

17 S 49/23

18 C 25/22  
Amtsgericht Unna



## Landgericht Dortmund

### IM NAMEN DES VOLKES

#### Urteil

In dem Rechtsstreit

der S. Immobilien UG haftungsbeschränkt, vertreten durch die  
Geschäftsführer und

Klägerin, Berufungsklägerin und Berufungsbeklagten,

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte

gegen

die Wohnungseigentümergeinschaft Unna, vertr. d.  
d. Verw. Fa., d. vertr. d. d. Vorstand

Beklagte, Berufungsklägerin und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigter: Herr Rechtsanwalt Frank Dohrmann,  
Essener Str. 89, 46236 Bottrop,

hat die 17. Zivilkammer des Landgerichts Dortmund  
auf die mündliche Verhandlung vom 18.08.2023  
durch den Vizepräsidenten des Landgerichts von der Beeck, die Richterin am  
Landgericht Regeniter und den Richter am Landgericht Dr. Wiethoff  
für Recht erkannt:

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 29.03.2023 verkündete Urteil des Amtsgerichts Unna teilweise abgeändert und – unter Zurückweisung der weitergehenden Berufung der Klägerin und der Berufung der Beklagten – zur Klarstellung insgesamt wie folgt neu gefasst:

Der Beschluss der Wohnungseigentümerversammlung der Beklagten vom 24.10.2022 zu TOP 2.), „Beauftragung der Firma S..., Angebot Nr. 3992, über die Erneuerung der Fenster in der WE H... (Küche und Arbeitszimmer)“ wird für ungültig erklärt.

Es wird festgestellt, dass der Beschluss der Wohnungseigentümerversammlung der Beklagten vom 24.10.2022 zu TOP 4.), „Änderung der Teilungserklärung analog zu den tatsächlichen Gegebenheiten bezüglich des Garagenhofes und der Nutzung der Gärten im EG zum jetzigen Zeitpunkt“ nichtig ist.

Im Wege der Beschlussersetzung gilt als beschlossen:

Der Verwalter wird ermächtigt und beauftragt, im Namen der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer M... Unna, gegen die Wohnungseigentümer S... und E... Klage zu erheben mit dem Ziel, dass diese den übrigen Wohnungseigentümern Mitbesitz einräumen an der im Gemeinschaftseigentum der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer M... Unna, stehenden umzäunten Fläche, die südlich an die dem Sondernutzungsrecht der Eigentümer B... unterliegenden Garten- und Terrassenfläche angrenzt.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz tragen zu 30 % die Klägerin und zu 70 % die Beklagte. Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen zu 75 % die Klägerin und zu 25 % die Beklagte.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

### Gründe:

#### I.

Wegen des erstinstanzlichen Sachverhalts sowie der erstinstanzlich gestellten Anträge wird auf den Tatbestand der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen.

Das Amtsgericht Unna hat mit dem am 29.03.2023 verkündeten Urteil der Beschlussanfechtungsklage hinsichtlich des in der Eigentümerversammlung vom 24.10.2022 zu TOP 2.) gefassten Beschlusses stattgegeben und – entsprechend dem Anerkenntnis der Beklagten – festgestellt, dass der in der Eigentümerversammlung vom 24.10.2022 zu TOP 4.) gefasste Beschluss nichtig ist. Den Beschlusseretzungsanträgen hat das Amtsgericht dagegen nur teilweise – unter Abweisung der weitergehenden Klage – mit folgendem Tenor stattgegeben:

Es gilt als beschlossen: Die Eigentümer werden auf der nächsten Eigentümerversammlung darüber beschließen, ob die an das Sondernutzungsrecht der Eigentümer S... und E... B... (Terrasse und Gartenfläche im Erdgeschoss rechts) angrenzende, eingezäunte Gemeinschaftsfläche, soweit keine Sondernutzungsrechte anderer Eigentümer betroffen sind, den Eigentümern B... und/oder deren Mietern, gegen eine ortsübliche Miete zur Miete angeboten werden soll. Für den Fall, dass ein solches Angebot nicht erfolgen soll oder das Angebot abgelehnt wird, wird der Verwalter beauftragt und bevollmächtigt, im Namen der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer gegen die Miteigentümer B... Klage zu erheben, die darauf gerichtet ist, der Klägerin den Mitbesitz an der eingezäunten, im Gemeinschaftseigentum stehenden Fläche, soweit keine Sondernutzungsrechte betroffen sind, einzuräumen. Der Verwalter wird für diesen Fall ermächtigt und beauftragt, einen mit dem Wohnungseigentumsrecht vertrauten Rechtsanwalt mit der Erhebung der Klagen zu beauftragen; die genaue Formulierung der Klageanträge bleibt dem zu beauftragenden Rechtsanwalt vorbehalten.

Wegen der Begründung wird auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

Mit ihren jeweils form- und fristgerecht eingelegten Berufungen wenden sich die Parteien gegen die amtsgerichtliche Entscheidung über die Beschlusseretzungsanträge.

Die Klägerin verfolgt mit ihrer Berufung insoweit ihre erstinstanzlich gestellten Anträge weiter und wiederholt im Kern die erstinstanzlichen Argumente. Wegen der Einzelheiten der Berufungsangriffe wird auf die Berufungsbegründung der Klägerin vom 30.06.2023 verwiesen.

Die Klägerin beantragt,

I.

das Urteil des Amtsgerichts Unna vom 29.03.2023, Az. 18 C 25/22, soweit darin erkannt wurde, dass als beschlossen gilt

*„Die Eigentümer werden auf der nächsten Eigentümerversammlung darüber beschließen, ob die an das Sondernutzungsrecht der Eigentümer S. und E. B. (Terrasse und Gartenfläche im Erdgeschoss rechts) angrenzende, eingezäunte Gemeinschaftsfläche, soweit keine Sondernutzungsrechte anderer Eigentümer betroffen sind, den Eigentümern B. und/oder deren Mietern, gegen eine ortsübliche Miete zur Miete angeboten werden soll. Für den Fall, dass ein solches Angebot nicht erfolgen soll oder das Angebot abgelehnt wird, wird der Verwalter beauftragt und bevollmächtigt, im Namen der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer gegen die Miteigentümer B. Klage zu erheben, die darauf gerichtet ist, der Klägerin den Mitbesitz an der eingezäunten, im Gemeinschaftseigentum stehenden Fläche, soweit keine Sondernutzungsrechte betroffen sind, einzuräumen. Der Verwalter wird für diesen Fall ermächtigt und beauftragt, einen mit dem Wohnungseigentumsrecht vertrauten Rechtsanwalt mit der Erhebung der Klagen zu beauftragen; die genaue Formulierung der Klageanträge bleibt dem zu beauftragenden Rechtsanwalt vorbehalten.“*

abzuändern und im Wege der Beschlussersetzung zu beschließen:

1.

a)

Der Verwalter wird ermächtigt und beauftragt, im Namen der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer M. Unna, gegen die Miteigentümer S. und E. B. Klage zu erheben mit dem Ziel, die Umzäunung einschließlich der Befestigungselemente und der Randsteine auf dem Gemeinschaftseigentum der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer M. Unna, stehenden Fläche sowie die eingezäunte Fläche, soweit nicht Sondernutzungsrechte an Kfz-Stellplätzen betroffen sind, zu räumen und geräumt an die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer, hilfsweise an alle Miteigentümer, herauszugeben;

b)

Der Verwalter wird ermächtigt und beauftragt, im Namen der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer M: Unna, gegen die Miteigentümerin Anna Möller Klage zu erheben mit dem Ziel, ihre auf der im Gemeinschaftseigentum der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer Mr Unna, stehende Garage zu beseitigen, diese Fläche zu räumen und geräumt an die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer, hilfsweise an alle Miteigentümer, herauszugeben;

c)

Der Verwalter wird ermächtigt und beauftragt, im Namen der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer M Unna, gegen den Miteigentümer N H Klage zu erheben mit dem Ziel, seine auf der im Gemeinschaftseigentum der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer M: Unna, stehende Garage zu beseitigen, diese Fläche zu räumen und geräumt an die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer, hilfsweise an alle Miteigentümer, herauszugeben;

2.

hilfsweise,

der Verwalter wird ermächtigt und beauftragt, gegen die Miteigentümer unter 1a) bis 1c) gerichtlich feststellen zu lassen, dass die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer M: Unna, berechtigt ist, die unter Ziffer 1a) bis 1c) aufgeführten Maßnahmen selbst durchzuführen;

3.

Der Verwalter wird ermächtigt und beauftragt, einen mit dem Wohnungseigentumsrecht vertrauten Rechtsanwalt mit der Erhebung der Klage zu beauftragen; die genaue Formulierung der Klageanträge bleibt dem zu beauftragenden Rechtsanwalt vorbehalten;

II.

die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Amtsgerichts Unna vom 29.03.2023, Az. 18 C 25/22, zurückzuweisen.

Die Beklagten beantragen,

1.

den Klageantrag zu 3. (Beschlussersetzungsklage), wonach die Eigentümer verpflichtet wurden, auf der nächsten Eigentümerversammlung darüber zu beschließen, ob die an das Sondernutzungsrecht der Eigentümer S und E: B: (Terrasse und Gartenfläche im Erdgeschoss rechts)

angrenzende, eingezäunte Gemeinschaftsfläche, soweit keine Sondernutzungsrechte anderer Eigentümer betroffen sind, den Eigentümern B... und/oder deren Mietern, gegen eine ortsübliche Miete zur Miete angeboten werden soll. Für den Fall, dass ein solches Angebot nicht erfolgen soll oder das Angebot abgelehnt wird, wird der Verwalter beauftragt und bevollmächtigt, im Namen der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer gegen die Miteigentümer B... Klage zu erheben, die darauf gerichtet ist, der Klägerin den Mitbesitz an der eingezäunten, im Gemeinschaftseigentum stehenden Fläche, soweit keine Sondernutzungsrechte betroffen sind, einzuräumen. Der Verwalter wird für diesen Fall ermächtigt und beauftragt, einen mit dem Wohnungseigentumsrecht vertrauten Rechtsanwalt mit der Erhebung der Klagen zu beauftragen, die genaue Formulierung der Klageanträge bleibt dem zu beauftragenden Rechtsanwalt vorbehalten, abzuweisen;

2.

die Berufung der Klägerin kostenpflichtig zurückzuweisen.

Die Beklagte verfolgt mit ihrer Berufung unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens die vollständige Klageabweisung. Wegen der Einzelheiten wird auf die Berufungsbegründung der Beklagten vom 19.04.2023 Bezug genommen.

## II.

Die zulässigen Berufungen haben in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang Erfolg.

1.

Die Beschlusseretzungsanträge der Klägerin sind zulässig, aber nur teilweise begründet.

a)

Das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis der Klägerin ist gegeben. Bei einer Beschlusseretzungsklage (§ 44 Abs. 1 S. 2 WEG), wie hier vorliegend, ist ein Rechtsschutzbedürfnis grundsätzlich nur dann anzunehmen, wenn sich der Kläger vor der Anrufung des Gerichts im Rahmen des Zumutbaren um eine Beschlussfassung bemüht hat (Bärmann/Göbel, 15. Aufl. 2023, WEG § 44 Rn. 90; MüKoBGB/Hogenschurz, 9. Aufl. 2023, WEG § 44 Rn. 31). Eine solche Vorbefassung ist hier erfolgt. Über die wortgleichen Beschlussanträge der Klägerin wurde in der Eigentümerversammlung vom 24.10.2022 zu TOP 4.1 abgestimmt.

b)

Die Beschlusseretzungsanträge haben jedoch nur teilweise in der Sache Erfolg.

Eine Beschlusseretzungsklage ist begründet, wenn der klagende Wohnungseigentümer einen Anspruch auf den seinem Rechtsschutzziel entsprechenden Beschluss hat, weil dann auch nur eine solche Beschlussfassung ordnungsmäßiger Verwaltung entspricht (BGH, Urteil vom 16.9.2022 – V ZR 69/21, NJW 2023, 63).

Dies ist hier der Fall, soweit die Klägerin begehrt, dass ein Anspruch auf Einräumung des Mitbesitzes an der eingezäunten Gemeinschaftsfläche gegenüber den Eigentümern B... gerichtlich durchgesetzt wird. Im Übrigen entspricht die von der Klägerin beehrte Beschlussfassung bzw. – ersetzung nicht ordnungsmäßiger Verwaltung.

Bei der rechtlichen Beurteilung war entgegen der Auffassung der Klägerin auf das neue, seit dem 1.12.2020 geltende Recht abzustellen. Denn im Rahmen der Beschlusseretzung ist rechtliche Beurteilungsgrundlage für die Prüfung, ob ein Anspruch auf die Beschlussfassung besteht, das im Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung geltende Recht. Dies ergibt sich für die Beschlusseretzungsklage schon daraus, dass entscheidend die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung ist (vgl. BGH, Urteil vom 16.09.2022 – V ZR 69/21, NJW 2023, 63; Urteil v. 25.02.2022 – V ZR 65/21).

aa)

Entgegen der Einschätzung des Beklagten ist das im Klageantrag zu 3a. genannte Klageziel bei verständiger Auslegung nicht nur auf eine Herausgabe der streitgegenständlichen Fläche, sondern auch auf eine Beseitigung der Umzäunung gerichtet. Dies wurde von der Klägerseite im Termin zur mündlichen Verhandlung auch ausdrücklich bestätigt.

(1)

Die Klägerin hat keinen Anspruch darauf, dass die Gemeinschaft die Eigentümer B... gerichtlich auf Beseitigung des streitgegenständlichen Zauns in Anspruch nimmt.

Nach Maßgabe des § 18 Abs. 2 Nr. 1 WEG hat jeder Wohnungseigentümer gegenüber der Gemeinschaft einen Anspruch auf ordnungsmäßige Verwaltung. Hier entspricht das verlangte gerichtliche Vorgehen gegen die Eigentümer B... jedoch nicht ordnungsmäßiger Verwaltung, da die gerichtliche Durchsetzung eines

Beseitigungsanspruchs diesen gegenüber nicht erfolgversprechend wäre. Zwar handelt es sich bei der auf der Gemeinschaftsfläche errichteten Umzäunung unzweifelhaft um eine bauliche Veränderung i. S. v. § 20 Abs. 1 WEG, die unzulässig ist, weil es an einem nach § 20 Abs. 1 WEG erforderlichen Gestattungsbeschluss fehlt. Trotz der danach gegebenen rechtswidrigen Eigentumsbeeinträchtigung kann von den Eheleuten B. nicht nach § 1004 Abs. 1 BGB die Beseitigung des Zauns verlangt werden. Die Eigentümer B. sind nicht als Handlungsstörer einzustufen, da der Zaun von den Voreigentümern errichtet wurde. Die Pflicht, eine widerrechtliche bauliche Veränderung zurückzubauen, geht (außer im Fall der hier nicht gegebenen Gesamtrechtsnachfolge) nicht auf einen Sonderrechtsnachfolger über (vgl. Hügel/Elzer, 3. Aufl. 2021, WEG § 20 Rn. 162-170, 165). Die Eigentümer B. sind vielmehr Zustandsstörer. Als solche sind sie jedoch grundsätzlich nicht selbst zur Beseitigung verpflichtet, sondern schulden regelmäßig nur die bloße Duldung der Beseitigung (durch den eigentlichen Störer oder durch die Gemeinschaft). Eine eigene Verpflichtung des Sonderrechtsnachfolgers, eine unzulässige bauliche Maßnahme des Rechtsvorgängers zu beseitigen, kommt nur im Einzelfall in Betracht, wenn der Sonderrechtsnachfolger auch selbst unmittelbarer oder mittelbarer Handlungsstörer ist, z.B. wenn er als vormaliger Mieter an der Maßnahme mitgewirkt hat (vgl. Bärmann/Dötsch, 15. Aufl. 2023, WEG § 20 Rn. 404 ff.; BeckOGK/Kempfle, 1.6.2023, WEG § 20 Rn. 266). Ein solcher Fall ist hier jedoch nicht gegeben, sodass es an einer Beseitigungspflicht der Eigentümer B. fehlt.

(2)

Allerdings entspricht es allein ordnungsmäßiger Verwaltung, dass die Gemeinschaft beschließt, die Eigentümer B. auf Einräumung des Mitbesitzes an der umzäunten Gemeinschaftsfläche gerichtlich in Anspruch zu nehmen.

Die gerichtliche Geltendmachung dieses Begehrens ist erfolgversprechend. Das Amtsgericht hat zu Recht einen Anspruch der übrigen Eigentümer auf Einräumung des Mitbesitzes an der Fläche aus § 985 BGB bejaht, da durch die nicht genehmigte Umzäunung des gemeinschaftlichen Eigentums den übrigen Eigentümern unberechtigt der Mitbesitz entzogen wird. Soweit die Beklagte anführt, dass durch die Gestattung einer baulichen Veränderung ein faktisches Sondernutzungsrecht begründet werden könne, führt dies schon deshalb nicht weiter, weil hier, wie dargelegt, schon kein wirksamer Gestattungsbeschluss vorliegt. Der Anspruch nach § 985 BGB unterliegt gemäß § 902 Abs. 1 BGB auch nicht der Verjährung.

Das Ermessen der Wohnungseigentümer, den Anspruch auf Einräumung des Mitbesitzes an der eingezäunten Gemeinschaftsfläche gerichtlich zu verfolgen, ist auch auf Null reduziert. Die Klägerin hat einen Anspruch gegenüber der Gemeinschaft, dass diese den Anspruch auf Einräumung des Mitbesitzes



durchzusetzen. Durch den Entzug des Mitbesitzes an dem gemeinschaftlichen Eigentum werden die Rechte der übrigen Eigentümer in relevanter Weise beeinträchtigt. Gewichtige Gründe, die der Verfolgung des Herausgabeanspruchs entgegenstehen, sind nicht ersichtlich. Eine Entscheidung der Wohnungseigentümer gegen die Inanspruchnahme der Eigentümer B<sub>1</sub> auf Einräumung des Mitbesitzes setzt voraus, dass sie ihr Ermessen ausgeübt, sich also ordnungsmäßiger Verwaltung entsprechende Alternativen zu dem Herausgabeverlangen bewusst gemacht und diese in eine Abwägungsentscheidung mit einbezogen haben (vgl. hierzu LG Frankfurt a. M., NZM 2021, 203). Offenbar ist dies nicht geschehen. Die Wohnungseigentümer haben sich gegen die Verfolgung des Herausgabeanspruchs und für die Beibehaltung des rechtswidrigen Zustandes entschieden, ohne Maßnahmen in Betracht zu ziehen, wie die eingezäunte Fläche im Interesse der Gemeinschaft genutzt werden kann. Dass rein theoretisch Alternativen denkbar wären, wie die Beklagte nunmehr im Berufungsverfahren anführt (wie z.B. eine turnusmäßige Nutzung) reicht nicht aus. Konkrete, praktikable Alternativen, die das Recht der übrigen Eigentümer zum Mitbesitz ausreichend berücksichtigen und ebenfalls ordnungsmäßiger Verwaltung entsprechen, sind weder ausreichend dargetan noch sonst ersichtlich. Insbesondere haben die Eigentümer B<sub>1</sub>; wie beide Parteien im Berufungsverfahren hervorgehoben haben, sich eindeutig positioniert, kein Entgelt für die alleinige Nutzung der eingezäunten Gemeinschaftsfläche zahlen zu wollen.

bb)

Soweit die Klägerin eine Inanspruchnahme des Eigentümers H<sub>1</sub> wegen der Beseitigung der von einem Voreigentümer errichteten Garage begehrt, scheidet dies daran, dass der Eigentümer H<sub>1</sub> – wie die Eigentümer B<sub>1</sub> – nur als Zustandsstörer einzuordnen ist und als solcher nicht selbst zur Beseitigung der Garage verpflichtet ist (vgl. oben).

cc)

Gegenüber der Eigentümerin M<sub>1</sub>, die ihre Garage selbst – ohne entsprechenden Gestattungsbeschluss – errichtet hat und somit als Handlungsstörer anzusehen ist, besteht dagegen prinzipiell ein Anspruch auf Beseitigung der unzulässigen baulichen Veränderung nach § 1004 Abs. 1 BGB. Es entspricht indes nicht ordnungsmäßiger Verwaltung, diesen Anspruch gegenüber der Eigentümerin M<sub>1</sub> durchzusetzen.

Zwar spricht vieles dafür, dass das Ermessen der Wohnungseigentümer, gegen eine rechtswidrige bauliche Veränderung vorzugehen, nicht erst dann auf Null reduziert ist, wenn die Genehmigung der baulichen Veränderung zumindest einmal zur Abstimmung der Wohnungseigentümer gestellt worden ist. So kann nach der Rechtsprechung des BGH jedenfalls einem Anspruch auf Unterlassen einer

baulichen Veränderung kein eventueller Anspruch auf Gestattung der baulichen Veränderung gem. § 20 Abs. 3 WEG nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) entgegengehalten werden. Es ist gerade Sache des bauwilligen Wohnungseigentümers, den gesetzlich geforderten Beschluss über die bauliche Veränderung herbeizuführen. Die übrigen Eigentümer sollen nicht in die Rolle gedrängt werden, auf die Erhebung einer Klage durch die GdWE hinwirken zu müssen (vgl. BGH, Urteil vom 17.03.2023 – V ZR 140/22).

Letztlich kann dieser Gesichtspunkt aber dahinstehen.

Denn die Inanspruchnahme der Eigentümerin M<sub>i</sub> entspricht jedenfalls deshalb nicht ordnungsmäßiger Verwaltung, weil der Beseitigungsanspruch gegen die Eigentümerin M<sub>i</sub> aus § 1004 Abs. 1 BGB nach der dreijährigen Regelverjährungsfrist gem. §§ 195, 199 BGB verjährt ist. Von einer Kenntnis ist spätestens seit dem außergerichtlichen Aufforderungsschreiben der Klägerin vom 19.09.2017 auszugehen, sodass die Verjährungsfrist bereits Ende 2020 abgelaufen war. Hemmungstatbestände sind weder hinreichend substantiiert dargetan noch sonst ersichtlich.

Der Beseitigungsanspruch nach § 1004 Abs. 1 BGB ist hier auch nicht ausnahmsweise der Verjährung entzogen. Dies kann entgegen der Auffassung der Klägerin auch nicht daraus gefolgert werden, dass neben dem Beseitigungsanspruch nach § 1004 Abs. 1 BGB ein Anspruch auf Einräumung des Mitbesitzes nach § 985 BGB gegeben ist, der gemäß § 902 Abs. 1 BGB nicht der Verjährung unterliegt. Insbesondere haben in der vorliegenden Konstellation der Beseitigungsanspruch und der Anspruch auf Einräumung des Mitbesitzes nicht, auch nicht faktisch, denselben Inhalt. Der Anspruch nach § 985 BGB beschränkt sich darauf, dass dem Gläubiger der (Mit-)Besitz an seinem Eigentum eingeräumt wird. Die über die Übertragung des Besitzes hinausgehende Entfernung der von dem Besitzer errichteten Bauwerke oder Bauwerksteile, die die Klägerin hier begehrt, ist dagegen nicht Inhalt des Herausgabeanspruchs nach § 985 BGB (vgl. BGH, NJW 2011, 1069).

Die Verjährung des Beseitigungsanspruchs führt zwar nicht dazu, dass der hergestellte Zustand legalisiert wird. Die Gemeinschaft wäre deswegen auch nicht daran gehindert, die Beseitigung der baulichen Veränderung zu beschließen (vgl. hierzu: Frankfurt a.M., Urteil v. 07.06.2018 – 2-13 S 98/17, ZWE 2018, 356 m.w.N.). Ein Anspruch der Klägerin gegenüber der Gemeinschaft auf gerichtliche Durchsetzung des Beseitigungsanspruchs besteht indes nicht, weil die gerichtliche Inanspruchnahme der Eigentümerin M<sub>i</sub> mit nicht unerheblichen Prozessrisiken für die Beklagte verbunden wäre. Dies gilt auch wenn sich die Eigentümerin M<sub>i</sub> bislang nicht auf die Einrede der Verjährung berufen haben sollte. Denn wer eine verjährte Forderung einklagt, muss grundsätzlich damit rechnen, dass sich der

Beklagte auf die Verjährung beruft. Auch wenn auf eine Erhebung der Verjährungseinrede im laufenden Prozess durch übereinstimmende Erledigungserklärungen reagiert würde, müsste die hiesige Beklagte ggf. mit der Auferlegung der Prozesskosten rechnen (vgl. hierzu: BeckOK ZPO/Jaspersen, 49. Ed. 1.7.2023, ZPO § 91a Rn. 31.20).

2.

Der Hilfsantrag ist mit der Formulierung aus der Berufungsbegründung zu berücksichtigen. Insoweit kann dahinstehen, ob der Antrag auch schon in dieser Form in erster Instanz gestellt worden ist, wie die Klägerin behauptet. Denn auch eine Klageänderung in der Berufungsinstanz wäre gem. § 533 ZPO zulässig, weil die Anpassung des Antrags sachdienlich erscheint und für die Beurteilung des Antrags kein neuer Streitstoff nötig ist.

Der Hilfsantrag ist bei verständiger Auslegung dahingehend zu verstehen, dass im Wege der Beschlussersetzung als beschlossen gelten soll, dass der Verwalter ermächtigt und beauftragt wird, feststellen zu lassen, dass die GdWE berechtigt ist, den streitgegenständlichen Zaun und die Garagen zu beseitigen.

Der Antrag ist jedoch bereits unzulässig, da es an dem erforderlichen Rechtsschutzbedürfnis für die begehrte Beschlussersetzung fehlt. Zunächst einmal liegt noch kein Beschluss vor, dass die GdWE den streitgegenständlichen Zaun und die Garagen beseitigt. Bei Vorliegen eines entsprechenden Beschlusses kann die GdWE die Selbstbeseitigung auch ohne weiteres vornehmen. Es bedarf keiner Inanspruchnahme der betreffenden Eigentümer auf Duldung der Beseitigung, da dieser seinerseits über keinen Abwehranspruch verfügt (vgl. insoweit BGH, NJW 2020, 42 Rn. 11). Es ist zudem nicht erkennbar, dass ein besonderes Feststellungsinteresse für die angestrebte Feststellungsklage vorliegt. Hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass die betreffenden Eigentümer sich auch einer (bislang nicht beschlossenen) Selbstbeseitigung durch die GdWE ernsthaft widersetzen würden, sind nicht ersichtlich.

3.

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 97, 92 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 713, 544 Abs. 2 Nr. 1 ZPO.

4.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 15.000,00 € festgesetzt.

von der Beeck

Regeniter

Dr. Wiethoff

---