

Zwangsvollstreckung

Entfernung der grenzüberschreitenden Teile der Lüftungsanlage

41. BGB §§ 535, 581; ZPO § 887, 890

Die Vornahme der geschuldeten Handlung (hier: Entfernung auch der grenzüberschreitenden Teile der Lüftungsanlage einer Gaststätte) setzte – obwohl die Lüftungsanlage von außen zugänglich ist – die Mitwirkung des Mieters/Pächters voraus. Liegt dessen Einverständnis nicht bereits vor und existiert auch kein gegen den Dritten gerichteter Duldungstitel, so kommt eine Ermächtigung zur Ersatzvornahme trotz Vorliegen einer vertretbaren Handlung noch nicht in Betracht, weil die geschuldete vertretbare Handlung zu einer unvertretbaren Handlung i.S.v. § 888 Abs. 1 ZPO wird.

OLG Stuttgart, Beschl. v. 28.01.2025 – 1 W 2/25

Sachverhalt

I. Die Gläubigerin (GdWE) wendet sich mit ihrer sofortigen Beschwerde gegen die Entscheidung des Landgerichts, mit der ihr gem. § 91a ZPO die Kosten des Verfahrens aufgegeben wurden.

1. Mit Urt. v. 18.04.2024 wurde die Schuldnerin verurteilt, die Lüftungsanlage, die auf der Rückseite ihres Gebäudes (Gaststätte) zum Grundstück der Gläubigerin hin angebracht ist, zu entfernen, soweit sie sich auf/über dem Grundstück der Gläubigerin befindet. Betreiberin der Gaststätte ist die Firma J.

Mit Schriftsatz vom 05.11.2024 hat die Gläubigerin gem. § 887 ZPO beantragt, sie zur Vornahme der geschuldeten Handlung zu ermächtigen.

Die Schuldnerin hat eingewandt, es handele sich nicht um eine vertretbare Handlung, da nicht die komplette Entfernung der Anlage geschuldet sei, vielmehr die alte Anlage durch neue Anlage ersetzt werden müsse. Zudem treffe sie – wie sie der Gläubigerin mit Schreiben vom 03.09.2024 mitgeteilt habe – kein Verschulden an der verzögerten Erfüllung des Titels. Die noch innerhalb laufender Berufungsfrist mit der Entfernung beauftragte Firma P habe ohne Vorwarnung gekündigt. Nach Beauftragung der Firma Re habe sich die Materiallieferung durch die Firma Ro verzögert.

Nach Entfernung der Lüftungsanlage haben die Parteien das Verfahren in der Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklärt.

2. Das LG hat mit Beschl. v. 03.01.2025 die Kosten des Verfahrens der Gläubigerin auferlegt. Die beantragte Vollstreckung sei nicht zulässig gewesen. Weder habe die J als Pächterin/Mieterin ihr Einverständnis mit der durchzuführenden Maßnahme erklärt, noch habe die Gläubigerin einen Duldungstitel gegen diese erwirkt. Ohne die Zustimmung der J habe die Lüftungsanlage nicht weggeflext werden dürfen, da eine belüftbare Gaststätte gemietet/gepachtet worden sei.

3. Mit Schriftsatz vom 07.01.2025 hat die Gläubigerin sofortige Beschwerde erhoben. Das LG verkenne die Relativität der Schuldverhältnisse. Der Pächter könne nicht aufgrund seines Pachtvertrages verlangen, dass der Eigentümer des Nachbargrundstücks eine von der Lüftungsanlage ausgehende Eigentumsstörung hinzunehmen habe.

Aus den Gründen

II. Die zulässige sofortige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg.

1. Das Landgericht hat die Kosten gem. § 91a ZPO zu Recht der Gläubigerin auferlegt. (...) Grundsätzlich entspricht es billigem Ermessen auf den voraussichtlichen (kostenmäßigen) Prozessausgang abzustellen. Vorliegend wäre der Antrag gem. § 887 ZPO ohne Erfolg ge-

blieben mit der Kostenfolge des §§ 891 Satz 3, 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO.

a) Allerdings handelt es sich bei der von der Schuldnerin vorzunehmenden Entfernung der grenzüberschreitenden Teile der Lüftungsanlage um eine vertretbare Handlung, die grds. der Zwangsvollstreckung nach § 887 ZPO unterliegt. Das geschuldete Verhalten kann von einem Dritten anstelle der Schuldnerin vorgenommen werden, ohne dass es der Gläubigerin darauf ankommt, dass die Beseitigung gerade von der Schuldnerin selbst vorgenommen wird (BGH, Beschl. v. 09.10.2013 – I ZB 51/11 Rn. 10). Un-erheblich ist bei der Einordnung, dass der Schuldnerin (selbstverständlich) daran gelegen ist, im Anschluss an die Entfernung die Lüftung in anderer (zulässiger) Weise sicherzustellen.

b) Hängt die Vornahme der geschuldeten Handlung von der Mitwirkung eines Dritten (Duldung, Zustimmung, Mithilfe) ab, kann die Vollstreckung nach § 887 ZPO nur erfolgen, wenn der Dritte sein Einverständnis mit der durchzuführenden Maßnahme erklärt oder der Vollstreckungsgläubiger einen eigenen Duldungstitel gegen ihn erwirkt hat. Ist beides nicht der Fall kann die Ermächtigung nicht erteilt werden. Die geschuldete vertretbare Handlung wird zu einer unvertretbaren Handlung i.S.v. § 888 Abs. 1 ZPO (Kindl/Meller-Hannich, Zwangsvollstreckung, ZPO § 887 Rn. 42, 43; BGH, Beschl. v. 27.11.2008 – I ZB 46/08, ZMR 2009, 347, juris Rn. 8; MüKoZPO/Gruber, 6. Aufl. 2020, ZPO § 887 Rn. 11).

c) Eine solche Fallgestaltung ist vorliegend gegeben. Der Miet-/Pachtvertrag über die Gaststätte umfasst die Lüftungsanlage, der berechtigte Besitz erstreckt sich mithin auf diese. Die Vornahme der geschuldeten Handlung setzt daher – obwohl die Lüftungsanlage von außen zugänglich ist – die Mitwirkung der J voraus. Deren Einverständnis lag aber ebenso wenig vor, wie ein gegen sie gerichteter Duldungstitel.

d) Danach wäre aber der Antrag nach § 887 ZPO nicht erfolgreich gewesen und hätte die Kostenfolge des §§ 891 Satz 3, 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO nach sich gezogen.

Einsender: RA Dr. David Greiner, Tübingen

Anmerkungen

1. Kein Gewahrsam des Mieters/Pächters an den Teilen der Lüftungsanlage, die in das Nachbargrundstück hineinragen und laut Titel (Urteil) zugunsten der Gläubigerin/GdWE gegen den Eigentümer/Schuldner/Vermieter/Verpächter zu beseitigen sind.

Die Duldung eines Mieters oder Pächters ist nur dann erforderlich, wenn der räumliche Bereich des Mieters oder Pächters betreten werden muss oder wenn in das Besitzrecht eines Mieters oder Pächters eingegriffen wird. In der vom Gericht zitierten Entscheidung des BGH (Beschl. v. 27.11.2008 – I ZB 46/08, ZMR 2009, 347) geht es um die Vollstreckung von Handlungen, die von der „Mitwirkung eines Dritten abhängen“. Darum geht es

vorliegend nicht. Die Gläubigerin war nicht auf die Mitwirkung des Pächters angewiesen, um den überragenden Teil der Lüftungsanlage zu entfernen; sie konnte von ihrem eigenen Grundstück aus die Trennscheibe ansetzen. Sie musste weder den Pächter, noch die Schuldnerin um Erlaubnis bitten, ihr eigenes Grundstück betreten zu dürfen. Die Gläubigerin hätte auch von vornherein, statt die Entfernung des überragenden Teils der Lüftungsanlage zu verlangen, auf Feststellung klagen können, dass sie zur Beseitigung berechtigt ist oder gleich zur Selbstjustiz schreiten und die Trennscheibe ansetzen können. Warum? Weil Schuldnerin und Pächter keinen Besitz am überragenden Teil der Anlage hatten und die Gläubigerin gem. § 903 BGB mit und auf ihrem Grundstück, vereinfacht gesagt, machen kann was sie will. Folgende Beispiele mögen dies verdeutlichen:

a) Nachbar N oder sein Pächter P wirft ein Fahrrad über die Grenze. Gläubigerin G muss keinen Beseitigungstitel erwirken; sie darf das Fahrrad einfach wieder zurückwerfen. Wenn sie es dabei beschädigen sollte, kommen Schadensersatzansprüche des N in Betracht; die stehen auf einem anderen Blatt (und wären in concreto zu verneinen).

b) N baut einen Zaun hinter der Grenze, also auf dem Grundstück der G. G kann gem. §§ 823, 1004 BGB Beseitigung von N verlangen, muss das aber nicht. Sie darf den Zaun auch abreißen und muss nicht zuvor einen Beseitigungstitel erwirken. N kann keine Besitzschutzansprüche entgegenhalten, denn er hat keinen Besitz am Zaun. Die Definition des Besitzes (§ 854 BGB) ist seit Jahrtausenden Gegenstand kontroverser Auffassungen. Zusammengefasst ist die tatsächliche Sachherrschaft erforderlich und in Zweifelsfällen die Verkehrsanschauung bzw. die Würdigung aller Umstände maßgeblich. Daraus ergibt sich, dass jedenfalls dann, wenn die Grenze erkennbar ist, der übergreifende N keinen Besitz an dem Zaun hat, den er jenseits der Grenze auf das Grundstück der G setzt. Beim Überbau durch Gebäude (vgl. § 812 BGB) ist es anders; hier verschafft sich der Überbauende Besitz am fremden Grundstück.

Zurück zum Fall: Die im Luftraum befindliche, an das Gebäude des N lediglich angeschraubte Lüftungsanlage war kein wesentlicher Gebäudebestandteil. Jedenfalls nach der im Laufe des Prozesses durchgeführten Beweisaufnahme über den Grenzverlauf war die (auch zuvor offenkundige) Grenzüberschreitung bewiesen. Unter Würdigung aller Umstände konnte man nicht zum Ergebnis kommen, dass dem übergreifenden N gegenüber der Grundstückseigentümerin G Besitzrechte am „Überbau“ zukämen. Wer in Grenzfällen rücksichtslos handelt und Gegenstände überragen lässt, kann sich dadurch keine geschützte (Besitz-)Rechtsposition verschaffen.

2. (unterstellter) Gewahrsam des Mieters/Pächters an diesen Teilen der Lüftungsanlage

2.1. Der Mieter/Pächter des Schuldners erklärt auf Frage des Schuldners und/oder der GdWE als Titelgläubigerin, er werde die titulierten Maßnahmen dulden. Dann gibt es

keinen Anlass und kein Rechtsschutzinteresse der Gläubigerin einen Duldungstitel zu erwirken. Die Ersatzvornahme über § 887 ZPO ist der richtige Weg.

2.2. Der Mieter/Pächter des Schuldners gibt auf Frage des Schuldners und/oder der GdWE als Titelgläubigerin keine Erklärung ab, ob er die titulierten Maßnahmen dulden werde.

Auch dann gibt es mE noch keinen Anlass und kein Rechtsschutzinteresse der Gläubigerin einen Duldungstitel zu erwirken. Die Ersatzvornahme über § 887 ZPO ist der richtige Weg. Denn der Mieter/Pächter muss sich zu einem künftig rechtmäßigen Verhalten nicht äußern.

Für die künftige Räumung entschied der BGH, dass der Mieter zur Vermeidung der Kostenfolge des § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO nicht gehalten sei, sich auf eine Aufforderung des Vermieters zu seiner Bereitschaft zu erklären, die Mieträume bei Vertragsende an den Vermieter herauszugeben. Allein durch sein Schweigen auf eine solche Aufforderung des Vermieters gäbe er noch keine Veranlassung zur Klageerhebung i.S.v. § 93 ZPO (BGH, Beschl. v. 28.06.2023, XII ZB 537/22, ZMR 2023, 966).

Wenn nicht einmal innerhalb eines Dauerschuldverhältnisses gegenüber dem Vermieter vom Mieter als Vertragspartner eine solche Erklärung geschuldet ist, so hat der Gläubiger des Vermieters keine weiterreichenden Rechte.

Hinzukommt, dass trotz einer solchen Erklärung des Mieters, künftig die Beseitigung zu dulden, der Mieter am Tag der Ersatzvornahme rechtswidrig von dieser Erklärung abrücken und sich der Maßnahme entgegenstellen könnte.

2.3. Das OLG stützt sich fast wörtlich auf den BGH (Beschl. v. 27.11.2008 – I ZB 46/08, ZMR 2009, 347, juris Rn. 8). Dort heißt es:

„a) Das Beschwerdegericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass es sich bei der von dem Schuldner vorzunehmenden Beseitigung der von ihm errichteten Tiefgarage an sich um eine vertretbare Handlung handelt, die der Zwangsvollstreckung nach § 887 ZPO unterliegt. Denn die geschuldete Tätigkeit kann von einem Dritten anstelle des Vollstreckungsschuldners vorgenommen werden, ohne dass es den Vollstreckungsgläubigern darauf ankäme, dass die Beseitigung gerade vom Vollstreckungsschuldner selbst vorgenommen wird (vgl. BayObLG NJW-RR 1989, 462; Staudinger/Wenzel, BGB [2005], § 45 WEG Rn. 82; MünchKomm.ZPO/Gruber, 3. Aufl., § 887 Rn. 13; Walker in: Schuschke/Walker, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, 4. Aufl., § 887 Rn. 6). Das Beschwerdegericht hat auch zutreffend angenommen, dass etwas anderes dann gilt, wenn der Vollstreckungsschuldner – wie im Streitfall – das zu beseitigende Objekt an einen Dritten vermietet hat. Gegen den Mieter richtet sich weder der Leistungstitel der Vollstreckungsgläubiger noch kann der Gerichtsvollzieher gegen sie nach § 892 ZPO eingesetzt werden. Die Zwangsvollstreckung ist bei einer derartigen Fallgestaltung nur dann möglich, wenn der Mieter sein

Einverständnis mit der durchzuführenden Maßnahme erklärt oder der Vollstreckungsgläubiger einen eigenen Duldungstitel gegen den Mieter erwirkt hat (vgl. BayObLG NJW-RR 1989, 462; Staudinger/Wenzel a.a.O. § 45 WEG Rn. 83; MünchKomm.ZPO/Gruber a.a.O. § 887 Rn. 11; vgl. auch BGH, Urt. v. 01.12.2006 – V ZR 112/06, NJW 2007, 432). Fehlt es daran, scheidet eine Vollstreckung nach § 887 ZPO aus (Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, 29. Aufl., § 887 Rn. 1a; Stein/Jonas/Brehm, ZPO, 22. Aufl., § 887 Rn. 10 und § 888 Rn. 13 ff.). In einem solchen Fall ist die Zwangsvollstreckung – wovon auch das Beschwerdegericht ausgegangen ist – nach § 888 Abs. 1 ZPO durchzuführen (BayObLG NJW-RR 1989, 462; OLG Stuttgart MDR 2006, 293 f.; Staudinger/Wenzel a.a.O. § 45 WEG Rn. 83; Stein/Jonas/Brehm a.a.O. § 888 Rn. 13; Thomas/Putzo/Hüßtege a.a.O. § 888 Rn. 3).“

2.4. Thomas/Putzo/Hüßtege (ZPO, 29. Aufl., § 887 Rn. 1a) sprechen sogar von einer „allgem. Meinung“. Schmidt (in: Anders/Gehle, 82. Aufl. 2024, § 887 Rn. 32 unter „Handwerksmäßige Leistung“ – kein Einverständnis) verweist auch auf § 888 ZPO, wenn der Mieter „nicht einverstanden ist.“ Verwiesen wird auf BayObLG, NJW-RR 1989, 462: „Ist gegen einen Eigentümer, der seine Wohnung vermietet hat, eine an sich vertretbare Handlung in der Wohnung zu vollstrecken, mit deren Ausführung der Mieter **nicht einverstanden** ist (hier: Verschließung eines Mauerdurchbruchs), so ist die Zwangsvollstreckung nicht nach ZPO § 887, sondern nur nach ZPO § 888 möglich.“

Auch auf LG München I, NZM 2004, 279 wird Bezug genommen: „Die titulierte Verpflichtung des Eigentümers zur Beseitigung von im Eigentum seines Mieters stehenden Werbeanlagen kann nach § 887 ZPO durch Ersatzvornahme vollstreckt werden, wenn dazu weder die Mieträume noch sonst in unmittelbarem Besitz des Mieters stehende Flächen betreten bzw. in Anspruch genommen werden müssen.“

2.5. Natürlich kann der Mieter/Pächter nicht mehr Rechte ggü. dem Nachbarn/Gläubiger (GdWE) haben, als der Eigentümer/Vermieter/Verpächter/Schuldner. Der Satz „Nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse habet“ gilt auch hier.

2.6. Die Frage ist nun, ob die Gläubigerin/GdWE sich erst den Duldungstitel (den sie bekommen wird) erstreiten muss oder erst den Beschluss nach § 887 ZPO. Die h.M. nimmt zu Unrecht Ersteres an.

Es wäre kein Problem erst den Beschluss nach § 887 ZPO zu erlassen. Bei der Umsetzung braucht es trotzdem das – noch ungewisse – Einverständnis des Mieters/Pächters oder bei Verweigerung des Einverständnisses eines Duldungstitels gegen den sich weigernden Mieter/Pächter als Gewahrsamsinhaber.

Dr. David Greiner, Tübingen (zu Ziffer 1., Prozessbevollmächtigter der Klägerin) und

Dr. Olaf Riecke, Hamburg (zu Ziffer 2.)