

DNotI

Deutsches Notarinstitut

Dokumentnummer: 2w47_10
letzte Aktualisierung: 20.10.2011

OLG Schleswig, 16.3.2011 - 2 W 47/10

BGB §§ 1018, 1090, 1093

Benutzungsdienstbarkeit ist eintragungsfähig, sofern sie Recht zur Vermietung einräumt

Eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit kann mit dem Inhalt bestellt werden, dass der Berechtigte hinsichtlich einer einzelnen näher bezeichneten Wohnung in einem Mehrfamilienhaus berechtigt ist, diese im eigenen Namen zu Wohnzwecken an beliebige Dritte zu vermieten und den Mietzins zu vereinnahmen.

Gründe

I.

Die Beteiligten zu 1. waren eingetragene Eigentümer des betroffenen Wohnungseigentums, eines Miteigentumsanteils von 835/1000 an dem Grundstück B.-Weg 43 in L. Der Miteigentumsanteil ist verbunden mit dem Sondereigentum an dem auf dem Grundstück befindlichen Gebäude, welches im Aufteilungsplan mit der Nr. 13 bezeichnet ist. Dabei handelt es sich um ein Mehrfamilienhaus. Die weiteren elf Miteigentumsanteile von je 15/1000 sind jeweils verbunden mit einem Sondernutzungsrecht an einer Garage und in den Grundbüchern von L. Blatt (...) bis (...) gebucht. Die Beteiligten zu 1. waren auch Eigentümer des in Blatt 3089 eingetragenen Anteils.

Die Beteiligte zu 2. ist die Tochter der Beteiligten zu 1. Durch Überlassungsvertrag vom 5. Juni 2009 (UR-Nr. ... des Notars W.) überließen die Beteiligten zu 1. den betroffenen Grundbesitz sowie den in Blatt (...) bezeichneten Miteigentumsanteil an die Beteiligte zu 2. Ein Entgelt für die Überlassung war nach § 3 Nr. 1 des Vertrages nicht zu zahlen. In § 3 Nr. 2 heißt es auszugsweise:

„Der Erwerber - im Folgenden „Eigentümer“ genannt - bestellt hiermit zugunsten des Veräußerers - im Folgenden auch „Berechtigter“ genannt - - für mehrere Veräußerer als Gesamtberechtigte gemäß § 428 BGB - an der im Gebäude (Mehrfamilienhaus, Grundbuch von L. Blatt ...) im Erdgeschoss befindlichen Wohnung eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit, wonach der Veräußerer - mehrere als Gesamtberechtigte gemäß § 428 BGB - berechtigt ist, die bezeichnete Wohnung in eigenem Namen zu Wohnzwecken an beliebige Dritte zu vermieten bzw. zu verpachten und den Miet- bzw. Pachtzins zu vereinnahmen.

Es wird bewilligt und beantragt, die vorstehend bestellte beschränkte persönliche Dienstbarkeit im Grundbuch einzutragen.

(...)

Die Erschienenen vereinbaren schuldrechtlich, dass die Mieter/Pächter der mit der Dienstbarkeit belegten Wohnung die Nebenräume (z. B. Keller und Dachboden sowie sonstige zum gemeinschaftlichen Gebrauch bestimmten Einrichtungen und Anlagen) mitbenutzen dürfen. Der Berechtigte ist verpflichtet, die für diese Wohnung anfallenden Kosten für Strom, Wasser, Heizung, Abwasser, Müllabfuhr, Straßenreinigung und Schornsteinfeger pp. zu tragen bzw. dem Erwerber auf Anforderung umgehend zu erstatten.“

Mit Schriftsatz vom 30. Juni 2009, beim Grundbuchamt eingegangen am 1. Juli 2009, hat der Notar beantragt, den Eigentumswechsel sowie die beschränkte persönliche Dienstbarkeit einzutragen. Die Eigentumsumschreibung ist am 18. Dezember 2009 antragsgemäß erfolgt. Hinsichtlich des Antrages auf Eintragung der Dienstbarkeit hat das Grundbuchamt jedoch mit Schreiben an den Notar vom 1. Dezember 2009 erklärt, diese sei nicht eintragungsfähig. Die Befugnis der Veräußerer zur Vermietung und Verpachtung sowie zur Vereinnahmung des Miet- bzw. Pachtzinses könne nicht Inhalt einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit sein. Es möge geprüft werden, ob die Eintragung eines Nießbrauchs in Betracht komme.

Der Notar hat dagegen mit Schriftsatz vom 15. Dezember 2009 eingewandt, es solle nur ein Teil des Gebäudes durch die Dienstbarkeitsberechtigten wirtschaftlich genutzt werden. Anders als beim Nießbrauch solle die Eigentümerin nicht „völlig außen vor stehen“.

Durch Beschluss vom 18. Dezember 2009 hat das Grundbuchamt den Antrag auf Eintragung der Dienstbarkeit zurückgewiesen. Der Inhalt einer Dienstbarkeit dürfe nur die tatsächliche Nutzung des Grundstücks, die Sachherrschaft des Eigentümers, beeinflussen, nicht aber auf die Beschränkung der allgemeinen rechtsgeschäftlichen Verfügungs- und Verpflichtungsbefugnis des Eigentümers gerichtet sein. Die Dienstbarkeit habe daher vorliegend keinen zulässigen Inhalt.

Dagegen haben die Beteiligten mit Schriftsatz des Notars vom 4. Januar 2010 Beschwerde eingelegt. Sie haben zur Begründung auf ihren Schriftsatz vom 15. Dezember 2009 verwiesen und erneut betont, es sei nur ein kleiner Teil, nämlich die im Erdgeschoss belegene Wohnung, mit der Dienstbarkeit belastet. Ergänzend haben sie ausgeführt, die Auswirkungen des „Vermietungsrechts“ seien für den Eigentümer ähnlich belastend wie ein Wohnrecht, das ihn von der Nutzung ausschließe. Der einzige Unterschied zum zulässigen Wohnrecht bestehe hier darin, dass die Eigentümerin „fremde“ Bewohner dulden müsse.

Das Landgericht hat die Beschwerde mit Beschluss vom 19. Februar 2010 zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten vom 1. März 2010. Auf die Beschwerdebegründung im Schriftsatz des Notars vom 1. März 2010 wird verwiesen.

II.

Die weitere Beschwerde ist nach §§ 78 ff. GBO in der vor dem 1. September 2009 geltenden Fassung zulässig. Sie hat auch in der Sache Erfolg. Die angefochtene Entscheidung beruht auf einer Verletzung des Rechts (§§ 78 GBO a. F., 546 ZPO).

1.

Das Landgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt:

Das Recht, eine Wohnung vermieten oder verpachten zu dürfen und das dafür geschuldete Entgelt einzuziehen, sei typischerweise ein Recht zur Fruchtziehung, das als Nießbrauch einzuordnen wäre. Ein wesentlicher Unterschied zur Dienstbarkeit bestehe darin, dass der Berechtigte das Grundstück aufgrund einer Dienstbarkeit nur „in einzelnen Beziehungen“ benutzen dürfe. Der Eigentümer müsse das Grundstück im Übrigen weiter nutzen können. Daran fehle es indes beim Nießbrauch, da die Berechtigung zur Fruchtziehung dem Eigentümer praktisch keine wirtschaftliche Verwertungsmöglichkeit mehr lasse. Der Vergleich mit einem Wohnungsrecht führe nicht zu einem anderen Ergebnis, weil es insoweit mit § 1093 BGB eine ausdrückliche gesetzliche Regelung gebe. Eine Dienstbarkeit unter Ausschluss des Eigentümers sei, vom ausdrücklich geregelten Sonderfall des Wohnungsrechtes abgesehen, nicht möglich. Hier aber sei die Eigentümerin durch das Recht zur Vermietung von der Nutzung der in der Urkunde bezeichneten Wohnung für eigene Zwecke ausgeschlossen.

Das vereinbarte Recht entspreche daher nicht dem Typus der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit. Da das Gesetz enumerativ nur die Eintragung bestimmter typisierter Rechte zulasse, werde hier eine unzulässige Mischform konstruiert, die auf die Schaffung eines so nicht vorgesehenen Rechts hinauslaufe.

2.

Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung nicht stand. Die in § 3 Nr. 2 des Vertrages vom 5. Juni 2009 vereinbarte Dienstbarkeit ist nach ihrem Inhalt eintragungsfähig.

a.

Nach § 1090 Abs. 1 BGB kann eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit mit dem Inhalt bestellt werden, dass der Berechtigte das betroffene Grundstück in einzelnen Beziehungen benutzen darf oder dass ihm eine sonstige Befugnis zusteht, die den Inhalt einer Grunddienstbarkeit bilden kann. Eine Grunddienstbarkeit kann nach § 1018 BGB den Inhalt haben, dass der Eigentümer des herrschenden Grundstücks das dienende Grundstück in einzelnen Beziehungen benutzen darf oder dass auf dem dienenden Grundstück gewisse Handlungen nicht vorgenommen werden dürfen oder dass die Ausübung eines Rechts ausgeschlossen ist, das sich aus dem Eigentum an dem dienenden Grundstück gegenüber dem herrschenden Grundstück ergibt.

Soweit den Beteiligten zu 2. das Recht eingeräumt wird, die im Erdgeschoss des Mehrfamilienhauses belegene Wohnung an beliebige Dritte im eigenen Namen und auf eigene Rechnung zu vermieten, handelt es sich um eine Benutzungsdienstbarkeit (§§ 1018, 1090 Abs. 1 BGB - jeweils 1. Alternative).

Benutzen ist jede nicht nur kurzfristige Inanspruchnahme des dienenden Grundstücks (Joost in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Auflage, § 1018 Rn. 27). Darunter fällt jeder fortgesetzte oder wiederholte Gebrauch (Palandt-Bassenge, Bürgerliches Gesetzbuch, 70. Auflage, § 1018 Rn. 14), sei es unmittelbar oder mittelbar (Grziwotz in: Erman, Bürgerliches Gesetzbuch, 12. Auflage, § 1018 Rn. 13). Die Beteiligten zu 1. sollen hier die Befugnis erhalten, die Erdgeschosswohnung in dem betroffenen Mehrfamilienhaus zu vermieten und auf diese Weise sowohl mittelbaren Besitz auszuüben als auch die Erlöse daraus zu vereinnahmen. Dies stellt eine Benutzung dar. Dabei ist es unschädlich, dass die unmittelbare körperliche Benutzung im Wesentlichen nicht durch die Beteiligten zu 1. persönlich erfolgt, sondern - mit Ausnahme erforderlicher Besuche im Rahmen der Vertragsanbahnung und des Mietverhältnisses - durch ihre Besitzmittler.

Soweit das Grundbuchamt bei seiner Entscheidung maßgeblich darauf abgestellt hat, das Vermietungsrecht beziehe sich schon nicht auf eine tatsächliche Nutzung der Wohnung, hat das Landgericht dies zu Recht nicht aufgegriffen. Für Unterlassungsdienstbarkeiten (§§ 1090 Abs. 1, 1018 2. Alt. BGB) ist zwar anerkannt, dass diese nicht zur Beschränkung der Verfügungs- oder Verpflichtungsmacht des Eigentümers führen dürfen (vgl. nur Senat, FGPrax 1997, S. 168; Frank in: Staudinger, 2009, § 1090 BGB Rn. 14, m. w. N.; gleichwohl anerkannt sind allerdings die so genannten Wohnungsbesetzungsrechte, vgl. nur BayObLG, Rpfleger 1989, S. 401 ff.; Frank in: Staudinger, a. a. O., § 1090 BGB Rn. 18). Der vorliegende Fall ist jedoch anders gelagert, da es um eine Benutzungsdienstbarkeit und nicht um eine Unterlassungsdienstbarkeit geht.

Dass eine Benutzungsdienstbarkeit den Grundstückseigentümer rein tatsächlich von einer Vermietung abhalten kann, ist typisch und kein Problem des vorliegenden Falls. Weil der Eigentümer seinerseits die Benutzung durch den Dienstbarkeitsberechtigten nicht verhindern kann, ist unter Umständen eine anderweitige Vermietung faktisch nicht möglich oder zumindest nicht sinnvoll. Wenn zum Beispiel ein nach §§ 1018, 1090 BGB zulässiges Kiesabbaurecht eingeräumt ist, wird eine Vermietung oder Verpachtung des betroffenen Grundstücks bzw. des betroffenen Grundstücksteils zu anderen Zwecken faktisch kaum in Frage kommen.

b.

Der Eintragung der Dienstbarkeit stehen im vorliegenden Fall auch nicht die Gründe entgegen, auf die das Landgericht in der angefochtenen Entscheidung abstellt.

Allerdings ergibt sich bereits aus dem Wortlaut der §§ 1018, 1090 Abs. 1 BGB, dass eine Dienstbarkeit nur dazu berechtigen kann, das Grundstück „in einzelnen Beziehungen“ zu benutzen. Daraus folgt, dass grundsätzlich ein Ausschluss des Eigentümers von jeder wirtschaftlich sinnvollen Grundstücksnutzung nicht durch Einräumung einer Dienstbarkeit herbeigeführt werden kann (Joost in: Münchener Kommentar zum BGB, a. a. O., § 1090 Rn. 10; § 1018 Rn. 28 - jeweils mit zahlreichen Nachweisen aus der Rechtsprechung). Das Landgericht geht auch zu treffend davon aus, dass die hier eingeräumte Dienstbarkeit die Beteiligte zu 2. im Hinblick auf die Erdgeschosswohnung von jeder wirtschaftlich sinnvollen Nutzung ausschließen würde.

Allerdings ist bei der Frage, ob jede andere Nutzungsmöglichkeit ausgeschlossen ist, auf das belastete Gesamtgrundstück abzustellen und nicht auf den tatsächlich beanspruchten Grundstücksteil, auf den die Ausübung der Dienstbarkeit beschränkt ist (Joost, in: Münchener Kommentar zum BGB, a. a. O., § 1090 Rn. 10, § 1018 Rn. 28). Zulässig ist nämlich eine Dienstbarkeit, die zwar auf dem ganzen Grundstück lastet, deren Ausübung sich aber - sei es rechtsgeschäftlich oder tatsächlich - auf eine Teilfläche beschränkt (BGH, Urteil vom 25. Oktober 1991, NJW 1992, S. 1101 ff.). Dies gilt auch dann, wenn die Dienstbarkeit zu einer Art der Nutzung berechtigt, die den Eigentümer von jeglicher Mitbenutzung des betroffenen Grundstücksteils ausschließt; ihm verbleibt die volle Nutzung an dem von der Ausübung nicht erfassten Teil (BGH, a. a. O.).

Die vom Landgericht für die Gegenauffassung zitierte Entscheidung des Kammergerichts (Beschluss vom 16. April 1991, Rpfleger 1991, S. 411 f.) ist vor der Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 25. Oktober 1991 ergangen. Im Übrigen betrifft sie einen Fall, in dem der betroffene Grundstücksteil in beliebiger Weise genutzt werden darf. In derartigen Fällen wird auch in der neueren Rechtsprechung - in Abgrenzung zur zitierten Entscheidung des Bundesgerichtshofes - vertreten, dass die Dienstbarkeit unzulässig sei (OLG Celle, NJW-RR 2005, S. 102, unter Berufung auf BayObLG, MDR 2003, S. 684; vgl. aber auch BayObLG, NJW-RR 2005, S. 604). Um einen solchen Fall handelt es sich hier jedoch nicht, weil den Beteiligten zu 1. keine beliebige Nutzung eingeräumt wird, sondern nur das Recht, die Wohnung zu Wohnzwecken zu vermieten bzw. zu verpachten.

Der vorliegende Fall entspricht demjenigen, der der zitierten Entscheidung des Bundesgerichtshofes zugrunde lag. Die Beteiligte zu 2. wird durch die Dienstbarkeit nur für einen Teil des belasteten Grundbesitzes von einer wirtschaftlich sinnvollen Nutzung ausgeschlossen. Die Dienstbarkeit für die Beteiligten zu 1. bezieht sich nur auf eine der Wohnungen im betroffenen Mehrfamilienhaus, während der Beteiligten zu 2. die Nutzung im Übrigen frei steht. Die Beteiligten weisen auch zu Recht darauf hin, dass der Fall letztlich nicht anders gelagert ist, als wenn durch Dienstbarkeiten anderer Art, die etwa zum Kiesabbau oder zum Aufbau einer Photovoltaikanlage berechtigen, für einen Teil des betroffenen Grundbesitzes eine wirtschaftlich sinnvolle Nutzung durch den Eigentümer nicht mehr in Betracht kommt.

c.

Ein anderes Ergebnis lässt sich auch nicht aus der gesonderten gesetzlichen Regelung des Wohnungsrechts in § 1093 BGB herleiten. Es bedarf dieser Sonderregelung, weil einerseits ein Ausschluss des Eigentümers - bezogen auf das ganze Grundstück - durch beschränkte persönliche Dienstbarkeit nicht vereinbart werden kann und andererseits die Einräumung eines Nieß-

brauchs keine Beschränkung auf eine Nutzungsart (Wohnen) erlaubt (Joost in: Münchener Kommentar zum BGB, a. a. O., § 1093 Rn. 1). Daraus lässt sich jedoch nicht schließen, dass die bereits nach den allgemeinen Regeln in §§ 1018, 1090 Abs. 1 BGB zulässige Inanspruchnahme nur eines Teils des Grundbesitzes deshalb unzulässig würde, weil die Sonderregelung in § 1093 BGB weiter gehend die Inanspruchnahme des belasteten Grundstücks insgesamt ermöglicht.

Bedenken ergeben sich entgegen der Auffassung des Landgerichts auch nicht daraus, dass nur die gesetzlich geregelten Typen beschränkter dinglicher Rechte in das Grundbuch eingetragen werden können. Die hier vereinbarte Dienstbarkeit fällt, wie bereits ausgeführt, unter §§ 1018, 1090 Abs. 1 BGB. Es wird keine „Mischform“ aus verschiedenen Rechten konstruiert. Im Übrigen ist auch das Wohnungsrecht im Sinne des § 1093 BGB nur eine besondere Art der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit (so BGH, NJW 2007, S. 1884 ff.; Joost in: Münchener Kommentar zum BGB, a. a. O., § 1093 Rn. 1) bzw. eine Sonderform der persönlichen Dienstbarkeit mit nießbrauchsähnlicher Ausgestaltung (so Mayer in: Staudinger, 2009, § 1093 BGB Rn. 1). Selbst wenn die Dienstbarkeit in ihren konkreten Auswirkungen an die des Wohnungsrechts nach § 1093 BGB angenähert wäre, würde es dabei bleiben, dass es sich um eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit handelt. Der sachenrechtliche Typenzwang ist jedenfalls gewahrt.

3.

Da die in § 3 Nr. 2 des Überlassungsvertrages bewilligte Dienstbarkeit damit einen zulässigen Inhalt hat und auch keine anderweitigen (ggf. behebbaren) Eintragungshindernisse ersichtlich sind, hat die Eintragung nunmehr antragsgemäß zu erfolgen.