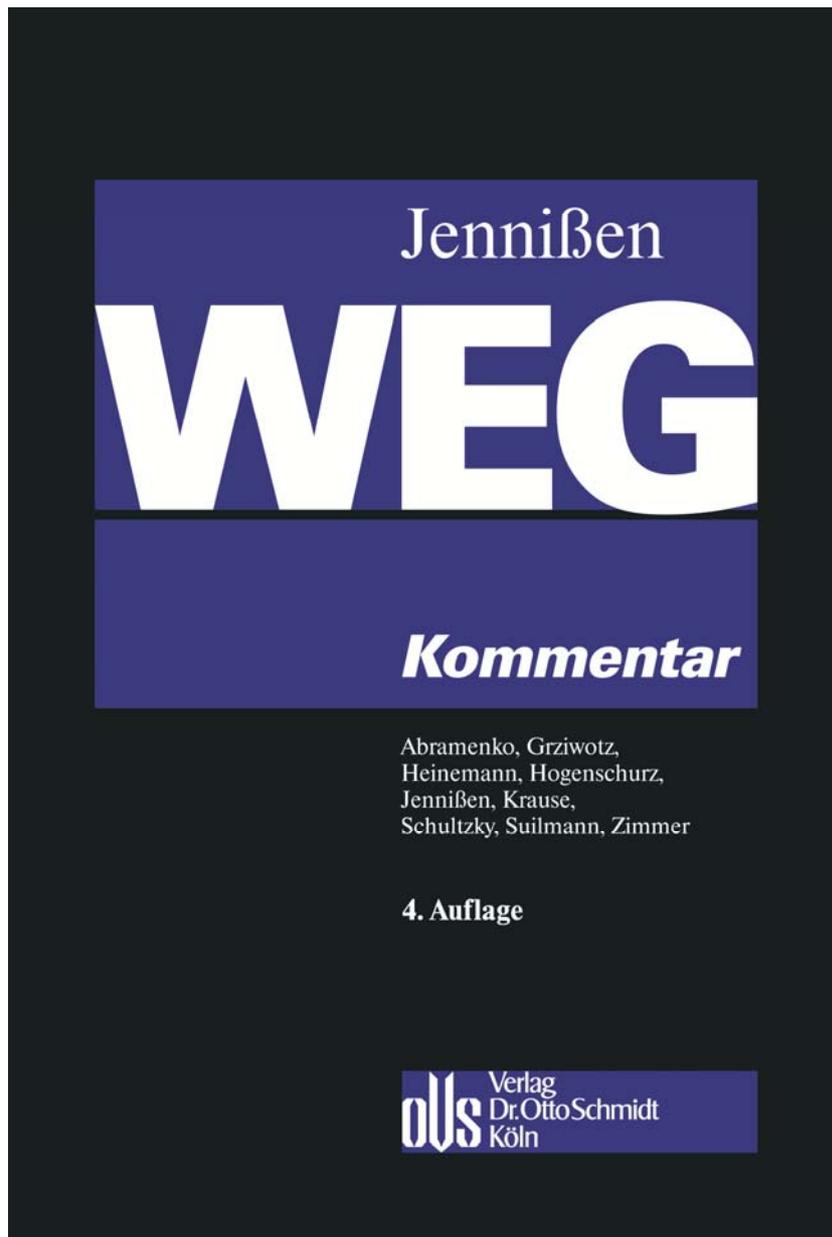


Leseprobe zu



Jennißen (Hrsg.)

Wohnungseigentumsgesetz

4., neu bearbeitete Auflage, 2014, ca. 1298 Seiten, gebunden, Kommentar, 16 x 24cm
ISBN 978-3-504-45075-5

Verfügbarkeit: Oktober 2014

129,00 €

zur Beschlusskompetenz der Wohnungseigentümerversammlung und ihre Folgen, ZWE 2001, 226; *Wenzel*, Die Wohnungseigentümergeinschaft – ein janusköpfiges Gebilde aus Rechtssubjekt und Miteigentümergeinschaft?, NZM 2006, 321; *Wenzel*, Der Bereich der Rechtsfähigkeit der Gemeinschaft, ZWE 2006, 462; *Zieglmeier*, Auswirkungen der Teilrechtsfähigkeit auf das kommunale Abgabenrecht, MietRB 2006, 337.

I. Überblick

§ 10 regelt die Rechtsnatur der Gemeinschaft sowie das Verhältnis der einzelnen Wohnungseigentümer untereinander. Es handelt sich um die Grundnorm des mehrstufigen Regelungssystems, die das WEG für die Rechtsmaterien der Wohnungseigentümer enthält. Aufgrund der anerkannten **Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft** besteht ferner das Bedürfnis, die Rechte und Pflichten der Wohnungseigentümer einerseits und der Gemeinschaft andererseits abzugrenzen. Dem kommen die seit der WEG-Novelle neu eingefügten Abs. 1, 6 und 7 nach. Schließlich enthält die Vorschrift die „Haftungsverfassung“ gegenüber Dritten, Abs. 8.

II. Aufbau des Regelungssystems

Das WEG enthält ein mehrstufiges und wenig systematisches „Geflecht“ von Normen, die das Gemeinschaftsverhältnis der Wohnungseigentümer bestimmen. An erster Stelle stehen die zwingenden Vorschriften des WEG und des BGB (**Gesetzesstatut**); von diesen kann weder durch Vereinbarung noch durch Beschluss abgewichen werden. Auch Öffnungsklauseln können insoweit nicht vereinbart werden (vgl. hierzu Rz. 5 u. 21 ff.). Folge eines Verstoßes ist die Nichtigkeit der Vereinbarung oder des Beschlusses. An zweiter Stelle folgen die zwischen sämtlichen Wohnungseigentümern bestehenden Verträge (**Vertragsstatut**). Es handelt sich um Vereinbarungen, durch die von dispositiven Gesetzesvorschriften abgewichen werden kann. Sie können „verdinglicht“, d.h. als Inhalt des Sondereigentums in das Grundbuch eingetragen werden und wirken dann auch gegenüber Rechtsnachfolgern (Abs. 2 Satz 2, Abs. 3; § 5 Abs. 4 Satz 1).¹ Es gilt insoweit grundsätzlich das **Allstimmigkeitsprinzip**. Auf der dritten Stufe folgen systematisch die dispositiven Normen des WEG (**Auffangstatut**), die dann greifen, wenn keine vorrangige Vereinbarung i.S.v. Abs. 2 Satz 2 vorliegt. Die in der Rangfolge sodann folgenden Beschlüsse wirken zunächst nur gesetzes- und vereinbarungsausfüllend (§ 23 Abs. 1, **Beschlussstatut**). Dies gilt z.B. hinsichtlich des ordnungsgemäßen Gebrauchs (§ 15 Abs. 2), der Veräußerungsbeschränkung (§ 12 Abs. 4), der Betriebskosten (§ 16 Abs. 3), der Kostenverteilung bei Instandhaltung und Instandsetzung (§ 16 Abs. 4) und der Verwaltung (§§ 21 Abs. 3, Abs. 7, 22 Abs. 1 Satz 1, 26 Abs. 1, Abs. 2, 28 Abs. 5). Das **Mehrheitsprinzip**, das im Bereich des Beschlussstatuts gilt, bedarf der Legitimation durch gesetzliche oder vertragliche Kompetenzzuweisung.² Beschlüsse können ggf. auch dispositive Gesetzesbestimmungen und Vereinbarungen ändern (§§ 10 Abs. 4 Satz 2, 23 Abs. 4). Insoweit stehen sie außerhalb der vorstehenden Rangordnung. Den Beschlüssen werden richterliche Anordnungen gleichgestellt (§§ 21 Abs. 8, 43), nicht jedoch gerichtliche Vergleiche.³

Vom Standpunkt der **Inhaltskontrolle** sind Vereinbarungen und Beschlüsse zunächst am WEG als dem spezielleren und dann am allgemeinen Recht zu messen. Vereinbarungen und Beschlüsse dürfen nicht gegen zwingende Normen und inhaltliche Grundregeln (**Konstitutionsprinzipien**) des WEG verstoßen. Vom dispositiven WEG-Recht abweichende Vereinbarungen und Beschlüsse sind zulässig, sie müssen sich jedoch im Rahmen der allgemeinen Gültigkeitsgrenzen halten. Von den Vorschriften des BGB stehen die über die Gemeinschaft im Vordergrund, Abs. 2 Satz 1 i.V.m. §§ 741ff. BGB. Diese zeichnen ebenfalls allgemeine Gültigkeitsgrenzen auf. Demgegenüber sind die dispositiven Regeln des Schuldrechts nur maßgebend, soweit die Wohnungseigentümer keine anders lautende Vereinbarung oder einen anderen Beschluss fassen. So war die vor der WEG-Novelle geäußerte Auffassung nicht

¹ *Merle*, ZWE 2005, 415.

² *Lüke*, ZWE 2002, 49; *Deckert*, ZMR 2002, 21.

³ OLG Zweibrücken v. 11.6.2001 – 3 W 218/00, ZWE 2001, 563 (567).

systemgerecht, wonach beispielsweise ein Beschluss über einen **Verzugszins** für säumiges Wohngeld i.H.v. mehr als 5 % über Basiszinssatz nichtig sei, weil die Vorschrift des § 288 Abs. 1 BGB verletzt wurde.¹ Da aber § 10 Abs. 2 Satz 1 nicht auf das allgemeine Schuldrecht verweist, kann § 288 Abs. 1 BGB keine Ausschlussnorm sein. Die Beschlusskompetenz der Wohnungseigentümer richtet sich nach § 23 Abs. 1. Danach können die Wohnungseigentümer über alle Angelegenheiten beschließen, die ihnen nach dem WEG oder einer Vereinbarung zur Beschlussfassung übertragen wurden. Auf das allgemeine Schuldrecht wird hierbei nicht verwiesen. Vor der WEG-Novelle wäre richtigerweise die Höhe des Verzugszinses nur an § 21 Abs. 3 WEG zu messen gewesen. Damit war ein Beschluss, der einen zu hohen Verzugszins vorsah, nur anfechtbar und nicht nichtig.² Das Beispiel des Verzugszinses hat der Gesetzgeber durch den erst 2007 ins Gesetz eingefügten § 21 Abs. 7 gelöst und eine Beschlusskompetenz ausdrücklich eröffnet. Damit sind zwar die systematischen Probleme nicht beseitigt, ihre praktische Relevanz ist aber deutlich reduziert worden.

- 4 Die Vorschriften der §§ 305 ff. BGB über die Wirksamkeit von **Allgemeinen Geschäftsbedingungen** finden auch nach h.M. keine Anwendung auf die **Gemeinschaftsordnung**.³ Insoweit fehlt es bereits an einer Vertragsbedingung, da die Gemeinschaftsordnung infolge des Eigentumsübergangs an der Wohnung kraft Gesetzes gilt. Mangels vergleichbarer Interessenlage kommt auch eine analoge Anwendung nicht in Betracht. Es erfolgt jedoch eine allgemeine Inhaltskontrolle anhand der Grundsätze von Treu und Glauben über § 242 BGB⁴ sowie der Nichtigkeitstatbestände der §§ 134, 138 BGB.
- 5 Beschlüsse können bei vorhandenen **Öffnungsklauseln** und im Rahmen der gesetzlichen Zulässigkeit auch Vereinbarungen ändern. Verstößt ein Beschluss jedoch gegen eine Rechtsvorschrift, auf deren Einhaltung rechtswirksam nicht verzichtet werden kann, folgt hieraus gem. § 23 Abs. 4 Satz 1 die Nichtigkeit. Eine **Eintragung** der Beschlüsse und der Gerichtsentscheidungen **im Grundbuch** erfolgt nicht. Insofern besteht kein Vertrauen auf Richtigkeit und Geltung der im Grundbuch eingetragenen Vereinbarungen. Die Beschluss- und Entscheidungssammlung des Verwalters (§ 24 Abs. 7) garantiert weder die Vollständigkeit noch die Richtigkeit der in ihr enthaltenen Protokolle bzw. Entscheidungen. Eine zuverlässige Informationsquelle über die „Verfassung“ der konkreten Wohnungseigentümergeinschaft existiert folglich nicht.⁵

III. Inhaber der Rechte und Pflichten, Abs. 1

- 6 Der 2007 eingefügte Abs. 1 stellt den Grundsatz auf, dass Inhaber der Rechte und Pflichten die Wohnungseigentümer sind. Allerdings macht der Gesetzgeber den Vorbehalt, dass etwas anderes ausdrücklich im Gesetz geregelt sein kann. Eine solche andere Regelung findet sich in Abs. 6, wonach die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer im Rahmen der **gesamten Verwaltung** des gemeinschaftlichen Eigentums gegenüber Dritten und Wohnungseigentümern selbst Rechte erwerben und Pflichten eingehen kann. Die Vorschrift verdeutlicht somit, dass der rechtsfähige Verband im Rahmen der gesamten Verwaltung tätig wird. Dies wird dann noch mehr hervorgehoben, indem der Gesetzgeber in § 10 Abs. 6 Satz 3 festschreibt, dass die rechtsfähige Eigentümergeinschaft die gemeinschaftsbezogenen Rechte der Wohnungseigentümer ausübt und die gemeinschaftsbezogenen Pflichten der Wohnungseigentümer

1 BayObLG v. 20.11.2002 – 2Z BR 144/01, ZMR 2003, 365m. V. a. BGH v. 20.9.2000 – V ZB 58/99, MDR 2000, 1367 m. Anm. *Riecke* = NJW 2000, 3500 = ZMR 2000, 771.

2 So richtigerweise die ältere Rechtsprechung, BayObLG v. 16.5.1986 – BReg.2 Z 68/85, ZMR 1986, 297.

3 BGH v. 24.2.1994 – V ZB 43/93, MDR 1994, 580 = NJW 1994, 2950; BGH v. 11.11.1986 – V ZB 1/86, MDR 1987, 485 = NJW 1987, 650; BayObLG v. 11.4.1991 – BReg.2 Z 28/91, NJW-RR 1992, 83; OLG Frankfurt v. 2.3.1998 – 20 W 54/98, WuM 1998, 303; LG Magdeburg v. 22.7.1996 – 3 T 117/96, Rpfleger 1997, 108 = NJW-RR 1997, 969.

4 BayObLG v. 23.9.1988 – 2Z 97/87, DNotZ 1989, 428; *Spielbauer/Then*, § 10 WEG Rz. 14; *Hügel* in *Hügel/Scheel*, Rechtshandbuch, Teil 5 Rz. 24; *Götz* in *Abramenko*, Handbuch WEG, § 1 Rz. 34.

5 Kritisch auch *Becker*, ZWE 2002, 341 (346).

wahrnimmt. Durch Abs. 6 als speziellere Regelung wird somit die allgemeine Regelung des Abs. 1 weitgehend abgeschwächt. Der in Abs. 1 formulierte Grundsatz wird daher eher zur Ausnahme. Er ist redaktionell verunglückt, da er besser dem Abs. 6 zugeordnet worden wäre. Als Abs. 1 wird der Zusammenhang nicht deutlich.

IV. Vereinbarungen der Wohnungseigentümer, Abs. 2 Satz 2

1. Grundstatut

Die Vereinbarungen der Wohnungseigentümer bilden das rechtliche Grundstatut der Gemeinschaft. Zu den Vereinbarungen zählen auch der Aufteilungsvertrag nach § 3 Abs. 1 und die Teilungserklärung nach § 8. Im Gegensatz hierzu stehen Beschlüsse, die Ordnungsfragen regeln, aber auch dispositive Gesetzesvorschriften. Während Beschlüsse mehrheitlich getroffen werden können, setzen Vereinbarungen stets Allstimmigkeit voraus. Entsprechendes gilt für Änderungen oder die Aufhebung von Vereinbarungen, sofern das gleiche Instrumentarium verwendet wird. Vereinbarungen können aber ausnahmsweise dann im Beschlusswege geändert werden, wenn **Öffnungsklauseln** bestehen oder ein solches Vorgehen gesetzlich vorgesehen ist.

Da nicht alle „Vereinbarungen“ der Wohnungseigentümer das Grundverhältnis der Gemeinschaft betreffen, wird zwischen **Vereinbarungen im formellen und im materiellen Sinne** unterschieden.¹ Allstimmige Beschlüsse unter Mitwirkung sämtlicher Eigentümer können Vereinbarungen im materiellen Sinne sein.² Hierzu zählen auch gerichtliche Vergleiche³ und Regelungen bei einem zwanglosen Zusammentreffen aller Wohnungseigentümer.⁴ Maßgeblich für die Abgrenzung ist nach h.M. nicht die Bezeichnung der Regelung, sondern deren **materieller Inhalt**.⁵ Dieser muss ggf. durch Auslegung ermittelt werden.⁶ Die Feststellung des Inhalts einer Vereinbarung obliegt dem Tatrichter.⁷ Nach anderer Auffassung wird teilweise nicht auf den materiellen Inhalt der Regelung, sondern auf die gewählte Form der Entscheidungsfindung abgestellt.⁸ Für *Bub* bedarf dies nur dann einer Korrektur, wenn sich aus der Niederschrift ein Wille der Wohnungseigentümer ableiten lasse, keinen Beschluss zu fassen, sondern eine Vereinbarung schließen zu wollen.⁹ Dem ist nicht zu folgen. Da eine Vereinbarung formfrei gefasst werden kann, ist ihr mündlicher Abschluss möglich. Eine mündliche Vereinbarung kann aber auch dann zustande kommen, wenn alle Wohnungseigentümer nicht die Begrifflichkeit „vereinbaren“, sondern „beschließen“ verwenden. Es kann somit nicht entscheidend sein, welchen Begriff die Wohnungseigentümer verwenden. Ebenfalls ist unerheblich, ob diese Vereinbarung im Rahmen einer **Eigentümerversammlung** getroffen und der Text ausgehandelt oder ihm nur zugestimmt wird.

Im Ergebnis wird es letztlich auf den materiellen Inhalt ankommen, d.h., die Wohnungseigentümer müssen eine Regelung treffen wollen, die **rechtsgestaltende Wirkung** hat und **auf Dauer angelegt** ist. Sie muss sich darauf beziehen, die Grundordnung der Gemeinschaft zu ergänzen oder von ihr abweichen zu wollen. Sie betrifft die Innenbeziehung und schafft eine Ordnung ähnlich einer Satzung.¹⁰ Vereinbarungen

1 Müller in FS Bärmann/Weitnauer, 1990, S. 506.

2 BayObLG v. 13.6.2002 – 2Z BR 1/02, NJW-RR 2003, 9; OLG Düsseldorf v. 14.2.2001 – 3 Wx 392/00, ZWE 2001, 384.

3 OLG Köln v. 12.2.2003 – 16 Wx 204/02, NZM 2003, 400.

4 BayObLG v. 14.11.2002 – 2Z BR 107/02, NZM 2003, 199.

5 OLG Düsseldorf v. 14.2.2001 – 3 Wx 392/00, NZM 2001, 530; OLG Hamm v. 10.9.1996 – 15 W 236/96, WE 1997, 32; OLG Zweibrücken v. 10.2.1997 – 3 W 200/96, WE 1997, 234; OLG Zweibrücken v. 11.6.2001 – 3 W 218/00, ZWE 2001, 564; *Abramenko* in *Abramenko*, Handbuch WEG, § 5 Rz. 22; *Hügel* in FS Wenzel, 2005, 219 (222); *Hügel*, ZWE 2001, 578 (581); *Kreuzer*, WE 1997, 362; *Kreuzer*, ZWE 2000, 325 (327).

6 OLG Zweibrücken v. 10.2.1007 – 3 W 200/96, WE 1997, 234; OLG Zweibrücken v. 11.6.2001 – 3 W 218/00, ZWE 2001, 563; *Lüke* in Weitnauer, § 10 WEG Rz. 28; *Sauren*, § 10 WEG Rz. 19.

7 BayObLG v. 20.2.1997 – 2Z BR 136/96, ZMR 1997, 427.

8 *Bub* in Staudinger, BGB, § 23 WEG Rz. 163a; *Merle* in Bärmann, § 23 WEG Rz. 27f.

9 *Bub* in Staudinger, BGB, § 23 WEG Rz. 163a.

10 BGH v. 4.4.2003 – V ZR 322/02, MDR 2003, 864 = MietRB 2003, 9.

regeln die **schuldrechtlichen Beziehungen** und nicht die sachenrechtliche Zuordnung.¹ Wesentliches Abgrenzungsmerkmal ist die Frage, ob eine abstrakt-allgemeine unbestimmte Anzahl von Einzelfällen oder nur ein konkret-individueller Einzelfall oder Fallgruppe geregelt werden soll.² Nur in ersterem Fall handelt es sich um eine Vereinbarung, weil sie grundlegende Regelungen enthält. Beschlüsse sollen hingegen grundsätzlich nur die bestehenden Vereinbarungen ausführen. Die praktischen Auswirkungen dieser verschiedenen Rechtsauffassungen dürften aber eher gering sein, da im Zweifel davon auszugehen ist, dass die Wohnungseigentümer eine Vereinbarung schließen wollen, wenn der materielle Gehalt dies erfordert. Wirken nicht alle Wohnungseigentümer mit, kann eine Vereinbarung nicht zustande kommen.

- 9a Dem **Teilungsplan** kommt grundsätzlich keine Bedeutung einer Vereinbarung zu. Insb. die dort vorgesehenen Nutzungsmöglichkeiten stellen keine Vereinbarung einer Zweckbestimmung dar.³ Allerdings können sie Auslegungshilfen der Teilungserklärung sein.

2. Fehlerhafte Vereinbarung

- 10 Die wohnungseigentumsrechtlichen Vereinbarungen unterliegen grundsätzlich der **Vertragsfreiheit**. Diese wird begrenzt durch die allgemeinen Schranken der §§ 134, 138 und 242 BGB.⁴ Unwirksam sind auch unbestimmte oder sich widersprechende Regelungen sowie solche, die einer ordnungsgemäßen Verwaltung von vornherein entgegenstehen, diese unmöglich machen und den Kernbereich der Mitgliedschaftsrechte tangieren (s. im Einzelnen hierzu u. Rz. 12a ff.).
- 11 Ist die Vereinbarung **widersprüchlich** und lässt sich der Widerspruch nicht durch Auslegung auflösen, ist sie unwirksam. So heben z.B. widersprüchliche Kostenverteilungsschlüssel in der Gemeinschaftsordnung die gesetzliche Regelung des § 16 Abs. 2 WEG nicht auf.⁵
- 12 Vereinbarungen sind ebenfalls unwirksam, wenn sie zu **unbestimmt** sind. Wird in der Gemeinschaftsordnung die einfache Stimmenmehrheit nur in Angelegenheiten ohne erhebliche Bedeutung zugelassen, ist diese Regelung unwirksam, weil die Abgrenzungskriterien vollkommen unbestimmt bleiben.⁶
- 12a Nichtigkeit ist auch dann anzunehmen, wenn die Vereinbarung in den **Kernbereich** der Mitgliedschaftsrechte eingreift. So können **Delegiertenversammlungen** nicht wirksam vereinbart werden, weil sie die Rechte des einzelnen Wohnungseigentümers unverhältnismäßig einschränken.⁷ Auch ist es eine Verletzung des Kernbereichs, wenn die Verwalterwahl in der Gemeinschaftsordnung von einer qualifizierten Mehrheit abhängig gemacht wird. Hierdurch werden die Rechte der Wohnungseigentümer entgegen § 26 Abs. 1 S. 5 unzulässig eingeschränkt.⁸
- 12b Die Kernbereichslehre findet allerdings keine Stütze im Gesetz und schränkt die Rechte der Wohnungseigentümer ein. Sie bildet Grenzen der **Privatautonomie**. Zum Teil wird es als ausreichend empfunden, die Regelungen der Gemeinschaftsordnung an §§ 138, 242 BGB zu messen, so dass die weitgehend intransparente und vage Kernbereichslehre überflüssig wird.⁹

1 BGH v. 4.4.2003 – V ZR 322/02, MDR 2003, 864 = MietRB 2003, 9; *Elzer* in Riecke/Schmid, § 10 WEG Rz. 73.

2 So *Kreuzer*, ZWE 2000, 325 (327).

3 BGH v. 15.1.2010 – V ZR 40/09, MDR 2010, 434 = MietRB 2010, 115 = ZWE 2010, 178 = ZMR 2010, 461.

4 BGH v. 24.2.1994 – V ZB 43/93, MDR 1994, 580 = ZMR 1994, 271.

5 BayObLG v. 31.7.2003 – 2Z BR 125/03, MietRB 2004, 16 = NJW-RR 2004, 228.

6 KG v. 4.3.1998 – 24 W 6949/97, MDR 1998, 1218 = NZM 1998, 520 = WuM 1998, 436.

7 LG München I v. 9.12.2010 – 36 S 1362/10, MietRB 2011, 257 = ZMR 2011, 415.

8 OLG München v. 5.4.2011 – 32 Wx 1/11, ZMR 2011, 738.

9 So *Binkowski*, Reichweite und Grenzen der Privatautonomie im Wohnungseigentumsrecht, S. 152f.

Fehlerhafte und insb. unvollständige Vereinbarungen können durch eine weitere Vereinbarung ergänzt werden. Die Klarstellung kann i.d.R. nicht durch Beschluss erfolgen (s.u. Rz. 13a). 12c

3. Auslegung

Aus der Feststellung, dass Vereinbarungen schuldrechtliche Verträge sind, folgt ihre Auslegungsfähigkeit. Dabei ist zunächst auf den Wortlaut und Sinn der Regelung abzustellen. Die **objektive** Auslegung hat den „aus sich selbst heraus“ festzustellenden Sinn zu erforschen. Ein hypothetischer Parteiwille ist zu berücksichtigen, wenn er aus der Vereinbarung und den dort in Bezug genommenen Unterlagen ablesbar ist.¹ Der objektive Inhalt ist aus der Sicht eines unbefangenen Betrachters zu ermitteln.² Dabei muss dem Bestimmtheitserfordernis Rechnung getragen werden. Die Regeln der ergänzenden Auslegung sind nicht nur auf vertragliche Vereinbarungen, sondern auch auf einseitige Willenserklärungen im Zusammenhang mit der Teilung (Teilungserklärung nach § 8 WEG) anzuwenden.³ Die Auslegung ist eng am Wortlaut vorzunehmen. Ist beispielsweise von der Pflicht zur Übernahme der Instandsetzungskosten durch die einzelnen Wohnungseigentümer die Rede, erfasst diese Regelung nicht die Instandhaltungskosten.⁴ Alle Vereinbarungen müssen so eindeutig gefasst werden, dass ihr Regelungsgehalt für den Sondernachfolger unzweifelhaft erkennbar ist. Dabei sind Vereinbarungen in den Kaufverträgen unerheblich.⁵ Gleichermaßen spielen die Vorstellungen der handelnden Personen, auch des Notars, über Sinn und Zweck der Regelung keine Rolle.⁶ Umstände außerhalb der Urkunde können nur herangezogen werden, wenn sie ohne weiteres erkennbar sind.⁷ Bei widersprechenden Erklärungen ist grundsätzlich keine Vorrangigkeit und es gelten dann die gesetzlichen Vorschriften.⁸ 13

Auch wenn ein praktisches Bedürfnis dafür gesehen werden könnte, unklare Vereinbarungen durch Beschluss ergänzen zu wollen, so ist dennoch eine solche Vorgehensweise der Beschlusskompetenz entzogen.⁹ Eine widersprüchliche Erklärung ist nichtig und kann nicht durch Beschluss wirksam werden. Sofern eine Auslegung in Betracht kommt, kann ein hierauf gerichteter Beschluss nur deklaratorische Wirkungen haben, der jederzeit überprüft werden kann. Er kann sich nur auf die tatsächlichen Voraussetzungen beziehen.¹⁰ Dem Beschlussinhalt, die unklare Regelung der Gemeinschaftsordnung zukünftig in einer bestimmten Richtung anwenden zu wollen, hat hingegen im Zweifel ändernden Charakter und ist damit nichtig. 13a

4. Umdeutung

Es ist eine Frage der Einzelfallwertung, ob eine nicht zustande gekommene Vereinbarung in einen Beschluss **umgedeutet** werden kann. Da auf den materiellen Inhalt abzustellen ist, ist eine gescheiterte Vereinbarung, an der nicht alle Wohnungseigentümer mitgewirkt haben, im Zweifel ein rechtliches Nichts.¹¹ Während nach § 23 Abs. 4 ein Beschluss so lange wirksam ist, als er nicht durch rechtskräftiges Urteil für 14

1 BGH v. 1.6.1994 – V ZR 278/92, MDR 1994, 1112; BGH v. 14.3.1997 – V ZR 6/96, MDR 1997, 724; BGH v. 7.10.2004 – V ZB 22/04, MDR 2004, 1403 m. Anm. *Riecke* = MietRB 2004, 352f. = ZWE 2005, 72 (76).

2 BGH v. 16.11.2012 – V ZR 9/12, MDR 2013, 22 = MietRB 2013, 13 = ZMR 2013, 290.

3 BGH v. 7.10.2004 – V ZB 22/04, MDR 2004, 1403 m. Anm. *Riecke* = MietRB 2004, 352f. = ZWE 2005, 72 (77) m. Anm. *Hügel*.

4 BGH v. 25.9.2009 – V ZR 33/09, DWE 2009, 131.

5 BayObLG v. 30.5.1995 – 2Z BR 105/94, WuM 1995, 552.

6 BayObLG v. 30.5.1995 – 2Z BR 105/94, WuM 1995, 552; *Hügel* in *Hügel/Scheel*, Rechtshandbuch, Teil 5 Rz. 68; *Kümmel* in *Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten*, § 10 WEG Rz. 42.

7 BGH v. 16.11.2012 – V ZR 9/12, MDR 2013, 22 = MietRB 2013, 13 = ZMR 2013, 290.

8 BGH v. 30.6.1995 – V ZR 118/94, MDR 1996, 139 = NJW 1995, 2851.

9 BGH v. 25.9.2009 – V ZR 33/09, NJW-RR 2010, 227; LG München I v. 13.2.2012 – 1 S 8790/11, ZMR 2014, 154; a.A. AG Hildesheim v. 17.9.2013 – 44 C 15/13, ZMR 2014, 154.

10 *Klein* in *Bärman*, § 10 WEG Rz. 132.

11 So auch *Schuschke*, NZM 2001, 497 (499).

ungültig erklärt wurde, existiert für Vereinbarungen eine entsprechende Vorschrift im WEG nicht. Hinsichtlich einer Vereinbarung kann keine Anfechtungsklage gem. § 46 WEG erhoben werden. Die im Zusammenhang mit dem Zustandekommen der Vereinbarung abgegebene Willenserklärung des einzelnen Wohnungseigentümers unterliegt aber der Anfechtung nach den Vorschriften des allgemeinen Teils des BGB.¹ Die Umdeutung einer unwirksamen Vereinbarung in einen Beschluss wird sich nur dann begründen lassen, wenn die Wohnungseigentümer mit der gescheiterten Vereinbarung auf jeden Fall ein rechtliches Minus beschließen wollten. Dazu ist der wirkliche Wille zu erforschen, der sich aus dem objektiven Sinn der Erklärung aus der Sicht eines unbefangenen Betrachters ergibt.² Nichtig Instandhaltungsregeln können beispielsweise in eine Kostenverteilungsregelung umgedeutet werden. Erforderlich ist dazu eine **salvatorische Klausel**,³ sowie ein vertraglicher Hinweis, dass die Vereinbarung treffenden Personen ein solches Minus zumindest gewollt haben.

5. Vertrag mit Dritten

- 15 Eine Vereinbarung der Wohnungseigentümer kann nicht in einem **Vertrag mit einem Dritten** liegen. Der Vertrag mit einem Dritten hat Außenwirkung, während die wohnungseigentumsrechtliche Vereinbarung nur im Innenverhältnis wirkt. Bei einem Vertrag mit einem Dritten haben die Wohnungseigentümer nicht das Erklärungs-bewusstsein, hierdurch gleichzeitig das **Innenverhältnis** regeln zu wollen, selbst wenn der Vertrag Fragen des Innenverhältnisses tangieren sollte. Auch kann der Vertrag mit einem Dritten nicht in das Grundbuch eingetragen werden. Dies gilt auch für den Verwaltervertrag.⁴ Ebenso wenig wie der Inhalt des Geschäftsführervertrags Auswirkungen auf die Satzung einer GmbH haben kann, kann der Verwaltervertrag eine wohnungseigentumsrechtliche Vereinbarung abändern, selbst wenn er von allen Wohnungseigentümern unterschrieben wurde.

6. Pseudovereinbarungen

- 16 Die Abgrenzung zwischen Beschlüssen und Vereinbarungen hat auch Bedeutung für die sog. Pseudovereinbarungen (**Zitterbeschlüsse**). Begrifflich ist zu unterscheiden zwischen **vereinbarungsersetzenden Beschlüssen**, wenn eine Angelegenheit sowohl durch Beschluss als auch durch Vereinbarung geregelt werden kann (z.B. Gebrauchsregelungen gem. § 15), **vereinbarungsändernden Beschlüssen**, die statt einer Vereinbarung ergehen oder eine solche abändern sollen (z.B. Kostenverteilungsbeschluss für die Zukunft, abweichend von § 16 Abs. 2), sowie **vereinbarungswidrigen Beschlüssen**, durch die keine Vereinbarung ersetzt, sondern nur im Einzelfall verletzt wird (z.B. Kostenverteilungsbeschluss im Einzelfall abweichend von Gemeinschaftsordnung und ohne Ermächtigung nach § 16 Abs. 3).⁵ Vereinbarungs- oder gesetzesändernde Mehrheitsbeschlüsse sind nichtig und enthalten keine „Überlagerungswirkung“. Demgegenüber können vereinbarungsersetzende und vereinbarungswidrige Beschlüsse trotz ihrer Rechtswidrigkeit mangels Anfechtung bestandskräftig werden. Für diese gilt der Begriff des „Zitterbeschlusses“ weiter. Bestandskräftig gewordene Zitterbeschlüsse können grundsätzlich durch Mehrheitsbeschluss wieder aufgehoben werden.⁷

- 17 Hieraus ergibt sich als praktische Konsequenz eine **dreistufige Prüfung**⁸:
- Zuordnung der beabsichtigten Regelung zur Ermittlung des rechtlichen Rahmens;
 - Feststellung der Handlungsform (Beschluss oder Vereinbarung);

1 So auch *Elzer* in Riecke/Schmid, § 10 WEG Rz. 94; *Schuschke*, NZM 2001, 497 (499).

2 OLG Düsseldorf v. 12.1.1998 – 3 Wx 546/97, NZM 1998, 269.

3 OLG Karlsruhe v. 7.7.2010 – 11 Wx 115/08, MietRB 2011, 123 = NZM 2011, 204.

4 LG Lüneburg v. 19.3.2009 – 9 S 67/08, ZMR 2009, 554; *Schmidt* in Jennißen/Schmidt, Der WEG-Verwalter, Rz. 214; einschränkend *Elzer* in Riecke/Schmid, § 10 WEG Rz. 119.

5 *Wenzel*, ZWE 2000, 2 (5); *Buck*, WE 1998, 90.

6 *Wenzel*, ZWE 2000, 2 (8).

7 OLG Stuttgart v. 9.2.2001 – 8 W 54/98, ZWE 2001, 454.

8 Vgl. *Lüke*, ZWE 2002, 49 (53).

- ist eine Beschlussfassung denkbar, muss eine Zuordnung zu den drei Alternativen erfolgen.

Bis zum Jahr 2000 entsprach es der h.M., dass Beschlüsse der Wohnungseigentümersversammlung, die Vereinbarungen abändern, ergänzen oder ersetzen, nicht nichtig, sondern lediglich nach § 23 Abs. 4 Satz 2 WEG a.F. anfechtbar sein sollten.¹ Diese Auffassung hat der BGH² auf entsprechende Literaturveröffentlichungen von *Wenzel*³ aufgegeben. Mangels entsprechender **Beschlusskompetenz** kann die Wohnungseigentümergeinschaft daher grundsätzlich nicht mehr durch vereinbarungsändernde Beschlüsse in das Grundverhältnis der Eigentümergemeinschaft eingreifen. Vereinbarungs- oder gesetzesändernde (bezogen auf zwingende Vorschriften des WEG) Mehrheitsbeschlüsse sind nichtig und entfalten keine „Überlagerungswirkung“.⁴ Etwas anderes gilt nur dann, wenn eine Öffnungsklausel in der Gemeinschaftsordnung vorgesehen ist oder das Gesetz selbst für eine Gesetzesabweichung die Beschlusskompetenz der Eigentümergemeinschaft bestimmt. Solche gesetzesändernden Beschlüsse lässt das Gesetz seit der Novelle selbst zu. So kann gem. § 16 Abs. 3 durch einfachen Mehrheitsbeschluss der Kostenverteilungsschlüssel für **Betriebs- und Verwaltungskosten** gegenüber dem in § 16 Abs. 2 verankerten Grundsatz abgeändert werden. Mit qualifiziertem Mehrheitsbeschluss kann der Verteilungsschlüssel für **Instandhaltungs- und Instandsetzungskosten** je Einzelfall verändert werden. Ebenso können **bauliche Veränderungen** beschlossen werden. Insoweit lässt sich von einer „gesetzlichen Öffnungsklausel“ sprechen. Da die Beschlusskompetenz eröffnet wird, können **fehlerhafte Beschlüsse** nur zur Anfechtbarkeit und nicht zur Nichtigkeit führen.⁵ Dies gilt auch, wenn die qualifizierte Mehrheit gem. §§ 16 Abs. 4 oder 22 Abs. 2 tatsächlich nicht erreicht, der Beschluss aber als zustande gekommen verkündet wurde. Auch in diesen Fällen handelt es sich um **Zitterbeschlüsse**.

In diesem Zusammenhang enthält § 16 Abs. 3 noch eine Besonderheit. Während vereinbarungs- oder gesetzeswidrige Beschlüsse deshalb nicht nichtig waren, weil sie nur einen sich erledigenden Einzelfall regelten, können die Kostenverteilungsschlüssel nunmehr auch **dauerhaft** per Beschluss geändert werden. Es handelt sich damit um einen gesetzlichen Fall des gesetzesändernden Beschlusses. Beschlüsse, welche aber nicht in das Grundverhältnis eingreifen, sondern vielmehr – wenn auch in vereinbarungswidriger Weise – Einzelfallregelungen treffen, sind auch weiterhin nicht nichtig, sondern nur anfechtbar. Unterbleibt eine Anfechtung, erwachsen solche Zitterbeschlüsse auch künftig in Bestandskraft. Ist ein solcher vereinbarungswidriger Beschluss bestandskräftig geworden, genügt ein einfacher Mehrheitsbeschluss als **Zweitbeschluss**, einen solchen formal bestandskräftigen Erstbeschluss wieder aufzuheben.⁶

Wurden von einem Wohnungseigentümer im Hinblick auf einen nach nunmehr h.M. nichtigen Beschluss, welcher nach damaliger Rechtsprechung lediglich anfechtbar war, Aufwendungen getätigt, steht dem betreffenden Sondereigentümer gegen die Wohnungseigentümergeinschaft ein **Aufwendungsersatzanspruch** zu, selbst wenn die betreffenden Wirtschaftsjahre bereits abgerechnet sind. Hat die Wohnungseigentümergeinschaft z.B. die Kosten für eine Fenstersanierungsmaßnahme durch Beschluss einem Wohnungseigentümer auferlegt, entspricht es den Grundsätzen ordnungsgemäßer Verwaltung, wenn die Mehrheit später – in Kenntnis der aktuellen BGH-Rechtsprechung bzw. der jetzigen Gesetzeslage – beschließt, die von dem Wohnungseigentümer außerhalb seines Sondereigentums aufgewendeten Sanierungskosten

1 BGH v. 16.9.1994 – V ZB 2/93, MDR 1995, 792 = NJW 1994, 3230; BayObLG v. 24.8.2000 – 2Z BR 169/99, NJW 2000, 3503; *Schmack/Kümmel*, ZWE 2000, 433; *Röll*, ZWE 2000, 13; *Demharter*, WuM 2000, 291; *Müller*, NZM 2000, 854; *Schmidt*, NZM 2000, 902.

2 BGH v. 20.9.2000 – V ZB 58/99, MDR 2000, 1367 = NJW 2000, 3500.

3 *Wenzel*, ZWE 2000, 2.

4 *Wenzel*, ZWE 2000, 2 (8).

5 So auch *Abramenko*, Das neue WEG, § 3 Rz. 40.

6 OLG Stuttgart v. 9.2.2001 – 8 W 54/98, ZWE 2001, 454; vgl. auch OLG Karlsruhe v. 31.5.2000 – 11 Wx 96/00, NZM 2000, 869; KG v. 30.3.1998 – 24 W 9038/97, WuM 1998, 433.

ten aus der Rücklage zu erstatten.¹ Dabei dürfen die Wohnungseigentümer auch auf Verjährungseinwendungen verzichten.

7. Öffnungsklauseln

a) Regelungsgehalt

21 Die Regeln der Gemeinschaftsordnung können grundsätzlich nur durch Vereinbarung aller Wohnungseigentümer abgeändert werden. Neben den gesetzlichen Möglichkeiten (z.B. §§ 12 Abs. 4, 16 Abs. 3 und 4) ist ein Verzicht auf die Mitwirkung aller Wohnungseigentümer dann entbehrlich, wenn die Gemeinschaftsordnung selbst eine sog. Öffnungsklausel enthält. Danach wird die Abänderung meist durch einen **qualifizierten Mehrheitsbeschluss** der Wohnungseigentümer zugelassen. Dies ist aber nicht zwingend notwendig. Im Rahmen der Privatautonomie kann auch vereinbart werden, dass eine einfache Mehrheit genügt. Öffnungsklauseln müssen wie alle anderen Vereinbarungen auch hinreichend bestimmt sein.² Unklare oder widersprüchliche Klauseln sind nichtig.

21a Auch auf der Basis von Öffnungsklauseln können die Wohnungseigentümer keine neuen Haftungstatbestände beschließen, z.B. die Haftung für spätere Erwerber begründen.³ Sollen diese für die Zahlungsrückstände eines früheren Wohnungseigentümers haften, würde ein entsprechender haftungsbegründender Beschluss als zu Lasten Dritter nichtig sein. Die Öffnungsklausel kann hier nicht wirken, da der Beschluss nicht ins Grundbuch eingetragen wird. Dies wäre nur entbehrlich, wenn der Beschluss die Gemeinschaftsordnung abändert (Wortlaut des Abs. 4 Satz 2). Für die Einführung neuer Regelungen ist weiterhin die Eintragung in das Grundbuch erforderlich, um den späteren Erwerber zu binden.

b) Beschlusskompetenz

21b Die Regelung in der Gemeinschaftsordnung, dass mit einem bestimmten Mehrheitsquorum die Gemeinschaftsordnung selbst abgeändert werden kann, bewirkt, dass Beschlüsse, die die notwendige Mehrheit nicht erreichen, nicht nichtig sind. Wegen bestehender Beschlusskompetenz sind sie nur anfechtbar.⁴ Wird hingegen der Regelungsbereich der Öffnungsklausel im Beschluss verlassen, ist der Beschluss mangels Beschlusskompetenz nichtig.⁵

c) Sachlicher Grund

22 Die Rechtsprechung schränkt die Gestaltungsfreiheit der Wohnungseigentümer zur Abänderung der Gemeinschaftsordnung mittels Öffnungsklauseln teilweise ein. So wird behauptet, dass von der Öffnungsklausel nur dann Gebrauch gemacht werden dürfe, wenn ein **sachlicher Grund** zur Änderung vorliegt und einzelne Wohnungseigentümer gegenüber dem früheren Rechtszustand **nicht unbillig benachteiligt** werden.⁶ Die Literatur hat sich der Rechtsprechung überwiegend angeschlossen.⁷ Die h.M. schränkt hierdurch jedoch die Privatautonomie der Wohnungseigentümer unzu-

1 AG Neuss v. 9.11.2001 - 27c II 205/01, NZM 2002, 31; bestätigt durch OLG Düsseldorf v. 26.5.2008 - I-3 Wx 271/07, ZMR 2008, 732 = WuM 2008, 368.

2 AG Hannover v. 25.3.2008 - 483 C 10450/07, ZMR 2008, 842.

3 AG Berlin-Charlottenburg v. 14.5.2009 - 74 C 30/90, NJW-Spezial 2009, 467 kritisch hierzu die Anmerkung von *Drasdo*.

4 LG München I v. 3.12.2007 - 1 T 14033/06, ZMR 2008, 915.

5 Siehe hierzu auch *Kümmel* in *Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten*, § 10 WEG Rz. 46.

6 BGH v. 27.6.1985 - VII ZB 21/84, MDR 1986, 138 = NJW 1985, 2832; OLG Stuttgart v. 12.12.1985 - 8 W 344/84, NJW-RR 1986, 815; KG v. 28.7.1999 - 94 W 1542/99, NZM 2000, 348; KG v. 21.5.2003 - 24 W 253/02, NZM 2003, 642; LG Lübeck v. 8.12.1990 - 7 T 678/88, NJW-RR 1990, 912.

7 Siehe u.a. *Merle* in *Bärmann*, § 23 WEG Rz. 19; *Kümmel* in *Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten*, § 10 WEG Rz. 46; *Lüke* in *Weitnauer*, § 10 WEG Rz. 51; *Becker/Kümmel/Ott*, *Wohnungseigentum*, § 3 Rz. 162; a.A. *Elzer*, ZMR 2007, 237, 240; *Häublein*, *Sondernutzungsrechte und ihre Begründung im Wohnungseigentumsrecht*, S. 212; kritisch auch *Hügel* in *Hügel/Scheel*, *Rechtshandbuch*, Teil 5 Rz. 62.

grundsätzlich gegenüber den Versorgern nicht gesamtschuldnerisch haften.¹ Etwas anderes kann gelten, wenn der Vertrag einschließlich seiner AGB ausdrücklich eine gesamtschuldnerische Haftung vorsieht.² Dazu muss die haftungsbegründende Regelung aber eindeutig und klar sein.³ Wird aus einer solchen gesamtschuldnerischen Haftung ein Wohnungseigentümer in Anspruch genommen, kann er vom Verband Freistellung verlangen.⁴

11 Unauflöslichkeit der Gemeinschaft

(1) Kein Wohnungseigentümer kann die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen. Dies gilt auch für eine Aufhebung aus wichtigem Grund. Eine abweichende Vereinbarung ist nur für den Fall zulässig, dass das Gebäude ganz oder teilweise zerstört wird und eine Verpflichtung zum Wiederaufbau nicht besteht.

(2) Das Recht eines Pfändungsgläubigers (§ 751 des Bürgerlichen Gesetzbuchs) sowie das im Insolvenzverfahren bestehende Recht (§ 84 Abs. 2 der Insolvenzordnung), die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, ist ausgeschlossen.

(3) Ein Insolvenzverfahren über das Verwaltungsvermögen der Gemeinschaft findet nicht statt.

I. Bedeutung der Vorschrift

II. Unauflöslichkeit der Gemeinschaft (§ 11 Abs. 1)

1. Wohnungseigentümer als Normadressat
 - a) Erfasste Anspruchsteller 2
 - b) Erfasste Anspruchsgegner 3
2. Gegenstand der Unauflöslichkeit
 - a) Weder teilrechtsfähiger Verband noch Bruchteilseigentümergeinschaft 4
 - b) Ziel des Gesetzes 5
3. Von § 11 Abs. 1 Satz 1 unmittelbar erfasste Sachverhalte
 - a) Verlangen der Aufhebung
 - aa) Anlehnung an das Recht der Gemeinschaft (§§ 741 ff. BGB) 6
 - bb) Einseitiges Verlangen 7
 - cc) Kein Ausschluss der einvernehmlichen Aufhebung 8
 - b) Ausdehnung auf das Vorliegen eines wichtigen Grundes
 - aa) Besonderheit der Vorschrift 9
 - bb) Ausgleich der Unaufhebbarkeit durch das Entziehungsverfahren 10
4. Vom Rechtsgedanken erfasste und nicht erfasste Beendigungstatbestände
 - a) Grundsatz 11
 - b) Beschluss 12
 - c) Bedingung und Befristung 13
 - d) Schuldrechtliche Regelung von Beendigungstatbeständen 14

- e) Einseitige Aufhebung durch Eigentumsaufgabe 15
 - f) Beseitigung eines isolierten Miteigentumsanteils 16
 - g) Vereinigung aller Einheiten in einer Hand 17
5. Abweichende Vereinbarungen
- a) Ausschluss abweichender Vereinbarungen nach § 11 Abs. 1 Satz 3 18
 - b) Abänderung nach § 242 BGB und § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG
 - aa) Ansprüche aus § 242 BGB 19
 - bb) Ansprüche aus § 10 Abs. 2 S. 3 20

III. Vereinbarungen bei (teilweiser) Zerstörung des Gebäudes

1. Dispositive Gesetzeslage
 - a) Fortbestehen von Sonder- und Gemeinschaftseigentum 21
 - b) Wiederaufbaupflicht nach § 22 Abs. 4 22
2. Voraussetzungen einer Vereinbarung
 - a) Regelungsmöglichkeiten bei (teilweiser) Zerstörung der Baulichkeiten 23
 - b) Zwingende Voraussetzungen einer Vereinbarung
 - aa) (Teilweise) Zerstörung des Gebäudes 24
 - bb) Keine Verpflichtung zum Wiederaufbau 25
 - c) Keine Aufhebung durch Beschluss 26

1 A.A. KG v. 29.9.2006 – 7 U 251/05, MietRB 2007, 94 = ZMR 2006, 67, das noch eine gesamtschuldnerische Haftung annahm.

2 KG v. 8.2.2007 – 22 U 79/06, ZMR 2008, 556.

3 BGH v. 20.1.2010 – VIII ZR 329/08, MDR 2010, 620 = MietRB 2010, 112 = NZM 2010, 284.

4 KG v. 24.11.2009 – 24 W 18/08, ZMR 2010, 391.

d) Aufhebungsanspruch ohne Vereinbarung	27	1. § 11 Abs. 3 in der Systematik des Gesetzes	36
3. Abdingbarkeit von § 11 Abs. 1 Satz 3 letzter Halbs.	28	2. Unabdingbarkeit des teilrechtsfähigen Verbandes	
4. Analoge Anwendung bei „stecken-gebliebenem Bau“?		a) Der teilrechtsfähige Verband als zwingende Folge des Wohnungseigentums	37
a) Die Vorschläge im Schrifttum	29	b) Der teilrechtsfähige Verband als notwendiges Bindeglied für den Rechtsverkehr	38
b) Möglichkeit des Weiterbaus	30	3. Insolvenzunfähigkeit des Verbandes	
c) Unmöglichkeit des Weiterbaus	31	a) Sinn der Vorschrift	39
IV. Keine Aufhebung durch Pfändungspfandgläubiger und Insolvenzverwalter		b) Rechtsfolgen	
1. Regelungsgehalt	32	aa) Unzulässigkeit eines Insolvenzantrags	40
2. Nicht erfasste Fälle		bb) Unbegrenzte Zulässigkeit von Einzelzwangsvollstreckungsmaßnahmen	41
a) Gemeinschaft nach einvernehmlicher Aufhebung von Sonder- und Gemeinschaftseigentum	33	cc) Über das Verwaltungsvermögen hinausgehende Vermögenswerte	42
b) Vereinigung aller Wohnungseigentumsrechte in einer Hand	34		
c) Isolierter Miteigentumsanteil und steckengebliebenes Wohnungseigentum	35		
V. Die Unauflösbarkeit des teilrechtsfähigen Verbandes			

Schrifttum: *Armbrüster*, Versicherungsschutz für Wohnungseigentümer und Verwalter, ZMR 2003, 1; *Armbrüster*, Rechtsfähigkeit und Haftungsverfassung der Wohnungseigentümergeinschaft, ZWE 2005, 369; *Becker*, Die Unauflöslichkeit der Gemeinschaft, WE 1998, 128; *Bork*, Die Insolvenz der Wohnungseigentümergeinschaft, ZinsO 2005, 1067; *Briesemeister*, Die Dereliktation von Wohnungseigentum, ZWE 2007, 218; *Demharter*, Der Beschluss des BGH zur Teilrechtsfähigkeit der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer, ZWE 2005, 357; *Häublein*, Die rechtsfähige Wohnungseigentümergeinschaft: Auswirkungen auf die persönliche Haftung der Eigentümer und die Insolvenzfähigkeit, ZIP 2005, 1720; *Kreuzer*, Aufhebung von Wohnungseigentum, NZM 2001, 123; *Maroldt*, Die rechtsfähige Gemeinschaft der Wohnungseigentümer – ein Paradigmenwechsel im Wohnungseigentumsrecht, ZWE 2005, 361.

I. Bedeutung der Vorschrift

- 1 Der Gesetzgeber hat Wohnungseigentum als „echtes Eigentum“ konzipieren wollen und hierfür in § 5 die neue sachenrechtliche Kategorie des Sondereigentums mehrerer Wohnungseigentümer an den Räumen eines Grundstücks entwickelt. In § 13 Abs. 1 hat er zu diesem Zweck die Befugnisse des Sondereigentümers nach dem Vorbild des § 903 BGB weitgehend dem Alleineigentum nachgebildet. Das neue Sondereigentum benötigte nun noch eine **Bestandsgarantie**, die gewährleistete, dass es nicht wie das einfache Bruchteilseigentum schon durch das Verlangen eines einzelnen Miteigentümers auseinandergesetzt bzw. im Wege der Teilungsversteigerung verwertet werden konnte. Diese **Bestandsgarantie** will § 11 Abs. 1, 2 **gewährleisten**. Im Laufe der Rechtsentwicklung zeigte sich, dass der Umgang Dritter gerade mit großen Wohnungseigentümergeinschaften, insbesondere die unvermeidlichen Eigentümerwechsel, zu erheblichen praktischen Problemen führten, die mit der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft gelöst werden sollten.¹ In der Folge kam dem teilrechtsfähigen Verband die Funktion eines unentbehrlichen Bindegliedes zwischen Rechtsverkehr und Wohnungseigentümergeinschaft zu, die im Falle der Insolvenz bedroht gewesen wäre. Deswegen schloss der Gesetzgeber in dem 2007 neu eingefügten Abs. 3 der Vorschrift ein Insolvenzvermögen über das Verwaltungsvermögen aus, um sicherzustellen, dass der teilrechtsfähige Verband auch auf diesem Wege nicht aufgelöst werden kann.

¹ BGH v. 2.6.2005 – V ZB 32/05, MDR 2005, 1156 = MietRB 2005, 232 (233, 237) = ZMR 2005, 547 (551ff.).

II. Unauflöslichkeit der Gemeinschaft (§ 11 Abs. 1)

1. Wohnungseigentümer als Normadressat

a) Erfasste Anspruchsteller

Die Norm regelt ausdrücklich nur den Fall, dass kein Wohnungseigentümer die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen kann. Dass nur die Wohnungseigentümer als mögliche Anspruchsteller genannt werden, ist wohl der Anlehnung an die Normen des Gemeinschaftsrechts geschuldet. Das **Aufhebungsverlangen Dritter** findet lediglich in § 11 Abs. 2 für die Spezialfälle der Pfändung und der Insolvenz eine Regelung, also dort, wo dieses Recht aus der Rechtsstellung des Wohnungseigentümers abgeleitet werden könnte. Es kann aber nach dem Sinn der Vorschrift kein Zweifel bestehen, dass auch außerhalb dieser Sonderfälle Dritte nicht die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen können. Was selbst Wohnungseigentümern nicht zugestanden werden kann, kann noch viel weniger Außenstehenden zukommen. Wird ihnen durch **Vereinbarung mit den Wohnungseigentümern** ein entsprechendes Recht eingeräumt, ist dieser Vertrag jedenfalls in entsprechender Anwendung von § 11 Abs. 1 Satz 1 unwirksam. Dies gilt erst recht, wenn die Gemeinschaftsordnung einem Dritten eine entsprechende Möglichkeit vorbehält.

b) Erfasste Anspruchsgegner

Mit der Eingrenzung derjenigen, die den Anspruch nicht stellen können, ist auch der Kreis der möglichen Anspruchsgegner definiert. Die Terminologie, dass kein Wohnungseigentümer die Aufhebung verlangen kann, zeigt, dass § 11 Abs. 1 Satz 1 erst dann anwendbar ist, wenn neben dem teilenden Eigentümer bereits **mindestens ein weiterer Wohnungseigentümer** existiert. Die bloße Aufteilung nach § 8 und die Begründung von Sonder- und Gemeinschaftseigentum genügt also noch nicht, selbst wenn die ungeteilte Liegenschaft einer **Bruchteilsgemeinschaft** gehört und nun sämtliche Einheiten im Eigentum einer Personenmehrheit stehen. Die Eigentümer dieser Bruchteilsgemeinschaft können nach wie vor die Teilungsversteigerung wegen jeder einzelnen Einheit beantragen. Die Unauflöslichkeit nach § 11 Abs. 1 Satz 1 tritt erst mit der Eintragung des ersten weiteren Wohnungseigentümers neben der teilenden Eigentümergemeinschaft ein. Nach allgemeinen Grundsätzen wird dieser Zeitpunkt vorverlagert, wenn für einen Erwerber aufgrund des wirksamen Erwerbsvertrages eine Auflassungsvormerkung in das Grundbuch eingetragen wird und er Besitz an der erworbenen Wohnung erlangt. Denn nach den mittlerweile höchstrichterlich anerkannten Grundsätzen der „**werdenden Wohnungseigentümergeinschaft**“ wird die Gemeinschaft der Ersterwerber in allen Belangen schon wie die Wohnungseigentümergeinschaft behandelt.¹ Für die Unauflöslichkeit nach § 11 Abs. 1 Satz 1 kann nichts anderes gelten. Hingegen entsteht nach der Teilung gemäß § 3 mit der Eintragung in das Grundbuch die Wohnungseigentümergeinschaft sofort, ohne das Übergangsstadium der „werdenden Wohnungseigentümergeinschaft“. Folglich greift auch die Unauflöslichkeit nach § 11 Abs. 1 Satz 1 dann ab diesem Zeitpunkt ein.

2. Gegenstand der Unauflöslichkeit

a) Weder teilrechtsfähiger Verband noch Bruchteilsigentümergeinschaft

Das Gesetz redet davon, dass kein Wohnungseigentümer „die Aufhebung der Gemeinschaft“ verlangen kann. Der **Begriff der „Gemeinschaft“**, den auch § 11 Abs. 1 Satz 1 verwendet, ist schon im Gesetzesgebrauch außerhalb von § 11 mehrdeutig. Er bezeichnet zunächst den teilrechtsfähigen Verband (s. insb. § 10 Abs. 6), aber auch den Personenverband der Bruchteilsigentümer persönlich (s. § 43 Nr. 1). Beide sind in § 11 Abs. 1 Satz 1 nicht gemeint. Auf den **teilrechtsfähigen Verband** kann § 11 Abs. 1 Satz 1 nicht abstellen, da seine Auflösung die sachenrechtliche Konstruktion,

¹ BGH v. 5.6.2008 – V ZB 85/07, MDR 2008, 1088 = MietRB 2008, 270 = ZMR 2008, 805; BGH v. 11.5.2012 – V ZR 196/11, MDR 2012, 958 = MietRB 2012, 236 f. = ZMR 2012, 711.

insbesondere die Fortexistenz von Sondereigentum, unberührt ließe. Immerhin ist das deutsche Wohnungseigentumsrecht mit hunderttausenden von Gemeinschaften über ein halbes Jahrhundert ohne ihn ausgekommen. Zudem findet der teilrechtsfähige Verband in § 11 Abs. 3 eine Spezialregelung, die überflüssig wäre, wenn seine Unauflöslichkeit schon aus § 11 Abs. 1 Satz 1 folgte (s.u. Rz. 36 ff.). Aber auch die **Bruchteilseigentümergeinschaft** der Wohnungseigentümer kann in § 11 Abs. 1 Satz 1 nicht gemeint sein. Es fiel schon schwer, zu erfassen, was mit ihrer „Aufhebung“ gemeint sein soll. Tatsächlich besteht die Bruchteilseigentümergeinschaft aber auch nach den anerkannten Fällen der Aufhebung einer Wohnungseigentümergeinschaft nach § 11 Abs. 1 Satz 3 zunächst fort. Zudem ist ihre Aufhebung nach den Regeln der Gemeinschaft, also §§ 749 ff. BGB, von dem Ausschluss des § 11 Abs. 1 Satz 1 dann gerade nicht mehr erfasst (s.u. Rz. 21 ff. u. 33).

b) Ziel des Gesetzes

- 5 Mit „Gemeinschaft“ muss in § 11 Abs. 1 Satz 1 also eine dritte Komponente des Wohnungseigentums neben teilrechtsfähigem Verband und der Gemeinschaft der Bruchteilseigentümer gemeint sein, die sich nicht aus dem Begriff, sondern nur aus dem Sinn der Norm ergibt. § 11 Abs. 1 Satz 1 will nicht erst die Auseinandersetzung der Bruchteilsgemeinschaft im Wege der Teilungsversteigerung ausschließen, sondern setzt noch früher, beim Wesen des Wohnungseigentums an: Die Vorschrift will bereits verhindern, dass durch **Rückführung des Wohnungs- in Bruchteilseigentum** die rechtliche Existenz des Sondereigentums verloren geht. Der Begriff der Aufhebung der Gemeinschaft hat in § 11 Abs. 1 Satz 1 also eine rein sachenrechtliche Bedeutung: Kein Wohnungseigentümer kann die Aufhebung des Sonder- und Gemeinschaftseigentums (zum Zwecke der Aufhebung der dann wieder auflebenden Gemeinschaft der Bruchteilseigentümer) verlangen. Dass der Gesetzgeber, zumal er den teilrechtsfähigen Verband naturgemäß noch nicht kannte, mit der insoweit unpassenden Begrifflichkeit des Gemeinschaftsrechtes arbeitete, darf den Blick auf den eigentlichen Sinn der Vorschrift nicht verstellen. Dieses Verständnis wird auch durch die ganz h. M. zur Behandlung des so genannten „**isolierten Miteigentumsanteils**“ bestätigt. Denn in diesem Zusammenhang wird § 11 Abs. 1 Satz 1 auf den Miteigentümer, dem zwar ein Miteigentumsanteil, aber kein Sondereigentum zusteht, gerade nicht angewandt.¹ Vielmehr wird ihm umgekehrt aus § 242 BGB sogar ein Anspruch auf Korrektur der für ihn misslichen Lage durch Übertragung seines isolierten Miteigentumsanteils auf die anderen Wohnungseigentümer zugebilligt.² Dies läuft auf eine **zwangsweise Teilaufhebung der Gemeinschaft der Bruchteilseigentümer** hinaus, was zeigt, dass diese Gemeinschaft vom Normbefehl des § 11 Abs. 1 Satz 1 nicht gemeint sein kann, sondern nur die rein sachenrechtliche Fortexistenz von Sonder- und Gemeinschaftseigentum. Da § 11 keine besonderen Regelungen wie § 18 Abs. 1 Satz 2 aufstellt, gilt das Gebot der Unauflöslichkeit auch für **Kleinstgemeinschaften**.³

3. Von § 11 Abs. 1 Satz 1 unmittelbar erfasste Sachverhalte

a) Verlangen der Aufhebung

aa) Anlehnung an das Recht der Gemeinschaft (§§ 741 ff. BGB)

- 6 Die Vorschrift erfasst ihrem Wortlaut nach nur das einseitige Verlangen eines oder mehrerer Wohnungseigentümer auf Beendigung der Wohnungseigentümergeinschaft. Die Vorschrift orientiert sich insoweit an den Vorschriften zur Gemeinschaft. Dies ist der Konzeption der Wohnungseigentümergeinschaft als modifizierte

1 BGH v. 3.11.1989 – V ZR 143/87, MDR 1990, 325 = NJW 1990, 447f.; BGH v. 5.12.2003 – V ZR 447/01, MDR 2004, 439 = MietRB 2004, 107 = ZMR 2004, 206; BGH v. 1.10.2004 – V ZR 210/03, MDR 2005, 83 = MietRB 2005, 8 = ZMR 2005, 59 (62); ähnlich schon Vorauf. § 11 WEG Rz. 9.

2 BGH v. 3.11.1989 – V ZR 143/87, MDR 1990, 325 = NJW 1990, 447f.; BGH v. 5.12.2003 – V ZR 447/01, MDR 2004, 439 = MietRB 2004, 107 = ZMR 2004, 206; BGH v. 1.10.2004 – V ZR 210/03, MDR 2005, 83 = MietRB 2005, 8 = ZMR 2005, 59 (62); vgl. u. Rz. 16.

3 *Skauradszun* in BeckOK, § 11 WEG Rz. 5.

Bruchteilsgemeinschaft geschuldet. Der einzelne Wohnungseigentümer kann also nicht den Anspruch auf Aufhebung der Gemeinschaft aus § 749 Abs. 1 BGB geltend machen. Aufgrund der Orientierung am Gemeinschaftsrecht erwähnt § 11 Abs. 1 nicht auch die für Bruchteilsigentümer eines Grundstücks eigentlich näher liegende Möglichkeit der **Teilungsversteigerung gemäß §§ 180 ff. ZVG**. Auch diese ist nach dem Regelungszweck von § 11 Abs. 1 Satz 1 ausgeschlossen.

bb) Einseitiges Verlangen

§ 11 Abs. 1 Satz 1 will nur verhindern, dass ein Wohnungseigentümer die Aufhebung der Gemeinschaft „verlangt“, also einen einseitigen Anspruch gegen den Willen der Wohnungseigentümer geltend macht. Dabei ist gleichgültig, auf **welche rechtliche Grundlage** das Aufhebungsverlangen gestützt wird. Ausgeschlossen ist demnach nicht nur die Aufhebung nach dem Recht der Gemeinschaft (§ 749 Abs. 1 BGB) oder im Wege der Teilungsversteigerung (§§ 180 ff. ZVG). Durch § 11 Abs. 1 Satz 1 sind auch andere Möglichkeiten des bürgerlichen Rechtes, die auf eine zwangsweise Auflösung der (werdenden) Wohnungseigentümergeinschaft ausgeschlossen. So kann auch ein getäuschter Wohnungseigentümer nicht im Wege der **Anfechtung nach §§ 119 ff. BGB** seine Willenserklärung zum Vertrag nach § 3 mit dem Ziel anfechten, die bereits entstandene Wohnungseigentümergeinschaft – sogar mit Rückwirkung – zu beseitigen.¹ Ebenso wenig kann in solchen Fällen **Schadensersatz** mit dem Ziel einer Naturalrestitution verlangt werden, die auf eine Wiederherstellung des früheren Bruchteilsigentums hinausläuft. Schließlich laufen auch **Rechte Dritter** (zu ihnen s.o. Rz. 2) leer, wenn etwa trotz eines gegen das Veräußerungsverbot aus § 23 Abs. 1 S. 1 ZVG i.V.m. §§ 135, 136 BGB Wohnungseigentum begründet² und dieses in das Grundbuch eingetragen wurde. Nach Entstehen einer (werdenden) Wohnungseigentümergeinschaft schließt schon § 11 Abs. 1 Satz 1 eine Rückabwicklung auch in derartigen Fällen aus, unabhängig davon, ob der oder die Erwerber gutgläubig waren oder nicht.

cc) Kein Ausschluss der einvernehmlichen Aufhebung

Nicht ausgeschlossen ist demnach die Möglichkeit einer einvernehmlichen Beendigung der Gemeinschaft.³ Die Wohnungseigentümer können also einvernehmlich zu einer einfachen Bruchteilsgemeinschaft zurückkehren oder das Grundstück real teilen, wenn etwa ein baurechtliches Hindernis hierfür entfallen ist. Dies erfordert aber stets die Einigung und Auflassung in der Form der §§ 311b Abs. 1 Satz 1, 925 Abs. 1 Satz 1 BGB,⁴ da mit der Aufhebung der Gemeinschaft die Aufhebung des Sonder Eigentums verbunden ist.⁵ Der Aufhebung müssen ferner die **an einzelnen Wohnungen dinglich Berechtigten zustimmen**.⁶ Hingegen bedarf es der Zustimmung der am ganzen Grundstück Berechtigten nicht, da ihr Recht durch die Aufhebung von Sonder- und Gemeinschaftseigentum nicht beeinträchtigt wird.⁷ Denkbar ist auch eine einvernehmliche **Teilaufhebung** der Gemeinschaft, etwa durch Abtrennung eines Teils des gemeinschaftlichen Grundstücks und Überführung in andere Eigentumsverhältnisse. In der Praxis wird dies bei der Veräußerung eines Teils des gemeinschaftlichen Grundstücks relevant, wobei die Teilaufhebung der Gemeinschaft dann in der Regel gar nicht mehr thematisiert wird.⁸ Auch eine solche Teilaufhebung erfor-

1 So richtig *Kümmel* in Niefenführ/Kümmel/Vandenhouten, § 11 WEG Rz. 2.

2 Hierzu s. BGH v. 29.3.2013 – V ZB 103/11, MietRB 2012, 201 = ZMR 2013, 638.

3 BayObLG v. 10.12.1979 – BReg 2 Z 23/78, Rpfleger 1980, 110; *Kreuzer* in Staudinger, § 11 WEG Rz. 2; *Elzer* in Riecke/Schmid, § 11 WEG Rz. 2.

4 So zutreffend *Elzer* in Riecke/Schmid, § 11 WEG Rz. 4; *Kümmel* in Niefenführ/Kümmel/Vandenhouten, § 11 WEG Rz. 9; a.A. für „die generelle Aufhebbarkeit“ *Kreuzer* in Staudinger, § 11 WEG Rz. 15 (im Gegensatz zur „Umsetzung in einer generellen Situation“).

5 Hierzu s. OLG Frankfurt v. 16.1.1990 – 20 W 501/89, NJW-RR 1990, 1042 f.

6 OLG Frankfurt v. 16.1.1990 – 20 W 501/89, NJW-RR 1990, 1042 f.; *Elzer* in Riecke/Schmid, § 11 WEG Rz. 8.

7 *Elzer* in Riecke/Schmid, § 11 WEG Rz. 8.

8 BGH v. 12.4.2013 – V ZR 103/12, MDR 2013, 765 = MietRB 2013, 208 = IMR 2013, 294 = ZMR 2013, 730.

dert aber die Mitwirkung aller Wohnungseigentümer bei der Einigung und Auflassung des betroffenen Grundstücksteils. Bei Streitigkeiten über einen Anspruch *auf* Aufhebung der Gemeinschaft entscheidet das **Amtsgericht, Abteilung für Wohnungseigentumssachen**, da es sich um ein Verfahren nach § 43 Nr. 1 handelt.¹ Nach der Aufhebung liegt entweder wieder eine Bruchteilsgemeinschaft oder bei Realteilungen ein reines Nachbarschaftsverhältnis vor, so dass sich Streitigkeiten *aus* der Auflösung wieder nach dem allgemeinen Instanzenzug der Zivilgerichtsbarkeit richten.²

b) Ausdehnung auf das Vorliegen eines wichtigen Grundes

aa) Besonderheit der Vorschrift

- 9 Die Vorschrift geht weit über den Ausschluss der vereinbarten Unauflöslichkeit einer Eigentümergemeinschaft hinaus. Zwar können gemäß §§ 751 S. 1, 749 Abs. 2 S. 1 BGB auch die **Teilhaber einer Bruchteilsgemeinschaft** das Recht ausschließen, die Aufhebung einer Gemeinschaft zu verlangen. Trotz eines solchen Ausschlusses kann die Aufhebung der Gemeinschaft aber nach § 749 Abs. 2 S. 1 letzter Hs. BGB „gleichwohl verlangt werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt.“ Dies bedeutet nicht nur, dass sich bei Vorliegen eines wichtigen Grundes kein Teilhaber mehr auf einen Ausschluss der Aufhebung berufen kann, auch wenn dieser keine Regelung für diesen Fall vorsieht. Vielmehr kann die Aufhebung von vorneherein nicht für den Fall ausgeschlossen werden, dass ein wichtiger Grund vorliegt. § 11 Abs. 1 Satz 1 verkehrt diese Regelung aus dem Gemeinschaftsrecht in ihr Gegenteil und schließt die Aufhebung selbst für den Fall aus, dass ein wichtiger Grund vorliegt.

bb) Ausgleich der Unaufhebbarkeit durch das Entziehungsverfahren

- 10 Wenn also die Existenz von Gemeinschafts- und Sondereigentum unumkehrbar ist, können sich die Wohnungseigentümer auch bei Vorliegen eines wichtigen Grundes nicht durch Beendigung dieser sachenrechtlichen Konstruktion auseinandersetzen. Denkbar ist nur das **Ausscheiden aus dem Verband**. Dies kann ein jeder Wohnungseigentümer durch **Veräußerung seines Sondereigentums**, verbunden mit seinem Miteigentumsanteil am gemeinschaftlichen Eigentum bewerkstelligen,³ nicht jedoch durch Eigentumsaufgabe (vgl. u. Rz. 15). Diese Lösung ist natürlich rechtlich nicht befriedigend, wenn der wichtige Grund in **Störungen des Gemeinschaftsfriedens** durch einen anderen Wohnungseigentümer liegt. Deshalb wählt das Gesetz für diesen Fall die Möglichkeit des Ausschlusses eines Wohnungseigentümers, wenn er seine Pflichten gegenüber anderen Wohnungseigentümern so schwerwiegend verletzt hat, dass ihnen die Fortsetzung der Gemeinschaft mit ihm nicht zugemutet werden kann.⁴ Diese „**Entziehung des Wohnungseigentums**“ genannte Teilbeendigung der Gemeinschaft durch zwangsweise Veräußerung des Sondereigentums ist in §§ 18, 19 geregelt.

4. Vom Rechtsgedanken erfasste und nicht erfasste Beendigungstatbestände

a) Grundsatz

- 11 § 11 Abs. 1 Satz 1 erfasst dem Wortlaut nach nur das einseitige Verlangen eines oder mehrere Wohnungseigentümer, Sonder- und Gemeinschaftseigentum aufzuheben. Es herrscht aber Einigkeit darüber, dass das Gesetz weiter reichen und das Wohnungseigentum als echtes Eigentum vor **jeglicher zwangsweisen Aufhebung des Sondereigentums** gegen den Willen auch nur eines Miteigentümers schützen wollte.⁵

1 *Elzer* in Riecke/Schmid, § 11 WEG Rz. 7; *Kümmel* in Niefenführ/Kümmel/Vandenhouten, § 11 WEG Rz. 10; *Skauradszun* in BeckOK § 11 WEG Rz. 19.

2 *Elzer* in Riecke/Schmid, § 11 WEG Rz. 7; *Kümmel* in Niefenführ/Kümmel/Vandenhouten, § 11 WEG Rz. 11; *Skauradszun* in BeckOK § 11 WEG Rz. 19.

3 *Briesemeister*, ZWE 2007, 218 (225).

4 *Kreuzer* in Staudinger, § 11 WEG Rz. 3; *Kümmel* in Niefenführ/Kümmel/Vandenhouten, § 11 WEG Rz. 1.

5 *Briesemeister*, ZWE 2007, 218 (225); *Elzer* in Riecke/Schmid, § 11 WEG Rz. 1; *Kümmel* in Niefenführ/Kümmel/Vandenhouten, § 11 WEG Rz. 1.

Deshalb sind auch andere Möglichkeiten, die hierauf hinauslaufen, wegen eines Gesetzesverstößes gegen § 134 BGB in Verbindung mit § 11 Abs. 1 Satz 1 WEG (in zumindest entsprechender Anwendung) unwirksam.¹

b) Beschluss

Kein Streit herrscht darüber, dass die Wohnungseigentümer über die Aufhebung der Gemeinschaft im Sinne des § 11 Abs. 1 Satz 1 nicht mit Mehrheitsbeschluss befinden können. Dies stellt zwar kein einseitiges Verlangen eines Wohnungseigentümers dar. Der Eigentümerversammlung fehlt aber für einen solchen Eingriff in den sachenrechtlichen Bestand der Gemeinschaft die **Beschlusskompetenz**. Dies gilt im Übrigen auch dann, wenn die Gemeinschaftsordnung eine Öffnungsklausel enthält. Denn diese erfasst nicht die Änderung des sachenrechtlichen Grundverhältnisses der Wohnungseigentümer.²

c) Bedingung und Befristung

Es folgt wohl schon aus § 11 Abs. 1 Satz 1, dass der Fortbestand der Gemeinschaft in Sinne dieser Vorschrift nicht unter eine auflösende Bedingung oder Befristung gestellt werden kann, auch wenn es sich dabei nicht um ein einseitiges Verlangen eines Wohnungseigentümers handelt. Letztlich folgt der Ausschluss einer solchen Aufhebung der Gemeinschaft aber zumindest aus § 4 Abs. 2 S. 2, wonach Sondereigentum nicht unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung eingeräumt werden kann.³

d) Schuldrechtliche Regelung von Beendigungstatbeständen

Verbreitet wird vertreten, dass sich die Wohnungseigentümer schuldrechtlich verpflichten können, bei Eintritt einer bestimmten Bedingung der Aufhebung der Gemeinschaft gemäß § 11 Abs. 1 Satz 1 zuzustimmen.⁴ Das erscheint nach dem Sinn der Vorschrift zweifelhaft. Denn auch hierdurch wird einem einzelnen Wohnungseigentümer die Möglichkeit gegeben, gegen den Willen der anderen die Aufhebung von Sonder- und Gemeinschaftseigentum zu verlangen. Anders als bei der einvernehmlichen Aufhebung, die bereits die Umwandlung selbst regelt, besteht bei der Normierung von Beendigungstatbeständen nämlich nur ein Anspruch hierauf.

e) Einseitige Aufhebung durch Eigentumsaufgabe

Teilweise wird auch die **Eigentumsaufgabe** als Teilaufhebung der Gemeinschaft angesehen.⁵ Dies erscheint nach hier vertretener Auffassung zweifelhaft. Dass ein Sondereigentum nicht subjektlos gedacht werden kann, wird von den Vertretern dieser Auffassung mehr behauptet als begründet.⁶ Wieso für Wohnungseigentum als „echtem Eigentum“ anderes gelten soll als für sonstige Grundstücke, erscheint nicht nachvollziehbar. Zutreffend ist allerdings die Erwägung, dass die Miteigentümer durch die Eigentumsaufgabe zwangsläufig einen **höheren Beitrag an den Gemeinschaftslasten** übernehmen müssten, wofür es keine Rechtfertigung gäbe.⁷ Im Ergebnis scheidet die Aufgabe von Wohnungseigentum damit aus, so dass es auf ihre rechtliche Einschätzung als Teilaufhebung nicht ankommt.

1 BayObLG v. 10.12.1979 – BReg 2 Z 23/78, Rpfleger 1980, 110; *Elzer* in Riecke/Schmid, § 11 WEG Rz. 1.

2 OLG Stuttgart v. 12.12.1985 – 8 W 344/84, NJW-RR 1986, 815; OLG Köln v. 10.12.1997 – 16 Wx 250/97, ZMR 1998, 373.

3 *Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten*, § 4 Rz. 6; Vorauf. § 11 WEG Rz. 6d.

4 So ohne Begründung BayObLG v. 10.12.1979 – 2 Z 23/78, Rpfleger 1980, 110f.; dem folgend *Kreuzer* in Staudinger, § 11 WEG Rz. 23; *Elzer* in Riecke/Schmid, § 11 WEG Rz. 5; *Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten*, § 4 Rz. 6; a.A. *Kümmel* in *Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten*, § 11 WEG Rz. 1 2; u. Vorauf. § 11 WEG Rz. 11.

5 *Elzer* in Riecke/Schmid, § 11 WEG Rz. 21.

6 BGH v. 14.6.2007 – V ZB 18/07, MDR 2007, 1122 = MietRB 2007, 264 = ZMR 2007, 795f.; *Elzer* in Riecke/Schmid, § 11 WEG Rz. 21.

7 BGH v. 14.6.2007 – V ZB 18/07, MDR 2007, 1122 = MietRB 2007, 264 = ZMR 2007, 795f.; *Elzer* in Riecke/Schmid, § 11 WEG Rz. 21.

f) Beseitigung eines isolierten Miteigentumsanteils

- 16 Die ungenügende Beachtung von § 5 Abs. 2 kann bekanntlich dazu führen, dass Bestandteile des Bauwerks in der Teilungserklärung dem Sondereigentum zugeordnet werden, die nach dieser Vorschrift zwingend dem Gemeinschaftseigentum zugehören. Prominente Fälle aus der jüngeren Rechtsprechung sind Heizkörper,¹ Versorgungsleitungen² und Wohnungsabschlusstüren.³ Es kann jedoch auch dazu kommen, dass die **Begründung von Sondereigentum für eine Einheit insgesamt fehlschlägt**, weil sie wie etwa eine Blockheizanlage der Versorgung der gesamten Liegenschaft gemäß § 5 Abs. 2 dient. Dann hat derjenige, dem diese Einheit zugeordnet wurde, nur einen Miteigentumsanteil ohne Sondereigentum erworben (einen so genannten „isolierten Miteigentumsanteil“).⁴ In der Folge ist er zwar verpflichtet, sich nach § 16 Abs. 2 entsprechend seinem Miteigentumsanteil an den Kosten des gemeinschaftlichen Eigentums zu beteiligen, hat aber mangels Sondereigentums keinen Nutzen hiervon.⁵ Nach ganz h.M. kann er **aus § 242 BGB die Bereinigung dieser Situation verlangen**,⁶ was etwa in der Form geschehen kann, dass die übrigen Wohnungseigentümer die substanzlosen Miteigentumsanteile übernehmen.⁷ Obwohl hierdurch eine **Teilaufhebung der Gemeinschaft der Bruchteilseigentümer** gegen deren Willen durchgesetzt werden kann, verstößt diese Praxis nicht gegen § 11 Abs. 1 Satz 1. Denn die Unauflöslichkeit der Gemeinschaft bezieht sich, wie oben dargelegt, nur auf die Fortexistenz von Sonder- und Gemeinschaftseigentum, nicht auf die Gemeinschaft der Bruchteilseigentümer. Da der Bruchteilseigentümer mit dem isolierten Miteigentumsanteil in dieser Konstellation gerade kein Sondereigentum erworben hat, wird in das Gefüge von Sonder- und Gemeinschaftseigentum gerade nicht eingegriffen. Das Aufhebungsverlangen betrifft alleine die Gemeinschaft der Bruchteilseigentümer.

g) Vereinigung aller Einheiten in einer Hand

- 17 § 11 Abs. 1 Satz 1 verhindert schließlich auch nicht die Aufhebung der Gemeinschaft, wenn eine natürliche oder juristische Person alle Einheiten in ihrer Hand vereinigt. Dann fehlt es schon an einem „Verlangen“ anderen Wohnungseigentümern gegenüber. Die Folgen dieser Konstellation sind in §§ 9 Abs. 1 Nr. 3, 10 Abs. 7 Satz 4 geregelt: Das Wohnungseigentum bleibt auch bei Konfusion bestehen, der Eigentümer kann aber die Schließung der Wohnungsgrundbücher beantragen.

5. Abweichende Vereinbarungen

a) Ausschluss abweichender Vereinbarungen nach § 11 Abs. 1 Satz 3

- 18 § 11 Abs. 1 Satz 3 normiert den einzigen Ausnahmefall, in dem die Aufhebung der Gemeinschaft verlangt werden kann. Dies ergibt sich aus der Formulierung des Gesetzes („ist nur für den Fall zulässig“), der im Umkehrschluss zu entnehmen ist, dass selbst Vereinbarungen über die Aufhebung der Gemeinschaft im Sinne des § 11 Abs. 1 Satz 1 sonst nicht geschlossen werden können. Selbst diesbezügliche Regelungen in der Teilungserklärung oder nachträgliche Vereinbarungen sind also **kraft Gesetzes unwirksam**.⁸ Dies gilt erst recht für Beschlüsse. Erfasst sind über den Wortlaut des § 11 Abs. 1 Satz 3 hinaus auch sämtliche anderen Gestaltungen von Teilungserklä-

1 BGH v. 8.7.2011 – V ZR 176/10, MDR 2011, 1095 = MietRB 2011, 318f. = ZMR 2011, 971 = ZWE 2011, 394.

2 BGH v. 26.10.2012 – V ZR 57/12, IMR 2013, 190 = MietRB 2013, 147 = ZMR 2013, 454.

3 BGH v. 25.10.2013 – V ZR 212/12, MDR 2014, 18 = MietRB 2014, 9 = NJW 2014, 379.

4 BGH v. 3.11.1989 – V ZR 143/87, MDR 1990, 325 = NJW 1990, 447 (448).

5 Plastisch der Fall in BayObLG v. 7.11.2001 – 2Z BR 10/01, Rpfleger 2002, 199.

6 BGH v. 3.11.1989 – V ZR 143/87, MDR 1990, 325 = NJW 1990, 447f.; BGH v. 5.12.2003 – V ZR 447/01, MDR 2004, 439 = MietRB 2004, 107 = ZMR 2004, 206 (208); BayObLG v. 7.11.2001 – 2Z BR 10/01, Rpfleger 2002, 199.

7 BGH v. 5.12.2003 – V ZR 447/01, MDR 2004, 439 = MietRB 2004, 107 = ZMR 2004, 206; BGH v. 1.10.2004 – V ZR 210/03, MDR 2005, 83 = MietRB 2005, 8 = ZMR 2005, 59 (62).

8 *Kümmel* in *Niederführ/Kümmel/Vandenhouten*, § 11 WEG Rz. 2.

rung oder Vereinbarungen, die eine Aufhebung von Sonder- oder Gemeinschaftseigentum gegen den Willen mindestens eines Miteigentümers ermöglichen.

b) Abänderung nach § 242 BGB und § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG

aa) Ansprüche aus § 242 BGB

Die Unauflöslichkeit der Gemeinschaft gemäß § 11 Abs. 1 Satz 1 steht wie das gesamte Schuldrecht unter dem Vorbehalt von Treu und Glauben. Demnach kann ein Wohnungseigentümer aus § 242 BGB auch die Auflösung der Gemeinschaft verlangen, wenn ein Festhalten hieran, so die ständige Formel der Rechtsprechung für Ansprüche auf Abänderung von Vereinbarungen, **aufgrund außerordentlicher Umstände grob unbillig** wäre. Dies wird nur in seltenen Ausnahmefällen anzunehmen sein. Insbesondere ist die ungenügende **wirtschaftliche Verwertbarkeit** eines Teil- oder Wohnungseigentums in aller Regel kein Grund, der ein Auflösungsverlangen aus Treu und Glauben rechtfertigt. Denn das Verwendungsrisiko für sein Teil- oder Wohnungseigentum trägt jeder Miteigentümer selbst.¹ Relevante Fälle eines Anspruchs auf eine Aufhebung entgegen § 11 Abs. 1 Satz 1 dürfte vorrangig die **Zerstörung des Gebäudes** sein, die nicht durch eine zulässige Vereinbarung nach § 11 Abs. 1 Satz 3 geregelt sind. Denn nach der Gesetzeslage bliebe es auch dann bei der Unaufhebbarkeit der Gemeinschaft. Ein Festhalten hieran kann etwa dann gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn sich ein Miteigentümer nicht an den Kosten des Wiederaufbaus beteiligen, aber für diesen Fall gleichwohl sein Sondereigentum ungeschmälert wieder in Anspruch nehmen will. Ähnliches kann bei wirtschaftlicher Unverwertbarkeit des Grundstückes nach der Zerstörung der Gebäude gelten.²

bb) Ansprüche aus § 10 Abs. 2 S. 3

Teilweise wird darüber hinaus angenommen, jeder Wohnungseigentümer könne auch nach § 10 Abs. 2 Satz 3 eine Abweichung von der Regelung des § 11 Abs. 1 Satz 1 verlangen.³ Dies wäre für den betroffenen Wohnungseigentümer eine erhebliche **Erleichterung gegenüber einem Anspruch aus § 242 BGB**. Denn § 10 Abs. 2 Satz 3 erfordert nur **schwerwiegende statt außerordentlicher Gründe** wie § 242 BGB und gewährt schon bei **einfacher Unbilligkeit** der bestehenden Regelung einen Abänderungsanspruch, nicht erst bei grober Unbilligkeit wie § 242 BGB. Dieser Weg zur Aufhebung der Gemeinschaft wird aber nach der Rechtsprechung des BGH zu § 10 Abs. 2 Satz 3 nicht mehr gangbar sein. Denn der BGH hält § 10 Abs. 2 Satz 3 in Übereinstimmung mit dem vom Gesetzgeber geäußerten Willen nur bei Vereinbarungen der Wohnungseigentümer für anwendbar, **nicht aber bei Eingriffen in das sachrechtliche Grundverhältnis**⁴ Gerade dieses wäre aber bei der Aufhebung von Gemeinschafts- und Sondereigentum betroffen. Es bleibt also nur der anspruchsvollere Weg über § 242 BGB.

III. Vereinbarungen bei (teilweiser) Zerstörung des Gebäudes

1. Dispositive Gesetzeslage

a) Fortbestehen von Sonder- und Gemeinschaftseigentum

Enthält die Teilungserklärung keine abweichende Regelung und treffen die Wohnungseigentümer auch nachträglich keine abweichende Vereinbarung, so bleibt die Rechtslage auch **nach (teilweiser) Zerstörung des Gebäudes unverändert**.⁵ Die Gemeinschaft im Sinne des § 11 Abs. 1 Satz 1, mithin das Gemeinschafts- und Sonder-

1 *Briesemeister*, ZWE 2007, 218 (225); *Kümmel* in *Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten*, § 11 WEG Rz. 3.

2 *Elzer* in *Riecke/Schmid*, § 11 WEG Rz. 11; vgl. u Rz. 21.

3 *Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten*, § 10 Rz. 3.

4 BGH v. 11.5.2012 – V ZR 189/11, ZMR 2012, 793 ff.

5 *Elzer* in *Riecke/Schmid*, § 11 WEG Rz. 9 u. 25; *Kümmel* in *Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten*, § 11 WEG Rz. 3.

eigentum, bestehen rechtlich fort. Insoweit bestehen keine Unterschiede zu dem noch „zu errichtenden Gebäude“ gemäß §§ 3 Abs. 1, 8 Abs. 1. Wird das Gebäude abweichend von der im Grundbuch gewährten rechtlichen Teilung wiedererrichtet, bleiben die Abgrenzungen von Sonder- und Gemeinschaftseigentum maßgeblich. Sofern nach einer solchen rein tatsächlichen Zerstörung des Gebäudes das Entstehen isolierter Miteigentumsanteile angenommen wird,¹ ist dies zumindest ungenau. Anders als in diesen Fällen bleibt die rechtliche Entstehung von Sondereigentum alleine durch seine tatsächliche Zerstörung unberührt. Es kommt also gerade nicht mangels Sondereigentumsfähigkeit zu einem isolierten Miteigentumsanteil. Vielmehr ist die Situation derjenigen nach **der Aufteilung eines noch zu errichtenden Gebäudes vergleichbar**: Die rechtliche Situation eilt der tatsächlichen gewissermaßen voraus. Man kann allenfalls darüber diskutieren, ob mangels tatsächlicher Baulichkeiten nur eine Art **Anwartschaftsrecht** auf das noch zu errichtende Sondereigentum besteht.² Dieses erstarkt aber jedenfalls mit der tatsächlichen Errichtung der Baulichkeiten ohne Weiteres zum Vollrecht.

b) Wiederaufbaupflicht nach § 22 Abs. 4

- 22 Von der sachenrechtlichen Lage strikt zu trennen ist die Frage nach der Wiederaufbaupflicht bzw. ihrem Wegfall nach § 22 Abs. 4. Diese Vorschrift **regelt alleine die Möglichkeit der Mehrheit, den Wiederaufbau auch gegen den Willen einer Minderheit zu beschließen**. Selbst wenn dies infolge zu weitgehender Zerstörung nicht mehr in Frage kommt, bleibt doch die sachenrechtliche Lage unberührt. Wird das Gebäude also, da ein Mehrheitsbeschluss infolge mehr als hälftiger Zerstörung gemäß § 22 Abs. 4 ausgeschlossen ist, nur auf Kosten einiger oder im Extremfall eines Wohnungseigentümers wiederaufgebaut, verbleibt es bei der im Grundbuch gewährten sachenrechtlichen Aufteilung. Auch derjenige Wohnungseigentümer, der sich an den Kosten nicht beteiligt hat, erhält somit wieder das Sondereigentum in dem von der Teilungserklärung vorgesehenen Umfang. Gerade diese Konstellation dürfte einer der **Hauptanwendungsfälle für einen Anspruch aus § 242 BGB** auf Abweichung von § 11 Abs. 1 Satz 1 sein (vgl. o. Rz. 19).

2. Voraussetzungen einer Vereinbarung

a) Regelungsmöglichkeiten bei (teilweiser) Zerstörung der Baulichkeiten

- 23 Dieses Auseinanderfallen von sachenrechtlicher und tatsächlicher Lage kann bereits auf der Ebene der Gemeinschaftsordnung (natürlich auch durch nachträgliche Vereinbarung) zumindest teilweise aufgefangen werden. Insbesondere kann die Vorgabe des § 22 Abs. 4, wonach eine Zerstörung zu mehr als der Hälfte einen Anspruch auf Wiederaufbau ausschließt, modifiziert werden. In der Gemeinschaftsordnung oder durch Vereinbarung kann also durchaus geregelt werden, dass auch ein mehr als hälftig gemäß § 22 Abs. 4 zerstörter Bau unter Beteiligung aller Wohnungseigentümer wiederaufzubauen ist. Eine solche Lösung stößt aber spätestens bei **mangelnder Leistungsfähigkeit einiger Wohnungseigentümer** an ihre Grenzen. Zudem kann es wirtschaftlich durchaus sinnvoll sein, die Baulichkeiten nach ihrer Zerstörung nicht im ursprünglichen Zustand wieder zu errichten.³ Alleine ein solcher Wiederaufbau wäre aber rechtlich möglich, sofern sich die Wohnungseigentümer nicht einigen können. Deshalb kann es angeraten erscheinen, die Folgen einer (teilweisen) Zerstörung der Baulichkeiten bereits vorab abweichend von § 11 Abs. 1 Satz 1 zu regeln. Denkbar ist es etwa, die Gemeinschaft bei gänzlicher Zerstörung der Baulichkeiten in jedem Falle aufzulösen. Ebenso kann es sinnvoll sein, den Fortbestand der sachenrechtlichen Lage von einer anteiligen Beteiligung an den Wiederaufbaukosten abhängig zu machen und ansonsten die **Teilaufhebung** der Gemeinschaft zu vereinbaren (vgl. u. Rz. 24). Diese Möglichkeit eröffnet § 11 Abs. 1 Satz 3.

1 *Elzer* in Riecke/Schmid, § 11 WEG Rz. 9.

2 So zutreffend BayObLG v. 7.11.2001 – 2Z BR 10/01, Rpfleger 2002, 199; *Elzer* in Riecke/Schmid, § 11 WEG Rz. 12.

3 Zur versicherungsrechtlichen Seite s. aber *Armbrüster*, ZMR 2003, 1 (2).

b) Zwingende Voraussetzungen einer Vereinbarung

aa) (Teilweise) Zerstörung des Gebäudes

Eine Vereinbarung nach § 11 Abs. 1 Satz 3 kann nur für den Fall getroffen werden, dass das Gebäude „ganz oder teilweise zerstört wird“. Dies setzt die **physische Vernichtung** eines Teils der Substanz voraus. Eine rein **wirtschaftliche Entwertung** etwa durch Änderungen in der Verkehrsinfrastruktur kann nicht als Voraussetzung einer Aufhebung der Gemeinschaft vereinbart werden. Der Gesetzgeber bestimmt aber **keinen Mindestgrad der Zerstörung** als Voraussetzung einer Vereinbarung nach § 11 Abs. 1 Satz 3. Grenzen ergeben sich daher nur aus dem Begriff der Zerstörung, der eine stärkere Beeinträchtigung der physischen Substanz eines Gebäudes voraussetzt als eine bloße Beschädigung. Halten Gemeinschaftsordnung bzw. nachträgliche Vereinbarungen diese Grenze ein, kann auch ein sehr geringer Grad der Zerstörung als Voraussetzung einer von § 11 Abs. 1 Satz 1 abweichenden Vereinbarung herangezogen werden. Insbesondere ist eine Zerstörung gemäß § 11 Abs. 1 Satz 3 nicht schon deswegen zu verneinen, weil **einige Einheiten noch bewohnbar** sind.¹ Ebenso wenig, wie die Miteigentümer in den unzerstörten Wohnungen ihres Sondereigentums beraubt werden dürfen,² ist es zulässig, die Miteigentümer, deren Sondereigentum zerstört ist, weiterhin ohne Nutzen an den Lasten des Gemeinschaftseigentums zu beteiligen. Vielmehr kann diese Konstellation durch eine **Teilaufhebung** bereinigt werden. Hier kann nichts anderes gelten als beim isolierten Miteigentumsanteil oder dem endgültig steckengebliebenen Bau. Nur dies entspricht auch dem Wortlaut des Gesetzes, das eine teilweise Zerstörung ausdrücklich genügen lässt.

bb) Keine Verpflichtung zum Wiederaufbau

Die Regelungsmöglichkeit des § 11 Abs. 1 Satz 3 ist nur eröffnet, wenn „eine Verpflichtung zum Wiederaufbau nicht besteht.“ Sofern sich die Kommentarliteratur hierzu äußert, geht sie davon aus, dass sie dann gegeben ist, wenn eine **Versicherung den Schaden abdeckt**.³ Dies dürfte im Grundsatz richtig sein, da die Instandhaltung und Instandsetzung des Gemeinschaftseigentums nach § 21 Abs. 4 von jedem Wohnungseigentümer verlangt werden kann. Allerdings befinden die Wohnungseigentümer nach § 21 Abs. 5 Nr. 2 mehrheitlich über ein entsprechendes Verlangen. Wird ein entsprechender Antrag abgelehnt, muss ein **Individualanspruch im Wege der Beschlussanfechtung und -ersetzung** durchgesetzt werden. Ansonsten kann er durch die Bestandskraft eines Beschlusses, der hinter einer ordnungsgemäßen Instandsetzung des Gemeinschaftseigentums zurückbleibt, ausgehebelt werden. Ein solcher Beschluss, der nicht ordnungsmäßiger Verwaltung entspricht, ist nur anfechtbar, aber nicht nichtig.

c) Keine Aufhebung durch Beschluss

Eine Regelung nach § 11 Abs. 1 Satz 3 kann nicht durch Beschluss getroffen werden. Sofern die Gemeinschaftsordnung keine Öffnungsklausel enthält, ergibt sich dies schon daraus, dass § 11 Abs. 1 Satz 3 eine Vereinbarung verlangt. Es besteht also **keine Beschlusskompetenz**. Aber auch eine **Öffnungsklausel** erlaubt keine von § 11 Abs. 1 Satz 1 abweichende Regelung.⁴ Ein solcher Beschluss würde nämlich **in das sachenrechtliche Grundverhältnis eingreifen**, was Beschlüssen auch beim Vorliegen einer Öffnungsklausel nicht möglich ist.⁵

1 So *Kümmel* in Nidenführ/Kümmel/Vandenhouten, § 11 WEG Rz. 7; für Mehrhausanlagen auch *Kreuzer* in Staudinger, § 11 WEG Rz. 11, der aber einräumt, dass diese Lösung nicht befriedigt.

2 Richtiger Einwand von *Kümmel* in Nidenführ/Kümmel/Vandenhouten, § 11 WEG Rz. 7.

3 So *Elzer* in Riecke/Schmid, § 11 WEG Rz. 10 u. 26; differenzierend *Skauradszun* in BeckOK § 11 WEG Rz. 7.

4 *Skauradszun* in BeckOK § 11 WEG Rz. 9 (selbst für einstimmige Beschlüsse); a.A. *Kümmel* in Nidenführ/Kümmel/Vandenhouten, § 11 WEG Rz. 5f.; *Klein* in Bärmann, § 11 WEG Rz. 19.

5 OLG Stuttgart v. 12.12.1985 – 8 W 344/84, NJW-RR 1986, 815; OLG Köln v. 10.12.1997 – 16 Wx 250/97, ZMR 1998, 373.