

Titel:

Beseitigungsanspruch wegen baulicher Veränderungen in Wohnungseigentumsgemeinschaft

Normenketten:

BGB § 199 Abs. 1 Nr. 2, § 242, § 1004

WEG § 9a Abs. 2, § 14 Abs. 1, § 20 Abs. 2, § 48 Abs. 5

Leitsätze:

1. Gemäß § 48 Abs. 5 WEG nF sind die Vorschriften des dritten Teils dieses Gesetzes in ihrer bis zum 1.12.2020 geltenden Fassung für die bereits vor diesem Stichtag bei Gericht anhängigen Verfahren weiterhin anwendbar. Dies betrifft die Verfahrensvorschriften der §§ 43 ff. WEG aF. Für das materielle Recht, enthält das Gesetz ausdrücklich keine Übergangsregelung. Die Frage des anwendbaren Rechts ist daher unter Anwendung der allgemeinen Grundsätze zu beantworten, wonach bei Leistungsklagen die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung maßgebend ist. (Rn. 35) (redaktioneller Leitsatz)

2. Grundsätzlich bedeutet die Einräumung eines Sondernutzungsrechts – ohne entsprechende ausdrückliche Vereinbarung – nicht zugleich die Gestattung baulicher Veränderungen am Gebäude oder am Grundstück. (Rn. 45) (redaktioneller Leitsatz)

3. Das Wissen des Verwalters kann einzelnen Mitgliedern einer Wohnungseigentumsgemeinschaft bei der Durchsetzung ihrer Ansprüche als eigene Kenntnis iSv § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB entsprechend § 166 BGB nur zugerechnet werden, wenn es sich um gemeinschaftsbezogene Ansprüche iSv § 10 Abs. 6 S. 3 Fall 1 WEG handelt oder wenn die Gemeinschaft Ansprüche der Wohnungseigentümer nach § 10 Abs. 6 S. 3 Fall 2 an sich gezogen hat. Die Zurechnung der Kenntnis des Verwalters wirkt jedoch in einem solchen Fall nicht auf den Zeitpunkt der Kenntniserlangung zurück. (Rn. 52) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Wohnungseigentümergeinschaft, Sondereigentum, Sondernutzung, Beseitigungsanspruch, Verjährung, Kenntnis, Verwalter, Treuwidrigkeit

Vorinstanz:

AG München, Endurteil vom 02.04.2020 – 483 C 27269/16 WEG

Rechtsmittelinstanz:

BGH, Beschluss vom 27.01.2022 – V ZR 64/21

Tenor

I. Auf die Berufung der Klägerin und der Beklagten wird das Endurteil des Amtsgerichts München vom 2.4.2020 - mit Ausnahme der Streitwertfestsetzung - abgeändert und wie folgt neu gefasst:

1. Die Beklagten werden verurteilt, die in der Sondernutzungsfläche für Wohnung Nr. 2 errichtete Holzterrasse zu beseitigen und durch einen Steinplattenbelag gemäß dem beigefügten Plan im orange schraffierten Bereich zu ersetzen.

2. Die Beklagten werden verurteilt, den an der nördlichen, die Sondernutzungsfläche der Wohnung Nr. 2 nördlich begrenzenden Außenwand des Anwesens L. straße 12 - 14 a in ... M2. installierten Brunnen zu beseitigen und den ursprünglichen Zustand der nördlichen Außenwand des Hofbereichs (verputzte Wandfläche, weiß gestrichen) wiederherzustellen.

3. Im übrigen wird die Klage abgewiesen.

4. Von den Kosten erster Instanz trägt die Klägerin 78% und die Beklagten 22%.

II. Im übrigen wird die Berufung der Klägerin zurückgewiesen.

IV. Von den Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Klägerin 29% und die Beklagten 71%.

V. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Das in Ziffer I genannte Endurteil des Amtsgerichts ist, soweit es durch das hiesige Urteil nicht abgeändert wurde, ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Die Beklagten können die Vollstreckung abwenden durch Sicherheitsleistung in Höhe von 10.000 €, wenn nicht die Gegenseite vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet. Die Klägerin kann die Vollstreckung abwenden durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des zu vollstreckenden Betrages, wenn nicht die Beklagten vor der Zwangsvollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leisten.

VI. Die Revision wird nicht zugelassen.

Beschluss

Der Streitwert wird für das Berufungsverfahren auf 13.000,00 € festgesetzt.

Entscheidungsgründe

I.

1

Die Klägerin als Verband hat umfängliche Beseitigungs- und Duldungsansprüche hinsichtlich diverser baulicher Veränderungen gestellt.

2

Wegen der tatbestandlichen Feststellungen, dem wechselseitigen Parteivorbringen und der gestellten Anträge wird auf das amtsgerichtliche Endurteil vom 2.4.2020 (Bl. 157/183 d.A.), berichtigt mit Beschluss vom 26.5.2020 (Bl. 196/198 d.A.), Bezug genommen.

3

Das Amtsgericht hat die Beklagten in Ziffer 1 des angefochtenen Endurteils dazu verurteilt, den an der nördlichen, die Sondernutzungsfläche der Wohnung Nr. 2 nördlich begrenzenden Außenwand des Hofbereichs des Anwesens L. straße 12 - 14 2 in ... M2. installierten Brunnen zu beseitigen und den ursprünglichen Zustand der nördlichen Außenwand des Hofbereichs (verputzte Wandfläche, weiß gestrichen) wiederherzustellen und die Nutzung des nördlichsten Not-Kamins über dem Dach der Wohnung Nr. 2 durch Beheizen zu unterlassen. Im übrigen wurde die Klage abgewiesen.

4

Zur Begründung hat das Amtsgericht ausgeführt, dass weder ein Anspruch auf Beseitigung der Holzterrasse, noch auf Ersetzung durch einen Steinplattenbelag, Wiederherstellung der ursprünglichen Grünfläche und Rückführung der bebauten Terrassenfläche auf ihre ursprüngliche Größe gemäß dem als Anhang I zur Klagschrift beigefügten Plan bestehe. Zwar handele es sich insoweit um eine bauliche Veränderung; die Holzterrasse halte sich jedoch innerhalb des von § 9a GemO gesteckten Rahmens. Die gemäß § 22 Abs. 1 WEG erforderliche Zustimmung sei bereits in der Zuweisung des Sondernutzungsrechts enthalten, soweit bauliche Veränderungen Eingang in die Beschreibung des Sondernutzungsrechts gefunden hätten oder wenn sie nach dem Inhalt des jeweiligen Sondernutzungsrechts üblicherweise vorgenommen werden und der Wohnungseigentumsanlage dadurch kein anderes Gepräge verleihen würden. Die Einräumung eines Sondernutzungsrechts an einer Grundstücksfläche umfasse - im Gegensatz zu Sondernutzungsrechten an Gartenflächen - die Anlage und Erweiterung einer aus festen Materialien bestehenden Fläche bzw. die Auswechslung und Veränderung des Bodenbelags dieser Fläche. Soweit die Klägerin geltend mache, durch die Ersetzung des ursprünglich vorhandenen Steinplattenbelags durch eine Holzterrasse entstehe im Hofbereich bei Begehung der Terrasse eine erhebliche Geräuschbelästigung, vermöge dies keinen Beseitigungsanspruch zu begründen, sondern allenfalls einen Anspruch auf entsprechende Dämmung der Terrassenpodeste. Der hilfsweise gestellte Antrag auf Duldung der Beseitigung der in der Sondernutzungsfläche für Wohnung Nr. 2 errichteten Holzterrasse und das Anbringen eines Steinplattenbelags im ursprünglich vorhandenen Umfang sei mangels Prozessführungsbefugnis der Klägerin bereits unzulässig, da vom Vergemeinschaftungsbeschluss vom 14.12.2016 nicht umfasst.

5

Im Rahmen des auf Beseitigung des Brunnens etc. gerichteten Antrags hat sich das Amtsgericht mit der Verjährungsfrage befasst und ausgeführt, dass eine solche nicht eingetreten sei. Der Beseitigungsanspruch der Klägerin unterliege der regelmäßigen Verjährungsfrist von 3 Jahren. Nach dem Ergebnis der

Beweisaufnahme habe jedoch nach Überzeugung des Gerichts jedenfalls die Eigentümerin Singer frühestens 2015 Kenntnis von der Errichtung des Brunnens erlangt. Die Zeugin habe angegeben, von dem Brunnen erstmals in einem mit ihrer Mieterin geführten Telefonat Kenntnis erlangt zu haben. Zwar habe die Zeugin an den genauen Zeitpunkt des Telefonats keine Erinnerung mehr gehabt, jedoch habe sie sich noch daran erinnern können, dass das Telefonat vor der Eigentümerversammlung stattgefunden habe, auf der die Rechtsverstöße der Beklagten zur Sprache gekommen seien. Diese habe die Zeugin in 2015 verortet, während sie tatsächlich am 28.6.2016 stattgefunden habe. Die Verjährung habe damit frühestens am 1.1.2016 zu laufen begonnen und sei durch die 2016 erhobene Klage rechtzeitig gehemmt worden.

6

Ein Anspruch der Klägerin gegen die Beklagten auf Verschließen der Öffnung des nördlichsten Notkamins über dem Dach der Wohnung Nr. 2 bestehe nicht. Der hilfsweise gestellte Duldungsantrag sei vom Vergemeinschaftungsbeschluss nicht umfasst und damit die Klage insoweit mangels Prozessführungsbefugnis bereits unzulässig. Jedoch könne die Klägerin - wie weiter hilfsweise beantragt - beanspruchen, die Nutzung des Not-Kamins durch Beheizen zu unterlassen. Ein vom Erdgeschoss durch die oberen Stockwerke führender Kamin sei zwingend gemeinschaftliches Eigentum, auch wenn er nur für das Sondereigentum der Beklagten genutzt werde. Der Anschluss eines Kamins oder eines Kaminofens an einen bestehenden Leerschornsteinzug sei eine bauliche Veränderung. Eine konkrete und objektive Beeinträchtigung der übrigen Mitglieder der Klägerin liege jedenfalls darin, dass sie - je nach Windrichtung - durch aus dem Kamin entweichenden Rauch belästigt werden könnten. Dies gelte unabhängig davon, ob der Kamin den technischen Anforderungen der einschlägigen DIN-Vorschriften genüge, die Anlage vom Bezirksschornsteinfegermeister abgenommen, der entweichende Rauch gesundheitsunschädlich sei und nicht übel rieche. Nachdem die Beeinträchtigung bereits in der möglichen Belästigung durch aus dem Kamin hervorquellenden und in Richtung der anderen Wohnungen ziehenden Rauch liege und Rauch gerichtsbekannt weder farb- noch geruchslos sei, sei eine Beweiserhebung insoweit nicht veranlasst gewesen.

7

Wegen der Begründung im Einzelnen wird auf das Endurteil vom 14.1.2020 (Bl. 157/183 d.A.) in Verbindung mit dem Berichtigungsbeschluss vom 26.5.2020 (Bl. 196/198 d.A.) Bezug genommen.

8

Das Urteil wurde beiden Parteien jeweils am 7.4.2020 zugestellt.

9

Dagegen haben die Beklagten mit Schriftsatz vom 6.5.2020 (Bl. 197/198 d.A.), eingegangen beim Berufungsgericht am gleichen Tag, Berufung eingelegt. Die Klägerin hat ihrerseits mit Schriftsatz vom 7.5.2020 (Bl. 203/204 d.A.) Berufung eingelegt. Beide Berufungen wurden jeweils mit Schriftsatz vom 7.7.2020 (Eingangsdatum 7.7.2020) begründet.

10

Die Klägerin begründet ihre Berufung wie folgt:

11

Die Beklagten hätten ohne Zustimmung der übrigen Eigentümer zahlreiche bauliche Veränderungen am gemeinschaftlichen Eigentum des Anwesens vorgenommen. Sie hätten insbesondere den in dem Bereich der Sondernutzungsfläche zur Wohnung Nr. 2 vormals vorhandenen Steinplattenbelag ohne Zustimmung der übrigen Wohnungseigentümer und ohne Vorbefassung der WEG-Versammlung durch eine Holzterrasse ersetzt, die ca. doppelt so groß sei, wie die vormals vorhandene Steinplattenterrasse. Der vor der Wohnung Nr. 2 befindliche Sondernutzungsbereich sei vormals ca. bis zur Hälfte der Ausdehnung vor der Wohnung Nr. 2 als Terrasse angelegt, der Rest sei Grünfläche gewesen. Im jetzigen Zustand sei der gesamte vormalige Steinplattenbereich und der gesamte vormalige Grünbereich als Holzterrasse ausgestaltet. Dort wo vormals der Steinplattenbelag geendet habe, sei auf der als Anlage K 23 vorgelegten Fotografie eine zweistufige auf der ganzen Breite der Sondernutzungsfläche angelegte Treppe erkennbar. Durch die auf das Doppelte erfolgte Vergrößerung der Terrasse sei eine intensivere Nutzung möglich. Zusätzlich seien erhebliche Nachteile für die übrigen Wohnungseigentümer entstanden, weil im Hofbereich bei Begehung der Holzterrasse eine erhebliche Geräuschbelästigung entstehe. Die Herstellung der Holzterrasse halte sich nicht innerhalb des von § 9a GemO gesteckten Rahmens. Zur Gestattung etwaiger baulicher Veränderungen enthalte § 9a keine Aussage. Lediglich § 7 Ziffer 2 GemO enthalte ausdrückliche

Regelungen über die Befugnis zu baulichen Veränderungen. Diese nehme Bezug auf § 22 WEG und regele weiter, dass für solche Veränderungen einstimmig gefasste Beschlüsse erforderlich seien. Die in diesem Zusammenhang genannten Ausnahmen seien nicht einschlägig. Dass bauliche Veränderungen im Sondernutzungsbereich des Gartens vorgenommen werden dürften, sei dort nicht geregelt. Auch aus § 9 Ziffer 3 GemO würde sich allenfalls eine Befugnis der Beklagten ergeben, den vormals vorhandenen Steinplattenbelag instand zu halten und soweit hierzu das gemeinschaftliche Eigentum in Anspruch genommen werde, den ursprünglichen Zustand wiederherzustellen. Gegenteiliges ergebe sich auch keineswegs aus der vom Amtsgericht zitierten Entscheidung des Bundesgerichtshofs. Diese stelle nicht auf einen angeblich bestehenden Unterschied zwischen der Einräumung eines Sondernutzungsrechts an einer Grundstücksfläche einerseits und einer Gartenfläche andererseits ab. Davon abgesehen habe sich die Entscheidung mit einem völlig anders gelagerten Fall befasst, nämlich einen Sachverhalt, in dem sich der teilende Eigentümer die Befugnis vorbehalten habe, Sondernutzungsrechte für Außenstellplätze zuzuweisen und diesen Inhalt der Teilungserklärung zu ändern. Von dieser Änderungsbefugnis habe der teilende Eigentümer in der Weise Gebrauch gemacht, dass er die dort genannte Fläche B als Garten und Terrasse und die dort genannte Fläche C als Terrasse mit Pflanzkübeln zugewiesen habe. Im Gegensatz zu dem vom BGH entschiedenen Fall fehle im vorliegenden Fall die für die bauliche Veränderung erforderliche Ermächtigung, entweder durch befugte Zuweisung durch den teilenden Eigentümer oder durch Zustimmung aller betroffenen Miteigentümer im Sinne von § 22 WEG. Dass der Sondernutzungsberechtigte grundsätzlich nicht befugt sei, im Sondernutzungsbereich bauliche Veränderungen vorzunehmen, sei allgemeine Rechtsmeinung. Eine Terrassenvergrößerung stelle schon aufgrund der möglichen intensiveren Nutzung grundsätzlich einen für die Miteigentümer nicht hinzunehmenden Nachteil dar. Abgesehen davon komme es im vorliegenden Fall auf einen solchen nicht an, weil die Beklagten die Wohnungseigentümerversammlung nicht vor Ausführung der baulichen Veränderung mit der Angelegenheit befasst hätten. Auch der Hilfsantrag auf Duldung der Beseitigung der Holzterrasse sei - falls die baulichen Maßnahmen nicht durch die Beklagten selbst ausgeführt worden wären (was jedoch nicht der Fall sei) - begründet. Ausweislich der Anlage K 11 (TOP 11 der Versammlung vom 28.6.2016 hätten die Wohnungseigentümer die Durchsetzung der Ansprüche „auf Rückbau bzw. auf Duldung des Rückbaus durch die Eigentümergemeinschaft“ in Bezug auf den „Aufbau einer Holzterrasse“ beschlossen. Im übrigen komme es auf diese Rechtsfrage nicht an, weil zwischen den Parteien unstreitig sei, dass es die Beklagten gewesen seien, die streitgegenständliche bauliche Veränderung veranlasst hätten.

12

Wegen der Begründung im Einzelnen wird auf die Berufungsbegründung der Klägerin vom 7.7.2020 (Bl. 109/220 d.A.) Bezug genommen.

13

Die Beklagten stützen ihre Berufung auf diverse prozessuale und materiellrechtliche Fehler, die das Amtsgericht begangen habe. Soweit dieses der Klage stattgegeben habe, habe es insbesondere jeweils entscheidungserhebliches Vorbringen der Beklagten übergangen und streitigen Sachvortrag der Klägerin rechtsfehlerhaft als unstreitig zugrunde gelegt.

14

Die Beklagten führen bezüglich des Brunnens aus, das Erstgericht habe verkannt, dass eine optische Beeinträchtigung dann nicht vorliege, wenn die bauliche Veränderung nur aus einer für den jeweiligen Wohnungseigentümer gewöhnlich nicht zugänglichen Stelle zu erkennen sei. Dass die anderen Eigentümer keinen Einblick in den Sondernutzungsbereich der Beklagten hätten, ergebe sich unzweifelhaft aus den Aussagen der einvernommenen Zeugen R., S. und N.. Die Klägerin habe darüber hinaus selbst vorgetragen und - zu Unrecht - beanstandet, dass der Sondernutzungsbereich der Beklagten mit einer immergrünen Grenzbepflanzung versehen sei.

15

Bezüglich des Kamins wird ausgeführt, dass die Behauptung der Klägerin, dass es sich hierbei um einen „Notkamin“ handeln würde, von den Beklagten bestritten worden sei. Entsprechend sei der Tatbestand auch nunmehr berichtigt worden. Darüber hinaus habe das Amtsgericht grundlegend verkannt, dass der vorliegende Fall von der in Bezug genommenen Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts in entscheidungserheblicher Weise dahingehend abweiche, als dass der Kamin hier ausschließlich und allein von den Beklagten genutzt werden könne, weil sich nur deren Wohnung im Rückgebäude befinde und an den Kaminzug keine Wohnungen anderweitiger Eigentümer angeschlossen seien. Schon aus der

Teilungserklärung ergebe sich, dass der streitgegenständliche Kamin im Sondereigentum der Beklagten stehe. Da der Kaminzug, der in dem der Teilungserklärung beigehefteten Plan mit dem Vermerk „Schiedel“ eingezeichnet sei, ausgehend vom Erdgeschoss über das Obergeschoss und das Dachgeschoss ausschließlich durch Räume führe, die im Sondereigentum der Beklagten stehen, diene der Kamin ausschließlich und allein deren Wohnung. Hierzu stelle die Teilungserklärung in § 2 Ziffer 1 d) ausdrücklich klar, dass das Sondereigentum die technischen und sonstigen Einrichtungen aller Art umfasse, soweit sie ausschließlich dem jeweiligen Sondereigentum dienen. Das Beheizen des im Sondereigentum der Beklagten stehenden Kamins stelle unzweifelhaft eine bestimmungsgemäße Nutzung dar. Wenn der Kamin von den Beklagten aber gemäß seiner Zweckbestimmung genutzt werde und hierbei auch, wie durch Anlage B 13 nachgewiesen, alle öffentlichrechtlichen Vorgaben eingehalten werden würden, könne von vorneherein keine Beeinträchtigung der weiteren Eigentümer im Sinne des § 14 Nr. 1 WEG vorliegen.

16

Wegen der Einzelheiten der Berufungsbegründung der Beklagten wird auf den Schriftsatz vom 7.7.2020 (Bl. 221/227 d.A.) Bezug genommen.

17

Die Klägerin beantragt,

Das Urteil des Amtsgerichts München vom 2.4.2020, Az.: 483 C 27269/16 WEG wird insoweit abgeändert, als die Beklagten als Gesamtschuldner verurteilt werden

I. Die in der Sondernutzungsfläche für Wohnung Nr. 2 errichtete Holzterrasse zu beseitigen und durch einen Steinplattenbelag zu ersetzen, sowie die ursprüngliche Grünfläche wiederherzustellen und damit die bebaute Terrassenfläche wieder auf ihre ursprüngliche Größe gemäß dem als Anhang 1 zur Klageschrift vom 30.12.2016 beigelegten Plan zurückzuführen;

II. Hilfsweise für den Fall, dass ein Beseitigungsanspruch gemäß Antrag I 1 nicht besteht:

Die Beseitigung der in der Sondernutzungsfläche für Wohnung Nr. 2 errichteten Holzterrasse und das Aufbringen eines Steinplattenbelages im ursprünglich vorhandenen Umfang gem. dem als Anhang I zur Klageschrift vom 20.12.2016 beigelegten Plan durch die Klägerin zu dulden.

18

Die Beklagten haben in der mündlichen Verhandlung beantragt,

die Berufung der Klägerin als unzulässig zu verwerfen, hilfsweise kostenpflichtig zurückzuweisen und stellen weiter folgenden Antrag:

Das Urteil des Amtsgerichts München vom 2.4.2020, Az.: 483 C 27269/16 WEG wird in Ziffer. I dahingehend abgeändert, dass die Klage insgesamt abgewiesen wird.

19

Die Klägerin beantragt,

die Berufung der Gegenseite zurückzuweisen.

20

Mit Schriftsatz vom 11.3.2021 haben die Beklagten ihre Berufung, soweit sich diese gegen ihre Verurteilung zur Beseitigung des Brunnens und zur Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands der nördlichen Außenwand richtete, zurückgenommen.

21

Die Klägerin bestreitet in ihrer Berufungserwiderung eine fehlende Sichtbarkeit des streitgegenständlichen Bereichs. Soweit es den Kamin betreffe, sei dieser sei unstreitig vormals ohne Öffnung mit einem Blech abgedeckt gewesen, wie es der Sachverständige B. auch in seinem Gutachten vom 16.5.1990 (Anlage K 25) festgehalten habe. Die Beklagten hätten lediglich bestritten, dass die Öffnung durch sie selbst vorgenommen worden sei und behauptet, die Öffnung sei durch einen ihrer Rechtsvorgänger erfolgt. Die Tatsache, die einer Qualifizierung des Kamins als Notkamin zu Grunde liege, sei deshalb unstreitig. Ein Kamin stehe auch dann zwingend im Gemeinschaftseigentum, wenn dieser nur von einer Einheit genutzt werde. Die Beheizung dieses Kamins stelle nicht unzweifelhaft eine bestimmungsgemäße Nutzung dar. Ein

oben verschlossener Kamin werde nicht bestimmungsgemäß durch Beheizung genutzt. Eine Beeinträchtigung der übrigen Eigentümer sei durch die Beweisaufnahme nachgewiesen.

22

Wegen der Berufungserwiderung der Klägerin wird auf den Schriftsatz vom 11.9. 2020 (Bl. 239/245 d.A.) Bezug genommen.

23

Die Beklagten führen in ihrer Berufungserwiderung aus, dass die Berufung bereits unzulässig sei, da der Berufungsantrag im Hinblick auf die von der Klagepartei angestrebte Abänderung des erstinstanzlichen Urteils unbestimmt und daher auch nicht vollstreckbar sei. Bei der Klageschrift vom 30.12.2016 befinde sich kein „als Anhang 1“ bzw. „als Anhang I“ beigefügter Plan. Die der Klageschrift beigefügte Anlage K 1 enthalte zwar auf der letzten Seite einen Plan, allerdings lasse sich diesem die Beschaffenheit der Sondernutzungsfläche, die dem jeweiligen Eigentümer der Wohnung Nr. 2 zugewiesen worden sei, nicht entnehmen. Dem Plan sei weder der Umfang eines Steinplattenbelags noch einer angeblich „ursprünglichen Grünfläche“ und erst recht keine „bebaute Terrassenfläche“ zu entnehmen. Wie bereits erstinstanzlich dargelegt und unter Beweis gestellt, habe sich auf der den Beklagten zur Sondernutzung zugewiesenen Grundstücksfläche bereits vor der durchgeführten Sanierung eine große Terrasse, teilweise aus Steinplatten und teilweise aus Holzbelag und gerade keine „Grünfläche“ befunden. Von einer „Vergrößerung der Terrasse“ könne somit vorliegend nicht die Rede sein. Art und Umfang der sanierten Terrasse würden sich in jeder Hinsicht innerhalb des von § 9a GemO gesteckten Rahmens halten. Ausweislich des Wortlauts von § 9a GemO stehe den Beklagten das Sondernutzungsrecht an der vor der Wohnung Nr. 2 liegenden „Grundstücksfläche“ zu. Eine irgendwie geartete Nutzungsbeschränkung enthalte die Gemeinschaftsordnung nicht. Die Renovierung einer - vorliegend ohnehin bereits zuvor bestandenen - Terrasse auf der vor der Terrassentüre der Wohnung Nr. 2 gelegenen Grundstücksfläche sei ohne weiteres üblich und verleihe der Anlage unzweifelhaft auch kein anderes Gepräge im Sinne der BGH-Rechtsprechung. Ganz im Gegenteil sei die Nutzung der streitgegenständlichen Fläche dadurch geprägt, dass diese zum Aufenthalt der Bewohner im Freien zu Zwecken, die mit der Wohnungsnutzung unmittelbar im Zusammenhang stehen, also insbesondere zur Erholung und auch zur Nutzung als Essbereich dienen würde. Ziel des Begehrens der Klägerin sei nicht die Abwehr einer Beeinträchtigung anderer Eigentümer, sondern vielmehr, den Beklagten einen Nachteil zuzufügen, indem ein Teil der zur Sondernutzung überlassenen Grundstücksfläche in einen Zustand gebracht werden solle, der den Beklagten eine Nutzung gänzlich unmöglich machen würde. Aufgrund der auf dem Grundstücksteil befindlichen Platane und die angrenzenden Mauern könnte sich eine „Grünfläche“ nicht entwickeln, sondern würde eine morastige Erdfäche bilden. Es werde keine Beeinträchtigung anderer Eigentümer infolge der Renovierung der Terrasse substantiiert vorgetragen. Völlig pauschal und nicht weiter einlassungsfähig, sei die Behauptung, dass „eine erhebliche Geräuschbelästigung“ im Hofbereich vorliege, was vorsorglich bestritten werden. Die Beklagte habe noch nicht einmal objektiv messbare Geräuschmissionen vorgetragen, geschweige denn unter Beweis gestellt. Eine optische Beeinträchtigung liege nicht vor.

24

Der Berufungsangriff hinsichtlich des von der Klägerin mit der Berufung weiterverfolgten Hilfsantrags gehe ebenfalls von vorneherein fehl, da der insoweit herangezogene Beschluss zu TOP 11 der Eigentümerversammlung vom 28.6.2016 durch Beschluss zu TOP 2 der Versammlung vom 14.12.2016 (Anlage K 12) aufgehoben worden sei.

25

Wegen der Berufungserwiderung im Einzelnen wird auf den Schriftsatz der Beklagten vom 10.8.2020 (Bl. 232/237 d.A.) Bezug genommen.

26

Die Kammer hat mit Beschluss vom 18.1.2021 (Bl. 251/255 d.A.) terminsvorbereitende Hinweise erteilt. Darauf haben die Parteien jeweils Stellung genommen. Wegen der Einzelheiten wird auf die Schriftsätze der Klagepartei vom 12.2.2021, 27.2.2021 und vom 24.2.2021 (Bl. 268/271, 272/275 und 279/281 d.A.) sowie die Schriftsätze der Beklagtenpartei vom 12.2.2021 und vom 19.2.2021 (Bl. 257/267 und 276/278 d.A.) sowie auf sämtliche sonstigen Aktenbestandteile Bezug genommen.

27

Die Kammer hat am 25.2.2021 mündlich verhandelt; auf das Sitzungsprotokoll wird ebenfalls Bezug genommen. Am 11.3.2021 ging ein weiterer Schriftsatz der Beklagten ein, in dem die Berufung teilweise zurückgenommen wurde. Auf diesen wird ebenfalls Bezug genommen.

II.

28

Gegen das Urteil des Amtsgerichts München vom 2.4.2020 haben sowohl die Klagepartei als auch die Beklagten jeweils Berufung eingelegt. Beide Berufungen erfolgten jeweils form- und fristgerecht sowie unter Beachtung der übrigen Zulässigkeitsvoraussetzungen. Die seitens der Beklagten gerügte Bestimmtheitsproblematik bezüglich eines Teils der klägerischen Anträge betrifft die Zulässigkeit der Klage und damit die Begründetheit der Berufung.

29

Die Berufung der Klägerin ist teilweise begründet. Die Berufung der Beklagten ist - nach teilweiser Rücknahme der Berufung - im verbleibenden Umfang erfolgreich. Im Einzelnen ist hierzu folgende Begründung seitens der Kammer veranlasst, § 540 Abs. 2 Nr. 1 ZPO:

I. Berufung der Klagepartei

1. Klageantrag Ziffer 5 (Beseitigung der Holzterrasse)

30

Insoweit war die Berufung erfolgreich und das amtsgerichtliche Endurteil dahingehend abzuändern, dass die Beklagten zur Beseitigung der auf ihrer Sondernutzungsfläche errichteten Holzterrasse (vgl. Lichtbild K 23) verurteilt werden.

31

1.1. Die Klage ist zulässig.

32

Insbesondere fehlt es nicht an der Prozessführungsbefugnis der Klagepartei. Gemäß § 9a Abs. 2 WEG n.F. übt die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer nunmehr die sich aus dem gemeinschaftlichen Eigentum ergebenden Rechte aus. Hier klagt indes ja der Verband aufgrund eines bestandskräftigen Vergemeinschaftungsbeschlusses. Insoweit kann an dieser Stelle noch dahingestellt bleiben, ob im vorliegenden „Altverfahren“ bereits auf die Neufassung abzustellen ist oder weiterhin die bis zum 30.11.2020 bestehende Rechtslage gilt, da dies nicht zu unterschiedlichen Ergebnissen führt: Wendet man das neue Recht an, verliert zwar der gefasste Vergemeinschaftungsbeschluss wohl gemäß § 10 Abs. 6 Satz 3 WEG a.F. ex nunc seine Wirkung, da § 10 Abs. 6 Satz 3 WEG a.F. aufgehoben wurde und damit für derartige Beschlüsse keine Beschlusskompetenz mehr besteht (Lehmann-Richter/Wobst, WEG-Reform 2020, Rdnr. 252). Es greift dann aber § 9a Abs. 2 WEG n.F., der für den Verband eine gesetzliche Prozessstandschaft generiert. Stellt man dagegen auf die alte Rechtslage ab, ist zwar nicht die Regelung des § 9a Abs. 2 WEG n.F. anzuwenden, es gilt jedoch dann der auf der Grundlage der zum Zeitpunkt der Beschlussfassung geltenden Rechtslage gefasste Vergemeinschaftungsbeschluss weiter.

33

1.2. Die Klage ist auch gemäß § 1004 Abs. 1 BGB, § 20 WEG n.F. begründet. § 14 Abs. 1 Nr. 1 WEG n.F. dürfte dagegen nicht einschlägig sein. Dieser Anspruch - der Gemeinschaft - richtet sich auf Einhaltung des gesamten für die betreffende Gemeinschaft geltenden abstrakten Regelwerts (Hügel/Elzer, WEG, 3. Auflage, § 14, Rdnr. 13, 15). Er generiert damit - neben der Erfüllung - spiegelbildlich entsprechende Ansprüche auf Unterlassung von vermeidbaren Nachteilen (so ausdrücklich Lehmann-Richter/Wobst, a.a.O., Rdnr. 1489); wohl auch Palandt/Wicke, BGB, 80. Auflage, § 14 WEG, Rdnr. 1). Hier geht es indes um Beseitigung. Dieser Anspruch ist auf § 1004 Abs. 1 BGB zu stützen.

34

1.2.1. Im Unterschied zu den obigen Ausführungen wird hier die neue Rechtslage durch das WeMoG relevant.

35

1.2.1.1. Gemäß § 48 Abs. 5 WEG n.F. sind - nur - die Vorschriften des dritten Teils dieses Gesetzes in ihrer bis zum 1.12.2020 geltenden Fassung für die bereits vor diesem Stichtag bei Gericht anhängigen Verfahren

weiterhin anwendbar. Dies betrifft rein die Verfahrensvorschriften der §§ 43 WEG a.F. Für das materielle Recht, das durch das WeMoG ebenfalls grundlegend umgestaltet wurde, enthält das Gesetz - bis auf hier nicht einschlägige Sonderkonstellationen (§ 48 Abs. 1 bis 3 WEG n.F.) - ausdrücklich keine Übergangsregelung (Lehmann-Richter/Wobst, WEG-Reform 2020, Rdnr. 1570). Die Frage des anwendbaren Rechts ist daher unter Anwendung der allgemeinen Grundsätze zu beantworten, wonach bei Leistungsklagen die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung maßgebend ist (so auch LG Frankfurt, Urteil vom 28.1.2021, Az.: 2-13 S 155/19; vgl. zum Übergangsrecht ferner Abramenko, ZMR 2020, 1012 ff.; Kirst, ZMR 2020, 1014, 1015). Es gilt damit § 20 WEG n.F., wonach es bei baulichen Maßnahmen zwingend eines Beschlusses - vor Baubeginn - bedarf, ohne dass es darauf ankommt, ob ein Wohnungseigentümer durch die entsprechende Maßnahme beeinträchtigt ist (BeckOGK/Kempfle, § 20 WEG, Rdnr. 253; Palandt/Wicke, a.a.O., § 20, Rdnr. 6). Nach dem WEMoG gibt es keine - zulässiges - Bauen ohne Beschluss (so ausdrücklich Lehmann-Richter/Wobst a.a.O., Rdnr. 988). Ist eine bauliche Maßnahme also weder durch Vereinbarung noch durch Beschluss im Sinne von § 20 Abs. 1 WEG n.F. legitimiert, so ist dies per se gemäß § 14 Abs. 1 Nr. 1 WEG n.F. als Eigentumsstörung gemäß § 1004 Abs. 1 BGB zu bewerten, so dass die Gemeinschaft ungeachtet der individuellen Betroffenheit grundsätzlich vom Störer Beseitigung verlangen kann (Lehmann-Richter/Wobst, a.a.O., Rdnr. 989). Eine andere Frage ist es, ob man eine rein „formelle Illegalität“ dann nicht für einen Rückbau genügen lässt, wenn materiell ein Anspruch auf Zustimmung zu der konkreten Baumaßnahme besteht (so ausdrücklich Dötsch/Schultzky/Zscheschack, WEG-Recht 2021, Kap. 6, Rdnr. 47). Dies wird im Einzelfall - so auch hier - gegebenenfalls zu prüfen sein (vgl. hierzu die nachfolgenden Ausführungen unter Ziffer 1.2.5.).

36

1.2.1.2. Soweit die Beklagten auf den diesbezüglichen schriftlichen Hinweis der Kammer dahingehend Stellung genommen haben, es könne doch nicht sein, dass für Maßnahmen, die bereits 2012 abgeschlossen worden seien, nunmehr ein Gesetz aus 2020 gelten solle und insoweit einen eklatanten Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip annehmen, ist anzumerken, dass dies eine Konsequenz aus der Entscheidung des Gesetzgebers ist, keine materiellrechtlichen Übergangsvorschriften vorzusehen. In diesem Sinne entspricht es einhelliger Meinung, die neuen materiellrechtlichen Vorschriften auch auf bereits anhängige Verfahren anzuwenden sind (Hügel/Elzer, WEG, 3. Auflage, § 48, Rdnr. 17, der in diesem Zusammenhang u.a. gerade auch § 20 WEG n.F. anführt; so auch allgemein für die Regelungen des I. und II. Teils des WEMoG Palandt/Wicke, BGB, 80. Auflage, § 48 WEG, Rdnr. 5). Im übrigen galt das formelle Beschlusserfordernis nach zutreffender Ansicht bereits im Rahmen der bis zum 30.11.2020 geltenden Rechtslage (so ausdrücklich Zscheschack, ZWE 2021, 68, 70), so dass auch der Vertrauensschutzgedanke, auf den sich die Beklagten weiter berufen, nicht greift.

37

Soweit die Beklagten in diesem Zusammenhang ferner eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 16.1.2009, Az.: V ZR 74/08 (NJW 2009, 999 ff.) zitiert haben, hat sich zwar dort der V. Zivilsenat mit der Frage der Anwendbarkeit der materiellrechtlichen Vorschriften nach neuem Recht im Rahmen der WEG-Novelle 2007 beschäftigt und ausgeführt, dass zwar eine dem § 62 Abs. 1 WEG vergleichbare Übergangsregelung für die Anwendung des materiellrechtlichen Rechts - wie auch jetzt fehle, und damit das neue Recht grundsätzlich auf noch nicht abgeschlossene Sachverhalte anzuwenden sei. Dies gelte jedoch nicht ausnahmslos. So sei anerkannt, dass die neuen Regelungen nicht rückwirkend bei der Beurteilung von Beschlüssen angewandt werden dürften, die vor dem 1.7.2007 gefasst worden seien. Um eine Beschlussanfechtungsklage geht es jedoch vorliegend nicht. Im übrigen hat der Bundesgerichtshof in dieser Entscheidung übergangsrechtliche Besonderheiten bei der Begründungsfrist für Anfechtungsklagen gesehen, die sich gegen vor Inkrafttreten der WEG-Novelle gefasste Beschlüsse richten und - vor dem Hintergrund der ansonsten auftretenden Ungleichbehandlung bezüglich der einem Kläger je nach Datum der Beschlussfassung zur Verfügung stehenden Frist - entschieden, dass diese erst mit dem Inkrafttreten des Gesetzes laufen würden. Auch darum geht es vorliegend nicht.

38

1.2.2. Die Errichtung der Holzterrasse, wie auf den Lichtbildern (insbesondere Anlagen K 23, 26, 16) ersichtlich, stellt eine bauliche Veränderung dar. Dies wird in § 20 WEG n.F. als Maßnahmen definiert, die über die ordnungsgemäße Erhaltung des Gemeinschaftseigentums - worunter wiederum Maßnahmen der Instandhaltung und Instandsetzung zu verstehen sind (vgl. § 13 Abs. 2 WEG n.F.) - hinausgehen.

Vergleichszustand ist der Sollzustand des Gebäudes zum Zeitpunkt der Errichtung; dieser ergibt sich aus der Teilungserklärung/Gemeinschaftsordnung nebst Aufteilungsplan.

39

1.2.2.1. Soweit die Klagepartei vorgetragen hat, die vorher vorhandene Terrasse sei massiv - auf das Doppelte - vergrößert worden, indem diese auf einen Bereich ausgedehnt worden sei, in welchem sich vorher eine Grünfläche befunden habe, ist dies zwar nach dem Ergebnis der vom Amtsgericht durchgeführten Beweisaufnahme nicht nachgewiesen. Dies ergibt sich auch nicht aus den vorgelegten Lichtbildern.

40

Die Beklagten haben demgegenüber bestritten, dass die Terrasse von ihnen vergrößert worden sei. Es sei schon immer eine große Terrasse vorhanden gewesen, die teilweise aus Steinplatten und teilweise aus Holzplatten bestanden habe. Im rechten Bereich sei keine Grünfläche vorhanden gewesen.

41

Die Vergrößerung einer Terrasse sowie die Pflasterung bzw. sonstige Umgestaltung einer Grünfläche - so der klägerische Vortrag - wären zweifelsfrei als bauliche Veränderung zu qualifizieren (BayObLG, WE 1998, 318, 319). Beides ist jedoch nicht nachgewiesen.

42

1.2.2.2. Aber auch, wenn man auf den Vortrag der Beklagten abstellt, kann eine bauliche Maßnahme nicht in Abrede gestellt werden. Die Beklagten haben selbst angegeben (vgl. z.B. Berufungserwiderung S. 3), dass die Terrasse teilweise auch aus Steinplatten bestanden habe, wie es sich im übrigen auch aus den vorgelegten Lichtbildern, die den ursprünglichen Zustand zeigen, in Bezug auf den westlichen Bereich eindeutig ergibt. Auch im Schriftsatz vom 12.2.2021 haben die Beklagten ausgeführt, sie hätten den Belag der Terrasse, der teilweise aus Steinplatten bestanden habe, ersetzt und hierbei das Material auf Holz „vereinheitlicht“. Es steht damit - nach dem eigenen Vortrag der Beklagten - fest, dass diese den Bodenbelag ausgewechselt und eine Umgestaltung der Grundstücksoberfläche vorgenommen haben. Es liegt - unabhängig davon, wie genau der ursprüngliche Sollzustand beschaffen war - eine komplett neue Gestaltung durch Errichtung einer einheitlichen Holzkonstruktion vor. Eine solche war ausweislich der vorgelegten Lichtbilder (Anlagen K 1 c, d, K 5, K 15, K 20, K 21, K 35) ursprünglich nicht vorhanden (auch die Anlage B 7) zeigt eine solche nicht, sondern lediglich einzelne Bretter) und ist auch im Aufteilungsplan nicht ausgewiesen. Dieser zeigt lediglich im maßgeblichen Bereich die Eintragungen „Plattenbelag“ und „Beete“. Die Umgestaltung einer Grundstücksoberfläche stellt eine bauliche Veränderung bzw. Maßnahme dar (so ausdrücklich BayObLG, NZM 2003, 242, 243; so auch bei Auswechslung des Plattenbelags OLG Hamburg, ZMR 2006, 465 ff.; vgl. dazu auch BayObLG, WuM 1998, 115). Soweit die Beklagten vortragen, sie hätten nur den schadhaften Belag der Terrasse ersetzt, wird dies durch die vorgelegten Lichtbilder nicht gestützt. Danach wurde der Bodenbelag komplett ausgewechselt und die Terrasse wesentlich anders gestaltet, indem der gesamte Bereich - Boden und Wände mit Holz verkleidet wurden. Dies geht über eine reine Erhaltungsmaßnahme gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 2 WEG n.F. hinaus.

43

1.2.3. Damit bedurfte es gemäß § 20 WEG n.F. zwingend eines Beschlusses, welcher nicht vorliegt. Zwar findet sich in der Gemeinschaftsordnung eine modifizierende Regelung dahingehend, dass unbeschadet § 22 WEG (a.F.) bauliche Veränderungen des Gemeinschaftseigentums nur einstimmig vorgenommen werden dürfen. Die Kammer hatte sich jedoch hier nicht weiter zur Auslegung von Altvereinbarungen gemäß § 47 WEG n.F. verhalten, da es hier nicht um die Frage des Quorums bei entsprechenden Beschlussfassungen geht. Soweit § 7 Ziffer 2 GemO bestimmte Maßnahmen im Innenbereich unter bestimmten Voraussetzungen für zulässig erklärt, betrifft dies ebenfalls nicht die hier vorgenommene Maßnahme.

44

Das Amtsgericht hat die Errichtung der Terrasse durch die Einräumung des Sondernutzungsrechts als gedeckt angesehen und ausgeführt, dass sich die Holzterrasse innerhalb des von § 9a GemO gesteckten Rahmens halten würde. Dem folgt die Kammer nicht, auch nicht unter der Prämisse des - streitigen - Vortrags der Beklagten, wonach die Terrasse nicht vergrößert, sondern nur der Belag ausgetauscht worden sei. Es handelt sich, wozu noch auszuführen sein wird, um eine massive optische Veränderung, die in dieser Form durch die bloße Einräumung eines Sondernutzungsrechts - ohne weitere flankierende

Regelungen nicht gedeckt ist. Ausweislich der Lichtbilder geht die vorgenommene Maßnahme, wie oben ausgeführt, über eine bloße Renovierung, wie sie die Beklagten für allgemein üblich halten, deutlich hinaus.

45

1.2.3.1. Grundsätzlich bedeutet die Einräumung eines Sondernutzungsrechts - ohne entsprechende ausdrückliche Vereinbarung - nicht zugleich die Gestattung baulicher Veränderungen am Gebäude oder am Grundstück (so beim Abriss eines Kamins OLG Köln, OLGR Köln 2002, 161, 162; BayObLG, NZM 2003, 242, 243 bei Begradigung eines Hangs und Einbau zweier Trittstufen). Dieses regelt lediglich die Frage der Nutzung (OLG Köln, a.a.O.) Zwar kann nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu § 22 WEG a.F. die grundsätzlich erforderliche Zustimmung aller Eigentümer zur Vornahme entsprechender baulicher Veränderungen bereits in der Zuweisung des Sondernutzungsrechts enthalten sein, soweit diese Eingang in die Beschreibung des Sondernutzungsrechts gefunden haben oder wenn sie nach dem Inhalt des jeweiligen Sondernutzungsrechts üblicherweise vorgenommen werden und der Wohnungseigentumsanlage dadurch kein anderes Gepräge verleihen (so ausdrücklich BGH, ZWE 2012, 175, 176). So wird das Sondernutzungsrecht an Gartenflächen in der Regel die Befugnis zur Vornahme der üblichen gärtnerischen Pflege enthalten (dagegen anders bei Terrassenüberdachung BGH, NZM 2014, 245 ff.). Darum geht es vorliegend nicht.

46

1.2.3.2. Hier wurden den Beklagten ein Sondernutzungsrecht an einer Grundstücksfläche eingeräumt. Soweit das Amtsgericht entscheidend auf diesen Terminus (nicht Gartenfläche) abgestellt hat, tritt dem die Kammer nicht bei. Die im amtsgerichtlichen Endurteil zitierte Entscheidung des Bundesgerichtshofs betraf, wie die Klägerin zutreffend ausführt, einen anderen Sachverhalt. Entscheidend ist nach hiesiger Auffassung die Ausgestaltung der Teilungserklärung/Gemeinschaftsordnung. Diese gilt es auszulegen.

47

Die Auslegung hat entsprechend den für Grundbucheintragungen geltenden Grundsätzen objektivnormativ zu erfolgen. Maßgebend sind dabei der Wortlaut der Eintragung und der Sinn, wie er sich aus unbefangener Sicht als nächstliegende Bedeutung des Wortlauts ergibt. Dabei erfordert es der das Grundbuchrecht beherrschende Bestimmtheitsgrundsatz, dass eine von der gesetzlichen Regelung abweichende Vereinbarung klar und eindeutig nach ihrem Inhalt feststellbar ist (Spielbauer/Then, WEG, 3. Auflage, § 10, Rdnr. 29).

48

§ 9 a GemO definiert das Sondernutzungsrecht als Recht, gemeinschaftliches Eigentum unter Ausschluss der übrigen Eigentümer zu nutzen. Diese Regelung beinhaltet lediglich die Beschreibung der positiven und der negativen Komponente des Sondernutzungsrechts; eine Gestattung bestimmter Maßnahmen (welcher?) kann daraus nicht herausgelesen werden. Weitere Regelungen insoweit enthält die Gemeinschaftsordnung nicht. Es findet sich auch im übrigen weder eine ausdrückliche Überwälzung der Instandhaltungs- und Instandsetzungsverantwortlichkeit - wobei zwischen Verwaltungsbefugnis und Kostenlast zwingend zu unterscheiden ist (LG Berlin, ZMR 2019, 536, 537) und auch eine isolierte Überbürdung der Kostenlast grundsätzlich zulässig ist (LG Hamburg, ZWE 2014, 29 ff.) - noch eine Befugnis zur Gestattung der Vornahme von bestimmten Maßnahmen. Derartige Regelungen, die die Sondernutzungsrechte zur Instandhaltung und Instandsetzung verpflichten und sie gegebenenfalls zu weiteren Maßnahmen ermächtigen, sind in Teilungserklärungen/Gemeinschaftsordnungen häufig anzutreffen (vgl. z.B. LG Hamburg, ZMR 2020, 593 ff.); hier indes schweigt die Gemeinschaftsordnung (bis auf die in § 12 Ziffer 1, hier nicht einschlägige, enthaltene Kostenregelung). Soweit die Beklagten aus diesen fehlenden Bestimmungen einen besonders weiten Freiraum - auch zur Vornahme von baulichen Veränderungen am Gemeinschaftseigentum herauslesen wollen, tritt dem die Kammer unter Würdigung des konkreten Inhalts der Teilungserklärung/Gemeinschaftsordnung, welche im Kontext zu lesen ist, nicht bei. § 7 Ziffer 2 der die gesetzliche Regelung nach dem Wortlaut nicht verdrängt, statuiert ein Einstimmigkeitserfordernis und erklärt ausdrücklich - nur - bestimmte Maßnahmen im Innenbereich unter bestimmten Voraussetzungen für zulässig. Dies zeigt deutlich das Regel/Ausnahmeverhältnis, wie es in dieser Teilungserklärung angelegt ist. Soweit Maßnahmen am Gemeinschaftseigentum der freien Dispositionsbefugnis des Einzelnen unterliegen sollen, werden diese explizit aufgeführt. Das „Schweigen“ der Teilungserklärung ist also nicht als (generelle?) Erlaubnis zu bewerten. Auch aus § 9a Ziffer 3 GemO, auf den sich die Beklagten berufen, kann dies nicht herausgelesen werden. Dieser enthält lediglich eine punktuelle Regelung für Zäune; im übrigen

verhält sich diese Bestimmung zu baulichen Veränderungen durch den Sondernutzungsberechtigten überhaupt nicht.

49

1.2.4. Der Anspruch ist auch nicht verjährt, mag auch die Maßnahme bereits 2012 durchgeführt bzw. abgeschlossen worden sein.

50

Die Verjährung beginnt gemäß § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB mit dem Schluss des Jahres, in dem der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen. Für den Beginn der Verjährung gemeinschaftlich geltend gemachter Ansprüche müssen für alle Eigentümer die Voraussetzungen des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB erfüllt sein. Das Wissen einzelner Eigentümer genügt nicht und kann insbesondere den übrigen nicht zugerechnet werden (Staudinger/Kreuzer, § 15 WEG a.F., Rdnr. 54; Gaier, NZM 2003, 90, 93).

51

1.2.4.1. Zwar spricht bei sichtbaren baulichen Veränderungen - wie hier - zunächst der Anscheinsbeweis für eine entsprechende Kenntnis des bzw. der die Beseitigung verlangenden Eigentümer (LG Hamburg, ZWE 2014, 318, 319).. Hier haben jedoch einige Eigentümer ihre Wohnung vermietet und das Amtsgericht hat gestützt auf die von ihm durchgeführte Beweisaufnahme angenommen, dass zumindest die Eigentümerin Singer frühestens 2015 Kenntnis erlangt habe. An diese Feststellungen ist die Kammer gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO gebunden. Konkrete Rügen, die die Richtigkeit und Vollständigkeit der tatrichterlichen Feststellungen in Frage stellen und damit eine erneute Feststellung gebieten würden, wurden nicht erhoben.

52

1.2.4.2. Das Wissen des Verwalters kann nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur bisherigen Rechtslage den einzelnen Mitgliedern einer Wohnungseigentumsgemeinschaft bei der Durchsetzung ihrer Ansprüche als eigene Kenntnis im Sinne von § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB entsprechend § 166 BGB nur zugerechnet werden, wenn es sich um gemeinschaftsbezogene Ansprüche im Sinne von § 10 Abs. 6 Satz 3 Fall 1 WEG handelt oder wenn die Gemeinschaft Ansprüche der Wohnungseigentümer nach § 10 Abs. 6 Satz 3 Fall 2 - wie hier - an sich gezogen hat. Die Zurechnung der Kenntnis des Verwalters wirkt jedoch in einem solchen Fall nicht auf den Zeitpunkt der Kenntniserlangung zurück; dies hat der BGH ausdrücklich so entschieden (BGH, NJW 2014, 2861 ff. unter Verweis auf BGH, NJW 2014, 1294, 1295).

53

An diesem Ergebnis ändert sich auch nichts, wenn man hier § 9a Abs. 2 WEG n.F. anwenden würde. Die Anwendung kann daher auch an dieser Stelle offen bleiben. Der BGH hat die fehlende Rückwirkung der Zurechnung der Kenntnis des Verwalters bei der Fassung von Vergemeinschaftungsbeschlüssen damit begründet, dass zum Zeitpunkt der Erlangung der Kenntnis die Durchsetzung des Anspruchs noch keine Gemeinschaftsaufgabe gewesen sei, so dass die sachliche Rechtfertigung für eine Zurechnung fehlen würde. Eine rückwirkende Zurechnung würde in derartigen Fallgestaltungen - so der BGH weiter - zu einem nicht vertretbaren Wertungswiderspruch führen. Die Verjährungsfrist liefe dann nämlich gegebenenfalls mit der Fassung des Vergemeinschaftungsbeschlusses ab, der eine Zurechnung des Wissens des Verwalters erst ermöglicht. (BGH, a.a.O.). Der Bundesgerichtshof hat hierzu weiter ausgeführt:

„Das kann dazu führen, dass namentlich in großen Wohnungseigentumsanlagen Ansprüche auf Beseitigung einer Störung des Gemeinschaftseigentums erst mit Ablauf der Höchstfrist von zehn Jahren nach § 199 Abs. 4 BGB verjähren, weil sich die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis aller Wohnungseigentümer nur selten nachweisen lassen. Dieser Umstand kann es aber nicht rechtfertigen, einem Wohnungseigentümer die Kenntnis des Verwalters auch dann zuzurechnen, wenn er ihm die Wahrnehmung seiner Ansprüche nicht übertragen hat. Wie ausgeführt, begründet erst die Übertragung der Aufgabe auf den späteren Wissensträger den Vorwurf widersprüchlichen Verhaltens.“

54

Genau diese Erwägungen gelten auch, wenn man hier nicht auf den Vergemeinschaftungsbeschluss abstellt, sondern § 9a Abs. 2 WEG n.F. anwenden will. Auch hier bestand zum Zeitpunkt der - streitigen - Kenntnis des Verwalters im Jahre 2012 noch keine gesetzliche Prozessstandschaft des Verbandes und die Durchsetzung des Anspruchs war zum damaligen Zeitpunkt gerade noch keine originäre

Gemeinschaftsaufgabe. Was für die Vergemeinschaftung im Beschlusswege gilt, muss auch für die gesetzliche Vergemeinschaftung bzw. Prozessführungsbefugnis des neuen Rechts gelten. Würde man der Auffassung der Beklagten folgen, wäre die Verjährung bereits mit Inkrafttreten des Gesetzes, das eine Zurechnung der Kenntnis des Verwalters erst ermöglichen würde, abgelaufen. Dies würde auch hier zu einem nicht vertretbaren Wertungswiderspruch führen und käme einer echten Rückwirkung gleich.

55

Soweit im Schriftsatz der Beklagten vom 11.3.2021 nach Schluss der mündlichen Verhandlung in rechtlicher Hinsicht Hügel/Elzer, WEG, WEG, 3. Auflage, § 9b, Rdnr. 29 zitiert wird, verhält sich diese Passage nicht zur zeitlichen Anwendbarkeit bzw. der Frage der rückwirkenden Zurechnung.

56

1.2.4.3. Auch eine grob fahrlässige Unkenntnis kann hier nicht angenommen werden. Dies setzt eine besonders schwere Vernachlässigung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt voraus. Bei einer vermieteten Eigentumswohnung besteht jedoch keine Veranlassung für den Wohnungseigentümer zu einer Kontrolle (OLG München, Beschluss vom 4.3.2008, Az.: 32 Wx 15/08; so auch BGH, a.a.O.). Dies wird damit begründet, dass den Mieter eine Anzeigepflicht trifft, wesentliche Verwaltungsaufgaben vom Verwalter bzw. durch von diesem bestellte Hilfskräfte wahrgenommen werden und schließlich auch berücksichtigt werden müsse, dass „der Grundsatz gilt, dass sich andere Wohnungseigentümer rechtstreu verhalten“. (OLG München, a.a.O.). Eine generelle Untersuchungspflicht besteht nicht (Gaier, a.a.O.).

57

1.2.5. Die Geltendmachung des Anspruchs stellt sich auch nicht als rechtsmissbräuchlich bzw. treuwidrig gemäß § 242 BGB dar.

58

Nach altem Recht wurde dies in Einzelfällen bejaht, wenn etwa die Beseitigung einer ohne Gestattungsbeschluss vorgenommenen baulichen Veränderung verlangt wurde, für deren Vornahme jedoch ein Gestattungsanspruch bestand (vgl. BGH, ZMR 2019, 47 ff. bei Verschattungsanlagen; BGH, NJW-RR 2012, 140, 141 bei Videokameras). Dies kann auch im Rahmen des § 1004 BGB, § 20 WEG n.F. im Einzelfall zu prüfen sein und der Anspruch auf positive Beschlussfassung dem Beseitigungsanspruch einredeweise entgegengehalten werden (so auch Palandt/Wicke, a.a.O., § 20, Rdnr. 27; Hügel/Elzer, a.a.O., § 20, Rdnr. 182; Lehmann-Richter/Wobst, Rdnr. 990). Dabei wird jedoch bei der Annahme von Rechtsmissbräuchlichkeit Zurückhaltung geboten sein, da § 20 Abs. 3 WEG n.F. ausdrücklich vorsieht, dass jede nicht durch Vereinbarung gestattete bauliche Veränderung zu ihrer Legitimierung einer Gestattung durch Beschluss bedarf, selbst wenn ein Anspruch gemäß § 20 Abs. 2 oder Abs. 3 WEG n.F. besteht (so ausdrücklich BeckOGK/Kempfle, WEG, § 20, Rdnr. 271). Hier ist indes zu sehen, dass die Beklagten die streitgegenständliche Baumaßnahme bereits im Jahr 2012, d.h. unter der Ägide des „alten Rechts“, welches die Zustimmungsbedürftigkeit entscheidend an die Frage des Nachteils gemäß § 14 Nr. 1 WEG a.F. geknüpft hat, vorgenommen haben. Eine Treuwidrigkeit unter dem Gesichtspunkt der „dolo agit“ Einrede ist daher zumindest in dieser Konstellation zu prüfen. Darlegungs- und beweispflichtig sind die Beklagten.

59

Ein solcher Anspruch kann - abgesehen von den Fällen der privilegierten Maßnahmen gemäß § 20 Abs. 2 WEG n.F. - gemäß § 20 Abs. 3 WEG n.F. dann bestehen, wenn entweder alle beeinträchtigten Eigentümer zugestimmt haben oder es an einer Beeinträchtigung, die über das in § 14 Abs. 1 WEG bestimmte Maß hinausgeht, fehlt und damit eine Zustimmung „reine Formsache“ ist (BeckOGK/Kempfle, a.a.O.; so für Bagatellen auch Zschieschack, a.a.O., 71; vgl. dazu auch Dötsch/Schultzky/Zschieschack, Ka. 5, Rdnr. 47; Hölzel/Elzer, a.a.O., § 20, Rdnr. 182)).

60

1.2.5.1. Für die Annahme einer allseitigen Zustimmung reicht es nicht, wenn, wie die Beklagte zu 2) in der Berufungsverhandlung angegeben hat, sich mehrere Eigentümer auf der Terrasse aufgehalten hätten und sich positiv über den ansprechenden Zustand geäußert hätten. Es kann dahinstehen, ob es sich bei derartigen Aussagen im Rahmen des normalen nachbarlichen Umgangs bereits um verbindliche Zustimmungen im Sinne von rechtsgeschäftsähnlichen Erklärungen handelt. Zumindest einige Eigentümer haben nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme vor dem Amtsgericht erst kurz vor oder bei der Eigentümerversammlung von der baulichen Veränderung erfahren und dieser auch nicht zugestimmt. Entsprechend hat die Beklagte zu 2) auf diesbezügliche Nachfrage erklärt, dass 9 Eigentümer ihren

Zuspruch über die mediterrane Gestaltung geäußert hätten; tatsächlich sind in der Anlage ausweislich des vorgelegten Protokolls 16 Wohnungen nebst Garagen vorhanden. Soweit die Beklagten nach Schluss der mündlichen Verhandlung in tatsächlicher Hinsicht vorgetragen haben, es hätten unstreitig 11 von 13 Miteigentümern ihre Zustimmung bzw. ihr Wohlgefallen zum Ausdruck gebracht, wird auf § 296 a ZPO hingewiesen. Dies steht im übrigen im Widerspruch zu den Angaben in der Verhandlung.

61

1.2.5.2. Es fehlt auch nicht an einer relevanten Beeinträchtigung: Im Falle einer nachgewiesenen Terrassenvergrößerung würde ein Nachteil schon wegen der möglichen intensiveren Nutzung durch das Aufstellen weiterer Stühle, Tische, Liegen und sonstiger beim Aufenthalt im Freien benutzter Gegenstände, anzunehmen sein (BayObLG, NZM 2002, 128, 129; OLG Hamburg, ZMR 2006, 465 ff.; OLG Frankfurt, NJW-RR 2008, 395 ff.; LG Berlin, a.a.O.). Eine solche Vergrößerung ist hier jedoch nicht nachgewiesen.

62

Ein Nachteil kann jedoch auch in einer nachteiligen Veränderung des optischen Gesamteindrucks der Anlage liegen. Die Beklagten haben einen entsprechenden Nachteil verneint. Die Kammer ist dagegen der Ansicht, dass die Eigentümer durch die massive Terrassenkonstruktion, die sich auf zwei Ebenen erstreckt, optisch beeinträchtigt werden. Ihnen entsteht hierdurch ein vermeidbarer Nachteil. Entscheidend für die Beurteilung der Nachteilsfrage ist es, ob sich nach der Verkehrsanschauung ein Wohnungseigentümer in der entsprechenden Lage verständlicherweise beeinträchtigt fühlen kann. Dies ist hier ausweislich des vorgelegten aussagekräftigen und umfangreichen Lichtbildmaterials der Fall. Dieses ermöglicht den vom Bundesgerichtshof geforderten Vorher-Nachher-Vergleich (BGH, NJW 2017, 2184 ff.), indem sowohl der ursprüngliche Zustand (vgl. insbesondere Anlagen K 1 c, d, K 5, K 15, K 20, K 21, K 35) als auch die Situation nach Anlegung der Terrasse (vgl. z.B. Anlage K 23, K 26, K 16, K 34) abgebildet wird und vermittelt ferner den notwendigen Gesamteindruck. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Schwelle des § 14 Nr. 1 WEG a.F. nicht etwa eine erhebliche Störung voraussetzt; diese ist vielmehr bereits dann überschritten, wenn die bauliche Veränderung nicht nur unerheblich stört (so ausdrücklich Beschluss des Bayerischen Obersten Landesgerichts vom 20.11.2003, Az.: 2Z BR 1334/03; BVerfG, ZMR 2005, 634 ff.; OLG München, ZMR 2006, 230, 231). Nur ganz geringfügige Beeinträchtigungen von völlig belanglosem oder bagatelartigem Charakter für das Gemeinschaftseigentum bzw. die äußere Gestaltung der Anlage bleiben außer Betracht (BGH, ZWE 2017, 224 ff.; Jennißen, WEG, 4. Auflage, § 22, Rdnr. 30). Entsprechend ist der Gesetzgeber bei der WEG-Novelle 2007 bei der Einführung von § 22 Abs. 2 WEG davon ausgegangen, dass ohne die Erweiterung der Beschlusskompetenz unter anderem jede nicht ganz unerhebliche Veränderung des äußeren Erscheinungsbildes einen allstimmigen Beschluss erfordere (BGH, a.a.O.). Dabei ist die zu § 14 Nr. 1 WEG a.F. ergangene Rechtsprechung weiterhin heranzuziehen. Auch § 14 Abs. 1 Nr. 2 WEG n.F. greift die frühere Formulierung des „unvermeidbaren Nachteils“ auf, wobei dieser über den reinen Gesetzeswortlaut hinaus nicht nur die Grenze für die Duldungspflicht, sondern den Maßstab des zulässigen Verhaltens der Eigentümer abbilden soll (Palandt/Wicke, a.a.O., § 14, Rdnr. 3; Lehmann-Richter/Wobst, a.a.O., Rdnr. 1327).

63

1.2.5.3. Eine reine Bagatelle ist dies hier nicht. Angesichts der vorgelegten Lichtbilder (s.O.) stellt sich die Anlage der Holzterrasse, die eine erhebliche Fläche aufweist, vielmehr als durchaus massiv und grundlegende Umgestaltung der Fläche dar. Es wurde umfangreiches Lichtbildmaterial vorgelegt. Dabei mögen einzelne Fotos (so z.B. Anlage K 7), wie die Beklagten in ihrem Schriftsatz vom 12.2.2021 gerügt haben, nachkoloriert sein, insgesamt vermitteln die vorgelegten Lichtbilder jedoch in ihrer Gesamtheit einen aussagekräftigen Eindruck. Soweit der Beklagtenvertreter in der Berufungsverhandlung ausgeführt hat, es sei doch optisch völlig unerheblich, ob ein Stein- oder ein Holzbelag verlegt sei, verkennt dies den geltenden Maßstab (vgl. Ziffer 1.2.5.2.). Abgesehen davon, dass das Lichtbild B 7 lediglich einzelne Holzplatten und keinen kompletten Holzbelag im östlichen Bereich zeigt, handelt es sich aktuell um eine durchaus markante Konstruktion, die sich in der Fläche bis zur Grundstücksgrenze erstreckt. Die optische Beeinträchtigung wird auch nicht durch die teilweise Rücknahme der Berufung in Bezug auf die Holzverkleidung an den Wänden in Frage gestellt. Diese mag die optische Beeinträchtigung noch intensivieren; ausweislich der Lichtbilder überschreitet jedoch schon die Terrasse als solche die relevante Schwelle.

64

Es liegt damit jedenfalls eine erhebliche optische Veränderung der Anlage im Vergleich zum ursprünglichen (Soll-)Zustand vor. In einem solchen Fall, so der Bundesgerichtshof in diversen Entscheidungen, wird ein Nachteil regelmäßig anzunehmen sein. Denn, ob eine erhebliche optische Veränderung des Gebäudes oder der äußeren Gestaltung der Anlage ein Vor- oder ein Nachteil ist, können im Regelfall auch verständige Wohnungseigentümer unterschiedlich bewerten, selbst wenn die Maßnahme dem gängigen Zeitgeschmack entspreche (BGH, WuM 2013, 185 ff.). Insoweit ist auch der Gesamteindruck der Anlage betroffen; diese ist nach dem Aufteilungsplan durch die Verwendung von Plattenbelag und diversen Anpflanzungen geprägt, so dass sich die Verwendung eines neuen Materials nicht ohne weiteres in die bisherige Gestaltung einfügt. Soweit die Beklagten einen Nachteil mit der Erwägung, die Terrasse habe lange Zeit (konkret 4 Jahre) keinen gestört, verneinen wollen, greift dieser Einwand nicht. Entscheidend, ob eine Beeinträchtigung vorliegt, ist nicht, ob sich jemand subjektiv gestört fühlt. Es ist eine objektivierte Betrachtungsweise anzustellen. Diese führt hier, wie ausgeführt, jedenfalls zum Überschreiten der - wie ausgeführt, niedrig anzusetzenden Nachteilsschwelle. Der Zeitablauf wird durch das Institut der Verjährung bzw. Verwirkung aufgefangen. Für letztere reicht ein Zeitraum von 4 Jahren, in dem sich niemand gegen die Terrasse gewandt hat, nicht aus; im übrigen wurde zum Umstandsmoment nichts vorgetragen. Soweit die Beklagten in ihrem nach Schluss der mündlichen Verhandlung eingegangenen Schriftsatz auf einen Zeitraum von 9 Jahren abstellen, betrifft dies die - nicht relevante - Zeitspanne von der Vornahme der Maßnahmen im Jahr 2012 bis heute. Die Thematik wurde - deutlich früher - in der Eigentümerversammlung vom 28.6.2016 besprochen und entsprechende Beschlüsse gefasst.

65

1.2.5.4. Soweit die Beklagten in ihrer Berufungsbegründung bezüglich des Brunnens - was aber bei verständiger Auslegung den gesamten Terrassenbereich betreffen dürfte - vorgetragen haben, dass der fragliche Bereich nicht einsehbar sei, und damit eine optische Beeinträchtigung von vorneherein auszuschließen habe, kann dem nicht beigetreten werden. Zwar ist richtig, dass eine nachteilige Veränderung von außen, also etwa aus der Wohnung eines Miteigentümers oder etwa von der Gemeinschaftsfläche aus, und nicht nur aus ganz ungewöhnlichen Perspektiven, wie etwa aus der Luft oder für Wohnungseigentümer und Dritte gewöhnlich nicht zugängliche Dachfläche sichtbar sein muss (Niederführ/Schmidt-Räntsch/Vandenhouten, WEG, 13. Auflage, § 22, Rdnr. 102).

66

Es ist indes schon fraglich, ob dieser Einwand prozessual berücksichtigt werden kann. Entsprechender Vortrag erfolgte erstmals nach Schluss der mündlichen Verhandlung. Zwar wurde den Beklagten eine Schriftsatzfrist eingeräumt; diese bezog sich jedoch ausschließlich auf die gegnerischen Schriftsätze vom 8.1. und 9.1.2020. Diese beschäftigten sich jedoch, soweit es den Komplex „Terrasse“ betrifft, lediglich damit, dass im hinteren Bereich kein Holzbelag gelegen habe bzw. dieser ohne Zustimmung verlegt worden sei. Die Frage der Sichtbarkeit, wie von den Beklagten erstmals nach Schluss der mündlichen Verhandlung thematisiert, hat damit nichts zu tun und betrifft einen völlig anderen Gesichtspunkt. Der Vortrag würde sich damit, da erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung erfolgt und nicht von der Schriftsatzfrist gedeckt, als neues Verteidigungsmittel gemäß § 531 Abs. 2 ZPO darstellen, ohne dass die Beklagten einen Berücksichtigungsgrund gemäß § 531 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 ZPO dargetan haben.

67

Letztlich kann dies aber dahingestellt bleiben, da der Einwand auch in der Sache nicht greift. Die Beklagten stützten sich auf das Ergebnis der Einvernahme der Zeugen R., S. und N.; deren Aussagen tragen jedoch dieses Ergebnis nicht. So hat die Zeugin S. lediglich angegeben, dass ihre Sicht möglicherweise dadurch eingeschränkt gewesen sei, dass auf der Fläche ein Tisch gestanden habe, so dass sie nicht den gesamten Bereich habe einsehen können. Eine komplette „Unsichtbarkeit“ ergibt sich daraus nicht. Auch der Zeuge R. hat lediglich angegeben, dass er den östlichen Bereich (Grünfläche) nicht habe einsehen können. Der Zeuge N. hat hierzu keine Angaben gemacht und konnte dies aus eigener Erkenntnis auch nicht, da er seine Einheit vermietet hat. Im übrigen zeigen die zahlreichen Lichtbilder, die teils von der Gemeinschaftsfläche (z.B. K 16) und teils von oben aufgenommen (z.B. K 23, K 26) wurden, doch klar, dass die Terrasse zumindest in wesentlichen Teilen gut wahrgenommen werden kann (vgl. im übrigen auch Anlage K 15, die den fraglichen Bereich während der Bauarbeiten zeigt). Dass die Terrasse komplett durch eine immergrüne Bepflanzung verdeckt werde, wird durch die Lichtbilder gerade nicht gestützt, mögen auch Teilbereiche („Grünfläche“) durch die Bepflanzung etwas weniger einsehbar sein.

68

Ein Anspruch auf Gestattung der Errichtung der Terrasse bzw. auf nachträgliche Genehmigung - zumal in dieser konkreten Form - scheidet damit angesichts der erheblichen optischen Veränderung aus. Auf die weiter von der Klagepartei vorgetragenen Nachteile in Form von Geräuschbelästigungen, wofür diese Beweis durch Einholung eines Sachverständigengutachtens angeboten haben, kam es damit nicht mehr an.

69

1.2.5.5. Einen Fall der Treuwidrigkeit, auf den die Beklagten in der Berufungsverhandlung vornehmlich abgestellt haben, sieht die Kammer auch im übrigen nicht. Dies könnte man diskutieren, wenn in einer kleinen Anlage der Einzelne zwar ohne Beschlussfassung aber im Vertrauen auf eine vorher erteilte allseitige Zustimmung baut und entsprechend investiert. Hier liegt indes schon keine allseitige Zustimmung - zumal im Vorfeld - vor. Ein nachträglicher Zuspruch Einzelner reicht nicht; auf die Ausführungen unter 1.2.5.1 wird Bezug genommen (vgl. im übrigen zu § 242 BGB bei formloser Zustimmung LG München I, 1. ZK, NJW-RR 2016, 109 ff., welches eine Treuwidrigkeit nur bei Vorliegen außergewöhnlicher Umstände angenommen hat). Dass die Beklagte zu 2) im Vorfeld den Verwalter informiert hat und auf dessen Aussage, sie könnten in ihrem Sondernutzungsbereich machen, was sie wollten, ihm sei das egal, vertraut hat, vermag ebenfalls keinen Gestattungsanspruch bzw. eine Treuwidrigkeit zu begründen. In der Teilungserklärung ist gerade kein Zustimmungsvorbehalt des Verwalters vorgesehen, so dass es auf dessen Erklärungen in diesem Zusammenhang nicht ankommt. Im übrigen ist das Erfordernis einer Verwalterzustimmung in Teilungserklärungen regelmäßig lediglich als Vorschalterfordernis ausgestaltet (LG Berlin, ZMR 2019, 529, 530).

70

1.2.6. Die Beklagten wenden weiter ein, dass bei isolierter Beseitigung nur der Holzterrasse die Grundstücksfläche dann in keinerlei Hinsicht mehr nutzbar wäre. Daher wären neben der Beseitigung zwingend auch weitergehende Wiederherstellungsarbeiten erforderlich. Würde man, so die Beklagten weiter in ihrer Stellungnahme auf den richterlichen Hinweis, rein fiktiv nur der Beseitigung stattgeben, würde es sich um einen völlig anderen Klagegegenstand handeln, für den es bereits an einem entsprechenden Antrag fehlen würde.

71

Auch dieser Einwand verfängt nicht. Zum einen wird der Steinplattenbelag wiederherzustellen sein; nur für die klägerseits vorgetragene - aber bestrittene - Grünfläche stellt sich das Problem. Zum anderen sind nach hiesiger Auffassung die Ansprüche auf Beseitigung und Wiederherstellung doch trennbar und in ihrer rechtlichen Bewertung grundsätzlich voneinander unabhängig, mag dies auch in besonders gelagerten Einzelfällen anders zu beurteilen sein (vgl. dazu KG, NJW-RR 1991, 1299, 1300; KG WuM 2002, 106 ff.). In diesem Sinne handelt es sich bei der Lage, wie sie sich nach erfolgter Beseitigung der Terrasse ergibt, lediglich um einen notwendigen Zwischenzustand auf dem Weg zur Wiederherstellung, bei dem gegebenenfalls weitere Beschlüsse zur Herstellung der Nutzbarkeit gefasst werden müssen und damit entsprechend „nachjustiert“ werden muss (vgl. dazu auch BGH, WuM 2019, 668 ff.). In diesem Sinne hat der Bundesgerichtshof in einem Fall, in dem eine Stützmauer mit dem Haus der Klägerin über eine Deckenplatte verbunden war und dort zu statischen Problem geführt hat, zur Entfernung der Deckenplatte verurteilt und ausgeführt, es sei dann Sache des Beklagten, für eine neue, das Eigentum der Klägerin nicht beeinträchtigende Abstützung der Straße zu sorgen (BGH, ZMR 2011, 460, 461).

72

Ein Antragsproblem sieht die Kammer nicht. Die Klägerin hat - neben der Wiederherstellungsausdrücklich Beseitigung der Holzterrasse beantragt.

73

1.2.7. Die Beklagten haben sich weiter auf § 226 BGB, welcher zur Fallgruppe des Rechtsmissbrauchs zu zählen ist, berufen. In der mündlichen Verhandlung vor der Kammer waren insbesondere die Frage des Treuwidrigkeit sowie der Schikane neben der fehlenden optischen Beeinträchtigung die zentralen Argumentationslinien der Beklagten. Einen Verstoß gegen das Schikaneverbot sieht die Kammer jedoch nach wie vor nicht. Dies würde voraussetzen, dass nach Lage der gesamten Umstände ein anderer Zweck als Schadenszufügung objektiv ausgeschlossen ist. Für eine Schikane genügt es selbst dann nicht, wenn jemand aus subjektiv verwerflichen Gründen - etwa aus Rachsucht oder Neid von einem bestehenden Recht Gebrauch macht (LG Gießen, NJW-RR 2000, 1255, 1256; Palandt/Ellenberger, a.a.O., § 226, Rdnr. 2, 3). Wenn ein berechtigtes Interesse auch nur mitbestimmend sein kann, scheidet Schikane aus. Ein derartiges

Interesse kann hier nicht verneint werden; die - beeinträchtigten - Eigentümer als Verband machen letztlich einen ihnen zustehenden Anspruch geltend. Dass in erster Instanz eine Vielzahl von Ansprüchen wegen unzulässiger baulicher Veränderungen erhoben wurden, reicht für ein schikanöses Verhalten nicht aus. Gerade bei zerstrittenen Gemeinschaften ist ein derartiger Umfang nicht selten.

74

1.2.8. Die Beklagten haben ferner mit Schriftsatz vom 11.3.2021 erstmals vorgetragen, dass es sich bei der in ihrem Sondernutzungsbereich befindlichen Platane um einen gemäß der Baumschutzverordnung der Landeshauptstadt München geschützten Baum handelt, in dessen Traufbereich keine Grabungen und Versiegelungen ohne Genehmigung der unteren Naturschutzbehörde vorgenommen werden dürfen. Insoweit handelt es sich um neues tatsächliches Vorbringen; dieses ist nach Schluss der mündlichen Verhandlung erfolgt und damit gemäß § 296 a ZPO nicht zu berücksichtigen. Eine Schriftsatzfrist wurde nicht beantragt. Im übrigen war der Termin zur mündlichen Verhandlung vor der Kammer durch entsprechende Hinweise vorbereitet worden.

75

Eine Wiedereintritt in die mündliche Verhandlung war nicht veranlasst. Ein zwingender Grund hierfür gemäß § 156 Abs. 2 ZPO ist nicht gegeben. Eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung war auch nicht gemäß § 156 Abs. 1 ZPO veranlasst. Die Parteien hatten umfassend Gelegenheit zur Stellungnahme. Die Platane befindet sich im übrigen im östlichen Bereich, während es hier um die Wiederherstellung des Steinplattenbelags im westlichen Bereich geht. Eine etwaige naturschutzrechtliche Problematik wäre gegebenenfalls im Vollstreckungsverfahren zu klären.

76

Abschließend ist an dieser Stelle noch anzumerken, dass sich hier materiellrechtlich keine Unterschiede ergeben, unabhängig davon, auf welche Gesetzesfassung man abstellt. Es liegt, wie ausgeführt, eine nachteilige bauliche Veränderung ohne genehmigenden Beschluss bzw. entsprechende Vereinbarung vor, deren Beseitigung die Gemeinschaft sowohl nach der bis zum 30.11.2020 als auch nach der ab dem 1.12.2021 geltenden Fassung verlangen kann. Nach dem „alten“ Recht ist dieser auf §§ 1004 Abs. 1 BGB, § 22 Abs. 1, 14 Nr. 1 WEG a.F. iVm mit dem Vergemeinschaftungsbeschluss zu stützen. Nach dem WEMoG ergibt sich der Anspruch, wie ausgeführt, aus § 1004 Abs. 1 BGB, §§ 20 WEG, 9a Abs. 2 WEG n.F.

2. Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands

77

2.1. Soweit es den Antrag auf Wiederherstellung des Steinplattenbelags im westlichen Bereich (orange schraffiert) betrifft, geht die Kammer nach nochmaliger Überprüfung entsprechend den in der mündlichen Verhandlung erteilten Hinweisen von ausreichender Bestimmtheit aus. Der im Antrag in Bezug genommene Plan ist die diesem Urteil beigefügte Skizze. Der vorgelegte Plan ermöglicht nach nochmaliger Überprüfung durch die Anknüpfung an die baulichen Gegebenheiten eine ausreichende räumliche Abgrenzung. Was das Material anbetrifft, hat die Klägerin bereits in erster Instanz vorgetragen - ohne dass dem konkret entgegengetreten worden wäre -, dass ursprünglich rote Platten, wie auch ansonsten in der Anlage vorhanden und auf den Lichtbildern ersichtlich, verlegt worden waren. Diesen roten Plattenbelag gilt es in dem im Plan gekennzeichneten Bereich wiederherzustellen. Was die Situierung der Platten betrifft, wurde ebenfalls nicht substantiiert bestritten, dass im linken Bereich Steinplatten vorhanden waren. Die Beklagten haben selbst angegeben, dass die Terrasse teilweise aus Steinplatten bestanden habe. Im übrigen ist die Gestaltung des linken -westlichen Terrassenbereichs, wie klägerseits vorgetragen, auch nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme erwiesen. Sowohl der Zeuge R. als auch die Zeugin S. haben einen Steinbelag im fraglichen Bereich bestätigt. Die Zeugen konnten lediglich nicht mit Sicherheit angeben, ob sich im östlichen Bereich ursprünglich eine Grünfläche befunden hat. Auch die vorgelegten Lichtbilder (z.B. K 1 c, d, K 5, K 15, K 20, K 21) zeigen einen Steinbelag, zumindest bis zur Verlängerung der von Nord nach Süd (am westlichen Rand der Spielplatzbepflanzung) eingezeichneten Linie.

78

Bezüglich der im Schriftsatz vom 11.3.2021 angesprochenen Problematik im Hinblick auf die Platane wird auf die obigen Ausführungen unter 1.2.8. Bezug genommen.

79

2.2. Der Antrag auf Wiederherstellung der Grünfläche, ohne weiteren Vortrag, wie diese konkret beschaffen war, erscheint dagegen weiterhin unbestimmt (so ausdrücklich LG Hamburg, a.a.O.; vgl. zur Vollstreckbarkeit ferner LG Lüneburg, ZWE 2017, 38, 39).

80

Im übrigen konnte sich die Kammer nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme vor dem Amtsgericht auch keine Überzeugung bzw. richterliche Gewissheit dahingehend bilden, dass eine solche - im rechten/östlichen Bereich tatsächlich vorhanden war. Die Zeugen konnten dazu keine definitiven Angaben machen. Auf den vorgelegten Lichtbildern lässt sich zwar der Steinbelag im westlichen Bereich ersehen; nicht aber der konkrete Zustand der östlichen Fläche, mögen auch einzelne Anpflanzungen erkennbar sein. Aus dem Aufteilungsplan ergibt sich gerade keine gestalterische Differenzierung innerhalb der Sondernutzungsfläche. Soweit sich die Klägerin auf den Freiflächengestaltungsplan (Anlage K 32) beruft, führt auch dieser nicht zu weiteren belastbaren Erkenntnissen, zumal dieser in der Teilungserklärung auch nicht in Bezug genommen wurde und damit nicht Bestandteil der - bindenden - Vereinbarung geworden ist. Maßgebend zur Bestimmung des relevanten Sollzustands im Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander bleibt der Aufteilungsplan. Die klägerseits vorgelegten Lichtbilder (Anlage K 21 und 24) ermöglichen ebenfalls keine beweissicheren Erkenntnisse; auf ihnen ist eine Grünfläche schlicht nicht zu erkennen. Auf das von der Beklagtenseite vorgelegte Lichtbild (Anlage B 7) kommt es damit nicht mehr an. Im übrigen zeigt dies zwar einzelne Holzbretter, belegt aber nur den tatsächlichen Zustand vor den streitgegenständlichen Umgestaltungsmaßnahmen, nicht jedoch den ursprünglichen bei Errichtung der Anlage bestehenden Status.

81

In Bezug auf die Wiederherstellung der Grünfläche hat also die Berufung der Klägerin keinen Erfolg. Auf den Einwand der Beklagten, dass sich in diesem Bereich aufgrund der Platane und der angrenzenden Mauern eine Grünfläche nicht herstellbar sei und sich dort nur eine morastige Erdfäche bilden würde, kam es damit nicht an.

82

2.3. Über den Hilfsantrag war nicht zu entscheiden. In Bezug auf die Beseitigung der Holzterrasse und Herstellung des Steinplattenbelags war bereits der Hauptantrag erfolgreich. Nur in Bezug auf diese Streitgegenstände wurde der Hilfsantrag gestellt.

II. Berufung der Beklagten

1. Beseitigung des Brunnens etc.

83

In Bezug auf die Beseitigung des Brunnens und Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands der nördlichen Außenwand wurde die Berufung mit Schriftsatz vom 11.3.2021 zurückgenommen. Eine Rücknahme ist zeitlich möglich bis zum Beginn der Verlesung der Formel des Berufungsurteils (Thomas/Putzo, ZPO, 41. Auflage, § 516, Rdnr. 4). Ausführungen in der Sache waren daher insoweit nicht mehr veranlasst.

2. Unterlassung Kamin

84

Die Kläger sind gegen die Abweisung der Hauptanträge nicht in Berufung gegangen. Diese ist rechtskräftig. Streitgegenständlich ist hier nur der Antrag auf Unterlassung.

85

Insoweit hat die Berufung der Beklagten aus prozessualen Gründen Erfolg.

86

2.1. Auch hier kann die Anwendung des § 9a Abs. 2 WEG n.F. letztlich dahingestellt bleiben. Aus diesem könnte keine Prozessführungsbefugnis der Klägerin als Verband abgeleitet werden, da sich dieser nur auf Störungen des Gemeinschaftseigentums bezieht. Für Störungen des Sondereigentums bleibt der Einzelne weiter abwehrbefugt. Nur eine solche wurde hier von Anfang geltend gemacht.

87

2.2. Würde man auf die bis zum 30.11.2020 geltende Rechtslage abstellen gilt nichts anderes.

2.2.1. Dann würde rechtlich der gefasste Vergemeinschaftungsbeschluss weiter gelten. Insoweit hat sich der Bundesgerichtshof jedoch im „Weihrauchfall“ ausdrücklich der überwiegenden Meinung angeschlossen, dass nur das Gemeinschaftseigentum betreffende Ansprüche der Eigentümer, nicht aber auf das Sondereigentum bezogene Ansprüche vergemeinschaftet werden können. Unterlassungsansprüche, die dem einzelnen Eigentümer zur Abwehr von Störungen im räumlichen Bereich seines Sondereigentums zustehen, könne die Gemeinschaft, so der Bundesgerichtshof weiter, auch dann nicht durch Beschluss an sich ziehen, wenn zugleich das Gemeinschaftseigentum betroffen ist (BGH, ZWE 2020, 344 ff.). Insoweit fehlt es einer Rechtsgrundlage. Die allein dafür in Betracht kommende Vorschrift des § 10 Abs. 6 Satz 3 WEG bezieht sich nämlich nicht auf das Sondereigentum der einzelnen Wohnungseigentümer oder deren individuelle Mitgliedschaftsrechte (BGH, NJW 2018, 1254 ff.; BGH, NZM 2013, 512 ff.). Ist der räumliche Bereich des Sondereigentums betroffen, kann dem Wohnungseigentümer die Ausübungs- und Prozessführungsbefugnis für seine darauf gerichteten Abwehransprüche nicht entzogen werden; hierfür fehlt den Eigentümer die Beschlusskompetenz. Es gehört zu den unentziehbaren Rechten eines Sondereigentümers unmittelbare Beeinträchtigungen seines Sondereigentums selbst abwehren zu können (BGH, a.a.O.).

2.2.2. Als typische Beeinträchtigungen des Sondereigentums in diesem Sinne sind Geräusch- und Geruchsimmissionen anerkannt. Letztere hat die Klägerin von Anfang geltend gemacht, indem sie ausgeführt hat, beim Betrieb des Kamins würde Rauch durch die Fenster in die dahinterliegenden Wohnungen ziehen (vgl. zur Beeinträchtigung durch Rauch OLG Köln, ZWE 2000, 592, 593). Soweit nunmehr in der Stellungnahme vom 12.2.2021 auf den richterlichen Hinweis ausgeführt wird, es liege auch - zugleich eine Beeinträchtigung des gemeinschaftlichen Eigentums vor, soweit diese Wohnungen auch Bestandteile des Gemeinschaftseigentums aufweisen, reicht dies nicht aus. Dies stellt allenfalls eine reflexartige Betroffenheit des Gemeinschaftseigentums dar, welche nicht genügt. Soweit exemplarisch die Balkonaustrittsflächen angesprochen werden, sind diese - bis auf die Bestandteile, die zwingend Gemeinschaftseigentum darstellennach natürlicher Anschauung Bestandteil des Sondereigentums, dem der jeweilige Balkon vorgelagert ist (so ausdrücklich OLG München, DNotZ 2012, 364 ff.).

2.2.3. Auch der klägerseitige Verweis auf § 18 Abs. 2 Nr. 2 WEG n.F. führt hier zu keinem anderen Ergebnis. Soweit dieser neben der Benutzung des gemeinschaftlichen Eigentums auch das Sondereigentum anspricht, ist zu differenzieren: § 18 Abs. 2 Nr. 2 WEG n.F. setzt voraus, dass es sich um eine „abstrakte“ Störung des Sondereigentums handelt. Dies ist vor dem Hintergrund der neuen Systematik zu sehen, dass ein Wohnungseigentümer selbst nach § 14 Abs. 2 Nr. 1 WEG n.F. keinen Anspruch gegen einen anderen Wohnungseigentümer hat, durch die er in Bezug auf sein Sondereigentum keinen konkreten Nachteil erfährt (so ausdrücklich Hügel/Elzer, a.a.O., § 18, Rdnr. 98). Vielmehr ist es nunmehr Aufgabe des Verbandes, rein formale Verstöße zu unterbinden. Als Beispiele werden die rechtswidrige Benutzung von im Sondereigentum stehenden Räumen eines Teileigentums, von denen ein Wohnungseigentümer keinen konkreten Nachteil erfährt, kommentiert (Hügel/Elzer, a.a.O.).

Um einen derartigen rein abstrakten Nachteil geht es vorliegend jedoch nicht. Geltend gemacht wird eine konkrete Beeinträchtigung durch Rauch. In einem solchen Fall greift § 18 Abs. 2 Nr. 2 nach Sinn und Zweck sowie der Gesetzessystematik nicht ein und es verbleibt dabei, dass der Einzelne in einem solchen Fall nach § 14 Abs. 2 Nr. 1 WEG n.F. selbst berechtigt ist, gegen den störenden Wohnungseigentümer vorzugehen (Hügel/Elzer, a.a.O., Rdnr. 99).

2.3. Auf die Frage der Begründetheit und die in diesem Zusammenhang zu klärende Frage, ob der streitgegenständliche Kamin Gemeinschaftseigentum darstellt (so BayObLG, ZMR 1999, 50, 51; OLG Frankfurt, MietRB 2006, 129), kommt es damit nicht an.

1. Die Kostenentscheidung erfolgte gemäß §§ 97 Abs. 1, 91, 92, 516 Abs. 3 Satz 1 ZPO. Die Kosten waren in beiden Instanzen entsprechend dem Verhältnis der Teilstreitwerte zu quoteln, wobei die Kammer die vom

Amtsgericht im Einzelnen festgesetzten Beträge zugrunde gelegt hat. Soweit die Berufung der Beklagten nach der mündlichen Verhandlung teilweise zurückgenommen wurde, waren sämtliche Gebühren bereits angefallen.

94

In Bezug auf den Komplex „Holzterrasse“ ist die Kammer von einem Obsiegen der Klägerin insoweit in Höhe von 3/4 ausgegangen, nachdem der Antrag auf Wiederherstellung der Grünfläche nicht erfolgreich war.

95

2. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit erfolgte gemäß §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. Ein Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit hat auch dann zu erfolgen, wenn die Revision nicht zugelassen wurde.

96

3. Die Revision war nicht zuzulassen. Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung noch erfordern die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts, § 543 Abs. 2 ZPO. Es handelt sich um eine reine Einzelfallentscheidung. Soweit es die Frage der Anwendbarkeit des § 9a WEG n.F. in Altfällen betrifft, konnte diese hier letztlich offen gelassen werden, da sich auch bei Zugrundelegung der bis zum 30.11.2020 geltenden Rechtslage keine unterschiedlichen Ergebnisse ergaben. Dies wurde im Einzelnen ausgeführt. Soweit es die Frage der Zurechnung der Kenntnis des Verwalters betrifft, gilt nichts anderes. Der Bundesgerichtshof hat sich mit dieser Frage und der rückwirkenden Zurechnung im Rahmen der beschlussmäßigen Vergemeinschaftung bereits befasst. Die gleichen Erwägungen gelten auch bei Anwendung des § 9a WEG Abs. 2 n.F. Auf die obigen Ausführungen wird Bezug genommen

97

4. Die Streitwertfestsetzung erfolgte gemäß § 49 a GKG a.F. Diese hatte nach altem Recht zu erfolgen, vgl. § 71 GKG. Die Kammer hat sich an der zutreffenden und unbeanstandet gebliebenen Festsetzung durch das Amtsgericht orientiert.

98

Die teilweise Rücknahme der Berufung mit Schriftsatz vom 11.3.2021 führt nicht zu einer Reduzierung des Streitwerts, vgl. § 40 GKG.