

Abschrift

## Amtsgericht Freising

Az.: 6 C 689/09 WEG



**IM NAMEN DES VOLKES**

In dem Rechtsstreit

**WEG**

- Klägerin und Widerbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

~~Rechtsanwälte Alavi Frösner Stadler, Haydstraße 2, 85354 Freising, Gz.: 0184/08-KF/vk~~

Verwalterin der Wohnungseigentumsgemeinschaft:

gegen

- 1)  
- Beklagte und Widerklägerin-
- 2)  
- Beklagter und Widerkläger -

Prozessbevollmächtigter zu 1 und 2:

wegen Wohnungseigentum

erlässt das Amtsgericht Freising durch den Richter am Amtsgericht am 24.07.2012  
im schriftlichen Verfahren, bei dem Schriftsätze eingereicht werden konnten bis 13.07.2012, fol-  
gendes

## Endurteil

1. Die Beklagten werden samtverbindlich verurteilt, die auf der Dachter-  
rasse ihrer Wohnung  
befindlichen Aufbauten (sog. Windschutz) fachgerecht auf eigene Kos-

ten zu entfernen.

2. Die Beklagten werden gesamtschuldnerisch verurteilt, vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 546,69 € nebst 5% Zinsen über dem Basiszinssatz seit 03.06.2009 an die Klägerin zu bezahlen.

Im übrigen wird die Klage abgewiesen.

3. Die Widerklage wird abgewiesen.

4. Von den Kosten des Rechtsstreits trägt die Klägerin 1/6, die Beklagten samtverbindlich 5/6.

5. Das Urteil ist aus Ziffer 1) gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 8000,00 € vorläufig vollstreckbar. Im Übrigen ist das Urteil vorläufig vollstreckbar. Der jeweilige Vollstreckungsschuldner kann die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 120% des gegen ihn vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der jeweilige Vollstreckungsgläubiger vorher Sicherheit in Höhe von 120% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

## Beschluss

Der Streitwert wird auf 12.000,00 € festgesetzt.

## Tatbestand

Die klagende WEG begehrt die Beseitigung von Aufbauten auf einer Dachterrasse, im Wege der Widerklage begehren die Beklagten die Verpflichtung der WEG zur Herstellung eines Windschutzes.

Die Beklagten sind Mitglieder der klagenden Wohnungseigentümergeinschaft und halten im

Sondereigentum die Wohnung Nr. 69 nebst zugehörigem Kellerabteil. Die streitgegenständliche Dachterrasse ist ausschließlich über die Wohnung der Beklagten erreichbar. Das Miteigentum nebst Sondereigentum erwarben die Beklagten im Jahr 1999. Seit der erstmaligen Nutzung der Dachterrasse behelfen sich die Beklagten mittels einer provisorischen Windschutzeinrichtung gegen von ihnen wahrgenommene starke Winde auf der Dachterrasse. Ab 2005 fanden Gespräche mit der Hausverwaltung statt. Im Jahr 2007 wurde den Beklagten seitens der Hausverwaltung unter Mitwirkung des Verwaltungsbeirats die Anbringung eines Windschutzes gem. einer von den Beklagten vorgelegten Skizze (siehe Anlage K1) genehmigt. Die Beklagten errichteten sodann eine Metallkonstruktion, bestehend aus einem Boden- und Dachteil, sowie 3 Seitenteilen zur West-, Nord- und Südseite. Jedenfalls die Westseite wie auch der Dachbereich war in geschlossener Bauausführung gestaltet. Zur tatsächlichen Erscheinung wird auf die Lichtbilder in der Anlage B5 verwiesen. Im Oktober 2007 wurden die Beklagten seitens der Hausverwaltung zur Beseitigung aufgefordert. Nach Rechtshängigkeit bauten die Beklagten die Konstruktion dergestalt zurück, dass sowohl die Dach- als auch die ostseitige Verglasung entfernt wurde und ein an der Westseite nach wie vor verglaster Metallkorpus auf der Dachterrasse zurückblieb. In der Eigentümerversammlung vom 28.06.2011 wurde unter TOP 7 folgender Beschluss gefasst: *"Es soll ein Windschutz auf der Dachterrasse der Eigentümer migrt werden"*. Darüber hinaus wurde beschlossen: *"Die Ausführung soll entsprechend Skizze 2007 oder ähnlich genehmigt werden"*.

Die Klägerin trägt vor, die von den Beklagten ausgeführte Konstruktion auf der Dachterrasse entspreche nicht der Vereinbarung mit der Hausverwaltung aus dem Juli 2007. Eine Ähnlichkeit sei ebenfalls nicht gegeben, sodass auch nicht aufgrund des zuletzt erfolgten Beschlusses auf der Eigentümerversammlung die Konstruktion bestehen bleiben könne. Die Klägerin ist der Auffassung, die Dachterrasse stehe den Beklagten nur zur Sondernutzung zur Verfügung, ein Sondereigentum bestünde nicht. Die Klägerin habe deshalb einen Beseitigungsanspruch gegen die Beklagten, da es sich um eine nichtgenehmigte bauliche Änderung handle. Die Klägerin betreibt, dass auf der Dachterrasse ungewöhnlich starke Winde herrschten. Soweit die Beklagten vortragen, diesen würde ein Anspruch auf erstmalige Herstellung eines ordnungsgemäßen Zustandes durch Anbringung eines Windschutzes zustehen, meint die Klägerin, ein solcher Anspruch bestünde nicht. Jedenfalls wäre ein solcher verjährt. Soweit die Klägerin am 28.06.2011 selbst einen Beschluss gefasst habe, der die Errichtung eines Windschutzes gem. der Skizze 2007 oder ähnlich vorsehe, sei dieser Beschluss nichtig, da er zu unbestimmt sei. Mithin sei die Klägerin selbst nicht an ihren Beschluss gebunden.

Die Klägerin hat den ursprünglichen Klageantrag auf Beseitigung und Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes dergestalt teilweise für erledigt erklärt, dass den Beklagten aufgegeben wird die Aufbauten auf eigene Kosten so zu entfernen, dass mit Ausnahme eines der Skizze 2007 entsprechenden oder ähnlichen Windschutzes der ursprüngliche Zustand der Dachterrasse wieder hergestellt wird. Dieser Erledigterklärung haben die Beklagten zugestimmt.

**Zuletzt stellt die Klägerin jedoch folgenden Antrag:**

- I. Die Beklagten sind samtverbindlich verpflichtet, die auf der Dachterrasse ihrer Wohnung im Anwesen befindlichen Aufbauten (sog. Wintergarten/Windschutz), bestehend aus 3 Seitenwänden und einer Überdachung fachgerecht auf eigene Kosten zu entfernen und den ursprünglichen Zustand der Dachterrasse wiederherzustellen.
- II. Die Beklagten werden gesamtschuldnerisch verurteilt, die Kosten des Rechtsstreits so-

wie die vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 546,69 € nebst 5% Zinsen über Basiszins seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.

**Die Beklagten beantragen zuletzt:**

- I. Die Klage wird abgewiesen.
- II. Im Wege der Hilfswiderklage wird die Klägerin verurteilt, an der westlichen Umgrenzung der im Sondereigentum der Beklagten zu 1) und 2) stehenden Dachterrasse in der Wohnung einen Windschutz zu errichten, der nach den Regeln der Technik geeignet ist, die Dachterrasse der Beklagten zu 1) und 2) vor übermäßigen Einwirkungen durch Wind und Windstöße zu schützen.

Die Beklagten tragen vor, sie seien Sondereigentümer der Dachterrasse. Dies ergäbe sich aus der Teilungserklärung. Darüber hinaus sind sie der Auffassung, der ursprünglich hergestellte Zustand nach Baufertigstellung entspräche keinem ordnungsgemäßen Zustand, da aufgrund der konkreten Stellung der beiden Wohnblockteile zueinander die zwischen beiden Teilen liegende Dachterrasse der Beklagten übermäßiger Windeinströmung ausgesetzt sei, sodass eine bestimmungsgemäße Nutzung der Dachterrasse ohne Windschutz unmöglich sei. Die Klägerin sei deshalb verpflichtet erstmals einen ordnungsgemäßen Zustand herzustellen, indem sie einen den Regeln der Technik entsprechenden Windschutz anbringt. Die Beklagten sind der Auffassung, aufgrund dieses Anspruchs seien sie auch nicht verpflichtet die noch auf der Dachterrasse befindliche Metallkonstruktion zu beseitigen, da diese jedenfalls ähnlich der im Juli 2007 zur Genehmigung vorgelegten Skizze sei und damit schon aufgrund des eigenen Beschlusses der Klägerin rechtmäßig sich auf der Dachterrasse befinde. Soweit die Klägerin vorträgt, ein solcher erstmaliger Herstellungsanspruch sei verjährt treten die Beklagten und Hilfswiderkläger dem entgegen. Sie führen aus, ein solcher Anspruch unterliege nicht der Verjährung. Dies ergebe sich aus einer entsprechenden Anwendung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Mängelbeseitigung im Rahmen der Wohnraummiete. Jedenfalls aber würde die Verjährung erst mit Beseitigung des Istzustandes (wieder) zu laufen beginnen. Darüber hinaus sei die eingereichte Klage bereits unzulässig, da die Bevollmächtigung der Klägervertreterin nicht nachgewiesen sei.

Das Gericht hat Beweis erhoben durch Einholung eines technischen Sachverständigengutachten zur Nutzbarkeit der Dachterrasse. Zum Ergebnis der Beweisaufnahme wird auf das Gutachten vom 12.03.2010 nebst der Ergänzung vom 16.05.2010 verwiesen. Zur Ergänzung des Tatbestands wird auf die Protokolle der mündlichen Verhandlung vom 27.10.2009, 07.09.2010, 10.03.2011 und 03.05.2012 hingewiesen. Zudem wird zur Ergänzung des Tatbestands auf die gewechselten Schriftsätze und sonstigen Aktenbestandteile verwiesen. Die Parteien haben sich mit einer Entscheidung im schriftlichen Verfahren einverstanden erklärt. Als Zeitpunkt des Schlusses der letzten mündlichen Verhandlung wurde der 13.07.2012 bestimmt.

## Entscheidungsgründe

Die zulässige Klage ist überwiegend begründet, die zulässige Widerklage unbegründet.

- I. Die Klage ist zulässig, das Amtsgericht Freising ist gem. § 43 Nr. 2 WEG ausschließlich örtlich und sachlich zuständig. Die Zuständigkeit bezüglich der hilfsweise erhobenen Widerklage ergibt sich gem. § 33 Abs. I ZPO.

Die Klägerin hat einen nach Auffassung des Gerichts sachdienlichen Parteiwechsel auf Klägerseite durchgeführt, indem sie die klagende Partei von den ursprünglich klagenden weiteren Wohnungseigentümern auf den Gesamtverband WEG umgestellt hat. Diese Umstellung ist sachgerecht, da tatsächlich aktivlegitimiert und somit prozeßführungsbefugt die Gesamtheit aller Wohnungseigentümer ist. Soweit die Bevollmächtigung der Klägervertreterin seitens der Beklagten bestritten wurde, hat das Gericht bereits darauf hingewiesen, dass allein aufgrund des Umstandes das bereits bei der ersten mündlichen Verhandlung neben der Klägervertreterin der Verwalter der Klägerin als auch Verwaltungsbeiratsmitglieder anwesend waren an der ordnungsgemäßen Bevollmächtigung nicht gezweifelt wird.

- II.

Die Klägerin hat gegen die Beklagten einen Anspruch auf Beseitigung der sich auf der Dachterrasse befindlichen Metallkonstruktion nebst Verglasung der Westseite gem. § 22 Abs. 1 WEG iVm. § 1004 Abs. 1 BGB. Die von den Beklagten auf der Dachterrasse noch vorgehaltene Metallkonstruktion nebst westseitiger Verglasung wurde ohne Genehmigung errichtet. Aus den vom Gericht nun Augenschein genommenen Lichtbildern ergibt sich, dass sie unter keinem ersichtlichen Aspekt der einer ursprünglichen Genehmigung zugrunde liegenden Skizze aus dem Juli 2007 entspricht oder aber einer ähnlichen Bauausführung gleichkommt. Bereits der massiv erscheinende Baukörper der Metallkonstruktion steht im krassen Widerspruch zur ursprünglich genehmigten Version, die nach Feststellung des Gerichts jedenfalls durch eine transparent wirkende und Leichtigkeit ausstrahlende Errichtung imponiert. Die ohne Genehmigung errichtete Konstruktion ist eine bauliche Veränderung im Sinne des § 22 Abs. 1 WEG. Dies ergibt sich bereits daraus, dass die konkrete Bauausführung insbesondere der westseitigen Verglasung eine signifikante Beeinträchtigung des optischen Gesamtbildes des Gesamtbaukörpers bewirkt. Hierfür aber ist die Zustimmung aller Wohnungseigentümer erforderlich, deren Eigentum über das in § 14 Nr. 1 WEG bestimmte Maß hinaus beeinträchtigt wird. Dies ist bei einer Veränderung der Fasadenspektik regelmäßig jeder einzelne Wohnungseigentümer. Eine solche Zustimmung liegt nicht vor. Aufgrund der Feststellung des Gerichts, dass die noch verbliebene Konstruktion (und schon gar nicht die bei Klageeinreichung vorhandene Konstruktion) auch nicht als ähnliche Bauausführung gem. der Skizze 2007 (Anlage K1) anzusehen ist, liegt für die Konstruktion eine Genehmigung nicht vor, so dass die Klägerin die Beseitigung begehren kann. Hierbei ist es unerheblich, ob die Dachterrasse Sondereigentum der Beklagten ist oder aber nur ein Sondernutzungsrecht besteht. Soweit den Beklagten zuzugestehen ist, dass ausweislich der Teilungserklärung jedenfalls der Plattenbelag der Dachterrasse in deren Sondereigentum steht (ebenso wie der Innenanstrich, was aber in der Zusammenschau wohl dazu führen wird, dass grundsätzlich nur ein Sondernutzungsrecht besteht) kann die Gemeinschaft der Eigentümer trotz allem die Beseitigung begehren, da durch die konkrete Ausübung des Sondereigentumsrechts die Gesamtgestaltung der Hausfassade verändert wurde.

Die Beklagten können die Beseitigung auch nicht dadurch zu Fall bringen, dass möglicherweise in der Herstellung eines Windschutzes eine erstmalige ordnungsgemäße Herstellung des Baus gegeben ist. Für den Fall, dass tatsächlich die erstmalige ordnungsgemäße Herstellung des Baus einen Windschutz als unabdingbar erscheinen läßt, so ist jedenfalls die konkrete Gestaltung von Seiten der Klägerin auszuwählen und zu genehmigen.

Wie bereits ausgeführt entspricht die vorhandene Konstruktion einer solchen Vorgabe nicht, darüber hinaus wäre ein Anspruch auf erstmalige Herstellung jedenfalls verjährt (siehe dazu unten).

Soweit die Klägerin nicht nur die Beseitigung beantragt hat sondern darüberhinaus auch die Herstellung des ursprünglichen Zustands der Dachterrasse war insoweit die Klage abzuweisen. Hierauf hat die Klägerin keinen Anspruch, da sie ausweislich des Beschlusses der Eigentümerversammlung vom 28.06.2011 den Beklagten das Recht eingeräumt hat einen Windschutz auf der Dachterrasse gem. der Skizze 2007 oder ähnlich zu errichten. Ein über diesen genehmigten Zustand hinausgehender Rückbau aber kann dann im Wege der Beseitigung gem. § 1004 Abs. I BGB nicht begehrt werden. Entgegen der Rechtsauffassung der Klägerin ist dieser Beschluss auch nicht nichtig. Der Klägerin ist zuzugeben, dass der Beschluss wohl anfechtbar gewesen wäre, da durch die Beschlussfassung eine bauliche Veränderung gem. § 22 Abs. I WEG genehmigt wurde, für die die Zustimmung aller Wohnungseigentümer nötig gewesen wäre. Nachdem der Beschluss aber unstreitig nicht angefochten wurde, bleibt es bei seiner Wirksamkeit (Werle in Berman, WEG, 10. Auflage, Randnummer 140 zu § 22).

- III. Nachdem der Klage jedenfalls teilweise stattzugeben war, war auch über die hilfsweise erhobene Widerklage zu entscheiden. Diese erweist sich jedoch als unbegründet. Hierbei ist es nicht erforderlich festzustellen, ob die Beklagten tatsächlich einen Anspruch auf erstmalige Herstellung eines ordnungsgemäßen Zustandes gem. §§ 21 Abs. 4 und 5 WEG haben, da ein solcher Anspruch jedenfalls verjährt ist. Der Anspruch eines jeden Wohnungseigentümers eine ordnungsgemäße Instandhaltung und Instandsetzung des gemeinschaftlichen Eigentums zu begehren umfasst nach ständiger Rechtsprechung auch den Anspruch auf erstmalige Herstellung eines ordnungsgemäßen Zustandes. Auf die Herbeiführung dieses Zustandes kann aber nach ständiger Rechtsprechung verzichtet werden (so exemplarisch BayObLG, ZWE 2001, 215). Wenn aber der Anspruch dem Verzicht unterliegen kann, unterliegt er erst recht auch der Verjährung. Eine von den Beklagten herbeigeführte Analogie zur Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Unverjährbarkeit von Mängeln einer Mietwohnung besteht deshalb nicht. Es gilt deshalb für den im Wege der Widerklage geltend gemachten Anspruch die allgemeine 3jährige Verjährung des § 195 BGB. Diese beginnt spätestens dann zu laufen, wenn die Beklagten vom nicht-ordnungsgemäßen Zustand Kenntnis erlangt haben. Nach eigenem Vortrag haben die Beklagten die Wohnung 1999 erworben und jedenfalls bei der ersten Nutzung danach (also spätestens im Sommer 2000) Kenntnis von den von ihnen vorgetragene und seitens der Klägerin bestrittenen Windverhältnisse gehabt. Erst 2005 sind sie nach unbestrittenen Vortrag deshalb an die Verwaltung herantreten. Bei Beginn der Verjährung zum Ende des Jahres 2000 war der Anspruch aber mit Ablauf des Jahres 2003 verjährt. Die Klägerin hat im Prozeß die Einrede der Verjährung erhoben. Die Widerkläger gehen auch mit ihrer Rechtsauffassung fehl, dass die Verjährung nach Beseitigung des jetzigen Zustandes neu zu laufen beginnen würde, da dann erstmals wieder ein nicht ordnungsgemäßer Zustand vorliegen würde. Soweit sich die Widerkläger hierauf berufen ist dies rechtsmissbräuchlich. Die Widerkläger haben bewusst einen rechtswidrigen Zustand geschaffen, als sie eine Konstruktion errichteten, die mit der genehmigten Skizze 2007 oder ähnlich nicht kompatibel ist. Hieraus nun einen Art "Bestandsschutz" abzuleiten würde bedeuten, dass sich die Widerkläger durch die Schaffung eines rechtswidrigen Zustandes ein (an sich verjährtes) Recht erhalten.

Die Frage, ob seitens der Beklagten überhaupt noch ein Rechtsschutzbedürfnis im Sin-

ne des im Wege der Widerklage geltend gemachten Anspruchs gegeben ist (da einerseits eine Genehmigung der WEG für einen Windschutz vorliegt, andererseits die Beklagten aber vortragen der Windschutz müßte auf Kosten der Klägerin errichtet werden) ist deshalb nicht entscheidungserheblich.

- IV. Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 92 Abs. 1 ZPO. Hierbei hat das Gericht gem. § 49a Abs. 1 GKG für die Beseitigung einen Streitwert in Höhe von 6.000,00 € unter Berücksichtigung eines fiktiven Beseitigungsaufwandes von 6.000,00 € festgesetzt. Darüberhinaus war der Streitwert der im Wege der Hilfswiderklage geltend gemachten Ansprüche hinzuzurechnen. Auch diesen beziffert das Gericht mangels anderweitiger Anhaltspunkte mit 6.000,00 €. Soweit die Klägerin mit einem Teil ihres Anspruchs unterlegen ist (Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands der Dachterrasse) hat das Gericht für diesen Teilaspekt einen Betrag von 2.000,00 € angesetzt, den es für die Herstellung der den Beklagten grundsätzlich genehmigten Errichtung gem. Skizze 2007 veranschlagt hat.
- V. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus den §§ 708 Nr. 11, 709 S. 2, 711 ZPO.

gez.

Richter am Amtsgericht