

# **Amtsgericht Hamburg-Barmbek**

**IM NAMEN DES VOLKES**

## **URTEIL**

§§ 10 Abs. 4, 14 Nr. 1, 22 Abs. 1 WEG

- 1. Die Errichtung des Schornsteins geht auch über eine ordnungsgemäße Instandhaltung oder Instandsetzung des gemeinschaftlichen Eigentums hinaus. § 20 Abs. 1 S. 1 WEG verlangt für eine solche Maßnahme einen Beschluss der Gemeinschaft.**
- 2. Es reicht nicht aus, dass die erforderlichen Zustimmungen informell eingeholt werden; sie kann nur in Gestalt einer förmlichen Beschlussfassung erfolgen.**
- 3. Eine förmliche Beschlussfassung von Gesetzes wegen führt ohne Weiteres zu einer Bindung an Sondernachfolger, vgl. § 10 Abs. 4 WEG; eine bloße "Zustimmung", die sich ohnehin in die übrigen Formen der Willensbildung in einer Eigentümergemeinschaft - Beschluss und Vereinbarung - nicht einordnen lässt, vermag eine solche Bindungswirkung nicht zu begründen.**
- 4. Die Beklagten können den Einwand einer unzulässigen Rechtsausübung schließlich auch nicht darauf stützen, dass in einem anderen Fall die Eigentümergemeinschaft einen Antrag auf Einbau eines Schornsteins genehmigt hatte.**
- 5. Soweit die Beklagten demgegenüber geltend machen, sie hätten aus Gründen der Gleichbehandlung ein Anspruch darauf, dass auch für den von ihnen vorgenommenen Einbau eines Schornsteins eine zustimmende Beschlussfassung der Eigentümergemeinschaft erfolgt, so würde dies voraussetzen, dass eine Versagung gegen das Willkürverbot verstieße. Davon könnte indes allenfalls dann ausgegangen werden, wenn der damalige Beschluss ordnungsgemäßer Verwaltung entsprochen hätte, denn eine "Gleichheit im Unrecht" kann nicht beansprucht werden.**

AG Hamburg-Barmbek, Urteil vom 14.01.2015; Az.: 882 C 17/14

Das Amtsgericht Hamburg-Barmbek - Abteilung 882 – erkennt auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 07.11.2014 für Recht:

### **Tenor:**

1. Die Beklagten werden verurteilt, den von ihnen in der Dachkehle des Doppelhauses errichteten Schornstein zu beseitigen.

2. Die Beklagten haben als Gesamtschuldner die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

3. Das Urteil ist für die Klägerin gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 10.000,00 Euro vorläufig vollstreckbar.

**Tatbestand:**

Die Beklagten sind Mitglieder der im Aktivrubrum näher bezeichneten Wohnungseigentümergeinschaft. Sie haben dort das Wohnungseigentum an der in der Teilungserklärung mit der Nr. 13 bezeichneten Doppelhaushälfte. In der Kehle der Dächer der beiden Doppelhaushälften ist durch die Beklagten im Jahre 2011 ein Schornstein zum Betrieb eines Kaminofens errichtet worden. Wegen der Ausgestaltung dieses Schornsteins im Einzelnen wird auf die Fotoaufnahmen gemäß Anlagenkonvolut K6 (Bl. 32 f. d. A.) Bezug genommen.

Das Haus der Eigentümergeinschaft der Beklagten verfügt ebenfalls über einen Schornsteinabzug. Dieser war vor geraumer Zeit mit einfacher Mehrheit durch die Eigentümergeinschaft genehmigt worden; der damalige Beschluss ist bestandskräftig geworden.

Bereits für die Eigentümerversammlung des Jahres 2011 beabsichtigten die Beklagten ein Antrag zur Genehmigung der beabsichtigten Errichtung des Schornsteins zu beantragen. Der Antrag wurde noch vor der Eigentümerversammlung zurückgezogen.

Auf der ordentlichen Eigentümerversammlung für das Jahr 2013 vom 18.11.2013 wurde die nachträgliche Genehmigung der Installation eines Schornsteins durch die Beklagten zur Abstimmung gestellt. Dieser Antrag wurde mehrheitlich abgelehnt (vgl. das Protokoll der Eigentümerversammlung vom 18.11.2013, Anlage K2 - auszugsweise -).

Auf der ordentlichen Eigentümerversammlung vom 02.06.2014 wurde beschlossen, "keine Genehmigung für die Installation des Schornsteins zu erteilen, den Beklagten eine Frist von zwei Wochen nach der Eigentümerversammlung für den Beginn des Rückbaus des Schornsteins zu geben und einen Rechtsanwalt zu beauftragen, Klage auf Rückbau bei dem zuständigen Gericht einzureichen, sofern der Rückbau durch die Beklagten trotz Fristsetzung unterbleibt" (vergleiche das Protokoll, Anlage K3 - auszugsweise -).

In der Folge wurden die Beklagten durch Schreiben der Verwaltung der Klägerin vom 10.06.2014 (Anlage K4) aufgefordert, den Rückbau des Schornsteins vorzunehmen. Dies lehnten die Beklagten durch Schreiben ihrer Prozessbevollmächtigten ab.

Die Klägerin beantragt,

wie erkannt.

Die Beklagten beantragen,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagten bestreiten die Aktivlegitimation der Klägerin. Sie sind der Auffassung, die Klägerin habe die Geltendmachung dieser Ansprüche nicht wirksam an sich gezogen.

Die Errichtung der Schornsteines habe einer vorherigen Beschlussfassung der Wohnungseigentümergeinschaft nicht bedurft; Ausreichend sei vielmehr die Zustimmung derjenigen, die gemäß § 22 Abs. 1 i.V.m. § 14 Nr. 1 WEG von der Maßnahme betroffen seien.

Die Errichtung des Schornsteins beeinträchtige andere Wohnungseigentümer nicht über das in § 14 Nr. 1 WEG bestimmte Maß hinaus. Der Schornstein beeinträchtige weder das Erscheinungsbild der Wohnungseigentumsanlage noch beeinträchtige er durch etwaige Abgase. Die optische Veränderung beeinträchtige den Gesamteindruck der Anlage nicht nachteilig. Im Hinblick auf die Vielgestaltigkeit des optischen Eindrucks der Anlage falle der errichteten Schornstein nicht ins Gewicht. Auch Emissionen von Rauch seien nicht zu besorgen im Hinblick auf den Abstand der Häuser; dies ergebe sich auch aus der Genehmigung der Maßnahme durch den zuständigen Schornsteinfegermeister. Die unmittelbaren Doppelhausnachbarn sowie deren Rechtsvorgänger hätten der Errichtung des Schornsteins zugestimmt.

Im Hinblick auf die Genehmigung der Schornsteinabzuges beim Haus ### sei das Begehren des Rückbaus zu mindestens treuwidrig. Die Beklagten erheben gegenüber dem Rückbau begehren die Einrede der unzulässigen Rechtsausübung.

### **Entscheidungsgründe:**

I.

Die Klage ist zulässig und begründet.

Die Klägerin hat einen Anspruch gegen die Beklagten auf Beseitigung des streitgegenständlichen Schornsteins aus den §§ 22, 14 Wohnungseigentumsgesetz.

1.) Die Klägerin hat den Beseitigungsanspruch durch Beschluss der Eigentümerversammlung vom 02.06.2014 zu Tagesordnungspunkt 16 wirksam an sich gezogen. Zwar wird in diesem Beschluss nicht wörtlich ein An-Sich-Ziehen nicht ausdrücklich ausgesprochen. Ein An-Sich-Ziehen der Geltendmachung des Beseitigungsanspruches ergibt sich aber konkludent aus dem Inhalt des Beschlusses; dies ist dem Inhalt des Beschlusses nach diesem sachlogisch immanent. In dem dort konkret die einzelnen Maßnahmen (Setzen einer Frist von zwei Wochen, Beauftragung eines Rechtsanwalts, Erhebung einer Klage auf Rückbau) beschlossen werden findet ein an sich ziehen in der Sache statt.

2.) Die Beklagten waren nicht berechtigt, den streitgegenständlichen Schornstein zu errichten. Die Errichtung hätte gem. § 22 Abs. 1 S. 1 WEG eines zustimmenden Beschlusses der Eigentümerversammlung bedurft, der hier nicht vorliegt.

Es handelt sich bei der Errichtung des Schornsteins um eine bauliche Veränderung; dies bedarf keiner weiteren Erläuterung. Die Errichtung des Schornsteins geht auch über eine ordnungsgemäße Instandhaltung oder Instandsetzung des gemeinschaftlichen Eigentums hinaus. § 20 Abs. 1 S. 1 WEG verlangt für eine solche Maßnahme einen Beschluss der Gemeinschaft. Das Gericht schließt sich insoweit der Auffassung des Landgerichts Hamburg (vergleiche Urteil vom 16. Januar 2013, 318 S 55/12) an. Es reicht nicht aus, dass die erforderlichen Zustimmungen informell eingeholt werden; sie kann nur in Gestalt einer förmlichen Beschlussfassung erfolgen. Das Landgericht Hamburg hat in der o. g. Entscheidung insoweit ausgeführt:

Für diese Sichtweise spricht bereits der Wortlaut von § 22 Abs. 1 S. 1 WEG, wonach bauliche Veränderungen beschlossen werden können, wenn jeder Eigentümer zustimmt, dessen Rechte durch die Maßnahmen über das in § 14 Nr. 1 bestimmte Maß hinaus beeinträchtigt werden. Danach erfolgt eine tatsächliche Trennung zwischen Beschlussfassung (Genehmigung) einerseits und Zustimmung andererseits nicht; beides fällt vielmehr zwingendermaßen zusammen, indem sich der beeinträchtigte Wohnungseigentümer zu einem entsprechenden Beschlussantrag positiv verhält, also mit seiner eigenen "Ja"-Stimme seiner Zustimmung Ausdruck verleiht.

Soweit vertreten wird, dass die "Zustimmung" auch anstatt bzw. außerhalb einer Beschlussfassung in der Eigentümerversammlung erklärt werden kann (vgl. etwa Armbrüster, ZWE 2008, 61, 64 f.), teilt die Kammer diese Ansicht nicht. Dem steht insbesondere entgegen, dass die damit verbundenen Folgewirkungen mit der übrigen Gesetzeslage nicht zu vereinbaren wären.

Zuzugeben ist zwar der Beklagten, die die vorgenannte Ansicht für sich vorbringt, dass die von der Kammer für erforderlich gehaltene "Genehmigung durch Beschluss" weniger praxisgerecht und pragmatisch ist als das bloße Erfordernis einer Zustimmungserklärung, die ohne Vorbedingungen jederzeit und jeden Ortes, also unter Verzicht auf den vergleichsweise strengen Formmantel einer Eigentümerversammlung nebst Beschlussfassung, abgegeben werden kann, zumal auch Konstellationen denkbar sind, in denen eine Beeinträchtigung von anderen Eigentümern von vornherein ausgeschlossen ist. Allerdings dient die Formstrenge, die das Gesetz nach Auffassung der Kammer vorschreibt, höherwertigen Zwecken: Rechtssicherheit nebst besserer Beweisbarkeit erlangt derjenige, der die Genehmigung einer baulichen Veränderung durch Beschluss der Versammlung und nicht "zwischen Tür und Angel" einholt. Außerdem führt eine förmliche Beschlussfassung von Gesetzes wegen ohne Weiteres zu einer Bindung an Sondernachfolger, vgl. § 10 Abs. 4 WEG; eine bloße "Zustimmung", die sich ohnehin in die übrigen Formen der Willensbildung in einer Eigentümergemeinschaft - Beschluss und Vereinbarung - nicht einordnen lässt, vermag eine solche Bindungswirkung nicht zu begründen. Bei dem Erfordernis einer bloßen Zustimmung wäre ferner fraglich, wem gegenüber diese abzugeben ist und ob sie nach ihrem Zugang beim Empfänger noch widerrufen werden kann; bei einer

Beschlussfassung steht die Möglichkeit des Widerrufs der Stimmabgabe nach ihrem Zugang beim Versammlungsleiter indes nicht (mehr) im Zweifel (vgl. BGH, Urt. v. 13.07.2012 - V ZR 254111, Tz. 8, abrufbar unter BeckRS 2012, 19865). Es kommt hinzu, dass die Eigentümer durch förmliche Beschlussfassung ihrer Kontrollfunktion gerecht werden können, was - wie die Regelung in § 23 Abs. 3 WEG zeigt - zwar auch außerhalb einer Versammlung erfolgen kann, jedoch wiederum voraussetzt, dass alle Eigentümer ihre "Zustimmung" schriftlich erklären.

Soweit die Beklagte auf die Gesetzesmaterialien abhebt, steht deren Inhalt den vorgenannten Überlegungen der Kammer, wie sie auch anderweitig für zutreffend gehalten werden (vgl. Elzer, in: Timme, BeckOK-WEG, Ed. 14 (10/2012), § 22, Rn. 57 ff.), nicht grundlegend entgegen. Zwar heißt es in dem Gesetzentwurf der Bundesregierung (BT-Drs. 16/887, S. 28) u. a.: "Anders als nach bisherigem Recht sieht § 22 Abs. 1 WEG (neu) in der Regel einen Beschluss der Eigentümer vor.", was vor dem erklärten Hintergrund der Gesetzesnovellierung, den Bedürfnissen der teilweise rechtsunkundigen Praxis an einer erleichterten Handhabung Rechnung zu tragen, für die Sichtweise der Beklagten spricht. Außerdem war nach der vor dem 1. Juli 2007 geltenden Rechtslage ein einstimmiger Beschluss nicht erforderlich (s. BGH, NJW 1979, 817).

Die vorgenannte Erwägung, dass § 22 Abs. 1 WEG "in der Regel" einen Beschluss der Eigentümer vorsehe, findet sich nach Ansicht der Kammer aber weder in dem Wortlaut der Norm wieder noch entspricht es aus den o. g. Gründen den Interessen der Wohnungseigentümer untereinander. In diesem Sinne ist auch von Bedeutung, dass zwar der auf Beseitigung in Anspruch genommene Eigentümer - wie hier die Beklagte - ein nachvollziehbares Interesse daran haben kann, dass ihm die Maßnahme bereits durch formlose "Zustimmung" (sei es bedingungslos oder bedingt) genehmigt worden ist; sieht sich dieser aber selbst durch die bauliche Veränderung eines anderen Eigentümers in seinen Rechten aus § 14 Ziff. 1 WEG beeinträchtigt, so läge es angesichts der skizzierten Folgewirkungen auch in seinem Interesse, dass die Genehmigung im Rahmen einer Beschlussfassung erfolgt. Mithin vermag die Kammer eine durchgreifende Beeinträchtigung der Interessen der Wohnungseigentümer, bauliche Veränderungen nur durch Beschluss, nicht aber durch bloße unförmliche "Zustimmung" genehmigen zu können, auch vor dem Hintergrund einer beabsichtigten "Pragmatisierung" der wohnungseigentumsrechtlichen Praxis durch die Novellierung von § 22 Abs. 1 S. 1 WEG nicht zu erkennen.

Vorgenannte Erwägungen der Kammer werden auch dadurch getragen, dass derjenige Eigentümer, der einer Maßnahme nach § 22 Abs. 1 WEG nicht zugestimmt hat, auch von den damit verbundenen Kosten befreit ist (vgl. § 16 Abs. 6 S. 1 HS 2 WEG). Ob aber eine entsprechende Kostenbefreiung gegeben ist, kann in der Folgezeit wiederum insbesondere dann mit hoher Wahrscheinlichkeit bzw. aufgrund eindeutiger Feststellungen beurteilt werden, wenn die auf einer Eigentümerversammlung im Rahmen einer Beschlussfassung dazu abgegebenen Stimmen namentlich erfasst und sodann in der Niederschrift der Versammlung sowie in der Beschluss-Sammlung konkret festgehalten werden.

Hier kommt hinzu, dass die Eigentümerversammlung am 02.06.2014 sogar einen Beschluss dahingehend gefasst hatte, eine Zustimmung zu dem Schornstein nicht zu erteilen; dieser Beschluss ist bestandskräftig. Zwar entfaltet ein solcher so

genannter Negativbeschluss grundsätzlich keine Sperrwirkung. Dies hat indes lediglich zur Folge, dass der behandelte Streitgegenstand ohne Weiteres einer erneuten Beschlussfassung - mit gegebenenfalls anderem Ergebnis - durch die Eigentümergemeinschaft zugänglich ist. Bis zu einer solchen neuen Befassung kann die mit dem genannten Beschluss gegebene Beschlusslage indes Geltung beanspruchen.

3.) Die Beklagten können dem Beseitigungsbegehren auch nicht die Einrede der unzulässigen Rechtsausübung entgegenhalten. Sie haben nicht dargelegt, dass sie einen Anspruch auf Zustimmung zu den von ihnen durchgeführten baulichen Veränderungen haben. Es ist nicht ersichtlich, dass jeder Wohnungseigentümer zugestimmt hat oder zustimmen wird, dessen Rechte durch die Maßnahmen über das in § 14 Nr. 1 bestimmte Maß hinaus beeinträchtigt werden.

a.) Es ist insbesondere nicht ersichtlich, dass von dem Schornstein keine über das bezeichnete Maß hinausgehende Beeinträchtigungen ausgehen.

Eine Beeinträchtigung ergibt sich schon daraus, dass der Schornstein unter Durchbruch durch das Dach/die Dachhaut errichtet ist. Dadurch ist das Gemeinschaftseigentum in der Substanz betroffen. Im Falle von Instandsetzungsarbeiten können mithin zusätzliche Kosten anfallen. Es besteht auch die Gefahr einer erhöhten Schadensanfälligkeit im Bereich der Andichtungen des Schornsteins an das Dach.

Eine Beeinträchtigung ergibt sich sodann aus dem Umstand, dass der Schornstein naturgemäß mit Immissionen verbunden ist; dies entspricht seiner Zweckbestimmung, den beim Verbrennen in der Feuerstelle entstehenden Rauch aus dem Gebäudeinneren abzuleiten. Dabei kommt es nicht darauf an, dass bei Verwendung optimaler Brennstoffe und durch ein bestimmtes Anwenderverhalten (korrekte Benutzung der Feuerstelle, Vermeidung der Benutzung bei Inversionswetterlagen) solche Immissionen gering oder sogar sehr gering gehalten werden können. Eine hinreichend gewichtige Beeinträchtigung ist auch schon dann gegeben, wenn die Möglichkeit besteht, dass ein solches Benutzungsverhalten und die Benutzung solcher Brennstoffe nicht immer (gegebenenfalls auch durch einen Rechtsnachfolger der Beklagten) eingehalten werden.

Eine Beeinträchtigung ist schließlich auch dadurch gegeben, dass sich die optische Gestaltung durch den am tiefsten Punkt zwischen den Dächern der Doppelhaushälften befindlichen Schornstein durchaus verändert. Dem steht nicht entgegen, dass die Anlage auch im Übrigen eine gewisse Vielfalt von Gestaltungselementen aufweist. Denn soweit es sich um Merkmale handelt, die sich im Rahmen der Regelungen der Teilungserklärung bewegen, müssen sie als immanent hingenommen werden. Das bedeutet indes nicht, dass auch jede weitere Vereinbarung, die sich außerhalb der Regelungen der Teilungserklärung bewegt, schon deshalb von der Gemeinschaft akzeptiert werden muss, weil sich das Maß der Veränderungen des optischen Eindruckes nicht von dem einer ohne weiteres zulässigen Maßnahme unterscheidet.

b.) Die Beklagten können den Einwand einer unzulässigen Rechtsausübung schließlich auch nicht darauf stützen, dass in einem anderen Fall die Eigentümergemeinschaft einen Antrag auf Einbau eines Schornsteins genehmigt

hatte. Allerdings ist richtig, dass grundsätzlich ein solcher Einwand in Betracht kommt, wenn ohne sachlichen Grund zwischen einzelnen Wohnungseigentümern bei der Geltendmachung von Beseitigungsansprüchen eine Unterscheidung erfolgt (vergleiche OLG Oldenburg, WUM 1997,391).

Vorliegend bestehen aber Unterschiede zwischen den beiden Konstellationen. Soweit zunächst die Geltendmachung des Beseitigungsanspruches im Raume steht, besteht ein sachlicher Unterschied zwischen dem Schornstein der Beklagten und dem der weiteren Eigentümer zunächst darin, dass in Bezug auf Letzteren eine - bestandskräftige - positive Beschlussfassung der Eigentümergemeinschaft gegeben ist. Soweit die Beklagten demgegenüber geltend machen, sie hätten aus Gründen der Gleichbehandlung ein Anspruch darauf, dass auch für den von ihnen vorgenommenen Einbau eines Schornsteins eine zustimmende Beschlussfassung der Eigentümergemeinschaft erfolgt, so würde dies voraussetzen, dass eine Versagung - wie sie im Übrigen ja durch den Beschluss der Eigentümergemeinschaft vom bereits 02.06.2014 erfolgte - gegen das Willkürverbot verstieße. Davon könnte indes allenfalls dann ausgegangen werden, wenn der damalige Beschluss ordnungsgemäßer Verwaltung entsprochen hätte, denn eine "Gleichheit im Unrecht" kann nicht beansprucht werden. Dass der damalige Beschluss ordnungsgemäßer Verwaltung entsprochen hätte, haben die Beklagten indes nicht dargelegt. Vielmehr spricht sogar vieles dafür, dass der damalige Beschluss nicht ordnungsgemäßer Verwaltung entsprochen hat. Der Beschluss wurde nämlich nur durch eine einfache Mehrheit gefasst; aus den für den streitgegenständlichen Schornstein oben ausgeführten Erwägungen hätte es indes wohl einer allstimmigen Zustimmung bedurft.

Hinzu kommt, dass jener Beschluss vor "geraumer Zeit" gefasst wurde. Die Eigentümergemeinschaft muss aber die Möglichkeit haben, in Bezug auf ihre Willensbildung im Laufe der Zeit Änderungen zu vollziehen. Dies kann sich etwa allein schon aus der Zusammensetzung der Eigentümergemeinschaft, bestimmten zusätzlichen Erfahrungen, oder auch aus einer Wandlung von Anschauungen und Empfindlichkeiten ergeben. Dies kann dazu führen, dass ein Sachverhalt von der Gemeinschaft im Laufe der Zeit anders beurteilt wird, ohne dass dies zu der Annahme einer unzulässigen - willkürlichen - Rechtsausübung führen muss.

II.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 709 ZPO.