

## **OLG München, Urteil vom 15.10.2020 - 8 U 5531/20**

vorhergehend:

LG München II, 10.09.2020 - 13 O 3296/20

### Tenor

I. Auf die Berufung der Verfügungsklägerin wird das Endurteil des Landgerichts München II vom 10.09.2020 aufgehoben.

II. Den Verfügungsbeklagten wird - jedem für sich - geboten, es zu unterlassen, vom Baugrundstück aus einen Baukran in den Luftbereich über dem Grundstück zu schwenken oder Schwenken zu lassen.

III. Den Verfügungsbeklagten wird für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen das Unterlassungsgebot in Ziffer II ein Ordnungsgeld bis zu 250.000 Euro, und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten angedroht.

IV. Die Verfügungsbeklagten tragen samtverbindlich die Kosten des Rechtsstreits.

V. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

### Tatbestand

Die Verfügungsklägerin verlangt von den Verfügungsbeklagten im Wege der einstweiligen Verfügung, es zu unterlassen, den Kranarm eines Baukrans über ihr Grundstück zu schwenken oder schwenken zu lassen.

Die Verfügungsklägerin ist Eigentümerin des Grundstücks ... . Der Verfügungsbeklagte zu 1) ist Eigentümer des Nachbargrundstück ... Er errichtet dort derzeit mit Hilfe der Verfügungsbeklagten zu 2) ein Mehrfamilienhaus mit Tiefgarage.

Mit Schriftsatz vom 04.08.2020 (Anlage K 13) zeigte der Verfügungsbeklagte zu 1) der Verfügungsklägerin beabsichtigte Bauarbeiten auf seinem Grundstück an, die auch das Aufstellen eines Krans und ein Überschwenken des Baukrans über das Grundstück der Verfügungsklägerin vorsahen. Hierauf wurde seitens der Verfügungsklägerin mit Schriftsatz vom 11.08.2020 (Anlage K 17) erklärt, dass, solange keine näheren Angaben vorlägen, in keiner Weise einem Überschwenken des Krans zugestimmt werde. Sie teilte auch der Verfügungsbeklagten zu 2) mit Schriftsatz vom 19.08.2020 (Anlage K 19) mit, dass eine Bauabwicklung mit Nutzung eines Krans, der über das Grundstück schwinde, keinesfalls akzeptiert und dagegen gerichtlich vorgegangen werden würde.

Den unangegriffenen Feststellungen des Landgerichts zufolge wurde gleichwohl am 24.08.2020 zum Zwecke der Durchführung dieses Bauvorhabens auf dem Grundstück des Verfügungsbeklagten zu 1) etwa mittig ein Kran mit einem Schwenkbereich von ca. 40 m aufgestellt. Der Ausleger des Krans kann über das Anwesen der Verfügungsklägerin bis zur W-Straße schwenken. Beim Schwenken über das Grundstück der Verfügungsklägerin hat der Ausleger eine Höhe zum Dachfirst von rund 17 m. Die Verfügungsbeklagten haben angekündigt, den Kran in der Weise zu handhaben, dass der Ausleger nur lastenfrei über das Grundstück der Verfügungsklägerin schwenkt.

Das Landgericht hat den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung nach mündlichen Verhandlung mit der Begründung abgewiesen, die Verfügungsklägerin müsse ein Überschwenken ihres Grundstückes ohne Last gem. § 905 S. 2 BGB dulden. Hiergegen richtet sich die Berufung der Verfügungsklägerin. Im Berufungsverfahren streiten die Parteien insbesondere darum, ob das Überschwenken nur ohne oder auch mit Last erfolgt.

Der Senat hat in der Ladungsverfügung darauf hingewiesen, dass die Berufung Aussicht auf Erfolg haben dürfte. Auf die tatsächlichen Feststellungen des Landgerichts in dem angefochtenen Urteil wird ergänzend Bezug genommen (§ 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO). Die gestellten Anträge ergeben sich aus dem Protokoll. Im Übrigen wird von der Darstellung des Tatbestands abgesehen, §§ 542 Abs. 2, 313 a Abs. 1 Satz 1 ZPO.

#### Entscheidungsgründe

Die zulässige Berufung der Verfügungsklägerin ist begründet.

1. Das Landgericht hat übersehen, dass die Verfügungsbeklagten das in Art. 46 b Abs. 3 BayAGBGB (Hammerschlags- und Leiterrecht) vorgesehene Verfahren für eine Inanspruchnahme des Nachbargrundstücks der Verfügungsklägerin nicht vollständig eingehalten haben. Daher ist ihnen diese Inanspruchnahme derzeit schon wegen verbotener Eigenmacht gem. §§ 858, 862 BGB im Wege der einstweiligen Verfügung zu untersagen, ohne dass es darauf ankäme, ob die Verfügungsklägerin materiell-rechtlich eine entsprechende Duldungspflicht treffen könnte (vgl. Palandt/Weidenkaff, BGB, 78. A. 2019, § 861 Rz. 11 mwN). Im Einzelnen:

a) Das von den Verfügungsbeklagten praktizierte Überschwenken des Grundstücks der Verfügungsklägerin fällt - sowohl mit Last als auch ohne - unter Art. 46 b Abs. 1 BayAGBGB.

(1) Nach dieser im Jahr 2012 auch in Bayern eingeführten Vorschrift muss der Eigentümer eines Grundstücks unter dort näher definierten Voraussetzungen (dazu s.u.) dulden, dass das Grundstück von dem Eigentümer des Nachbargrundstücks und von diesem beauftragten Personen zwecks Errichtung, Veränderung, Instandhaltung oder Beseitigung einer baulichen Anlage betreten wird und dass auf dem Grundstück Gerüste und Geräte aufgestellt werden oder auf dieses übergreifen sowie die zu den Arbeiten erforderlichen Baustoffe über das Grundstück gebracht oder dort niedergelegt werden.

(2) Das Überschwenken eines Baukrans stellt ein "Übergreifen von Geräten" auf das Nachbargrundstück im Sinne dieser Vorschrift dar.

Art. 46 b Abs. 1 BayAGBGB regelt in Anlehnung an parallele Vorschriften in anderen Ländern die Voraussetzungen, unter denen der Grundstückseigentümer oder ein obligatorisch oder dinglich Nutzungsberechtigter und die von ihm beauftragten Personen wie Architekt, Handwerker etc. das Nachbargrundstück zur Durchführung von Bauarbeiten an einer baulichen Anlage auf seinem Grundstück betreten und für die Arbeiten auch vorübergehend nutzen dürfen (LT-Drs. 16/9583 S. 5).

Eine derartige vorübergehende Nutzung des Nachbargrundstücks stellt auch dessen Überschwenken mit einem Kranausleger dar, wie nicht zuletzt § 905 S. 1 BGB zeigt, wonach sich das Recht des Eigentümers eines Grundstücks auch auf den Raum über der Oberfläche erstreckt. Es entspricht daher allgemeiner Meinung, der sich der Senat anschließt, dass die sog. "Überschwenkfälle" grundsätzlich unter Art. 46 b Abs. 1 BayAGBGB fallen (LG München I, Urteil vom 13.7.2018 - 11 O 2717/17, NJOZ 2019, 1221; Kichhof, ZfIR 2012, 777 [778]; Grziwotz/Saller, Bayerisches Nachbarrecht, 3. A. 2015, 4. Teil B. Rz. 13, beck-online; für Baden-Württemberg ebenso OLG Karlsruhe, Urteil vom 11.12.1991 - 6 U 121/91, NJW-RR 1993, 91; für Hessen OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 11.01.2011 - 4 W 43/10, NJOZ 2011, 1015, beck-online).

b) Demzufolge mussten die Verfügungsbeklagten auch das sich aus Art. 46 b Abs. 3 BayAGBGB ergebende Verfahren einhalten. Das haben sie zumindest nicht vollständig getan:

(1) Gem. Art. 46 b Abs. 3 BayAGBGB ist die Absicht, das Recht nach Absatz 1 auszuüben, sowie Art und Dauer der Arbeiten mindestens einen Monat vor deren Beginn dem Eigentümer und Nutzungsberechtigten des betroffenen Grundstücks von dem die Arbeiten veranlassenden Eigentümer oder Nutzungsberechtigten anzuzeigen.

(2) Diese Anzeige haben die Verfügungsbeklagten hier vorliegend zwar noch erstattet. Gleichwohl waren sie nach der Ablehnung ihres Ansinnens durch die Verfügungsklägerin aber nicht berechtigt, eigenmächtig zur Selbsthilfe zu schreiten:

Wie der BGH zu der inhaltsgleichen Regelung des § 16 NachbG NRW entschieden hat, ist diese Anzeige Voraussetzung für die Ausübung des Rechts, nicht aber Bedingung des Duldungsanspruchs. Erklärt sich der Verpflichtete nicht, darf der Berechtigte das Nachbargrundstück ohne Weiteres für die Durchführung der Arbeiten betreten und nutzen. Verweigert der Verpflichtete dies, darf der Berechtigte das Recht - außer in dem Fall des Notstands (§ 904 BGB) - nicht im Wege der Selbsthilfe durchsetzen. Vielmehr muss er Duldungsklage erheben und darf das Nachbargrundstück erst auf Grund einer gerichtlichen Entscheidung in Anspruch nehmen (BGH, Urteil vom 14.12.2012 - V ZR 49/12, NZM 2013, 243; Palandt/Herrler, BGB, 78. A. 2019, § 858 Rz. 6; für NRW ebenso schon OLG Düsseldorf, OLGR 2001, 178, 179 und OLG Hamm, BauR 2002, 669, 670; BeckRS 2011, 29520). Das entspricht auch der, soweit ersichtlich, einhelligen Rspr. der anderen deutschen Obergerichte, in deren Ländern vergleichbare Regelungen bestehen (für Niedersachsen: OLG Braunschweig NdsRpfl 1971, 231, 232; für Berlin: KG, OLGZ 1977, 448 = NJW 1977, 2364 (LS); für Baden-Württemberg: OLG Karlsruhe, NJW-RR 1993, 91; für Hessen: OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 11.01.2011 - 4 W 43/10, NJOZ 2011, 1015, beck-online).

Da der bayerische Gesetzgeber Art. 46 b BayAGBGB in Anlehnung an parallele Vorschriften in anderen Ländern - und somit auch in Kenntnis der Rspr. der dortigen Obergerichte zu diesen Parallelvorschriften - geschaffen hat (LT-Drs. 16/9583 S. 5, s.o.), gilt dasselbe nunmehr auch in Bayern (so im Ergebnis auch Grziwotz/Saller, aaO, Rn. 16, beck-online), sodass die Verfügungsbeklagten derzeit verbotene Eigenmacht i.S.v. § 858 BGB begehen, gegen die sich die Verfügungsklägerin im Wege der einstweiligen Verfügung wehren kann.

c) Auf einen Notstand i.S.v. § 904 BGB berufen sich die Verfügungsbeklagten nicht - ein solcher ist auch nicht ersichtlich.

d) Entgegen ihrer Auffassung können sich die Verfügungsbeklagten zur Rechtfertigung ihres Tuns auch nicht auf § 905 S. 2 BGB berufen, wonach der Eigentümer Einwirkungen nicht verbieten kann, die in solcher Höhe oder Tiefe vorgenommen werden, dass er an der Ausschließung kein Interesse hat.

Denn gem. Art. 124 Satz 1 EGBGB bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche das Eigentum an Grundstücken zugunsten der Nachbarn noch anderen als den im Bürgerlichen Gesetzbuch bestimmten Beschränkungen unterwerfen, unberührt. Zu diesen landesgesetzlichen Vorschriften gehören nach allgemeiner Meinung auch die landesrechtlichen Hammerschlags- und Leiterrechte (vgl. Palandt/Herrler, BGB, 78. A. 2019, Art. 124 Rz. 3; MüKoBGB/Säcker, 7. Aufl. 2018, EGBGB Art. 124 Rn. 5).

Der bayerische Gesetzgeber war daher - ebenso wie die anderen Landesgesetzgeber, s.o. - nicht gehindert, für die Inanspruchnahme des Luftraums über fremden Grundstücken schärfere Vorschriften vorzusehen als das BGB. Insbesondere durfte er hierfür Verfahrensvorschriften wie die Anzeigepflicht in Art. 46 b Abs. 3 BayAGBGB vorsehen, womit auch die

entsprechende Rspr. des BGH und der anderen Obergerichte für die Folgen einer Verweigerung des Verpflichteten Anwendung findet.

2. Daher bedarf derzeit keiner Entscheidung, ob, wie das Landgericht meint, sich eine materiell-rechtliche Duldungspflicht hier unmittelbar aus § 905 S. 2 BGB ergeben könnte. Allerdings spricht viel dafür, dass auch insoweit Art. 46 b Abs. 1 BayAGBGB die vorrangige Regelung darstellt (so LG München I, Urteil vom 13.7.2018 - 11 O 2717/17, NJOZ 2019, 1221; für Baden-Württemberg OLG Karlsruhe, Urteil vom 11.12.1991 - 6 U 121/91, NJW-RR 1993, 91; für Hessen OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 11.01.2011 – 4 W 43/10, NJOZ 2011, 1015, beck-online). Danach dürfte nur auf das Nachbargrundstück übergegriffen werden, wenn und soweit

1. das Vorhaben anders nicht oder nur mit unverhältnismäßig hohen Kosten durchgeführt werden kann,

2. die mit der Duldung verbundenen Nachteile oder Belästigungen nicht außer Verhältnis zu dem von dem Berechtigten erstrebten Vorteil stehen und

3. das Vorhaben öffentlich-rechtlichen Vorschriften nicht widerspricht.

Insbesondere 1. dürfte im Rahmen einer Duldungsklage im Streitfall nicht ohne Beteiligung eines Sachverständigen für Baustelleneinrichtung geklärt werden können.

3. Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 ZPO, die über die vorläufige Vollstreckbarkeit aus §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO, da das vorliegende Urteil nicht anfechtbar ist, § 542 II ZPO.