

Gutachten des Deutschen Notarinstituts**Abruf-Nr.: 180355****letzte Aktualisierung: 13. November 2020****WEG §§ 5 Abs. 2, Abs. 3, 10 Abs. 6 a. F.****Beschränkte persönliche Dienstbarkeit zu Gunsten einer Wohnungseigentümergeinschaft; zwingendes Gemeinschaftseigentum; Sondereigentum****I. Sachverhalt**

An einem zu einer Sondereigentumseinheit gehörenden Kellerraum soll zu Gunsten der Eigentümergemeinschaft, vertreten durch den Verwalter, eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit (Recht zur Nutzung als Abstellraum für die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer) eingetragen werden. Die Eigentümer möchten sich hierdurch das Verfahren der Umwandlung von Sonder- in Gemeinschaftseigentum sparen. Diese Nutzung soll durch die beschränkte persönliche Dienstbarkeit abgesichert werden.

II. Fragen

1. Erlaubt die (Teil-)Rechtsfähigkeit der Eigentümergemeinschaft die Eintragung einer Dienstbarkeit zu ihren Gunsten an Sondereigentum, das sich auf dem Gemeinschaftsgrundstück befindet?
2. Kann dieser gemeinschaftlich genutzte Abstellraum Sondereigentum bleiben?
3. Bejahendenfalls: Welche Nachteile hat dieses Vorgehen gegenüber der Überführung von Sonder- in Gemeinschaftseigentum?

III. Zur Rechtslage**1. Grundsätzliche Möglichkeit der Bestellung einer Dienstbarkeit zu Gunsten der Wohnungseigentümergeinschaft**

Die Wohnungseigentümergeinschaft ist gem. § 10 Abs. 6 S. 1 WEG (in der bis zum 30.11.2020 geltenden Fassung) „im Rahmen der gesamten Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums“ rechtsfähig. Sie kann also als Verband Rechte und Pflichten erwerben. Die Eigentümergemeinschaft kann als Verband u. a. Wohnungs- und Teileigentum in der Anlage selbst (OLG Celle NJW 2008, 1537; OLG Hamm NZM 2009, 914) oder bspw. Eigentum an einem Nachbargrundstück erwerben (OLG Hamm MittBayNot 2010, 470). Der Begriff der „gesamten Verwaltung“ wird von der Rechtsprechung grundsätzlich weit verstanden und umfasst alle Maßnahmen, die in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht für die Erhaltung, Sicherung, Verbesserung und gewöhnlichen Nutzung des Gemeinschaftseigentums erforderlich sind oder die sich sonst als Aufgaben-

wahrnehmung zu Gunsten der Eigentümer verstehen lassen (vgl. BeckOK-WEG/M. A. Müller, Std.: 1.8.2020, § 10 Rn. 416 m. w. N.). Hierzu dürfte zwanglos auch das Unterhalten eines gemeinschaftlichen Abstellraums fallen, jedenfalls soweit dort Gegenstände abgestellt werden, die dem gemeinschaftlichen Gebrauch der Wohnungseigentumsanlage dienen. Die Frage der Reichweite der Rechtsfähigkeit der Gemeinschaft wird sich mit dem Inkrafttreten des WEMoG zum 1.12.2020 erledigen. § 9a Abs. 1 S. 1 WEG n. F. wird lediglich noch lauten: „Die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer kann Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, vor Gericht klagen und verklagt werden.“ (vgl. BGBl. Teil I vom 22.10.2020, Seite 2187 ff.).

In konsequenter Fortführung der Rechtsprechung zur Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft hat das Kammergericht jüngst entschieden, dass die Wohnungseigentümergeinschaft auch Berechtigte einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit sein kann (KG MittBayNot 2016, 31). Im konkret entschiedenen Fall war die Situation insofern mit der vorliegenden vergleichbar, als Belastungsgegenstand der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit eine in der Wohnungseigentumsanlage belegene Sondereigentumseinheit war. Die Wohnungseigentümergeinschaft sollte befugt sein, in drei Abstellräumen (die Sondereigentum waren) eine Übergabestation für den Anschluss an das Fernwärmenetz sowie alle erforderlichen Anlagen zu errichten, zu haben und dauernd zu belassen (vgl. KG MittBayNot 2016, 31). Der entscheidende Unterschied zum vorliegenden Fall dürfte sein, dass die jeweiligen Sondereigentümer nur die Übergabestation in ihrem Sondereigentum zu dulden hatten, während sie jeweils selbst zur Nutzung des restlichen Raumes befugt waren. Wenn – wie hier – der gesamte Sondereigentumsraum der Wohnungseigentümergeinschaft zur Nutzung überwiesen werden soll, stellt sich die Frage, ob dieser Raum überhaupt sondereigentumsfähig bleiben kann.

2. Sondereigentumsfähigkeit eines gemeinschaftlich genutzten Abstellraums

Gem. § 5 Abs. 2 WEG sind Teile des Gebäudes, die für dessen Bestand oder Sicherheit erforderlich sind, sowie Anlagen und Einrichtungen, die dem gemeinschaftlichen Gebrauch der Wohnungseigentümer dienen, nicht Gegenstand des Sondereigentums, selbst dann, wenn sie im Bereich der im Sondereigentum stehenden Räume belegen sind. Die ganz h. M. zählt zu den „dem gemeinschaftlichen Gebrauch der Wohnungseigentümer dienenden Anlage und Einrichtungen“ auch einzelne Räume (BeckOK-WEG/Gerono/Leidner, Std.: 1.8.2020, § 5 Rn. 28, Rn. 34; Hügel/Elzer, WEG, 2. Aufl. 2018, § 5 Rn. 24, Rn. 17; vgl. auch BGH NJW 1991, 2909; OLG Hamm NJW-RR 1992, 1296). Gem. § 5 Abs. 3 WEG können die Wohnungseigentümer vereinbaren, dass Bestandteil des Gebäudes, die Gegenstände des Sondereigentums sein können, zum gemeinschaftlichen Eigentum gehören. Eine umgekehrte Möglichkeit, also eine Regelung dahingehend, dass gemeinschaftliche Anlagen / Räume Sondereigentum werden, besteht hingegen nicht. Hieran ändert auch die anstehende WEG-Reform nichts.

Erforderlich ist, dass die Räume dem gemeinschaftlichen Gebrauch dienen, wobei maßgeblich die Zweckbestimmung des Raumes ist, die grundsätzlich anhand der Teilungserklärung und des Aufteilungsplans zu bestimmen ist (BeckOGK-WEG/Schultzky, Std.: 1.3.2020, § 5 Rn. 31). Die zwingende Zuordnung zum Gemeinschaftseigentum hängt also entscheidend von den Umständen des Einzelfalls ab, insbesondere davon, wie genau der Raum nach der Zweckbestimmung im Aufteilungsplan genutzt werden soll. Von der Rechtsprechung bereits entschieden wurde bspw. die Nutzung als Waschküche, die zwingend Gemeinschaftseigentum darstellen soll (OLG Frankfurt a.M., ZWE 2008, 399), wohingegen solche Räume, die über den notwendigen Bedarf hinaus gehen, der sich aus dem Interesse der Woh-

nungseigentümer an einem zweckgerechten Gebrauch der Wohnungen ergibt, kein zwingendes Gemeinschaftseigentum sein soll (vgl. BeckOGK-WEG/Schultzky, § 5 Rn. 31). Ein Fahrradabstellraum wird von der Literatur teilweise bspw. als zwingendes Gemeinschaftseigentum eingeordnet (vgl. Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 2826).

Wird ein zwingend zum Gemeinschaftseigentum gehörender Raum bei der Begründung von Wohnungseigentum als Sondereigentum ausgewiesen, ist diese Regelung wegen Verstoßes gegen § 5 Abs. 2 WEG i. V. m. § 134 BGB nichtig (BeckOGK-WEG/Schultzky, § 5 Rn. 40; Hügel/Elzer, § 5 Rn. 19). Wird sie im Grundbuch dennoch vollzogen, indem das zwingende Gemeinschaftseigentum einem Miteigentumsanteil als Sondereigentum zugewiesen wird, entsteht eine inhaltlich unzulässige Eintragung (OLG München ZWE 2012, 487). Die Aufteilung i. Ü. bleibt jedoch gem. § 139 BGB wirksam (Hügel/Elzer, § 5 Rn. 19).

Die Thematik, was mit dem Sondereigentum geschieht, wenn sich die Zweckbestimmung nachträglich ändert, also ein Raum, der ursprünglich sondereigentumsfähig war, nun zwingendes Gemeinschaftseigentum darstellen müsste, wird vor allem im Zusammenhang mit der sog. „Vorflurproblematik“ erörtert. Bei der Aufteilung einer Wohnungseigentums-einheit in mehrere Einheiten mit mehreren Zugängen entsteht in der Regel aus baulichen Gründen zwingend eine gemeinschaftlich genutzte Fläche unmittelbar vor den Eingangstüren (sog. „Vorflur“), über welche die Zugänge zu den neu geschaffenen Einheiten zu erreichen sind (vgl. ausführlich Bärman/Armbrüster, WEG, 14. Aufl. 2018, § 2 Rn. 106; Röll DNotZ 1993, 158 ff.; Gaier, in: FS Wenzel, 2005, S. 145 ff.; Rapp, MittBayNot 1996, 344 ff.). Nach zutreffender ganz h. M. bedarf die Überführung dieses Sondereigentums in Gemeinschaftseigentum einer Auflassung in Form des § 4 Abs. 2 WEG (BayObLG DNotZ 1998, 379; Schöner/Stöber, Rn. 2976a) sowie der Eintragung in das Grundbuch. Dementsprechend wäre auch die Mitwirkung sämtlicher Wohnungseigentümer erforderlich (BayObLG DNotZ 1998, 379, 383; BayObLG DNotZ 1996, 660, 663; a. A. Gaier, in: FS Wenzel, 2005, S. 145, 150). Ein ursprünglich im Sondereigentum stehender Raum kann also nicht ohne entsprechende Auflassung und Mitwirkung sämtlicher Wohnungseigentümer zum Gemeinschaftseigentum werden.

Überträgt man diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall, stellt sich zunächst die Frage, ob der Abstellraum überhaupt zwingend Gemeinschaftseigentum ist. Je nach genauer Nutzung des Abstellraums würden wir diesen nur dann zum zwingenden Gemeinschaftseigentum rechnen, wenn er für die Funktionsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft notwendig ist. Diese Frage kann letztlich offenbleiben, denn auch wenn der Raum zwingend Gemeinschaftseigentum gem. § 5 Abs. 2 WEG sein *müsste*, kann eine Nutzungsänderung auf tatsächlicher Ebene nicht dazu führen, dass sich die sachenrechtlichen Verhältnisse (ohne Erklärung der Auflassung) ändern (Rapp, MittBayNot 1996, 344, 350; a. A. Gaier, in: FS Wenzel, 2005, S. 145, 150). Für diese Sichtweise spricht auch, dass § 5 Abs. 2 WEG nach seiner systematischen Stellung nur die Gründungsphase der Wohnungseigentümergeinschaft betrifft (Rapp, MittBayNot 1996, 344, 350).

3. Auswirkungen auf die Bestellung der beschränkt persönlichen Dienstbarkeit

Zur Frage wie sich die Tatsache, dass es sich bei dem Raum um Gemeinschaftseigentum handeln *müsste*, auf die Bestellung einer entsprechenden beschränkt persönlichen Dienstbarkeit auswirkt, konnten wir keine ausdrücklichen Stellungnahmen in Literatur oder Rechtsprechung ausfindig machen. Man könnte zunächst darüber nachdenken, ob eine entsprechende beschränkte persönliche Dienstbarkeit wegen Verstoßes gegen § 5 Abs. 2 WEG

i. V. m. § 134 BGB unwirksam sein könnte. Dafür spricht, dass § 5 Abs. 2 WEG verhindern soll, dass Räume, die dem gemeinschaftlichen Gebrauch dienen, in Form von Sondereigentum von einem einzelnen Eigentümer gehalten werden. U.E. stellt jedoch § 5 Abs. 2 WEG zwar zwingendes Recht und auch ein Verbotsgesetz i. S. d. § 134 BGB dar, sodass grundsätzlich sachenrechtliche Begründungsakte teilweise unwirksam sein können. Wir würden jedoch nicht davon ausgehen, dass diese Norm auch die Begründung von Dienstbarkeiten verhindern will. § 5 Abs. 2 WEG – also die sachenrechtliche Ebene – wird durch die Begründung der Dienstbarkeit nicht modifiziert. Die dem Sondereigentümer zugewiesene Raumeinheit bleibt dessen Sondereigentum. Letztlich wird durch die beschränkte persönliche Dienstbarkeit ein Nutzungsrecht, das man auch mittels eines Mietvertrages hätte vereinbaren können, verdinglicht. Diese Verdinglichung allein kann jedoch nicht dazu führen, dass die Nutzungsüberlassung durch den Sondereigentümer an die Wohnungseigentümergeinschaft unwirksam ist. Auch die systematische Stellung des § 5 Abs. 2 WEG im ersten Abschnitt „Begründung des Wohnungseigentums“ spricht dafür, dass die Norm nicht generell abweichende Gestaltungen verhindern möchte.

Aufgrund fehlender Stellungnahmen in der Literatur und Rechtsprechung verbleibt natürlich eine gewisse Rechtsunsicherheit, dass sich ein Gericht auf den Standpunkt stellt, es sei an diesem Raum zwingend Gemeinschaftseigentum zu begründen. Es ist also in Betracht zu ziehen, nach dem Prinzip des sichersten Weges die Umwandlung in Gemeinschaftseigentum zu wählen. Hierzu müsste jedoch ermittelt werden, ob dies tatsächlich dem Willen der Parteien entspricht (dazu sogleich).

Über die Frage hinaus erlauben wir uns zum Inhalt der Dienstbarkeit aufgrund jüngerer Entwicklung in der Rechtsprechung Folgendes anzumerken: Entgegen früherer Stimmen in der Literatur, die davon ausgingen, dass dem verpflichteten Eigentümer eine wirtschaftlich sinnvolle Nutzung verbleiben muss (sog. materielle Abgrenzung, vgl. MünchKommBGB/Mohr, 8. Aufl. 2020, § 1018 Rn. 31), hat der BGH kürzlich klargestellt, dass die Dienstbarkeit vom Nießbrauch allein formal abzugrenzen ist. Entscheidend sei alleine, ob dem Berechtigten eine umfassende Nutzungsbefugnis (ggf. unter Ausschluss einzelner Nutzungen) oder nur einzelne Nutzungsmöglichkeiten eingeräumt werden (vgl. BGH ZWE 2020, 328 Rn. 17). Wird vorliegend also allein eine Nutzung als Abstellraum durch die Gemeinschaft gestattet, dürfte es auf die Frage, ob dem Eigentümer selbst eine sinnvolle Nutzung verbleibt, nicht mehr ankommen.

4. Nachteile der Lösung mit einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit

Nachteilig an der Lösung über eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit ist zunächst, dass die Dienstbarkeit erlischt, wenn die Wohnungseigentümergeinschaft selbst zum Erlöschen kommt, also als Rechtsträger wegfällt. Ob dies allerdings wirklich im konkreten Fall einen Nachteil darstellt, vermögen wir nicht zu beurteilen. Es ist bspw. denkbar, dass auch das Interesse an der Dienstbarkeit bei Auflösung der WEG entfallen würde. Diese Problematik wird – für den Fall der Vereinigung sämtlicher Wohnungseigentümer Eigentumseinheiten in einer Hand – ebenfalls durch die WEG-Reform 2020 entschärft. Denn danach wird die Wohnungseigentümergeinschaft als Verband nicht mehr durch das Vereinigen sämtlicher Wohnungseigentumseinheiten in einer Hand aufgelöst. Das Gesetz erkennt vielmehr auch die „Ein-Personen-WEG“ an (vgl. BR-Drucks. 544/20, § 9a Abs. 1 S. 2 WEG n. F.).

Entscheidender scheint jedoch folgender Unterschied zu sein: Wird das Eigentum an dem Raum den Wohnungseigentümern gemeinschaftlich zugewiesen, so ist jeder Wohnungs-

eigentümer gem. § 13 Abs. 2 S. 1 WEG (= § 16 Abs. 1 S. 3 WEG n.F.) zum Mitgebrauch des gemeinschaftlichen Eigentums berechtigt. Wird hingegen der Wohnungseigentümergemeinschaft als Verband ein Nutzungsrecht eingeräumt, so ist die Wohnungseigentümergemeinschaft selbst als rechtsfähiger Verband nutzungsberechtigt. Dem Verband steht dann auch die Möglichkeit zur Aufgabe der Berechtigung aus der Dienstbarkeit – vertreten durch den Verwalter – zu.