

### Gutachten des Deutschen Notarinstituts

Abruf-Nr.: 105290#

letzte Aktualisierung: 31. August 2010

#### WEG §§ 10, 22

**Vereinbarung über künftigen Dachgeschossausbau in der Teilungserklärung; Entstehen einer horizontalen Luftschränke durch Aufstockung eines bereits bestehenden Sondereigentums; Verpflichtung der Miteigentümer zur Übertragung von Gemeinschaftseigentum auf den Eigentümer des betreffenden Sondereigentums**

#### I. Sachverhalt

Ein Grundstückseigentümer beabsichtigt, sein Grundstück gemäß WEG in Wohnungs- und Teileigentum aufzuteilen und die neu gebildeten Eigentumseinheiten zu veräußern. Das auf dem Grundstück aufstehende mehrstöckige Wohnhaus besteht aus mehreren Wohnungen und einem Dachbodenraum. Der **Dachbodenraum** weist die bauliche Besonderheit auf, dass es sich um einen so genannten **Kriechraum** handelt, also einen Raum, der so niedrig ist, dass er nicht aufrechtstehend begangen werden kann. Für die Wohnungen und den Dachbodenraum ist die Abgeschlossenheitsbescheinigung gem. § 7 Abs. 4 Nr. 1 WEG erteilt. An dem Dachbodenraum wird Teileigentum gebildet.

Der Eigentümer möchte sich in der Teilungserklärung/Gemeinschaftsordnung die **Befugnis vorbehalten, den Dachbodenraum als Wohnung auszubauen** und zu nutzen. Diese Befugnis soll auch beinhalten, das Dachgeschoss um die zur Nutzung als Wohnung erforderliche Höhe aufzustoßen.

Der Eigentümer hat noch keine konkreten Pläne über das „Wie“ der Aufstockung, also die nähere Gestaltung der Ausführung und die erforderliche Höhe. Des Weiteren ist auch noch völlig ungewiss und baurechtlich noch nicht geklärt, ob die Aufstockung in der Weise erfolgen kann, dass die derzeit vorhandenen Außenmauern des Wohnhauses lediglich im erforderlichen Maß erhöht werden oder ob das – aufzustockende – Dachgeschoss baurechtlich nur als Staffelgeschoss genehmigt und ausgeführt werden kann. Sollte baurechtlich die Aufstockung nur als Staffelgeschoss möglich sein, würde die neu herzustellende Außenwand gegenüber der derzeitigen Außenwand zurückspringen mit der Folge, dass zwischen der alten und der neuen Außenwand eine umlaufende unbebaute Fläche entstünde, die dem Eigentümer der künftigen Dachgeschosswohnung dann als Dachterrasse dienen soll. Die neue Außenwand würde also auf Flächen errichtet, die sich innerhalb des derzeit vorhandenen Dachbodenraumes, also innerhalb des anfänglichen Teileigentums, befinden. Des weiteren wäre im Falle eines Staffelgeschosses auch das Dach völlig neu herzustellen.

Die Befugnis zur Aufstockung (verbunden mit allen hierzu erforderlichen baulichen Änderungen am Gemeinschaftseigentum und der Anschluss an die gemeinsamen Ver- und Entsorgungsleitungen), zum Ausbau und zur Nutzung des Dachbodenraumes als Wohnung soll als Inhalt des Sondereigentums gem. § 10 Abs. 3 WEG in das Grundbuch eingetragen werden, um eine dingliche Wirkung gegen alle Sondernachfolger herbeizuführen.

## II. Fragen

1. Kann die Befugnis zur Aufstockung wirksam als Inhalt gem. § 10 Abs. 3 WEG vereinbart werden, und zwar insbesondere auch dann, wenn im Falle der Aufstockung als Staffelgeschoss die zwingend im Gemeinschaftseigentum stehenden neuen Außenmauern (die das dann erforderliche neue Dach tragen) auf Flächen errichtet werden, die gemäß Teilungserklärung und Aufteilungsplan zum Gegenstand des Sondereigentums des Dachbodenraumes gehören?
2. Genügt es den Anforderungen des sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes, wenn in der Teilungserklärung/Gemeinschaftsordnung lediglich das grob umschriebene Ziel der Aufstockung geregelt und dem Eigentümer das Leistungsbestimmungsrecht i. S. d. § 315 BGB zur näheren Gestaltung der Ausführung zugewiesen wird oder muss bereits die nähere Gestaltung der Ausführung der Aufstockung in die Teilungserklärung/Gemeinschaftsordnung aufgenommen werden?
3. Gehen im Falle der Aufstockung als Staffelgeschoss die bisherigen (Sondereigentums-)Flächen, auf denen die neue Außenwand errichtet wird, kraft Gesetzes (§ 5 Abs. 2 WEG) in Gemeinschaftseigentum über oder bedarf es hierzu einer entsprechenden in das Grundbuch einzutragenden Vereinbarung (§ 10 Abs. 3 WEG) mit Einigung und Auflassung (§ 925 BGB)?

## III. Zur Rechtslage

### 1. Grundsätzliches

In der Literatur ist darauf hingewiesen worden, dass sich beim nachträglichen Ausbau von Dachräumen im Wesentlichen die folgenden Problemstellungen ergeben:

- Veränderung der sachenrechtlichen Aufteilung in Sonder- und Gemeinschaftseigentum;
- Änderung der Zweckbestimmung der ausgebauten Räume;
- Änderung der vorhandenen Kostenverteilungsschlüssel;
- Zustimmung zur baulichen Veränderung des Gemeinschaftseigentums.

(Hügel, RNotZ 2005, 149, 150).

Wir verstehen die Rechtsfragen in der Anfrage so, dass bis auf die Probleme im Hinblick auf die Änderung des vorhandenen Kostenverteilungsschlüssels sämtliche Problembereiche erörtert werden sollen.

### 2. Zustimmung zur baulichen Veränderung, § 22 WEG

Bei dem Ausbau des Dachgeschosses handelt es sich regelmäßig um eine erhebliche bauliche Veränderung, welche der Zustimmung aller übrigen Wohnungseigentümer bedarf (Jennißen/Hogenschurz, WEG, 2. Aufl. 2010, § 22 Rn. 91 m. w. N.). Nach allgemeiner Auffassung ist **§ 22 Abs. 1 S. 1 WEG** jedoch durch Bestimmung in der Teilungserklärung

**abdingbar.** Demnach kann die Teilungserklärung den Eigentümer des Dachbodens nach allgemeiner Meinung auch zum Ausbau und zum Umbau desselben ermächtigen (BayObLG WE 1992, 206; BayObLG WE 1990, 134; KG WM 1993, 209; OLG Hamburg WE 1996, 349; OLG Hamm ZMR 2005, 220; Riecke/Schmid/Rabek, WEG, 3. Aufl. 2010, § 22 Rn. 38; Jennißen/Hogenschurz, § 22 Rn. 13). In der Entscheidung WE 1992, 206 hat das BayObLG sogar angenommen, dass der in der Teilungserklärung vorgesehene bzw. als möglich zugelassene Dachausbau noch als erstmalige Herstellung des Gebäudes anzusehen sei, die der Eigentümer ohne Zustimmung der Miteigentümer vornehmen könne. Dies wird man u. E. nach nur dann annehmen können, wenn die späteren Anbaumaßnahmen bereits in der Teilungserklärung und im Aufteilungsplan hinreichend bestimmt bezeichnet sind (so wohl auch Hügel, RNotZ 2005, 149, 157).

Zu beachten ist jedoch, dass sämtliche der vorzitierten Entscheidungen lediglich den Ausbau eines bereits bestehenden Dachbodens betrafen. Inwieweit diese Rechtsprechung auf größere Ausbau- oder Umbaumaßnahmen sowie auf die Anhebung des gesamten Daches übertragen werden kann, ist gerichtlich noch nicht geklärt. Da es jedoch auch für möglich gehalten wird, § 22 Abs. 1 WEG vollständig abzubedingen, um jedem Wohnungseigentümer die Vornahme baulicher Veränderungen zu ermöglichen (Bärmann/Merle, WEG, 10. Aufl. 2008, § 22 Rn. 321), dürfte es grundsätzlich auch möglich sein, bereits in der Teilungserklärung eine Zustimmung zu einer Anhebung des Daches oder einer ähnlich umfangreichen Umbaumaßnahme zu erklären.

### 3. Bestimmtheitserfordernisse an ein antizipierte Zustimmung dem § 22 Abs. 1 WEG

Hinsichtlich der **Bestimmtheitserfordernisse** einer in der Teilungserklärung antizipiert erklärten Zustimmung gem. § 22 Abs. 1 WEG existiert keine ausdrückliche Rechtsprechung. Vielmehr gehen die veröffentlichten Entscheidungen allgemein von der Zulässigkeit von allgemein erteilten Zustimmungen aus. Dabei wird lediglich problematisiert, dass die Reichweite der Zustimmung im Wege der Auslegung festzustellen ist, wenn die Zustimmung allgemein erteilt ist. Dabei hat das **BayObLG** die **Befugnisse, Speicherräume** im Allgemeinen **auszubauen**, in einer Entscheidung aus dem Jahre 1996 **großzügig interpretiert** und hiervon alle Maßnahmen einschließlich baulicher Veränderungen, die zur Schaffung von Wohnräumen erforderlich und insbesondere nach öffentlich-rechtlichen Vorschriften geboten waren, als gedeckt angesehen (BayObLG NJWE Mietrecht 1997, 13, 14; BayObLG WE 1990, 134; ähnlich großzügig auch OLG Zweibrücken NZM 2005, 510; OLG Karlsruhe NZM 1998, 526). Wenn mehrere Möglichkeiten der baulichen Gestaltung bestehen, braucht allerdings eine Lösung, die die Belange der übrigen Wohnungseigentümer in vermeidbarer Weise wesentlich mehr beeinträchtigt, als eine andere, nicht hingenommen zu werden (BayObLG WE 1990, 134; NZM 1999, 132;).

In der **Literatur** werden dagegen **Bedenken im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot** geäußert. So berichtet *von Rechenberg* (in: FS für Deckert, 2002, 309, 321) von einer unveröffentlichten Entscheidung des Hanseatischen Oberlandesgerichts v. 22.12.1992 (Az.: 2 Wx 65/90), in der der Senat eine in einer Teilungserklärung enthaltene Zustimmung zu einer baulichen Veränderung für unwirksam erklärt hat, weil der Dachausbau darin nur in Grundzügen festgelegt war und insbesondere Querschnittzeichnungen und Zeichnungen der Hausansichten nicht beigelegt waren. *Von Rechenberg* zieht hieraus folgende Konsequenz:

„Ich hoffe deutlich gemacht zu haben, wie wichtig ein hoher Detaillierungsgrad bei der Beschreibung der Ausbaurmächtigung der Teilungserklärung ist.“

(von Rechenberg, in: FS Deckert, 309, 322).

Unter Bezugnahme auf *von Rechenberg* empfiehlt auch *Hügel* (RNotZ 2005, 149, 158) „die Einzelheiten des zulässigen Dachbodenausbaus bis in **alle Details festzulegen**“.

Bis auf die in der Literatur angesprochene Entscheidung des OLG Hamburg konnten wir jedoch in der uns vorliegenden Rechtsprechung keine Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass die Wirksamkeit einer in der Teilungserklärung antizipiert erteilten Zustimmung zur baulichen Veränderung gem. § 22 Abs. 1 BGB von der Bestimmtheit der in der Teilungserklärung beschriebenen Baumaßnahmen abhängen würde. Vielmehr wird es allgemein für zulässig gehalten, generalklauselmäßig einen „Ausbau des Dachbodens“ zu legitimieren. Im Hinblick auf die zitierten Literaturstellen besteht jedoch insofern eine gewisse Rechtsunsicherheit.

#### 4. Erklärung in der Teilungserklärung hinsichtlich der Zweckänderung

Soll das ausgebaute Dachgeschoss anschließend zu Wohnzwecken genutzt werden, kommt es zu einer Veränderung der vorgegebenen Nutzungsmöglichkeiten durch einen veränderten Gebrauch, wenn der Dachboden zuvor als Teileigentum gebildet wurde (*Hügel*, RNotZ 2005, 149, 154). Enthält die Gemeinschaftsordnung keine anderslautende Regelung, ist ein solcher maßgeblich abweichender Gebrauch unzulässig, wenn er bei typisierender Betrachtung stärker stören kann (BayObLG ZMR 2004, 925; ZWE 2000, 123). Die Umwandlung von Teileigentum in Wohnungseigentum beinhaltet eine Änderung des festgelegten Gebrauchs und erfordert folglich eine **Inhaltsänderung durch Vereinbarung aller Eigentümer** nach §§ 5 Abs. 4, 10 Abs. 1 WEG (OLG Bremen ZWE 2002, 184; BayObLG RNotZ 2001, 118). Es bedarf keiner materiell-rechtlichen Einigung in der Form der Auflassung, da eine Veränderung der eigentumsrechtlichen Zuordnung mit der Veränderung der Nutzung nicht verbunden ist. Die erforderliche **Zustimmung** kann auch **schon vorab in der Teilungserklärung** vorgesehen werden (BayObLG NJW-RR 2001, 1163; OLG Celle ZWE 2001, 33).

Allerdings ist nach Auffassung der Literatur **für** derart **allgemeine Zustimmungsvorbehalte** der **sachenrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz in besonderer Weise zu beachten**: Je allgemeiner der Zustimmungsvorbehalt ausgestaltet ist, desto weniger weitreichend dürften derartig legitimierte Änderungen sein (Armbrüster, ZMR 2005, 244, 246; BeckOK-WEG/Timme, Stand: 15.2.2010, § 1 Rn. 157). Wird die Zustimmung jedoch konkret im Hinblick auf die Räumlichkeiten im Dachgeschoss bzw. in einem Dachboden erklärt, dürften im Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatz aber keine Schwierigkeiten bestehen (vgl. auch *Hügel*, RNotZ 2005, 149, 159).

#### 5. Umwandlung von Gemeinschaftseigentum in Sondereigentum

##### a) Problemstellung

Betrifft der Ausbau oder Umbau der Dachwohnung bzw. des Dachbodens lediglich die innere Gestaltung der Sondereigentumseinheiten, so bleiben die umgestalteten Räume im Sondereigentum (OLG Hamm MittRhNotK 1987, 50, 52; BayObLGZ 1981, 335). Probleme entstehen lediglich dann, wenn sich die Außengrenzen des Sondereigentums verschieben. Werden im Dachgeschoss Dachgauben ausgebaut bzw. das Dach angehoben, so entstehen hierdurch neue Raumteile bzw. Räume. Was die Frage der Eigentumsverhältnisse an diesen neu geschaffenen Raumteilen bzw. Räumen angeht, findet sich in Rechtsprechung und Literatur so gut wie keine Äußerung. U. E. ist daher

von dem Grundsatz auszugehen, dass Wohnungseigentum nur so begründet wird, wie es im Grundbuch eingetragen ist. Die **Eintragung im Grundbuch ist konstitutives Element für die Begründung von Wohnungseigentum**, woraus u. E. folgt, dass die neu hinzu gekommenen Gebäudeteile in das Gemeinschaftseigentum fallen.

#### b) Entstehung von Sondereigentum bei Vergrößerung bestehender Räume?

Wird durch die Anhebung des Daches lediglich ein bereits im Sondereigentum bestehender Raum vergrößert, so könnte man erwägen, ob Sondereigentum an den neuen Raumteilen dann entsteht, wenn der Erweiterungsbau vom Sondereigentum aus errichtet wird. So hat etwa das OLG Düsseldorf (MittRhNotK 1986, 169) entschieden, dass dann, wenn in Ausübung eines Sondernutzungsrechts ein in Sondereigentum stehender Balkonraum erweitert wird, der Anbau der bestehenden Eigentumsanlage der Hauptsache folgt. Die Zuordnung der neuen Raumteile zum Sondereigentum erfolgt nach dem OLG Düsseldorf daraus, dass Teile eines einheitlichen Raumes nicht Gegenstand besonderer Rechte sein können. Werden durch die Umbaumaßnahmen im Dachgeschoss völlig neue Räume geschaffen, so kann diese Rechtsprechung u. E. jedoch nicht übertragen werden und es bleibt bei dem Grundsatz, dass die neu geschaffenen Räume in das Gemeinschaftseigentum fallen. Vergrößert sich durch den Umbau lediglich ein im Sondereigentum bestehender Raum, so könnte man die Entscheidung des OLG Düsseldorf, das an den neuen Raumteilen kraft Gesetzes Sondereigentum entsteht, möglicherweise auf den vorliegenden Fall übertragen. Folge wäre, dass durch den Umbau neu entstandene Raumteile Sondereigentum werden.

Die vorstehenden Begründungen der Entscheidung des OLG Düsseldorf sind Ausfluss der ständigen Rechtsprechung des OLG, es könnte kein Sondereigentum an Raumteilen geben, mit der Folge, dass mehreren Eigentümern Sondereigentum an einem und demselben Raum zusteht (siehe OLG Düsseldorf NJW-RR 1988, 590). Dieser Begründung ist jedoch bereits das BayObLG in seiner Entscheidung vom 30.7.1998 (DNotZ 1999, 212) entgegengetreten. Das BayObLG hält im entschiedenen Fall bei Abweichung der tatsächlichen Bauausführung vom Aufteilungsplan die **Entstehung von Sondereigentum auch an nicht getrennten Raumteilen** für möglich. Für die Grenzen des Sondereigentums sei grundsätzlich auf den Aufteilungsplan und nicht auf die tatsächlich gesetzten Grenzen abzustellen. Die Rechtsprechung des BayObLG ist mittlerweile durch die „**Luftschranken-Entscheidung**“ des BGH (BGHZ 177, 338 = DNotI-Report 2008, 141) bestätigt worden. Überträgt man die vom BGH und dem BayObLG vertretene Auffassung auf den vorliegenden Fall der nachträglichen Vergrößerung von Sondereigentumsräumen nach oben, so muss man zu dem Schluss kommen, dass sich das Sondereigentum an den bisherigen Räumen nach dem Aufteilungsplan richtet und an den neu entstandenen Raumteilen Gemeinschaftseigentum entsteht. Dies würde zu einer horizontalen Trennung von Sonder- und Gemeinschaftseigentum im Luftraum (horizontale Luftschranke) führen. Somit dürfte die vorzitierte Entscheidung des OLG Düsseldorf auf Grundlage der neuen BGH-Rechtsprechung hinfällig sein. Somit dürfte auch der Notar davon ausgehen haben, dass **an den durch den Umbau neu begründeten Räumen bzw. Raumteilen Gemeinschaftseigentum entsteht, welches durch Vereinbarung der Wohnungseigentümer in Sondereigentum zu überführen ist.**

#### c) Gestaltungsmöglichkeiten

Insofern stellt sich die jedoch die Problematik, dass nach der Rechtsprechung eine Regelung in der Gemeinschaftsordnung, nach der die Wohnungseigentümer zur

Umwandlung von Sonder- in Gemeinschaftseigentum oder umgekehrt ermächtigt werden, nicht möglich ist (BGH NJW 2003, 2165; BayObLG DNotZ 2002, 149; KG ZMR 1999, 204). **Gegenstand einer Vereinbarung nach § 10 Abs. 1, 2 WEG** kann nämlich **nur** eine **Regelung** sein, die sich auf die **Beziehung der Wohnungseigentümer untereinander** erstreckt. Eine solche Vereinbarung trifft aber nicht das Gemeinschaftsverhältnis der Wohnungseigentümer untereinander, sondern zielt auf die Eigentumsverhältnisse und damit auf die sachenrechtlichen Grundlagen der Gemeinschaft durch Zuordnung von Flächen, Gebäudeteilen und Räumen.

In der **Literatur** ist daher unter Bezugnahme auf eine Entscheidung des BGH v. 1.10.2004 (NZM 2004, 876 = DNotI-Report 2004, 191) der Versuch unternommen worden, eine **Alternativgestaltung für Fälle des nachträglichen Ausbaus von Dachgeschossen** herzuleiten. In dem entschiedenen Fall war eine Unterteilung daran gescheitert, dass für die Bildung des neu ausgebauten Dachgeschosses als neue Einheit gemeinschaftliches Eigentum in Sondereigentum hätte überführt werden müssen. Hierfür fehlte dem umwandelnden Eigentümer jedoch die Befugnis. Folge dieser gescheiterten Neubildung ist nach Ansicht des BGH nun nicht die völlige Unwirksamkeit des Aufteilungsaktes, sondern der betroffene Miteigentumsanteil kann lediglich nicht mit dem Sondereigentum an der Dachgeschosswohnung verbunden werden. Somit entsteht ein isolierter Miteigentumsanteil, der aus Treu und Glauben zu einer Verpflichtung der Miteigentümer führt, das Sondereigentum an der Dachgeschosswohnung an den isolierten Miteigentümer zu übertragen. Dabei hält es der BGH in der vorgenannten Entscheidung für möglich, dass sich aus dem Gemeinschaftsverhältnis der Wohnungseigentümer eine Verpflichtung der übrigen Miteigentümer ergeben kann, Gemeinschaftseigentum in Sondereigentum zu überführen. Im konkreten Fall leitet der BGH diese Verpflichtung aus einer Regelung in der Gemeinschaftsordnung ab, nach der sich die Wohnungseigentümer verpflichtet hatten, dem Ausbau des Dachgeschosses zu Wohnzwecken zuzustimmen (BGH NZM 2004, 876, 878). *Hügel* (RNotZ 2005, 149, 152) entnimmt diesem Urteil den Grundsatz, dass auch die **Verpflichtung der Wohnungseigentümer, das gemeinschaftliche Eigentum an den Dachräumen nach deren Ausbau in Sondereigentum zu überführen**, direkt zum Inhalt einer Vereinbarung in der Teilungserklärung gemacht werden kann. Denn Inhalt einer Vereinbarung könne selbstverständlich auch eine Verpflichtung sein, die sich ansonsten aus einem ungeschriebenen Rechtsgedanken herleite (*Hügel*, a. a. O.).

Gleichzeitig weist *Hügel* jedoch daraufhin, dass nicht übersehen werden könne, dass **durch eine solche Vereinbarung** im Ergebnis die **Rechtsprechung zu den verdinglichten Ermächtigungen unterlaufen** werden kann. Durch diese Vereinbarung wären die jeweiligen Wohnungseigentümer zur dinglichen Neuordnung verpflichtet, sodass es zweifelhaft erscheine, ob der BGH diese Konsequenzen seiner Entscheidung gesehen habe (*Hügel*, a. a. O.). Letztlich kann der Vorschlag von *Hügel* daher nicht als gestaltungssicher empfohlen werden. Somit besteht das Problem, dass zur Umwandlung des nach Ausbau des Dachgeschosses entstandenen Gemeinschaftseigentums in das Sondereigentum des ausbauenden Wohnungseigentümers die Einigung aller Wohnungseigentümer sowie die Eintragung der Umwandlung im Grundbuch nach §§ 4 WEG, 925 BGB erforderlich ist.

## 6. Neue Außenwand als Gemeinschaftseigentum?

Nach § 5 Abs. 2 WEG können Gebäudebestandteile, die für dessen Bestand oder Sicherheit erforderlich sind, nicht Gegenstand des Sondereigentums sein. Sie gehören selbst dann nicht

zum Sondereigentum, wenn sie sich im Bereich der im Sondereigentum stehenden Räume befinden (Niederführ/Kümmel/Vandenhouten, WEG, 9. Aufl. 2010, § 5 Rn. 25). Somit besteht zwingendes gemeinschaftliches Eigentum an den Außenmauern, unabhängig davon, ob die Fläche, auf der die neue Außenwand errichtet wird, in der Teilungserklärung als Sondereigentum ausgewiesen ist.

Somit führt aus unserer Sicht die völlige Neuerrichtung der Außenwand dazu, dass gem. § 5 Abs. 2 WEG vorheriges Sondereigentum in zwingendes Gemeinschaftseigentum überführt wird, ohne dass die Wohnungseigentümer sich über den Übergang von Sonder- ins Gemeinschaftseigentum dinglich einigen und eine entsprechende Grundbucheintragung vorgenommen wird.