.000 €