

walter ihr gegenüber durch das ZVG spezifische Pflichten auferlegt sind. Dies bedeutet, dass der Zwangsverwalter auch der Wohnungseigentümergeinschaft gegenüber auf die Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtungen haftet. Im Ergebnis also kann dann die Wohnungseigentümergeinschaft vom Zwangsverwalter als Partei kraft Amtes Bezahlung der ausgefallenen Hausgeldforderungen verlangen.⁴⁵⁾

Zu den Hausgeldforderungen, welche gemäß § 155 ZVG als Ausgaben der Zwangsverwaltung durch den Zwangsverwalter zu zahlen und gegebenenfalls durch den vollstreckenden Gläubiger vorzuschießen sind, gehören grundsätzlich sämtliche Hausgeldforderungen, welche mit der oben dargestellten Fälligkeitstheorie nach dem Zeitpunkt der Beschlagnahme fällig geworden sind. Dies gilt sowohl für die laufenden Vorauszahlungen aus einem Wirtschaftsplanbeschluss als auch für die mit dem Abrechnungsbeschluss begründete Forderung auf die Abrechnungsspitze.⁴⁶⁾ Weiter gilt dies auch für Hausgeldforderungen aus Sonderumlagebeschlüssen, welche nur eine nachträgliche Korrektur des Wirtschaftsplanes darstellen.⁴⁷⁾ Ungeklärt ist allerdings, ob dies auch dann gilt, wenn die Sonderumlage nur dazu dient, Hausgeldausfälle aus der Zeit vor Anordnung der Zwangsverwaltung nachzufinanzieren. Der BGH hatte dies im Falle eines Insolvenzverfahrens ebenfalls bejaht und solche Hausgeldforderungen aus

Sonderumlagebeschlüssen uneingeschränkt als Masseverbindlichkeiten qualifiziert.⁴⁸⁾ Mit der Überlegung, dass es nicht in das Ermessen der Sondereigentümer gestellt werden kann, ihre einfachen Insolvenzforderungen durch einen derartigen Sonderumlagebeschluss nachträglich zu Masseforderungen aufzuwerten, hat der BGH seine Qualifikation später in Zweifel gezogen und ausdrücklich offen gelassen, ob diese Einordnung auch für das Zwangsverwaltungsverfahren gilt.⁴⁹⁾

Wenn Zwangsverwaltungsverfahren bezüglich mehrerer Sondereigentumseinheiten in derselben Anlage betrieben werden, ist jede Sondereigentumseinheit rechtlich und wirtschaftlich voneinander getrennt zu betrachten. Es können also nicht die Erlöse aus der Verwaltung einer bestimmten Einheit für Hausgeldschulden einer anderen Einheit verwandt werden.⁵⁰⁾

(Der 2. Teil dieses Beitrags folgt im nächsten Heft.)

45) BGHZ 179, 336 ff.

46) BGH ZMR 1999, 834 ff.

47) BGHZ 179, 336 ff.

48) BGHZ 108, 44 ff.

49) BGH ZMR 2002, 929 f. sowie BGHZ 179, 336 ff. Siehe dazu unten bei C.V.

50) BGH ZMR 2009, 294 f.

Unzulässiger Dachgeschossausbau nach Sonderwunschvertrag – Wer ist rückbaupflichtig?

– zugleich Anmerkungen zum Urteil des BGH v. 14.11.2014, V ZR 118/13 (ZMR 2015, 320)

Von RA Dr. David Greiner, Tübingen*

Das nachfolgend besprochene Urteil behandelt im Wesentlichen zwei Problemkreise: Es geht zunächst ausführlich um die materiell-rechtlichen Fragen, die sich nach einer von der Teilungserklärung abweichenden Bauausführung im Gefolge einer Sonderwunschvereinbarung stellen. Das Urteil bewegt sich insoweit zwar auf dem Boden der h.M., ist jedoch rechtsdogmatisch nicht widerspruchsfrei begründet, wie nachfolgend unter Ziff. I dargestellt wird. Etwas kürzer befasst sich BGH sodann mit der prozessualen Frage, ob das Berufungsgericht an die Feststellung des Amtsgerichts, das Dachgeschoss sei als Wohnraum ausgebaut worden, gebunden war; hier verdient das Urteil in Ergebnis und Begründung Kritik, wie nachfolgend unter Ziff. II dargestellt wird.

I. Sonderwunsch und teilungserklärungswidrige Bauausführung

1. Problemaufriss

Es kommt häufig vor, dass ein Käufer/Erwerber mit dem Bauträger beim Abschluss des Bauträgervertrags¹⁾ (oder danach) die Ausführung von Sonderwünschen²⁾ vereinbart, die zu einer von der Teilungserklärung und vom Aufteilungsplan abweichenden Herstellung des Gemeinschaftseigentums führen. Wenn ein Miteigentümer oder die Gemeinschaft damit nicht einverstanden sind, stellt

sich die Frage, wer zum Rückbau und zur Herstellung des der Teilungserklärung entsprechenden Zustandes verpflichtet ist: Der Bauträger, der die teilungserklärungswidrige Maßnahme ausführen ließ? Der Käufer, der den Bauträger zur Abweichung gewissermaßen „anstiftete“? Die Gemeinschaft?

2. Ansprüche gegen den Bauträger

a) Der Bauträger ist den übrigen Käufern/Erwerbern gegenüber auf Grundlage der jeweiligen „Kaufverträge“ (Bauträgerverträge) zur Herstellung des Gemeinschaftseigentums gemäß Teilungserklärung und Aufteilungsplan verpflichtet. Die abweichende Bauausführung führt diesen Käufern/Erwerbern gegenüber zu einem Werkmangel (§ 633 Abs. 2 BGB), sodass sie vom Bauträger im Wege der werkvertragsrechtlichen Nacherfüllung/Mangelbeseitigung den Rückbau verlangen können. Anders wäre es nur, wenn der Bauträger sich die Änderung im Bauträgervertrag wirksam vorbehalten hätte, was aber fast nie der

* Der Autor ist Rechtsanwalt, Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht und für Bau- und Architektenrecht in Tübingen. Er hat die Kläger vor dem Amts- und Landgericht vertreten.

1) Vgl. Riecke/Vogel in: Riecke/Schmid, WEG, 4. Aufl. 2015, Anh. zu § 8 WEG „Grundzüge des Bauträgerrechts“.

2) Vgl. Riecke/Vogel a.a.O. Rdn. 21.

Fall ist, weil derartige Änderungsvorbehaltsklauseln regelmäßig unwirksam sind.³⁾

b) Eine Rückbaupflicht kann sich auch aus den §§ 823, 1004 BGB ergeben, da bauliche Veränderungen des Gemeinschaftseigentums ohne die gem. § 22 Abs. 1 WEG erforderlichen Zustimmungen eine Eigentumsverletzung oder -störung darstellen. Der BGH prüft im besprochenen Urteil mit der h.M.⁴⁾ vor allem die „Störerhaftung“ gem. § 1004 BGB. Dieser rechtliche Ansatzpunkt ist allerdings grundlegend in Frage zu stellen, denn Veränderungen des Gemeinschaftseigentums stellen zwar eine Eigentumsverletzung i.S.v. § 823 Abs. 1 BGB, nicht aber eine „Beeinträchtigung des Eigentums“ i.S.v. § 1004 BGB dar. Die Auslegung, die § 1004 BGB nach der h.M. erfährt, hat unlösbare Abgrenzungsprobleme zur Folge, denn demnach gibt es bei baulichen Veränderungen sowohl eine verschuldensunabhängige Beseitigungspflicht gem. § 1004 BGB, als auch eine verschuldensabhängige gem. § 823 Abs. 1 BGB. Infolgedessen muss die h.M. mit immer verästelten, aber gesetzefremden Wertungs- und Zurechnungskriterien operieren, um ein Ausufern der „Störerhaftung“ zu vermeiden. Richtigerweise erfasst § 1004 BGB demgegenüber nur die Fälle, in denen die rechtliche Integrität des Eigentums beeinträchtigt wird (Rechtsanmaßung oder „Usurpation“); bauliche Veränderungen des Gemeinschaftseigentums gehören nicht dazu. Dieses fundamentale dogmatische Problem kann hier allerdings nicht vertieft werden.⁵⁾

Egal, wie man sich zu dem Problem der Abgrenzung der §§ 1004 und 823 BGB positioniert, kommt eine Haftung nach diesen eigentumschützenden Bestimmungen nicht in Betracht, wenn bzw. weil der Bauträger während der Bauausführung noch Alleineigentümer ist. Nach dem Wortlaut der besprochenen Entscheidung (Rdn. 11) steht die Bauausführung gem. § 903 BGB im Belieben des teilenden Bauträgers als des Alleineigentümers. Rein sachenrechtlich ist das richtig. Allerdings soll nach dem BGH und der h.M. diese Alleinentscheidungsbefugnis in dem Zeitpunkt enden, zu dem eine werdende Eigentümergemeinschaft entsteht, also i.d.R. mit der Übergabe der ersten Wohnung an einen vormerkungsberechtigten Käufer. Nach diesem Zeitpunkt vorgenommene Abweichungen der Bauausführung von der Teilungserklärung sollen zur Störerhaftung des Bauträgers führen.⁶⁾ Das hätte im entschiedenen Fall zur Bauträgerhaftung geführt, denn die Streitgegenständlichen Sonderwünsche kamen erst nach dem Entstehen der werdenden Gemeinschaft zur Ausführung. Der BGH musste sich damit aber nicht befassen, denn der Bauträger war zum Zeitpunkt der Klageerhebung schon längst insolvent, weshalb die gegen ihn bestehenden Ansprüche wertlos und nicht Gegenstand der Klage waren.

Die nach der h.M. eintretende Zäsur, wonach ab der Entstehung der werdenden Gemeinschaft die „Störerhaftung“ eingreifen könne, ist allerdings nicht schlüssig, wie der Vollständigkeit halber kurz dargestellt sei: Durch das Entstehen der werdenden Gemeinschaft wird lediglich im Innenverhältnis (zwischen den werdenden Wohnungseigentümern untereinander einerseits und zwischen ihnen und dem teilenden Eigentümer andererseits) die Geltung des Wohnungseigentumsgesetzes vorverlagert.⁷⁾ Sachenrechtlich ändert sich demgegenüber nichts, weshalb der Bauträger (wenn man seine vertraglichen Bindungen außer Betracht lässt) gem. § 903 BGB auch nach diesem Zeitpunkt

nach Belieben mit dem Gebäude verfahren kann und sich ein Anspruch auf Rückbau jedenfalls nicht aus § 1004 BGB herleiten lässt.

Wenngleich sich durch das Entstehen der werdenden Gemeinschaft die sachenrechtliche Situation nicht verändert, ist der betreffende Zeitpunkt auch nach hier vertretener Auffassung für die Rückbauansprüche nicht bedeutungslos. Denn die werdende Gemeinschaft kann die werkvertraglichen Herstellungs- und Mängelansprüche ihrer Mit-eigentümer an sich ziehen und dadurch das Bestimmungsrecht über die Ausführung des Gebäudes erlangen. Die Gemeinschaft kann dann vom Bauträger die Unterlassung weiterer (künftiger) teilungserklärungswidriger Maßnahmen oder den Rückbau bereits erfolgter Abweichungen verlangen. Das entspricht im Ergebnis dem Eigentumschutz gem. §§ 823 Abs. 1, 1004 BGB, findet seine rechtliche Grundlage aber in der werkvertraglichen Mängelhaftung. Unter dem rechtsdogmatischen Blickwinkel sieht man hier, dass das Wohnungseigentum durch den Abschluss des Bauträgervertrags *inter partes* bereits den jeweiligen Käufern zugeordnet wird; die werkvertraglichen Mängel- bzw. Gewährleistungsansprüche gegenüber dem Bauträger als Vertragspartner entsprechen hier den (absoluten, also jedermann gegenüber wirkenden) Abwehr- und Ersatzansprüchen bei Verletzungen bzw. Störungen des Eigentums.⁸⁾

3. Ansprüche gegen den Sonderwunsch-Käufer

a)

Der BGH verneint mit der bislang schon h.M.⁹⁾ Beseitigungsansprüche gegen den Käufer auch für den im entschiedenen Fall vorliegenden Sachverhalt, dass der Sonderwunsch zeitlich nach dem Entstehen der werdenden Gemeinschaft ausgeführt wird. Der BGH betrachtet den Käufer bei wertender Betrachtung nicht als Störer i.S.v. § 1004 BGB. Es fehle an ausreichenden Sachgründen dafür, ihm „die Verantwortung für das Geschehen aufzuerlegen“ (Rdn. 16). Der Käufer dürfe in aller Regel davon ausgehen, dass ein Bauträger die Bauausführung rechtmäßig ausführen werde, „notfalls im Zuge einer Anpassung der Teilungserklärung“. Andernfalls werde der „Kauf“ von Wohnungseigentum ohne Not erschwert. Das ist weder allgemein, noch im konkreten Fall überzeugend.

b)

Im konkreten Fall war den Käufern die Wohnung zunächst ohne Ausbau des in der Teilungserklärung als „Bühne“ bezeichneten 2. Dachgeschosses (DG) mit einer Wohnfläche

3) BGH v. 23.6.2005 – VII ZR 200/04, ZMR 2005, 799; BGH v. 20.1.2012 – V ZR 125/11, ZMR 2012, 651.

4) *Hogenschurz*, in: Jennißen, WEG, 4. Aufl. 2015, § 22 Rdn. 46 m.w.N.

5) S. z.B. MüKoBGB/Baldus, 6. Aufl. 2013, § 1004 Rdn. 32; *Wilhelm*, Sachenrecht, 4. Aufl. 2010, Rdn. 1366 jew. mit Darstellung der auch vom Verf. für richtig gehaltenen Ansicht *Pickers*.

6) BayObLG v. 5.3.1987 – BReg 2 Z 111/86, NJW-RR 1987, 717; *Hogenschurz*, in: Jennißen, WEG, 4. Aufl. 2015, § 22 Rdn. 8. Der BGH deutet in Rdn. 18 aber – insoweit m.E. berechnigte – Zweifel daran an.

7) BGH v. 11.5.2012 – V ZR 196/11, ZMR 2012, 711. Rdn. 5 Ausführlich BeckOK WEG/Dötsch WEG § 10 Rdn. 66.

8) *Inter partes* hat die Unterscheidung zwischen absoluten und relativen Rechten keine Bedeutung, s. nur *Wilhelm*, Sachenrecht, 4. Aufl. 2010, Rdn. 90 mit Hinweis auf *Picker* AcP 183, 371, 511.

9) LG Dessau-Roßlau v. 22.5.2014 – 5 S 237/13, ZWE 2015, 40; OLG Frankfurt v. 24.7.2007 – 20 W 538/05, NZM 2008, 322; OLG Hamm v. 21.6.1993 – 15 W 386/92; *Hogenschurz*, in: Jennißen, WEG, 4. Aufl. 2015, § 22 Rdn. 8.

von 94 qm angeboten worden. Aufgrund ihres Wunsches nach mehr Wohnfläche wurde ihnen ein neues Angebot gemacht: „Ausbau Bühne zur Galerie mit Loggia und Vergrößerung der Wohnung ins Treppenhaus“. Die jetzt angebotene Wohnfläche betrug 115,60 qm, wovon 9,30 qm auf die „Galerie“ entfielen, 4,80 qm auf die neue Loggia und der Rest auf die Einbeziehung des obersten Treppenhausabsatzes in die Wohnung und den Einbau eines in das Treppenhaus hineinragenden „Kastens“ als Abstellraum. Der entsprechende Sonderwunschplan wurde als Anlage zum Bauträgervertrag genommen; die Käufer bestätigten im Bauträgervertrag, dass ihnen die Teilungserklärung und der Aufteilungsplan (von denen abgewichen wurde) vorgelegen hatten. Die Käufer hätten also allen Grund gehabt, sich nach der (nicht gegebenen) Befugnis des Bauträgers zu dieser Änderung der Teilungserklärung zu erkundigen. Jedenfalls der beurkundende Notar hätte die Käufer auf den Widerspruch zwischen Teilungserklärung und Sonderwunschplan hinweisen müssen, was unterblieb. Dazu kam im konkreten Fall der Umstand, dass die Käufer den Bauträger auch noch zu weiteren Änderungen der Bauausführung veranlassten, die im Sonderwunschplan nicht vorgesehen waren. Dazu zählte die im Urteil erwähnte „Aufdoppelung“ der Treppe, die zu einer optischen Verschandelung des Treppenhauses sowie zu ungelösten statischen Problemen und störenden Schallbrücken führte. Das BGH-Urteil erwähnt auch noch den Einbau einer Spindeltreppe (anstellte der lt. Teilungserklärung vorgesehenen Ausziehtreppe), die den ausgebauten Bühnenraum im 2. DG erschließen sollte. Das BGH-Urteil erwähnt und berücksichtigt allerdings nicht, dass diese Spindeltreppe nicht mehr vom (insolvenzbedrohten) Bauträger beauftragt wurde, sondern von den „Käufern“/Erwerbern. Die betreffende (nicht für den Einsatz im Mehrfamilienhaus vorgesehene) Spindeltreppe wurde unter Verstoß gegen zahlreiche schallschutztechnische Fachregeln eingebaut, sodass die Kläger in ihrer Wohnung jeden Schritt auf der Treppe hören. In Bezug auf die Spindeltreppe waren die „Käufer“ also selber unmittelbare Handlungsstörer; darüber ging der BGH im besprochenen Urteil allerdings hinweg.

Auf Basis der h.M. müsste der Sonderwunsch-„Käufer“ als mittelbarer Störer bzw. Zustandsstörer beseitigungspflichtig sein. Nach dem BGH haftet ein Wohnungseigentümer auf Beseitigung einer baulichen Veränderung, wenn er sie zurechenbar veranlasst hat, tatsächlich und rechtlich zur Beseitigung in der Lage ist und die Störung bei wertender Betrachtung durch seinen maßgebenden Willen zumindest aufrechterhalten wird.¹⁰⁾ Vorliegend ist die Veranlassung der baulichen Maßnahme durch den Sonderwunsch-„Käufer“ evident, sodass sich nur die Frage nach der „Zurechnung“ stellt. Der BGH verneint die Zurechnung und schützt damit abweichend von seiner sonstigen Rechtsprechung das Vertrauen des Käufers/Erwerbers darauf, dass der Bauträger rechtmäßig handeln werde. Aber warum sollte dieses Vertrauen schutzwürdig sein? Unkenntnis der Rechtslage schützt auch sonst nicht vor rechtlichen Folgen. Außerdem begünstigt eine solche Rechtsprechung, wie oben schon angedeutet wurde, das Unterlassen ausreichender Belehrungen durch den beurkundenden Notar. Der Notar muss die Problematik von Berufs wegen erkennen und auf die Unvereinbarkeit eines Sonderwunsches

mit der Teilungserklärung hinweisen. Käme er dieser Pflicht nach, dann käme der Sonderwunschvertrag möglicherweise nicht zustande. Dass dadurch der Kauf/Erwerb von Wohnungseigentum generell erschwert wäre, lässt sich aber nicht ernsthaft behaupten; erschwert wären nur rechtswidrige Sonderwunschverträge. Indem der BGH die Haftung des Sonderwunsch-„Käufers“ verneint, bleibt der Pflichtenverstoß des Notars folgenlos, weshalb letzterer weiterhin „bauträgerfreundlich“ von allzu viel Aufklärung absehen wird. Würde der Käufer/Erwerber die baulichen Maßnahmen nicht durch den Bauträger, sondern durch ein anderes Unternehmen ausführen lassen, würde an seiner Störerhaftung wohl kein Zweifel bestehen. Warum aber sollte es einen entscheidenden Unterschied machen, ob das ausführende Unternehmen der Bauträger ist oder nicht?

c)

Die Lösung des Falles nach hier vertretener Auffassung soll kurz angerissen werden. Ansatzpunkt einer Beseitigungspflicht des Sonderwunsch-„Käufers“ kann nicht die eine Eigentumsverletzung voraussetzende Delikts- oder Störerhaftung gem. §§ 823, 1004 sein, weil das Eigentum am Gebäude auch nach dem Entstehen der werdenden WEG beim Bauträger liegt. M.E. ergibt sich die Rückbaupflicht des Sonderwunsch-„Käufers“ gegenüber den anderen Eigentümern aus § 280 BGB. Die schuldhaft Beschädigung oder Veränderung des Gemeinschaftseigentums stellt nicht nur eine Eigentumsverletzung, sondern auch eine Verletzung der dem Gemeinschaftsverhältnis innewohnenden Treuepflichten der Wohnungseigentümer dar. Das ist für bauliche Veränderungen anerkannt,¹¹⁾ wobei es keinen Unterschied macht, ob der Wohnungseigentümer die bauliche Veränderung selber ausführt oder sich dazu eines Dritten bedient. Es kommt hierbei insbesondere nicht darauf an, dass das Gebäude sachenrechtlich noch dem Bauträger zusteht. Allerdings setzt die Haftung gem. § 280 BGB ein Schuldverhältnis („Sonderbeziehung“) zwischen dem Sonderwunsch-„Käufer“ und den übrigen Käufern/Erwerbern (späteren Wohnungseigentümern) voraus. Dass die Mitgliedschaft in einer Wohnungseigentümergeinschaft ein solches Schuldverhältnis darstellt, ist unbestritten; allerdings besteht zum Zeitpunkt des Abschlusses des Sonderwunschvertrags noch keine Wohnungseigentümergeinschaft. Anerkanntermaßen bestehen aber auch schon vor der Erlangung der Eigentümerstellung wechselseitige Rechte und Pflichten der Käufer/Erwerber, denn die Geltung des Wohnungseigentumsgesetzes wird zeitlich vorverlagert, sobald die Käufer/Erwerber die Kriterien eines „werdenden Wohnungseigentümers“ erfüllen. Zur Begründung werden vor allem praktische Gesichtspunkte angeführt, da die Käufer/Erwerber ein berechtigtes Interesse daran hätten, die mit dem Wohnungseigentum verbundenen Mitwirkungsrechte an der Verwaltung der Wohnanlage vorzeitig auszuüben.¹²⁾ Somit ist anerkannt, dass die vormerkungsberechtigten Käufer/Erwerber nicht ohne rechtliche Beziehung nebeneinander stehen, obwohl sie noch nicht Mitglieder der Wohnungseigentümergeinschaft sind. Es ist nur konsequent und steht mit dem

10) BGH v. 4.3.2010 – V ZB 130/09, ZMR 2010, 622.

11) *Hogenschurz*, in: Jennifsen, WEG, 4. Aufl. 2015, § 22 Rdn. 46 m.w.N.

12) BGH v. 5.6.2008 – V ZB 85/07, ZMR 2008, 805, Rdn. 14.

Rechtsgedanken des § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB im Einklang, wenn aus dieser Sonderverbindung auch noch weiter nach vorne reichende Pflichten abgeleitet werden, soweit dafür ein praktisches Bedürfnis besteht. Das ist m.E. in Bezug auf den teilungserklärungswidrigen Sonderwunschvertrag der Fall: Es ist sachlich nicht einleuchtend, weshalb ein Käufer/Erwerber, der mit Abschluss des Bauträgervertrags in eine Beziehung und spätere Gemeinschaft mit anderen Käufern/Erwerbern (späteren Eigentümern) eintritt, ohne Konsequenzen gegen die aus der Teilungserklärung resultierenden Pflichten verstoßen können soll. *Inter partes*, also im Verhältnis zu den anderen Käufern/Erwerbern und werdenden Eigentümern, ist die Geltung des Wohnungseigentumsgesetzes vorzuverlagern.

Demnach stellt es eine Pflichtverletzung dar, wenn der Käufer/Erwerber den Bauträger dazu veranlasst, Gemeinschaftseigentum entgegen der Teilungserklärung herzustellen. Wem das sachenrechtliche Eigentum am Gebäude zusteht, ist im Verhältnis der Käufer/Erwerber untereinander gleichgültig, denn im Ergebnis stellt eine bauliche Abweichung von der Teilungserklärung jedenfalls eine Störung/Verletzung des Gemeinschaftseigentums dar. Ebenso, wie unter dem Gesichtspunkt ordnungsmäßiger Verwaltung die Herstellung des Gemeinschaftseigentums gemäß Teilungserklärung und Aufteilungsplan geboten ist, ist es *verboten*, eine teilungserklärungswidrige Ausführung herbeizuführen. Das für die Haftung erforderliche Verschulden wird gem. § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB vermutet. Eine Entkräftung der Vermutung wird dem Käufer/Erwerber nicht gelingen, weil und soweit er weiß oder wissen könnte, dass sein Sonderwunsch dazu führt, dass abweichend von der Teilungserklärung gebaut wird.

Die Kläger hätten im entschiedenen Fall außerdem zumindest mit dem (unverjährbaren) Anspruch auf Besitzeinräumung gem. § 985 BGB durchdringen müssen. Denn gemäß dem Sonderwunschvertrag nahm die Wohnung der Beklagten einen Teil des Treppenhauses in Beschlag. Die Kläger konnten die Herausgabe der gemeinschaftlichen Treppenhaufläche gem. § 985 BGB verlangen,¹³⁾ was im Ergebnis insoweit zu einer faktischen Beseitigungspflicht auf Seiten der Beklagten geführt hätte.¹⁴⁾ Die Kläger hatten diesen Anspruch auch geltend gemacht. Das Landgericht wies ihn aber mit der Begründung ab, die Herausgabe sei den Beklagten „nicht zuzumuten“. Denn es war der Überzeugung, der obere Teil des Treppenhauses sei für die Kläger von keinem – auch nur ästhetischen – Nutzen, wobei diese Überzeugungsbildung wohlgermerkt erfolgte, ohne dass sich die Richter ein eigenes Bild von der Örtlichkeit gemacht hätten. Der BGH hatte dagegen nichts einzuwenden (s. dazu noch unten Ziff. II); genau genommen beschäftigte er sich mit dem Herausgabeanspruch gem. § 985 BGB überhaupt nicht. Das verwundert in mehrfacher Hinsicht. Zunächst ist es prinzipiell fragwürdig, einen tatbestandlich gegebenen Anspruch auf Herausgabe von Eigentum mit (nicht näher begründeten) „Zumutbarkeits-erwägungen“ abzuweisen, weil dadurch im Ergebnis eine Enteignung der übrigen Miteigentümer an der betreffenden Fläche eintritt. Außerdem mutet der BGH Wohnungseigentümern, die rechtsgrundlos Gemeinschaftsfläche vereinnahmen, ansonsten sehr viel zu. Beispielhaft sei auf ein Urteil aus dem Jahr 2012 verwiesen, in welchem ein Miteigentümer aufgrund eines (nichtigen) Beschlusses zur Um-

wandlung von Gemeinschafts- in Sondereigentum das Dach eines Hauses erneuert und vier Dachgeschosswohnungen geschaffen und jahrelang unbeanstandet genutzt hatte. Der BGH lehnte das Begehren jenes „Bauherrn“ auf Anpassung der grundbuchrechtlichen Lage an die tatsächlichen Verhältnisse ab und hielt es nicht für unbillig, dass die Dachgeschosswohnungen weiterhin Gemeinschaftsfläche blieben.¹⁵⁾ Daraus muss man schließen, dass in jenem Fall die Wohnungen gem. § 985 BGB an die Gemeinschaft herauszugeben waren. Der Wertungswiderspruch zum vorliegenden Fall liegt auf der Hand.

4. Ansprüche gegen die Gemeinschaft bzw. die übrigen Miteigentümer

Obwohl die Kläger im besprochenen Fall Ansprüche gegen die Käufer/Erwerber geltend machten, befasste sich der BGH auch mit Ansprüchen gegen die weiteren Miteigentümer (Rdn. 20 ff.). Damit will der BGH obiter dictum die Sachgerechtigkeit des von ihm gefundenen Ergebnisses (wonach die Käufer/Erwerber nicht auf Rückbau haften) untermauern, weil angeblich der „vom Senat befürwortete Zuschnitt der Verantwortungsbereiche“ damit harmoniere, dass die erstmalige plangerechte Herstellung des Gemeinschaftseigentums Sache aller Wohnungseigentümer ist. Der BGH verweist die Kläger darauf, dass sie plangemäße Herstellung („grundsätzlich“) von den übrigen Miteigentümern verlangen könnten. Wenngleich letzteres unstrittig richtig ist, ist diese „Hilfsbegründung“ der Klageabweisung nicht tragfähig. Der BGH stellt keine Harmonie her, vielmehr knirscht es ganz gewaltig: Denn der BGH stellt damit den bislang allgemein anerkannten Grundsatz in Frage, wonach jeder Miteigentümer aus eigenem, individuellen Recht den Rückbau rechtswidriger baulicher Veränderungen verlangen kann, solange die Gemeinschaft die Ansprüche nicht an sich gezogen hat.¹⁶⁾ Der BGH verkennt in der besprochenen Entscheidung, dass es *immer* Sache aller Eigentümer ist, sich um die plangemäße Herstellung oder Erhaltung des Gemeinschaftseigentums zu kümmern, und dass dies bislang nicht dazu führte, aus diesem Grund Individualansprüche zu verneinen. Weshalb es insoweit einen Unterschied zwischen ursprünglichen, vom Bauträger durchgeführten und späteren baulichen Veränderungen geben soll, ist nicht ersichtlich. Nach der „Harmonielehre“ des BGH müssten konsequenter Weise auch dann, wenn ein Eigentümer Jahre nach der Erstherstellung ein Dachgeschoss über seiner Wohnung ausbaute, Individualansprüche anderer Eigentümer auf Rückbau ausgeschlossen sein.

Wozu es führt, wenn statt des Sonderwunsch-„Käufers“ die Miteigentümer den Rückbau und die plangemäße Herstellung durchführen und finanzieren sollen, kann man sich denken: Freiwillig werden sich die Miteigentümer in den Fällen, in denen die von einer rechtswidrigen baulichen Maßnahme ausgehenden Störungen nicht alle, sondern nur einzelne treffen, dazu nicht bereitfinden. Der BGH versäumt auch nicht (Rdn. 22), die Kläger darüber zu informieren, dass der gegen

13) LG Hamburg v. 9.4.2014 – 318 S 117/13, ZMR 2014, 742; LG München I v. 29.3.2010 – 1 S 17989/09, ZMR 2010, 794.

14) M. Schmid, Beseitigungsanspruch, Verjährung und ordnungsmäßige Verwaltung im WEG-Recht, ZWE 2014, 445.

15) BGH v. 11.5.2012 – V ZR 189/11, ZMR 2012, 793.

16) So schon ausdrücklich BGH v. 19.12.1991 – V ZB 27/90, ZMR 1992, 167 und jüngst (betr. Unterlassungsansprüche) BGH v. 7.2.2014 – V ZR 25/13, ZMR 2014, 554.

die Miteigentümer gerichtete Herstellungsanspruch nicht schrankenlos besteht, sondern durch den Grundsatz von Treu und Glauben beschränkt wird. In solchen Fällen sollen die Wohnungseigentümer dann verpflichtet sein, den „Teilungsvertrag“ und den Aufteilungsplan so zu ändern, dass diese der tatsächlichen Bauausführung entsprechen. Nur: Wie soll das praktisch funktionieren? Wer sollte ein Interesse daran haben, eine Änderung von Teilungserklärung und Aufteilungsplan durchzusetzen und zu vollziehen? Die Antwort lautet: Niemand hat ein Interesse daran, weshalb niemand die Änderung durchsetzen wird. „Steine statt Brot“ ist demnach der vom BGH angeführte Ausgleichsanspruch, wonach der beeinträchtigte Miteigentümer „jedenfalls gravierende Abweichungen zu Lasten seines Sondereigentums unter Umständen nur gegen eine Ausgleichszahlung hinnehmen“ muss. Schon der Ausgangspunkt der Ausgleichszahlung, nämlich „gravierende Abweichungen zu Lasten des Sondereigentums“, impliziert einen systematischen Widerspruch, denn bei gravierenden und belastenden Abweichungen kann der Herstellungsanspruch nicht nach Treu und Glauben ausgeschlossen sein. Im Übrigen ist so ziemlich alles im Zusammenhang mit diesem Ausgleichsanspruch ungeklärt: Von welchen „Umständen“ soll die Zahlung abhängen? Nach welchen Kriterien soll die Höhe bestimmt werden? Mit welcher Klage und mit welcher Anspruchsgrundlage soll die Zahlung von wem verlangt werden können? Der vom BGH zitierte „leading case“ (BGH v. 5.12.2003 – V ZR 447/01, ZMR 2004, 206), in dem es um die Beseitigung sog. isolierter (sondereigentumsloser) Miteigentumsanteile ging, eignet sich nicht als Vorbild. Denn dort führte der Inhaber der isolierten Miteigentumsanteile eine Klage auf Änderung von Teilungserklärung und Aufteilungsplan, auf die er angewiesen war, um seinen Miteigentumsanteilen Substanz zu verschaffen; seinem Änderungsbegehren sollten die in Anspruch genommenen Miteigentümer einen Anspruch auf Ausgleichszahlung entgegenhalten können. Wenn nun aber im besprochenen Fall niemand einen Anspruch auf Anpassung der Teilungserklärung geltend macht (was, wie gesagt, zu erwarten ist), kommt es nicht zu der im Fall des BGH V ZR 447/01 gegebenen Situation, dass die Zustimmung zur Änderung von einer Ausgleichszahlung abhängig gemacht werden kann.

II. Der Anspruch auf Unterlassung der Wohnnutzung und die Bindung des Berufungsgerichts an tatrichterliche Feststellungen gem. § 529 Abs. 1 ZPO

1.

Im besprochenen Fall beantragten die Kläger nicht nur den Rückbau des 2. DG zur Bühne, die es laut Teilungserklärung sein sollte, sondern auch – gewissermaßen vorsorglich – die Unterlassung der Nutzung des 2. DG als Wohnraum. Es kam also darauf an, ob der Bühnenraum zu Wohnraum ausgebaut war und als solcher genutzt wurde. Beides wurde bestritten, obwohl (wie oben erwähnt wurde) schon die Sonderwunschvereinbarung mit dem Bauträger den Ausbau detailliert vorsah und sich die Beklagten dahin gehend eingelassen hatten, dass sie die Wohnung ohne die Erweiterung gar nicht gekauft/erworben hätten. Es kam zu einem Ortstermin mit der zur Entscheidung in erster Instanz berufenen Amtsrichterin, die das 2. DG – wenig überraschend – ausgebaut und eingerichtet vorfand: Die Räumlichkeit wurde über die schon erwähnte offene Spindeltrappe erschlossen, hatte ei-

nen Bodenbelag aus Linoleum, Steckdosen, TV-Anschluss, Heizkörper, Deckenstrahler und Lichtschalter, Dachflächenfenster und eine große Glasfront zur gefliesten Loggia, Möblierung mit Stühlen und Sessel, ein Podest mit Matratze (zum Schlafen), Fotos an den Wänden und herumliegende Spielsachen. Aufrechtes Stehen war aufgrund der Dachschrägen nicht überall, aber in einem 1 m breiten Streifen unterhalb des Giebels möglich. Die Amtsrichterin war daraufhin von einer Wohnraumnutzung überzeugt und verurteilte die Beklagten antragsgemäß zur Unterlassung. Dabei konnte sie sich auf solide Präjudizien stützen, hatte doch der BGH selbst unlängst geurteilt: „Die Nutzung eines in der Teilungserklärung als Teileigentum und Hobbyraum ausgewiesenen Raums zu (nicht nur vorübergehenden) Wohnzwecken ist unzulässig, ohne dass es darauf ankommt, dass die Wohn- bzw. Schlafnutzung im konkreten Fall (derzeit) möglicherweise nicht störend ist.“¹⁷⁾ Das BayObLG urteilte einst zu einem durchaus vergleichbaren Fall: „Die Nutzung eines im Dachspitz gelegenen, im Sondereigentum stehenden Abstellraumes durch den Eigentümer zu Wohn- und Schlafzwecken brauchen die übrigen Wohnungseigentümer nicht zu dulden; sie können überdies die Beseitigung einer Wendeltreppe verlangen, die den Speicherraum mit der darunter liegenden Wohnung verbindet und errichtet wurde, um eine solche Nutzung zu ermöglichen.“¹⁸⁾ Trotzdem hob das von den Beklagten angerufene Landgericht das Urteil des Amtsgerichts auf. Begründet wurde die Aufhebung insoweit mit den Worten, das LG halte es entgegen den amtsgerichtlichen Feststellungen keineswegs für erwiesen, dass das 2. DG zu Wohnzwecken genutzt werde. Ein mehr als allenfalls vorübergehender Aufenthalt sei aufgrund der geringen Raumhöhe nicht möglich. Die Entscheidung des LG lässt, wie der BGH in dem besprochenen Urteil (Rdn. 22) verlautbart, angeblich keine Rechtsfehler erkennen. Dem kann nicht zugestimmt werden.

2.

Zunächst ist es offenkundig unzutreffend, dass in der streitgegenständlichen Räumlichkeit im 2. DG keine Wohnraumnutzung möglich sei. Die Nutzung als Wohnraum erfordert es nicht, dass man überall stehen kann, sonst gäbe es in Räumen mit Dachschrägen niemals Wohnraum. Das Landgericht wurde vergeblich auf die Rechtsprechung des VIII. BGH-Zivilsenats hingewiesen, wonach weder eine geringe Raumhöhe, noch das Fehlen einer bauordnungsrechtlichen Genehmigung als Wohnraum (die im hier erörterten Fall nicht einmal vorlag, denn genehmigt war eine „Bühne“) gegen die tatsächliche Nutzung als Wohnraum spricht.¹⁹⁾ Des Weiteren war das Berufungsgericht gem. § 529 ZPO an die Feststellungen der Amtsrichterin gebunden und hätte von deren Beweisergebnis nicht abweichen dürfen²⁰⁾ – jedenfalls nicht ohne eigene Augenscheinseinnahme! Denn die Bindung des Berufungsgerichts an die Feststellungen der ersten Instanz besteht, „soweit nicht konkrete Anhaltspunkte

17) BGH v. 16.6.2011 – V ZA 1/11, ZMR 2011, 967. Ebenso LG Frankfurt 25.6.2014 – 13 S 18/13, ZMR 2014, 1001, das die faktische Unverjährbarkeit des Unterlassungsanspruchs betont (nicht rechtskräftig).

18) BayObLG v. 29.7.1993 – ZZ BR 67/93, WuM 1993, 752. S. auch Fn. 15.

19) BGH v. 16.12.2009 – VIII ZR 39/09, ZMR 2010, 430.

20) So OLG Celle v. 24.2.2012 – 4 W 1/12, ZMR 2012, 569: Es ist zu berücksichtigen, dass die Frage der Beeinträchtigung zwar eine rechtliche Würdigung einschließt, sich letztlich aber auch auf eine Wertung tatsächlicher Umstände stützen muss, wobei den Vorinstanzen ein tatrichterlicher Ermessensspielraum zukommt.

Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen begründen *und deshalb eine erneute Feststellung gebieten*“ (§ 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO). Vernünftige Zweifel genügen, um das Berufungsgericht zu neuen Tatsachenfeststellungen zu verpflichten.²¹⁾ „Solche Zweifel können sich auch aus der Möglichkeit **unterschiedlicher Wertung** ergeben, insbesondere daraus, dass das Berufungsgericht das Ergebnis einer erstinstanzlichen Beweisaufnahme anders würdigt als das Gericht der Vorinstanz. Wenn sich das Berufungsgericht von der Richtigkeit der erstinstanzlichen Beweiswürdigung nicht zu überzeugen vermag, so ist es an die erstinstanzliche Beweiswürdigung, die es aufgrund konkreter Anhaltspunkte nicht für richtig hält, nicht gebunden, sondern zu einer **erneuten Tatsachenfeststellung** nach der gesetzlichen Neuregelung **nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet**“.²²⁾ Während das LG in seinem Urteil kein Wort dazu verlor, weshalb es ohne eigene Augenscheinseinnahme von der Beweiswürdigung der Vorinstanz abwich, versucht der BGH eine Rechtfertigung (Rdn. 22). Er bestätigt zunächst den Grundsatz, wonach das Berufungsgericht Zeugenaussagen nur nach erneuter Vernehmung anders als die Vorinstanz bewerten dürfe. Das gelte aber nicht, wenn man die Wahrheit der Aussage gar nicht in Frage stelle, aber die „als wahr unterstellte Aussage des Zeugen nicht ausreicht, um die Beweisfrage zu bejahen“. Dieser Begründung ist zu widersprechen. Sie ist mit dem Wortlaut und Sinn des § 529 Abs. 1 ZPO nicht in Einklang zu bringen. Auch die Verweise des BGH auf zwei frühere Judikate tragen nicht. Im zitierten Urteil des BGH vom 19.7.2002 (V ZR 240/01) ging es um eine Zeugenaussage, der das Berufungsgericht im Gegensatz zur Vorinstanz keine entscheidenden Erkenntnisse zur Streitfrage entnehmen konnte; nur deshalb wurde der Verzicht auf die erneute Vernehmung gebilligt. Im vorliegend besprochenen Fall hatten aber die von der Amtsrichterin protokollierten Feststellungen (Ausbauzustand und Einrichtung des 2. DG) sehr wohl einen Bezug zur Streitfrage (Wohnraumnutzung). Im zitierten Urteil des BGH v. 02.06.1999 (VIII ZR 112/98, Rdn. 23) findet sich zwar der vom V. BGH-Zivilsenat aufgegriffene Passus, wonach die erneute Vernehmung eines Zeugen unterbleiben könne, „wenn der objektive Beweiswert der als wahr unterstellten Zeugenaussage nicht ausgereicht hätte, um die Beweisfrage zu bejahen“. Das blieb aber Theo-

rie, denn es heißt danach weiter: „Für eine dahin gehende Annahme fehlt es jedoch im Berufungsurteil an jedem Anhaltspunkt. ... Es zeigt sich vielmehr, dass das Berufungsgericht den Inhalt der Zeugenaussage anders würdigt als das Landgericht. Dies war ohne eine erneute Vernehmung des Zeugen nicht zulässig.“ Auch diese Entscheidung spricht also mehr *für* eine Wiederholung der Beweisaufnahme, als dass sie sich als Beleg für die Entbehrlichkeit eignet. Denn vorliegend hatte das Amtsgericht auf der Grundlage der vorgefundenen und von keiner Seite bestrittenen Tatsachen eine entscheidungserhebliche Bewertung getroffen, nämlich auf die Nutzung des 2. DG als Wohnraum geschlossen. Und weil das LG davon abweichen wollte, hätte es die Beweisaufnahme (Augenscheinseinnahme) wiederholen müssen, anstatt die tatrichterliche Würdigung des Amtsgerichts ins Gegenteil zu verkehren.

3.

Das Ergebnis der Beweiswürdigung erscheint unhaltbar. Die vom Landgericht aus dem als wahr zugrunde gelegten Sachverhalt gezogene Schlussfolgerung verstößt gegen Denkgesetze und Erfahrungssätze: Die Bühne im 2. DG wurde für einen Aufpreis von 18.000 € als Wohnraum „verkauft“ und entsprechend umgebaut, weist alle für Wohnraum erforderlichen Merkmale auf und wird benutzt. Wenn LG und BGH die Wohnraumnutzung trotzdem nicht für erwiesen ansehen, wirft das die Frage auf, ob und wie eine solche überhaupt jemals bewiesen werden kann. Zudem wurde nicht berücksichtigt, dass eine unzulässige Störung auch schon deswegen vorliegt, weil mit dem Ausbau die *Möglichkeit* der intensiveren Nutzung der Dachräume gegeben ist.²³⁾ Mit alledem befasste sich der BGH aber nicht; er beschränkt sich darauf, dem LG Fehlerfreiheit zu bescheinigen.

- 21) Gesetzesbegründung zur ZPO-Reform 2001, BT-Drs. 14/3036, 118, 124.
 22) Zitat aus BGH v. 9.3.2005 – VIII ZR 266/03, NJW 2005, 1583, Rdn. 7. In der Entscheidung wird ergänzend auf entsprechende Vorgaben des BVerfG verwiesen.
 23) BGH v. 6.11.2009 – V ZR 73/09, ZMR 2010, 210, Rdn. 22: „nicht hinzunehmende Störung“; LG München I v. 18.7.2013 – 36 S 20429/12, ZMR 2014, 53; st. Rspr.

Umsetzung des Mess- und Eichgesetzes (MessEG) durch den Verwalter

Von RA Rüdiger Fritsch, FA für Miet- und Wohnungseigentumsrecht, Solingen

Am 1.1.2015 ist das neue Mess- und Eichgesetz (MessEG)¹⁾ mit der dazugehörigen neuen Mess- und Eichverordnung (MessEV)²⁾ in Kraft getreten. Gegenüber der bisherigen Rechtslage haben sich Änderungen ergeben, durch die einige neue Pflichten auf Eigentümer, Vermieter und Immobilienverwalter zukommen, denn typischerweise werden durch Vermieter und Wohnungseigentümergeinschaften eichpflichtige Messgeräte u.a. zur Erfassung und Abrechnung der Betriebskosten genutzt. Die damit im Zusammenhang stehenden Probleme sind derzeit naturgemäß

rechtlich weitgehend ungeklärt. Die nachfolgenden Ausführungen sollen somit eine erste Orientierungshilfe geben.

- 1) Gesetz zur Neuregelung des gesetzlichen Eich- und Messwesens (MessEG) v. 25.7.2013, BGBl. 2013 Teil I, S. 2722 ff.
 2) Verordnung über das Inverkehrbringen und die Bereitstellung von Messgeräten auf dem Markt sowie über ihre Verwendung und Eichung (Mess- und Eichverordnung – MessEV) v. 11.12.2014, BGBl. 2014 Teil I, 2010.