

# Bayerisches Oberlandesgericht

## BESCHLUSS

§§ 28 Abs. 3 WEG; 259, 666 BGB; 887 Abs. 2, 888 ZPO

- 1. Die Aufstellung einer Jahresabrechnung mit Einzelabrechnung ist keine höchstpersönliche Leistung, die nur vom wirksam bestellten Verwalter erbracht werden könnte.**
- 2. Demnach handelt es sich bei der zu vollstreckenden Verpflichtung des Vollstreckungsschuldners zu 2 um eine vertretbare Handlung, die nach § 887 ZPO durch Ersatzvornahme zu vollstrecken ist. Das ergibt sich auch aus der herrschenden Rechtsprechung, daß bei einem Verwalterwechsel zum Jahresende nicht der alte, sondern der neue Verwalter die Jahresabrechnung für das verflossene Jahr zu fertigen hat.**
- 3. Auch ein Scheinverwalter, der jahrelang als Verwalter tätig gewesen ist, ist unabhängig von der Wirksamkeit seiner Bestellung nach § 26 WEG nach § 681 Satz 2 BGB in Verbindung mit §§ 666, 259 BGB ebenso zur Rechenschaft und Auskunft verpflichtet wie der Verwalter nach § 28 WEG in Verbindung mit § 259 BGB.**

BayObLG, Beschluss vom 15.11.1988; Az.: BReg 2 Z 142/87

### **Tenor:**

I. Auf die sofortige weitere Beschwerde des Vollstreckungsschuldners zu 2 wird der Beschluß des Landgerichts München I vom 28.09.1987 in Nr. II aufgehoben.

II. Im übrigen wird die sofortige weitere Beschwerde des Vollstreckungsschuldners zu 2 zurückgewiesen.

III. Auf die sofortige Beschwerde des Vollstreckungsgläubigers gegen den Beschluß des Amtsgerichts München vom 06.04.1987 wird der Vollstreckungsgläubiger ermächtigt, auf Kosten der Vollstreckungsschuldner für die Wohnungserbbaurechtsanlage die Jahresgesamtabrechnung 1983 und im Anschluß daran die Jahreseinzelnabrechnungen für 1983 neu nach den Grundsätzen einer geordneten einfachen Einnahmen/Ausgaben-Abrechnung und nach den Abrechnungsbestimmungen der Teilungserklärung/Gemeinschaftsordnung aufstellen zu lassen oder selbst aufzustellen. Die Vollstreckungsschuldner werden als Gesamtschuldner verurteilt, 2.000 DM als Vorauszahlung auf die Kosten der Ersatzvornahme an den Vollstreckungsgläubiger zu bezahlen.

IV. Im übrigen wird die sofortige Beschwerde des Vollstreckungsgläubigers zurückgewiesen.

V. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens haben die Vollstreckungsschuldner als Gesamtschuldner, die Kosten des Verfahrens der sofortigen weiteren Beschwerde hat der Vollstreckungsschuldner zu 2 allein zu tragen.

VI. Der Wert des Gegenstands der sofortigen weiteren Beschwerde wird auf 2.500 DM festgesetzt.

### **Tatbestand:**

Die Vollstreckungsschuldner sind Eigentümer eines größeren Grundstücks, auf dem mehrere Gebäude im Erbbaurecht errichtet wurden. Das Erbbaurecht ist in Wohnungs- und Teilerbbaurechte aufgeteilt. Der Vollstreckungsgläubiger ist Eigentümer eines Wohnungserbbaurechts, die Vollstreckungsschuldner waren von Errichtung der Anlage an als Gesellschaft bürgerlichen Rechts zu Verwaltern nach dem Wohnungseigentumsgesetz bestellt worden; zugleich sind sie Eigentümer der Mehrheit der Wohnungs- und Teilerbbaurechte.

Die von den Vollstreckungsschuldnern den übrigen Wohnungs- und Teilerbbauberechtigten vorgelegte Jahresabrechnung für 1983 enthielt keine Einzelabrechnungen und entsprach nicht den Vorschriften der Gemeinschaftsordnung, die u.a. vorsieht, daß nur die Instandhaltungsrücklagen und Instandsetzungsaufwendungen nach Baukomplexen getrennt abzurechnen sind.

Der Vollstreckungsgläubiger hat daraufhin beim Amtsgericht beantragt, die Vollstreckungsschuldner zu verurteilen, die Jahresgesamtabrechnung für 1983 nach den Vorschriften des Wohnungseigentumsgesetzes und der Gemeinschaftsordnung samt Einzelabrechnungen neu zu erstellen.

Am 26.02.1985 haben die Beteiligten vor dem Amtsgericht einen ordnungsgemäß protokollierten Vergleich geschlossen, in dem die Vollstreckungsschuldner sich gesamtschuldnerisch verpflichteten, "die Jahresgesamtabrechnung 1983 und im Anschluß daran die Jahreseinzelabrechnungen für 1983 neu nach den Grundsätzen einer geordneten einfachen Einnahmen/ Ausgaben-Abrechnung und nach den Abrechnungsbestimmungen der TE/GO zu erstellen."

Die Vollstreckungsschuldner legten der Versammlung der Wohnungs- und Teilerbbauberechtigten am 02.05.1985 eine neue Jahresabrechnung für 1983 zur Beschlußfassung vor, die mit Mehrheit gebilligt wurde. Auf Antrag von 42 Wohnungserbbauberechtigten erklärte das Amtsgericht mit Beschluß vom 02.06.1986 den Beschluß der Wohnungs- und Teilerbbauberechtigten über die Jahresabrechnung 1983 und die Entlastung der Antragsgegner als Verwalter für ungültig. Das Landgericht wies mit Beschluß vom 17.11.1986 (Az. 1 T 12131/86) die sofortige Beschwerde der Antragsgegner zurück und führte zur Begründung im wesentlichen aus, die Beschlüsse der Wohnungs- und Teilerbbauberechtigten über die Jahresabrechnung und die Verwalterentlastung seien schon deshalb für ungültig zu erklären, weil die Antragsgegner als Gesellschaft bürgerlichen Rechts nicht hätten zu Verwaltern bestellt werden können; außerdem fehle den Beschlüssen die erforderliche Mehrheit der Stimmen, da die Antragsgegner wegen § 25 Abs.5 WEG nicht hätten mit abstimmen dürfen.

Nach Zustellung je einer vollstreckbaren Ausfertigung des Vergleichs vom 26.02.1985 an die beiden Vollstreckungsschuldner hat der Vollstreckungsgläubiger mit der Begründung, auch die am 02.05.1985 vorgelegte Jahresabrechnung 1983 entspreche nicht den Vorschriften der Teilungserklärung und Gemeinschaftsordnung, am 18.06.1986 beim Amtsgericht beantragt, ihn zu ermächtigen, auf Kosten der Antragsgegner eine den Abrechnungsbestimmungen der Teilungserklärung und Gemeinschaftsordnung für die Wohnungseigentumsanlage entsprechende Jahresgesamtabrechnung mit Jahreseinzelabrechnungen für das Jahr 1983 nach den Grundsätzen einer geordneten einfachen Einnahmen/Ausgaben-Abrechnung zu erstellen, und dem Antragsgegner aufzugeben, auf die hierdurch entstehenden Kosten einen Vorschuß von DM 2.500.- an ihn zu bezahlen.

Das Amtsgericht hat den Antrag mit Beschluß vom 06.04.1987 zurückgewiesen, weil die Vollstreckungsschuldner angesichts der rechtskräftigen Entscheidung des Landgerichts vom 17.11.1986 nicht am Vergleich festgehalten werden und mangels wirksamer Verwalterbestellung gar keine Verwalterabrechnung erstellen könnten.

Auf sofortige Beschwerde des Vollstreckungsgläubigers hat das Landgericht den Beschluß des Amtsgerichts aufgehoben (Nr. I) und die Sache an das Amtsgericht zurückverwiesen (Nr. II).

Mit der sofortigen weiteren Beschwerde erstrebt der Vollstreckungsschuldner zu 2 die Wiederherstellung des amtsgerichtlichen Beschlusses.

Die Vollstreckungsschuldnerin zu 1 hat vor dem Amtsgericht erklärt, sie habe dem Antrag des Vollstreckungsgläubigers nichts entgegenzusetzen, halte aber den beantragten Vorschuß von 2.500 DM für zu hoch.

## II.

Zur Entscheidung über das Rechtsmittel ist das Bayerische Oberste Landesgericht zuständig, weil Ausgangsgericht gemäß § 887 Abs. 1 ZPO das Wohnungseigentumsgericht als Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist (BayObLGZ 1983, 14). Das gemäß § 45 Abs. 3 WEG, §§ 793, 568 ZPO zulässige Rechtsmittel ist überwiegend erfolglos; das Landgericht hat lediglich zu Unrecht die Sache an das Amtsgericht zurückverwiesen. Die beantragte Ermächtigung zur Ersatzvornahme ist gerechtfertigt.

### 1. Das Landgericht hat ausgeführt:

Entgegen der Auffassung des Amtsgerichts sei der Vergleich vom 26.02.1985 wirksam und damit ein geeigneter Titel für die Zwangsvollstreckung. Der Vergleich sei weiterhin wirksam, weil auch bei einem unterstellten Wegfall der Geschäftsgrundlage ein Festhalten der Beteiligten daran keine unzumutbare Härte sei. Die Vollstreckungsschuldner seien jedenfalls, unabhängig von der Wirksamkeit ihrer Bestellung nach § 26 WEG, jahrelang als Verwalter tätig gewesen und daher nach § 681 Satz 2 BGB in Verbindung mit §§ 666, 259 BGB ebenso zur Rechenschaft und Auskunft verpflichtet wie der Verwalter nach § 28 WEG in Verbindung mit § 259 BGB. Damit habe sich an den tatsächlichen Verhältnissen im Vergleich zum Zeitpunkt des Vergleichsabschlusses allenfalls hinsichtlich der Art der Abrechnung etwas geändert, nicht jedoch hinsichtlich der von beiden Seiten zugrundegelegten Verpflichtung der Vollstreckungsschuldner zur Abrechnung. Auch ohne die unmittelbare Geltung von § 28 Abs. 3 WEG seien die

Vollstreckungsschuldner aufgrund ihrer jahrelangen faktischen Tätigkeit als Verwalter gemäß § 242 BGB verpflichtet, die nach §§ 666, 259 BGB geschuldete Rechnungslegung in der Form vorzunehmen, wie sie ein Verwalter nach § 28 Abs.3 WEG durchzuführen habe. Der Vergleich konkretisiere demnach lediglich eine ohnehin bestehende Verpflichtung der Vollstreckungsschuldner. Ob die Wohnungs- und Teilerbbauberechtigten dann verpflichtet seien, die von einem Nichtverwalter aufgestellte Jahresabrechnung nebst Einzelabrechnungen zu genehmigen, sei eine Frage, die die Wirksamkeit des Vergleichs nicht berühre. Der Vergleich habe auch einen vollstreckungsfähigen Inhalt. Es seien auch die übrigen Voraussetzungen einer Zwangsvollstreckung erfüllt. Insbesondere könne die Vollstreckung nach § 887 ZPO erfolgen.

Ob der Antrag auf Ermächtigung zur Ersatzvornahme sachlich begründet sei, habe das Amtsgericht zu ermitteln und zu entscheiden. Wegen des Verlustes einer Tatsacheninstanz für die Beteiligten sei daher das Verfahren an das Amtsgericht zurückzuverweisen.

2. Soweit das Landgericht den Beschluß des Amtsgerichts aufgehoben hat, ist seine Entscheidung richtig; zu Unrecht hat es jedoch die Sache an das Amtsgericht zurückverwiesen.

a) Der gerichtliche Vergleich vom 26.02.1985 ist nach §§ 30 Abs. 3, 45 Abs. 3 WEG als Vollstreckungstitel geeignet. Wie das Landgericht mit zutreffender Begründung dargelegt hat, ist der Vergleich nicht unwirksam. Ob der Vergleich wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage gegenstandslos oder anpassungsbedürftig geworden ist, ist im Vollstreckungsverfahren nicht zu prüfen. Im übrigen hat der Beschluß des Landgerichts vom 17.11.1986 (Az. 1 T 12131/86) mit Rechtskraftwirkung nur darüber entschieden, daß die Beschlüsse der Wohnungs- und Teilerbbauberechtigten vom 2.5.1985 über die Jahresabrechnungen 1983 und 1984 und über die Entlastung der Vollstreckungsschuldner ungültig sind. Die rechtliche Begründung des Landgerichts dafür ist nicht in Rechtskraft erwachsen.

b) Vom Vollstreckungsschuldner wird auch keine rechtlich unmögliche Handlung verlangt. Die Aufstellung einer Jahresabrechnung mit Einzelabrechnung ist keine höchstpersönliche Leistung, die nur vom wirksam bestellten Verwalter erbracht werden könnte. Vielmehr ist dies jedem möglich, der über die nötigen Kenntnisse, die Gemeinschaftsordnung und die im betreffenden Jahr angefallenen Zahlungsbelege verfügt.

Demnach handelt es sich bei der zu vollstreckenden Verpflichtung des Vollstreckungsschuldners zu 2 um eine vertretbare Handlung, die nach § 887 ZPO durch Ersatzvornahme zu vollstrecken ist. Das ergibt sich auch aus der herrschenden Rechtsprechung, daß bei einem Verwalterwechsel zum Jahresende nicht der alte, sondern der neue Verwalter die Jahresabrechnung für das verflossene Jahr zu fertigen hat (OLG Stuttgart Justiz 1980, 278; OLG Köln NJW 1986, 328; OLG Hamburg OLGZ 1987, 188). Diese Rechtsprechung setzt voraus, daß die Jahresabrechnung auch von jemand anderem angefertigt werden kann als dem, über dessen Tätigkeit abgerechnet werden soll (so ausdrücklich OLG Stuttgart, OLG Köln, OLG Hamburg, jeweils a.a.O.). In seinem Beschluß vom 04.10.1984 (DWE 1985, 58) hat sich der Senat mit dieser Frage nicht näher befaßt. Dort ging es nicht um die Frage, ob eine Verurteilung zur Abrechnung nach § 887 ZPO oder nach § 888 ZPO zu vollstrecken ist, sondern allein um das Problem, ob bei einem Eigentümerwechsel während des Abrechnungszeitraums zwei getrennte Einzelabrechnungen vorzulegen sind.

Das Landgericht ist deshalb zutreffend zu dem Ergebnis gelangt, daß keine Vollstreckungshindernisse bestehen.

c) Für die Zurückverweisung der Sache an das Amtsgericht gibt es allerdings keine Rechtsgrundlage. Nach § 575 ZPO ist nach allgemeiner Meinung eine Zurückverweisung nur dann zulässig, wenn dem unteren Gericht ein schwerer Verfahrensverstoß unterlaufen ist (Thomas/Putzo ZPO 15.Aufl. Anm.2, Baumbach/Albers ZPO 46.Aufl. Anm.2, Zöller/Schneider ZPO 15.Aufl. Rn.12 und 13, Stein/Jonas/Grunsky ZPO 20.Aufl. Rn.4, Wieczorek ZPO 2.Aufl. Anm.B I a 2, jeweils zu § 575). Dies ist hier nicht der Fall.

3. Da der Antrag des Vollstreckungsgläubigers in der Sache entscheidungsreif ist, kann der Senat selbst darüber befinden. Der Antrag ist begründet. An dieser Entscheidung ist der Senat durch das Verschlechterungsverbot, das auch im Beschwerdeverfahren gilt, nicht gehindert; denn das Landgericht hat mangels einer Entscheidung in der Sache dem Vollstreckungsschuldner zu 2 nichts gewährt, was ihm der Senat wieder nehmen würde. Wenn der Vollstreckungsschuldner zu 2 gegen den Beschluß des Landgerichts keine sofortige weitere Beschwerde eingelegt hätte, wäre es zulässig, daß das Amtsgericht den Vollstreckungsgläubiger zur Ersatzvornahme ermächtigt (Stein/Jonas/Grunsky § 536 Rn.4; vgl. zu einer ähnlichen Verfahrensgestaltung auch BayObLGZ 1979, 414 f.).

Die Verfahrensvoraussetzungen für eine Zwangsvollstreckung liegen vor, da eine vollstreckbare Ausfertigung des Vergleichs an beide Vollstreckungsschuldner zugestellt worden ist. Erfüllung des Vergleichs hat keiner der Vollstreckungsschuldner behauptet. Im Beschlußanfechtungsverfahren, das zum Beschluß des Landgerichts vom 17.11.1986 (Az. 1 T 12131/86) führte, hat der Vollstreckungsschuldner zu 2 im Gegenteil vortragen lassen, es sei richtig, daß die vorgelegten Abrechnungen den Bestimmungen der Teilungserklärung nicht entsprechen. Er hat sich in jenem Verfahren lediglich darauf berufen, daß die Abrechnungen jahrelang anders gestaltet und von den Erbbauberechtigten gebilligt worden seien. Darauf kommt es hier aber nicht an, weil sich die Vollstreckungsschuldner in dem gerichtlichen Vergleich ausdrücklich zur Erstellung der Jahresabrechnung nach den Bestimmungen der Teilungserklärung/Gemeinschaftsordnung verpflichtet haben.

Als Vorauszahlung auf die Kosten der Ersatzvornahme, die die Vollstreckungsschuldner nach § 887 Abs.2 ZPO zu leisten haben, erscheint dem Senat vorläufig ein Betrag von 2.000 DM ausreichend. Das Recht zur Nachforderung wird dem Vollstreckungsgläubiger von § 887 Abs.2 ZPO ausdrücklich eingeräumt.

4. Die Kosten des Erstbeschwerdeverfahrens haben die Vollstreckungsschuldner nach § 788 Abs.1 ZPO zu tragen (Thomas/Putzo § 788 Anm.5 a a.E.); für die Kosten der sofortigen weiteren Beschwerde gilt § 92 Abs.2 ZPO.

Der Wert des Gegenstands der sofortigen weiteren Beschwerde wird gemäß § 25 Abs.1 Satz 1, § 12 Abs.1 GKG, § 3 ZPO in Übereinstimmung mit dem Landgericht auf 2.500 DM festgesetzt.