

Wohnungseigentumsgesetz: WEG

Kommentar

Bearbeitet von

Von Prof. Dr. Christian Armbrüster, Richter am Kammergericht a.D., Prof. Dr. Matthias Becker, Prof. Dr. Dr. h.c. Werner Merle, Rechtsanwalt, Dr. Gerald Roth, Richter am Bundesgerichtshof a.D., Prof. Wolfgang Schneider, Dipl.-Rechtspfleger, und Dr. Martin Suilmann, Vorsitzender Richter am Landgericht, Begründet von Prof. Dr. jur. habil. Johannes Bärmann

14. Auflage 2018. Buch. Rund 1800 S. In Leinen

ISBN 978 3 406 72434 3

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Zivilrecht > Mietrecht, Immobilienrecht > Wohnungseigentumsrecht](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

**beck-shop.de**
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

verstößt.³⁵ Der Vertrag, durch den sich die beteiligten WEer zu einer **Neuzuteilung** ihres Sondereigentums verpflichten, bedarf nach Abs. 3 der notariellen Beurkundung (zur Neuzuteilung → § 2 Rn. 116). Dasselbe gilt für den Vertrag, der die Verpflichtung begründet, das Sondereigentum zu **tauschen**.

Zu unterscheiden vom Formerfordernis des § 311b Abs. 1 S. 1 BGB ist mit der zutr. **31** neueren Rspr. das **Bestimmtheitsgebot** (→ § 1 Rn. 85). Bezieht sich der Konsens der Beteiligten über die Verpflichtung zur Einräumung oder Aufhebung von Sondereigentum nicht auf hinreichend bestimmte Räume, so ist der Vertrag schon mangels **Bestimmtheit** nichtig. Bestehen hingegen zwar insoweit übereinstimmende Vorstellungen, die jedoch nicht in die notarielle Urkunde eingegangen sind, so folgt die Nichtigkeit aus einem Formverstoß (§ 311b Abs. 1 S. 1 iVm § 125 S. 1 BGB).

Die Verpflichtung eines Beteiligten, die für die Einräumung von Sondereigentum er- **32** forderlichen Willenserklärungen abzugeben, ist unabhängig davon wirksam, ob bei Abgabe der Willenserklärung die Voraussetzungen der **Abgeschlossenheit** iSv § 3 Abs. 2 vorliegen.³⁶

b) Erfasste Geschäfte. Die Formbedürftigkeit gilt auch für **Vorverträge**.³⁷ Erfasst **33** werden zudem Verträge, durch die mittelbar eine der in Abs. 3 genannten Verpflichtungen eingegangen wird, zB in Gestalt eines Geschäftsbesorgungsvertrages.³⁸ Für die vertragliche Aufhebung oder Inhaltsänderung einer Verpflichtung iSv Abs. 3 gelten die zu § 311b Abs. 1 S. 1 BGB entwickelten Regeln. Demnach bedarf der **Aufhebungsvertrag** dann der Form, wenn das Vollzugsgeschäft bereits erfolgt oder ein Anwartschaftsrecht entstanden ist; anderenfalls ist er formfrei.³⁹ Eine **Inhaltsänderung** der Verpflichtung ist grds. formbedürftig;⁴⁰ formfrei ist sie jedoch dann, wenn die Pflicht nicht erweitert wird, wenn die Änderung allein der Behebung von Abwicklungsschwierigkeiten dient oder die dingliche Änderung bereits vollzogen ist.

Nicht auf Grund der Verweisung in Abs. 3, sondern **unmittelbar** gilt § 311b Abs. 1 **34** BGB für Verträge, durch die sich ein Teil verpflichtet, WE insgesamt zu veräußern oder zu erwerben.⁴¹ Dies gilt auch dann, wenn das WE zunächst noch **gebildet werden muss**, da der andere Vertragsteil dann nicht Beteiligter eines schuldrechtlichen Vertrages zur Einräumung (allein) von Sondereigentum ist.

Nicht von Abs. 3 erfasst wird auch die Verpflichtung, den **Inhalt** des Sondereigentums **35** zu ändern. Das Formerfordernis einer dem Abs. 3 unterliegenden Abrede erstreckt sich freilich dann auf die Verpflichtung zur Inhaltsänderung, wenn beide Verpflichtungen nach dem Willen der Beteiligten miteinander „stehen und fallen“ sollen (→ § 1 Rn. 78).

c) Rechtsfolgen von Formverstößen. Ein ohne Einhaltung der erforderlichen Form **36** vorgenommenes Rechtsgeschäft ist grds. gem. § 125 S. 1 BGB **nichtig**. Ist ein Verpflichtungsgeschäft iSv Abs. 3 nicht formgerecht abgeschlossen worden, so kann es einem Vertragsteil ausnahmsweise gem. **§ 242 BGB** versagt sein, sich auf die Nichtigkeitsfolge des § 125 S. 1 BGB zu berufen. Insoweit gelten dieselben Regeln wie bei der Veräußerung von WE (→ § 1 Rn. 83).

³⁵ Staudinger/*Rapp* (2018) WEG § 4 Rn. 12; MVHdB VI BürgerlR II/*F. Schmidt* VIII. 6, 4 (S. 384); aA 9. Aufl. Rn. 13.

³⁶ BayObLGE 1991, 78 = NJW-RR 1991, 721; Weitnauer/*Briesemeister* § 4 Rn. 5.

³⁷ RGZ 169, 185 (189); BGH NJW 1973, 517 (518); WM 1973, 679.

³⁸ BGH WM 1971, 1202.

³⁹ BGHZ 83, 395 (397) = NJW 1982, 1639.

⁴⁰ BGH NJW 1984, 612.

⁴¹ Staudinger/*Rapp* (2018) WEG § 4 Rn. 10; Weitnauer/*Briesemeister* § 4 Rn. 9; abw. 9. Aufl. Rn. 12; aA offenbar BGH NJW 1977, 580.

V. Bedingungs- und Befristungsfeindlichkeit der Einigung (Abs. 2 S. 2)

1. Reichweite des Ausschlusses

- 37 **Abs. 2 S. 2** schließt es ebenso wie der für die Auflassung geltende § 925 Abs. 2 BGB aus, dass die Einräumung oder Aufhebung von Sondereigentum unter eine Bedingung oder Zeitbestimmung gestellt wird. Erfasst werden aufschiebende wie auflösende **Bedingungen** (vgl. § 158 BGB). Eine **Zeitbestimmung** liegt nach der Legaldefinition des § 163 BGB vor, wenn für die Wirkung eines Rechtsgeschäfts bei dessen Vornahme ein Anfangs- oder Endtermin gesetzt wird. Eine **Ausnahme** von der Bedingungsfeindlichkeit nach Abs. 2 S. 2 gilt nur für sog. Rechtsbedingungen, nicht aber für rechtsgeschäftliche Bedingungen.⁴² Rechtsbedingungen sind gesetzliche Voraussetzungen für die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts, die eigenen Regeln folgen. Beispiele: Genehmigung des Handelns eines vollmachtlosen Vertreters, familien- bzw. betreuungsgerichtliche oder behördliche Genehmigung.

2. Rechtsfolgen

- 38 Eine bedingte oder befristete Einigung ist (nicht nur schwebend, sondern endgültig) **unwirksam**. Zwar ordnet Abs. 2 S. 2 diese Rechtsfolge anders als § 925 Abs. 2 BGB nicht ausdrücklich an. Sie ergibt sich aber daraus, dass die Norm eine äußere Grenze der Gestaltungsmacht enthält.⁴³ Die Befristungsfeindlichkeit hat in der Praxis zB zur Folge, dass es keinen dinglich wirksamen zeitlich begrenzten Erwerb von WE in Gestalt des **Time-Sharing** gibt.

3. Gestaltungsalternativen

- 39 Soll die Einräumung oder Aufhebung des Sondereigentums noch nicht sogleich erfolgen, so bleibt den Parteien die Möglichkeit, bereits den schuldrechtlichen Vertrag iSv Abs. 3 in der Form des § 311b Abs. 1 S. 1 BGB abzuschließen, aber die **dingliche Einigung** erst dann zu erklären, wenn die betreffende Bedingung oder Zeitbestimmung eingetreten ist. Zulässig ist es ferner, auch die Einigung schon (unter Beachtung von Abs. 2 S. 2) vorzunehmen, aber schuldrechtlich zu vereinbaren, dass der **Antrag beim Grundbuchamt** erst nach Eintritt der Bedingung oder Zeitbestimmung eingereicht werden soll.⁴⁴

VI. Zustimmungserfordernisse

- 40 Zur Einräumung oder Aufhebung⁴⁵ des Sondereigentums – als einer Inhaltsänderung des Miteigentums – bedarf es grds. gem. §§ 877, 878 BGB der **Zustimmung dinglich Berechtigter**. Dies gilt auch, wenn Gemeinschaftseigentum in Sondereigentum umgewandelt wird,⁴⁶ und zwar selbst dann, wenn vorher umfassende SNRe bestanden.⁴⁷ Anders ist es freilich ua dann, wenn sämtliche Miteigentumsanteile von der Belastung betroffen sind (näher zum Ganzen → § 2 Rn. 22 ff.). Weitere Zustimmungserfordernisse können sich insbesondere aus öffentlichem Recht (→ § 2 Rn. 15 ff.) oder bei Beteiligung Minderjähriger (→ § 2 Rn. 28 ff.) ergeben.

⁴² BayObLG ZMR 1985, 208; zur Abgrenzung s. Erman/*Armbrüster* BGB Vor § 158 Rn. 5.

⁴³ S. dazu in Abgrenzung zu § 134 BGB MüKoBGB/*Armbrüster* BGB § 134 Rn. 5.

⁴⁴ BGH NJW 1953, 1301; OLG Düsseldorf NJW 1954, 1041; OLG Hamm Rpfleger 1975, 250; MüKoBGB/*Kanzleiter* BGB § 925 Rn. 29.

⁴⁵ S. dazu OLG Zweibrücken Rpfleger 1986, 93.

⁴⁶ OLG Düsseldorf ZWE 2010, 93 (95).

⁴⁷ OLG München ZWE 2012, 316 mAnm *F. Schmidt*.

VII. Sonstige Wirksamkeitserfordernisse

Für den Einräumungs- oder Aufhebungsvertrag wie auch für das zugrunde liegende 41
Verpflichtungsgeschäft gilt das Vertragsrecht des BGB. So sind die allgemeinen Regeln über
die **Anfechtbarkeit** und **Nichtigkeit** von Willenserklärungen anwendbar. Hinsichtlich
des Verfügungsgeschäfts gilt zudem § 185 BGB, so dass Einwilligung oder Genehmigung
möglich sind. Auch kann eine Heilung von Mängeln durch Konfusion eintreten.

VIII. Rechtsfolgen

1. Einräumung von Sondereigentum

Die Einräumung von Sondereigentum bringt dieses zur **Entstehung**, so dass es mit 42
einem Miteigentumsanteil verbunden und auf diese Weise WE gebildet werden kann.
Erfüllt die Einräumung von Sondereigentum nicht die Anforderungen von § 4 (**Beispiel:**
Gestattung des Dachgeschossausbaus zu Wohnraum durch allstimmigen Eigentümer-
beschluss), so kommt die **Umdeutung** gem. § 140 BGB in ein SNR in Betracht, das
freilich nur in Verbindung mit mindestens einem WE bestehen kann.⁴⁸ Scheitert die
Einräumung von Sondereigentum allein an einer unzureichenden Abgrenzung, so sind alle
Miteigentümer **verpflichtet**, zur Beseitigung des isolierten Miteigentumsanteils (→ § 2
Rn. 62) durch eine erneute Einigung wirksam Sondereigentum einzuräumen.⁴⁹

2. Aufhebung von Sondereigentum

Erfolgt die **Aufhebung** von Sondereigentum für das **gesamte** Grundstück, so entsteht 43
zunächst (im Falle der Begründung nach § 3: wieder, ansonsten: erstmals) einfaches Bruch-
teilsmitteigentum nach § 1008 BGB. Dieses unterliegt schuldrechtlich den §§ 741 ff. BGB.
Betrifft die Aufhebung nur **einzelne** Sondereigentumsanteile oder im Sondereigentum
stehende Räume, so werden diese nicht etwa schlichtes (nach §§ 749 ff. BGB auflösbares)
Miteigentum, sondern zwingend Gemeinschaftseigentum.⁵⁰

Entsteht durch die Aufhebung ein Miteigentumsanteil, der nicht mit Sondereigentum 44
verbunden ist (**isolierter Miteigentumsanteil**), so wird eine neue Verteilung der Bruch-
teile der verbleibenden WEer erforderlich. Der Miteigentumsanteil kann komplett einem
fortbestehenden Sondereigentum zugeschlagen oder durch Quotenänderung verteilt und
damit aufgelöst werden.⁵¹ **Beispiel:** Einer von zehn WEern, die je einen 1/10-Miteigen-
tumsanteil halten, hebt sein Sondereigentum durch Einigung iSv § 4 Abs. 1 auf. Die
Miteigentumsanteile sind sodann – sofern keine abweichende Verteilung gewollt ist –
grundbuchmäßig auf je 1/9 umzustellen. Diese Umstellung richtet sich nach den allgemei-
nen Grundsätzen, die für die Korrektur der Miteigentumsanteile gelten (→ § 2 Rn. 85).
Erforderlich ist also ein Vorgehen nach §§ 873, 925 BGB unter Beteiligung der hinzuer-
werbenden WEer.⁵² Zugleich kann ein gewisser Bedarf zur Anpassung der **Gemein-
schaftsordnung** entstehen. Dies gilt insbesondere hinsichtlich der Regelungen über Lasten
und Nutzungen, uU auch für die Stimmrechtsverteilung.

⁴⁸ KG NZM 1999, 258.

⁴⁹ BGHZ 130, 159 (170) = NJW 1995, 2851.

⁵⁰ Riecke/Schmid/Schneider § 4 Rn. 10.

⁵¹ Palandt/Wicke WEG § 4 Rn. 2.

⁵² BGHZ 109, 179 = ZMR 1990, 112; OLG München ZWE 2010, 459; Riecke/Schmid/Schneider § 4
Rn. 9; aA 9. Aufl. Rn. 36 f. (Anwachsung).

3. Gründungsmängel

- 45 Bei dem (dinglichen) Einräumungsvertrag handelt es sich nicht um einen Austauschvertrag, sondern um ein letztlich auf die Entstehung der WEgem gerichtetes Rechtsgeschäft. Dies führt zu der Frage, ob bei Mängeln, die nach den allgemeinen Vorschriften zur rückwirkenden Nichtigkeit führen würden, ebenso wie bei der fehlerhaften Gesellschaft die **Nichtigkeit nur mit Wirkung für die Zukunft** geltend gemacht werden kann. Diese Frage ist ab dem Zeitpunkt zu bejahen, in dem die WEgem in Vollzug gesetzt worden ist. Letzteres ist mit der Bildung eines **Verwaltungsvermögens** iSv § 10 Abs. 7 der Fall (→ § 2 Rn. 56 f.).

IX. Vormerkungsfähigkeit

- 46 Der Anspruch auf **Einräumung** von Sondereigentum ist auf Änderung des Inhalts des Alleineigentums oder des schon bestehenden Miteigentums gerichtet; er kann ebenso wie derjenige auf Einräumung von Miteigentum durch Eintragung einer **Vormerkung** gem. § 883 BGB auf dem noch ungeteilten Grundstück gesichert werden.⁵³
- 47 Die Vormerkungsfähigkeit setzt freilich voraus, dass das zu bildende Sondereigentum **hinreichend bestimmbar** ist.⁵⁴ Hierfür genügt es, dass das Sondereigentum ähnlich wie im Aufteilungsplan zweifelsfrei gekennzeichnet ist.⁵⁵ Dies gilt auch für den Fall, dass der Anspruch auf Verschaffung eines Miteigentumsanteils und auf dessen Verbindung mit noch zu begründendem Sondereigentum gesichert werden soll.⁵⁶ Für diesen Fall ist umstritten, ob die Vormerkung bei sämtlichen Miteigentumsanteilen eingetragen werden muss⁵⁷ oder nicht.⁵⁸ Richtigerweise genügt die Eintragung bei einem oder mehreren Miteigentumsanteilen, da es nicht Aufgabe des Grundbuchamts ist, die Durchsetzbarkeit des Anspruchs zu gewährleisten. Werden weitere Eintragungsbewilligungen eingereicht, so sind die Eintragungen sukzessive vorzunehmen.⁵⁹
- 48 Die Vormerkungsfähigkeit des Anspruchs auf Einräumung von Sondereigentum ist praktisch bedeutsam bei **Insolvenz** eines Bauträgers, der auf einem ihm gehörenden Grundstück baut. In diesem Fall kann der gesicherte Anspruch gem. § 106 InsO auch in der Insolvenz durchgesetzt werden. Hat der Bauträger weitere Verpflichtungen (insbesondere: eine Herstellungsverpflichtung) übernommen, so gilt § 106 S. 2 InsO. Der Erwerber kann daher hinsichtlich des Anspruchs auf Einräumung von Sondereigentum vom Insolvenzverwalter unabhängig davon Erfüllung verlangen, ob dieser hinsichtlich der weiteren Verpflichtungen die Erfüllung gem. § 103 Abs. 2 InsO ablehnt.⁶⁰ – Ist die Eintragung der Vormerkung zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung zwar bewilligt, aber noch nicht erfolgt, so gilt § 878 BGB analog.
- 49 Auch der Anspruch auf **Aufhebung** von Sondereigentum ist vormerkungsfähig.⁶¹

⁵³ BayObLGZ 1977, 155 = DNotZ 1977, 544; Riecke/Schmid/Schneider § 4 Rn. 21; F. Schmidt FS Bärmann/Weitnauer 1990, 545 (552).

⁵⁴ OLG Frankfurt a. M. DNotZ 1972, 180; OLG Düsseldorf DNotZ 1981, 743.

⁵⁵ Müller DB 1974, 1562; vgl. auch LG Hamburg Rpfleger 1982, 272; OLG Stuttgart MittBayNot 1971, 245; Glage NJW 1967, 813.

⁵⁶ BayObLG ZMR 1977, 340; 1992, 256 (betr. zu errichtende Gebäude); OLG Köln DNotZ 1985, 450; Riecke/Schmid/Schneider § 4 Rn. 22; Staudinger/Rapp (2018) WEG § 4 Rn. 14; Weitnauer/Briesemeister Nach § 8 Rn. 22; teils aA OLG Düsseldorf DNotZ 1977, 162.

⁵⁷ Dafür BayObLG ZMR 1977, 340.

⁵⁸ So OLG Köln DNotZ 1985, 450; Riecke/Schmid/Schneider § 4 Rn. 23; F. Schmidt FS Bärmann/Weitnauer 1990, 545 (552).

⁵⁹ Zutr. Riecke/Schmid/Schneider § 4 Rn. 23.

⁶⁰ Zur Rechtslage vor Einführung von § 24 S. 2 KO (jetzt § 106 S. 2 InsO) s. Weitnauer/Briesemeister Nach § 8 Rn. 25; BGH NJW 1977, 146 (nicht speziell zu WE).

⁶¹ BayObLG Rpfleger 1980, 110; Riecke/Schmid/Schneider § 4 Rn. 25; F. Schmidt FS Bärmann/Weitnauer 1990, 545 (565).

§ 5 Gegenstand und Inhalt des Sondereigentums

(1) Gegenstand des Sondereigentums sind die gemäß § 3 Abs. 1 bestimmten Räume sowie die zu diesen Räumen gehörenden Bestandteile des Gebäudes, die verändert, beseitigt oder eingefügt werden können, ohne daß dadurch das gemeinschaftliche Eigentum oder ein auf Sondereigentum beruhendes Recht eines anderen Wohnungseigentümers über das nach § 14 zulässige Maß hinaus beeinträchtigt oder die äußere Gestaltung des Gebäudes verändert wird.

(2) Teile des Gebäudes, die für dessen Bestand oder Sicherheit erforderlich sind, sowie Anlagen und Einrichtungen, die dem gemeinschaftlichen Gebrauch der Wohnungseigentümer dienen, sind nicht Gegenstand des Sondereigentums, selbst wenn sie sich im Bereich der im Sondereigentum stehenden Räume befinden.

(3) Die Wohnungseigentümer können vereinbaren, daß Bestandteile des Gebäudes, die Gegenstand des Sondereigentums sein können, zum gemeinschaftlichen Eigentum gehören.

(4) ¹Vereinbarungen über das Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander können nach den Vorschriften des 2. und 3. Abschnittes zum Inhalt des Sondereigentums gemacht werden. ²Ist das Wohnungseigentum mit der Hypothek, Grund- oder Rentenschuld oder der Reallast eines Dritten belastet, so ist dessen nach anderen Rechtsvorschriften notwendige Zustimmung zu der Vereinbarung nur erforderlich, wenn ein Sondernutzungsrecht begründet oder ein mit dem Wohnungseigentum verbundenes Sondernutzungsrecht aufgehoben, geändert oder übertragen wird. ³Bei der Begründung eines Sondernutzungsrechts ist die Zustimmung des Dritten nicht erforderlich, wenn durch die Vereinbarung gleichzeitig das zu seinen Gunsten belastete Wohnungseigentum mit einem Sondernutzungsrecht verbunden wird.

Literatur: *Abramenko*, Immer Ärger mit dem Duplex-Parker, ZMR 2014, 779; *Alsdorf*, Rechtsfragen bei Balkonen und ähnlichen Anbauten im Rahmen des WEG, BIGBW 1977, 10; *Armbrüster*, Drei Jahre WEG-Reform – eine Zwischenbilanz, GE 2010, 955; *ders.*, Zuordnung von Heizkörpern, Anschlussleitungen und Ventilen zum Sondereigentum, ZWE 2011, 392; *Bartholome*, Die Entwicklung des Wohnungseigentumsrechts im Jahr 2016, NJW 2017, 2082; *Bielefeld*, Instandhaltung und Instandsetzung von Fenstern, DWE 1989, 2; *ders.*, Verbrauchszähler im Wohnungseigentum: Sonder- oder Gemeinschaftseigentum?, NZM 1998, 249; *Böttcher*, Entwicklungen beim Erbbaurecht und Wohnungseigentum 2016 – Teil 2, ZNotP 2017, 93; *Brandt/Hansen*, Die Folgen einer missglückten Sondereigentumszuweisung in der Teilungserklärung, WuM 2016, 647; *Conitz*, Ist die Heizungszentrale einer Wohnungseigentümergeinschaft bei Mitversorgung fremder Wohngebäude sondereigentumsfähig?, Rpfleger 1973, 390; *Elzer*, Aktuelle Rechtsprechung zum Sachenrecht des WEG, NotBZ 2014, 321; *ders.*, Aktuelle Rechtsprechung zum Sachenrecht des WEG, NotBZ 2017, 13; *Frank*, Zur grundbuchmäßigen Behandlung von Stellplätzen in Doppelstockgaragen, MittBayNot 1994, 512; *Gleichmann*, Sondereigentumsfähigkeit von Doppelstockgaragen, Rpfleger 1988, 10; *Greupner*, Rauchwarnmelder: Die Verpflichtung zur Nachrüstung in Wohnungseigentumsanlagen, ZMR 2012, 497; *Grziwotz*, Die Abgrenzung von Gemeinschafts- und Sondereigentum, NotBZ 2013, 161; *Häublein*, Die Abgrenzung von Sonder- und Gemeinschaftseigentum durch den BGH und deren Folgen für die notarielle Gestaltungspraxis, notar 2016, 179; *ders.*, Sondernutzungsrechte und ihre Begründung im Wohnungseigentumsrecht, 2003; *ders.*, Wem gehört die Fußbodenheizung? Zur Abgrenzung von Sonder- und Gemeinschaftseigentum nach der neuesten Rechtsprechung des BGH, ZMR 2016, 935; *Heinemann*, Das Dach – sondereigentumsfähig?, ZMR 2017, 716; *Höckelmann/Sauren*, Die Sondereigentumsfähigkeit nicht überbauter Garagenstellplätze eines Gebäudes, Rpfleger 1999, 14; *Hurst*, Das Eigentum an der Heizungsanlage, DNotZ 1984, 66; *ders.*, „Mit-Sondereigentum“ und „abgesondertes Miteigentum“, noch ungelöste Probleme des WEG, DNotZ 1968, 131, 286; *Hügel/Elzer*, Sondernutzungsrechte am Sondereigentum, DNotZ 2014, 403; *dies.*, Über die Grenzen des Sondereigentums, DNotZ 2013, 487; *dies.*, Vereinbarungen zum Sondereigentum?, DNotZ 2012, 4; *dies.*, Sondernutzungsrechte am Sondereigentum, DNotZ 2014, 403; *dies.*, Über die Grenzen des Sondereigentums, DNotZ 2013, 487; *Kahlen*, Balkone in Wohnungseigentumsanlagen, ZMR 1989, 168; *Korff*, Heizung und Beheizung in Wohnungseigentumsanlagen, DerWEer 1984, 98; *Lehmann-Richter*, Das BGH-Heizkörper-Urteil: Kritik und Konsequenzen, ZWE 2013, 69; *Lutz*, Das gemeinschaftliche Sondernutzungsrecht in der notariellen Praxis, NotBZ 2014, 209; *Matthaei*, Die zivilrechtliche Problematik der Schaffung von in der Größe variablen Eigentumswohnungen, 1976; *Meffert*, Entbehrlichkeit der Zustimmung dinglich Berechtigter zu Vereinbarungen der Wohnungseigentümer gem. § 5 Abs. 4 S. 2 und 3 WEG n. F., ZMR 2007, 517; *Merle*, Die Sondereigentumsfähigkeit von Garagenstellplätzen auf dem nicht überdachten Oberdeck eines Gebäudes, Rpfleger 1977, 196; *Mohr*, Rauchwarnmelder: Mehr Schutz, mehr Pflichten!, ZfR 2013, 722; *Müller, M.*, Begründung von Sondereigentum an Balkonen, AnwZert MietR 10, 2012,

Anm. 1; *ders.*, Sondereigentum an wesentlichen Bestandteilen, ZWE 2013, 203; *Ott*, Mehrfachparker – Instandhaltung, Instandsetzung und Kostentragung, ZWE 2013, 156; *Pick*, Gemeinschaftseinrichtungen als Gegenstand des Sondereigentums i. S. des WEG?, FrWW 1974, 130; *Reinold*, Rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten bei der Veräußerung von nicht sondereigentumsfähigen Stellplätzen, MittBayNot 2001, 540; *Riecke*, Die Abgrenzung von Gemeinschafts- und Sondereigentum im Wohnungseigentumsrecht, BTR 2003, 11; *Röll*, Mauer- und Deckendurchbrüche in Eigentumswohnungen, FS Deckert (2002), S. 417; *ders.*, Sondereigentum an Heizungsräumen und deren Zugangsflächen, DNotZ 1986, 706; *ders.*, Zum Sondereigentum an Eingangsfluren, DNotZ 1987, 238; *ders.*, Zur Frage der Begründung von Sondereigentum an Tiefgaragenstellplätzen, DNotZ 1988, 323; *Sauren*, Die Sondereigentumsfähigkeit nicht überdachter Garagenstellplätze eines Gebäudes, Rpfleger 1999, 14; *Schlüter*, Gehören Thermostatventile zum Sondereigentum?, ZMR 2011, 935; *ders.*, Die Folgen des BGH-Heizkörperurteils, ZWE 2012, 310; *Schmid*, Heizkörper als Sondereigentum, MDR 2011, 1081; *Schmidt, F.*, Balkone als Sondereigentum, MittBayNot 2001, 442; *ders.*, Gegenstand und Inhalt des Sondereigentums, FS Bärmann/Weitmaier (1985), S. 37 und MittBayNot 1985, 237; *Schmitz*, Aktuelles zum WEG: Die Sondereigentumsfähigkeit von Heizungsanlagen, MittBayNot 2012, 180; *Schneider*, Die sachenrechtliche Zuordnung von Rauchwarnmeldern in Eigentumswohnungsanlagen, ZMR 2010, 822; *Schopp*, Gemeinschafts- oder Sondereigentum am Heizwerk sowie an Heizungssträngen und -anlagen, Rpfleger 1974, 91; *Schultz*, Der Einbau von Rauchmeldern in Wohnungseigentumsanlagen, ZWE 2011, 21; *Wilhelmy*, Photovoltaik in der Wohnungseigentümergeinschaft, NZM 2014, 569.

Übersicht

	Rn.
I. Normzweck	1
II. Überblick	4
III. Gegenstand des Sondereigentums (Abs. 1)	7
1. Die gem. § 3 Abs. 1 bestimmten Räume	7
a) Ausgangspunkt	7
b) Körperlichkeit	9
2. Wesentliche Gebäudebestandteile	19
a) Gesetzliche Vorgabe	19
b) Anwendungsbereich	20
c) Voraussetzungen	21
IV. Zwingendes Gemeinschaftseigentum (Abs. 2)	26
1. Überblick	26
2. Voraussetzungen	30
a) Teile, die für Bestand und Sicherheit des Gebäudes erforderlich sind	31
b) Anlagen und Einrichtungen, die dem gemeinschaftlichen Gebrauch dienen	35
c) Grenzen des zwingenden Gemeinschaftseigentums	48
V. Einzelfälle zur Raumeigenschaft und zur Sondereigentumsfähigkeit	49
VI. Vereinbartes Gemeinschaftseigentum (Abs. 3)	135
VII. Inhalt des Sondereigentums (Abs. 4)	137
1. Vereinbarung gem. Abs. 4 S. 1	137
a) Rechtsnatur	137
b) Zustandekommen	138
2. Erfordernis der Zustimmung dinglich Berechtigter (Abs. 4 S. 2, 3)	139
a) Entstehungsgeschichte	139
b) Anwendungsbereich	141
c) Ausnahme vom Zustimmungserfordernis (Abs. 4 S. 3)	145
d) Abdingbarkeit von Abs. 4 S. 2 und 3	149

I. Normzweck

- § 5 befasst sich sowohl mit dem Gegenstand als auch mit dem Inhalt des Sondereigentums. Die Vorschrift dient in ihren **Abs. 1–3** insbesondere der **Abgrenzung von Sondereigentum und Gemeinschaftseigentum**. Diese Unterscheidung ist in verschiedener Hinsicht von grundlegender Bedeutung. Dies gilt zunächst hinsichtlich der Frage, wer für die **Instandhaltung und Instandsetzung** der betreffenden Gebäudeteile zuständig ist und die Kosten dafür zu tragen hat. Hinsichtlich des Sondereigentums ist dies der einzelne WEer.
- Bedeutsam ist die Abgrenzung zudem auch für die Feststellung, welcher Person die aus dem Eigentum folgenden **dinglichen Abwehrensprüche** zustehen (§§ 985, 1004 BGB). Nur in Bezug auf das Sondereigentum verfügt der WEer grds. über das **alleinige Herrschaftsrecht** (vgl. § 13 Abs. 1) und die Verwaltungszuständigkeit (→ § 14 Rn. 31). Anders

liegen die Dinge hinsichtlich des **Gemeinschaftseigentums**. Die Instandhaltung und Instandsetzung des gemeinschaftlichen Eigentums obliegt der Gemeinschaft, die auch die dafür erforderlichen Kosten zu tragen hat (vgl. §§ 21 Abs. 5 Nr. 2, 16 Abs. 2). Davon abweichende Vereinbarungen sind freilich zulässig. Wird das Gemeinschaftseigentum gestört, so stehen die daraus folgenden Abwehransprüche den WEern gemeinschaftlich zu (§ 1011 BGB). Für die Geltendmachung jener Rechte hat die teilrechtsfähige WEgem eine sog. gekorene Ausübungsbefugnis (→ § 10 Rn. 251). Nach § 13 Abs. 2 S. 1 ist jeder WEer – in den Grenzen der §§ 14, 15 – zum Mitgebrauch des gemeinschaftlichen Eigentums berechtigt; die Nutzungen sind anteilig zu verteilen (§ 16 Abs. 1 S. 1).

Einen anderen Zweck verfolgt **Abs. 4**. Bei dieser Regelung geht es darum, den WEern **3** eine „**Verdinglichung**“ der für ihr Verhältnis untereinander getroffenen **Vereinbarungen** zu ermöglichen.

II. Überblick

Abs. 1 und 2 regeln, welche Räume und Gegenstände des Gebäudes zum Sonder- **4** eigentum zählen. In Abs. 1 wird der Gegenstand des Sondereigentums positiv umschrieben, während Abs. 2 mit einer negativen Formulierung anordnet, was keinesfalls Gegenstand des Sondereigentums sein kann. Die in § 5 Abs. 1 und 2 getroffenen Regelungen sind zwingendes Recht.¹ **Abs. 3** räumt den WEern die Befugnis ein, die nach Abs. 1 erfolgte gesetzliche Zuweisung von wesentlichen Bestandteilen des Gebäudes zum Sonder- eigentum rechtsgeschäftlich zu verändern.

Anders als Abs. 1–3 betrifft **Abs. 4** nicht den Gegenstand des Sondereigentums, sondern **5** lässt in **S. 1** privatautonome Regelungen über seinen **Inhalt** zu. Die **S. 2 und 3** beschränken das Erfordernis der Zustimmung dinglich Berechtigter zu einer Vereinbarung. Sie sind durch die Novelle von 2007 angefügt worden.

§ 5 findet gem. § 8 Abs. 2 S. 1 entsprechende Anwendung, wenn der **Alleineigentü- 6** mer die Teilung nach § 8 durchführt.

III. Gegenstand des Sondereigentums (Abs. 1)

1. Die gem. § 3 Abs. 1 bestimmten Räume

a) Ausgangspunkt. Abs. 1 legt fest, dass zum Gegenstand des Sondereigentums die **7** gem. § 3 Abs. 1 bestimmten Räume zählen. Insoweit hat die Vorschrift allein klarstellende Bedeutung. Jene Rechtsfolge ist nämlich bereits unmittelbar aus § 3 Abs. 1 zu entnehmen. Abs. 1 verdeutlicht aber, dass die Einräumung von Sondereigentum einen **Raum** im wohnungseigentumsrechtlichen Sinne voraussetzt. Das WEG definiert den Begriff des Raumes nicht. Seine Konkretisierung bleibt demnach Literatur und Rspr. überlassen.

Aus der Grundkonzeption des WEG, wonach an einem Raum in einem Gebäude **8** Sondereigentum bestehen kann, folgt, dass der Gesetzgeber die Eigenschaft eines Raumes als **Sache** (§ 90 BGB) anerkennt.² Dies ist keineswegs systemwidrig, zumal der Raum infolge seiner Ausweisung im Aufteilungsplan die für einen **Gegenstand** iSv § 90 BGB erforderliche Individualisierbarkeit erhält.³

b) Körperlichkeit. Problematisch ist freilich, unter welchen Voraussetzungen man die **9** **Körperlichkeit** (vgl. § 90 BGB) eines Raumes bejahen kann.

¹ Vgl. BGHZ 50, 56 (59 ff.) = WM 1968, 572.

² AA *Junker*, Die Gesellschaft nach dem WEG, S. 6 ff. Gegen seine These zur dogmatischen Struktur des Wohnungseigentums s. bereits 10. Aufl., § 5 Einl. Rn. 11 ff.

³ Dazu *Merle*, System, S. 48.

- 10 **aa) Meinungstand.** Verbreitet wird die Körperlichkeit nur dann bejaht, wenn das geometrische Gebilde zu allen Seiten **fest umschlossen** ist. Ausgehend davon wird unter einem Raum der Luftraum innerhalb der Umschließung verstanden.⁴ Nach dieser Ansicht ist eine vertikale Luftlinie nicht in der Lage, zwei benachbarte Räume voneinander abzugrenzen. Zur Begründung wird geltend gemacht, dass man nur so dem Anliegen des Gesetzgebers des WEG gerecht werde, die aus Zeiten des Stockwerkseigentums bekannten Streitigkeiten zu verhindern. Die sondereigentumsfähige Wohnung solle vergleichbar einem Einfamilienhaus den **Schutz der Privatsphäre** gewährleisten.⁵ Sondereigentum – und damit ein Raum – soll demnach nur dann existieren können, wenn das betreffende geometrische Gebilde schon seiner Beschaffenheit nach vor äußeren Einwirkungen aller Art (gleich ob natürlichen oder menschlichen Ursprungs) schütze.
- 11 Nach anderer Auffassung, der sich mittlerweile auch der BGH angeschlossen hat,⁶ ist es für die Raumeigenschaft **nicht erforderlich**, dass das dreidimensionale Gebilde zu jeder Seite fest umschlossen ist. Danach kann unterschiedliches Sondereigentum an Teilen ein und desselben Raumes bestehen. Insofern bedarf es keiner tatsächlichen Abgrenzung (zB Trennwand), solange sich die Abgrenzung der Räume aus dem Aufteilungsplan ergibt. Unter dieser Voraussetzung kann Sondereigentum mithin auch an durch reine „**Luftschranken**“ begrenzten Bereichen gebildet werden.
- 12 Diese Frage hat keineswegs allein theoretische Bedeutung. **Praktisch** wirkt sie sich etwa dann aus, wenn eine vom Aufteilungsplan abweichende Bauausführung dazu geführt hat, dass die Trennwand einer Wohnung innerhalb der benachbarten Einheit verläuft.⁷ Hier ist umstritten, ob das Sondereigentum nur in den im Aufteilungsplan festgesetzten Grenzen entstanden oder ob die tatsächliche Bauausführung maßgeblich ist (→ § 2 Rn. 77 ff.). Nur wenn man es ausreichen lässt, dass auch eine vertikale Luftlinie einen Raum hinreichend abzugrenzen vermag, kann man zu dem Ergebnis gelangen, dass Sondereigentum auch bei derart abweichender Bauausführung in Übereinstimmung mit den Angaben des Aufteilungsplans entsteht.
- 13 **bb) Stellungnahme.** Gegen die eine feste Umschließung für erforderlich haltende Auffassung spricht, dass der Gesetzgeber die Schwächen des Stockwerkseigentums durch die Einführung des **Abgeschlossenheitserfordernisses** in § 3 Abs. 2 S. 1 ausräumen wollte.⁸ Nicht der Raumbegriff soll eine optisch wahrnehmbare Abgrenzung der Sondereigentumsbereiche und damit einen gewissen Schutz vor äußeren Einwirkungen gewährleisten. Vielmehr geschieht dies durch die Regelung in § 3 Abs. 2 S. 1. Danach soll Sondereigentum nur dann eingeräumt werden, wenn die Wohnungen oder die sonstigen Räume in sich abgeschlossen sind. Dazu gehört es regelmäßig, dass die betreffenden Räume allseitig umschlossen sind. Ein Verstoß gegen die Sollvorschrift des § 3 Abs. 2 S. 1 lässt aber die wirksame Einräumung von Sondereigentum unberührt (→ § 3 Rn. 57). Diese gesetzgeberische Entscheidung unterläuft man, wenn man eine wesentliche Funktion der Abgeschlossenheit bereits in den Begriff des Raumes hineinliest.⁹
- 14 Allerdings setzt Körperlichkeit iSv § 90 voraus, dass **Herrschaftsmacht** besteht. Entscheidend muss deshalb sein, ob es nach der Verkehrsauffassung¹⁰ möglich ist, über den im Aufteilungsplan bestimmten Bereich Herrschaftsmacht auszuüben. Hierbei ist zu berücksichtigen

⁴ Staudinger/Rapp (2018) WEG § 5 Rn. 5; Rapp RNotZ 2012, 42 (43); in dieser Richtung ferner Röll DNotZ 1998, 345 (347). So im Ausgangspunkt auch GS OGB BGHZ 119, 42 = NJW 1992, 3291; BayObLG NJW-RR 1986, 761; OLG München ZMR 2006, 388; Riecke/Schmid/Elzer/Schneider § 3 Rn. 109; Riecke/Schmid/Schneider § 5 Rn. 12; → Rn. 13 ff.

⁵ Staudinger/Rapp (2018) WEG § 5 Rn. 5.

⁶ BGHZ 177, 338 (341 ff.) = NJW 2008, 2982 f.; OLG München ZWE 2014, 257 (258) mAnm Elzer NotBZ 2014, 321 (325): Das Spiel mit Luftmauern sei „eines mit dem Feuer“; Armbrüster ZWE 2005, 182 (190); Merle WE 1992, 11 (12); eingehend DNotI-Report 2015, 41 ff.

⁷ Dazu s. Armbrüster ZWE 2005, 182 (189); DNotI-Report 2015, 41 (42 f.).

⁸ S. dazu BR-Drs. 75/51 zu § 3 (sub VI).

⁹ So iErg auch BGHZ 177, 338 = NJW 2008, 2982 Rn. 14; M. Müller AnwZert MietR 10/2012, Anm. 1.

¹⁰ Zu deren Maßgeblichkeit s. Bub FS Bärmann/Weitnauer 1990, 69 (76).