



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

V ZR 447/01

Verkündet am:
5. Dezember 2003
K a n i k,
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

WEG § 3 Abs. 1

- a) Wird bei Bauausführung einer Wohnungseigentumsanlage von dem Aufteilungsplan in einer Weise abgewichen, die es unmöglich macht, die errichteten Räume einer in dem Aufteilungsplan ausgewiesenen Raumeinheit zuzuordnen, entsteht an ihnen kein Sondereigentum, sondern gemeinschaftliches Eigentum.
- b) Kann aus diesem Grund nur ein isolierter, nicht mit Sondereigentum verbundener Miteigentumsanteil erworben werden, so sind die Miteigentümer verpflichtet, den Teilungsvertrag nebst Aufteilungsplan der tatsächlichen Bebauung anzupassen, soweit ihnen dies - ggf. auch gegen Ausgleichszahlungen - zumutbar ist.

BGH, Urt. v. 5. Dezember 2003 - V ZR 447/01 - OLG München

LG München I

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. Dezember 2003 durch den Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofes Dr. Wenzel, die Richter Prof. Dr. Krüger, Dr. Klein, Dr. Gaier und die Richterin Dr. Stresemann

für Recht erkannt:

Unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels der Kläger wird auf die Revisionen der Kläger und der Beklagten zu 3 und 4 das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 5. September 2001 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als der auf Genehmigung und Vollzug der Urkunde vom 14. Oktober 1998 gerichtete Klageantrag und die Widerklage abgewiesen worden sind.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens einschließlich der Kosten der Streithilfe - an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Mit notarieller Urkunde vom 9. August 1991 teilten die Mitglieder einer Erbengemeinschaft, unter ihnen der Streithelfer der Kläger, ein ihnen gehö-

rendes Grundstück, dessen Realteilung nicht möglich war, in Wohnungs- und Teileigentum. Das Grundstück war nur im nördlichen Teil bebaut. An dem dort befindlichen und an einem im südlichen Teil noch zu errichtenden Einfamilienhaus sollte nach dem Teilungsvertrag jeweils Sondereigentum begründet werden. Auf der mittleren Fläche war die Errichtung eines Doppelhauses mit Garagen vorgesehen, wobei jeweils ein Miteigentumsanteil mit dem Sondereigentum an jeder Haushälfte und dem Garagenraum verbunden sein sollte. In dem der Urkunde beigefügten Aufteilungsplan ist die Lage der Gebäude eingezeichnet; das umschließende Gelände ist als Sondernutzungsfläche jeweils dem aufstehenden Gebäude zugewiesen, während die verbleibende Restfläche als gemeinschaftliches Eigentum gekennzeichnet ist.

Nach Wahrung des Teilungsvertrages im Grundbuch erwarben die Beklagten zu 1 und 2 auf Grund notariellen Vertrages vom 14. Oktober 1992 das Wohnungseigentum mit dem Sondernutzungsrecht an der nördlichen Fläche. Hierbei verpflichtete sich der Streithelfer, den Teilungsvertrag bezüglich der Bebauung der mittleren Fläche zugunsten der Beklagten zu 1 und 2 - die ihm hierzu Vollmacht erteilten - abzuändern und die ihnen zugewiesene Sondernutzungsfläche auf 900 m² zu vergrößern. Auf der mittleren Fläche sollte insbesondere nur noch ein Gebäude mit bestimmten Abständen zum nördlich gelegenen Haus entstehen. Aus diesem Anlaß wurde am 27. Mai 1993 eine erste Nachtragsurkunde errichtet. Nach dieser durfte die mittlere Sondernutzungsfläche lediglich mit einem Baukörper als Wohnhaus nebst einer Garage bebaut werden; außerdem wurde die Verteilung der Sondernutzungsflächen neu geregelt. Mit Schreiben vom 11. August 1993 erklärte der Beklagte zu 2 gegenüber dem Notar, er "entziehe" dem Streithelfer "für die Teilungserklärung, so wie sie abgefertigt wurde, ... die Vollmacht." Der Streithelfer geneh-

migte das Handeln des für ihn bei der Beurkundung aufgetretenen vollmachtlosen Vertreters am 20. Oktober 1993 "mit der Einschränkung", daß eine Passage der Nachtragsurkunde nur für eine Bebauung der mittleren Fläche gelten sollte, die den Vereinbarungen mit den Beklagten zu 1 und 2 entsprach. Die Eintragung der Änderungen des Teilungsvertrages und der Gemeinschaftsordnung in das Grundbuch kam nicht zustande.

Mit notariellem Vertrag vom 10. August 1994 kauften die Kläger von ihrem Streithelfer die Miteigentumsanteile, die mit dem Sondereigentum an den noch zu errichtenden Gebäuden auf der mittleren Sondernutzungsfläche verbunden sind. Es wurde vereinbart, daß die Kläger die Fläche bebauen sollten. Sie verpflichteten sich, hierbei die Vereinbarungen einzuhalten, die der Streithelfer mit den Beklagten zu 1 und 2 getroffen hatte. Die Beklagten zu 3 und 4 erwarben auf Grund eines Kaufvertrages vom 23. Mai 1995 den Miteigentumsanteil, der mit dem Sondereigentum an dem - inzwischen errichteten - Haus auf der südlichen Grundstücksfläche verbunden ist.

Die Kläger begannen im Juli 1995 mit dem Bau eines Zweifamilienhauses auf der mittleren Sondernutzungsfläche. Sie wichen dabei von der ihnen am 10. April 1995 erteilten Baugenehmigung insoweit ab, als der Baukörper entlang der Grenze zur südlichen Sondernutzungsfläche um mehrere Meter in östliche Richtung verschoben wurde. Dies wurde von der Bauaufsichtsbehörde am 12. Juli 1996 nachträglich genehmigt. Nach ihren Behauptungen hielten sich die Kläger bei der Errichtung des Hauses an die Verpflichtungen, die sie im Kaufvertrag mit ihrem Streithelfer übernommen hatten. Allerdings wurden, was nach der erteilten Baugenehmigung zulässig war, die in Art. 6 BayBO 1994 vorgesehenen Abstandsflächen zum südlich gelegenen Haus der Be-

klagen zu 3 und 4 nicht eingehalten. Die Beklagten zu 3 und 4 versuchten vergeblich, in einem Verwaltungsstreitverfahren eine Aufhebung der Baugenehmigung vom 12. Juli 1996 zu erreichen.

In dem vorliegenden - von dem Wohnungseigentums- an das Prozeßgericht abgegebenen - Rechtsstreit erstreben die Kläger die Feststellung der Bindung der Beklagten an die Nachtragsurkunde vom 27. Mai 1993 und die Feststellung der Verpflichtung der Beklagten, die Eintragung der vereinbarten Änderungen in das Grundbuch zu beantragen, hilfsweise die Verurteilung der Beklagten zur Genehmigung und zum Vollzug der Nachtragsurkunde, sowie die Verurteilung der Beklagten zur Genehmigung einer zweiten Nachtragsbearkundung vom 14. Oktober 1998, hilfsweise deren Verurteilung zur Abgabe eines in wesentlichen Punkten entsprechenden Angebots sowie weiter hilfsweise zur Annahme eines inhaltsgleichen Angebots. Demgegenüber sind die Beklagten der Ansicht, der Teilungsvertrag sei nicht wirksam abgeändert worden und daher die Bebauung der mittleren Fläche entsprechend anzupassen. Mit ihrer Widerklage verlangen die Beklagten zu 3 und 4 einen Rückbau des Hauses der Kläger entsprechend den Vorgaben des ursprünglichen Teilungsvertrages, hilfsweise einen Rückbau entsprechend der ersten Baugenehmigung vom 10. April 1995, weiter hilfsweise die Zahlung einer vom Gericht zu bestimmenden Entschädigung in Höhe von mindestens 139.500 DM. Nach Abweisung der Klage und Stattgabe der Widerklage im Hauptantrag durch das Landgericht hat das Oberlandesgericht Klage und Widerklage abgewiesen. Mit ihren hiergegen gerichteten Revisionen verfolgen die Kläger ihr Klageziel und die Beklagten zu 3 und 4 ihre Widerklageanträge weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht meint, die Beklagten seien durch die Nachträge zu dem Teilungsvertrag nicht gebunden. Es fehle an einem wirksamen Angebot zur Änderung des Teilungsvertrages, weil mit der von dem Streithelfer nur unter Einschränkungen erteilten Genehmigung das ursprüngliche Vertragsangebot abgelehnt worden sei. Außerdem habe der Beklagte zu 2 die von ihm zunächst für die Änderung des Teilungsvertrages erteilte Vollmacht wirksam widerrufen. Die Beklagten seien den Klägern gegenüber auch nicht vertraglich zur Mitwirkung an einer Änderung des Teilungsvertrages verpflichtet. Ein solcher Anspruch stehe den Klägern ferner nicht aus Treu und Glauben zu. Die Anpassung des Teilungsvertrages könne möglicherweise verlangt werden, wenn ein Bauträger die Anlage abweichend von den Planungen errichtet habe. Hier hätten aber nicht Dritte, sondern die Kläger selbst eigenmächtig gehandelt. Außerdem sei ein Anspruch aus § 242 BGB auch nicht erforderlich, weil die Wohnungseigentümer nach dem ursprünglichen Teilungsvertrag ohnehin zu Veränderungen an den Gebäuden berechtigt seien. Aus dieser Regelung ergebe sich ferner, daß die mit der Widerklage verfolgten Ansprüche nicht gegeben seien. Nach dem ursprünglichen Teilungsvertrag dürfe jeder Wohnungseigentümer sein Sondereigentum verändern und insbesondere umbauen. Hieraus folge, daß den Wohnungseigentümern bei der Inanspruchnahme der Sondernutzungsflächen für ihre Baumaßnahmen weitestgehende Gestaltungsfreiheit zukomme. Da das Haus der Kläger nicht über deren Sondernutzungsfläche hinaus errichtet sei, könne es dort verbleiben, auch wenn der derzeitige

Gebäudebestand nicht durch eine Änderung des Teilungsvertrages festgeschrieben werden könne.

Das hält einer revisionsrechtlichen Nachprüfung in den wesentlichen Punkten nicht stand.

II.

1. Die mit dem Hauptantrag erstrebte Feststellung der Bindung der Beklagten an die Änderung des Teilungsvertrages und der Gemeinschaftsordnung in der ersten Nachtragsurkunde vom 27. Mai 1993 nebst der Feststellung einer Verpflichtung zum Vollzug dieser Urkunde können die Kläger allerdings nicht erreichen. Hierbei bleibt die - von dem Berufungsgericht in den Vordergrund gestellte - Problematik einer wirksamen Vertretung des Beklagten zu 2 und des Streithelfers ohne Bedeutung.

a) Die Kläger können eine Wirkung der Nachtragsurkunde vom 27. Mai 1993 gegenüber den Beklagten nicht aus einer wirksamen Änderung des Teilungsvertrages herleiten; insoweit ist ihre auf Feststellung gerichtete Klage unbegründet. Die Beklagten sind an das dingliche Rechtsgeschäft der Änderung des Teilungsvertrages nicht gebunden, weil es für dessen Wirksamkeit an einer Eintragung in das Grundbuch fehlt. Gemäß § 4 Abs. 1 WEG ist auch eine Änderung des Gegenstandes des Sondereigentums erst nach Eintragung in das Grundbuch wirksam (vgl. Staudinger/Rapp, BGB, 12. Aufl., § 4 WEG Rdn. 7). Die notarielle Urkunde vom 27. Mai 1993 hat einen solchen Inhalt; denn mit ihr sollte der Gegenstand des Sondereigentums verändert werden, das mit den später von den Klägern erworbenen Miteigentumsanteilen verbun-

den ist. Das Gebäude, an dem das Sondereigentum entstehen sollte, wurde gegenüber dem ursprünglichen Teilungsvertrag in seiner Lage und in seinem Bauvolumen verändert. Ebenso wenig sind die Beklagten gegenüber den Klägern an die in der Nachtragsurkunde vereinbarte Änderung der Gemeinschaftsordnung hinsichtlich des Zuschnitts der Sondernutzungsflächen gebunden. Im Verhältnis zu den Klägern als Sondernachfolgern könnte diese Änderung nur im Falle einer "Verdinglichung" nach § 10 Abs. 2 WEG wirken, was jedoch wiederum an der fehlenden Grundbucheintragung scheitert.

b) Soweit sich die Klage auf die Feststellung einer Bindung und einer Vollzugsverpflichtung der Beklagten aus dem schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäft, das der Änderung des Sondereigentums zugrunde liegt (vgl. § 4 Abs. 3 WEG), und aus der schuldrechtlich wirksamen Änderung der Sondernutzungsflächen richtet, ist sie unzulässig. Es fehlt insoweit an dem notwendigen Feststellungsinteresse (§ 256 Abs. 1 ZPO). Dieses setzt voraus, daß dem Recht oder der Rechtslage des Klägers eine gegenwärtige Gefahr durch Unsicherheit droht (BGHZ 69, 144, 147), also gerade ein eigenes Feststellungsinteresse des Klägers gegeben ist (BGH, Urt. v. 6. Juli 1989, IX ZR 280/88, NJW-RR 1990, 318, 319). Daran fehlt es hier. Die Beklagten sind den Klägern gegenüber aus den schuldrechtlichen Vereinbarungen nicht verpflichtet. Die Kläger waren an dem Vertragsschluß nicht beteiligt, konnten mithin nicht als Vertragspartei Rechte erwerben; für eine Abtretung der Rechte ihres Streithelfers fehlt es an Vortrag. Die Voraussetzungen, unter denen die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes in Ausnahmefällen Feststellungen hinsichtlich eines Rechtsverhältnisses zuläßt, das nicht zwischen den Prozeßparteien besteht, sind nicht gegeben (BGHZ 83, 122, 125; 123, 44, 46; BGH, Urt. v. 19. Januar 2000, IV ZR 57/99, ZIP 2000, 679 m.w.N.). Es ist insbeson-

dere nicht zu ersehen, daß die Feststellung einer Verpflichtung der Beklagten Dritten gegenüber zugleich für die Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien von Bedeutung ist.

2. Den Klägern steht auch kein Anspruch auf die hilfsweise verlangte Genehmigung (nach § 177 BGB) der Vereinbarungen zu, die in der Nachtragsurkunde vom 27. Mai 1993 getroffen worden sind. Von den Beklagten zu 3 und 4 kann eine solche Genehmigung schon deshalb nicht verlangt werden, weil für sie in der genannten Urkunde keine Erklärungen abgegeben worden sind. Gegenüber den Beklagten zu 1 und 2 gilt im Ergebnis nichts anderes. Selbst wenn sich für sie - angesichts der von ihnen initiierten Abweichung von dem ursprünglichen Teilungsvertrag und der Gemeinschaftsordnung - eine entsprechende nebenvertragliche Verpflichtung aus ihrem mit dem Streithelfer geschlossenen Kaufvertrag ergeben sollte, ist doch für eine Übertragung dieses etwaigen Rechts auf die Kläger nichts vorgetragen. Die Kläger können den geltend gemachten Anspruch auch nicht aus § 242 BGB herleiten. Ziel der Kläger ist die Anpassung von Teilungsvertrag und Gemeinschaftsordnung an die tatsächlichen Verhältnisse, insbesondere an die erfolgte Bebauung. Dies könnten die Kläger bei Wirksamkeit der ersten Nachtragsurkunde allenfalls mittelbar erreichen, wenn ihr Streithelfer von einer ihm erteilten Vollmacht entsprechenden Gebrauch machen sollte. Durch die zweite Nachtragsurkunde vom 14. Oktober 1998, deren wirksames Zustandekommen Gegenstand des zweiten Hauptantrages ist, wird hingegen direkt die erstrebte Änderung des Teilungsvertrages herbeigeführt. Ein Anspruch der Kläger kann daher nur auf das Zustandekommen einer Vereinbarung mit dem Inhalt der zweiten Nachtragsurkunde gerichtet sein, während es einer Genehmigung der ersten Urkunde nicht bedarf. Bestätigt wird die mangelnde Bedeutung der ersten Nach-

tragsurkunde dadurch, daß sie nach den Schlußbestimmungen der zweiten Nachtragsurkunde ausdrücklich nicht mehr zu vollziehen ist.

3. Demgegenüber hat das Berufungsurteil, soweit es auch den zweiten Hauptantrag der Kläger - einschließlich der zugehörigen Hilfsanträge - abweist, keinen Bestand. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts kann den Klägern der mit diesem Antrag verfolgte Anspruch auf Genehmigung der Vereinbarungen in der zweiten Nachtragsurkunde vom 14. Oktober 1998 auf Grund des Gemeinschaftsverhältnisses mit den Beklagten zustehen. Kommt es bei einer Wohnungseigentumsanlage kraft Gesetzes zu einem Miteigentumsanteil, der entgegen dem Grundgedanken des Wohnungseigentumsgesetzes (vgl. § 3 Abs. 1, § 8 Abs. 1 WEG) nicht mit Sondereigentum verbunden ist, so können alle Miteigentümer aus dem Gemeinschaftsverhältnis und nach Maßgabe der Grundsätze von Treu und Glauben (§ 242 BGB) verpflichtet sein, den Gründungsakt so zu ändern, daß der sondereigentumslose ("isolierte") Miteigentumsanteil nicht weiter bestehen bleibt (Senat, BGHZ 109, 179, 185; 130, 159, 169; BayObLGZ 2000, 243, 245). Ein solcher Anspruch kommt vorliegend in Betracht.

a) Die Kläger haben nur einen isolierten Miteigentumsanteil erworben.

aa) Der Aufteilungsplan, dessen Vorliegen nach § 7 Abs. 3 Nr. 1 WEG Voraussetzung für die Eintragung von Wohnungseigentum im Grundbuch und damit für die Begründung von Wohnungseigentum ist, soll sicherstellen, daß dem Bestimmtheitsgrundsatz des Sachen- und Grundbuchrechts Rechnung getragen wird, also das Sondereigentum auf die dafür vorgesehenen Räume beschränkt bleibt und die Grenzen des Sondereigentums und des gemein-

schaftlichen Eigentums klar abgesteckt werden (Senat, BGHZ 130, 159, 166). Hiernach kann kein Sondereigentum, sondern nach § 1 Abs. 5 WEG nur gemeinschaftliches Eigentum entstehen, wenn bei der tatsächlichen Bauausführung von dem Aufteilungsplan in einer Weise abgewichen wird, die es unmöglich macht, die errichteten Räume einer in dem Aufteilungsplan ausgewiesenen Raumeinheit zuzuordnen (BayObLGZ 1973, 78, 80; 1987, 78, 82; OLG Düsseldorf, OLGZ 1977, 467, 469; OLG Stuttgart, OLGZ 1979, 21, 23; OLG Hamm, OLGZ 1991, 27, 31; ZWE 2000, 44, 46; Staudinger/Rapp, aaO, § 3 WEG Rdn. 80; MünchKomm-BGB/Röll, 3. Aufl., § 3 WEG Rdn. 47; Niedenführ/Schulze, WEG, 6. Aufl., § 7 Rdn. 24 f; Lutter, AcP 164 [1964], 122, 146; Merle, WE 1989, 116, 118; Bub, WE 1991, 124, 128; Röll, MittBayNot 1991, 240, 247; Abramenko, ZMR 1998, 741). Hiervon sind die - in ihrer Behandlung umstrittenen (vgl. zum Meinungsstand Abramenko, ZMR 1998, 741, 742 f) - Fälle zu unterscheiden, in denen zwar eine wesentliche Bauabweichung vorliegt, die einzelnen im Sondereigentum stehenden Räume aber ohne weiteres nach dem Aufteilungsplan zu identifizieren und untereinander sowie gegenüber dem gemeinschaftlichen Eigentum abzugrenzen sind.

bb) Hier wurde das Gebäude auf der mittleren Sondernutzungsfläche von den Klägern völlig abweichend von dem - mangels wirksamer Abänderung allein maßgeblichen - ursprünglichen Teilungsvertrag und dem zugehörigen Aufteilungsplan errichtet. Der vorhandene Baukörper weist hinsichtlich seiner Grundfläche und inneren Aufteilung keine auch nur teilweise Übereinstimmung mit dem vorgesehenen Objekt auf, vielmehr wurde die im Aufteilungsplan vorgesehene Bauausführung vollständig aufgegeben und ein gänzlich anderes Gebäude verwirklicht. Wird zudem noch berücksichtigt, daß nach Teilungsvertrag und Aufteilungsplan neben einer Teileigentumseinheit zwei selbständige

Wohnungseigentumseinheiten in Gestalt aneinandergrenzender Doppelhaushälften entstehen sollten, während entsprechende Bauwerke in der Realität nicht aufzufinden sind, so läßt sich das Sondereigentum nicht mit der erforderlichen grundbuchmäßigen Bestimmtheit erkennen. Da die auf der mittleren Sondernutzungsfläche vorhandenen Räumlichkeiten den im Aufteilungsplan ausgewiesenen nicht zuzuordnen sind, ist auch nicht in Teilen Sondereigentum entstanden; das dort errichtete Bauwerk ist vielmehr vollständig im Gemeinschaftseigentum verblieben.

cc) Dies hat - nicht anders als in den Fällen, in denen wegen Verstoßes der Teilungserklärung gegen § 5 Abs. 2 WEG (Senat, BGHZ 109, 179, 184) oder wegen nicht hinreichend bestimmter Abgrenzung vom Gemeinschaftseigentum (Senat, BGHZ 130, 159, 168 f) kein Sondereigentum entstehen konnte - zur Folge, daß die Kläger nur isolierte, nicht mit Sondereigentum verbundene Miteigentumsanteile erwarben (vgl. OLG Hamm, OLGZ 1991, 27, 31; Röll, MittBayNot 1991, 240, 243; a.A. Weitnauer, WE 1991, 120, 122 f; Ertl, WE 1992, 219, 220). Da gleichwohl für ihre Rechte und Pflichten - wie bei einer werdenden oder faktischen Eigentümergemeinschaft - die Bestimmungen des Wohnungseigentumsgesetzes Anwendung finden (Staudinger/Wenzel, BGB, 12. Aufl., § 43 WEG Rdn. 4; a.A. OLG Hamm, OLGZ 1991, 27, 31), besteht insoweit kein Unterschied zu der Situation, in der Wohnungseigentum schon vor Errichtung des Gebäudes gebildet wurde, die Bauausführung jedoch unterbleibt. Dann bleibt zwar das Wohnungseigentum - mit der Folge der Anwendbarkeit des Wohnungseigentumsgesetzes - bestehen, stellt aber seiner Substanz nach ebenfalls nur einen Miteigentumsanteil am Grundstück dar (Senat, BGHZ 110, 36, 39).

b) Soweit ihnen dies nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) zumutbar ist, begründet der Erwerb eines isolierten Miteigentumsanteils für die Miteigentümer auf Grund des Gemeinschaftsverhältnisses die Verpflichtung, den Gründungsakt so zu ändern, daß der sondereigentumslose Miteigentumsanteil nicht weiter bestehen bleibt (vgl. Senat, BGHZ 109, 179, 185; 130, 159, 169). Sie sind gehalten, ihre Vereinbarungen der veränderten Lage anzupassen und eine angemessene Lösung zu finden (so - trotz Ablehnung eines isolierten Miteigentumsanteils - Weitnauer, WEG, 8. Aufl., § 3 Rdn. 43). Im Rahmen des Zumutbaren sind die Miteigentümer danach verpflichtet, Teilungsvertrag und Aufteilungsplan so abzuändern, daß er der tatsächlichen Bebauung entspricht. Hierbei kann es Miteigentümern unter Umständen nur gegen Leistung von Ausgleichszahlungen zugemutet werden, die abweichende Bauausführung auf Dauer hinzunehmen (vgl. BayObLG, ZWE 2001, 605, 606).

aa) Den Beklagten zu 1 und 2 ist die Anpassung von Teilungsvertrag und Aufteilungsplan an die tatsächliche Bebauung jedenfalls dann - ohne Ausgleichszahlung - zumutbar, wenn sich die Kläger bei der Errichtung ihres Hauses tatsächlich an die Vorgaben aus ihrem Kaufvertrag mit dem Streithelfer gehalten haben. Diese Abweichung von dem ursprünglichen Teilungsvertrag und dem zugehörigen Aufteilungsplan war nämlich von den Beklagten zu 1 und 2 gewünscht und nur deshalb zwischen den Klägern und ihrem Streithelfer vereinbart worden. Demgemäß sind bei einer Bebauung, mit der die Kläger ihren vertraglichen Verpflichtungen Rechnung getragen haben, auch keine Nachteile für die Beklagten zu 1 und 2 auszumachen. Allerdings ist zwischen den Parteien im Streit, ob das errichtete Gebäude den vertraglichen Verpflichtungen der Kläger entspricht; Feststellungen hierzu hat das Berufungsgericht nicht getroffen.

bb) Hingegen sind für die Beklagten zu 3 und 4 durch die Abweichung von dem geltenden Aufteilungsplan Nachteile verbunden.

(1) Insoweit ist allerdings ohne Belang, daß sich angeblich gegenüber den für den Aufteilungsplan benutzten Bauplänen die Höhe des Hauses der Kläger erhöhte, ferner die Dachüberstände vergrößert wurden und die Rückwand des Gebäudes nicht um 2 m zurückspringt. Nach § 7 der Gemeinschaftsordnung darf jeder Miteigentümer sein Sondereigentum "verändern, insbesondere umbauen"; außerdem sollen nach der Auslegungsregel des § 8 "die Raumeinheiten" im Zweifelsfall wie "real getrennte Grundstücke" zu behandeln sein. Könnten sich die Beklagten zu 3 und 4 danach nicht dagegen wehren, daß die geschilderten - bauordnungsrechtlich genehmigten - Abweichungen vom Bauplan nachträglich durch Umbauten herbeigeführt werden, so ist es ihnen auch zuzumuten, diese Situation infolge einer von Anfang an geänderten Bauausführung hinzunehmen.

(2) Eine zu beachtende nachteilige Abweichung von dem Aufteilungsplan stellt es hingegen dar, daß der Baukörper näher an das Sondereigentum der Beklagten zu 3 und 4 herangerückt ist. Die Kläger können sich insoweit nicht auf die in der Gemeinschaftsordnung vorgesehene Zulässigkeit von Umbauten berufen. Diese ermöglicht es lediglich, den aus dem Aufteilungsplan ersichtlichen Grenzabstand von vier Metern zu unterschreiten. Hingegen folgt aus der - in der Gemeinschaftsordnung ebenfalls getroffenen - Regelung, nach der die Sondernutzungsflächen im Zweifel als real geteilte Grundstücke anzusehen sind, daß die Miteigentümer im Verhältnis untereinander auch die Beachtung der nach öffentlichem Recht für getrennte Grundstücke maßgebenden

Abstandsflächen vereinbart haben, soweit diese nicht über die in dem Aufteilungsplan festgelegten Abstände hinausgehen (vgl. auch BVerwG, NVwZ 1989, 250, 251; 1998, 954, 955, wonach im Verhältnis zwischen den Wohnungseigentümern die Normen des öffentlichen Baurechts ergänzend gelten, soweit keine speziellen vertraglichen Regelungen bestehen). Die danach maßgeblichen Abstandsflächen des öffentlichen Baurechts nach Art. 6 BayBO 1994 sind unstreitig nicht eingehalten, auch wenn das Verwaltungsgericht in seinem auf die Anfechtungsklage der Beklagten zu 3 und 4 ergangenen Urteil lediglich von einer Unterschreitung des erforderlichen Abstandes um 20 cm ausgegangen ist.

cc) Da hier wie im Fall eines Überbaus (vgl. dazu Mot. III, S. 283) die wertvernichtende Zerstörung eines Gebäudes droht, ist es den Beklagten zu 3 und 4 gleichwohl zuzumuten, das Unterschreiten der gesetzlichen Abstandsflächen hinzunehmen und an einer Anpassung des Gründungsaktes mitzuwirken, wenn die Voraussetzungen gegeben sind, bei denen ein Nachbar nach § 912 BGB selbst eine Grenzüberschreitung zu dulden hätte. Dies steht im Einklang mit der allseits befürworteten analogen Anwendung des § 912 BGB auf Fälle, in denen die Interessenlage in vergleichbarer Weise für den Erhalt wirtschaftlicher Werte streitet (vgl. MünchKomm-BGB/Säcker, aaO, § 912 Rdn. 49; Soergel/Baur, BGB, 13. Aufl., § 912 Rdn. 32; Staudinger/Roth, BGB [1995], § 912 Rdn. 53). So findet § 912 BGB insbesondere auch dann Anwendung, wenn gesetzliche Abstandsvorschriften nicht eingehalten werden (OLG Karlsruhe NJW-RR 1993, 665, 666; OLG Koblenz, NJW-RR 1999, 1394; MünchKomm-BGB/Säcker, aaO, § 912 Rdn. 53 f; Soergel/Baur, aaO, § 912 Rdn. 34; Staudinger/Roth, BGB [1995], § 912 Rdn. 59). Einer Heranziehung der Vorschrift bei Prüfung der Zumutbarkeit eines verringerten Abstandes zwi-

schen Baukörpern auf verschiedenen Sondernutzungsflächen steht daher nichts im Wege. Entscheidend ist danach, daß den Klägern hinsichtlich der Nichteinhaltung der gesetzlichen Abstandsflächen Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit nicht vorzuwerfen ist und die Beklagten zu 3 und 4 nicht sofort widersprochen haben.

(1) Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit fällt den Klägern nicht zur Last. Vorwerfbar in diesem Sinne handelt derjenige, der - wie die Kläger - annimmt, eine Abstandsfläche nicht einhalten zu müssen, nur dann, wenn die - sich später als unrichtig erweisende - Annahme ihrerseits auf grober Fahrlässigkeit beruht (vgl. RGZ 52, 15, 17; 83, 142, 145; Senat, Urt. v. 16. März 1979, V ZR 38/75, WM 1979, 644, 645). Derart sorgfaltswidrig haben die Kläger nicht gehandelt. Ihnen war auf Grund des Kaufvertrages mit ihrem Streithelfer zur Verpflichtung gemacht worden, die mittlere Sondernutzungsfläche nach Maßgabe der beabsichtigten Änderung von Teilungsvertrag und Aufteilungsplan zu bebauen. Zu diesem Zweck wurde in dem Kaufvertrag auf die erste Nachtragsurkunde verwiesen, in der die Miteigentümer ihre Zustimmung zu jeder Bebauung "im baurechtlich zulässigen Umfang" erklärten. Die Kläger konnten daher davon ausgehen, daß ihnen jedes Bauvorhaben, für das eine Baugenehmigung vorliegt, auch im Verhältnis zu den anderen Miteigentümern gestattet ist. Zwar waren die Kläger bei Ausführung des konkreten Bauvorhabens noch nicht in Besitz einer Baugenehmigung, genehmigt war unter dem 10. April 1995 aber ein identisches, lediglich mehrere Meter westlich gelegenes Gebäude, das in gleicher Weise nur einen Abstand von sechs Metern zum Sondereigentum der Beklagten zu 3 und 4 einhielt. Da die veränderte Situation des Hauses mithin ohne Folgen für das Unterschreiten der Abstandsflächen blieb, durften die Kläger weiterhin annehmen, daß dieser Umstand der

Erteilung einer Baugenehmigung und damit der Zustimmung der anderen Miteigentümer zu diesem Bauvorhaben nicht entgegenstand. Zwar konnten die Kläger den Hinweisen des Notars in der Kaufvertragsurkunde entnehmen, daß die Wirksamkeit des geänderten Teilungsvertrages noch von dessen Wahrung im Grundbuch abhing, weil ihnen aber keine Umstände bekannt waren, die den Vollzug hätten hindern können, rechtfertigt dies jedenfalls nicht den Vorwurf eines besonders unsorgfältigen und damit grob fahrlässigen (vgl. Soergel/Baur, aaO, § 912 Rdn. 7) Verhaltens.

(2) Hingegen läßt sich nach den bisher getroffenen Feststellungen nicht klären, ob ein sofortiger Widerspruch der Beklagten zu 3 und 4 erfolgt ist. Ein Widerspruch muß durch den Eigentümer des Nachbargrundstücks erfolgen, so daß hier eine Erklärung der Beklagten zu 3 und 4 nur dann ausreicht, wenn sie zu diesem Zeitpunkt bereits Miteigentümer waren (MünchKomm-BGB/Säcker, aaO, § 912 Rdn. 22 in Fußn. 66) - was angesichts des erst am 23. Mai 1995 geschlossenen Kaufvertrages nicht ohne weiteres erwartet werden kann - oder zu dieser Rechtshandlung ermächtigt waren. In gleicher Weise fehlen Feststellungen zur Rechtzeitigkeit eines Widerspruchs. Nach § 912 Abs. 1 BGB muß der Widerspruch "sofort" erhoben werden. Mit Blick auf den Normzweck ist dafür erforderlich, daß nach den Umständen des jeweiligen Einzelfalles noch zeitig genug widersprochen wurde, um eine sonst bei Beseitigung des Überbaues zu befürchtende erhebliche Zerstörung zu vermeiden (Senat, BGHZ 59, 191, 196). Notwendig ist ferner, daß den Klägern ein Widerspruch innerhalb des damit bestimmten Zeitraums zugegangen ist; denn er ist gegenüber dem überbauenden Bauherren - oder dessen Vertreter - zu erklären (vgl. Staudinger/Roth, BGB [1995], § 912 Rdn. 32). Zwar ist es hier zu einem Widerspruch unmittelbar gegenüber den Klägern nicht gekommen, jedenfalls für

dessen konkludente Erklärung wäre es jedoch ausreichend, wenn die Kläger etwa auf Grund der behaupteten Stilllegung des Bauvorhabens Kenntnis davon erlangt hätten, daß die Beklagten zu 3 und 4 das Bauwerk nicht dulden wollten.

(3) Das Berufungsgericht wird ferner zu beachten haben, daß eine Duldungspflicht der Beklagten zu 3 und 4 nicht nur aus einer analogen Anwendung des § 912 Abs. 1 BGB, sondern auch aus dem allgemeinen Rechtsgedanken folgen kann, der § 251 Abs. 2 Satz 1 BGB zugrunde liegt. Danach erweist sich das Verlangen nach Herstellung eines an sich gebotenen Zustandes dann als rechtsmißbräuchlich, wenn ihm der in Anspruch Genommene nur unter unverhältnismäßigen, vernünftigerweise nicht zumutbaren Aufwendungen entsprechen könnte. Dieser Grundsatz ist nicht nur auf Fälle des Überbaus anwendbar (Senat, BGHZ 62, 388, 391; Urt. v. 16. März 1979, aaO, 647), sondern erst recht auch dann, wenn bei Errichtung von Bauwerken lediglich vorgeschriebene Abstände nicht eingehalten wurden.

(4) Für den Fall der Annahme einer Duldungspflicht, wird das Berufungsgericht - im Hinblick auf die Widerklage - ggf. weiter zu bedenken haben, ob den Beklagten zu 3 und 4 als Ausgleich eine Geldrente entsprechend § 912 Abs. 2 BGB zuzubilligen ist. Dies gilt nicht nur, wenn die Beklagten zu 3 und 4 die vorhandene Bebauung nach § 912 Abs. 1 BGB dulden müssen, sondern auch bei einer Verpflichtung auf Grund des geschilderten allgemeinen Rechtsgedankens (vgl. Senat, Urt. v. 21. Dezember 1973, V ZR 107/72, MDR 1974, 571). Von einer solchen Ausgleichsleistung wäre dann auch die Zumutbarkeit einer Abänderung des Teilungsvertrages abhängig. Entsprechend der Funktion, den Nutzungsverlust des betroffenen Eigentümers auszugleichen (Senat,

BGHZ 65, 395, 398), setzt der Anspruch auf Leistung einer Geldrente allerdings die Feststellung voraus, daß die Beklagten zu 3 und 4 bei der Nutzung ihres Sondereigentums und der ihnen zugewiesenen Sondernutzungsfläche tatsächlich eine solche Einbuße erleiden (vgl. OLG Koblenz, NJW-RR 1999, 1394; auch OLG Karlsruhe NJW-RR 1993, 665, 666).

c) Soweit die Beklagten hiernach zur Duldung der Bebauung auf der mittleren Sondernutzungsfläche verpflichtet sein sollten, ist es ihnen auch zuzumuten, sich an einer Anpassung von Teilungsvertrag und Aufteilungsplan an die tatsächliche Bebauung zu beteiligen. Auf dieser Grundlage können sie gehalten sein, die für sie von einem vollmachtlosen Vertreter getroffenen Vereinbarungen in der zweiten Nachtragsurkunde nach § 177 BGB zu genehmigen und bei deren Eintragung in das Grundbuch mitzuwirken. Dies setzt allerdings voraus, daß - wozu bislang ebenfalls Feststellungen fehlen - der durch diese Urkunde abgeänderte Gründungsakt der erfolgten Bauausführung entspricht. Zu beachten ist ferner, daß die zweite Nachtragsurkunde zudem noch eine Änderung des Zuschnitts der Sondernutzungsflächen zum Gegenstand hat, für die ein Zusammenhang mit der Anpassung von Teilungsvertrag und Aufteilungsplan nicht erkennbar ist. Insoweit mag - falls nicht schon von einer konkludenten Abänderung ausgegangen und diese für § 10 Abs. 1 Satz 2 WEG als ausreichend angesehen wird (so BayObLGZ 1998, 32, 34 m.w.N.; a.A. Niedenführ/Schulze, aaO, § 10 Rdn. 22: Schriftform; vgl. auch Staudinger/Kreuzer, BGB, 12. Aufl., § 10 WEG Rdn. 63) - aus § 242 BGB ein Anspruch der Kläger auf Abänderung der Gemeinschaftsordnung folgen (vgl. BGHZ 95, 137, 142), wenn etwa die erstrebte Neuordnung der langjährigen einvernehmlichen Nutzung aller Miteigentümer entspricht und diese auch durch zugehörige "Grenzeinrichtungen" Ausdruck gefunden hat (vgl. Bär-

mann/Pick/Merle, WEG, 9. Aufl., § 10 Rdn. 35). Hierzu fehlt es jedoch wiederum an Feststellungen des Berufungsgerichts.

4. Hinsichtlich der Abweisung der Widerklage kann das Berufungsurteil ebenfalls keinen Bestand haben.

a) Als Grundlage des mit dem Hauptantrag der Widerklage verfolgten Anspruchs auf Herstellung des baulichen Zustandes nach dem ursprünglichen Teilungsvertrag kommt § 1004 BGB in Betracht. Da Wohnungseigentum echtes Eigentum ist, steht ein Abwehranspruch auch einem Miteigentümer gegenüber einem anderen insbesondere dann zu, wenn das gemeinschaftliche Eigentum in einer Weise gebraucht wird, die nicht den Vereinbarungen entspricht (vgl. Senat, BGHZ 116, 391, 394 f). Daneben kann aus § 21 Abs. 4, Abs. 5 Nr. 2 WEG ein Anspruch auf Herstellung eines erstmaligen ordnungsmäßigen Zustands der Wohnanlage entsprechend dem Aufteilungsplan und den Bauplänen folgen (vgl. BayObLGZ 1989, 470, 474). Unter den gegebenen Umständen braucht dieser Anspruch auch nicht gegen alle anderen Miteigentümer gerichtet zu werden (vgl. BayObLG, WuM 1997, 189; ZfIR 2001, 216, 217).

b) Allerdings stehen einem solchen Anspruch hier in weitem Umfang die - bereits erörterten - Duldungspflichten entgegen, die den Miteigentümern in der Gemeinschaftsordnung dadurch auferlegt worden sind, daß jedem der Umbau seines Sondereigentums gestattet wird und die Einheiten im Zweifelsfall wie "real getrennte Grundstücke" zu behandeln sind. Soweit den Beklagten zu 3 und 4 eine Anpassung des Teilungsvertrages zuzumuten ist, scheidet der geltend gemachte Anspruch an § 242 BGB ("dolo petit, qui petit, quod statim

redditus est"). Sollte das Beseitigungs- bzw. Herstellungsverlangen der Beklagten zu 3 und 4 nicht an einer Duldungspflicht analog § 912 BGB oder auch wegen Rechtsmißbräuchlichkeit scheitern, könnte die Widerklage mit dem Hauptantrag allerdings auch nur insoweit Erfolg haben, als sie auf die Einhaltung der aus dem Bauordnungsrecht folgenden Abstandsflächen gerichtet ist. Welche genauen Anforderungen danach an das von den Klägern errichtete Gebäude insbesondere hinsichtlich der Abstände zu stellen sind, erschließt sich aus den vom Berufungsgericht bisher getroffenen Feststellungen nicht. Insoweit wäre gegebenenfalls eine weitere Sachverhaltsaufklärung erforderlich.

5. Soweit das angefochtene Urteil hiernach der Aufhebung unterliegt (§ 564 Abs. 1 ZPO a.F.), ist die Sache wegen der vorstehend geschilderten Notwendigkeit weiterer Sachaufklärung nicht zur Endentscheidung reif. Damit die erforderlichen Feststellungen nachgeholt werden können, hat eine Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht zu erfolgen (§ 565 Abs. 1 Satz 1 ZPO a.F.). Damit erhalten ferner die Beklagten zu 3 und 4 Gelegenheit, ihre Anträge zur Widerklage zu überprüfen.

Wenzel

Krüger

Klein

Gaier

Stresemann