

# Oberlandesgericht Hamm

## Beschluss

§§ 858, 862, 938 BGB, 24 NachbG NRW

- 1. § 24 NachbG NRW stellt keine gesetzliche Gestattung der Besitzstörung im Sinne von § 858 BGB dar; andere Einreden können dem Besitzschutzanspruch gem. § 863 BGB grundsätzlich nicht entgegengehalten werden, es sei denn, die einredeweise geltend gemachten Ansprüche sind titulierte.**
- 2. Das in § 24 NachbG NRW normierte Hammerschlags- und Leiterrecht berechtigt nicht zur Selbsthilfe und kann dem Besitzschutz nur dann entgegengehalten werden, wenn insoweit ein Titel erstritten wurde (OLG Düsseldorf, Urt. v. 17.07.2000 - 9 U 112/00 - zitiert nach juris; KG, Urt. v. 26.08.1976 - 22 U 1386/76 - OLGZ 1977, 448; Palandt/Bassenge, 2011, § 858 BGB Rn. 6; Münchener Kommentar/Joost, 2009, § 858 BGB Rn. 8; Staudinger/Bund, 2007, § 858 BGB Rn. 28; Grziwotz/Lüke/Saller, Praxishandbuch Nachbarrecht, 2005, 4. Teil, Rn. 129).**

OLG Hamm, Beschluss vom 13. Oktober 2011, Az.: I-5 W 48/11

### **Tenor:**

Auf die sofortige Beschwerde der Verfügungskläger wird der Beschluss der 1. Zivilkammer des Landgerichts Essen vom 04.05.2011 abgeändert.

Die Kosten des erstinstanzlichen Rechtsstreits und die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden der Verfügungsbeklagten auferlegt.

Der Beschwerdewert wird auf bis zu 3.000,00 € festgesetzt.

## **Entscheidungsgründe:**

I.

Wegen des Sachverhalts wird zunächst Bezug genommen auf die Darstellung im angefochtenen Beschluss.

Mit Schreiben vom 21.04.2011 hatte die Verfügungsbeklagte dem Rechtsanwalt der Verfügungskläger unter anderem Folgendes mitgeteilt:

"Während der laufenden Abrissarbeiten (ab dem 27.04.2011) kann das Betreten des Grundstücksbereichs an der Grenz wand aus Sicherheitsgründen nicht gestattet werden. Wir empfehlen ihrer Mandantschaft dringend einen Sicherheitsabstand von mindestens 10 m einzuhalten."

In ihrem am 27.04.2011 beim Landgericht Essen eingegangenen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung haben sie den Antrag angekündigt, der Antragsgegnerin einstweilen zu untersagen, den Besitz der Antragsteller an den Grundstücken ...str. 5, 7, 9 und 11 in ..... F durch das Abbrechen oder Abbrechenlassen der Außenwand des Gebäudes zu beeinträchtigen, die sich auf der Grenze zwischen dem Grundstück ...str. 62-64 und den Grundstücken ...str. 5, 7, 9 und 11 befindet.

Am 03.05.2011 wurde die streitgegenständliche Mauer auf Veranlassung der Verfügungsbeklagten abgerissen, ohne dass es zu wesentlichen Schäden an den Grundstücken der Verfügungskläger kam. Die Mauer fiel auf das Grundstück der Verfügungsbeklagten. In der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht am 04.05.2011 haben die Parteien den Rechtsstreit übereinstimmend für erledigt erklärt.

Das Landgericht hat die Kosten des Rechtsstreits den Verfügungsklägern auferlegt. Der gestellte Antrag sei auch unter Berücksichtigung von § 938 Abs. 1 ZPO nicht hinreichend bestimmt. Ein auf Untersagung des Abrisses gerichteter Verfügungsanspruch bestehe nicht. Auf Grundlage des glaubhaft gemachten Grenzverlaufs habe die abgerissene Wand im Alleineigentum der Verfügungsbeklagten gestanden, die damit habe verfahren können, wie sie wolle. Es beständen Bedenken am Vorliegen einer verbotenen Eigenmacht, da den Verfügungsklägern lediglich während des Abrisses die Nutzung ihres angrenzenden Grundstücks faktisch verwehrt sei. Dies müssten die Verfügungskläger aber nach § 24 NachbG NRW dulden, was die Verfügungsbeklagte zu Recht einredeweise geltend gemacht habe.

Hiergegen wenden sich die Verfügungskläger mit ihrer zulässigen sofortigen Beschwerde vom 30.05.2011. Der Antrag bezeichne die zu unterlassende Handlung so genau wie möglich. In dem am 21.04.2011 ausgesprochenen Nutzungsverbot liege eine verbotene Eigenmacht, die auch nicht gerechtfertigt sei.

## II.

Die sofortige Beschwerde ist begründet. Die Kosten des Rechtsstreits sind unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes nach billigem Ermessen gem. § 91a ZPO der Verfügungsbeklagten aufzuerlegen, da diese nach bisherigem Sachstand, hätte sich das einstweilige Verfügungsverfahren nicht erledigt, unterlegen wäre und auch keine Billigkeitsgesichtspunkte für eine von den Erfolgsaussichten der Hauptsache abweichende Kostenverteilung sprechen.

Der erstinstanzliche Antrag war insbesondere unter Berücksichtigung von § 938 BGB noch hinreichend bestimmt. Dass die Verfügungskläger trotz der insoweit vielleicht etwas unglücklichen Formulierung des Antrags nicht die Unterlassung des Abbruchs, sondern einer damit ggf. einhergehenden Besitzstörung begehren, ist dem Vortrag (insbesondere S. 2 des Schriftsatzes vom 02.05.2011) zu entnehmen; die in diesem Schriftsatz ebenfalls vorgetragene angebliche Eigentumsverletzung findet hingegen im gestellten Antrag keinen Niederschlag. Zum anderen liegt es in der Natur des Unterlassungsanspruchs, dass er nur schwer zu fassen ist, zumal grundsätzlich der Störer entscheidet, durch welche konkrete Maßnahme er die Unterlassung bewirkt.

Auch bestand auf glaubhaft gemachter Tatsachengrundlage ein Verfügungsanspruch gem. § 862 BGB. Dass es bis zur Einreichung des auf Erlass einer einstweiligen Verfügung gerichteten Schriftsatzes zu keiner Besitzstörung gekommen war, ist insoweit ohne Bedeutung. Ein Unterlassungsantrag besteht nicht nur bei Wiederholungsfahr, also bei bereits erfolgter Beeinträchtigung, sondern auch bei einer erstmals drohenden Störung (Palandt/Bassenge, 2011, § 862 BGB Rn. 9). Eine solche Störung war angedroht worden durch das oben zitierte Schreiben vom 21.04.2011.

Im Rahmen der Prüfung, ob eine Besitzstörung drohte, ist grundsätzlich eine ex ante-Perspektive einzunehmen. Auch nach nochmaliger Überprüfung der in der Verfügung vom 17.08.2011 geäußerten Auffassung bleibt das Beschwerdegericht dabei, dass sich hinreichend konkrete Anhaltspunkte für eine drohende Besitzstörung aus der zitierten Passage des Schreibens der Prozessbevollmächtigten der Verfügungsbeklagten vom 21.04.2011 ergaben.

Auch wenn dieses Schreiben für sich genommen nach seiner Natur noch nicht körperlich auf den Besitz der Verfügungskläger einwirken konnte, ergab sich hieraus die konkrete Gefahr einer solchen körperlichen und nicht einer rein psychischen Beeinträchtigung. Entgegen den Ausführungen der Verfügungsbeklagten ist dem Schreiben auch nicht zu entnehmen, dass hier nur aus äußerster Vorsicht ein Hinweis erteilt worden wäre. Diese nunmehr vertretene Auffassung lässt sich auch schwerlich damit vereinbaren, dass die Verfügungsbeklagte ausweislich ihrer Ausführungen in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht Beobachter einsetzte, um sicherzustellen, dass sich keine Person im Bereich der Abbrucharbeiten aufhielt. Auch im Schreiben vom 25.03.2011 (Bl. 127 d.A.) hatte die Verfügungsbeklagte darauf hingewiesen, dass zur Entfernung der Grenzwand ein ca. 2 m breiter Streifen des angrenzenden Grundstücks in Anspruch genommen werden müsse. All dies zeigt, dass auch die Verfügungsbeklagte konkret von der Gefahr einer Beeinträchtigung des Besitzes an den Grundstücken der Beklagten ausging. Darauf, ob es tatsächlich zu einer Beeinträchtigung kam, kommt es nicht an.

Schließlich kann sich die Verfügungsbeklagten gegen den Besitzschutzanspruch auch nicht auf einen Duldungsanspruch aus § 24 NachbG NRW berufen. Er stellt keine gesetzliche Gestattung der Besitzstörung im Sinne von § 858 BGB dar; andere Einreden können dem Besitzschutzanspruch gem. § 863 BGB grundsätzlich nicht entgegengehalten werden, es sei denn die einredeweise geltend gemachten Ansprüche sind titulierte.

Es entspricht der nahezu einhelligen, in jedem Fall aber der herrschenden Meinung, dass das in § 24 NachbG NRW normierte Hammerschlags- und Leiterrecht nicht zur Selbsthilfe berechtigt und dem Besitzschutz nur dann entgegengehalten werden kann, wenn insoweit einen Titel erstritten wurde (OLG Düsseldorf, Urt. v. 17.07.2000 - 9 U 112/00 - zitiert nach juris; KG, Urt. v. 26.08.1976 - 22 U 1386/76 - OLGZ 1977, 448; Palandt/Bassenge, 2011, § 858 BGB Rn. 6; Münchener Kommentar/Joost, 2009, § 858 BGB Rn. 8; Staudinger/Bund, 2007, § 858 BGB Rn. 28; Grziwotz/Lüke/Saller, Praxishandbuch Nachbarrecht, 2005, 4. Teil, Rn. 129; Seidel, Öffentlichrechtlicher und privatrechtlicher Nachbarschutz, 2000, Rn. 932 a.E.; Horst, Rechtshandbuch Nachbarrecht, 2006, Rn. 1480; anders nur Dehner, Nachbarrecht, Stand Juli 2011 A § 6 zu Ziffer 7. (S. 10)). Das Beschwerdegericht schließt sich dieser Rechtsauffassung an.

Entgegen der Rechtsauffassung der Verfügungsbeklagten steht dem auch nicht das Urteil des Landgerichts Kiel vom 30.10.1990 (2 O 427/90, BauR 1991, 380) entgegen, das ausdrücklich darauf hinweist, dass "der Berechtigte das Nachbargrundstück nicht eigenmächtig benutzen darf, seinen Duldungsanspruch vielmehr einklagen muss", worauf es nach der

Entscheidung allein deshalb nicht ankommen soll, weil im dort streitgegenständlichen Verhalten des Berechtigten keine verbotene Eigenmacht liege. Nichts anderes besagt auch die ebenfalls in Bezug genommene Entscheidung des Landgerichts Duisburg (Beschl. v. 09.10.2008 - 3 O 449/06 - zitiert nach juris): Auch hier soll in der eigenmächtigen Inanspruchnahme des Luftraums keine verbotene Eigenmacht liegen.

Die Argumentation der Verfügungsbeklagten, die dargestellte Rechtsauffassung sei nicht mit der im Nachbarrecht normierten Anzeigepflicht in Einklang zu bringen, greift zu kurz und berücksichtigt nicht die dargestellten bundesrechtlichen Besonderheiten des Besitzschutzrechtes. Wenn aber die gesetzliche Systematik des Besitzschutzrechtes das Erfordernis eines Titels vorsieht, kann ein Bestehen hierauf - auch wenn es mit dem praktischen Bedürfnissen des bauwilligen Nachbarn schwer in Einklang zu bringen sein mag - nicht rechtsmissbräuchlich sein. Die insoweit vom Landgericht Duisburg in dem oben zitierten Beschluss formulierte Rechtsauffassung ist nicht nachvollziehbar und wird auch dort nicht begründet.

Es bestand auch ein Verfügungsgrund, da die angekündigte verbotene Eigenmacht unmittelbar bevorstand - die Abrissarbeiten sollten am 27.04.2011 beginnen - und eine anderweitige Abwehrmöglichkeit nicht zu erkennen ist.

Die Kostenentscheidung für das Beschwerdeverfahren beruht auf § 97 ZPO.

Der Beschwerdewert wurde entsprechend der Kostenlast festgesetzt, deren Tragung die Verfügungskläger mit der sofortigen Beschwerde abwenden wollen: Gerichtskosten: 3 x 136 €, außergerichtliche Kosten: (5,7 x 338 € + 2 x 20 €) x 1,19.