

Entwicklungen beim Erbbaurecht und Wohnungseigentum 2018 – Teil 2

von Professor Roland Böttcher, Berlin

4. Zwangshypothek für die Wohnungseigentümergeinschaft

Sachverhalt:

Gegen einen Wohnungseigentümer erging ein Kostenfestsetzungsbeschluss für die „übrigen Eigentümer der Wohnungseigentümergeinschaft Uhlandstraße 29 in 10711 Berlin“. Aufgrund dessen wurde eine Zwangshypothek auf seiner Einheit für die „Wohnungseigentümergeinschaft Uhlandstraße 29 in 10711 Berlin“ eingetragen. Der Wohnungseigentümer hat dagegen Beschwerde eingelegt mit dem Ziel, die Zwangshypothek zu löschen.

Die Beschwerde gegen eine Grundbucheintragung ist grundsätzlich unzulässig (§ 71 Abs. 2 Satz 1 GBO). Mit ihr kann nur eine Amtslöschung oder die Eintragung eines Amtswiderspruchs verlangt werden (§ 71 Abs. 2 Satz 2, § 53 GBO). Eine Amtslöschung kommt nur bei inhaltlich unzulässigen Eintragungen in Betracht, die einen Rechtszustand verlaublichen, den es aus Rechtsgründen nicht geben kann. Die Eintragung der Zwangshypothek ist aber nicht inhaltlich unzulässig, da deren Eintragung möglich ist (§§ 866, 867 ZPO).

Denkbar ist also nur die Eintragung eines Amtswiderspruchs gegen die Zwangshypothek nach § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO. Dies setzt eine Verletzung von gesetzlichen Vorschriften durch das Grundbuchamt und eine Grundbuchunrichtigkeit voraus. Der zur Eintragung vorgelegte Titel hat keine Forderung der „Wohnungseigentümergeinschaft“ zum Inhalt, sondern eine Forderung der „übrigen Eigentümer der Wohnungseigentümergeinschaft“. Als Berechtigter der Zwangshypothek ist aber die „Wohnungseigentümergeinschaft“ eingetragen, somit der teilrechtsfähige Verband, gefolgt von der konkreten Angabe des gemeinschaftlichen Grundstücks (§ 10 Abs. 6 WEG). Die „übrigen Eigentümer“ sind aber zu unterscheiden von dem teilrechtsfähigen Verband der „Wohnungseigentümergeinschaft“. Vielmehr existieren mit den in einer nicht rechtsfähigen Eigentümergemeinschaft verbundenen Miteigentümern einerseits, denen z.B. das Grundstück gehört, und dem Verband der Wohnungseigentümergeinschaft andererseits, der z.B. Eigentümer der Instandhaltungsrücklage ist, zwei unterschiedliche Zuordnungsobjekte von Rechten und Pflichten.⁶³ Da bei Eintragung einer Zwangshypothek allein der Vollstreckungstitel die Grundlage für das Tätigwerden des Grundbuchamts als Vollstreckungsorgan bildet, darf nur diejenige Person als Gläubiger eingetragen werden, die durch den Vollstreckungstitel bzw. -klausel als Inhaber der titulierten Forderung ausgewiesen ist.⁶⁴ Ein auf die „übrigen Eigentümer der Wohnungseigentümergeinschaft“ lautender Titel erlaubt deshalb nicht die Eintragung der „Wohnungseigentümergeinschaft“ als Berechtigter.⁶⁵ Das Grundbuchamt hat gegen diese rechtlichen Vorgaben verstoßen.

Dies hat auch zur Unrichtigkeit des Grundbuchs geführt, denn das Grundbuch ist gerade dadurch unrichtig geworden, dass es eine andere Person als Inhaber der Zwangshypothek

als die im Titel ausgewiesenen Gläubiger verlaublicht. Materiell-rechtlich entsteht die Hypothek bei dieser Sachlage trotz Eintragung nicht, weil eine Voraussetzung für die Zwangsvollstreckung – nämlich ein den Vollstreckungsgläubiger ausweisender Titel – fehlt. Damit besteht eine Divergenz zwischen dem Grundbuchinhalt und der materiellen Rechtslage. Das OLG München⁶⁶ hat deshalb zu Recht die Eintragung eines Amtswiderspruchs gegen die Zwangshypothek angeordnet.

5. Veräußerung einer Eigentumswohnung

a) Veräußerungsbeschränkung

Als Inhalt des Sondereigentums kann vereinbart werden, dass ein Wohnungseigentümer zur Veräußerung seines Wohnungseigentums der Zustimmung anderer Wohnungseigentümer oder eines Dritten (z.B. Verwalter) bedarf (§ 12 Abs. 1 WEG). Die Zustimmung des Verwalters oder eines anderen Wohnungseigentümers ist sowohl für den schuldrechtlichen Vertrag als auch für den sachenrechtlichen Eigentumsübergang, bestehend aus Auflassung und Grundbucheintragung, erforderlich (vgl. § 12 Abs. 3 WEG).

Klärt ein Notar den Wohnungseigentümer im Fall einer verwalterlosen Wohnungseigentümergeinschaft nicht über das Erfordernis der Zustimmung der anderen Wohnungseigentümer zu einer beabsichtigten Eigentumsübertragung auf und holt der Notar im Rahmen des Vollzugs einer Eigentumsübertragung die Zustimmung der anderen Wohnungseigentümer nicht ein, obwohl die Teilungserklärung das Zustimmungserfordernis durch diese oder den Verwalter vorsieht, verletzt er seine Amtspflichten.⁶⁷

Das Grundbuchamt muss die Veräußerungsbeschränkung des § 12 WEG von Amts wegen beachten. Die Zustimmung des Verwalters muss in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden. Sie kann auch von einem Vertreter des Verwalters erklärt werden; dann ist die Vollmacht beim Grundbuchamt vorzulegen oder eine Notarbescheinigung darüber erforderlich, dass die Vollmachtsurkunde bei Beurkundung vorgelegt hat.⁶⁸ Daneben muss seine Eigenschaft als Verwalter nachgewiesen werden durch die Vorlage einer Niederschrift über den Beststellungsbeschluss, bei der die Unterschriften des Vorsitzenden und eines Wohnungseigentümers und, falls ein Verwaltungsbeirat bestellt ist, dessen Vorsitzenden oder seines Vertreters (§ 24 Abs. 6 WEG), öffentlich beglaubigt sein müssen (§ 26 Abs. 3 WEG). Den Formanforderungen von § 29 Abs. 1 GBO i.V.m. § 26 Abs. 3 WEG ist genügt,

63 OLG München, Beschl. v. 25.04.2013 – 34 Wx 146/13, FGPrax 2013, 156.

64 OLG München, Beschl. v. 28.06.2018 – 34 Wx 138/18, ZWE 2018, 354 = Rpfleger 2019, 21.

65 OLG München, Beschl. v. 28.06.2018 – 34 Wx 138/18, ZWE 2018, 354 = Rpfleger 2019, 21.

66 OLG München, Beschl. v. 28.06.2018 – 34 Wx 138/18, ZWE 2018, 354 = Rpfleger 2019, 21.

67 OLG Schleswig, Urt. v. 14.12.2017 – 11 U 43/17, ZWE 2018, 185.

68 Gutachten in DNotf-Report 2018, 41.

wenn zum Nachweis der Verwalterbestellung mehrere gleichlautende Niederschriften über den Beschluss zur Verwalterbestellung vorliegen, die zusammen die beglaubigten Unterschriften von sämtlichen in § 24 Abs. 6 WEG bezeichneten Personen tragen.⁶⁹ Zwar geht der Wortlaut des § 26 Abs. 3 WEG davon aus, dass „eine“ Niederschrift vorgelegt wird. Dem Sinn und Zweck der Vorschrift ist in gleicher Weise genüge getan, wenn die beglaubigten Unterschriften auf zwei gleichlautenden Niederschriften geleistet werden.

Der klare Wortlaut von § 24 Abs. 6 Satz 2 WEG verlangt nicht die Unterschrift irgendeines Mitglieds des Verwaltungsbeirats, sondern gerade die des Vorsitzenden oder seines Stellvertreters. Die der Unterschrift beigefügte Bezeichnung „Verwaltungsbeirat“ genügt deshalb nicht.⁷⁰ Fehlt die Unterschrift des Beiratsvorsitzenden oder dessen Vertreters, so hat das Grundbuchamt grundsätzlich davon auszugehen, dass ein Verwaltungsbeirat oder ein Vertreter des Vorsitzenden nicht bestellt ist oder weder der Vorsitzende noch sein Vertreter in der Versammlung anwesend waren.⁷¹ Zum Nachweis gegenüber dem Grundbuchamt über Bestellung des Verwalters kann eine von dem Versammlungsleiter und einem Miteigentümer unterschriebene Niederschrift über den in der Versammlung gefassten Beschluss genügen, wenn in der Versammlung zugleich erstmals ein Verwaltungsbeirat gewählt, ein Vorsitzender jedoch nicht bestimmt wurde und einer der gewählten Beiräte dies mit seiner Unterschrift unter der Niederschrift ausdrücklich bestätigt.⁷²

Sachverhalt:

Mit Teilungserklärung vom 23.09.2009 hat der Eigentümer E sein Grundstück in Wohnungseigentum aufgeteilt. Nach der Gemeinschaftsordnung bedarf die Veräußerung einer Wohnung der Zustimmung des Verwalters (Ausnahme: Erstveräußerungen) oder einer 2/3-Mehrheit in einer Versammlung der Wohnungseigentümer. In den Folgejahren veräußerte E die Wohnungen.

Bis zum 07.05.2014 hat X alle Wohnungen erworben. In einer Versammlung am 12.05.2014 bestellte er mittels Beschlusses Frau J zur Verwalterin. Das Protokoll unterzeichnete X in notariell beglaubigter Form.

Am 12.06.2014 veräußerte X eine Wohnung an den Käufer K, für den am 17.06.2014 eine Vormerkung im Grundbuch eingetragen wurde.

Am 31.07.2015 veräußerte X eine andere Wohnung an Y. Die Verwalterin J stimmte dem am 05.08.2015 formgerecht zu. Den Eintragungsantrag vom 08.05.2017 hat das Grundbuchamt mit Zwischenverfügung beanstandet. Dagegen wurde Beschwerde eingelegt.

Das KG⁷³ hat die Beschwerde als unbegründet zurückgewiesen. Eine Zustimmung des Verwalters war erforderlich (§ 12 WEG), weil es sich bei der Veräußerung von X an Y nicht um die erste Veräußerung nach der Teilung gem. § 8 WEG handelt. Darunter sind nur Veräußerungen durch den aufteilenden Eigentümer zu verstehen. Eine (erneute) Veräußerung durch eine Person, in deren Hand sich nach den Erstveräußerungen sämtliche Eigentumswohnungen vereinigt haben, ist nicht als zustimmungsfreie Erstveräußerung zu verstehen.⁷⁴

Als Frau J am 05.08.2015 die Zustimmung zur Veräußerung von X an Y erklärte, war sie nicht Verwalterin. Der Beschluss vom 12.05.2014 hinsichtlich ihrer Bestellung zur Verwalterin hat keine Wirkung entfaltet. An diesem Tag bestand weder eine endgültige noch eine werdende Wohnungseigentümergeinschaft. Alleineigentümer aller Einheiten war X. Wie auch aus § 10 Abs. 7 Satz 4 WEG folgt, gibt es keine Ein-Personen-Gemeinschaft, die einen bindenden Beschluss nach §§ 23, 26 Abs. 1 WEG fassen könnte; sog. Ein-Mann-Beschlüsse sind nichtig. Das gilt für Beschlüsse eines nach § 8 WEG teilenden Eigentümers und in gleicher Weise für einen späteren Alleineigentümer, in dessen Hand sämtliche Wohnungseigentumsrechte vereinigt sind. Aus § 10 Abs. 7 Satz 4 WEG folgt, dass bei Vereinigung aller Eigentumswohnungen in der Hand eines Eigentümers das Verwaltungsvermögen der Gemeinschaft auf den Grundstückseigentümer übergeht. Eine Wohnungseigentümergeinschaft setzt eine Beteiligung von mindestens zwei Personen voraus.

Der teilende Eigentümer (und auch ein späterer Alleineigentümer) kann den Verwalter in der Teilungserklärung bestellen oder sich in der Teilungserklärung ermächtigen, den Verwalter später zu bestimmen. Beides war im vorliegenden Fall nicht geschehen. Die Bestellung des Verwalters in der Teilungserklärung wie auch ein Bestellungsvorbehalt sind keine Ein-Mann-Beschlüsse, sondern haben Vereinbarungscharakter und wirken gegen Sondernachfolger nur, wenn sie als Inhalt des Sondereigentums im Grundbuch eingetragen (§ 5 Abs. 4 Satz 1, § 10 Abs. 3 WEG) oder sämtliche Sondernachfolger der Vereinbarung beigetreten sind.⁷⁵ Der Beschluss vom 12.05.2014 über die angebliche Verwalterbestellung ist nicht als Inhalt des Sondereigentums im Grundbuch eingetragen worden; die Sondernachfolger sind der Verwalterbestellung auch nicht beigetreten. Deshalb bedurfte es keiner Erörterung, ob in dem Beschluss eine Änderung der Teilungserklärung gesehen werden konnte.

Die Verwalterzustimmung kann entsprechend § 26 Abs. 3 WEG auch durch eine Niederschrift über einen (hier 2/3) Mehrheitsbeschluss der Eigentümerversammlung oder durch die Zustimmungserklärung aller übrigen Wohnungseigentümer in der Form des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO nachgewiesen werden. In diesem Fall sollen auch die sog. werdenden Wohnungseigentümer zustimmen müssen.⁷⁶ Als werdender Wohnungseigentümer ist anzusehen, wer neben einem durch Vor-

69 KG, Beschl. v. 05.04.2018 – 1 W 78/18, ZWE 2018, 264 = DNotI-Report 2018, 100; Weber, in: Würzburger Notarhandbuch, (Fn. 29), Teil 2 Kap. 4 Rn. 229; a.A. LG Berlin, Beschl. v. 23.11.2004 – 86 T 611/04, BeckRS 2004, 17811.

70 OLG München, ZWE 2016, 331 = Rpfleger 2016, 719.

71 KG, Beschl. v. 27.02.2018 – 1 W 38/18, ZWE 2018, 263; Gutachten in DNotI-Report 2012, 149; Demharter, Rpfleger 2010, 499.

72 KG, Beschl. v. 27.02.2018 – 1 W 38/18, ZWE 2018, 263.

73 KG, Beschl. v. 03.05.2018 – 1 W 370/17, MittBayNot 2018, 556 = NotBZ 2018, 310 = ZWE 2018, 314 = RNotZ 2018, 464.

74 KG, Beschl. v. 03.05.2018 – 1 W 370/17, MittBayNot 2018, 556 = NotBZ 2018, 310 = ZWE 2018, 314 = RNotZ 2018, 464.

75 KG, Beschl. v. 03.05.2018 – 1 W 370/17, MittBayNot 2018, 556 = NotBZ 2018, 310 = ZWE 2018, 314 = RNotZ 2018, 464.

76 KG, Beschl. v. 03.05.2018 – 1 W 370/17, MittBayNot 2018, 55 = NotBZ 2018, 310 = ZWE 2018, 314 = RNotZ 2018, 464; Staudinger/Kreuzer, 2018, § 12 WEG Rn. 37; Wenzel, ZWE 2008, 69, 70; Sauren, ZWE 2008, 375, 377.

merkung gesicherten Übereignungsanspruch den Besitz an der erworbenen Wohnung durch Übergabe erlangt hat.⁷⁷ Mit den Mitteln des Grundbuchverfahrensrechts (§ 29 GBO) ist jedoch kaum festzustellen, ob und wann der Käufer Besitz erlangt hat. Deshalb soll das Grundbuchamt für eine Eigentumsumschreibung die Zustimmung aller verlangen, zu deren Gunsten eine Vormerkung besteht und die deshalb werdende Wohnungseigentümer sein könnten.⁷⁸ Im vorliegenden Fall ist danach der Käufer K ab dem 17.06.2014 (= Eintragung seiner Vormerkung) als werdender Wohnungseigentümer anzusehen, so dass seine Zustimmung für den Eigentumswechsel an Y aufgrund des Vertrags vom 31.07.2015 erforderlich wäre. Gleichwohl gehen gewichtige Stimmen davon aus, dass eine Veräußerungsbeschränkung nach § 12 WEG erst nach dem Entstehen der Wohnungseigentümergeinschaft und nicht bereits im Stadium der werdenden Wohnungseigentümergeinschaft eingreift.⁷⁹ Dem ist zuzustimmen. Ob eine werdende Wohnungseigentümergeinschaft besteht, hängt von der Besitzabgabe der Wohnung an einen Wohnungseigentümer ab. Es ist nicht gerechtfertigt, eine Besitzübergabe zu unterstellen, wenn sich die Besitzübergabe mit den Mitteln des Grundbuchsrechts (§ 29 GBO) feststellen lässt.

b) Haftung des Erwerbers

Sachverhalt:

In der Wohnungseigentümerversammlung vom 28.08.2014 wurde die Erhebung einer Sonderumlage von 60.000 € für Baumaßnahmen einstimmig beschlossen. Am 31.10.2014 wurde bei einer Teileigentumseinheit ein neuer Eigentümer im Grundbuch eingetragen. Der Verwalter forderte diesen am 11.12.2014 zur anteiligen Zahlung von 2.400 € auf. Der Zahlungsklage der Wohnungseigentümergeinschaft hat das Amtsgericht stattgegeben. Die Berufung des Beklagten hat das Landgericht zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgte der Beklagte seinen Antrag auf Klageabweisung weiter.

Dies hatte beim BGH⁸⁰ keinen Erfolg. Nach § 16 Abs. 2 WEG ist jeder Wohnungseigentümer den anderen Wohnungseigentümern gegenüber verpflichtet, die Lasten des gemeinschaftlichen Eigentums sowie die Kosten der Instandhaltung und Instandsetzung des gemeinschaftlichen Eigentums nach dem Verhältnis seines Miteigentumsanteils zu tragen. Dies gilt auch, wenn die Verpflichtungen aus einer Sonderumlage resultieren.⁸¹

Bei Beschlussfassung und Fälligkeit vor der Grundbucheintragung des neuen Wohnungseigentümers, haftet der bisherige Wohnungseigentümer, und zwar selbst dann, wenn er das Wohnungseigentum nach Veräußerung nicht mehr selbst nutzt und für den Erwerber bereits eine Eigentumsvormerkung eingetragen ist; eine Haftung des noch nicht eingetragenen neuen Wohnungseigentümers kommt in diesem Fall auch dann nicht in Betracht, wenn dieser bereits faktisch in die Wohnungseigentümergeinschaft eingegliedert ist (sog. Fälligkeitstheorie).⁸² Ein Erwerber einer Eigentumswohnung (durch Rechtsgeschäft oder Zuschlag) haftet natürlich dann, wenn erst nach seiner Grundbucheintragung bzw. dem Zuschlag diesbezüglich ein Beschluss ergeht und die Fälligkeit eintritt.

Erfolgt die Beschlussfassung nach der Grundbucheintragung eines Käufers bzw. einem Zuschlag, dann haftet der Erwerber

auch dann, wenn es sich um Nachforderungen bezüglich des Hausgelds der früheren Jahre handelt, d.h. die Fälligkeiten vorher eintraten.⁸³ Ein Erwerber von Wohnungseigentum haftet auf Grund einer nach seiner Grundbucheintragung beschlossenen Jahresabrechnung für Hausgeld jedoch nur insoweit, als der Abrechnungsbeschluss eine Hausgeldschuld festsetzt, deren Betrag durch die auf dem beschlossenen Wirtschaftsplan beruhenden Vorschussanforderungen nicht gedeckt ist.⁸⁴

Bestritten war die auch im vorliegenden Fall entscheidende Frage, ob der Erwerber einer Einheit auch Beitragsleistungen schuldet, die noch vor dem Eigentumswechsel beschlossen wurden, aber erst danach fällig werden. Dazu wird zum Teil die Meinung vertreten, dass es auf die Beschlussfassung ankommen würde und nicht auf die Fälligkeit, so dass in diesem Fall der Verkäufer hafte und nicht der Erwerber.⁸⁵ Die überwiegende Ansicht wendet hingegen die Fälligkeitstheorie auch hier an mit der Folge, dass der Erwerber für die während seiner Mitgliedschaft in der Gemeinschaft fällig gewordenen Beiträge zu einer Sonderumlage unabhängig davon haftet, ob er zum Zeitpunkt der Beschlussfassung über die Umlage schon Mitglied der Gemeinschaft war.⁸⁶ Der BGH⁸⁷ hat sich der letztgenannten Ansicht angeschlossen. Die Sonderumlage ist eine Ergänzung des geltenden Wirtschaftsplans und kann als Maßnahme ordnungsmäßiger Verwaltung beschlossen werden, wenn die Ansätze des Wirtschaftsplans durch neue Tatsachen überholt werden.⁸⁸ Sie folgt daher den für den Wirtschaftsplan geltenden Regeln. Dies rechtfertigt es, die Sonderumlage nicht anders zu behandeln als andere nach dem Wirtschaftsplan von den Wohnungseigentümern zu erbringende Vorschüsse (§ 28 Abs. 2 WEG), namentlich Hausgeldforderungen, für die nach der Fälligkeitstheorie bei einem Eigentumswechsel innerhalb des Wirtschaftsjahres bis zu dem Zeitpunkt des Eigentumswechsels der Veräußerer und ab diesem Zeitpunkt der Erwerber bzw. Ersteher haftet.⁸⁹

77 BGH, ZWE 2016, 169 = NJW-RR 2016, 461.

78 KG, Beschl. v. 03.05.2018 – 1 W 370/17, MittBayNot 2018, 556 = NotBZ 2018, 310 = ZWE 2018, 314 = RNotZ 2018, 464; *Hogenschurz*, ZWE 2018, 315, 316.

79 *Weber*, MittBayNot 2018, 557, OLG Hamm, Beschl. v. 07.04.1994 – 15 W 26/94, NJW-RR 1994, 975; *Schneider*, in: Bauer/Schaub, GBO, (Fn. 4), AT E Rn. 122; *Müller*, Praktische Fragen des Wohnungseigentums, 6. Aufl., 2015, 4. Teil Rn. 15; *Dösch*, ZWE 2011, 385, 387.

80 BGH, Urt. v. 15.12.2017 – V ZR 257/16, ZNotP 2018, 64 = NotBZ 2018, 262 = ZfR 2018, 408 = Rpfleger 2018, 315; zustimmend *Weber*, ZNotP 2018, 54.

81 BGH, Beschl. v. 18.05.1989 – V ZB14/88, BGHZ 107, 285, 287; BGH, Beschl. v. 24.03.1983 – VII ZB 28/82, BGHZ 87, 138, 139.

82 BGH, Beschl. v. 18.05.1989 – V ZB 14/88, BGHZ 107, 285, 288; BGH, Beschl. v. 23.09.1999 – V ZB 17/99, BGHZ 142, 290, 299.

83 BGH, Beschl. v. 21.04.1988 – V ZB 10/87, BGHZ 104, 197.

84 BGH, Beschl. v. 30.11.1995 – V ZB 16/95, BGHZ 131, 228, 231.

85 *Müller*, Praktische Fragen des Wohnungseigentums, (Fn. 79), 6. Teil Rn. 59 ff.; *Becker*, ZWE 2000, 162, 165.

86 *Rapp*, in: Beck'sches Notar-Handbuch, 6. Aufl., 2015, A III Rn. 186; *Staudinger/Häublein*, 2018, § 28 WEG Rn. 202 ff.; *Engelhardt*, in: Münch-Komm/BGB, (Fn. 2) § 16 WEG Rn. 75.

87 BGH, Urt. v. 15.12.2017 – V ZR 257/16, ZNotP 2018, 64 = NotBZ 2018, 262 = ZfR 2018, 408 = Rpfleger 2018, 315; zustimmend *Weber*, ZNotP 2018, 54.

88 BGH, Beschl. v. 15.06.1989 – V ZB 22/88, BGH, Urt. v. 13.01.2012 – V ZR 129/11, ZWE 2012, 125, 126.

89 BGH, Beschl. v. 30.11.1995 – V ZB 16/95, BGHZ 131, 228, 231; BGH, Beschl. v. 21.04.1988 – V ZB 10/87, BGHZ 104, 197, 201.

Umstritten war des Weiteren die Frage, wann anteilig von den Wohnungseigentümern geschuldete Zahlungen auf beschlossene Sonderumlagen fällig werden. Nach einer Ansicht werden Sonderumlagen gem. § 271 Abs. 1 BGB sofort fällig, wenn der Beschluss der Wohnungseigentümer keine andere Fälligkeitsregelung enthält.⁹⁰ Die Gegenansicht wendet auf Sonderumlagen § 28 Abs. 2 WEG an, wonach die Wohnungseigentümer verpflichtet sind, nach Abruf durch den Verwalter dem beschlossenen Wirtschaftsplan entsprechende Vorschüsse zu leisten.⁹¹ Der BGH⁹² hat sich der letztgenannten Ansicht angeschlossen. Da die Sonderumlage einen Nachtrag zum Jahreswirtschaftsplan der Gemeinschaft darstellt, begründet der Beschluss über die Sonderumlage für die Wohnungseigentümer eine Pflicht zur Vorschusszahlung gem. § 28 Abs. 2 WEG. Die anteiligen Beiträge der Wohnungseigentümer zu einer Sonderumlage werden danach erst mit Abruf durch den Verwalter fällig. § 28 Abs. 2 WEG geht als spezielle Regelung für die nach dem Wirtschaftsplan zu erbringenden Vorschusszahlungen der Wohnungseigentümer der allgemeinen Regelung über die Leistungszeit in § 271 Abs. 1 BGB vor. Die Wohnungseigentümer haben ein generelles Interesse daran, ihre anteiligen Beiträge zu der Sonderumlage erst leisten zu müssen, wenn die beschlossenen Beiträge für die Finanzierung der anstehenden, aber noch nicht beauftragten Maßnahme tatsächlich benötigt werden. Da der Verwalter sowohl die finanzielle Lage der Wohnungseigentümergeinschaft kennt als auch die anstehenden Maßnahmen in deren Namen zu beauftragen hat, kann er im Regelfall am besten einschätzen, wann letzteres der Fall ist. Wollen die Wohnungseigentümer die Fälligkeit von Beitragsvorschüssen abweichend von § 28 Abs. 2 WEG regeln (z.B. sofortige Fälligkeit), bedarf es einer ausdrücklichen Regelung in dem Beschluss über die Erhebung der Sonderumlage.⁹³

Im vorliegenden Fall enthielt der Beschluss über die Sonderumlage keine von § 28 Abs. 2 WEG abweichende Regelung über die Fälligkeit, so dass diese mit Abruf des Verwalters am 11.12.2014 eintrat. Dies war nach Grundbucheintragung des Käufers am 31.10.2014. Deshalb hat die Wohnungseigentümergeinschaft einen Anspruch gegen diesen auf Zahlung des auf seinen Miteigentumsanteil entfallenden Anteils (§ 16 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 1 Abs. 6 WEG). Daran ändert auch nichts die Beschlussfassung über die Sonderumlage am 28.08.2014 vor seiner Grundbucheintragung.

Hat die Versammlung der Wohnungseigentümer keine Sonderumlage beschlossen, sollte der Notar dies den Verkäufer versichern lassen.⁹⁴ Wurde dagegen eine Sonderumlage bereits beschlossen, sollte der Notar den Käufer darauf hinweisen, dass ihn eine Haftung für einen Sonderumlagenanteil trotzdem treffen kann,⁹⁵ nämlich dann, wenn der Beitrag nach seiner Grundbucheintragung fällig wird aufgrund des Abrufs durch den Verwalter.

6. Entziehung einer Eigentumswohnung

Sachverhalt:

Ein Ehepaar ist Eigentümer einer Wohnung je zur Hälfte. Der Ehemann fing eines Tages an, den Gemeinschaftsfrieden in der Anlage durch Schmierereien, üble Pöbeleien und Tätlichkeiten gegenüber anderen Wohnungseigentümern zu stören. Die Ehefrau störte den Frieden nicht. Die Verwaltung forderte beide

unter Abmahnung vergeblich auf, dieses Verhalten umgehend einzustellen. In einer Eigentümerversammlung wurde daraufhin ein Einziehungsbeschluss gem. § 18 Abs. 3 WEG gefasst. Das AG gab der gegen beide gerichteten Entziehungsklage statt. Das LG wies die Klage gegenüber der Ehefrau ab. Dagegen wurde Revision eingelegt.

Der BGH⁹⁶ hat das Berufungsurteil des LG aufgehoben und die Revision für begründet erklärt. § 18 Abs. 1 Satz 1 WEG regelt den Anspruch der Gemeinschaft auf Entziehung des Wohnungseigentums. Er hat grundsätzlich zur Voraussetzung:

- Ein Wohnungseigentümer hat sich einer schweren Verletzung der ihm gegenüber anderen Wohnungseigentümern obliegenden Verpflichtung schuldig gemacht und
- den anderen Wohnungseigentümern kann die Fortsetzung der Gemeinschaft mit ihm nicht mehr zugemutet werden.

Der Entziehungsanspruch liegt bspw. vor, wenn (§ 18 Abs. 2 WEG)

- der Wohnungseigentümer trotz Abmahnung wiederholt gröblich gegen die ihm nach § 14 WEG obliegenden Pflichten verstößt (Nr. 1) oder
- der Wohnungseigentümer sich mit der Erfüllung seiner Verpflichtung zur Lasten- und Kostentragung (§ 16 WEG) in Höhe eines Betrages von mehr als 3 % des Einheitswertes seines Wohnungseigentums länger als drei Monate in Verzug befindet (Nr. 2).

Umstritten war die Rechtslage, ob ein entziehungsfähiges Fehlverhalten auch nur eines von mehreren Eigentümern eines Wohnungseigentums alle Eigentümer zu dessen Veräußerung verpflichtet, wenn es diesen zu Bruchteilseigentum zusteht. Nach einer Meinung müssen sich die anderen Miteigentümer das Fehlverhalten des den Gemeinschaftsfrieden störenden Miteigentümers nicht zurechnen lassen; deshalb habe im Grundsatz nur dieser „sein“ Wohnungseigentum, mithin seinen Miteigentumsanteil an der Wohnung zu veräußern.⁹⁷ Nach einer Gegenmeinung sind alle Miteigentümer zur Veräußerung der Wohnung insgesamt verpflichtet, wenn der Entziehungstatbestand nur bei einem von ihnen vorliegt.⁹⁸ Der BGH⁹⁹ ist im Ausgangspunkt der letzten Meinung gefolgt. Der Erwerb des Miteigentumsanteils des Störers führt

90 Hügél/Elzer, WEG, 2. Aufl., 2018, § 28 Rn. 61; NK-BGB/Schultzky, 4. Aufl., 2016, § 16 WEG Rn. 43.

91 Müller, in: Lemke, Immobilienrecht, (Fn. 2), § 28 WEG Rn. 8; Engelhardt, in: MünchKomm/BGB, (Fn. 2), § 28 WEG Rn. 19; Staudinger/Häublein, 2018, § 28 WEG Rn. 171.

92 BGH, Urt. v. 15.12.2017 – V ZR 257/16, ZNotP 2018, 64 = NotBZ 2018, 262 = ZfR 2018, 408 = Rpfleger 2018, 315; zustimmend Weber, ZNotP 2018, 54.

93 BGH, Beschl. v. 02.10.2003 – VZB 34/03, BGHZ 156, 279, 289.

94 Rapp, in: Beck'sches Notar-Handbuch, (Fn. 86), A III Rn. 187.

95 Weber, in: Würzburger Notarhandbuch, (Fn. 29), Teil 2 Kap. 4 Rn. 331.

96 BGH, Urt. v. 14.09.2018 – V ZR 138/17, ZNotP 2018, 413 = Rpfleger 2019, 12.

97 Hügél/Elzer (Fn. 90), § 18 WEG Rn. 3; Bärman/Suilmann, WEG, 14. Aufl., 2018, § 18 Rn. 11; Palandt/Wicke (Fn. 7), § 18 WEG Rn. 1b.

98 Staudinger/Kreuzer, 2018, § 18 WEG Rn. 19; MünchKomm/Engelhardt (Fn. 2), § 18 WEG Rn. 4; NK-BGB/Schultzky (Fn. 90), § 18 WEG Rn. 5; Erman/Grziewotz (Fn. 5), § 18 WEG Rn. 2e.

99 BGH, Urt. v. 14.09.2018 – V ZR 138/17, ZNotP 2018, 413 = Rpfleger 2019, 12.

nicht ohne Weiteres zu dessen Entfernung. Vielmehr müsste der verbleibende Miteigentümer diesem den Verbleib in der Wohnung verweigern und dazu unter Umständen durch eine zusätzliche Klage aus § 15 Abs. 3 WEG angehalten werden. Eine effektive Durchsetzung des Entziehungsanspruchs ist deshalb nur zu erreichen, wenn das störende Verhalten des einen auch die übrigen Miteigentümer zur Veräußerung verpflichtet. Wohnungseigentum in Bruchteilseigentum kann deshalb insgesamt entzogen werden, wenn auch nur einer der Miteigentümer einen Entziehungstatbestand nach § 18 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 WEG verwirklicht.¹⁰⁰

Der nicht störende Wohnungseigentümer hat jedoch ein schützenswertes Interesse daran, sein Eigentum zu erhalten. Deshalb hält ihn der BGH¹⁰¹ entsprechend § 19 Abs. 2 WEG für berechtigt, die Wirkungen des Entziehungsurteils bis zur Erteilung des Zuschlags dadurch abzuwenden, dass er den Miteigentumsanteil des störenden Miteigentümers selbst erwirbt, den störenden Miteigentümer dauerhaft und einschränkunglos aus der Wohnanlage entfernt und dass er der Wohnungseigentümergeinschaft alle Kosten ersetzt, die dieser durch die Führung des Entziehungsrechtsstreits und die Durchführung eines Zwangsversteigerungsverfahrens zur Durchsetzung des Entziehungsanspruchs entstanden sind. Die Abwendungsbefugnis kann durch eine Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO geltend gemacht werden. Es wäre aber auch möglich, sie mit einer Feststellungswiderklage schon in das Entziehungsverfahren hineinzuziehen.¹⁰²

7. Auslegung einer Kostentragungsregelung

Sachverhalt:

Der Kläger war Eigentümer einer Dachgeschosswohnung, zu der das Sondereigentum an zwei Dachterrassen gehörte. In der Teilungserklärung war u.a. geregelt: „Einrichtungen, Anlagen und Gebäudeteile, die nach der Beschaffenheit oder dem Zweck des Bauwerks oder gemäß dieser Teilungserklärung zum ausschließlichen Gebrauch durch einen Wohnungseigentümer bestimmt sind (z.B. Balkon, Loggia) sind von ihm auf seine Kosten instandzuhalten und instandzusetzen.“ Im Bereich der an der Vorderseite der Wohnung des Klägers gelegenen Dachterrasse traten Schäden an im Gemeinschaftseigentum stehenden Bauteilen auf. In der Wohnungseigentümerversammlung vom 08.12.2014 beschlossen die Wohnungseigentümer die Sanierung der Terrasse des Klägers wie folgt: „Die Kosten der Terrassenanierung gehen zu Lasten des Sondereigentümers Herrn S.“ Die Anfechtung des Beschlusses hat das AG abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das LG den Beschluss für ungültig erklärt. Dagegen haben sich die beklagten übrigen Wohnungseigentümer mit der Revision gewandt.

Diese hatte beim BGH¹⁰³ Erfolg, der das Berufungsurteil aufgehoben hat. Der angefochtene Beschluss war rechtmäßig. Bei Dachterrassen ist umstritten, ob diese sondereigentumsfähig sind, da sie keinen abgeschlossenen Raum i.S.d. § 5 Abs. 1, § 3 Abs. 2 Satz 1 WEG darstellen. Deshalb wird die Sondereigentumsfähigkeit auch verneint.¹⁰⁴ Da die offene Dachterrasse die räumliche Fortsetzung der abgeschlossenen Wohnung darstellt und nur für den einen Wohnungseigentümer begehbar ist, bejaht die h.M. grundsätzlich die Sondereigentumsfähigkeit.¹⁰⁵ Zum Teil wird auch die Ansicht vertreten, dass die Dachterrasse als wesentlicher Gebäudebestandteil aufgrund der gesetzlichen Anordnung in § 5 Abs. 1

WEG kraft Gesetzes Sondereigentum der jeweiligen Einheit ist.¹⁰⁶ Der BGH¹⁰⁷ hat sich der vermittelnden Ansicht angeschlossen, wonach die Dachterrasse grundsätzlich in der Teilungserklärung zu Sondereigentum erklärt werden kann. Das betrifft aber nur die nichtkonstruktiven Teile der Dachterrasse. Deren konstruktiven Teile bleiben nach § 5 Abs. 2 WEG ungeachtet der Zuweisung der Dachterrasse zum Sondereigentum gemeinschaftliches Eigentum. Sondereigentum ist deshalb nur der begehbbare Oberbelag, nicht jedoch die darunter liegenden Abdichtungs- und Isolierschichten. Auch der Abdichtungsanschluss zwischen Dachterrasse und Gebäude gehört zum gemeinschaftlichen Eigentum. Die Sanierung der konstruktiven Teile der Dachterrasse ist deshalb an sich Aufgabe der Wohnungseigentümer, die sich nach § 16 Abs. 2 WEG entsprechend ihren Miteigentumsanteilen an den Kosten zu beteiligen haben.

Von der gesetzlichen Regel des § 16 Abs. 2 WEG ist allerdings eine abweichende Bestimmung in der Teilungserklärung möglich. Im vorliegenden Fall war fraglich, ob dies geschehen war. Der BGH¹⁰⁸ bejahte dies im Wege der Auslegung und kam zu dem Ergebnis, dass der Beschluss der Wohnungseigentümer gültig war und deshalb der Kläger die Kosten der Sanierung allein zu tragen hatte. Die Regelung in der Teilungserklärung war dahingehend auszulegen, dass sie auch einzelnen Wohnungen zugeordneten Dachterrassen erfasst und dass sie die Instandsetzung sowohl der im Sonder- als auch der im Gemeinschaftseigentum stehenden Teile solcher Terrassen betrifft. Diese Kostentragungspflicht trifft den Wohnungseigentümer nicht nur bei den als Anwendungsbeispiele ausdrücklich genannten Balkonen und Loggien, sondern auch bei allen anderen Einrichtungen, Anlagen und Gebäudeteilen, die nach der Beschaffenheit oder dem Zweck des Bauwerks oder gemäß der Teilungserklärung zum ausschließlichen Gebrauch durch den Wohnungseigentümer bestimmt sind.

Der Sinn der Regelung in der Teilungserklärung besteht bei Balkonen und Dachterrassen darin, dass die übrigen von der Nutzung ausgeschlossenen Wohnungseigentümer von der Verpflichtung zur Instandhaltung und Instandsetzung aller Balkon- und Dachterrassenteile befreit sein sollen, weil es sich dabei um eine Sonderausstattung der betreffenden Wohnung handelt und die damit verbundenen Lasten bei einer Bauweise ohne Balkone oder Dachterrassen nicht angefallen wären.

100 BGH, Urt. v. 14.09.2018 – V ZR 138/17, ZNotP 2018, 413 = Rpfleger 2019, 12.

101 BGH, Urt. v. 14.09.2018 – V ZR 138/17, ZNotP 2018, 413 = Rpfleger 2019, 12.

102 Schmidt-Räntsch, ZWE 2019, 3, 6.

103 BGH, Urt. v. 04.05.2018 – V ZR 163/17, ZNotP 2018, 269 = ZWE 2018, 359 Rpfleger 2018, 532.

104 OLG Köln, Beschl. v. 21.04.1982 – 2 Wx 13/82, MDR 1982, 757; Staudinger/Rapp, 2018, § 5 WEG Rn. 7, 8.

105 OLG Frankfurt, Beschl. v. 09.01.1975 – 20 W 561/74, Rpfleger 1975, 178; Bärmann/Armbrüster (Fn. 97), § 5 WEG Rn. 68; Schneider, in: Riecke/Schmid, WEG, 4. Aufl., 2015, § 5 Rn. 41 m.w.N.

106 Hügel/Elzer (Fn. 90), § 3 WEG Rn. 32, § 5 WEG Rn. 40.

107 BGH, Urt. v. 04.05.2018 – V ZR 163/17, ZNotP 2018, 269 = ZWE 2018, 359 Rpfleger 2018, 532; ebenso BGH, Urt. v. 18.11.2016 – V ZR 49/16, ZfR 2017, 409.

108 BGH, Urt. v. 04.05.2018 – V ZR 163/17, ZNotP 2018, 269 = ZWE 2018, 359 Rpfleger 2018, 532.

Die Dachterrasse soll dem Sondereigentümer vor allem die Möglichkeit bieten, im Freien zu sitzen, ohne das Gebäude verlassen zu müssen (sog. Freisitz). Ein solcher Freisitz kann im Dach der Anlage nur geschaffen werden, wenn die an sich geschlossene Dachfläche mit einem Einschnitt versehen und der dadurch der Witterung ausgesetzte Teil der Dachplatte durch eine störungsanfälligeren Gestaltung der Terrassenfläche und die Auskleidung der Terrasse gegen Witterungseinflüsse geschützt wird. Diese zusätzlichen Maßnahmen (z.B. Unterbau auf der Dachplatte und Terrassenbelag) entfielen bei einer Bauweise ohne Dachterrasse; es genügt die nicht eingeschnittene Dachfläche.

Die Formulierung in der Teilungserklärung ist deshalb so zu verstehen, dass Eigentümer von Wohnungen, die mit einer Dachterrasse ausgestattet sind, nicht nur für die Kosten der Sanierung der in ihrem Sondereigentum stehenden Teile der Terrassen aufkommen müssen, sondern auch für die Sanierung der im Gemeinschaftseigentum stehenden Teile. Eine Beschränkung auf den nicht konstruktiven Teil der Dachterrasse, vor allem dem Terrassenbelag, lässt sich dem Wortlaut der Klausel nicht entnehmen.

Streitigkeiten über die Kostentragungspflicht unter den Wohnungseigentümern gehören zu den häufigsten Problemen in der Gemeinschaft. Ursache dafür ist u.a. wie im vorliegenden Fall eine fehlende oder unklare Regelung in der Gemeinschaftsordnung. Bei Gebäudeteilen, die zum Teil im Sondereigentum und zum Teil im Gemeinschaftseigentum stehen, wie bei Balkonen und Dachterrassen, sollte daher in der Gemeinschaftsordnung klar und eindeutig geregelt sein, wer die Kosten für die Instandhaltung und Instandsetzung zu tragen hat (z.B. der Sondereigentümer sowohl für das Sondereigentum als auch für das dazugehörige Gemeinschaftseigentum). Auch bei Anlagen, die zwingendes Gemeinschaftseigentum nach § 5 Abs. 2 WEG sind (z.B. der Aufzug), sollte die Kostentragungspflicht genau geregelt werden (auch der Wohnungseigentümer im Erdgeschoss?). Dadurch könnte so manche Streitigkeit unter den Wohnungseigentümern vermieden werden.

8. Einberufung einer Zweitversammlung

Sachverhalt:

Mit Schreiben vom 10.03.2014 hatte die Hausverwaltung die Eigentümerversammlung eingeladen auf 01.04.2014 um 17 Uhr. In dem Schreiben wird für den Fall, dass die Beschlussfähigkeit der Versammlung nicht erreicht wird, eine weitere Versammlung für den 01.04.2014 um 17.30 Uhr einberufen; außerdem wurde darauf hingewiesen, dass die Versammlung dann ohne Rücksicht auf die Stimmzahl beschlussfähig ist.

Da die Eigentümerversammlung am 01.04.2014 um 17 Uhr nicht beschlussfähig war, wurde um 17.30 Uhr eine Zweitversammlung durchgeführt und die bisherige Verwalterin neu bestellt bis zum 31.01.2019.

Mit Urkunde vom 12.05.2017 veräußerte ein Wohnungseigentümer seine Einheit. Unter Vorlage dieser Urkunde wurde am 30.06.2017 wurde die Eintragung des Käufers als neuen Eigentümers im Grundbuch beantragt. Außerdem wurden die notariell beglaubigte Zustimmung der Verwalterin und eine Niederschrift

über die Versammlung vom 01.04.2014 vorgelegt (versehen mit notariell beglaubigten Unterschriften des Versammlungsleiters, eines weiteren Wohnungseigentümers und des Vorsitzenden des Beirats).

Das Grundbuchamt lehnte den Vollzug des Eigentumswechsels mit Zwischenverfügung ab, weil die Verwalterschaft nicht nachgewiesen sei. Dagegen wurde Beschwerde eingelegt.

Das OLG München¹⁰⁹ hat die Zwischenverfügung zu Recht aufgehoben und das Grundbuchamt angewiesen, den Eigentumswechsel zu vollziehen. Die nach § 12 WEG notwendige Zustimmung der Verwalterin wurde formgerecht (§ 29 GBO) dem Grundbuchamt vorgelegt. Außerdem die Bestellung zur Verwalterin ordnungsgemäß nach § 26 Abs. 3, § 24 Abs. 6 WEG nachgewiesen. Das Grundbuchamt hat im vorliegenden Fall allerdings die Nichtigkeit der Verwalterbestellung angenommen, da die Eigentümerversammlung wegen eines Einberufungsfehlers nicht beschlussfähig gewesen sei.

Eine Erstversammlung ist nach § 25 Abs. 3 WEG nur beschlussfähig, wenn die erschienenen stimmberechtigten Wohnungseigentümer mehr als die Hälfte der Miteigentumsanteile vertreten. In der Regel ist ein trotz mangelnder Beschlussfähigkeit gefasster Beschluss allerdings nicht nichtig, sondern nur anfechtbar.¹¹⁰ War die Erstversammlung nicht beschlussfähig, ist nach § 25 Abs. 4 WEG vom Verwalter eine neue Versammlung mit dem gleichen Gegenstand einzuberufen; dabei ist darauf hinzuweisen, dass diese Versammlung dann ohne Rücksicht auf die Höhe der vertretenen Anteile beschlussfähig ist. Die Frist der Einberufung soll mindestens zwei Wochen betragen (§ 24 Abs. 4 Satz 2 WEG).

Im vorliegenden Fall wurden durch die Zweitversammlung die §§ 25 Abs. 4, 24 Abs. 4 Satz 2 WEG verletzt. Sie wäre nur ordnungsgemäß gewesen, wenn die Normen durch Vereinbarung abgeändert worden wären und eine Eventualeinberufung für zulässig erklärt worden wäre, was möglich ist;¹¹¹ dies war im vorliegenden Fall aber nicht geschehen. Ein Beschluss der Wohnungseigentümerversammlung ist nach § 23 Abs. 4 WEG nur nichtig, wenn er gegen Vorschriften des WEG verstößt, auf deren Einhaltung nicht verzichtet werden kann, ferner, wenn der Beschluss seinem Inhalt nach gegen andere zwingende Vorschriften oder die guten Sitten verstößt, in den Kernbereich des Wohnungseigentums eingreift oder die Grenzen der Beschlusskompetenz der Gemeinschaft überschreitet. Erfolgt eine Eventualeinberufung, obwohl es eine diesbezügliche Vereinbarung der Eigentümer nicht gibt, sind die auf der Zweitversammlung gefassten Beschlüsse nicht nichtig, sondern nur anfechtbar.¹¹² Im vorliegenden Fall wurde durch das Protokoll der Eigentümerversammlung vom 01.04.2014 hinreichend nachgewiesen, dass die Bestellung der Verwalterin in anfechtbarer Weise erfolgte. Ist ein Be-

109 OLG München, Beschl. v. 26.01.2018 – 34 Wx 304/17, MittBayNot 2018, 452 = Rpfleger 2018, 370.

110 Hügel/Elzer (Fn. 90), § 25 WEG Rn. 51.

111 OLG München, Beschl. v. 26.01.2018 – 34 Wx 304/17, MittBayNot 2018, 452 = Rpfleger 2018, 370.

112 OLG München, Beschl. v. 26.01.2018 – 34 Wx 304/17, MittBayNot 2018, 452 = Rpfleger 2018, 370; Staudinger/Häublein, 2018, § 25 WEG Rn. 277; Bärman/Merle (Fn. 97), § 25 WEG Rn. 117.

schluss anfechtbar, nicht aber nichtig, so ist er auf fristgerecht erhobene Anfechtungsklage nach § 46 WEG für ungültig zu erklären. Wird gegen den Beschluss nicht binnen der einmonatigen Frist wirksam Klage erhoben, bleibt er wirksam.¹¹³

Erweist sich der Beschluss zur Bestellung der Hausverwaltung nicht als nichtig, sondern nur als anfechtbar, kann das Grundbuchamt regelmäßig vom Fortbestand der Verwalterbestellung bis zum Ablauf der beschlossenen Amtszeit bzw. der gesetzlich maximal zulässigen Bestellungszeit ausgehen.¹¹⁴ Dass im vorliegenden Fall weiterhin die im Protokoll bestellte Verwalterin für die Wohnungseigentümer gehandelt hat, war Indiz dafür, dass der Beschluss nicht oder nicht erfolgreich angefochten wurde. Im Übrigen war die Anfechtungsfrist abgelaufen, so dass es gerichtskundig gewesen wäre, eine fristgerechte Anfechtungsklage erhoben worden wäre. Im Falle einer Beschlussanfechtung ist das Verfahren nämlich beim Wohnungseigentumsgericht zu führen. Als solches zuständig ist nach § 43 Nr. 4 WEG, § 23 Nr. 2 Buchst. c) GVG das Amtsgericht am Ort der belegen Sache. Damit wäre das Verfahren bei dem Gericht, bei dem auch das Grundbuchamt angesiedelt ist, zu führen.

9. Veränderungen beim Wohnungseigentum

a) Unterteilung

Sachverhalt:

In einer Wohnungseigentümergelegenheit wollte der Eigentümer der Wohnung Nr. 7 diese in drei Einheiten unterteilen (Nr. 7, 7.1 und 7.2). Dazu wurde dem Grundbuchamt auch ein geänderter Aufteilungsplan und eine neue Abgeschlossenheitsbescheinigung vorgelegt. Daraus war ersichtlich, dass die Außengrenzen der drei neuen Einheiten mit der Außengrenze der bisherigen Wohnung übereinstimmten. Für den Zugang zur neuen Einheit Nr. 7.1 musste aber der im fremden Sondereigentum stehende Raum vor dem Personenaufzug in Anspruch genommen werden, der im geänderten Aufteilungsplan fehlerhaft als Gemeinschaftseigentum ausgewiesen wurde. Die beantragte und bewilligte Unterteilung lehnte das Grundbuchamt mit Zwischenverfügung ab. Dagegen wurde Beschwerde eingelegt.

Wird die bisherige Raumeinheit in mehrere Einheiten analog § 8 WEG unterteilt, so sollen die so geschaffenen neuen Einheiten jeweils wieder in sich abgeschlossen sein (§ 3 Abs. 2 WEG entsprechend). Gem. § 7 Abs. 4 WEG müssen eine Abgeschlossenheitsbescheinigung für jede neue Einheit und ein geänderter Aufteilungsplan vorgelegt werden.¹¹⁵ Das Grundbuchamt ist verpflichtet, die Frage der Abgeschlossenheit in eigener Verantwortung zu prüfen. Es ist nicht an die von der Baubehörde erteilte Bescheinigung der Abgeschlossenheit gebunden. Abgeschlossenheit i.S.v. § 3 Abs. 2 WEG setzt u.a. voraus, dass das Wohnungseigentum über einen eigenen abschließbaren Zugang unmittelbar vom Freien, von einem Treppenhaus oder von einem Vorraum verfügt (Nr. 5 der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift für die Ausstellung von Bescheinigungen gem. § 7 Abs. 4 Nr. 2 und § 32 Abs. 2 Nr. 2 WEG vom 19.03.1974, BAnz. Nr. 58 vom 23.03.1974).

Im vorliegenden Fall fehlt es an der Abgeschlossenheit. Für den Zugang zu der Raumeinheit Nr. 7.1 muss der Raum vor dem Personenaufzug in Anspruch genommen werden, der jedoch im fremden Sondereigentum steht und nicht im Ge-

meinschaftseigentum, wie die fehlerhafte Kennzeichnung im geänderten Aufteilungsplan ausweist. Die Umwandlung von Sondereigentum in Gemeinschaftseigentum betrifft das sachenrechtliche Grundverhältnis der Mitglieder der Gemeinschaft. Sie bedarf daher nach § 4 WEG einer Einigung aller Wohnungseigentümer über den Eintritt der Rechtsänderung in der für die Auflassung gem. § 925 Abs. 1 BGB vorgeschriebenen Form. Dies ist nicht erfolgt.

Aus den Eintragungsunterlagen ergibt sich, dass das neu zu schaffende Wohnungseigentum Nr. 7.1 ausschließlich über einen in fremden Sondereigentum liegenden Raum zugänglich ist, somit mangels eigenen Zugangs nicht abgeschlossen ist. Wenn die Abgeschlossenheit der neuen Wohnungen tatsächlich fehlt, hindert dies nicht die Entstehung von Sondereigentum und Wirksamkeit der Unterteilung, denn bei § 3 Abs. 2 Satz 1 WEG handelt es sich lediglich um eine Sollvorschrift. Bei einem Verstoß gegen die Sollvorschrift ist das Grundbuchamt jedoch berechtigt und verpflichtet, den Vollzug abzulehnen.¹¹⁶ Die vom Grundbuchamt selbständig zu prüfende Widerspruchsfreiheit der Planzeichnungen war deshalb im vorliegenden Fall nicht gegeben.

In der Sache hatte die Beschwerde gegen die Zwischenverfügung (§ 18 Abs. 1 GBO) scheinbaren Erfolg. Sie musste nämlich aufgehoben werden, weil die Unterteilung auf der Grundlage der vorgelegten Unterlagen nicht eintragungsfähig war. Der Antrag war vielmehr zurückzuweisen.¹¹⁷ Erforderlich war nämlich, dass das am Vorraum vor dem Personenaufzug bestehende fremde Sondereigentum in Gemeinschaftseigentum überführt wird durch Einigung aller Wohnungseigentümer in der Form des § 925 Abs. 1 BGB (§ 4 WEG). Das Grundbuchamt kann mit einer Zwischenverfügung dem Antragsteller nicht den Abschluss eines Rechtsgeschäfts aufgeben, um damit ein Eintragungshindernis zu beheben; ein solcher Antrag ist vielmehr zurückzuweisen.¹¹⁸

b) Schließung der Wohnungsgrundbücher

Sachverhalt:

Alle Wohnungseigentumseinheiten gehörten denselben Eigentümer und waren mit einer Gesamtgrundschuld belastet. Er beantragte und bewilligte in notariell beglaubigter Form gem. § 9 Abs. 1 Nr. 3 WEG die Wohnungsgrundbücher zu schließen. Das Grundbuchamt verlangte dafür die Zustimmung des Grundschuldgläubigers. Dagegen wurde Beschwerde eingelegt.

Das OLG Brandenburg¹¹⁹ hat die Zwischenverfügung zu Recht aufgehoben und das Grundbuchamt angewiesen, den Antrag zu vollziehen. Vereinigen sich sämtliche Wohnungseigentumsrechte in der Hand eines Eigentümers, kann die

113 Hügel/Elzer (Fn. 90), § 48 WEG Rn. 48.

114 OLG München, Beschl. v. 26.01.2018 – 34 Wx 304/17, MittBayNot 2018, 452 = Rpfleger 2018, 370.

115 Bärmann/Armbrüster (Fn. 97), § 2 WEG Rn. 110; Schneider, in: Rieckel/Schmid (Fn. 105), § 7 WEG Rn. 249.

116 OLG München, Beschl. v. 30.08.2018 – 34 Wx 66/18, ZWE 2018, 443.

117 OLG München, Beschl. v. 30.08.2018 – 34 Wx 66/18, ZWE 2018, 443.

118 BGH, Beschl. v. 26.09.2013 – V ZB 152/12, NJW 2014, 1002; BGH,

Beschl. v. 26.06.2014 – V ZB 1/12, Rpfleger 2014, 580; OLG Karlsruhe,

Beschl. v. 13.12.2013 – 14 Wx 16/13, NotBZ 2014, 295; OLG München,

Beschl. v. 04.04.2014 – 34 Wx 111/14, NotBZ 2014, 343.

119 OLG Brandenburg, Beschl. v. 13.09.2018 – 5 W 84/18, NotBZ 2019, 43.

Schließung der Wohnungsgrundbücher auf seinen Antrag erfolgen (§ 9 Abs. 1 Nr. 3 WEG). Der Wegfall der Sondereigentumsrechte führt zu einer inhaltlichen Veränderung der Miteigentumsanteile. Dies macht gem. § 9 Abs. 2 WEG, §§ 877, 876 BGB die Zustimmung der dinglichen Rechtsinhaber an den Einzelbelastungen erforderlich.¹²⁰ Die Zustimmung zur inhaltlichen Änderung durch die Einzelberechtigten kann jedoch nur dann zur Überführung der Belastung in das Grundstücksgrundbuch führen, wenn das betreffende dingliche Recht auch an einem gewöhnlichen Miteigentumsanteil bestehen kann, wie ein Grundpfandrecht (§ 1114 BGB), eine Reallast (§ 1106 BGB), ein Vorkaufrecht (§ 1095 BGB) und ein Nießbrauch (§ 1066 BGB).¹²¹ Ist dies aber gar nicht möglich, wie bei den Grunddienstbarkeiten und beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten, die immer nur am Grundstück lasten und lediglich buchungs-technisch in den Wohnungsgrundbüchern vermerkt sind (vgl. § 4 WGV), dürfte sich die Zustimmung dieser Berechtigter erübrigen. Anstelle ihrer Eintragung in den Wohnungsgrundbüchern sind sie dann im Grundstücksgrundbuch zu

vermerken. Als Ausnahme davon kann ein Wohnungsrecht nach § 1093 BGB eine Eigentumswohnung einzeln belasten. Dann bedarf die Schließung der Wohnungsgrundbücher der Zustimmung des Wohnungsberechtigten; soll es am Grundstück fortbestehen, bedarf es der Erstreckung auf das gesamte Grundstück.¹²²

Im vorliegenden Fall waren jedoch nicht die einzelnen Wohnungseigentumsrechte mit Grundschulden belastet, sondern es lastete vielmehr eine Gesamtgrundschuld darauf. Dann bedarf die Beendigung des Sondereigentums schon nach dem Wortlaut des § 9 Abs. 2 WEG nicht der Zustimmung des Grundschuldgläubigers, da sich sein Recht inhaltsgleich am ungeteilten Grundstück fortsetzt.¹²³

120 *Schneider*, in: Rieckel/Schmid (Fn. 105), § 9 WEG Rn. 18.

121 *Schneider*, in: Rieckel/Schmid (Fn. 105), § 9 WEG Rn. 19.

122 *Schneider*, in: Rieckel/Schmid (Fn. 105), § 9 WEG Rn. 21.

123 OLG Brandenburg, Beschl. v. 13.09.2018 – 5 W 84/18, NotBZ 2019, 43; *Schneider*, in: Rieckel/Schmid (Fn. 105), § 9 WEG Rn. 17.

Öffnungsklauseln und Beschlusskompetenz

Zugleich Besprechung des Urteils des BGH vom 12.04.2019 – V ZR 112/18, ZNotP 2019, Seite 241 in diesem Heft.

von Richter am Kammergericht Dr. Oliver Elzer, Berlin

I. Einführung

1. Verwaltungsinstrumente der Wohnungseigentümer

Nach dem Wohnungseigentumsgesetz können die Wohnungseigentümer eine Entscheidung zur Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums oder zum Gebrauch des gemeinschaftlichen Eigentums oder des Sondereigentums im Wege der Vereinbarung treffen oder sie beschließen.

Eine Vereinbarung ist grundsätzlich zu *jedem* Gegenstand möglich, der das Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander betrifft.¹ Eine Grenze ist nach h.M. erst dort erreicht, wo das Gesetz zwingend ist, eine Vereinbarung gegen §§ 134, 138, 242 BGB verstößt oder es um den „Kernbereich“ der Rechte eines Wohnungseigentümer oder die „Strukturprinzipien“ des Wohnungseigentumsrechts geht.² Ein Beschluss kann hingegen nur zu einem Gegenstand gefasst werden, zu dem das Gesetz den Wohnungseigentümern die dafür notwendige *Beschlusskompetenz* einräumt. Solche Beschlusskompetenzen sind zwar über das gesamte Gesetz verstreut. Der Autonomie der Wohnungseigentümer, ihre eigenen Geschicke zu bestimmen, sind aber auch deutliche Grenzen gesetzt.

Dem Gesetzgeber war diese Enge, eine Sache durch Beschluss zu regeln, bewusst. Aus diesem Grunde räumt das WEG den Wohnungseigentümern in § 10 Abs. 2 Satz 2 WEG die Möglichkeit ein, zu vereinbaren, dass es weitere Beschlusskompetenzen geben soll. Solche Vereinbarungen werden ausdrücklich in § 23 Abs. 1 WEG genannt („Angelegenheiten, über die ... nach einer Vereinbarung der Woh-

nungseigentümer die Wohnungseigentümer durch Beschluss entscheiden können“).

2. Öffnungsklauseln

Vereinbarungen, die den Wohnungseigentümern über die gesetzlichen Beschlusskompetenzen privatautonom bestimmte Beschlusskompetenz geben, nennt man üblicherweise „Öffnungsklausel“.³ Mit einer solchen Vereinbarung nehmen die Wohnungseigentümer wissend und wollend in Kauf, dass eine Entscheidung, für die das Gesetz annimmt, sie müsse wegen ihrer Bedeutung und Wichtigkeit von allen Wohnungseigentümern gemeinsam getroffen werden, etwa, ob man das Sondereigentum zum Wohnen oder nicht Wohnen gebrauchen und nutzen kann, ob es am gemeinschaftlichen Eigentum ein Sondernutzungsrecht geben soll oder wer das gemeinschaftliche Eigentum erhalten muss, nur von einer Mehrheit getroffen wird.⁴ Eine Öffnungsklausel ist zwar im Einzelfall gefährlich und kann dazu führen, dass die Rechte einzelner Wohnungseigentümer gegenüber dem Interesse der Mehrheit der Wohnungseigentümer zurücktreten müssen. Dass aber ist ihr Ziel und Zweck.⁵

1 Dazu näher *Elzer*, ZNotP 2019, 110.

2 Zu den Schranken im Überblick *Hügel/Elzer*, 2. Aufl., § 10 WEG, Rn. 112 ff.

3 Siehe nur BGH GE 2019, 607 Rn. 22; ZNotP 2018, 360 Rn. 10; NJW-RR 2016, 1107 Rn. 15; NZM 2015, 544 Rn. 18; NZM 2015, 88 Rn. 12; *Hügel/Elzer*, 2. Aufl., § 10 WEG, Rn. 143 ff.

4 Grundlegend BGH NJW 1985, 2832 unter II. 1.

5 Grundlegend BGH NJW 1985, 2832 unter II. 1.

Praxishinweis:

Die Wohnungseigentümer können neben der vertraglichen Begründung von Mehrheitsmacht zugleich bestimmen, in welcher *Art und Weise* eine Beschlussfassung möglich sein soll (fehlt es an einer Regelung, gilt das Gesetz).

Neben dem einfachen Mehrheitsbeschluss, der erfordert, dass auf einen Beschlussantrag mehr Wohnungseigentümer mit Ja als mit Nein stimmen, sind *Beschlussqualifizierungen* denkbar. Es kann etwa vereinbart werden, dass ein Beschluss zu seiner Entstehung beurkundet werden oder notwendig in ein „Protokollbuch“ aufgenommen werden muss. Ferner kann bestimmt sein, dass einem auf der Öffnungsklausel beruhenden Beschluss 3/4 sämtlicher Wohnungseigentümer oder der auf einer Eigentümerversammlung anwesenden Wohnungseigentümer zustimmen müssen.⁶

Sieht der Notar solche Qualifizierungen vor, sind bei der Gestaltung die §§ 12 Abs. 4 Satz 2, 16 Abs. 5, 22 Abs. 2 Satz 2 WEG zu beachten. Die durch die §§ 12 Abs. 4 Satz 1, 16 Abs. 3, 16 Abs. 4, 22 Abs. 2 Satz 1 WEG eingeräumten besonderen Beschlusskompetenzen können danach auch durch Vereinbarung nicht eingeschränkt oder ausgeschlossen werden; das wird durch eine Qualifizierung zwar meist gar nicht gewollt sein, so dass ggf. eine Auslegung möglich ist, dass die Qualifizierung diese Kompetenzen nicht ergreift. Zur Klarstellung bietet es sich aber jedenfalls an, in der Öffnungsklausel ausdrücklich herauszustreichen, dass die Beschlussqualifizierungen für auf diesen Vorschriften beruhende Beschlüsse nicht gelten.⁷

Die Bedeutung von Öffnungsklauseln war lange Zeit gering. Das lag an der verbreiteten Annahme, dass man auch durch einen Beschluss, für den es keine Beschlusskompetenz gibt, etwas vom Gesetz oder einer Vereinbarung Abweichendes bestimmen könne („Pseudovereinbarung“). Es war zwar allen bewusst, dass solche Beschlüsse nicht ordnungsmäßig und auf Anfechtung hin für ungültig zu erklären sind. Man ging aber davon aus, dass auch solche Beschlüsse in Bestandskraft erwachsen können. Mit Blick auf die Anfechtungsfrist, die drohte, einen solchen Beschluss zu zerstören, sprach man gern „Zitterbeschlüssen“. Dieses Denken änderte sich erst durch eine BGH-Entscheidung aus dem Jahr 2000.⁸ Der Sachenrechtssenat hielt dort dafür, dass Beschlüsse, die dauerhaft etwas vom Gesetz oder einer Vereinbarung Abweichendes bestimmen wollen, nichtig seien. Etwas anderes gelte nur, wenn es eine dahingehende *Öffnungsklausel* gebe.⁹

3. Konkrete und allgemeine Öffnungsklauseln

Der Notar kann für eine Wohnungseigentumsanlage eine *konkrete* (auch „punktueller“ oder „spezieller“ genannt) oder eine *allgemeine* Öffnungsklausel vorsehen.¹⁰

Von einer konkreten Öffnungsklausel ist zu sprechen, wenn sich die auf ihr beruhende Beschlussmacht (Kompetenz) auf bestimmte Bereiche oder einen Bereich beschränkt. Gegenstand einer konkreten Öffnungsklausel können jegliche Bestimmungen des Wohnungseigentumsgesetzes sein, soweit diese abdingbar sind. Für die Frage, welche Reichweite eine konkrete Öffnungsklausel hat, ist der sachenrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz zu beachten. Wird hiergegen verstoßen, kann die konkrete Öffnungsklausel nichtig sein.¹¹

Muster: Konkrete Öffnungsklausel zu Instandsetzungen und Instandhaltungen¹²

§ [...] – Kosten von Instandsetzungen und Instandhaltungen –

(1) Die Wohnungs- und Teileigentümer sind befugt, mit einfacher Mehrheit der in einer Versammlung vertretenen Stimmen für die Kosten einer Instandsetzung oder Instandhaltung der im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden Fenster eine vom geltenden Kostenverteilungsschlüssel abweichende Kostenbestimmung im Wege des Beschlusses zu treffen. Der Beschluss nach Satz 1 darf einzelne Wohnungseigentümer gegenüber dem früheren Rechtszustand nicht unbillig benachteiligen.

(2) Ist aufgrund eines Beschlusses nach Abs. 1 Satz 1 eine Eintragung im Grundbuch i.S.v. § 5 Abs. 4 Satz 1 WEG zu ändern oder soll erstmalig eine Vereinbarung zum Gegenstand des Sondereigentums gemacht werden, ist jeder Wohnungs- und Teileigentümer verpflichtet, die entsprechende Eintragung zu bewilligen. Die Wohnungs- und Teileigentümer ermächtigen den jeweiligen Verwalter unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB, sie gegenüber einem Notar und/oder dem Grundbuchamt bei der Abgabe der für eine Eintragung nach Satz 1 zweckdienlichen und notwendigen Erklärungen zu vertreten. Gegenüber dem Grundbuchamt gilt die Vollmacht unbeschränkt. Soweit im Zusammenhang mit einer Eintragung gemäß Satz 1 gegenüber den Wohnungs- und Teileigentümern Erklärungen Dritter abzugeben sind, wird der Verwalter bevollmächtigt, diese mit Wirkung gegenüber den Wohnungs- und Teileigentümern anzunehmen.

Eine *allgemeine* Öffnungsklausel erfasst hingegen alle Gegenstände, die im Übrigen zu vereinbaren wären. Sie ist zulässig¹³ und muss keine „Fallgruppen“ nennen, in denen eine Beschlussmacht möglich ist. Denn selbst eine weit gefasste Öffnungsklausel berührt nicht die Frage der grundbuchrechtlichen Bestimmtheit. Wegen ihrer Weite erlaubt es allgemeine Öffnungsklausel nach bislang h.M. sogar, ein Sondernutzungsrecht zu begründen. Da diese Rechtsmeinung allerdings zweifelhaft ist, bietet es sich an, die Begründung eines Sondernutzungsrechts durch Beschluss ausdrücklich vom Anwendungsbereich der Öffnungsklausel auszunehmen.

Muster: Allgemeine Öffnungsklausel¹⁴

§ [...] – Allgemeine Öffnungsklausel –

6 Elzer, in: Elzer/Fritsch/Meier, Wohnungseigentumsrecht, 3. Aufl., § 1 Rn. 218.

7 Elzer, in: Elzer/Fritsch/Meier, Wohnungseigentumsrecht, 3. Aufl., § 1 Rn. 219.

8 BGH ZNotP 2000, 492.

9 BGH ZNotP 2000, 492 unter III. 4.

10 Siehe nur Falkner, in: BeckOK, Stand: 01.12.2018, § 10 WEG Rn. 169.

11 BGH ZNotP 2012, 179 Rn. 11.

12 Entnommen aus Elzer, in: Elzer/Fritsch/Meier, Wohnungseigentumsrecht, 3. Aufl., § 1 Rn. 225. Siehe etwa auch das Muster von Hügél, in: Hügél/Scheel, Rechtshandbuch Wohnungseigentum, 4. Aufl., § 18 (dort unter 15. des Musters I).

13 A.A. Rapp, DNotZ 2000, 864, 868.

14 Entnommen aus Elzer, in: Elzer/Fritsch/Meier, Wohnungseigentumsrecht, 3. Aufl., § 1 Rn. 230.

(1) Die Wohnungs- oder Teileigentümer sind befugt, das nicht zwingende Gesetz sowie sämtliche Vereinbarungen im Wege des Beschlusses aufzuheben oder zu ändern, sofern einzelne Wohnungseigentümer gegenüber dem früheren Rechtszustand nicht unbillig benachteiligt werden.

(2) Ein Beschluss nach Abs. 1 bedarf der Mehrheit der in einer Versammlung erschienenen oder vertretenen Stimmen, soweit das Gesetz keine höheren Anforderungen stellt.

(3) Die Wohnungs- oder Teileigentümer sind nicht befugt, aufgrund von Abs. 1 ein Sondernutzungsrecht zu begründen, es aufzuheben oder inhaltlich zu verändern.

(4) Ist aufgrund eines Beschlusses nach Abs. 1 eine Eintragung im Grundbuch i.S.v. § 5 Abs. 4 Satz 1 WEG zu ändern oder soll erstmalig eine Vereinbarung zum Gegenstand des Sondereigentums gemacht werden, ist jeder Wohnungs- und Teileigentümer verpflichtet, die entsprechende Eintragung zu bewilligen. Die Wohnungs- und Teileigentümer ermächtigen den jeweiligen Verwalter unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB, sie gegenüber einem Notar und/oder dem Grundbuchamt bei der Abgabe der für eine Eintragung nach Satz 1 zweckdienlichen und notwendigen Erklärungen zu vertreten. Gegenüber dem Grundbuchamt gilt die Vollmacht unbeschränkt. Soweit im Zusammenhang mit einer Eintragung gemäß Satz 1 gegenüber den Wohnungs- und Teileigentümern Erklärungen Dritter abzugeben sind, wird der Verwalter bevollmächtigt, diese mit Wirkung gegenüber den Wohnungs- und Teileigentümern anzunehmen.

4. Materielle Kontrolle

Nach Ansicht des BGH hat eine Öffnungsklausel die Funktion, „zukünftige Mehrheitsentscheidungen formell zu legitimieren, ohne sie materiell zu rechtfertigen“.¹⁵ Deshalb sei ein Beschluss, der auf einer Öffnungsklausel beruhe, nicht schon dann rechtmäßig, wenn er die in der Öffnungsklausel genannten Anforderungen erfülle.

a) Fundamentale inhaltliche Schranken

Vielmehr seien zum einen bestimmte „fundamentale inhaltliche Schranken“ zu beachten. Solche Schranken ergäben sich zunächst aus den gesetzlichen Bestimmungen der §§ 134, 138, 242 BGB und den zum Kernbereich des Wohnungseigentumsrechts zählenden Vorschriften, wozu u.a. unentziehbare und unverzichtbare Individualrechte gehörten. Denn was selbst durch Vereinbarung nicht geregelt werden könne, entziehe sich auch einer Regelung im Beschlusswege auf Grund einer Öffnungsklausel.

Praxishinweis:

Diese überzeugende Einschränkung führt im Ergebnis eigentlich dazu, dass bereits die Öffnungsklausel als Vereinbarung insoweit unwirksam ist. In der Folge ist dann aber auch ein auf ihr beruhender Beschluss in Ermangelung einer Beschlusskompetenz nichtig.

b) Notwendige Zustimmung

Zum anderen werde die durch eine Öffnungsklausel legitimierte Mehrheitsmacht durch solche Rechte begrenzt, die man einem Wohnungseigentümer nur mit seiner Zustim-

mung entziehen könne.¹⁶ Ein in solche Rechte eingreifender, auf einer Öffnungsklausel beruhender Beschluss sei nur dann wirksam, wenn die hiervon nachteilig betroffenen Wohnungseigentümer zustimmten.

Praxishinweis:

Als ein unentzieh-, aber verzichtbares Recht ordnete der BGH bislang folgende Rechte ein:

- Im Jahr 2004 das Recht auf eine Parabolantenne.¹⁷ Es ging um einen im Jahr 2002 gefassten Beschluss, der das Anbringen von Parabolantennen verbot.
- Im Jahr 2014 das Recht, nicht gegen seinen Willen einen Bestandteil des gemeinschaftlichen Eigentums auf eigene Kosten instandhalten und instandsetzen zu müssen.¹⁸ Konkret ging es um einen Beschluss, der anordnete, dass einem Sondernutzungsberechtigten künftig die ordnungsgemäße Instandhaltung einer Gartenfläche in Gestalt von Gartenpflege- und Reinigungsarbeiten obliegt und die dadurch entstehenden Kosten zu tragen hat.
- Im Jahr 2016 das Recht, nicht mehr Kosten tragen zu müssen, als nach einer Vereinbarung.¹⁹ Konkret ging es um einen Beschluss, nach dem der Eigentümer eines Teileigentums ab dem 2010 an den Kosten für Müllbeseitigung, Straßenreinigung, sonstigen Kosten, Strom, Garten, Hausmeister, Versicherung und Instandhaltungsrückstellung zu beteiligen war.
- Ein Instanzgericht nahm im Übrigen an, die Änderung des geltenden Stimmrechtsprinzips könne nicht auf eine konkrete Öffnungsklausel gestützt werden.²⁰

5. „Gesetzliche Öffnungsklauseln“

Durch die WEG-Reform 2007 wurden die Bestimmungen der §§ 16 Abs. 3 und Abs. 4 WEG, § 12 Abs. 4 WEG und § 21 Abs. 7 WEG ins Gesetz eingefügt. Diese erlauben es Wohnungseigentümern grundsätzlich, Vereinbarungen durch Beschluss aufheben bzw. zu ändern. Für Beschlüsse nach § 12 Abs. 4 WEG, mit denen eine Veräußerungsbeschränkung aufgehoben werden kann, lässt das Gesetz eine Grundbuchberichtigung zu;²¹ für die anderen Beschlüsse kann nichts anderes gelten. Der für die Grundbuchberichtigung nach § 22 GBO erforderliche *Unrichtigkeitsnachweis* in der Form des § 29 GBO kann analog §§ 12 Abs. 4 Satz 5, 26 Abs. 3 WEG erbracht werden.²² Eintragungsfähig ist aber nur die eingetretene Unrichtigkeit der ehemaligen Vereinbarung, nicht der Inhalt des neu gefassten Beschlusses.

15 BGH NJW-RR 2016, 1107 Rn. 15; grundlegend BGH ZNotP 2015, 101 Rn. 14.

16 Hier wird ggf. – ohne es zu sagen – auf § 35 BGB geblickt. Diese Bestimmung meint aber „Sonderrechte“. Dies sind lediglich Rechtspositionen, die individuell durch die Satzung eingeräumt und zudem als unentziehbare Rechte ausgestaltet sind, nicht aber eine Rechtsstellung, die allgemein mit der Mitgliedschaft verbunden ist (BGH NJW 2017, 1467 Rn. 34; NZG 2013, 57).

17 BGH DNotZ 2004, 617 unter III. 2. c) bb) (2).

18 BGH ZNotP 2015, 101 Rn. 16.

19 BGH NJW-RR 2016, 1107 Rn. 15.

20 LG Karlsruhe ZWE 2017, 283 m. Anm. Elzer.

21 Hügel/Elzer, 2. Aufl., § 12 WEG, Rn. 82.

22 Hügel/Elzer, 2. Aufl., § 10 WEG, Rn. 145.

Praxishinweis:

Der BGH kennt auch an dieser Stelle im Ergebnis eine Inhaltskontrolle. Denn etwa nach dem Wortlaut des § 16 Abs. 3 WEG kann *jede* Vereinbarung geändert werden. Der BGH ist insoweit aber anderer Ansicht. § 16 Abs. 3 WEG räumt seiner Ansicht nach keine Beschlusskompetenz ein, einen Wohnungseigentümer, der nach einer Vereinbarung von der Tragung bestimmter Kosten oder der Kostentragungspflicht *insgesamt* befreit ist, durch Beschluss erstmals an den Betriebs- und Verwaltungskosten zu beteiligen.²³

Diese Sichtweise erlaubt es dem Notar etwa, auch im geltenden Recht in Mehrhausanlagen Umlageschlüssel zu bestimmen, die die Wohnungseigentümer, deren Sondereigentum in einem anderen Haus liegt, dauerhaft und beschlussfest von bestimmten Kosten auszunehmen.

II. Das Urteil des BGH vom 12.04.2019²⁴**1. Der Fall**

Die Gemeinschaftsordnung einer Wohnungseigentumsanlage enthält eine Regelung, wonach den Wohnungseigentümern u.a. die vorübergehende oder wechselnde Vermietung ihrer Wohnungen (z.B. an Feriengäste) gestattet ist. Eine allgemeine Öffnungsklausel sieht vor, dass diese Gemeinschaftsordnung mit einer Mehrheit von 75 % aller Miteigentumsanteile geändert werden kann. Mit einer solchen Mehrheit fassen die Wohnungseigentümer folgenden Beschluss: „Die Wohnungen dürfen grundsätzlich nur zu Wohnzwecken genutzt oder zu Wohnzwecken vermietet werden. Die Überlassung an täglich oder wöchentlich wechselnde Feriengäste, vor Ort befristet Tätige oder andere Mieter mit Unterkunftsbedürfnissen von kurzer Dauer ist nicht zulässig. Ausgeschlossen ist ebenfalls eine Nutzung zur Beherbergung von Personen oder als Unterkunft für Beschäftigte gemäß Runderlass des Niedersächsischen Ministeriums des Inneren vom 17.12.2013 (Werkwohnungen). Die Überlassung einer Wohnung an Dritte ist der Hausverwaltung anzuzeigen“.

2. Die BGH-Lösung

Nach Ansicht des BGH ist der Beschluss jedenfalls anfechtbar. Denn die Wohnungseigentümer hätten grundsätzlich keine Kompetenz, zu beschließen, auf welche Art und Weise ein Wohnungs- oder Teileigentum grundsätzlich genutzt und gebraucht werden darf. Eine Vereinbarung nach § 1 Abs. 2 und Abs. 3 WEG, also eine Vereinbarung, die bestimme, wie das Sondereigentum gebraucht und genutzt werden darf, sei zwar „verzichtbar“. Sie könne aber auf der Grundlage einer allgemeinen Öffnungsklausel nur mit *Zustimmung* des von der Änderung betroffenen Wohnungseigentümers geändert oder eingeschränkt werden. So liege es auch, wenn die kurzzeitige Vermietung eines Wohnungseigentums (z.B. an Feriengäste) verboten werde. Anders zu beurteilen sei hingegen ein Beschluss, dass die Überlassung einer Wohnung an Dritte anzuzeigen ist.

Beschlüsse, die auf der Grundlage einer allgemeinen Öffnungsklausel mit der erforderlichen Mehrheit gefasst werden würden, seien zwar nur insoweit materiell überprüfbar, als das „Ob“ und das „Wie“ der Änderung nicht willkürlich sein

dürften. Einer *weiterreichenden* Kontrolle unterlägen aber Beschlussgegenstände, die unverzichtbare oder unentziehbare, aber verzichtbare („mehrheitsfeste“) Rechte betreffen. Zu diesen Rechten gehöre die Zweckbestimmung eines Wohnungs- oder Teileigentums. Im Fall hätten die Wohnungseigentümer zwar kein generelles, sondern bloß ein spezielles Vermietungsverbot beschlossen. Auch ein solches Verbot könne aber nur mit Zustimmung aller davon betroffenen Wohnungseigentümer beschlossen werden. Denn es verenge die zuvor weite Zweckbestimmung und schränke das bestehende Recht jedes einzelnen Wohnungseigentümers, mit seinem Sondereigentum nach Belieben zu verfahren, dauerhaft in erheblicher Weise ein.

III. Folgerungen**1. Allgemeine Öffnungsklauseln**

Der BGH hat mit der jetzigen Entscheidung sowie zuvor mit seiner „Belastungsverbotsentscheidung“²⁵ den Anwendungsbereich allgemeiner Öffnungsklauseln bewusst und sehr weitgehend eingeengt.²⁶ Seiner bisherigen Ansicht, die Wohnungseigentümer hätten mit der Vereinbarung einer allgemeinen Öffnungsklausel bereits vorab einer Änderung der Gemeinschaftsordnung eingewilligt,²⁷ mochte er nicht mehr in jedem Falle folgen.²⁸ Zwar sei eine allgemeine Öffnungsklausel „als solche“ nicht zu beanstanden. Daraus könne aber nicht auf eine Zustimmung zu *allen* künftig denkbaren Regelungen und damit auch zu einschneidenden Änderungen geschlossen werden. Denn die Gewährung rechtlicher Gestaltungsmacht trage „ihre Beschränkung auf das gebotene Maß als immanente Schranke“ in sich.

Mit dieser engen Sichtweise kann und wird sich die Praxis abfinden können und müssen. Insoweit war früher manches allerdings besser. Fast wehmütig liest man in der Grundsatzentscheidung aus dem Jahr 1985 u.a. Folgendes:²⁹ „Die Gestaltungsfreiheit der Wohnungseigentümer soll nicht mehr als notwendig beschränkt werden. ... Den Wohnungseigentümern wird vielmehr ausdrücklich die Befugnis eingeräumt, durch Vereinbarung zusätzliche Angelegenheiten von dem Einstimmigkeitsprinzip auszunehmen. Besteht somit auch in diesem Umfang weitgehend Gestaltungsfreiheit, begegnet es keinen Bedenken, wenn die Wohnungseigentümer vereinbaren, daß auch dort Mehrheitsbeschlüsse zulässig sein sollen, wo das Gesetz an sich eine Vereinbarung vorschreibt. *Denn mit Billigung einer Abänderungsklausel in der Gemeinschaftsordnung erklären sich die Wohnungseigentümer mit der Geltung des Mehrheitsgrundsatzes einverstanden.*“

Praxishinweis:

Nach der Ansicht des BGH sind als Anwendungsbereich für vereinbarte allgemeine Öffnungsklauseln im Wesent-

23 BGH NJW-RR 2016, 1107 Rn. 15; BGH ZNotP 2012, 310 Rn. 13.

24 ZNotP 2019, 241, in diesem Heft.

25 BGH ZNotP 2015, 101.

26 Zu Recht kritisch *Falkner*, in: BeckOK, Stand: 01.12.2018, § 10 WEG Rn. 174.

27 BGH NJW 1985, 2832 unter II. 1; *Hügel/Elzer*, 2. Aufl., § 10 WEG Rn. 151.

28 Rn. 19.

29 BGH NJW 1985, 2832 unter II. 1.

lichen Gebrauchs- oder Kostenregelungen³⁰ verblieben sowie solche Rechte, deren Veränderung ein Wohnungseigentümer ausdrücklich zustimme.³¹ Die Unsicherheit, wo er selbst oder andere Gerichte künftig eine Zustimmung für erforderlich halten werden, weil man meint, ein weiteres „unentzieh-, aber verzichtbares Recht“ ausgemacht zu haben, ist mit diesem Hinweis aber wohl nicht beseitigt. Die prospektive Suche, was zu den zum „Kernbereich des Wohnungseigentumsrechts“ zählenden Vorschriften oder zu den „Grundprinzipien des Wohnungseigentums“ gehört, stellt die Notare, die eine allgemeine Öffnungsklauseln formulieren wollen, vielmehr vor eine nicht lösbare Aufgabe.³² Im Notariat sollte daher erwogen werden, künftig auf allgemeine Öffnungsklauseln gänzlich zu *verzichten* und – solange diese noch keinem Sperrfeuer ausgesetzt sind – auf konkrete Öffnungsklauseln zu setzen.

2. Konkrete Öffnungsklauseln

Der BGH äußert sich im Fall nur zu *allgemeinen* Öffnungsklauseln. Einen Blick auf konkrete Öffnungsklauseln, die es im Fall nicht gab, wirft er allerdings Rn. 19. Er erwähnt dort eine konkrete Öffnungsklausel, die es ohne Zustimmung der betroffenen Wohnungseigentümer erlaube, eine Vereinbarung nach § 1 Abs. 2 und Abs. 3 WEG zu ändern. Er nennt eine solche konkrete Öffnungsklausel „jedenfalls ungewöhnlich“. Diese Ungewöhnlichkeit spreche dafür, dass eine allgemeine Öffnungsklausel nicht jeden Beschluss erlaube. Dass die konkrete Öffnungsklausel eine solche Entscheidung nicht erlaube, sagt der BGH nicht. Hieraus könnte man im Umkehrschluss schließen, im Notariat künftig auf allgemeine Öffnungsklausel zu verzichten und jeweils dort, wo die Wohnungseigentümer die Macht haben sollen, eine Vereinbarung zu ändern, hierfür ausdrücklich eine näher bestimmte Beschlusskompetenz im Wege einer *konkreten* Öffnungsklausel einzuräumen.³³ Dieser Weg erscheint nach einer Sichtung der Gründe, die den BGH bewogen haben, den Anwendungsbereich allgemeiner Öffnungsklauseln zu beschneiden, womöglich weiterhin gangbar und wäre im heutigen WEG sinnvoll.

Jedenfalls dort, wo auch eine Vereinbarung nicht möglich wäre (siehe oben I. 4. a), kann sich zwar auch durch eine konkrete Öffnungsklausel natürlich nichts ändern. Im Bereich der Zustimmung (siehe oben I. 4. b) könnte man hingegen behaupten, diese läge an dieser Stelle – anders als sonst (oben III. 1.) – eben in der Zustimmung zur Öffnungsklausel, die die entsprechende Rechtsmacht transparent anspricht. Dem ließe sich entgegenhalten, dass der Besteller oder Käufer eines Wohnungseigentums der Öffnungsklausel nicht wirklich zustimmt, sondern sie letztlich *hinnehmen* muss. Allerdings muss niemand ein Wohnungseigentum erwerben, wenn ihm die in der entsprechenden Wohnungseigentumsanlage

geltende Gemeinschaftsordnung nicht schmeckt. Meinten alle Wohnungseigentümer, die Gemeinschaftsordnung sei insoweit fehlerhaft, könnten sie selbst diese im Übrigen jederzeit ändern; und schließlich gibt es auch den § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG.

3. Quorum

Die vom BGH im Fall zu betrachtende Gemeinschaftsordnung sieht vor, dass ein Beschluss, der aufgrund der allgemeinen Öffnungsklausel gefasst wird, einer „Mehrheit von 75 % aller Miteigentumsanteile“ bedarf. Diese sehr unglückliche Formulierung lässt offen, ob es um die entsprechende Mehrheit der Miteigentumsanteile der in der Versammlung anwesenden oder vertretenen Eigentümer geht oder ob der Verwalter bei der Berechnung des notwendigen Quorums auf alle Wohnungseigentümer schauen muss. Der BGH hat eine Formulierung, wonach „von der Versammlung der Eigentümer mit $\frac{3}{4}$ -Mehrheit“ Beschlüsse zu Umlageschlüsseln gefasst werden konnten, im Wege der Auslegung auf eine $\frac{3}{4}$ -Mehrheit aller Wohnungseigentümer bezogen.³⁴ Ein Notar sollte darauf achten, dass seine Bestimmung insoweit *zweifelsfrei* und *praktisch handhabbar* ist.

Praxishinweis:

Es ist streitig, was gilt, wenn ein auf einer allgemeinen Öffnungsklausel beruhender Beschluss die dort vereinbarte Mehrheit verpasst.³⁵ Nach einigen Stimmen ist in diesem Falle von Nichtigkeit auszugehen, nach anderen, wohl die Mehrheit bildenden Ansichten ist der Beschluss zwar nicht ordnungsmäßig, aber nur anfechtbar. Der BGH hat sich bislang bewusst nicht positioniert. Es wäre vorstellbar, diese Folge zu vereinbaren.

4. Sondernutzungsrechte

Es steht zu vermuten, dass der BGH auch das Recht, das gemeinschaftliche Eigentum mitgebrauchen zu können, als ein „Kernrecht“ ansehen wird.³⁶ Auf einer Öffnungsklausel beruhende Beschlüssen, die ein Sondernutzungsrecht begründen wollen, dürften deshalb nach der jetzt bekannt gewordenen Rechtsprechung nichtig sein, wenn nicht alle Wohnungseigentümer zustimmen. Eine allgemeine Öffnungsklausel sollte daher – wie hier auch vorgeschlagen – Sondernutzungsrechte aus dem Anwendungsbereich herausnehmen.

30 Siehe dazu BGH NJW-RR 2011, 1165 Rn. 11.

31 Rn. 21.

32 Siehe bereits *Elzer*, ZWE 2017, 285, 286.

33 S.a. *Falkner*, in: BeckOK, Stand: 01.12.2018, § 10 WEG Rn. 174.1.

34 BGH NJW-RR 2011, 1165 Rn. 12; BGH NJW 2011, 2202 Rn. 14.

35 Zum Überblick *Hügel/Elzer*, 2. Aufl., § 10 WEG Rn. 152.

36 S.a. *Falkner*, in: BeckOK, Stand: 01.12.2018, § 10 WEG Rn. 172.1.

ZNotP Volljährigenunterhalt – Teil 4

von Dr. Wolfram Viefhues, weiterer Aufsicht führender Richter am AG a.D., Gelsenkirchen

D. Verminderung des Selbstbehaltes wegen Zusammenlebens des Elternteiles mit einem neuen Partner („sog. Synergie“)

Nach der Rechtsprechung des BGH kommt eine Herabsetzung des dem Unterhaltspflichtigen zu belassenden Selbstbehalts in Betracht kommt, wenn der Unterhaltspflichtige in einer neuen Lebensgemeinschaft wohnt, dadurch Kosten für Wohnung oder die allgemeine Lebensführung spart („Zusammenleben ist billiger“) und sich deswegen auch sozialhilferechtlich auf einen – im Rahmen seiner Bedarfsgemeinschaft – geringeren Bedarf verweisen lassen müsste.²²⁰ Daher ist bei der Unterhaltsbemessung *die durch eine gemeinsame Haushaltsführung eintretende Ersparnis zu berücksichtigen*, da sich die Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen durch eine solche Entlastung erhöht.²²¹

Das gilt auch dann, wenn der Unterhaltspflichtige nicht neu verheiratet ist und deswegen auch keine Ansprüche auf Familienunterhalt oder sonstige Versorgungsleistungen gegen den Partner bestehen.²²²

Der Selbstbehalt eines Unterhaltspflichtigen kann in diesen Fällen um die durch eine gemeinsame Haushaltsführung eintretende Ersparnis, höchstens jedoch bis auf sein Existenzminimum nach sozialhilferechtlichen Grundsätzen herabgesetzt werden.²²³ In Anlehnung an die Regelungen im Sozialrecht wird eine *Haushaltersparnis von 10 %* des Selbstbehaltes angenommen. Für diesen Ansatz ist es gleichgültig, ob der Unterhaltsanspruch von einem minderjährigen oder volljährigen Kind, einem Ehegatten oder einem Elternteil gegen den Unterhaltspflichtigen geltend gemacht werden. Die Differenzierung erfolgt über die Höhe der unterschiedlichen Selbstbehaltssätze.

Die Herabsetzung des dem Unterhaltspflichtigen zu belassenden notwendigen Selbstbehalts beruht dann auf der Ersparnis durch die gemeinsame Haushaltsführung, die regelmäßig zu einer Kostenersparnis und zu *Synergieeffekten* führt, die jeden Lebenspartner hälftig entlasten.²²⁴

Dies gilt auch bei einer gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaft.²²⁵

Erforderlich ist allerdings, dass der *neue Partner* ausreichend *leistungsfähig* ist.²²⁶ Umstritten ist hierbei, ob Sozialleistungen als Einkommen in diesem Sinne gewertet werden können.²²⁷

Der *Unterhaltspflichtige* kann im Einzelfall *darlegen und ggf. beweisen*, dass *keine* konkrete *Ersparnis* eintritt.²²⁸ Ob eine solche Ersparnis auch anzurechnen ist beim Zusammenleben mit einem anderen volljährigen Kind, das über Einkommen verfügt, ist umstritten.^{228a}

E. Wechselseitige Auskunftsansprüche der unterhaltspflichtigen Elternteile

Das Kind hat gegen beide Elternteile einen Auskunftsanspruch aus, ebenso können die Eltern vom Kind Auskunft gem. § 1605 BGB verlangen.

Jedoch haben auch die beiden anteilig haftenden Elternteile einen Auskunftsanspruch gegeneinander, den die Rspr. auf § 242 BGB stützt.²²⁹

Allerdings ist ein Auskunftsanspruch kein Selbstzweck, sondern dient der Berechnung und damit letztlich der Durchsetzung eines zugrundeliegenden Anspruches. Wo aber kein Anspruch besteht oder die Auskunft den Unterhaltsanspruch unter keinem Gesichtspunkt beeinflussen kann, ist für ein Auskunftsverlangen kein Raum.²³⁰ Daher besteht keine Auskunftsspflicht, wenn ein wirksamer *Unterhaltsverzicht* vorliegt.²³¹ Auch wird vom Unterhaltspflichtigen keine Auskunft geschuldet, wenn feststeht, dass der *Bedarf* des Unterhaltsberechtigten *vollständig* durch eigene Einkünfte *gedeckt* wird und daher keine unterhaltsrechtliche Bedürftigkeit vorhanden ist.²³² Letztlich kann keine Auskunft verlangt werden, wenn der Auskunftsberechtigte die erforderlichen *Informationen selbst kennt*.²³³

Die früher allgemein vertretene Ansicht, eine Auskunft scheide aus, wenn der Unterhaltspflichtige *seine uneingeschränkte Leistungsfähigkeit* eingesteht, ist nach der Entscheidung des BGH vom 15.11.2017 – XII ZB 503/16 nicht mehr haltbar.²³⁴

220 BGH, Urt. v. 09.01.2008 – XII ZR 170/05 NJW 2008, 1373 mit Anm. *Born* = FamRZ 2008, 594 mit Anm. *Borth* und krit. Anm. *Weychardt*, FamRZ 2008, 778, *Graba*, FPR 2008, 176–177.

221 BGH v. 17.10.2012 – XII ZR 17/11, NJW 2013, 1305 = FamRZ 2013, 868 mit Anm. *Hauß*; BGH; KG Beschl. v. 24.05.2017 – 13 UF 48/17, FamRZ 2017, 1930; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 28.06.2016 – II-1 UF 34/16, FamRZ 2017, 1, OLG Stuttgart, Beschl. v. 04.12.2014 – 16 UF 196/14.

222 BGH v. 17.10.2012 – XII ZR 17/11, NJW 2013, 1305 = FamRZ 2013, 868 mit Anm. *Hauß*; BGH, 17.03.2010 – XII ZR 204/08, FamRZ 2010, 802 mit Anm. *Viefhues* = NJW 2010, 1665.

223 BGH, Urt. v. 09.01.2008 – XII ZR 170/05 NJW 2008, 1373 mit Anm. *Born* = FamRZ 2008, 594 mit Anm. *Borth* und krit. Anm. *Weychardt* FamRZ 2008, 778, *Graba* FPR 2008, 176–177.

224 BGH v. 17.03.2010 – XII ZR 204/08, FamRZ 2010, 802 mit Anm. *Viefhues* = NJW 2010, 1665; BGH v. 09.01.2008 – XII ZR 170/05 – FamRZ 2008, 594 Tz. 37 m.w.N.

225 BGH FamRZ 1995, 344.

226 OLG Dresden FamRZ 2009, 1497; OLG Hamm FamRZ 2010, 383, 384; OLG Hamm FamRZ 2010, 985; *Maurer*, FamRZ 2008, 978; OLG Hamm FamRZ 2006, 809, *Maurer*, FamRZ 2008, 978; OLG Hamm FamRZ 2006, 809.

227 Bejahend BGH, Urt. v. 09.01.2008 – XII ZR 170/05 FamRZ 2008, 594 Rn. 39.

228 BGH v. 09.01.2008 – XII ZR 170/05 – FamRZ 2008, 594; BGH v. 17.03.2010 – XII ZR 204/08, FamRZ 2010, 802 mit Anm. *Viefhues*, NJW 2010, 1665.

228a Bejahend OLG Hamm, B. v. 09.06.2011 – II-6 UF 47/11, NJW 2011, 3310, ablehnend OLG Köln v. 10.01.2013 – 4 UF 164/12, FuR 2013, 345.

229 OLG Frankfurt, Beschl. v. 04.04.2018 – 2 UF 135/17, NZFam 2018, 572.

230 BGH – FamRZ 1994, 1169; BGH FamRZ 1993, 1065.

231 OLG Saarbrücken OLG Saarbrücken 2002, 172.

232 OLG Düsseldorf FamRZ 1998, 1191.

233 BGH FamRZ 1994, 1169.

234 BGH FamRZ 2018, 260.

Spezialfragen beim Volljährigenunterhalt

9. Konkurrenz mit Unterhaltsansprüchen anderer Berechtigter

In der familienrechtlichen Praxis verlangen nicht selten mehrere Unterhaltsberechtigte von einem Verpflichteten Unterhalt. Das Gesetz gibt in § 1609 BGB eine bestimmte Rangfolge vor, nach denen mehrere Unterhaltsansprüche zu befriedigen sind. Der Rang betrifft die *Leistungsfähigkeit* des Unterhaltspflichtigen, wirkt sich damit nicht auf die Frage der unterhaltsrechtlichen Bedarfsbemessung aus.

A. Konkurrenz mit Unterhaltsansprüchen minderjähriger Kinder

a. Grundsätzlicher Vorrang des minderjährigen Kindes

Die Unterhaltsansprüche minderjähriger Kinder stehen nach § 1609 Nr. 1 BGB im ersten Rang, sind also vorrangig zu befriedigen. Ist danach und nach Abzug des Selbstbehaltes des Unterhaltspflichtigen kein Geld mehr verfügbar, geht das volljährige Kind leer aus und ist auf staatliche Unterstützung z.B. durch BAföG angewiesen.

b. Privilegierte volljährige Kinder (§ 1603 Abs. 2 Satz 2 BGB)

Unterhaltsrechtlicher Gleichrang mit minderjährigen Kindern besteht aber dann, wenn das volljährige Kind als „privilegierter Volljähriger“ (§ 1603 Abs. 2 Satz 2 BGB) einzustufen ist.²³⁵

Die Herabsetzung des Volljährigkeitsalters auf 18 Jahre hat dazu geführt, dass viele Kinder, die volljährig werden, ihre Schulausbildung noch nicht abgeschlossen haben. Daher hat der Gesetzgeber die Rechtsfigur der „privilegierten volljährigen Kinder“ geschaffen, die hinsichtlich des Unterhaltsrangs und der verschärften Haftung der unterhaltspflichtigen Eltern den minderjährigen Kindern gleichgestellt sind.

aa. Voraussetzungen

Das Kind muss noch im Haushalt der Eltern – oder eines Elternteils²³⁶ – leben und sich in der allgemeinen Schulausbildung befinden (sog. „schulbesuchende Hauskinder“).

Ob auch ein Kind, das im Haushalt seiner Großeltern lebt, darunter fällt, ist umstritten. Das OLG Dresden bejaht dies in einem Sonderfall.²³⁷ Die Gegenansicht sieht dagegen die Privilegierung volljähriger Kinder gem. §§ 1603 Abs. 2 Satz 2, 1609 BGB als abschließende gesetzliche Regelung an, die grundsätzlich nicht erweitert werden darf. Dies deshalb, weil mit der Privilegierung nur bestimmte volljährige Kinder – innerhalb einer bestimmten Lebenssituation – den minderjährigen Kindern – ausnahmsweise – gleichgestellt werden. Die Erweiterung einer solchen Ausnahmeregelung sei grundsätzlich Aufgabe des Gesetzgebers. Daher komme eine Ausweitung auf Kinder, die bei den Großeltern leben, nicht in Betracht.²³⁸

Für eine solche *allgemeine Schulausbildung* sind 3 Faktoren maßgeblich:²³⁹

- *Ausbildungsziel*: Der Schulbesuch muss auf den Erwerb eines allgemeinen Schulabschlusses zielen, der Zugangsvoraussetzung für die Aufnahme einer Berufsausbildung

oder den Besuch einer Hochschule oder Fachhochschule ist. Dies ist bei einem Hauptschulabschluss, dem Realschulabschluss und den verschiedenen Formen der Hochschulreife immer der Fall.

- *Zeitliche Beanspruchung* des Schülers: Die Schulausbildung muss die *Zeit* und die *Arbeitskraft* des Kindes voll oder zumindest überwiegend in Anspruch nehmen. Eine Erwerbstätigkeit, durch die der Schüler seinen Lebensunterhalt verdienen könnte, darf neben der Schulausbildung also nicht möglich sein.
- *Organisationsstruktur* der Schule: Die Schulausbildung setzt die Teilnahme an einem kontrollierten Unterricht voraus; sie darf nicht der freien Entscheidung des Schülers – wie bei einem Studium – überlassen bleiben.

Geht das volljährige Kind dagegen einer *beruflichen Ausbildung* oder einem *Studium* nach, steht sein Unterhaltsanspruch gem. § 1609 Nr. 4 BGB im vierten Rang.

bb. Auswirkungen

Die Einstufung als sog. privilegiertes volljähriges Kind i.S.d. § 1603 Abs. 2 Satz 2 BGB hat unterhaltsrechtlich zwei wesentliche *Konsequenzen*:

- Es besteht ihnen gegenüber eine gesteigerte Unterhaltspflicht der Eltern, bei der an die *Erwerbsobliegenheit* des Unterhaltspflichtigen besonders strenge Anforderungen gestellt werden. In der Praxis hat dies vor allem Bedeutung für die Obliegenheit des Unterhaltspflichtigen, neben seiner vollschichtigen Erwerbstätigkeit einer weiteren Nebentätigkeit nachzugehen, wenn sein Einkommen nicht ausreicht, um zumindest den Mindestunterhalt des Kindes abzudecken (sog. *Nebentätigkeitsobliegenheit*).²⁴⁰
- Zudem kann der Unterhaltspflichtige sich gegenüber diesem Anspruch des volljährigen Kindes nur auf den – niedrigeren – *notwendigen Selbstbehalt* von derzeit 1.080 € berufen, während ihm gegenüber anderen volljährigen Kindern der – höhere – angemessene Selbstbehalt von 1.300 € zu belassen ist.²⁴¹

235 Zu Einzelheiten bei der Berechnung siehe OLG Stuttgart v. 06.04.2006 – 17 WF 57/06, FamRZ 2007, 75.

236 Vgl. KG NJW 2016, 2345.

237 OLG Dresden v. 12.09.2001 – 20 WF 0592/01, 20 WF 592/01, NJW-FER 2001, 309.

238 OLG Hamm v. 16.02.2005 – 11 WF 43/05, OLGR Hamm 2005, 607.

239 BGH v. 10.05.2001 – XII ZR 108/99, FamRZ 2001, 1068; BGH v. 09.01.2002 – XII ZR 34/00, NJW 2002, 2026–2029; OLG Hamm FamRZ 2015, 939, OLG Stuttgart NJW-RR 2013, 131. Einzelheiten zu den nicht ganz einheitlichen Rechtsprechung siehe Viefhues, in: jurisPK-BGB, 2017, § 1603 BGB, Rdnr. 1147 ff.

240 BGH v. 10.05.2001 – XII ZR 108/99, FamRZ 2001, 1068; BGH v. 09.01.2002 – XII ZR 34/00, NJW 2002, 2026–2029; OLG Hamm FamRZ 2015, 939, OLG Stuttgart NJW-RR 2013, 131. Einzelheiten zu den nicht ganz einheitlichen Rechtsprechung siehe Viefhues in jurisPK-BGB, 2017, § 1603 BGB, Rdnr. 882 ff.

241 BGH v. 12.01.2011 – XII ZR 83/08 NJW 2011, 670 mit Anm. Born = FamRZ 2011, 454 mit Anm. Finke.

Praxistipp:

- Auch gegenüber diesen privilegierten volljährigen Kindern sind *beide Eltern anteilig* barunterhaltspflichtig.²⁴²
- Es erfolgt auch keine Gleichbehandlung privilegierter volljähriger Kinder mit minderjährigen Kindern im *Vollstreckungsrecht* im Rahmen des § 850d ZPO.²⁴³
- Für privilegierte Volljährige gilt bei gerichtlichen Auseinandersetzungen die Zuständigkeitsvorschrift des § 232 Abs. 1 Nr. 2 FamFG (Sonderregelung der Zuständigkeit des Gerichts am *Aufenthaltort des Kindes*).

B. Zusammentreffen mit Unterhaltsansprüchen anderer volljähriger Kinder

Besteht eine Unterhaltsverpflichtung gegenüber mehreren volljährigen Kindern, deren Unterhaltsansprüche gem. § 1609 Nr. 4 BGB im gleichen Rang stehen, ist das verbleibende Einkommen ggf. zwischen allen Kindern aufzuteilen. Dabei sind zuvor bei beiden Eltern ggf. vorrangige Unterhaltsbelastungen von minderjährigen Kindern und Ehegatten sowie der jeweils geltende Selbstbehalt gegenüber volljährigen Kindern vom unterhaltsrechtlich relevanten bereinigten Einkommen abzuziehen. Reicht die Summe der beiderseits verfügbaren Restbeträge zur Deckung des Bedarfs desjenigen Kindes, für dessen Barunterhalt beide haften, nicht aus, liegt ein Mangelfall vor. In diesen Fällen erhält das Kind von beiden Elternteilen entsprechend weniger.

Machen mehrere volljährige (und dabei gleichrangige) Kinder Unterhalt geltend, so ist folglich die Verteilungsmasse im Verhältnis ihrer Bedarfsbeträge auf sie zu verteilen.

C. Konkurrenz mit Ehegattenunterhaltsansprüchen

Wird Ehegattenunterhalt gezahlt, ist vor der Berechnung der Haftungsanteile für den Unterhalt des volljährigen Kindes²⁴⁴

- beim *unterhaltspflichtigen* Ehegatten der von ihm geleistete (vorrangige) Ehegattenunterhalt in Abzug zu bringen
- beim unterhaltsberechtigten Ehegatten der erhaltene Ehegattenunterhalt seinem Einkommen hinzuzurechnen, denn auch Einkünfte in Form von Unterhaltsleistungen zählen zum unterhaltsrechtlich anzurechnenden Einkommen.^{244a}

Auf der Ebene der *Leistungsfähigkeit* besteht kein unterhaltsrechtlicher Vorrang des volljährigen Kindes gegenüber dem Anspruch auf Ehegattenunterhalt, dessen Anspruch lediglich den Rang nach § 1609 Nr. 4 BGB beanspruchen kann.

Bedeutung hat jedoch der Unterhalt des volljährigen Kindes bereits auf der Ebene des *Bedarfs des Ehegatten, der Ehegattenunterhalt verlangt*, da er bereits die maßgeblichen ehelichen Lebensverhältnisse der Ehefrau bestimmt hat. Denn die ehelichen Lebensverhältnisse i.S.v. § 1578 Abs. 1 Satz 1 BGB werden grundsätzlich durch die Umstände bestimmt, die bis zur Rechtskraft der Ehescheidung eingetreten sind. Nacheheliche Entwicklungen wirken sich auf die Bedarfsbemessung nach den ehelichen Lebensverhältnissen aus, wenn sie auch bei fortbestehender Ehe eingetreten wären oder in anderer Weise in der Ehe angelegt und mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten waren.²⁴⁵ Da die Unterhaltspflicht gegenüber dem volljährigen Kind auch bei Fortbestand der Ehe eingetreten wäre, hat diese

Verpflichtung folglich auch die ehelichen Lebensverhältnisse bestimmt.

Dies gilt einmal, wenn das Kind bereits während der Ehe aufgrund seiner Ausbildung bzw. seines Studiums als „Kostenfaktor“ die ehelichen Lebensverhältnisse bestimmt hat. Dies wird aber auch entsprechend gehandhabt, wenn während der Zeit des Zusammenlebens der Eheleute das Kind noch nicht studiert hat, aber die später begonnene Ausbildung bzw. das Studium des Kindes beruht auf gemeinsamer Planung und gemeinsamem Entschluss der Eltern beruhte. Damit stimmt der (nachrangige) *Unterhaltsanspruch des volljährigen Kindes* die ehelichen Lebensverhältnisse der Ehefrau und *verringert* somit auch deren *Unterhaltsbedarf*.²⁴⁶

10. Fiktive Einkünfte eines Elternteils

In der Praxis kommt es nicht selten vor, dass ein Elternteil lediglich teilschichtig oder gar nicht erwerbstätig ist, obwohl er im Verhältnis zum unterhaltsberechtigten volljährigen Kind zu einer vollschichtigen Erwerbstätigkeit verpflichtet wäre.²⁴⁷

Praxishinweise:

- Die materiellrechtliche Situation ist völlig klar, auch wenn dies z.B. in Seminarveranstaltungen nicht selten erstaunte Nachfragen, Verwunderung oder gar Widerspruch auslöst. Jeder Elternteil ist seinem volljährigen Kind gegenüber grundsätzlich zur *vollschichtigen Erwerbstätigkeit* verpflichtet. Es besteht aber keine verschärfte Haftung wie gegenüber minderjährigen Kindern.
- Die lediglich anteilige Haftung ändert daran nichts. Aus- und Fortbildungswünsche des Elternteils müssen grundsätzlich zurückstehen, solange die Unterhaltspflicht besteht.²⁴⁸
- Eine Ausnahme kann sich lediglich dann ergeben, wenn dieser Elternteil nicht aus besonderen Gründen – z.B. wegen der Betreuung noch minderjähriger Geschwisterkinder – an einer solchen vollschichtigen Erwerbstätigkeit gehindert ist.²⁴⁹

242 BGH v. 12.01.2011 – XII ZR 83/08; BGH v. 31.10.2007 – XII ZR 112/05, juris Rn. 19, 43 – FamRZ 2008, 137; BGH v. 09.01.2002 – XII ZR 34/00, NJW 2002, 2026–2029; OLG Dresden v. 27.10.1998 – 10 ARF 34/98, NJW 1999, 797–798; OLG Karlsruhe v. 24.02.1998 – 18 UF 114/97, FamRZ 1999, 45–46; OLG Düsseldorf v. 22.01.1999 – 3 WF 231/98, AnwBl 1999, 296; OLG Hamm v. 25.02.2000 – 12 UF 166/99, OLGR Hamm 2000, 159–161; OLG Bremen v. 15.10.1998 – 5 WF 99/98, OLGR Bremen 1999, 48; a.A. OLG Naumburg v. 16.08.1999 – 8 UF 248/98, FamRZ 2001, 371; OLG Rostock v. 19.09.2001 – 10 UF 304/00, FamRZ 2002, 696–697.

243 BGH v. 09.05.2003 – IXa ZB 73/03, NJW 2003, 2832.

244 Vgl. Soyka, FK 2012, 21.

244a Dose, in: Wendl/Dose, Unterhaltsrecht, 2015, § 1 Rdnr. 721 mwN.

245 BGH, v. 07.12.2011 – XII ZR 151/09, BGHZ 192, 45 = NJW 2012, 384 im Anschluss an BVerfG, 25.01.2011 – 1 BvR 918/10, FamRZ 2011, 437.

246 BGH FamRZ 2009, 762; Schürmann, FamRZ 2008, 313, 319.

247 Dazu Viefhues, in: jurisPK-BGB, 8. Aufl. 2017, § 1606 Rdnr. 87 und ausführlich Viefhues, FUR 2017, 410.

248 Wendl/Dose/Klinkhammer, Unterhaltsrecht, 9. Aufl. 2015, § 2 Rn. 541.

249 OLG Koblenz v. 11.03.2015 – 13 UF 735/14 FamRZ 2015, 1505; Vgl. Schwonberg, in: Eschenbruch/Schürmann/Menne, Der Unterhaltsprozess, 6. Aufl. Kap. 2 Rdnr. 1000 m.w.N.

– Auch wenn das volljährige Kind noch im Haushalt eines Elternteils lebt, wird dieser Elternteil dadurch nicht von dieser vollschichtigen Erwerbsobliegenheit entbunden. Denn einem volljährigen Kind gegenüber werden aus unterhaltsrechtlicher Sicht *keine Betreuungsleistungen* mehr erbracht.²⁵⁰ Daher führt auch die faktische Betreuung des volljährigen Kindes durch einen Elternteil nicht zu einer Freistellung von seiner anteiligen Unterhaltspflicht.

Wendet der vom Kind in Anspruch genommene Elternteil ein, der andere Elternteil sei auch erwerbsverpflichtet und müsse daher anteilig mit haften, so lehnt die Rechtsprechung dies ab mit der Begründung, dass sich das volljährige Kind nicht auf fiktive Einkünfte des anderen Elternteils verweisen lassen müsse, sondern vom den tatsächlich erwerbstätigen Elternteil seinen gesamten Unterhalt beanspruchen kann. Zudem sei eine etwaige Verletzung der Erwerbspflichten dieses anderen Elternteils kein Umstand, den das Kind zu verantworten habe.²⁵¹ Der andere, auf Zahlung in Anspruch genommene Elternteil wird auf den familienrechtlichen Ausgleichsanspruch gegen den zwar erwerbspflichtigen, aber nicht erwerbstätigen Elternteil verwiesen (s.u. Nr. 13 und die Nachweise bei Fußnote 287).

11. Unterhaltsbestimmungsrecht der Eltern § 1612 BGB

Zwar schulden Eltern ihren volljährigen, noch unterhaltsberechtigten Kindern grundsätzlich den Unterhalt in Form von Barunterhalt (§ 1612 I 1 BGB). Unter den Voraussetzungen des § 1612 II 1 BGB können jedoch die Eltern bestimmen, in welcher Form sie Unterhalt leisten. Konkret bedeutet dies, dass sie bei Einhaltung bestimmter gesetzlicher Vorgaben Naturalleistungen statt Barunterhalt anbieten dürfen, die das Kind annehmen muss (sog. *Schuldnerprivileg*).²⁵² Die Naturalunterhaltsbestimmung kann dann in jedem Verfahrensstadium erfolgen, d.h. sowohl außergerichtlich als auch gerichtlich und dort selbst noch in der Beschwerdeinstanz.²⁵³ Ist die Unterhaltsbestimmung wirksam, wird im gerichtlichen Verfahren der gestellte Leistungsantrag des Kindes als unbegründet abgewiesen. Auch dem volljährigen Kind steht kein Wahlrecht zwischen Barunterhalt und Naturalunterhalt zu.²⁵⁴

Damit bietet das in der Praxis vielfach übersehene Unterhaltsbestimmungsrecht eine Möglichkeit für die Eltern, einem Unterhaltsanspruch des Kindes auf Zahlung zu entgehen, die Unterhaltslast zu reduzieren oder sogar ganz abzuwehren und damit auch mittelbar weiter die Lebensgestaltung des Kindes zu beeinflussen.²⁵⁵ Denn diese Norm berücksichtigt die durch längere Ausbildungszeiten gestiegenen höheren Belastungen der Eltern und soll diese vor einer wirtschaftlichen Überforderung schützen.²⁵⁶

A. Angebot des gesamten Lebensbedarfes

Eine Bestimmung muss den *gesamten Lebensbedarf* des unterhaltsberechtigten Kindes umfassen, grundsätzlich also die Gewährung von Wohnung und Beköstigung in Natur sowie die Gewährung von Geldleistungen als Taschengeld und für zweckgebundene Ausgaben.²⁵⁷ Entscheidend bei der Frage, ob eine Unterhaltsbestimmung wirksam ausgeübt wurde, ist also das konkrete Angebot der Sicherung des gesamten Unterhaltsbedarfs des volljährigen Kindes.²⁵⁸ Eine

wirksame Unterhaltsbestimmung darf sich daher nicht auf ein pauschales Angebot beschränken, sondern muss als Gesamtkonzept angeboten werden und den gesamten Lebensbedarf des Kindes – insbesondere Wohnung, Verpflegung und Taschengeld sowie Geldleistungen für zweckgebundene Ausgaben – umfassen.²⁵⁹ Zum gesamten Lebensbedarf eines *volljährigen Kindes* gehören heute z.B. auch Kosten eines Mobiltelefons, Kleidung, ggf. Monatskarte für den ÖPNV, Schulgeld oder Studiengebühren, Taschengeld und Barmittel für Sachaufwendungen.²⁶⁰ Das bloße Angebot nur von Kost und Logis oder nur von Wohnung ist folglich nicht ausreichend.²⁶¹

Die Unterhaltsbestimmung der Eltern muss außerdem praktisch durchführbar sein. Die Bestimmung ist daher von *Anfang an unwirksam*, wenn diese Art der Unterhaltsgewährung für das berechnete Kind *tatsächlich nicht erreichbar* ist und es daher der Unterhaltsbestimmung ohne eigenes Verschulden keine Folge leisten kann.²⁶²

Dies ist z.B. dann der Fall, wenn dem Kind verbindlich ein auswärtiger Studienplatz zugewiesen worden ist und tägliche Fahrten vom und zum Wohnort der Eltern unmöglich oder nicht zumutbar sind²⁶³ oder wenn ein Wechsel des Studiengangs erforderlich wäre.²⁶⁴ Der angebotene Wohnraum muss sich also in erreichbarer Nähe des Studienplatzes bzw. Ausbildungsortes befinden.²⁶⁵

Auch eine wirksame Naturalunterhaltsbestimmung behält nicht zwingend auf Dauer ihre Gültigkeit.²⁶⁶ So können ver-

250 BGH v. 07.12.2016 – XII ZB 422/15 FamRZ 2017, 370 mit Anm. Knittel.

251 OLG Hamm FuR 2012, 669.

252 Schwonberg, in: Eschenbruch/Schürmann/Menne, Unterhaltsprozess, 2013, Kap. 2 Rdnr. 1146.

253 OLG Hamburg, Urt. v. 04.05.1982 – 2 UF 213/81, FamRZ 1982, 1112; OLG Celle v. 23.07.1996 – 18 W 19/96, FamRZ 1997, 966; Born, in: Mü-Ko BGB, 7. Aufl. 2017, § 1612 BGB Rdnr. 41 m.w.N.; Schwonberg, in: Eschenbruch/Schürmann/Menne, Unterhaltsprozess, 2013, Kap. 2 Rdnr. 1151 m.w.N.; Poppen, in: Büte/Poppen/Menne, Unterhaltsrecht, 2015, § 162 Rdnr. 15.

254 Schwonberg, in: Eschenbruch/Schürmann/Menne, Unterhaltsprozess, 2013, Kap. 2 Rdnr. 1146 m.w.N.

255 Bode, FK 2017, 179; Huber, NZFam 2016, 289.

256 Schwonberg, in: Eschenbruch/Schürmann/Menne, Unterhaltsprozess, 2013, Kap. 2 Rdnr. 1147 m.w.N.

257 OLG Hamm v. 09.11.1998 – 15 W 202/98, FamRZ 1999, 404–405; BGH v. 09.02.1983 – IVb ZR 354/81, FamRZ 1984, 37; BGH v. 09.11.1983 – IVb ZR 14/83, BGHZ 89, 33–40.

258 Schwonberg, in: Eschenbruch/Schürmann/Menne, Unterhaltsprozess, 2013, Kap. 2 Rdnr. 1151 m.w.N.

259 OLG Celle v. 05.05.2006 – 17 WF 60/06, FamRZ 2007, 762; OLG Brandenburg v. 05.12.2005 – 9 UF 189/05, JAmt 2006, 259–261.

260 Huber NZFam 2016, 289; Schwonberg, in: Eschenbruch/Schürmann/Menne, Unterhaltsprozess, 2013, Kap. 2 Rdnr. 1146 m.w.N.

261 OLG Brandenburg, NJW 2008, 2722; Huber NZFam 2016, 289; OLG Karlsruhe v. 21.07.2006 – 16 UF 120/05, JAmt 2006, 418–419; OLG Brandenburg v. 05.12.2005 – 9 UF 189/05, ZFE 2006, 354.

262 BGH v. 20.03.1996 – XII ZR 45/95, FamRZ 1996, 798.

263 Born, in: Mü-Ko BGB, 7. Aufl. 2017, § 1612 BGB Rdnr. 71 m.w.N.; Huber NZFam 2016, 289, 292; Schwonberg, in: Eschenbruch/Schürmann/Menne, Unterhaltsprozess, 2013, Kap. 2 Rdnr. 1155 m.w.N.

264 OLG Hamburg v. 07.04.1987 – 2 W 78/86, FamRZ 1987, 1183; Clausius, AnwZert FamR 13/2015 Anm. 1.

265 Bode, FK 2017, 179.

266 Schwonberg, in: Eschenbruch/Schürmann/Menne, Unterhaltsprozess, 2013, Kap. 2 Rdnr. 1153 m.w.N.

änderte Umstände eine Neubewertung der Zumutbarkeitsfrage erfordern. Wird die gewählte Art der Unterhaltsgewährung erst später undurchführbar, wird die zunächst wirksame elterliche Unterhaltsbestimmung nämlich von diesem Zeitpunkt an unwirksam.²⁶⁷

Hat das Kind bereits mit Zustimmung der Eltern einen eigenen Hausstand gegründet, wird das Angebot von Naturalleistungen in aller Regel an der Zumutbarkeit scheitern. Je länger das Kind einen eigenen Haushalt geführt hat und je älter es ist, desto weniger wird es ihm zumutbar sein, in den elterlichen Haushalt zurückzukehren.²⁶⁸

B. Gerichtliche Änderung der elterlichen Unterhaltsbestimmung

Eine wirksame bindende Unterhaltsbestimmung kann auf Antrag des Kindes nur *aus besonderen Gründen* vom Familiengericht abgeändert werden. Besondere Gründe führen also nicht automatisch zur Unwirksamkeit der elterlichen Bestimmung, sondern sind allein im Rahmen der Möglichkeit der gerichtlichen Abänderung der elterlichen Entscheidung im Rahmen des Unterhaltsverfahrens von Bedeutung.²⁶⁹

C. Berechtigung zur Unterhaltsbestimmung

Das Gesetz geht beim Bestimmungsrechts von der intakten Familie aus.²⁷⁰ Daher üben die Eltern das Bestimmungsrecht gemeinschaftlich aus und leisten gemeinschaftlich den Unterhalt, wenn sie in intakter Ehe zusammenleben. Zwar verliert mit der Trennung der Eltern die bisher getroffene Unterhaltsbestimmung (Naturalunterhalt in der intakten Familie) zunächst ihre Wirksamkeit, denn sie ist in dieser Form nicht mehr durchführbar.²⁷¹ Die Eltern können jedoch gemeinsam eine neue Bestimmung dahingehend treffen, dass dem Kind im Haushalt eines Elternteils Naturalunterhalt geleistet wird.

Sind die nicht zusammenlebenden Eltern sich über die Ausübung des Bestimmungsrechtes gegenüber dem volljährigen Kind nicht einig, sind zwei Fallgestaltungen zu unterscheiden.

a. Getrennt lebende Eltern mit nur einem leistungsfähigen Elternteil

Grundsätzlich steht jedem Elternteil, der von seinem volljährigen Kind auf Unterhaltszahlung in Anspruch genommen wird, das Bestimmungsrecht zu. Da nach Sinn und Zweck der Regelung der Pflichtige die Möglichkeit haben, seine Belastung durch Gewährung von Naturalunterhalt zu reduzieren, kann gefolgert werden, dass das Bestimmungsrecht im Regelfall dem Elternteil zustehen soll, der (allein oder überwiegend) vom volljährigen Kind auf Unterhalt in Anspruch genommen wird.²⁷²

Der auf Barunterhalt in Anspruch genommene Elternteil kann also in diesem Fall einseitig ohne Mitwirkung des anderen Elternteils eine Naturalunterhaltsbestimmung treffen, muss aber den gesamten Unterhalt anbieten und zu einer entsprechenden Unterhaltsgewährung auch imstande sein.²⁷³ Seine Bestimmung muss daher den gesamten Lebensbedarf des Kindes umfassen und praktisch umsetzbar im Sinne der oben dargelegten Regeln sein.²⁷⁴ Damit bindet letztlich eine wirksame Unterhaltsbestimmung nicht nur das Kind, sondern auch den anderen Elternteil.

b. Getrennt lebende, beiderseits leistungsfähige Eltern bieten beide Naturalunterhalt an

Hat das volljährige Kind bisher im Haushalt eines Elternteils gelebt, will ausziehen und anteiligen Barunterhalt von beiden Eltern geltend machen, so wird ihm dieser Barunterhaltsanspruch dann verweigert, wenn beide Eltern ihm den vollständigen Naturalunterhalt in ihren Haushalten anbieten.²⁷⁵ Das Kind könne dann lediglich wählen, bei welchem Elternteil es den Naturalunterhalt in Anspruch nehmen will.²⁷⁶

Jedoch wird eingeschränkt, dass die beiden Angebote von Naturalunterhalt den Interessen des Kindes entsprechen müssen. Dann wird die interessengerechte Bestimmung für wirksam angesehen, die andere für nicht wirksam eingestuft. Letzteres kann z.B. dann der Fall sein, wenn das Kind lange im Haushalt der Mutter gelebt hat und seinen Aufenthalt nicht ändern will.²⁷⁷ Ist eine der beiden Angebote von Naturalunterhalt nicht interessengerecht, kann gegen diesen Elternteil (anteilig) Barunterhalt geltend gemacht werden.²⁷⁸

12. Verbot des Verzichts auf zukünftigen Kindesunterhalt

Auf Kindesunterhalt kann für die Zukunft nicht verzichtet werden (§ 1614 Abs. 1 BGB). Dieses gesetzliche Verbot gilt auch für volljährige Kinder, da der Gesetzeswortlauf keine anderslautende Einschränkung enthält. Da – auch ein teilweiser (!) – Verzicht auf künftigen Kindesunterhalt unwirksam ist (§§ 1614, 134 BGB), wird gelegentlich versucht, den unwirksamen Unterhaltsverzicht mit demselben wirtschaftlichen Ergebnis auf andere Weise zu verwirklichen, nämlich auf dem Weg einer *Freistellungsvereinbarung*.²⁷⁹

13. Fortgeltung eines Titels aus der Zeit der Minderjährigkeit

Ein während der Zeit der Minderjährigkeit des Kindes erlangter Titel – gleichgültig ob durch gerichtliche Entscheidung oder eine Beurkundung – gilt auch nach Eintritt der Volljährigkeit des Kindes fort,²⁸⁰ es sei denn, er ist ausdrücklich

267 BGH FamRZ 1996, 798 m.w.N.

268 Huber, NZFam 2016, 289, 293.

269 Born, in: Mü-Ko BGB, 7. Aufl. 2017, § 1612 BGB Rdnr. 69 m.w.N.

270 Huber, NZFam 2016, 289, 291 m.w.N.

271 BGH FamRZ 1992, 426; BGH v. 06.03.1985 – IVb ZR 74/83, FamRZ 1985, 584; BGH v. 25.11.1987 – IVb ZR 109/86, FamRZ 1988, 386–387.

272 BGH v. 03.02.1998 – IVb ZR 19/88, FamRZ 1988, 831; OLG Celle v. 23.07.1996 – 18 W 19/96, FamRZ 1997, 966, Born, in: Mü-Ko BGB, 7. Aufl. 2017, § 1612 BGB Rdnr. 42 und 56 m.w.N.; kritisch Rdnr. 59.

273 BGH FamRZ 1988, 831.

274 Huber, NZFam 2016, 289, 291.

275 Soyka, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 10. Aufl. 2015, § 1612 Rn. 7 m.w.N.; Saathoff, in: NomosKommentar FamR, 2014, § 1612 Rdnr. 11.

276 Huber NZFam 2016, 289, 291; Schwonberg, in: Eschenbruch/Schürmann/Menne, Unterhaltsprozess, 2013, Kap. 2 Rdnr. 1150 m.w.N.

277 Schwonberg, in: Eschenbruch/Schürmann/Menne, Unterhaltsprozess, 2013, Kap. 2 Rdnr. 1150 m.w.N.

278 Klinkhammer, in: Wendl/Dose, Unterhaltsrecht, 2015, § 2 Rdnr. 43; Schwonberg, in: Eschenbruch/Schürmann/Menne, Unterhaltsprozess, 2013, Kap. 2 Rdnr. 1150 m.w.N.

279 Siehe dazu Viefhues, ZNotP 2018, 317 f.

280 BGH v. 07.12.2016 – XII ZB 422/15, FamRZ 2017, 370 mit Anm. Knittel; OLG München FamRZ 2016, 1775; Roßmann, in: Eschenbruch/Schürmann, Unterhaltsprozess, 2014, Kap. 3 Rdnr. 199.

auf den Zeitraum der Minderjährigkeit befristet worden.²⁸¹ Jedoch ist jetzt materiell-rechtlich das volljährige Kind Inhaber des Unterhaltsanspruchs; damit steht ihm auch das in dem Titel „verbriefte“ Recht zu.

Ist der Titel durch den seinerzeit betreuenden Elternteil als gesetzlicher Vertreter erwirkt worden (Fall des § 1629 Abs. 2 Satz 2 BGB), bedarf es keiner Aktion, denn das Kind steht ja schon als Berechtigter im Kopf („Rubrum“) des Titels. Wurde der Titel durch den seinerzeit betreuenden Elternteil im Wege der Verfahrensstandschaft erwirkt (Falls § 1629 Abs. 3 BGB), muss der Titel auf das Kind umgeschrieben werden, denn im Kopf des Titels steht nur der Elternteil.

Vollstreckt der *bisher das Kind betreuende Elternteil* nach Volljährigkeit des Kindes weiter aus dem Titel, läuft er Gefahr, sich einem Vollstreckungsgegenantrag nach § 120 Abs. 1 FamFG i.V.m. § 767 ZPO²⁸² oder einer Vollstreckungserinnerung nach § 732 ZPO²⁸³ auszusetzen. Dies gilt auch bei einer Vollstreckung hinsichtlich der Unterhaltsrückstände aus der Zeit der Minderjährigkeit des Kindes, denn auch die im Titel „verbrieften“ Rückstände aus dieser Zeit gehen auf das Kind über. Berechtigt zur Vollstreckung aus dem Titel ist auch insoweit allein das jetzt volljährig gewordene Kind.²⁸⁴

Aus Sicht des bisher das Kind betreuenden Elternteils stellt es sich als unbefriedigende Situation dar, dass auch der aufgelaufene Unterhaltsrückstand auf das jetzt volljährige Kind übergeht. Denn letztlich hatte der betreuende Elternteil dies „vorfinanziert“, indem er in der Vergangenheit den finanziellen Bedarf des Kindes alleine sichergestellt hat, weil der barunterhaltspflichtige Elternteil keinen oder nur zu geringen Unterhalt gezahlt hat. In diesen Fällen hat das volljährige Kind die Möglichkeit, diesen rückständigen Unterhalt an den bisher betreuenden Elternteil abzutreten.²⁸⁵ Das Abtretungsverbot der §§ 400 BGB, 850b I Nr. 2 ZPO gilt in diesem Fall nicht.²⁸⁶

Erfolgt eine solche Abtretung nicht, verweist die Rechtsprechung den Elternteil, der in der Vergangenheit das Kind unterhalten hat, auf den *familienrechtlichen Ausgleichsanspruch*²⁸⁷ gegen den anderen Elternteil. Dieser familienrechtliche Ausgleichsanspruch findet seine Rechtfertigung in der gemeinsamen elterlichen Verantwortung für das Kind und der sich daraus ergebenden Sonderverbindung mit wechselseitigen Rechten und Pflichten beider Elternteile.

Die *tatbestandlichen Voraussetzungen* des familienrechtlichen Ausgleichsanspruchs sind:

- eine bestehende (vom Unterhaltsschuldner nicht erfüllte) Barunterhaltspflichtung des Ausgleichsverpflichteten gegenüber dem Kind
- die Erbringung des Barunterhalts durch den ausgleichsfordernden Elternteil;
- nach BGH zudem die von vornherein bestehende Absicht des betreuenden Elternteils, vom anderen Ersatz zu verlangen.

Bei den mit Hilfe des familienrechtlichen Ausgleichsanspruchs geforderten Ersatzbeträgen handelt es sich wirtschaft-

lich gesehen *um rückständige Unterhaltsleistungen*, nämlich um Geldleistungen, die demjenigen zu erbringen sind, der die Unterhaltslast zunächst auf sich genommen hat. Daher besteht der Anspruch für die Vergangenheit *nur in den Grenzen des § 1613 BGB*. Der leistende Elternteil könnte den familienrechtlichen Ausgleichsanspruch also erst ab seiner Aufforderung zur Auskunft über Einkünfte und Vermögen, ab Verzug oder ab Rechtshängigkeit beanspruchen. Sind solche rechtswahrenden Handlungen bisher nicht ergriffen, besteht jedenfalls für die vergangenen Zeiträume kein familienrechtlicher Ausgleichsanspruch.

14. Vorgaben für die Abänderung eines Unterhaltstitels aus der Zeit der Minderjährigkeit

Eine Abänderung eines zur Zeit der Minderjährigkeit des Kindes erstellten Titels kann zwischen dem volljährig gewordenen Kind und dem bisher allein zahlungspflichtigen Elternteil auf folgenden Wegen erreicht werden:

- Durch gerichtliches Abänderungsverfahren (unten a)
- Durch eine formgerechte Abänderungsvereinbarung (unten b)
- Nicht durch formlose Vereinbarung (unten c)
- Nicht durch einseitige Neutitulierung (unten d)

In allen Fällen sind an den weiteren Maßnahmen allein das jetzt volljährige Kind und der bisher allein zahlungspflichtige Elternteil beteiligt.

A. Vorüberlegungen

Die Interessen des Elternteils sind bei einer angestrebten Abänderung regelmäßig auf die Herabsetzung seiner Zahlungsverpflichtung gerichtet, während das volljährige Kind die Erhöhung der Unterhaltszahlungen anstrebt.

Wird das unterhaltsberechtigte Kind volljährig, so erhöht sich zwar der ihm nach der Düsseldorfer Tabelle zustehende Betrag. Das führt aber schon wegen der vollen Anrechnung des Kindergeldes regelmäßig nicht zu einer Erhöhung des letztlich insgesamt geschuldeten Unterhaltes.

281 OLG Brandenburg FamRZ 2004, 1888; vgl. auch *Gottwald*, FamRZ 2007, 1474.

282 OLG Köln, Beschl. v. 20.07.2012 – 27 UF 47/12, NJW-Spezial 2012, 764; *Rofsmann*, in: Eschenbruch/Schürmann, Unterhaltsprozess, 2014, Kap. 3 Rdnr. 199.

283 OLG Nürnberg v. 01.02.2010 – 7 WF 45/10, FamRZ 2010, 1010; vgl. auch *Rofsmann*, in: Eschenbruch/Schürmann, Unterhaltsprozess, 2014, Kap. 3 Rdnr. 203.

284 OLG Nürnberg FamRZ 2002, 407 und OLG Koblenz FamRZ 2005, 993 für den Fall der Beendigung der Verfahrensstandschaft gem. § 1629 Abs. 2 Satz 2 BGB durch Sorgerechtswechsel.

285 *Seiler*, in: Gerhard/vHeintschel-Heinegg/Klein, HB FA FamR, 2015, Kap. 6 Rdnr. 420; *Gerhardt*, in: Gerhard/vHeintschel-Heinegg/Klein, HB FA FamR, 2015, Kap. 6 Rdnr. 1042.

286 *Gießler* FamRZ 1994, 800; *Gerhardt*, in: Gerhard/vHeintschel-Heinegg/Klein, HB FA FamR, 2015, Kap. 6 Rdnr. 1047.

287 Zum *familienrechtlichen Ausgleichsanspruch* BGH v. 11.01.2017 – XII ZB 565/15; BGH v. 20.04.2016 – XII ZB 45/15, FamRZ 2016, 1053 Rn. 12 m.w.N., OLG Nürnberg NJW 2013, 1101; OLG Hamm v. 16.12.2010 – II-2 WF 279/10, FamRZ 2011, 1407; OLG Köln v. 28.07.2011 – II-25 WF 178/11, 25 WF 178/11 FamRZ 2012, 574, ausführlich *Götz*, FF 2013, 225, *Reinken*, NJW 2013, 2993, *Langheim*, FamRZ 2013, 1529, *Volker*, FuR 2013, 550, *Schröck*, FK 2015, 98; *Licenci-Kierstein*, FamRB 2016, 197.

Aber auch bezüglich der Unterhaltsschuld des bisher allein unterhaltspflichtigen Elternteils lohnt sich eine genaue Betrachtung. Denn in der Praxis bedeutet der Eintritt der Volljährigkeit nicht zwingend, dass der Unterhaltsberechtigte vom bislang allein unterhaltspflichtigen Elternteil tatsächlich mehr verlangen kann. Denn die anteilige Mithaftung des anderen Elternteils führt vielfach zu Verringerung der eigenen Haftung in Abhängigkeit vom tatsächlichen Einkommen des anderen Elternteils, der seinerseits anteilig mit haften muss. Diese anteilige Haftung besteht auch beim privilegierten volljährigen Kind.²⁸⁸ Die Darlegungs- und Beweislast des Kindes bezieht sich im Streitfall auch auf die Haftungsquote des bis zur Volljährigkeit des Kindes allein barunterhaltspflichtigen Elternteils.²⁸⁹

Folge davon ist, dass ein Abänderungsverfahren zwischen dem volljährigen Kind und dem bisher allein unterhaltspflichtigen Elternteil vielfach zu einem niedrigeren Unterhaltsbetrag führen wird.

B. Durch gerichtliches Abänderungsverfahren

Für beide Seiten kann eine Änderung der titulierten Unterhaltspflicht nur mittels Abänderungsverfahren nach §§ 238, 239 FamFG erfolgen. Beteiligte dieses Verfahrens sind der zahlungspflichtige Elternteil und das volljährige Kind.²⁹⁰

Geht es um die Abänderung eines *bestehenden gerichtlichen Titels*, ist § 238 FamFG einschlägig. Danach setzt ein gerichtliches Abänderungsverfahren eine wesentliche Änderung der Sach- oder Rechtslage seit der abzuändernden Entscheidung voraus. Diese Änderung der für die Unterhaltsbestimmung maßgeblichen tatsächlichen Umstände liegt bereits im Eintritt der Volljährigkeit und in dem damit verbundenen Wechsel in die nächste Altersstufe der Düsseldorfer Tabelle sowie ggf. in der jetzt bestehenden anteiligen Barunterhaltspflicht auch des anderen Elternteils.²⁹¹

Ist ein *anderer Unterhaltstitel* (gerichtlicher Vergleich, notarielle Urkunde, Urkunde des Jugendamtes) abzuändern, kommt § 239 FamFG zur Anwendung. Voraussetzung ist dann ein Wegfall oder besser einer Änderung der Geschäftsgrundlage,²⁹² die auch bereits mit dem Eintritt der Volljährigkeit des Kindes zu bejahen ist.

Zwar trifft im Normalfall eines Abänderungsverfahrens den jeweiligen Antragsteller die volle Darlegungs- und Beweislast.²⁹³ Ist aber der Eintritt der Volljährigkeit der Grund des Abänderungsverlangens, bewirkt dies eine *Verlagerung der Darlegungs- und Beweislast auf das volljährige Kind*, das auch in einem Abänderungsverfahren des Unterhaltspflichtigen das Fortbestehen der rechtlichen Grundlagen des Unterhaltsanspruchs und seine Bedürftigkeit darlegen muss. Das Kind muss daher zu seiner Ausbildung und auch zu einem möglichen Unterhaltsanspruch gegen den anderen Elternteil vortragen und diese Tatsachen ggf. beweisen.²⁹⁴ Erforderlich ist also auch in einem vom bisher allein zahlungspflichtigen Elternteil eingeleiteten Abänderungsverfahren insbesondere der schlüssige Vortrag des Kindes, welcher Haftungsanteil auf den antragstellenden Elternteil entfällt.²⁹⁵ Hierzu gehören auch Angaben zu Einkommen des anderen Elternteils.

Praxishinweise:

- Der *besondere Gerichtsstand* des § 232 I Nr. 2 FamFG, wonach immer das Gericht am Wohnsitz des Kindes zuständig ist, gilt nur für minderjährige Kinder und für privilegierte volljährige Kinder i.S.d. § 1603 Abs. 2 Satz 2 BGB, nicht aber für andere Volljährige.
- Für nicht privilegierte Volljährige ist nach der allgemeinen Zuständigkeitsregelung das Familiengericht am Wohnsitz des jeweiligen Antragsgegners zuständig.

C. Durch eine formgerechte Abänderungsvereinbarung

Ein durch Vereinbarung oder einseitig geschaffener Unterhaltstitel kann immer auch durch eine neue – *notariell beurkundete – Vereinbarung* geändert oder ganz außer Kraft gesetzt werden. Dies kann einmal zugunsten des unterhaltsberechtigten Kindes geschehen, indem die Verpflichtung zur Zahlung eines höheren Unterhalts beurkundet wird. Im umgekehrten Fall wird die – übereinstimmende – Erklärung beider Beteiligten beurkundet, dass eine Unterhaltspflicht nicht mehr oder nur noch in Höhe eines geringeren Betrages besteht. Es empfiehlt sich, in der Vereinbarung auch ausdrücklich aufzunehmen, welche Urkunde damit für kraftlos erklärt werden soll und ab welchem Zeitpunkt dies geschehen soll.

Allerdings geht der BGH davon aus, dass nicht die Möglichkeit besteht, durch eine außerhalb eines gerichtlichen Verfahrens gemeinsam erstellte Urkunde, eine gerichtliche Unterhaltsentscheidung oder einen sonstigen Unterhaltstitel in einem engeren Rechtssinne formell „abzuändern“, denn insoweit beruhe das Rechtsbehelfssystem der §§ 238 ff. FamFG auf zwingendem Recht und sei der Disposition der Beteiligten entzogen.²⁹⁶

D. Nicht durch formlose Vereinbarung

Eine Abänderung eines zur Zeit der Minderjährigkeit des Kindes erstellten Titels kann nicht durch eine formlose Vereinbarung erreicht werden. Zwar hat eine solche Vereinbarung Auswirkungen auf den materiellrechtlichen Anspruch. Geht es um eine Herabsetzung der Zahlungsverpflichtung für den Unterhalt, liegt darin – im Rahmen der materiellrechtlichen Zulässigkeitsgrenzen – ein wirksamer Verzicht auf den Anspruch. Geht es um die Erhöhung des zu zahlenden Betra-

288 BGH FamRZ 2004, 24.

289 BGH v. 07.12.2016 – XII ZB 422/15 m.w.N. FamRZ 2017, 370.

290 OLG Koblenz, Beschl. v. 09.05.2016 – 13 WF 430/16, MDR 2016, 1054–1055.

291 BGH v. 07.12.2016 – XII ZB 422/15, FamRZ 2017, 370 mit Anm. Knitel.

292 Dazu ausführlich Viefhues, ZNotP 2018, 355.

293 OLG Naumburg v. 14.02.2007 – 8 WF 16/07, FamRZ 2007, 1342; OLG Naumburg v. 04.07.2002 – 8 UF 220/01, FamRZ 2003, 618, 619.

294 BGH v. 07.12.2016 – XII ZB 422/15, FamRZ 2017, 370 mit Anm. Knitel; KG, FamRZ 1994, 765; OLG Hamm FamRZ 2000, 904, anders OLG Karlsruhe v. 13.08.2015 – 5 UF 238/13, FamRZ 2016, 380, aufgehoben durch BGH v. 07.12.2016 – XII ZB 422/15.

295 BGH v. 07.12.2016 – XII ZB 422/15, FamRZ 2017, 370 mit Anm. Knitel, Schwonberg, in: Eschenbruch/Schürmann, Unterhaltsprozess, 2014, Kap. 2 Rdnr. 1143 m.w.N.; OLG Bremen, Beschl. v. 29.06.2011 – 4 WF 51/11 NJW 2011, 2596.

296 BGH v. 07.12.2016 – XII ZB 422/15, FamRZ 2017, 370, vgl. Graba, FamFR 2011, 169, 170; vgl. auch OLG Brandenburg Beschl. v. 12.10.2005 – 9 UF 108/05, OLGR Brandenburg 2006, 260.

ges, ist darin eine rechtsgeschäftliche Einigung über einen höheren Unterhalt zu sehen. Der Titel als formelle Vollstreckungsgrundlage wird durch diese Vereinbarung allerdings nicht unmittelbar berührt und bleibt folglich weiter wirksam. Eine solche Vereinbarung eröffnet dem daraus begünstigten Teil jedoch die Möglichkeit, ein Abänderungsverfahren nach § 239 FamFG mit Erfolg durchzuführen.

E. Nicht durch einseitige Erstellung eines neuen Titels

Keiner der Beteiligten kann durch die allein von ihm erfolgende Erstellung eines neuen Titels den Unterhaltsgegner binden. Denn ein einseitig erstellter Titel bindet – soweit im Vorfeld keine entsprechende Vereinbarung erfolgt ist – nur den Beteiligten, der die Urkunde unterschreibt, nicht aber den anderen Beteiligten, der an der Beurkundung nicht mitgewirkt hat.²⁹⁷

F. Durch einvernehmliche Erstellung eines neuen Titels

Jedoch steht es einem Unterhaltspflichtigen frei, mit der Erstellung einer (neuen) einseitigen notariellen Urkunde oder einer Jugendamtsurkunde einen weiteren Vollstreckungstitel im gleichen Unterhaltsverhältnis unter Erhöhung oder Herabsetzung der Unterhaltsverpflichtung zu erzeugen, während es dem Unterhaltsberechtigten auf der anderen Seite unbe-

nommen bleibt, auf seine Rechte aus dem ursprünglichen Unterhaltstitel ganz oder teilweise zu verzichten (arg. §§ 238 Abs. 3 Satz 2, 240 Abs. 2 Satz 3 FamFG). Denn die Beteiligten des Unterhaltsverhältnisses sind nicht daran gehindert, im Einvernehmen einen bestehenden (gerichtlichen oder urkundlichen) Unterhaltstitel durch einen neuen Unterhaltstitel zu ersetzen.²⁹⁸

Praxishinweise:

- Zu beachten ist aber, dass damit zwei Titel zwischen den gleichen Unterhaltsbeteiligten über den gleichen Gegenstand bestehen.
- Der Verpflichtete, der den neuen Titel erstellt und an den Berechtigten herausgibt, sollte die Herausgabe des alten Titels verlangen oder auf andere Weise sicherstellen, dass daraus nicht mehr vollstreckt werden kann.

297 Dazu *Viefhues*, ZNotP 2018, 314 m.w.N.

298 BGH v. 07.12.2016 – XII ZB 422/15, FamRZ 2017, 370.

Fragen

1. A hat in seinem Testament B zum Erben eingesetzt und dem C ein Hausgrundstück vermacht. C ist hierbei mit einem Untervermächtnis zu Gunsten von D beschwert, dem der Nießbrauch an dem Grundstück zustehen soll. C schlägt das Vermächtnis aus, Ersatzvermächtnisnehmer sind nicht vorhanden.
 - a) Das Untervermächtnis entfällt.
 - b) Der Erbe B ist nunmehr mit dem Vermächtnis zu Gunsten von D beschwert.
2. E ist Miteigentümer zu 1/40 Anteil an einem Waldgrundstück. Er möchte mit dem Grundstück nichts mehr zu tun haben und sein Eigentum an dem Grundbesitz aufgeben.
 - a) Dies ist rechtlich nicht möglich.
 - b) Dies ist rechtlich möglich.

Grundstücksrecht

Öffnungsklauseln und Beschlusskompetenz

§ 10 Abs. 2 Satz 2 WoEigG, § 13 Abs. 1 WoEigG, § 15 Abs. 1 WoEigG

Leitsätze (amtlich):

1. Beschlüsse, die auf der Grundlage einer allgemeinen Öffnungsklausel mit der erforderlichen Mehrheit gefasst werden, sind im Allgemeinen nur insoweit materiell überprüfbar, als das „Ob“ und das „Wie“ der Änderung nicht willkürlich sein dürfen; einer weiterreichenden Kontrolle unterliegen dagegen Beschlussgegenstände, die unverzichtbare oder unentziehbare, aber verzichtbare („mehrheitsfeste“) Rechte der Sondereigentümer betreffen.

2. Zu den unentziehbaren, aber verzichtbaren („mehrheitsfesten“) Rechten eines Sondereigentümers gehört die Zweckbestimmung seines Wohnungs- oder Teileigentums; sie darf durch einen auf der Grundlage einer allgemeinen Öffnungsklausel gefassten Mehrheitsbeschluss nur mit Zustimmung des Sondereigentümers geändert oder eingeschränkt werden (Fortführung des Senatsurt. v. 10.10.2014 – V ZR 315/13, BGHZ 202, 346 Rn. 13 ff.).

3. Ein auf der Grundlage einer allgemeinen Öffnungsklausel gefasster Beschluss, durch den die kurzzeitige Vermietung des Wohnungseigentums (z.B. an Feriengäste) verboten wird, ist nur dann rechtmäßig, wenn alle Wohnungseigentümer ihre Zustimmung erteilt haben.

4. Jedenfalls auf der Grundlage einer allgemeinen Öffnungsklausel kann gegen die Stimmen der Minderheit beschlossen werden, dass die Überlassung einer Wohnung an Dritte der Verwaltung anzuzeigen ist.

BGH, Urt. v. 12.04.2019 – V ZR 112/18

Tatbestand:

[1] Die Parteien bilden eine Wohnungseigentümergeinschaft. Die Klägerin ist Eigentümerin einer der insgesamt acht Wohnungen. Die Beklagten sind die übrigen Wohnungseigentümer. Die Teilungserklärung enthält eine Regelung, wonach den Wohnungseigentümern auch die vorübergehende oder wechselnde Vermietung ihrer Wohnungen (z.B. an Feriengäste) gestattet ist. Eine Öffnungsklausel sieht vor, dass die Teilungserklärung mit einer Mehrheit von 75 % aller Miteigentumsanteile geändert werden kann. Mit einer solchen Mehrheit fassten die Wohnungseigentümer in der Eigentümersammlung vom 29.03.2017 folgenden Beschluss zur Änderung der Teilungserklärung:

„Die Wohnungen dürfen grundsätzlich nur zu Wohnzwecken genutzt oder zu Wohnzwecken vermietet werden. Die Überlassung an täglich oder wöchentlich wechselnde Feriengäste, vor Ort befristet Tätige oder andere Mieter mit Unterkunftsbedürfnissen von kurzer Dauer ist nicht zulässig. Ausgeschlossen ist ebenfalls eine Nutzung zur Beherbergung von Personen oder als Unterkunft für Beschäftigte gemäß Runderlass des Niedersächsischen Ministeriums des Inneren vom 17.12.2013 („Werkwohnungen“). Die Über-

lassung einer Wohnung an Dritte ist der Hausverwaltung anzuzeigen.“

[2] Auf die Beschlussmängelklage der Klägerin hat das Amtsgericht die Nichtigkeit des Beschlusses festgestellt. Nachdem die Berufung der übrigen Wohnungseigentümer erfolglos geblieben ist, wollen sie mit der von dem Landgericht zugelassenen Revision weiterhin die Abweisung der Klage erreichen. Die Klägerin beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

[3] I. Das Berufungsgericht hält den Beschluss für nichtig. Die Vermietung einer Eigentumswohnung an täglich oder wöchentlich wechselnde Feriengäste sei Teil der gem. § 13 Abs. 1 WEG zulässigen Wohnungsnutzung. Auf der Grundlage einer in der Teilungserklärung enthaltenen Öffnungsklausel dürfe nicht in den Kernbereich des Wohnungseigentums eingegriffen werden. Einen solchermaßen unzulässigen Eingriff enthalte der Beschluss. Denn durch den umfassenden Ausschluss der Kurzzeitvermietung werde das grundrechtlich geschützte Recht der Klägerin, ihr Wohnungseigentum zu vermieten, in gravierender Weise eingeschränkt. Zudem fehle es an der erforderlichen Bestimmtheit, weil jedenfalls unklar sei, welcher Zeitraum bei einer Vermietung an „vor Ort befristet Tätige oder andere Mieter mit Unterkunftsbedürfnissen von kurzer Dauer“ unzulässig sein solle.

[4] II. Die Revision hat keinen Erfolg. Der Beschlussmängelklage ist zu Recht stattgegeben worden. Dabei kann dahinstehen, ob der angefochtene Beschluss die ausreichende inhaltliche Bestimmtheit vermissen lässt, soweit es nicht um Feriengäste, sondern um die zulässige Dauer anderer kurzzeitiger Mietverhältnisse geht; denn der Beschluss kann aus materiellen Gründen insgesamt keinen Bestand haben.

1. Rechtsfehlerfrei und von der Revision unbeanstandet legt das Berufungsgericht seinen Überlegungen zugrunde, dass der Beschluss keine Gebrauchsregelung i.S.v. § 15 Abs. 2 WEG, sondern die Änderung einer Vereinbarung gem. § 15 Abs. 1 WEG zum Gegenstand hat. Dienen nämlich Einheiten – wie hier – zu Wohnzwecken, ist dies als Zweckbestimmung mit Vereinbarungscharakter anzusehen. Die zulässige Wohnnutzung umfasst auch die Vermietung an täglich oder wöchentlich wechselnde Feriengäste (vgl. Senat, Urt. v. 15.01.2010 – V ZR 72/09, NJW 2010, 3093 Rn. 14 ff.); hier enthielt die Gemeinschaftsordnung bislang sogar eine ausdrückliche Erlaubnis solcher Vermietungsformen. Die Änderung einer Vereinbarung durch Mehrheitsbeschluss bedarf der formellen Legitimation durch Kompetenzzuweisung, die sich entweder aus dem Gesetz oder aus einer Vereinbarung (§ 10 Abs. 2 Satz 2 WEG) ergeben kann (Senat, Beschl. v. 20.09.2000 – V ZB 58/99, BGHZ 145, 158, 166; Urt. v. 10.10.2014 – V ZR 315/13, BGHZ 202, 346 Rn. 12 m.w.N.). Hier erlaubt es die in der Teilungserklärung enthaltene allgemeine Öffnungsklausel den Wohnungseigentümern, die Regelungen der Gemeinschaftsordnung mit qualifizierter Mehrheit zu ändern; die Beschlusskompetenz ist daher gegeben.

2. Im Ausgangspunkt zutreffend nimmt das Berufungsgericht weiter an, dass der formell legitimierte und mit der erforderlichen qualifizierten Mehrheit gefasste Beschluss einer materiellen Kontrolle unterliegt.

a) Nach der Rechtsprechung des Senats hat eine Öffnungsklausel lediglich die Funktion, zukünftige Mehrheitsentscheidungen formell zu legitimieren, ohne sie materiell zu rechtfertigen. Deshalb ist ein Änderungsbeschluss auf der Grundlage einer Öffnungsklausel nicht schon dann rechtmäßig, wenn er die Anforderungen der Ermächtigungsgrundlage erfüllt. Vielmehr sind insbesondere zum Schutz der Minderheit bestimmte fundamentale inhaltliche Schranken zu beachten. Fundamentale Schranken ergeben sich aus den gesetzlichen Bestimmungen der §§ 134, 138, 242 BGB und den zum Kernbereich des Wohnungseigentumsrechts zählenden Vorschriften, wozu u.a. unentziehbare und unverzichtbare Individualrechte gehören. Denn was selbst durch Vereinbarung nicht geregelt werden könnte, entzieht sich auch einer Regelung im Beschlusswege aufgrund einer Öffnungsklausel; ein gleichwohl gefasster Beschluss ist nichtig (vgl. zum Ganzen Senat, Urt. v. 10.10.2014 – V ZR 315/13, BGHZ 202, 346 Rn. 14 f. m.w.N.), und zwar – trotz bestehender Beschlusskompetenz – aus materiellen Gründen.

Weiter geklärt hat der Senat, dass die durch eine Öffnungsklausel legitimierte Mehrheitsmacht darüber hinaus auch durch solche Individualrechte begrenzt wird, die zwar ebenfalls zu den unentziehbaren Mitgliedschaftsrechten gehören, aber verzichtbar sind. Einen in solche Rechte eingreifenden Beschluss hat der Senat nur dann als wirksam angesehen, wenn die hiervon nachteilig betroffenen Wohnungseigentümer zustimmen; bis dahin sei er schwebend unwirksam und bei Verweigerung der Zustimmung endgültig unwirksam (vgl. Senat, Urt. v. 10.10.2014 – V ZR 315/13, BGHZ 202, 346 Rn. 15 m.w.N.). Diese Entscheidung betraf das sogenannte Belastungsverbot und konkret die Aufbüdung einer zuvor der Gemeinschaft obliegenden Instandhaltungspflicht auf einen Sondernutzungsberechtigten.

b) Auch hier geht es – wie im Falle des Belastungsverbots – um einen Eingriff in ein verzichtbares Individualrecht. Denn zweifellos könnte auf das den Wohnungseigentümern bislang eingeräumte Individualrecht zur kurzzeitigen Vermietung verzichtet werden. Der Senat hat bereits geklärt, dass es rechtlich zulässig ist, die kurzzeitige Vermietung im Wege der Vereinbarung zu verbieten (vgl. Senat, Urt. v. 15.01.2010 – V ZR 72/09, NJW 2010, 3093 Rn. 22 a.E.); mit Öffnungsklauseln hatte er sich dabei nicht zu befassen.

3. Maßgeblich ist daher, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen eine allgemeine Öffnungsklausel materiell dazu berechtigt, das verzichtbare Individualrecht auf kurzzeitige Vermietung durch Mehrheitsbeschluss zu beschränken. Darüber besteht keine Einigkeit.

a) Das Landgericht Berlin hat jedenfalls ein Verbot von Vermietungen für einen Zeitraum unter 14 Tagen als zulässig angesehen; hierdurch werde nicht in den wesentlichen Inhalt der Nutzung des Wohnungseigentums eingegriffen (vgl. LG Berlin, ZMR 2015, 327, 328 f.; zustimmend *Abramenko*, in: Jennißen, WEG, 5. Aufl., § 10 Rn. 36; *Kümmel/Niedenführ*, in: *Niedenführ/Vandenhouten*, WEG, 12. Aufl., § 14 Rn. 19; vgl. auch *Bärmann/Suilmann*, WEG, 14. Aufl., § 13 Rn. 44). Teils wird – im Anschluss an die Rechtsprechung aus der Zeit vor der Reform des Wohnungseigentumsrechts

(vgl. BGH, Beschl. v. 27.06.1985 – VII ZB 21/84, BGHZ 95, 137, 139 ff.; für Kostenregelungen nunmehr anders Senat, Urt. v. 01.04.2011 – V ZR 162/10, NJW 2011, 2202 Rn. 8) – für maßgeblich gehalten, ob es sachliche Gründe für die Beschränkung gibt und kein Wohnungseigentümer unbillig beeinträchtigt wird; ein sachlicher Grund soll vorliegen, wenn die Ferienvermietung bereits nachweislich zu erheblichen Störungen in der Wohnanlage geführt hat (so *Kümmel*, ZMR 2010, 381, 382; *Briesemeister*, NZM 2011, 146, 149).

b) Nach der Gegenauffassung kann das Recht des Wohnungseigentümers zur kurzzeitigen Vermietung des Sondereigentums auf der Grundlage einer Öffnungsklausel nur mit Zustimmung der betroffenen Wohnungseigentümer eingeschränkt werden (vgl. *Schultzky*, in: Jennißen, WEG, 5. Aufl., § 13 Rn. 25; *Hogenschurz*, in: Jennißen, WEG, 5. Aufl., § 14 Rn. 4b; *Blankenstein*, ZWE 2016, 197, 205; vgl. auch *jurisPKBGB/Lafontaine*, 8. Aufl., § 13 WEG, Rn. 12). Uneinigkeit besteht über die Rechtsfolge der fehlenden Zustimmung. Teils wird der Beschluss als schwebend unwirksam angesehen (*Blankenstein*, ZWE 2016, 197, 205), während andere die Rechtsfigur der schwebenden Unwirksamkeit aus grundsätzlichen Erwägungen ablehnen und solche Beschlüsse für anfechtbar halten (*Schultzky*, in: Jennißen, WEG, 5. Aufl., § 13 Rn. 25; § 23 Rn. 183; ders., MietRB 2015, 60, 62).

4. Der Senat sieht einen auf der Grundlage einer allgemeinen Öffnungsklausel gefassten Beschluss, durch den die kurzzeitige Vermietung des Wohnungseigentums (z.B. an Feriengäste) verboten wird, nur dann als rechtmäßig an, wenn alle Wohnungseigentümer ihre Zustimmung erteilt haben.

a) Im Allgemeinen sind Beschlüsse, die auf der Grundlage einer allgemeinen Öffnungsklausel mit der erforderlichen Mehrheit gefasst werden, nur insoweit materiell überprüfbar, als das „Ob“ und das „Wie“ der Änderung nicht willkürlich sein dürfen. Diesen Maßstab hat der Senat für Änderungen des Kostenverteilungsschlüssels aus dem Gebot ordnungsmäßiger Verwaltung abgeleitet (Senat, Urt. v. 01.04.2011 – V ZR 162/10, NJW 2011, 2202 Rn. 8; anders vor der Reform des Wohnungseigentumsrechts BGH, Beschl. v. 27.06.1985 – VII ZB 21/84, BGHZ 95, 137, 139 ff.). Er gilt aber auch in anderen Bereichen, weil die allgemeine Öffnungsklausel den Wohnungseigentümern einen weiten Gestaltungsspielraum eröffnen soll (so bereits Senat, Urt. v. 10.10.2014 – V ZR 315/13, BGHZ 202, 346 Rn. 14). Einer weiterreichenden Kontrolle unterliegen dagegen – wie eingangs ausgeführt (vgl. Rn. 7 f.) – Beschlussgegenstände, die unverzichtbare oder unentziehbare, aber verzichtbare („mehrheitsfeste“) Rechte der Sondereigentümer betreffen. Eine solchermaßen „abgestufte Inhaltskontrolle“ (*Lieder*, notar 2016, 283, 291) dient dazu, die Einhaltung fundamentaler inhaltlicher Schranken zum Schutz der Minderheit sicherzustellen (vgl. Senat, Urt. v. 10.10.2014 – V ZR 315/13, BGHZ 202, 346 Rn. 14).

b) Zu den in diesem Sinne unentziehbaren, aber verzichtbaren („mehrheitsfesten“) Rechten eines Sondereigentümers gehört die Zweckbestimmung seines Wohnungs- oder Teileigentums; sie darf durch einen auf der Grundlage einer allgemeinen Öffnungsklausel gefassten Mehrheitsbeschluss nur mit Zustimmung des Sondereigentümers geändert oder eingeschränkt werden.

aa) Da die Zweckbestimmung vorgibt, wie die Einheit zulässigerweise genutzt werden darf, hat sie aus Sicht des Sondereigentümers entscheidenden Einfluss auf den Wert seiner Einheit. Wird sie geändert oder eingeschränkt, betrifft dies die Nutzung des Sondereigentums in substanzialer Weise (vgl. zu diesem Aspekt *Lieder*, notar 2016, 283, 295). Derartige Eingriffe bedürfen jedenfalls der Zustimmung des Eigentümers der Einheit, deren Zweckbestimmung geändert werden soll. Dies ergibt sich aus einer verfassungskonformen Auslegung der allgemeinen Öffnungsklausel (vgl. *Lieder*, notar 2016, 283, 295), die dem Umstand Rechnung trägt, dass das Sondereigentum als echtes Eigentum i.S.v. § 903 BGB und Art. 14 GG ausgestaltet ist. Daher darf eine Wohnung nicht ohne den Willen des Wohnungseigentümers zum Keller umgewandelt werden. Ebenso wenig darf die Zweckbestimmung einer Teileigentumseinheit geändert werden, wenn der Teileigentümer nicht einverstanden ist (so im Ergebnis auch BayObLG, NJW-RR 1990, 978, 979); bspw. berechtigt eine allgemeine Öffnungsklausel nicht dazu, eine als Gaststätte dienende Teileigentumseinheit ohne Zustimmung des Teileigentümers mit der Zweckbestimmung Büro zu versehen, weil die Mehrheit den Gaststättenbetrieb als störend empfindet.

bb) Auch Vermietungsverbote greifen in die Zweckbestimmung des Wohnungseigentums ein. Ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen ein generelles (also sowohl auf kurz- als auch auf langfristige Vermietungen bezogenes) Vermietungsverbot vereinbart werden kann, wird unterschiedlich beantwortet (vgl. BeckOK WEG/Müller [01.02.2019], § 13 Rn. 77 mit Nachweisen zum Streitstand). Jedenfalls wäre es rechtswidrig, wenn ein generelles Vermietungsverbot auf der Grundlage einer allgemeinen Öffnungsklausel beschlossen würde, obwohl einzelne Wohnungseigentümer nicht zugestimmt haben (a.A. *Bärman/Suilmann*, WEG, 14. Aufl., § 13 Rn. 44). Es führte nämlich zu einer massiven Einschränkung des in § 13 Abs. 1 WEG gewährleisteten Rechts jedes Wohnungseigentümers, mit den im Sondereigentum stehenden Gebäudeteilen nach Belieben zu verfahren und sie insbesondere zu vermieten. Ein solcher Beschluss könnte nur dann rechtmäßig sein, wenn nicht nur die aktuell vermietenden, sondern alle Wohnungseigentümer zustimmen; denn auch die Zweckbestimmung solcher Einheiten, die im Zeitpunkt der Beschlussfassung von den Eigentümern selbst genutzt werden, würde eingeschränkt, wenn eine Vermietung fortan unterbleiben müsste.

c) Hier haben die Wohnungseigentümer zwar kein generelles, sondern ein spezielles Vermietungsverbot beschlossen, mit dem nur bestimmte, nämlich kurzzeitige Vermietungen untersagt werden. Aber auch ein solches Verbot kann nur mit Zustimmung aller Wohnungseigentümer beschlossen werden. Denn es verengt die zuvor weite Zweckbestimmung der Einheiten und schränkt – wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt – das bestehende Recht jedes einzelnen Wohnungseigentümers, mit seinem Sondereigentum nach Belieben zu verfahren, dauerhaft in erheblicher Weise ein. Nicht anders wäre es zu beurteilen, wenn die qualifizierte Mehrheit der Wohnungseigentümer ihre Einheiten kurzzeitig vermietet und die Minderheit gegen deren Willen an einer Dauernutzung hindern wollte, um das Gepräge einer Ferienanlage zu schaffen. Hier wie dort soll primär die zulässige Nutzung des

Sondereigentums eingeschränkt werden; darüber darf aber – soweit nichts anderes vereinbart ist – der Sondereigentümer frei entscheiden, und er darf sich darauf verlassen, dass seine auf das Sondereigentum bezogenen Nutzungsbefugnisse nicht ohne sein Zutun eingeschränkt werden. Infolgedessen dürfen auch Vermietungen von besonders kurzer Dauer oder bestimmter Art – wie etwa die Vermietung als Ferien- oder Werkswohnung – nur mit Zustimmung aller Wohnungseigentümer verboten werden; andernfalls entstünden im Übrigen erhebliche Abgrenzungs- und Wertungsprobleme.

d) Entgegen einer teilweise vertretenen Auffassung kann auch nicht angenommen werden, dass die Wohnungseigentümer mit der Vereinbarung einer allgemeinen Öffnungsklausel vorab in jegliche Änderung der Gemeinschaftsordnung eingewilligt hätten (so aber allgemein *Hügel/Elzer*, WEG, § 10 Rn. 151; *Elzer*, ZfIR 2016, 722, 723; in diese Richtung auch BeckOGK/*Falkner* [01.12.2018], § 10 WEG Rn. 174, anders allerdings Rn. 174.4). Eine allgemeine Öffnungsklausel ist als solche zwar nicht zu beanstanden. Daraus kann aber nicht auf eine Zustimmung zu allen künftig denkbaren Regelungen und damit auch zu einschneidenden Änderungen dieser Art geschlossen werden; die Gewährung rechtlicher Gestaltungsmacht trägt ihre Beschränkung auf das gebotene Maß als immanente Schranke in sich (so zutreffend *Lieder*, notar 2016, 283, 294; vgl. auch *Ott*, ZWE 2001, 466, 467 f.; *Armbrüster/Böttger*, ZfIR 2015, 70). Bestätigt wird dies durch die Überlegung, dass eine spezielle Öffnungsklausel, die eine Änderung der Zweckbestimmung durch Mehrheitsbeschluss ohne Zustimmung des Sondereigentümers ausdrücklich erlaubte, jedenfalls ungewöhnlich wäre und erheblichen Einfluss auf den Wert des Sondereigentums haben könnte (weshalb eine solche Klausel auch nicht angeraten wird, vgl. etwa BeckOGK WEG/*Falkner* [01.12.2018], § 10 Rn. 169.2). Dies spricht umso mehr dafür, dass eine allgemeine Öffnungsklausel nicht als unwiderrufliche, vorweggenommene Zustimmung zu Beschlüssen dieser Art verstanden werden kann.

e) Die Eigentumsrechte der übrigen Wohnungseigentümer werden – anders als die Beklagten meinen – hierdurch nicht außer Acht gelassen. Allerdings erfordern Regelungen, die – wie das Verbot der kurzzeitigen Vermietung in einer reinen Wohnungseigentumsanlage – die Zweckbestimmung aller Einheiten betreffen, eine allseitige Beschlussfassung; diese zu erreichen, kann sich gerade in größeren Anlagen als schwierig erweisen. Den übrigen Wohnungseigentümern stehen aber ggf. andere Rechtsschutzmöglichkeiten zur Verfügung. Was die Kurzzeitvermietung angeht, müssen damit einhergehende Störungen wie Überbelegung, fortwährende Verstöße gegen die Hausordnung oder Lärmbelästigungen durch Feriengäste nicht hingenommen werden; sie können einen Unterlassungsanspruch gem. § 15 Abs. 3 WEG begründen (vgl. Senat, Urt. v. 15.01.2010 – V ZR 72/09, NJW 2010, 3093 Rn. 23). Solche Störungen machen die Beklagten allerdings – soweit ersichtlich – nicht geltend. Der von ihnen vornehmlich angeführte Umstand, dass die kurzzeitigen Mieter den anderen Bewohnern unbekannt sind, stellt für sich genommen keine Störung dar.

f) Schließlich kann auch nicht eingewendet werden, dass allgemeine Öffnungsklauseln damit entwertet würden. Ihre praktische Bedeutung ist vornehmlich deshalb gesunken,

weil mit der Reform des Wohnungseigentumsrechts in wichtigen Bereichen gesetzliche Öffnungsklauseln geschaffen und zwingend ausgestaltet worden sind (so zutreffend BeckOK WEG/Müller [01.02.2019], § 10 Rn. 243); es war erklärtes Ziel des Gesetzgebers, durch die gesetzliche Erweiterung der Beschlusskompetenzen die Mehrheitsmacht zu stärken (eingehend BT-Drucks. 16/887, S. 10 f.). Für vereinbarte Öffnungsklauseln verblieben sind – jedenfalls in Teilen – jene Anwendungsbereiche, in denen sie seit jeher als eher problematisch angesehen worden sind (vgl. BeckOK WEG/Müller [01.02.2019], § 10 Rn. 243). Gleichwohl sind vereinbarte Öffnungsklauseln etwa für Gebrauchs- oder Kostenregelungen von Bedeutung; auch bezogen auf „mehrheitsfeste“ Rechte können sie Mehrheitsentscheidungen formell und materiell legitimieren, bspw. dann, wenn ein Sondereigentümer die Zweckbestimmung seiner Einheit ändern möchte.

[5] Nach alledem erweist sich der Beschluss als rechtswidrig, weil jedenfalls die Zustimmung der Klägerin fehlte. Soweit die Beklagten sich darauf berufen, der veräußernden Bauträgerin sei bekannt gewesen, dass sie auf eine ruhige, harmonische Gemeinschaft Wert legten, hat dies keinen Einfluss auf das Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander; daran ändert es nichts, dass der Lebensgefährte der Klägerin die Verkaufsverhandlungen für die Bauträgerin führte. Der weitere Vortrag der Beklagten, wonach die Regelung, die den Wohnungseigentümern auch die vorübergehende Vermietung gestattet, in „kollusivem Zusammenwirken“ mit der Klägerin nachträglich in die Teilungserklärung eingefügt worden sei, verhilft ihnen schon deshalb nicht zum Erfolg, weil die kurzzeitige Vermietung auch ohne die ausdrückliche Erlaubnis zulässig gewesen wäre (vgl. Senat, Urt. v. 15.01.2010 – V ZR 72/09, NJW 2010, 3093 Rn. 14 ff.). Dass die Voraussetzungen vorliegen, unter denen die Klägerin einer Anpassung der Gemeinschaftsordnung gem. § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG zustimmen müsste, ergibt sich aus dem Vorbringen der Beklagten jedenfalls nicht.

[6.] Wegen des Beschlussmangels ist der Klage im Ergebnis zu Recht insgesamt stattgegeben worden.

a) Das gilt zunächst bezogen auf das Verbot der kurzzeitigen Vermietung.

aa) Bislang ist der Senat bei Eingriffen in unentziehbare, aber verzichtbare („mehrheitsfeste“) Rechte davon ausgegangen, dass die fehlende Zustimmung nachteilig betroffener Sondereigentümer die schwebende Unwirksamkeit eines gleichwohl gefassten Beschlusses zur Folge hat (vgl. Senat, Beschl. v. 22.01.2004 – V ZB 51/03, BGHZ 157, 322, 335; Urt. v. 10.10.2014 – V ZR 315/13, BGHZ 202, 346 Rn. 15, 20). Ob daran festgehalten werden kann, erscheint dem Senat angesichts der darauf bezogenen Kritik zweifelhaft (vgl. BeckOGK WEG/Falkner [01.12.2018], § 10 Rn. 173; *Schultzky*, in: Jennißen, WEG, 5. Aufl., § 23 Rn. 183; ders., MietRB 2015, 60, 62; *Abramenko*, MietRB 2011, 96, 99 f.; siehe auch OLG Frankfurt, ZWE 2011, 363, 364 sowie *Staudinger/Häublein*, BGB [2017], § 23 Rn. 274); denn § 23 Abs. 4 WEG sieht schwebend unwirksame Beschlüsse nicht vor, und es ergeben sich – ebenso wie bei unter eine Bedingung gestellten Beschlüssen (vgl. Senat, Urt. v. 12.07.2018 –

V ZR 221/17, WuM 2018, 803 Rn. 16) – Bedenken im Hinblick auf das Gebot der Rechtssicherheit.

bb) Einer abschließenden Entscheidung über die Rechtsfolgen des Beschlussmangels bedarf es jedoch nicht. Da alle Wohnungseigentümer zustimmen mussten und dem in Bezug genommenen Protokoll der Eigentümerversammlung zufolge einzelne Wohnungseigentümer mit Nein gestimmt haben, wäre der Beschluss auf der Grundlage der bisherigen Senatsrechtsprechung von vornherein unwirksam gewesen. Wollte man an der Rechtsfigur der schwebenden Unwirksamkeit nicht festhalten, könnte der Beschluss nur entweder nichtig oder aber anfechtbar sein; im einen wie im anderen Fall ist der unter Wahrung der Fristen des § 46 Abs. 1 Satz 2 WEG erhobenen Beschlussmängelklage zu Recht stattgegeben worden. Insbesondere ist es unschädlich, dass das Amtsgericht den Hauptantrag, wonach der Beschluss für ungültig erklärt werden sollte, abgewiesen und – insoweit bestätigt durch das Berufungsgericht – auf den Hilfsantrag hin die Nichtigkeit festgestellt hat. Denn Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage haben nach ständiger Rechtsprechung denselben Streitgegenstand (vgl. Senat, Beschl. v. 20.05.2011 – V ZR 175/10, NZM 2011, 716 Rn. 9; Urt. v. 26.10.2012 – V ZR 7/12, ZMR 2013, 210 Rn. 8). Da dem Hilfsantrag (mit demselben Streitgegenstand) stattgegeben worden ist, erweist sich die Abweisung des Hauptantrags als wirkungslos, und mit dem Eintritt der Rechtskraft steht fest, dass der Beschluss keine Rechtswirkungen entfaltet.

b) Der Beschluss kann auch nicht insoweit entsprechend § 139 BGB aufrechterhalten werden, als er die Einführung einer Anzeigepflicht für die Überlassung einer Wohnung an Dritte regelt.

aa) Allerdings ist dieser Teil des Beschlusses in der Sache nicht zu beanstanden. Ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen eine allgemeine Öffnungsklausel es erlaubt, Vermietungen unter Genehmigungsvorbehalt zu stellen, bedarf keiner Entscheidung, da lediglich eine Anzeigepflicht eingeführt worden ist. Ob hierfür gem. § 15 Abs. 2 WEG eine einfache Mehrheit ausreichend wäre, kann offenbleiben; denn jedenfalls auf der Grundlage einer allgemeinen Öffnungsklausel kann gegen die Stimmen der Minderheit beschlossen werden, dass die Überlassung einer Wohnung an Dritte der Verwaltung anzuzeigen ist. Weil die Einführung einer Anzeigepflicht nicht in „mehrheitsfeste“ Rechte eingreift, sondern vornehmlich die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums betrifft, beschränkt sich die materielle Überprüfung auf das Willkürverbot (vgl. Rn. 14). Insoweit ergeben sich schon deshalb keine Bedenken, weil die Anzeigepflicht einen sinnvollen und gebräuchlichen Weg darstellt, der Verwaltung Informationen darüber zu verschaffen, wer die Einheiten bewohnt und deshalb Ansprechpartner vor Ort ist. Da dieses Anliegen berechtigt ist, ist es auch nicht zu beanstanden, wenn Überlassungen an Dritte insgesamt – also ohne Rücksicht auf die Dauer der Überlassung – erfasst werden.

bb) Die Voraussetzungen des § 139 BGB liegen jedoch nicht vor. Denn die teilweise Aufrechterhaltung von wohnungseigentumsrechtlichen Beschlüssen entsprechend § 139 BGB

kommt regelmäßig nur dann in Betracht, wenn nach dem tatsächlichen oder hypothetischen Parteiwillen zweifelsfrei davon auszugehen ist, dass der Beschluss auch als Teilregelung beschlossen worden wäre (Senat, Urt. v. 10.10.2014 – V ZR 315/13, BGHZ 202, 346 Rn. 21). Das ist hier nicht der Fall. Denn die Anzeigepflicht stand im Zusammenhang mit dem zugleich beschlossenen Verbot kurzzeitiger Vermietungen und sollte offenkundig (auch) dazu dienen, dessen Einhaltung zu überwachen. Dass die Wohnungseigentümer die Regelung unabhängig von den weiteren Änderungen beschlossen hätten, steht deshalb nicht – jedenfalls nicht zweifelsfrei – fest, zumal die Anzeigepflicht einen höheren Arbeitsaufwand für die Verwaltung verursachen kann, wenn kurzzeitige Vermietungen weiterhin erlaubt sind.

Vertragsstrafen bei Wohnungseigentümergeinschaft

WEG § 21 Abs. 7

Leitsatz (amtlich):

§ 21 Abs. 7 WEG erfasst nicht die Einführung von Vertragsstrafen für Verstöße gegen Vermietungsbeschränkungen; ein darauf bezogener Mehrheitsbeschluss ist mangels Beschlusskompetenz nichtig.

BGH, Urt. v. 22.03.2019 – V ZR 105/18

Tatbestand:

[1] Die Parteien bilden eine Wohnungseigentümergeinschaft. Die Gemeinschaftsordnung sieht vor, dass ein Wohnungseigentümer zur Ausübung eines Gewerbebetriebs oder Berufs in der Wohnung nur mit Zustimmung des Verwalters berechtigt ist. Die Zustimmung kann nur aus wichtigem Grund verweigert werden. Dasselbe gilt sinngemäß für die erforderliche Zustimmung zur Vermietung, Verpachtung oder sonstigen Gebrauchsüberlassung. In der Eigentümerversammlung vom 05.06.2012 wurde folgender Beschluss gefasst:

„1. Miteigentümer, die ohne die erforderliche Zustimmung der Verwalterin einen Mietvertrag über eine Wohnung abschließen (...), sind verpflichtet, der Gemeinschaft einen Ausgleichsbetrag in Höhe von 500 € zu zahlen. Die Zahlungspflicht erhöht sich auf mindestens 2.000 € und höchstens 4.000 € für jeden angefangenen Monat der Gebrauchsüberlassung, wenn ein wichtiger Grund für die Versagung der Zustimmung vorlag (...).

2. Die Verwalterin soll bei ihrer Entscheidung über eine Zustimmung grundsätzlich davon ausgehen, dass aufgrund mehrjähriger Erfahrungen in unserer Wohnungseigentumsanlage (...) ein wichtiger Grund für die Versagung der Zustimmung vorliegt, wenn die Nutzer voraussichtlich nur kurzzeitig (bis zu drei Monate) in der Anlage anwesend sein werden (...).“

[2] Gestützt auf die Behauptung, der Beklagte habe seine Wohnung in sechs Fällen ohne Zustimmung des Verwalters kurzzeitig an arabische Gäste („Medizintouristen“) vermie-

tet, verlangt die Klägerin von dem Beklagten – soweit in der Revisionsinstanz noch von Interesse – Zahlung von jeweils 2.000 € (insgesamt also 12.000 €) nebst Zinsen. Das Amtsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landgericht hat das Urteil geändert und die Klage abgewiesen. Dagegen wendet sich die Klägerin mit der zugelassenen Revision.

Entscheidungsgründe:

[3] I. Das Berufungsgericht, dessen Entscheidung u.a. in ZfIR 2018, 833 abgedruckt ist, verneint eine Zahlungspflicht, weil der als Grundlage dienende Beschluss vom 05.06.2012 wegen fehlender Beschlusskompetenz als nichtig anzusehen sei. Zwar werde vertreten, dass die den Wohnungseigentümern in § 21 Abs. 7 WEG eröffnete Möglichkeit, „Folgen des Verzugs“ durch Beschluss zu regeln, auch die Einführung von Vertragsstrafen bei einem Verstoß gegen Vermietungsbeschränkungen erlaube. Dem sei aber nicht zu folgen. Denn ein Verstoß gegen Unterlassungsverpflichtungen habe nicht den Eintritt des Verzugs, sondern Unmöglichkeit zur Folge. Ebenso wenig diene die Zahlungspflicht dem Ausgleich für eine besondere Nutzung des gemeinschaftlichen Eigentums i.S.v. § 21 Abs. 7 WEG. Sie habe vielmehr – wie sich auch aus der Staffelung der Beträge ergebe – Strafcharakter.

[4] II. Diese Ausführungen, die in der Literatur auf Zustimmung gestoßen sind (*Lehmann-Richter*, ZfIR 2018, 836; v. *Schledorn*, ZWE 2018, 330 f.), halten rechtlicher Nachprüfung stand. Zu Recht und mit zutreffender Begründung sieht das Berufungsgericht den Beschluss vom 05.06.2012, aus dem die Klägerin die Grundlage für die Zahlungspflicht herleitet, mangels Beschlusskompetenz als nichtig an.

[5] 1. Nach § 23 Abs. 1 WEG werden durch Beschlussfassung solche Angelegenheiten geordnet, über die nach dem Wohnungseigentumsgesetz oder nach einer Vereinbarung die Wohnungseigentümer durch Beschluss entscheiden können. Andernfalls bedarf es einer Vereinbarung. Ist eine Angelegenheit weder durch das Wohnungseigentumsgesetz noch durch Vereinbarung der Beschlussfassung unterworfen, fehlt es der Wohnungseigentümerversammlung an der Beschlusskompetenz. Ein dennoch gefasster Beschluss ist nichtig (vgl. Senat, Beschl. v. 20.09.2000 – V ZB 58/99, BGHZ 145, 158, 166 f.; Urt. v. 13.10.2017 – V ZR 305/16, NJW 2018, 1254 Rn. 6).

[6] 2. Als Grundlage für die Beschlusskompetenz kommt hier nur § 21 Abs. 7 WEG in Betracht. Dieser Vorschrift zufolge können die Wohnungseigentümer die Regelung der Art und Weise von Zahlungen, der Fälligkeit und der Folgen des Verzugs sowie der Kosten für eine besondere Nutzung des gemeinschaftlichen Eigentums oder für einen besonderen Verwaltungsaufwand mit Stimmenmehrheit beschließen. Ob die seit dem 01.07.2007 geltende Vorschrift und namentlich die Ermächtigung zur Regelung der Folgen des Verzugs als Grundlage dafür dienen kann, durch Mehrheitsbeschluss eine Vertragsstrafe bei einem Verstoß gegen Vermietungsbeschränkungen einzuführen, ist allerdings umstritten. In der Gesetzesbegründung wird dies im Wege einer beispielhaften Erläuterung befürwortet. Dem ist die Literatur jedoch nur vereinzelt gefolgt (*Bärmann/Merle*, WEG, 14. Aufl., § 21 Rn. 179; *MüKoBGB/Engelhardt*, 7. Aufl., § 21 WEG

Rn. 60). Ganz überwiegend werden die Erwägungen der Gesetzesbegründung in diesem Punkt als Versehen eingeordnet, weil die Einbeziehung von Unterlassungspflichten mit dem Wortlaut der Vorschrift unvereinbar sei (*Heinemann*, in: Jennißen, WEG, 5. Aufl., § 21 Rn. 115; *Vandenhouten*, in: Nidenführ/Vandenhouten, WEG, 12. Aufl., § 21 Rn. 138; *T. Spielbauer*, in: Spielbauer/Then, WEG, 3. Aufl., § 21 Rn. 79; BeckOK WEG/Müller [01.02.2019], § 15 Rn. 91.9; BeckOK WEG/Elzer [01.02.2019], § 21 Rn. 385; *Abramenko*, ZWE 2012, 386, 388; v. *Schledorn*, ZWE 2018, 330 f.). Teilweise wird insgesamt in Abrede gestellt, dass § 21 Abs. 7 WEG als Grundlage für die Einführung von Vertragsstrafen dienen kann (*Schmid*, ZWE 2011, 347, 348; dagegen *Vandenhouten*, in: Nidenführ/Vandenhouten, WEG, 12. Aufl., § 21 Rn. 138).

[7] 3. Nach Ansicht des Senats erfasst § 21 Abs. 7 WEG nicht die Einführung von Vertragsstrafen für Verstöße gegen Vermietungsbeschränkungen; ein darauf bezogener Mehrheitsbeschluss ist mangels Beschlusskompetenz nichtig.

[8] a) Ob § 21 Abs. 7 WEG überhaupt die Beschlusskompetenz für die Einführung von Vertragsstrafen entnommen werden kann, und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen, bedarf keiner Entscheidung. Auszugehen ist nämlich von der Überlegung, dass Vertragsstrafen, die auf die Einhaltung von Vermietungsbeschränkungen bezogen sind, Verstöße gegen eine Unterlassungspflicht sanktionieren sollen. Der Wohnungseigentümer soll es unterlassen, Vermietungen vorzunehmen, wenn die erforderliche Zustimmung des Verwalters nicht vorliegt. Fallgestaltungen dieser Art erfasst der Wortlaut des § 21 Abs. 7 WEG eindeutig nicht. Soweit den Wohnungseigentümern in § 21 Abs. 7, 1. Alt. WEG erlaubt wird, „die Art und Weise von Zahlungen, der Fälligkeit und der Folgen des Verzugs“ durch Stimmenmehrheit zu regeln, spricht schon viel dafür, dass sich diese Fallgruppe nur auf Zahlungspflichten bezieht (so *Lehmann-Richter*, ZfR 2018, 336). Unterlassungspflichten werden jedenfalls nicht erfasst. Insoweit geht es nämlich nicht um eine Regelung von Verzugsfolgen, weil ein Verstoß gegen eine Unterlassungspflicht in der Regel – und so auch hier – nicht den Eintritt des Verzugs, sondern die Unmöglichkeit zur Folge hat (näher *Staudinger/Löwisch/Feldmann*, BGB [2014], vor §§ 286 bis 292 Rn. 21 f.). Aus diesem Grund knüpft die Verwirkung einer Vertragsstrafe im Falle einer Unterlassungspflicht gem. § 339 Satz 2 BGB gerade nicht an den Verzug, sondern an die Zuwiderhandlung an (vgl. BGH, Urt. v. 29.06.1972 – II ZR 101/70, NJW 1972, 1893, 1895). Dementsprechend enthält der Beschluss vom 05.06.2012 – wie das Berufungsgericht zutreffend hervorhebt – keine Regelung über Verzugsfolgen; vielmehr ist die Vertragsstrafe mit der Zuwiderhandlung (nämlich dem Abschluss des Mietvertrags ohne die erforderliche Zustimmung der Verwalterin) verknüpft.

[9] b) Zu Recht sieht das Berufungsgericht § 21 Abs. 7 WEG auch insoweit nicht als einschlägig an, als über die Kosten für eine besondere Nutzung des gemeinschaftlichen Eigentums oder für einen besonderen Verwaltungsaufwand mit Stimmenmehrheit beschlossen werden kann. Die Zahlungspflicht knüpft offenkundig weder an eine besondere Nutzung des gemeinschaftlichen Eigentums noch an einen besonderen

Verwaltungsaufwand an. Sie hat vielmehr Strafcharakter und soll die Wohnungseigentümer dazu anhalten, ihrer Pflicht zur Einholung der Zustimmung nachzukommen.

[10] c) Da § 21 Abs. 7 WEG nach seinem Wortlaut eindeutig nicht anwendbar ist, lässt sich ein anderes Ergebnis mit der von der Revision vornehmlich herangezogenen Gesetzesbegründung nicht rechtfertigen. Dort ist lediglich ein unglückliches Beispiel gewählt worden. Ohne Erfolg verweist die Revision darauf, dass der Senat die Anwendung von § 21 Abs. 7 WEG auf Umzugskostenpauschalen unter Heranziehung der Gesetzesbegründung gebilligt hat (Senat, Urt. v. 01.10.2010 – V ZR 220/09, ZMR 2011, 141 Rn. 8). Denn Umzugskostenpauschalen lassen sich – anders als Vertragsstrafen der in Rede stehenden Art – als „Kosten für eine besondere Nutzung des gemeinschaftlichen Eigentums“ i.S.v. § 21 Abs. 7, 2. Alt. WEG einordnen (eingehend Senat, Urt. v. 01.10.2010 – V ZR 220/09, ZMR 2011, 141 Rn. 9).

[11] d) In der Sache kann Verstößen gegen vereinbarte Vermietungsbeschränkungen durch den vorbeugenden Unterlassungsanspruch begegnet werden. Von dieser Möglichkeit haben die Wohnungseigentümer hier (mit dem nicht mehr in die Revisionsinstanz gelangten Teil des Klagebegehrens) erfolgreich Gebrauch gemacht. Damit ist im Wiederholungsfall die Grundlage für die Verhängung eines Ordnungsgelds gelegt.

Widerruflichkeit der Veräußerungszustimmung bei Wohnungseigentum

WEG § 12; BGB § 183

Leitsatz (amtlich):

Ist als Inhalt des Sondereigentums vereinbart, dass der Wohnungseigentümer zur Veräußerung des Wohnungseigentums der Zustimmung anderer Wohnungseigentümer oder eines Dritten bedarf, wird die erteilte Zustimmung unwiderruflich, sobald die schuldrechtliche Vereinbarung über die Veräußerung wirksam geworden ist.

BGH, Beschl. v. 06.12.2018 – V ZB 134/17

Gründe:

[1] I. Die Beteiligte zu 2 und der während des Verfahrens verstorbene, von ihr allein beerbte frühere Beteiligte zu 1 verkauften vier Eigentumswohnungen, die ihnen seinerzeit gemeinsam gehörten und jetzt im Eigentum der Beteiligten zu 2 stehen, an die Beteiligte zu 3, wobei sie in derselben notariellen Urkunde zugleich die Auffassung erklärten. Nach der Teilungserklärung bedarf die Veräußerung des Wohnungseigentums der Billigung des Verwalters. Nachdem der Verwalter zunächst die Zustimmung zur Veräußerung vor dem mit der Durchführung des Vertrages betrauten Notar erklärt und das Grundbuchamt die bewilligte Vormerkung zur Sicherung des Auflassungsanspruchs eingetragen hatte, widerrief er am 11.07.2016 seine Zustimmung gegenüber dem Notar und teilte das dem Grundbuchamt mit. Am 06.09.2016 beantragte der Notar die Eintragung der Auffassung.

[2] Das Grundbuchamt hat mit Zwischenverfügung vom 13.09.2016 das Fehlen der Verwalterzustimmung beanstan-

det. Das Oberlandesgericht hat die Beschwerde der Beteiligten zu 2 zurückgewiesen. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde wendet sich die Beteiligte zu 2 weiter gegen die Zwischenverfügung des Grundbuchamtes.

[3] II. Das Beschwerdegericht, dessen Entscheidung unter anderem in ZfIR 2017, 575 veröffentlicht worden ist, meint, das von dem Grundbuchamt aufgezeigte Eintragungshindernisse bestehe, weil der Verwalter seine Zustimmung wirksam widerrufen habe. Zwar sei umstritten, ob eine nach § 12 WEG erforderliche Zustimmung zu der Übertragung des Wohnungseigentums nach ihrem Zugang noch widerrufen werden könne. Jedenfalls bis zu der Stellung des Eintragungsantrags bei dem Grundbuchamt müsse die Zustimmungserklärung aber gem. § 183 Satz 1 BGB als widerruflich angesehen werden. Das entspreche auch herrschender Ansicht zu der entsprechenden Regelung in § 5 Abs. 1 ErbbauRG, der § 12 WEG nachgebildet sei.

[4] III. Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Die nach § 78 Abs. 1 GBO statthafte und gem. § 78 Abs. 3 GBO i.V.m. § 71 FamFG auch im Übrigen zulässige Rechtsbeschwerde ist begründet.

[5] 1. Das Verfahren ist als Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit durch den Tod des früheren Beteiligten zu 1 nicht unterbrochen worden. Die durch die Einlegung eines Rechtsmittels erlangte Rechtsstellung geht in diesen Verfahren mit dem Tode des bisherigen Beschwerdeführers grundsätzlich ohne weiteres auf dessen Rechtsnachfolger über. Wer das ist, bestimmt sich nach dem materiellen Recht, das von dem Gericht von Amts wegen zu prüfen und zu ermitteln ist (vgl. BGH, Beschl. v. 19.02.2009 – BLw 12/08, FamRZ 2009, 872 Rn. 6 f.). Das ist nach dem vorgelegten Erbschein die jetzige Beteiligte zu 2 als dessen Alleinerbin.

[6] 2. Das Beschwerdegericht nimmt zu Recht an, dass die Zwischenverfügung des Grundbuchamtes zulässig war. Mit einer Zwischenverfügung nach § 18 GBO kann dem Antragsteller zwar nicht die Beibringung der Eintragungsbewilligung eines unmittelbar betroffenen Dritten, wohl aber die Beibringung von Zustimmungen nur mittelbar Betroffener aufgegeben werden (vgl. Senat, Beschl. v. 29.06.2017 – V ZB 144/16, ZfIR 2017, 782 Rn. 5 und v. 12.10.2017 – V ZB 131/16, ZNotP 2018, 67 Rn. 5). Zu den nur mittelbar Betroffenen gehört bei der Veräußerung eines Wohnungseigentumsrechts der Verwalter, dessen Zustimmung die Veräußerung bedarf.

[7] 3. Zutreffend nimmt das Beschwerdegericht weiter an, dass das Grundbuchamt ein im Grundbuch eingetragenes Zustimmungserfordernis nach § 12 Abs. 1 WEG von Amts wegen zu beachten hat. Denn die Veräußerung ist nach § 12 Abs. 3 WEG unwirksam, solange die erforderliche Zustimmung nicht erteilt worden ist. Ist die Zustimmung – wie hier – von dem Verwalter zu erklären, so sind die Zustimmungserklärung in der Form des § 29 GBO sowie die Verwaltereigenschaft desjenigen, der die Erklärung abgegeben hat, gem. § 26 Abs. 3 WEG nachzuweisen (vgl. Senat, Beschl. v. 11.10.2012 – V ZB 2/12, BGHZ 195, 120 Rn. 6).

[8] 4. Diese Nachweise sind hier aber auch erbracht worden. Entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts steht der

Wirksamkeit der von dem Verwalter erklärten Zustimmung deren Widerruf nicht entgegen, weshalb das Grundbuchamt die Eintragung nicht von der Vorlage einer erneuten Zustimmungserklärung abhängig machen durfte.

[9] a) Die Zustimmung zu der Veräußerung des Wohnungseigentums ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, deren Voraussetzungen und Wirksamkeit nach den §§ 182 ff. BGB zu beurteilen sind (vgl. BayObLG, DNotZ 1992, 229, 230; OLG Hamburg, ZfIR 2011, 528; OLG Hamm, NJW-RR 2001, 1525, 1526; *Bärmann/Suilmann*, WEG, 14. Aufl., § 12 Rn. 32; *Bärmann/Seuß/Basty*, Praxis des Wohnungseigentums, 7. Aufl., § 14 Rn. 68; BeckOGK/*Skauradszun*, WEG [01.12.2018], § 12 Rn. 13; *Demhartner*, GBO, 31. Aufl., Anhang zu § 3 Rn. 38.1; *Grziwotz*, in: *Jennißen*, WEG, 5. Aufl., § 12 Rn. 34; *jurisPK-BGB/Lafontaine*, 8. Aufl., § 12 WEG Rn. 42 ff.; *Kümmel/Vandenhouten*, in: *Niedenfür/Vandenhouten*, WEG, 12. Aufl., § 12 Rn. 29; *Rieckel/Schmid/Schneider*, WEG, 4. Aufl., § 12 Rn. 88; *Then*, in: *Spielbauer/Then*, WEG, 3. Aufl., § 12 Rn. 10; *Weitnauer/Lüke*, WEG, 9. Aufl., § 12 Rn. 13; Gutachten des Deutschen Notarinstituts, DNotI-Report 2004, 165; 2010, 209, 210; a.A. BeckOK BGB/*Hügel* [01.11.2018], § 12 WEG Rn. 8; *Hügel/Elzer*, WEG, 2. Aufl., § 12 Rn. 41 f.; *Hügel*, ZWE 2010, 457, 458; unklar *Staudinger/Kreuzer*, BGB [2018], § 12 WEG Rn. 44, 50 f.; ders., DNotZ 2012, 11, 13 und 15 und MittBayNot 2013, 132, 133). Nach § 183 Satz 1 BGB ist die vorherige Zustimmung (Einwilligung) bis zu der Vornahme des Rechtsgeschäfts widerruflich, soweit nicht aus dem ihrer Erteilung zugrunde liegenden Rechtsverhältnis sich ein anderes ergibt. Folglich ist die Einwilligung des Zustimmungspflichteten zu dem Vertrag, mit dem sich der Wohnungseigentümer zu einer Übertragung des Wohnungseigentums auf den Erwerber verpflichtet, bis zu dem Vertragsschluss widerruflich, die nach Vertragsschluss erteilte Zustimmung (Genehmigung) hingegen in Bezug auf das Verpflichtungsgeschäft unwiderruflich.

[10] b) Allerdings ist umstritten, ob und wenn ja bis zu welchem Zeitpunkt die Zustimmung zu dem dinglichen Rechtsgeschäft, also zu der Verfügung des Wohnungseigentümers über das Wohnungseigentum, widerrufen werden kann.

[11] aa) Nach einer in Literatur und Rechtsprechung vertretenen Ansicht, der sich das Berufungsgericht angeschlossen hat, ist die Einwilligung gem. § 183 Satz 1 BGB widerruflich, bis die dingliche Einigung nach § 873 Abs. 2 BGB bindend geworden und der Eintragungsantrag gestellt worden ist (vgl. OLG Frankfurt am Main, ZWE 2012, 273, 274; OLG Hamburg, ZfIR 2011, 528; OLG Hamm, NJW-RR 2001, 1525, 1526; *jurisPK-BGB/Lafontaine*, 8. Aufl., § 12 WEG Rn. 44 f.; *Sauren*, WEG, 6. Aufl., § 12 Rn. 15, 15a; *Then*, in: *Spielbauer/Then*, WEG, 3. Aufl., § 12 Rn. 8). Zur Begründung wird angeführt, dass das Zustimmungserfordernis eine von dem Gesetz zugelassene Ausnahme von dem in § 137 Satz 1 BGB aufgestellten Verbot der rechtsgeschäftlichen Verfügungsbeschränkung darstelle. Die Zustimmung müsse in dem Zeitpunkt vorliegen, in dem die Verfügung wirksam werden solle, bei einer Verfügung über das Wohnungseigentum also bei der Eintragung dieser Rechtsänderung in das Grundbuch. Gehöre die Eintragung aber zum Tatbestand des zustimmungsbedürftigen Rechtsgeschäfts,

sei eine zuvor erteilte Zustimmung eine Einwilligung i.S.d. § 183 BGB, die bis zur Vornahme der Eintragung widerruflich sei. Werde allerdings der Widerruf erst erklärt, nachdem die Einigung über die Rechtsänderung gem. § 873 Abs. 2 BGB bindend geworden sei, so habe der dadurch bewirkte erneute Eintritt der Verfügungsbeschränkung gem. § 878 BGB keinen Einfluss auf die bereits wirksam erfolgte Einigung (vgl. OLG Hamm, NJW-RR 2001, 1525, 1526).

[12] bb) Nach anderer Ansicht ist die Zustimmung bereits dann unwiderruflich, wenn sie wirksam geworden ist (vgl. *Bärmann/Seuß/Basty*, Praxis des Wohnungseigentums, 7. Aufl., § 14 Rn. 68; BeckOGK/*Skauradszun*, WEG [01.12.2018], § 12 Rn. 6, 13; BeckOK BGB/*Hügel* [01.11.2018], § 12 WEG Rn. 8; *Staudinger/Kreuzer*, BGB [2018], § 12 WEG Rn. 50; *Schmidt*, ZWE 2010, 394, 396; *Kreuzer*, DNotZ 2012, 11, 15; *Skauradszun/Schmitt*, ZfIR 2017, 578, 579 f.). Teilweise wird das Zustimmungserfordernis als auf der Ebene des Rechts liegende Einschränkung eingeordnet, weshalb die Zustimmung unmittelbar rechtsgestaltend sei (vgl. BeckOK BGB/*Hügel* [01.11.2018], § 12 WEG Rn. 8: „Fungibilitätsbeschränkung“; BeckOGK/*Skauradszun*, WEG [01.12.2018], § 12 Rn. 5: „Inhaltsbestimmung des Mitgliedschaftsrechtes“; offen lassend *Schmidt*, ZWE 2010, 394, 396). Andere sehen in der Zustimmung eine Vollzugsvoraussetzung und kein materielles Mitwirkungserfordernis wie in § 182 BGB (vgl. *Kreuzer*, MittBayNot 2013, 130, 132). Sofern die §§ 182 ff. BGB anzuwenden seien, handele es sich jedenfalls um einen Fall, in dem sich i.S.v. § 183 Satz 1, Halbs. 2 BGB aus dem der Erteilung der Zustimmung zugrunde liegenden Rechtsverhältnis ein anderes ergebe (vgl. *Staudinger/Kreuzer*, BGB [2018], § 12 WEG Rn. 50; ders., DNotZ 2012, 11, 15).

[13] cc) Nach einer weiteren Ansicht kann eine wirksam gewordene Zustimmung nach Abschluss des zur Veräußerung verpflichtenden Vertrages nicht mehr gem. § 183 Satz 1 BGB widerrufen werden (vgl. OLG Düsseldorf, ZWE 2011, 268; KG, ZWE 2012, 227; OLG München, MittBayNot 2011, 486, 487; *Bärmann/Suilmann*, WEG, 14. Aufl., § 12 Rn. 33; *Bauer/Schaub/Kössinger*, GBO, 4. Aufl., § 19 Rn. 203; BeckOK BGB/*Bub* [01.11.2018], § 183 Rn. 3; BeckOK WEG/*Hogenschurz* [01.01.2018], § 12 Rn. 40; *Demharter*, GBO, 31. Aufl., Anhang zu § 3 Rn. 38.1; *Hügel/Elzer*, WEG, 2. Aufl., § 12 Rn. 42; *Grziwotz*, in: Jennißen, WEG, 5. Aufl., § 12 Rn. 34; MüKoBGB/*Commichau*, 7. Aufl., § 12 WEG Rn. 44 ff.; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rn. 2904a; *Staudinger/Gursky*, BGB [2014], § 183 Rn. 28; *Kahlen*, WEG, § 12 Rn. 120; *Kesseler*, RNotZ 2005, 543, 547 f.; *Hügel*, ZWE 2010, 457, 458 f.; *Weber*, ZWE 2017, 341, 345). Zwar besteht innerhalb dieser Ansicht keine Einigkeit über die dogmatische Einordnung (vgl. MüKoBGB/*Commichau*, 7. Aufl., § 12 WEG Rn. 3 und *Kahlen*, WEG, § 12 Rn. 19: „Verfügungsbeschränkung“; *Bärmann/Suilmann*, WEG, 14. Aufl., § 12 Rn. 33: „Inhaltsbestimmung“; *Bauer/Schaub/Kössinger*, GBO, 4. Aufl., § 19 Rn. 203; *Hügel/Elzer*, WEG, 2. Aufl., § 12 Rn. 42 und *Staudinger/Gursky*, BGB [2014], § 183 Rn. 28: „Fungibilitätsbeschränkung“). Ein Widerruf nach Wirksamkeit des Verpflichtungsgeschäftes sei aber mit den Bedürfnissen des Grundbuchverkehrs nicht vereinbar und vernachlässige, dass die Zustimmung zu Verpflichtungs-

und Verfügungsgeschäft nur einheitlich erteilt werden könne. Das Kausalgeschäft werde durch einen Widerruf nicht mehr in seiner Wirksamkeit berührt (vgl. MüKoBGB/*Commichau*, 7. Aufl., § 12 WEG Rn. 44 f.; *Bärmann/Suilmann*, WEG, 14. Aufl., § 12 Rn. 33; *Staudinger/Gursky*, BGB [2014], § 183 Rn. 28).

[14] dd) Der Senat hat die Frage für § 12 WEG bislang nicht entschieden, sondern ausdrücklich offen gelassen (vgl. Senat, Beschl. v. 11.10.2012 – V ZB 2/12, BGHZ 195, 120 Rn. 12, 16) und v. 13.06.2013 – V ZB 94/12, ZWE 2013, 402 Rn. 10). In der Vergangenheit ist er allerdings davon ausgegangen, dass das Zustimmungserfordernis nach § 12 WEG eine Ausnahme von § 137 BGB darstellt (vgl. Senat, Beschl. v. 15.06.1962 – V ZB 2/62, BGHZ 37, 203, 206 f.; ähnlich im Beschl. v. 24.11.1978 – V ZB 2/78, BGHZ 73, 150, 154). Er hält es ferner für zulässig, durch Regelungen nach § 15 WEG als Ausgestaltung des Inhalts des Wohnungseigentums ein Zustimmungserfordernis etwa für mit dem Gebrauch des Wohnungseigentums verbundene dingliche Rechte (Wohnungsrecht nach § 1093 BGB oder Dauerwohn- und Dauernutzungsrecht nach § 31 WEG) vorzusehen (Senat, Beschl. v. 15.06.1962 – V ZB 2/62, BGHZ 37, 203, 208 f.; ähnlich schon Senat, Beschl. v. 13.01.1956 – V ZB 49/55, BGHZ 19, 355, 359).

[15] Für das Zustimmungserfordernis nach § 5 Abs. 1 ErbbauRG, an das die Regelung in § 12 WEG anknüpft und auf dessen Verständnis sich das Beschwerdegericht entscheidend stützt, hat der Senat die Streitfrage – nach Erlass der Beschwerdeentscheidung – im Sinne der zuletzt genannten Meinung entschieden. Ist als Inhalt des Erbbaurechts vereinbart, dass der Erbbauberechtigte zur Veräußerung des Erbbaurechts der Zustimmung des Grundstückseigentümers bedarf, wird die erteilte Zustimmung unwiderruflich, sobald die schuldrechtliche Vereinbarung über die Veräußerung wirksam geworden ist (Senat, Beschl. v. 29.06.2017 – V ZB 144/16, ZfIR 2017, 575 Rn. 13). Diese Entscheidung ist ungeachtet teilweise geäußelter Kritik an Elementen der Begründung im Ergebnis zustimmend aufgenommen worden (*Heinemann*, ZfIR 2017, 785; *Bauer/Schaub/Kössinger*, GBO, 4. Aufl., § 19 Rn. 205 f.; ders. MittBayNot 2018, 253, 255; *Rapp*, DNotZ 2018, 413, 416 ff.). Der Senat hat seine Entscheidung auch damit begründet, dass der dem Zustimmungsvorbehalt des § 5 Abs. 1 ErbbauRG nachgebildete Zustimmungsvorbehalt des § 12 WEG nach inzwischen überwiegender Ansicht im gleichen Sinne verstanden wird (Beschl. v. 29.06.2017 – V ZB 144/16, ZfIR 2017, 782 Rn. 20), und damit schon seinerzeit zu erkennen gegeben, dass er die Vorschrift ebenso versteht.

[16] c) Daran hält der Senat fest. Ist als Inhalt des Sonder Eigentums vereinbart, dass der Wohnungseigentümer zur Veräußerung des Wohnungseigentums der Zustimmung anderer Wohnungseigentümer oder – wie hier – des Verwalters bedarf, wird die erteilte Zustimmung unwiderruflich, sobald die schuldrechtliche Vereinbarung über die Veräußerung wirksam geworden ist.

[17] aa) Allerdings setzt die Eintragung des Erwerbers von Wohnungseigentum nach dem im deutschen Sachenrecht geltenden Abstraktionsprinzip neben dem schuldrechtlichen

Kausalgeschäft, das die Verpflichtung zur Veräußerung enthält, nach § 1 Abs. 2, §§ 3, 8 WEG, §§ 873, 925 BGB eine Einigung über den Übergang des Wohnungseigentums auf den Erwerber und die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch voraus. Ist zum Inhalt des Sondereigentums ein Zustimmungsvorbehalt für den Fall der Veräußerung gem. § 12 Abs. 1 WEG vereinbart, ist deshalb die Zustimmung – hier – des Verwalters nach § 12 Abs. 3 Satz 1 WEG für beide Verträge erforderlich, für das schuldrechtliche Kausalgeschäft ebenso wie für die Auffassung als dingliches Erfüllungsgeschäft. Da die Übereignung des Wohnungseigentums ein mehraktiges Rechtsgeschäft ist, das erst mit der Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch als letztem Teilakt vorgenommen ist, könnte die Zustimmung nach § 183 Satz 1, Halbs. 1 BGB so lange widerrufen werden, bis die Einigung zwischen dem bisherigen Wohnungseigentümer und dem Erwerber nach § 878, § 873 Abs. 2 BGB bindend geworden ist. Widerruflich ist die Übereignung bis zu diesem Zeitpunkt nach § 183 Satz 1, Halbs. 2 BGB aber nur, soweit sich nicht aus dem Rechtsverhältnis, das der Erteilung der Einwilligung zugrunde liegt, hier also der Vereinbarung des Zustimmungsvorbehalts gem. §§ 3, 8 und 12 WEG, ein anderes ergibt.

[18] bb) Das ist bei der Vereinbarung eines Zustimmungsvorbehalts für die Veräußerung von Wohnungseigentum nach § 12 WEG der Fall. Dabei kommt es auf die Frage nach der dogmatischen Einordnung des Zustimmungserfordernisses nicht entscheidend an. Bis zu welchem Zeitpunkt die Zustimmung widerrufen werden kann, lässt sich nur nach Entstehungsgeschichte, Systematik sowie Sinn und Zweck der Zulassung des Zustimmungsvorbehalts in § 12 WEG beantworten. Sie ergeben, dass die Zustimmung zu der Veräußerung des Wohnungseigentums nur einheitlich erteilt und nicht mehr widerrufen werden kann, nachdem das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft wirksam geworden ist.

[19] (1) Mit der Zulassung eines Zustimmungsvorbehalts für die Veräußerung von Wohnungseigentum will der Gesetzgeber einem – je nach der Person des Zustimmungspflichtigen unterschiedlichen – Sachanliegen der anderen Wohnungseigentümer oder des Dritten Rechnung tragen (vgl. Senat, Beschl. v. 29.06.2017 – V ZB 144/16, ZfR 2017, 782 Rn. 15 für das Erbbaurecht). Wird die Zustimmung anderer Wohnungseigentümer oder – gewissermaßen stellvertretend für sie (vgl. dazu: Senat, Urt. v. 13.05.2011 – V ZR 166/10, NJW-RR 2011, 1453 Rn. 9; BGH, Urt. v. 26.09.1990 – IV ZR 226/89, BGHZ 112, 240, 242) – des Verwalters der Anlage vorgesehen, geht es um deren Interesse, sich gegen „das Eindringen unerwünschter Personen in die Gemeinschaft und gegen sonstige unerwünschte Veränderungen im Personenkreis der Teilhaber zu schützen“ (BT-Drucks. 16/887, S. 21). Das grundsätzlich mögliche (*Bärmann/Suilmann*, WEG, 14. Aufl., § 12 Rn. 28; BeckOGK/*Skaraudzun*, WEG [01.07.2018], § 12 Rn. 22; *Grziwotz*, in: Jennißen, WEG, 5. Aufl., § 12 Rn. 20; *Staudinger/Kreuzer*, BGB [2018], § 12 WEG Rn. 32a) Erfordernis der Zustimmung eines externen Dritten dient dagegen keinem einheitlichen Sachanliegen. Es könnte etwa darauf gerichtet sein, eine zweckentsprechende Nutzung der Einheiten sicherzustellen (vgl. *Grziwotz*, in: Jennißen, WEG, 5. Aufl., § 12 Rn. 17). Das Erfordernis der Zustimmung eines Grundpfandrechtsgläubigers, dessen Zulässigkeit aber mit Blick auf § 1136 BGB umstritten ist (dafür

Bärmann/Suilmann, WEG, 14. Aufl., § 12 Rn. 28; *Palandt/Wicke*, BGB, 78. Aufl., § 12 WEG Rn. 6; dagegen *Grziwotz*, in: Jennißen, WEG, 5. Aufl., § 12 Rn. 20; *Staudinger/Kreuzer* BGB, [2018], § 12 WEG Rn. 32a), und hier nicht entschieden werden muss, würde dazu dienen, diesem die Prüfung zu ermöglichen, ob der Eigentumswechsel seine Sicherungsinteressen berührt.

[20] Bei diesen unterschiedlichen Sachanliegen geht es aber stets um die Beurteilung des Erwerbs des Wohnungseigentums als eines Gesamtvorgangs. Für dessen Beurteilung kommt es entscheidend auf die meist eher personellen Auswirkungen des Erwerbsvorgangs oder auf seine Auswirkungen auf das geschützte wirtschaftliche oder auch öffentliche Anliegen an. Die technischen Einzelheiten, die für den Vollzug des Erwerbs erforderlich sind, spielen bei der Entscheidung über die Erteilung oder die Versagung der Zustimmung zu dem in diesem Sinne verstandenen Erwerb keine Rolle. Der Gesetzgeber ist davon ausgegangen, dass die Veräußerung einen Gesamtvorgang darstellt, dem der Wohnungseigentümer oder der Dritte nur einheitlich entweder zustimmen oder die Zustimmung versagen kann. Das kommt auch im Text der Vorschrift zum Ausdruck. Anknüpfungspunkt ist nach § 12 Abs. 1 WEG ebenso wie in dem legislativen Vorbild dieser Regelung (§ 5 Abs. 1 ErbbauRG) eine Vereinbarung über die Zustimmungspflichtigkeit „der Veräußerung“. Der Gesetzgeber präzisiert dann in § 12 Abs. 3 Satz 1 WEG, dass nicht nur die in § 12 Abs. 3 Satz 1 WEG als Übertragung des Wohnungseigentums i.S.v. § 873 Abs. 1, § 925 BGB definierte Veräußerung, sondern auch die Verpflichtung zu dieser Veräußerung von dem Zustimmungsvorbehalt erfasst wird.

[21] (2) Die Differenzierung zwischen Kausal- und Verfügungsgeschäft dient aber nicht dem Ziel, den geschilderten Gesamtvorgang künstlich in zwei Teile zu zerlegen und die getrennte und je für sich isoliert zu betrachtende Zustimmungspflichtigkeit beider Geschäfte anzuordnen. Sie hat auch nicht den Zweck, dem zustimmungsberechtigten Wohnungseigentümer, dem Verwalter oder dem Dritten die Gelegenheit zu verschaffen, die einmal erteilte Zustimmung zu dem Erwerb noch einmal zu überdenken und sie bei Bedarf zu widerrufen. Mit der Zustimmungspflichtigkeit beider Rechtsgeschäfte soll gewährleistet werden, dass der Gleichlauf des rechtlichen Schicksals des schuldrechtlichen Kausalgeschäfts und des dinglichen Verfügungsgeschäfts trotz ihrer Trennung aufgrund des Abstraktionsprinzips erhalten bleibt. Zur Vermeidung einer Umgehung und zur effizienten Durchsetzung des Zustimmungsvorbehalts muss der Zustimmungsvorbehalt das dingliche Geschäft erfassen (Erste Beilage zum Deutschen Reichsanzeiger und preußischen Staatsanzeiger Nr. 26, 1919, S. 2, I. Sp. für den Zustimmungsvorbehalt nach § 5 Abs. 1 ErbbauRG). Mit der Geltung des Zustimmungsvorbehalts auch für das schuldrechtliche Kausalgeschäft soll der veräußernde Wohnungseigentümer ersichtlich davor geschützt werden, seine Verpflichtungen aus diesem Kausalgeschäft erfüllen zu müssen, obwohl er hierzu vor der Erteilung der Zustimmung bzw. nach ihrer Versagung nicht (mehr) in der Lage ist. Diesem Regelungsziel liefe es zuwider, wenn der Widerruf der Zustimmung zu dem Verfügungsgeschäft gem. § 12 Abs. 1 u. 3 WEG noch zu einem Zeitpunkt möglich wäre, in dem das Verpflichtungsgeschäft bereits wirksam und bindend geworden ist. Der Veräußerer bliebe in einer

solchen Situation dem Erwerber gegenüber schuldrechtlich verpflichtet, ohne diesen Anspruch erfüllen zu können. Zudem liefe der Erwerber regelmäßig Gefahr, dass der Kaufpreis zu einem Zeitpunkt fällig wird, zu dem nicht sichergestellt ist, dass alle Voraussetzungen für die Vertragsdurchführung gegeben sind. Auch mit „kunstgerechter Vertragsgestaltung“ (so *Heinemann*, ZfR 2017, 785) ließe sich dieses Ergebnis nur vermeiden, wenn man – auf welchem technischen Weg auch immer – die Wirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts oder jedenfalls die Fälligkeit der in ihm begründeten Verpflichtungen von seiner Erfüllung abhängig mache (vgl. zum Ganzen Senat, Beschl. v. 29.06.2017 – V ZB 144/16, ZfR 2017, 782 Rn. 17 f. für das Erbbaurecht). Das stelle das Abstraktionsprinzip gewissermaßen auf den Kopf und mache es praktisch unmöglich, die wechselseitige Verknüpfung der Verpflichtungen aus gegenseitigen Verträgen wie dem Kaufvertrag in der gewohnten Weise sachgerecht auszugestalten (zu den Schwierigkeiten: *Boor*, RNotZ 2017, 444 f.; *Weber*, ZWE 2017, 341, 346 f.).

[22] (3) Sinn und Zweck von § 12 WEG erfordern es, auch unter Berücksichtigung der Interessen des veräußernden Wohnungseigentümers, des Erwerbers und des zustimmungspflichtigen Wohnungseigentümers bzw. – hier – Verwalters oder Dritten nicht, letzterem den Widerruf seiner zu der Veräußerung des Wohnungseigentums erteilten Zustimmung in Bezug auf das dingliche Rechtsgeschäft zu ermöglichen. Dieser hat es in der Hand, vor Erteilung der Zustimmung zu prüfen, ob wichtige Gründe (vgl. § 12 Abs. 2 Satz 1 WEG) für deren Verweigerung vorliegen. Aber auch wenn ihm trotz entsprechender Prüfung erst nach Erteilung der Zustimmung Umstände bekannt werden, die ihn zur Versagung der Zustimmung berechtigen, erscheint der zustimmungsberechtigte Wohnungseigentümer oder Dritte hinsichtlich der Widerruflichkeit seiner Erklärung nicht schutzbedürftiger und -würdiger als der veräußernde Wohnungseigentümer, der bei einem möglichen Widerruf der Zustimmung seine wirksam bleibende schuldrechtliche Verpflichtung zur Übertragung des Wohnungseigentums nicht mehr erfüllen könnte.

Zustimmungsvorbehalt bei Dauerwohn- und Dauernutzungsrecht

BGB § 1069 Abs. 1; WEG §§ 35, 42

Leitsätze (amtlich):

a) Zu den nach § 1069 Abs. 1 BGB auf die Bestellung eines Nießbrauchs an einem übertragbaren Recht anwendbaren Vorschriften gehören nur die Vorschriften, die allgemein für die Übertragung des mit dem Nießbrauch zu belastenden Rechts gelten. Ob besondere Ausgestaltungen für die Übertragung des Rechts auch für die Bestellung eines Nießbrauchs gelten, bestimmt sich nach den Vorschriften, die diese Ausgestaltungen zulassen.

b) Bei dem Dauerwohn- und dem Dauernutzungsrecht kann der Zustimmungsvorbehalt nach § 42 Abs. 1, § 35 Satz 1 WEG nur für die Übertragung des Rechts, nicht dagegen für die Belastung mit beschränkten dinglichen Rechten vereinbart werden. Ein Zustimmungsvorbehalt

für die Bestellung dinglicher Rechte am Dauernutzungsrecht, die – wie der Nießbrauch – zum Gebrauch und zur Nutzung des zu belastenden Rechts berechtigen, kann aber gem. § 33 Abs. 4 Nr. 1 WEG als Inhalt des Rechts vereinbart werden.

BGH, Beschl. v. 06.12.2018 – V ZB 94/16

Gründe:

[1] I. Die H. Waren- und Kaufhaus GmbH (fortan: Kaufhausgesellschaft) verpflichtete sich zur Erfüllung ihrer öffentlich-rechtlichen Pflicht zur Schaffung von Parkplätzen, ein Parkhaus anteilig mitzufinanzieren, das die Parkhaus GmbH & Co. KG (fortan: Parkhausgesellschaft) auf einem ihr dazu eingeräumten Erbbaurecht an einem städtischen Grundstück in B. errichten wollte. Im Gegenzug räumte die Parkhausgesellschaft der Kaufhausgesellschaft an dem Erbbaurecht für dessen Laufzeit ein Dauernutzungsrecht ein, das diese dazu berechtigt, einen räumlich abgetrennten Teil des Parkhauses mit 177 Stellplätzen allein für sich, ihre Kunden und ihre Angestellten zu nutzen. In dem Vertrag heißt es u.a.:

„Die Veräußerung und Übertragung des [der Kaufhausgesellschaft] eingeräumten Dauernutzungsrechtes an Dritte bedarf der Zustimmung der Parkhausgesellschaft und der Stadt L.“

[2] Das Dauernutzungsrecht wurde einschließlich des Zustimmungserfordernisses am 05.08.1969, eine Änderung am 21.10.1969 in das Erbbaugrundbuch eingetragen. Der Insolvenzverwalter der Rechtsnachfolgerin der Kaufhausgesellschaft bestellte den Antragstellerinnen als Gesamtberechtigten am 25.08.2015 ein Nießbrauchsrecht an dem Dauernutzungsrecht. In der gleichen Urkunde bewilligte der Insolvenzverwalter und beantragten die Antragstellerinnen die Eintragung des Nießbrauchs in das Grundbuch.

[3] Das Grundbuchamt hat mit einer Zwischenverfügung das Fehlen der Zustimmung der Parkhausgesellschaft und der Stadt beanstandet. Für die Zustimmungserklärung der Stadt sei zudem ein Stadtratsbeschluss erforderlich. Die hiergegen gerichtete Beschwerde der Antragstellerinnen hat das Oberlandesgericht mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass aus dem Stadtratsbeschluss die Bevollmächtigung zur Erklärung der Zustimmung namens der Stadt hervorgehen muss. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde wenden sich die Antragstellerinnen weiter gegen die Zwischenverfügung des Grundbuchamtes.

[4] II. Nach Ansicht des Beschwerdegerichts, dessen Entscheidung unter anderem in RNotZ 2016, 575 veröffentlicht worden ist, erfordert die Eintragung des Nießbrauchs die Zustimmungen der Parkhausgesellschaft und der Stadt. Die in das Grundbuch eingetragene Beschränkung der Veräußerungs- und Übertragungsbefugnis, die den Erbbauberechtigten vor den Risiken der in § 33 WEG i.V.m. § 31 Abs. 3 WEG vorgesehenen freien Veräußerlichkeit des Dauernutzungsrechts schütze, könne gem. § 35 WEG zulässiger Inhalt dieses Rechts sein. Die rechtsgeschäftlich vereinbarte Vinkulierung ziehe die Zustimmungspflicht für die Bestellung eines Nießbrauchs nach dem Regelungskonzept des Gesetzgebers nach sich. Dies folge aus § 1069 Abs. 1 BGB. Dessen Anwen-

derung sei nicht durch wohnungseigentumsrechtliche Regelungen ausgeschlossen, da diese keine speziellen Vorschriften über die Bestellung eines Nießbrauchs an einem Dauernutzungsrecht enthielten. Aus dem Umstand, dass § 35 WEG auf § 12 WEG verweise und in dessen Regelungsbereich eine Belastungsbeschränkung nicht erörtert werde, folge nichts anderes, da der Nießbrauch an Wohnungseigentum ein Sach- und kein Rechtsnießbrauch und § 1069 Abs. 1 BGB daher auf Wohnungseigentum nicht anwendbar sei. Die in § 33 WEG geschützte Verkehrsfähigkeit des Dauernutzungsrechts stehe nicht entgegen, da sie ihrerseits ihre Grenze in § 35 WEG finde. Diese Vorschrift diene dem Schutz des Eigentümers. Dieser sei bei der Bestellung eines Nießbrauchs ebenso schutzbedürftig wie bei der Veräußerung, da der Nießbraucher teilweise in die dingliche Stellung des Dauernutzungsberechtigten einrücke. Auch § 5 Abs. 2 ErbbauRG stehe dem nicht entgegen. Zwar falle ein Nießbrauch nicht unter diese Vorschrift, allerdings sei die Anwendung des § 1069 Abs. 1 BGB dadurch nicht ausgeschlossen.

[5] III. Dies hält rechtlicher Prüfung nicht stand. Die nach § 78 Abs. 1 GBO statthafte und gem. § 78 Abs. 3 GBO i.V.m. § 71 FamFG auch im Übrigen zulässige Rechtsbeschwerde ist begründet.

[6] 1. Das Beschwerdegericht nimmt zu Recht an, dass die Zwischenverfügung des Grundbuchamts zulässig war. Mit einer Zwischenverfügung nach § 18 GBO kann dem Antragsteller zwar nicht die Beibringung der Eintragungsbewilligung eines unmittelbar betroffenen Dritten, wohl aber die Beibringung von Zustimmungsnur mittelbar Betroffener aufgegeben werden (vgl. Senat, Beschl. v. 12.10.2017 – V ZB 131/16, ZNotP 2018, 67 Rn. 5). Zu den nur mittelbar Betroffenen gehören bei der Belastung eines Dauernutzungsrechts mit einem Nießbrauch der Inhaber des Erbbaurechts, an dem das Dauernutzungsrecht lastet, und der Eigentümer des Erbbaugrundstücks, deren Zustimmung das Grundbuchamt hier verlangt hat.

[7] 2. Auch der materiell-rechtliche Ausgangspunkt des Beschwerdegerichts trifft zu. An einem Dauernutzungsrecht kann ein Nießbrauch bestellt werden. Seine Bestellung richtet sich gem. § 1069 Abs. 1 BGB nach den für die Übertragung des Rechts geltenden Vorschriften.

[8] a) Die Nießbrauchsfähigkeit des Dauernutzungsrechts folgt, anders als die des Erbbaurechts, auf dem es lastet, nicht aus §§ 90, 1030 BGB. Denn das Dauernutzungsrecht ist kein Grundstück oder anderer körperlicher Gegenstand und, anders als das Erbbaurecht (vgl. § 11 Abs. 1 ErbbauRG), einem Grundstück auch nicht gleichgestellt. Es ist vielmehr ein dem Wohnungsrecht gem. § 1093 BGB nachgebildetes, im Unterschied zu diesem veräußerliches und vererbliches, aber eben nur „einfaches“ dingliches Recht an einem Grundstück oder grundstücksgleichen Recht (vgl. Senat, Urt. v. 16.09.2011 – V ZR 236/10, NJW-RR 2012, 218 Rn. 7; *Bärnmann/Schneider*, WEG, 14. Aufl., Vorbemerkungen zu §§ 31 ff. Rn. 15; BeckOK WEG/*Munzig* [02.04.2018], § 31 Rn. 3; *Hügel/Elzer*, WEG, 2. Aufl., § 31 Rn. 4; *Staudinger/Spiegelberger*, BGB [2018], § 31 WEG Rn. 14). An einem Dauernutzungsrecht kann aber nach § 1068 Abs. 1, § 1069 Abs. 2 BGB deshalb ein Nießbrauch bestellt werden, weil es nach § 42

Abs. 1, § 33 Abs. 1 Satz 1 WEG ein veräußerliches und vererbliches Recht ist (*Vandenhouten*, in: *Niedenführ/Vandenhouten*, WEG, 12. Aufl., § 31 Rn. 22).

[9] b) Für die Bestellung eines solchen Rechtsnießbrauchs gelten aber, anders als bei der Bestellung eines Sachnießbrauchs an Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten, nicht die Vorschriften über die Belastung, sondern nach § 1069 Abs. 1 BGB die Vorschriften über die Übertragung des Rechts.

[10] 3. Zu den nach § 1069 Abs. 1 BGB auf die Bestellung eines Nießbrauchs an einem übertragbaren Recht anwendbaren Vorschriften gehören aber entgegen der Annahme des Beschwerdegerichts nur die Vorschriften, die allgemein für die Übertragung des mit dem Nießbrauch zu belastenden Rechts gelten. Ob besondere Ausgestaltungen für die Übertragung des Rechts auch für die Bestellung eines Nießbrauchs gelten, bestimmt sich allein nach den Vorschriften, die diese Ausgestaltungen zulassen.

[11] a) Die Frage, ob ein für die Veräußerung eines Dauernutzungsrechts gem. § 42 Abs. 1, § 35 Satz 1 WEG vereinbarter Zustimmungsvorbehalt dazu führt, dass auch die Bestellung eines Nießbrauchs zustimmungspflichtig ist, ist bislang nicht höchstrichterlich entschieden worden. Die positive Beantwortung dieser Frage durch das Beschwerdegericht ist in der Literatur, soweit die Frage dort überhaupt behandelt wird, teilweise zustimmend, aber ohne inhaltliche Auseinandersetzung aufgenommen worden (BeckOK WEG/*Munzig* [01.09.2018], § 35 Rn. 2; *MüKoBGB-Engelhardt*, 7. Aufl., § 35 WEG Rn. 2; *Vandenhouten*, in: *Niedenführ/Vandenhouten*, WEG, 12. Aufl., § 35 Rn. 1.; *Staudinger/Spiegelberger*, BGB [2018], § 35 WEG Rn. 7). Teilweise wird der Entscheidung aber auch entgegengehalten, dass § 35 WEG keine Grundlage für einen generellen Belastungsvorbehalt ergebe (*Bärnmann/Schneider*, WEG, 14. Aufl., § 35 Rn. 5; BeckOGK/*Schulz* [01.12.2018], § 35 WEG Rn. 2; *Then*, in: *Spielbauer/Then*, WEG, 3. Aufl., § 35 Rn. 2).

[12] b) Im Gesellschaftsrecht, an dem sich das Beschwerdegericht orientiert, entspricht es allgemeiner Meinung, dass ein nach § 15 Abs. 5 GmbHG für die Übertragung des Geschäftsanteils in der Satzung vereinbarter Zustimmungsvorbehalt regelmäßig auch für Belastungen wie die Bestellung eines Nießbrauchs gilt (vgl. OLG Koblenz, NJW 1992, 2163, 2164; *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, 21. Aufl., § 15 Rn. 52; BeckOK GmbHG/*Wilhelmi* [01.11.2017], § 15 Rn. 201; *MHLS/Ebbing*, GmbHG, 3. Aufl., § 15 Rn. 193; *MüKoGmbHG/Reichert/Weller*, 3. Aufl., § 15 Rn. 327; *Meyer*, Der Nießbrauch an GmbH-Geschäftsanteilen und Aktien, S. 25, 26; *Reichert*, Das Zustimmungserfordernis zur Abtretung von Geschäftsanteilen in der GmbH, S. 64, 65; *Bayer*, in: *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 19. Aufl., § 15 Rn. 115; *Reichert/Schlitt*, in: *Festschrift Flick* [1997], S. 217, 221; a.M. *Barry*, RNotZ 2014, 401, 406; *Blasche*, RNotZ 2013, 515, 516 f.). Die dogmatische Herleitung dieses Ergebnisses ist allerdings unterschiedlich. Im Aktienrecht wird die parallele Vorschrift in § 68 Abs. 2 AktG weit verstanden und erlaubt die Vinkulierung auch für Belastungen (*MüKoAktG/Bayer*, 4. Aufl., § 68 Rn. 57).

[13] c) Diesem Verständnis von § 1069 Abs. 1 BGB kann entgegen der Ansicht des Beschwerdegerichts und der ihm zustimmenden Stimmen in der Literatur für die Belastung eines Dauernutzungsrechts mit einem Nießbrauch nicht gefolgt werden. Die Frage, ob ein nach § 35 WEG vereinbarter Zustimmungsvorbehalt für die Übertragung eines Dauerwohnrechts gem. § 31 WEG auch auf die Bestellung eines Nießbrauchs an einem solchen Recht anzuwenden ist, lässt sich nicht begrifflich, sondern nur nach der systematischen Stellung von § 1069 Abs. 1 BGB einerseits, § 35 WEG andererseits und dem unterschiedlichen Zweck der beiden Vorschriften klären. Danach ist ein solcher Zustimmungsvorbehalt auf die Bestellung eines Nießbrauchs an einem Dauernutzungsrecht nicht anwendbar.

[14] aa) Der Wortlaut von § 1069 Abs. 1 BGB ist nicht eindeutig. Zwar soll sich die Bestellung eines Nießbrauchs an übertragbaren Rechten nach den Vorschriften für die Übertragung des mit dem Nießbrauch zu belastenden Rechts richten. Dem liegt nach den Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch der Gedanke zugrunde, dass der Nießbrauch an einem Recht „eine teilweise und eigenthümliche, den Besteller für gewöhnlich nicht ganz verdrängende Succession in das belastete Recht bilde“ (vgl. zur Teilsukzession auch Senat, Beschl. v. 26.03.2014 – V ZB 140/13, ZfR 2014, 488 Rn. 15). Im Gegensatz zur Bestellung anderer begrenzter Rechte an einer Sache gebe es bei der Bestellung eines Nießbrauchs an einem Recht keine überzeugenden Gesichtspunkte, die Bestellung eines Nießbrauchs anders zu behandeln als eine Eigentumsübertragung. Deshalb sollten auf die Bestellung eines Nießbrauchs nicht nur die Vorschriften über die rechtsgeschäftliche Form der Rechtsübertragung, sondern auch „alle[r] sonstigen von dem totalen auf den partiellen Rechtsübergang zu erstreckenden Vorschriften“ anwendbar sein (vgl. *Mugdan*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. III, S. 302). Sowohl der Wortlaut des § 1069 Abs. 1 BGB als auch diese Motive des Gesetzgebers geben allerdings keinen Aufschluss darüber, ob für die Bestellung des Nießbrauchs nur die für die Übertragung des mit dem Nießbrauch zu belastenden Rechts normalerweise geltenden Vorschriften oder auch Vorschriften anwendbar sein sollen, die eine besondere Ausgestaltung der Rechtsübertragung zulassen.

[15] bb) Für eine Auslegung von § 1069 Abs. 1 BGB im zuerst genannten Sinne spricht aber schon die systematische Stellung der Vorschrift. Sie soll eine Lücke füllen, die das Bürgerliche Gesetzbuch bei beweglichen Sachen und übertragbaren Rechten lässt. Während das Bürgerliche Gesetzbuch für Grundstücke und grundstücksgleiche Rechte mit § 873 BGB eine allgemeine Regelung nicht nur für deren Übertragung, sondern auch für deren Belastung enthält, sieht es eine entsprechende allgemeine Regelung für die Belastung beweglicher Sachen und übertragbarer Rechte nicht vor. Bei beweglichen Sachen hat der Gesetzgeber für die beiden Rechte, mit denen bewegliche Sachen belastet werden können, den Nießbrauch und das Pfandrecht, mit §§ 1032, 1205 BGB jeweils eigenständige Regelungen für die Begründung dieser Belastungen geschaffen. Sie stimmen nicht nur miteinander inhaltlich überein; sie entsprechen beide im Wesentlichen auch den allgemeinen Vorschriften über die Übertragung beweglicher Sachen in §§ 929 bis 936 BGB. Derselbe Effekt

soll bei der Belastung von übertragbaren Rechten mit einem Nießbrauch oder einem Pfandrecht durch die Verweisungen auf die für die Übertragung solcher Rechte geltenden Vorschriften in § 1069 Abs. 1 und in § 1274 BGB erreicht werden. Aus den Materialien lässt sich entnehmen, dass sich der Gesetzgeber nur deshalb zu einer solchen Verweisungslösung entschieden hat, weil nicht nur die formellen, sondern auch die inhaltlichen Anforderungen bei den einzelnen übertragbaren Rechten sehr unterschiedlich sind. Der Zweck der Verweisung erschöpft sich aber in der Schaffung einer Grundregel für die Bestellung eines Nießbrauchs und eines Pfandrechts an übertragbaren Rechten. Nichts spricht dafür, dass der Gesetzgeber mit den beiden genannten Verweisungsnormen über die Schaffung einer solchen Grundregel hinaus die Bestellung des Nießbrauchs auch von Sondervorschriften abhängig machen wollen, die der Gesetzgeber an anderer Stelle für die Übertragung einzelner übertragbarer Rechte mit einer jeweils speziellen Zielsetzung geschaffen hat.

[16] cc) Die unterschiedliche Zielsetzung gerade von Zustimmungsvorbehalten und die unterschiedliche Ausgestaltung der Instrumente zum Schutz von Sonderinteressen bei der Übertragung einzelner übertragbarer Rechte steht der Annahme entgegen, § 1069 Abs. 1 BGB verweise auch auf die Vorschriften, die eine besondere Ausgestaltung für die Übertragung eines Rechts, wie einen Zustimmungsvorbehalt, zulassen. Sie führte nämlich zu einem – von dem Gesetzgeber nicht beabsichtigten – Normenkonflikt, der nicht anders als durch eine Verweisung auf die formellen und inhaltlichen Vorschriften vermieden werden könnte, die generell für jede Übertragung des Rechts gelten, das mit dem Nießbrauch belastet werden soll.

[17] (1) Der Gesetzgeber hat weder im Erbbaurechtsgesetz, an dessen Regelung für die Vereinbarung eines Zustimmungsvorbehalts in § 5 ErbbauRG er sich bei der Einführung von § 12 und § 35 Satz 1 WEG orientierte (BR-Drucks. 75/51 Begründung S. 18, 27), noch bei dem aus dieser Vorschrift entwickelten Zustimmungsvorbehalt für die Veräußerung von Wohnungs- und Teileigentum in § 12 WEG und bei dem daran angelehnten Zustimmungsvorbehalt für das Dauernutzungsrecht in § 42 Abs. 1, § 35 WEG das Recht vorgehen, neben der Veräußerung auch jede Belastung unter Zustimmungsvorbehalt zu stellen (für das Erbbaurecht: OLG Hamm, NJW-RR 1986, 693, 694; *Erman/Grziwotz*, BGB, 15. Aufl., § 5 ErbbauRG Rn. 2; *Hustedt*, in: *Ingenstau/Hustedt*, ErbbauRG, 11. Aufl., § 5 Rn. 16; NK-BGB/*Heller*, 4. Aufl., § 5 ErbbauRG Rn. 6; v. *Oefele/Winkler/Schlögel*, Handbuch Erbbaurecht, 6. Aufl., § 4 Rn. 225; für das Wohnungseigentum: Senat, Beschl. v. 15.06.1962 – V ZB 2/62, BGHZ 37, 203, 209; *Bärnann/Suilmann*, WEG, 14. Aufl., § 12 Rn. 20; *Hügel/Elzer*, WEG, 2. Aufl., § 12 Rn. 19; *Grziwotz*, in: *Jennißen*, WEG, 5. Aufl., § 12 Rn. 1; *Kümmel/Vandenhouten*, in: *Niedenführ/Vandenhouten*, WEG, 12. Aufl., § 12 Rn. 1).

[18] (a) Bei dem Erbbaurecht kann neben der Veräußerung (§ 5 Abs. 1 ErbbauRG) zudem nicht jede Belastung des Erbbaurechts, sondern, von der umstrittenen (Nachweise zum Streitstand bei *Lemke/Czub*, Immobilienrecht, 2. Aufl., § 5 ErbbauRG Rn. 6) Frage einer Belastung des Erbbaurechts mit einem Dauernutzungs- oder Dauernutzungsrecht abgese-

hen, nur seine Belastung mit einer Hypothek, Grund- oder Rentenschuld oder einer Reallast (§ 5 Abs. 2 ErbbauRG) zustimmungspflichtig gestellt werden. Für andere Belastungen besteht diese Möglichkeit nicht.

[19] (b) Bei dem Wohnungs- und Teileigentum kann nach der Rechtsprechung des Senats ein Zustimmungsvorbehalt nach § 12 WEG nur für die Veräußerung des Wohnungs- und Teileigentums vereinbart werden, nicht für Belastungen. Es ist danach allerdings möglich, einen Zustimmungsvorbehalt für dingliche Rechte, die dem Berechtigten das Recht zum Gebrauch des Wohnungs- oder Teileigentums einräumen, insbesondere ein Wohnnutzungsrecht nach § 1093 BGB und ein Dauerwohn- oder Dauernutzungsrecht nach § 31 Abs. 1 und 2 WEG, durch eine Gebrauchsregelung nach § 15 WEG vorzusehen. Anders als bei dem Erbbaurecht dürfte dagegen ein Zustimmungsvorbehalt für eine Hypothek, Grund- oder Rentenschuld oder eine Reallast gerade nicht vereinbart werden (Senat, Beschl. v. 15.06.1962 – V ZB 2/62, BGHZ 37, 203, 209 f.).

[20] (c) Das gilt, was der Senat allerdings bisher noch nicht entschieden hat, sinngemäß auch für das Dauerwohn- und das Dauernutzungsrecht. Auch bei diesen Rechten kann der Zustimmungsvorbehalt nach § 42 Abs. 1, § 35 Satz 1 WEG nur für die Übertragung des Rechts, nicht dagegen für die Belastung mit beschränkten dinglichen Rechten vereinbart werden (*Bärmann/Schneider*, WEG, 14. Aufl., § 35 Rn. 5; *Bärmann/Pick*, WEG, 19. Aufl., § 35 Rn. 2; *Grziwotz*, in: Jennißen, WEG, 5. Aufl., § 35 Rn. 2; *MüKoBGB/Engelhardt*, 7. Aufl., § 35 WEG Rn. 2; *Vandenhouten*, in: *Niedenführ/Kümmel* § 35 Rn. 1; *Then*, in: *Spielbauer/Then*, WEG, 3. Aufl., § 35 Rn. 2; *Staudinger/Spiegelberger*, BGB [2018], § 35 WEG Rn. 2; *Schneider*, in: *Riecke/Schmid*, WEG, 4. Aufl., § 35 Rn. 1). Ein Zustimmungsvorbehalt für die Bestellung dinglicher Rechte am Dauernutzungsrecht (und die schuldrechtliche Verpflichtung dazu), die – wie der Nießbrauch, um den es hier geht – zum Gebrauch und zur Nutzung des zu belastenden Rechts berechtigen, kann aber gem. § 33 Abs. 4 Nr. 1 WEG als Inhalt des Rechts vereinbart werden (BeckOK WEG/*Munzig* [01.09.2018], § 35 Rn. 19; für Zustimmung zur Nutzungsänderung: *BayObLGZ* 1960, 231, 239; *Staudinger/Spiegelberger*, BGB [2018], § 33 WEG Rn. 31 f.). Auch beim Dauerwohn- und beim Dauernutzungsrecht scheidet dagegen die Vereinbarung eines Zustimmungsvorbehalts für die Belastung des Rechts mit Pfandrechten aus.

[21] (2) Die unterschiedliche Ausgestaltung der Zustimmungsvorbehalte und der Möglichkeiten, einen Zustimmungsvorbehalt in anderer Weise als Inhalt des Rechts zu vereinbaren, beruht auf den unterschiedlichen Zwecken, zu deren Sicherung der Gesetzgeber solche Zustimmungsvorbehalte zulassen wollte.

[22] (a) Die Vereinbarung eines Zustimmungsvorbehalts nach § 12 WEG hat in der Mehrzahl der Anwendungsfälle den Zweck, den Wohnungseigentümern die Möglichkeit zu geben, sich gegen „das Eindringen unerwünschter Personen in die Gemeinschaft und gegen sonstige unerwünschte Veränderungen im Personenkreis der Teilhaber zu schützen“ (BT-Drucks. 16/887 S. 21; zu weiteren Zwecken vgl. Senat, Beschl. v. 06.12.2018 – V ZB 134/17, z. Veröff. best.).

[23] (b) Darum geht es bei der Vereinbarung eines Zustimmungsvorbehalts für die Veräußerung eines Dauerwohn- oder – hier – Dauernutzungsrechts nach § 42 Abs. 1, § 35 Satz 1 WEG nicht. Ein Gebäude mit mehreren Wohnungen könnte zwar mit mehreren Dauerwohnrechten belastet werden (vgl. etwa den Fall, der dem Urteil des Senats vom 16.09.2011 – V ZR 236/10, NJWRR 2012, 218 zugrunde lag). Auch bei einer solchen Fallgestaltung entsteht aber im Verhältnis der Inhaber der Dauerwohn- oder Dauernutzungsrechte untereinander keine der Wohnungs- oder Teileigentümergeinschaft vergleichbare Inhabergemeinschaft, die es zu schützen gelten könnte. Der Zweck, zu dessen Sicherung der Gesetzgeber mit § 42 Abs. 1, § 35 Satz 1 WEG einen Zustimmungsvorbehalt beim Dauerwohn- und Dauernutzungsrecht zulässt, ähnelt vielmehr den Zwecken, zu deren Sicherung der Gesetzgeber die Vereinbarung entsprechender Vorbehalte in § 5 Abs. 1 ErbbauRG für die Veräußerung eines Erbbaurechts und in § 12 Abs. 1 WEG für die Veräußerung von Wohnungs- und Teileigentum zugelassen hat. Der Grundstückseigentümer oder – hier – Erbbauberechtigte soll sich die Zustimmung zur Veräußerung eines Dauerwohn- oder Dauernutzungsrechts vorbehalten können, um spekulativen Verkäufen des Rechts entgegenzuwirken (für das Erbbaurecht: Erste Beilage zum Deutschen Reichsanzeiger und Preussischen Staatsanzeiger Nr. 26 vom 31.01.1919, S. 2). Das nach § 42 Abs. 1, § 35 Satz 1 WEG grundsätzlich auch mögliche Erfordernis der Zustimmung eines externen Dritten dient dagegen keinem einheitlichen Sachanliegen. Es könnte – wie das entsprechende Zustimmungserfordernis beim Wohnungs- und Teileigentum – etwa darauf gerichtet sein, eine zweckentsprechende Nutzung der Einheiten sicherzustellen. Das Erfordernis der Zustimmung eines Grundpfandrechtsgläubigers, dessen ulässigkeit bei der inhaltsgleichen Regelung in § 12 WEG mit Blick auf § 1136 BGB umstritten ist (dafür *Bärmann/Suilmann*, WEG, 14. Aufl., § 12 Rn. 28; *Palandt/Wicke*, BGB, 78. Aufl., § 12 WEG Rn. 6; dagegen *Grziwotz*, in: Jennißen, WEG, 5. Aufl., § 12 Rn. 20; *Staudinger/Kreuzer*, BGB [2018], § 12 WEG Rn. 32a), hier jedoch nicht entschieden werden muss, würde dazu dienen, diesem die Prüfung zu ermöglichen, ob der Inhaberwechsel seine Sicherungsinteressen berührt (dazu Senat, Beschl. v. 06.12.2018 – V ZB 134/17, z. Veröff. best.).

[24] (3) Dieses Regelungskonzept des Gesetzgebers, einen Zustimmungsvorbehalt nur in einem den anerkannten Zwecken entsprechenden Umfang und nur im Rahmen der dafür vorgesehenen Instrumente (Zustimmungsvorbehalt sowie Nutzung- bzw. Gebrauchsregelung) zuzulassen, würde unterlaufen, legte man § 1069 Abs. 1 BGB in dem von dem Beschwerdeführer befürworteten Sinne aus.

[25] (a) Nach diesem Konzept sollen die Parteien sowohl bei der Bestellung eines Wohnungs- und Teileigentumsrechts als auch bei der Bestellung eines Dauerwohn- oder Dauernutzungsrechts frei entscheiden können, ob sie nur die Veräußerung, nur die Bestellung eines Nießbrauchs oder eines anderen zum Gebrauch berechtigenden dinglichen Rechts oder beides unter einen Zustimmungsvorbehalt stellen. Diese Freiheit würde bei Veräußerung und Belastung von Wohnungs- und Teileigentum durch die Vorschriften über die Bestellung des Nießbrauchs nicht berührt, weil es sich hierbei um einen Sachnießbrauch handelte, der bei Grundstücken

und grundstücksgleichen Rechten nach den Vorschriften über die Belastung solcher Rechte bestellt wird. Er unterliegt einem Zustimmungsvorbehalt nur, wenn der Inhalt des Wohnungs- oder Teileigentums vor der Bestellung des Nießbrauchs nach § 15 WEG entsprechend ausgestaltet wird. Bei dem Dauerwohn- und dem Dauernutzungsrecht würde die nach § 42 Abs. 1, § 35, § 33 Abs. 4 Nr. 1 WEG wohnungseigentumsrechtlich in gleicher Weise bestehende Gestaltungsfreiheit dagegen durch § 1069 Abs. 1 BGB verkürzt. Es wäre nämlich, würde § 1069 Abs. 1 BGB in dem von dem Beschwerdegericht für richtig gehaltenen Sinne verstanden, nicht möglich, nur die Veräußerung, aber nicht den Nießbrauch unter einen Zustimmungsvorbehalt zu stellen. Vielmehr löste der Zustimmungsvorbehalt für die Veräußerung gewissermaßen automatisch einen Zustimmungsvorbehalt für die Bestellung eines Nießbrauchs aus. Das widerspricht dem Regelungskonzept des Gesetzgebers bei Erlass des Wohnungseigentumsgesetzes.

[26] (b) Noch deutlicher wird dieser Widerspruch bei der Verpfändung des Dauerwohn- oder Dauernutzungsrechts. Da beide keine grundstücksgleichen Rechte sind, können sie nicht mit Grundpfandrechten belastet, sondern nur gem. § 1273 BGB als Recht verpfändet werden (*Bärmann/Schneider*, WEG, 14. Aufl., § 33 Rn. 33; *Staudinger/Spiegelberger*, BGB [2018], § 31 WEG Rn. 14, 47). Eine solche Verpfändung erfolgt, wie bereits ausgeführt, gem. § 1274 Abs. 1 Satz 1 BGB ebenfalls nach den für die Übertragung des Rechts geltenden Vorschriften. Gehörte dazu auch ein vereinbarter Zustimmungsvorbehalt für die Veräußerung des Dauerwohn- oder Dauernutzungsrechts, würde die Verpfändung dieser Rechte automatisch und zwingend zustimmungspflichtig, obwohl ein solcher Zustimmungsvorbehalt wohnungseigentumsrechtlich unzulässig ist. Ein solches Ergebnis ist schon nach den Grundsätzen der Normenhierarchie unvertretbar. Danach gehen das jüngere dem älteren (sog. *lex posterior-Regel*, BVerfG, 141, 1 Rn. 50 und BGH, Urt. v. 17.05.2018 – III ZR 195/17, VersR 2018, 1385 Rn. 62) und das spezielle dem allgemeinen Gesetz vor (vgl. dazu: BGH, Beschl. v. 16.02.2012 – IX ZB 113/11, WM 2012, 553 Rn. 19). Beides führte hier zum Vorrang des Wohnungseigentumsrechts, zu dem auch das Dauerwohn- und das Dauernutzungsrecht gehört. Für diesen Vorrang spricht aber vor allem der Gestaltungswille des Gesetzgebers. Dieser hat sich bei der Einführung von § 12 WEG und § 42 Abs. 1, § 35 WEG zwar an dem legislativen Vorbild in § 5 ErbbauRG orientiert. Er hat den Zustimmungsvorbehalt aber bewusst auf die Fälle beschränkt, in denen er ein Bedürfnis für einen solchen Vorbehalt gesehen hat. Das ist die Person des Berechtigten. Auf ihren Wechsel sollen die Wohnungs- und Teileigentümer und, bei dem Dauerwohn- und Dauernutzungsrecht, der Grundstückseigentümer bzw. Erbbauberechtigte Einfluss nehmen können; ein weitergehender Einfluss sollte ihnen aber in beiden Fällen nicht zustehen (Senat, Beschl. v. 15.06.1962 – V ZB 2/62, BGHZ 37, 203, 208 f.).

[27] (c) Ein solcher Widerspruch der allgemeinen nießbrauchsrechtlichen Vorschriften zu den bereichsspezifischen Vorschriften für einzelne nießbrauchsfähige Rechte ist sachlich nicht zu rechtfertigen. Zwar ist der Nießbrauch eine Teilübertragung von Eigentümer- oder – hier – Dauernutzungsbefugnissen auf den Nießbraucher. Das rechtfertigt es

auch, für die Bestellung des Nießbrauchs an übertragbaren Rechten auf die Vorschriften für deren Übertragung zu verweisen. Diese Verweisung kann aber unterschiedslos auf alle übertragbaren Rechte nur angewendet werden, wenn sie sich auf die Vorschriften beschränkt, die für jeden Fall der Übertragung des Rechts, an dem der Nießbrauch bestellt werden soll, gelten. Ob die für die Übertragung des Rechts zugelassen besonderen Ausgestaltungen auch für die Bestellung eines Nießbrauchs gelten, kann sich nicht nach einer allgemeinen technischen Regelung, die nicht nach den Besonderheiten des mit einem Nießbrauch zu belastenden Rechts differenziert, sondern nur nach den Vorschriften richten, die solche Ausgestaltungen zulassen. Andernfalls würden nämlich diese Sonderregelungen durch die hierauf gar nicht zugeschnittene allgemeine Regelung in § 1069 Abs. 1 BGB unterlaufen und ganz oder teilweise in ihr Gegenteil verkehrt. Das war mit der Regelung in § 1069 Abs. 1 BGB nicht beabsichtigt. Die Bestellung eines Nießbrauchs an einem Dauernutzungsrecht ist mithin nicht schon deswegen zustimmungspflichtig, weil die Übertragung dieses Rechts auf der Grundlage von § 35 Satz 1 WEG mit einem Vorbehalt der Zustimmung des Grundstückseigentümers bzw. – hier – des Erbbauberechtigten und eines Dritten – hier der Stadt als Grundstückseigentümerin – versehen worden ist.

[28] 4. Die Entscheidung des Beschwerdegerichts erweist sich auch nicht aus einem anderen Grund als richtig (§ 71 GBO, § 74 Abs. 2 FamFG). Die Parkhaus- und die Warenhausgesellschaft hätten den Zustimmungsvorbehalt für die Übertragung des Dauernutzungsrechts der Warenhausgesellschaft zwar durch eine nähere Ausgestaltung des Inhalts des Rechts gem. § 33 Abs. 4 Nr. 1 WEG um einen Zustimmungsvorbehalt auch für die Bestellung eines Nießbrauchs an dem Dauernutzungsrecht ergänzen können. Das ist aber nicht geschehen.

[29] a) An die Auslegung des vereinbarten Zustimmungsvorbehalts durch das Beschwerdegericht, das ihr die Vereinbarung eines Zustimmungserfordernisses auch für die Bestellung eines Nießbrauchs an dem Dauernutzungsrecht nicht hat entnehmen können, ist der Senat zwar nicht gebunden. Die Regelung ist Teil der Vereinbarungen der seinerzeit Beteiligten über den Inhalt des Dauernutzungsrechts, die, soweit hier von Interesse, vollständig in das Grundbuch eingetragen worden sind. Die Auslegung von Grundbucheintragungen unterliegt vollen Umfangs der Nachprüfung durch das Rechtsbeschwerdegericht (st. Rspr., vgl. etwa Senat, Beschl. v. 04.12.2014 – V ZB 7/13, NJW-RR 2015, 645 Rn. 8 und v. 13.09.2018 – V ZB 2/18, ZNotP 2018, 418 Rn. 16, jeweils m.w.N.). Ob eine Grundbucheintragung Veräußerungs- oder Nutzungsbeschränkungen enthält, und welcher Art diese sind, ist durch Auslegung zu ermitteln. Dabei ist auf den Wortlaut und Sinn der Eintragung abzustellen, wie er sich aus unbefangener Sicht als nächstliegende Bedeutung des Eingetragenen ergibt. Umstände außerhalb der Eintragung und der dort zulässig in Bezug genommenen Unterlagen, insbesondere also der Regelung in §§ 5 und 6 der Bestellsurkunde über den Inhalt des Dauernutzungsrechts, dürfen nur herangezogen werden, wenn sie nach den besonderen Verhältnissen des Einzelfalles für jedermann ohne weiteres erkennbar sind (vgl. Senat, Urt. v. 10.10.2014 – V ZR 315/13, BGHZ 202, 346 Rn. 8 und v. 20.11.2015 – V ZR 284/14, BGHZ 208, 29 Rn. 9).

[30] b) Die Auslegung des Beschwerdegerichts trifft aber in der Sache zu. Der als Inhalt des Dauernutzungsrechts der Warenhausgesellschaft eingetragene Zustimmungsvorbehalt für die „Veräußerung und Übertragung des [der Kaufhausgesellschaft] eingeräumten Dauernutzungsrechts an Dritte“ lässt nicht, jedenfalls nicht, wie geboten, für jedermann ohne weiteres erkennen, dass neben der vollständigen Übertragung des Dauernutzungsrechts an Dritte auch die Bestellung eines Nießbrauchs zustimmungspflichtig sein soll.

[31] aa) Das von den beiden Gesellschaften bei der Bestellung des Dauernutzungsrechts zur Beschreibung des zustimmungspflichtigen Tatbestands gewählte Begriffspaar „Veräußerung und Übertragung“ ist zweideutig. Der Begriff der „Veräußerung“ bezeichnet allerdings im Zivilrecht durchgängig nur den dinglichen Rechtsakt, nämlich die Übertragung des Eigentums an einer Sache oder einem grundstücksgleichen Recht (vgl. §§ 135, 136, 311c, 566, § 936 Abs. 1 BGB; BGH, Urt. v. 16.06.1994 – I ZR 24/92, BGHZ 126, 252, 259). Er ist auch im Recht der Dauernutzungsrechte in § 42 Abs. 1, § 35 Satz 2 und § 12 Abs. 3 WEG entsprechend definiert. Die Vereinbarung eines entsprechenden Zustimmungsvorbehalts führt nach den genannten Vorschriften kraft Gesetzes zur Zustimmungspflichtigkeit auch des schuldrechtlichen Grundgeschäfts. Bei Zugrundelegung dieses Begriffsverständnisses wäre indessen unklar, was die Gesellschaften mit „Übertragung“ gemeint haben. Sie könnten damit die Bestellung eines Nießbrauchs als einer Teilrechtsübertragung angesprochen haben. Eine plausible Erklärung dafür, weshalb die Gesellschaften eine solche – zudem schon sehr verklausurierte – Formulierung gewählt haben könnten, wenn sie eigentlich nur die Bestellung eines Nießbrauchs gemeint haben, ist allerdings nicht zu erkennen. Eher wahrscheinlich ist, dass sie mit dem Begriffspaar „Veräußerung und Übertragung“ dem Missverständnis vorbeugen wollten, es könne nur das schuldrechtliche Grundgeschäft oder nur der dingliche Übertragungsakt gemeint sein. Dafür spricht auch, dass der Begriff der „Veräußerung“, legt man etwa den Duden zugrunde, im allgemeinen Sprachgebrauch meist nicht in dem beschriebenen engen technischen Sinn verstanden wird, sondern als Beschreibung nur des schuldrechtlichen Grundgeschäfts.

[32] bb) Aus dem Umstand, dass die Bestellung des Nießbrauchs in einem notariellen beurkundeten Vertrag vereinbart worden ist, ergibt sich nichts Anderes. Zwar hatte der Notar bei der Errichtung dieser Urkunde nach § 17 Abs. 1 BeurkG den wirklichen Willen der Parteien zu erforschen und diesen Willen so in der Urkunde umzusetzen, dass er der einschlägigen Terminologie entspricht (vgl. *Grziwotz/Heinemann*, BeurkG, 3. Aufl., § 17 Rn. 52). Das ist hier jedoch – wenn der Zustimmungsvorbehalt die Bestellung eines Nießbrauchs umfassen sollte – nicht geschehen. Man kann zwar annehmen, dass der Notar selbst den Begriff „Veräußerung“ in dem durch § 42 Abs. 1, § 35 Satz 2, § 12 Abs. 3 WEG bestimmten Sinne verstanden und ihn mit diesem Begriffsverständnis in den von ihm möglicherweise vorbereiteten Vertragsentwurf aufgenommen haben wird. Es bleibt aber offen, welcher Vorgang mit dem bei diesem engen Vorverständnis unnötigen Begriff „Übertragung“ gemeint gewesen sein soll. Keine Erklärung lässt sich auch dafür finden, weshalb die Urkunde, falls der Notar bei ihrer Errichtung auf eine juristische eindeutige Formulierung gedrungen haben soll-

te, die Bestellung des Nießbrauchs nicht klar und deutlich anspricht, wenn die Gesellschaften mit dem Begriff „Übertragung“ diesen Vorgang gemeint haben. Es spricht mithin auch unter Berücksichtigung der Beteiligung eines Notars alles dafür, dass sie mit dem Begriffspaar nur die nach § 42 Abs. 1, § 35 Satz 2, § 12 Abs. 3 WEG bestehende Rechtslage beschreiben und lediglich Missverständnisse über ihren Inhalt vermeiden wollten.

[33] cc) Für dieses Verständnis spricht schließlich auch eine Ergänzung des Inhalts des Dauernutzungsrechts im Zusammenhang mit der später eingetragenen, aufgrund eines Rangrücktritts im Rang aber dem Dauernutzungsrecht vorgehenden Grundschuld. Danach soll das Dauernutzungsrecht bei einer „Übertragung“ auf die Erbbauberechtigte oder auf Dritte nur bestehen bleiben, wenn der Gläubiger der Grundschuld diesem Rechtsübergang ausdrücklich in grundbuchmäßiger Form zugestimmt hat. Eine solche Verwirkungsregelung, die der Gesetzgeber bei dem hier mit dem Dauernutzungsrecht belasteten Erbbaurecht selbst mit der Einführung des Zustimmungsvorbehalts nach § 5 Abs. 1 ErbbauRG und der Regelung in § 6 Abs. 2 ErbbauRG hat vermeiden wollen (Begründung der ErbbauVO in Erste Beilage zum Reichsanzeiger und Preussischen Staatsanzeiger Nr. 26 vom 31.01.1919, S. 2), gefährdet den Bestand des Dauernutzungsrechts und schwächte seine weitere Beleihbarkeit. Nichts spricht dafür, dass die Gesellschaften den Tatbestand, der das ersatzlose Erlöschen des Dauernutzungsrechts auslösen soll, weit verstanden wissen wollten und mit dem in diesem Zusammenhang allein verwendeten Begriff „Übertragung“ auch den Nießbrauch gemeint haben könnten.

[34] dd) Daran ändert auch das erhebliche Umgehungspotenzial nichts, das die Bestellung eines Unternehmensnießbrauchs bietet, wenn nicht auch für sie ein Zustimmungsvorbehalt vereinbart wird. Der Nießbrauch an einem Dauernutzungsrecht ist zwar nach § 1068 Abs. 2, § 1059 Satz 1 BGB normalerweise nicht übertragbar. Das gilt aber nicht, wenn er einer rechtsfähigen Personengesellschaft oder einer juristischen Person eingeräumt wird. Dann nämlich ist er mit dem Vermögen des Berechtigten bzw. als Teil von dessen Unternehmen nach Maßgabe von § 1068 Abs. 2, § 1059a BGB übertragbar. Die beiden Gesellschaften haben dieses Umgehungspotenzial jedoch nicht zum Anlass genommen, einen Zustimmungsvorbehalt auch für die Bestellung eines (solchen) Nießbrauchs zu vereinbaren. Sie haben sich im Gegenteil darauf beschränkt, von dem Zustimmungsvorbehalt für die Vollrechtsübertragung des Dauernutzungsrechts Übertragungen an Gesellschaften auszunehmen, an denen die Kaufhausgesellschaft mit mehr als 50 % der Anteile beteiligt ist. Die Vereinbarung eines Zustimmungsvorbehalts für die Bestellung eines Nießbrauchs ergibt sich aus dem vereinbarten Rechtsinhalt nicht.

[35] c) Im Ergebnis hat das Grundbuchamt damit zu Unrecht auf der Zustimmung der Parkhausgesellschaft und der Stadt zu der Bestellung des Nießbrauchs an dem Dauernutzungsrecht bestanden.

[36] IV. Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst (§ 81 Abs. 1 FamFG). Die Festsetzung des Gegenstandswerts beruht auf § 36 Abs. 3 GNotKG.

Entscheidungen zum Kostenrecht

Zur Bewertung von Unterhaltsverzichten

OLG Frankfurt am Main, Beschl. v. 07.02.2017 – 20 W 251/15

Aus den Gründen:

[1] Die Antragsgegnerin (Notarin) beurkundete am 12.09.2014 unter ihrer UR-Nr. ... einen Ehevertrag zwischen der Antragstellerin und deren Ehemann, in welchem Güterstand, Unterhaltsverzicht und Versorgungsausgleich geregelt wurden. Wegen der Einzelheiten des Vertrages wird auf Bl. 5 ff. d.A. Bezug genommen. Die Antragsgegnerin erstellte hierfür die sich aus dem Rubrum ergebende Kostenberechnung (Bl. 4 d.A.), auf deren Einzelheiten verwiesen wird. Ausgehend von einem Gesamtgeschäftswert von 332.870 € berechnete sie eine 2,0-Beurkundungsgebühr nach Nr. 21110 KV GNotKG i.H.v. 1.370 €, einschließlich der Nebenkosten und Umsatzsteuer insgesamt 1.661,24 €.

[2] Die Antragstellerin hat am 02./07.01.2015 beim Landgericht Antrag auf gerichtliche Entscheidung gestellt. Sie hat sich mit ihrem Antrag gegen die Höhe des von der Antragsgegnerin für die Kosten des Unterhaltsverzichts zugrunde gelegten (Teil-)Geschäftswerts gewendet, den diese mit 192.870 € errechnet hatte. Zugrunde gelegt hatte die Antragsgegnerin die Differenz des Nettomonatseinkommens der Eheleute von 5.000 €, multipliziert mit 3/7 als fiktivem monatlichem Unterhaltsanspruch des Ehemannes, multipliziert mit 12 als Jahresunterhalt, wiederum multipliziert mit dem Faktor 15 entsprechend dem Alter gem. § 52 Abs. 4 GNotKG und wiederum verringert um 50 % gem. § 52 Abs. 6 GNotKG wegen des unbestimmten Eintritts des Unterhaltsanspruchs. Die Antragstellerin hat hierzu die Auffassung vertreten, statt des Faktors 15 gem. § 52 Abs. 4 GNotKG sei gem. § 52 Abs. 3 Satz 2 GNotKG nur der 10-fache Jahreswert anzunehmen. Auch die Reduzierung auf 50 % hat sie unter Bezugnahme auf einen von ihr zitierten Beschluss des Oberlandesgerichts Hamm vom 15.04.2010 für unzureichend gehalten; angemessen sei vielmehr eine Reduzierung auf 30 %. Sie hat weiter gemeint, ein Unterhaltsanspruch in der von der Antragsgegnerin angenommenen Höhe könne im Scheidungsfall auch wegen Wechsels von Steuerklasse und Kinderfreibetrag nicht entstehen. Letztendlich hat die Antragstellerin die Auffassung vertreten, weil ein Unterhaltsanspruch in einer bestimmten Höhe nicht angenommen werden könne, sei in Anlehnung an § 36 Abs. 1 und Abs. 36 Abs. 3 GNotKG von einem Geschäftswert von lediglich 5.000 € auszugehen.

[3] Die Antragsgegnerin hat ihre Kostenberechnung verteidigt. Wegen des erstinstanzlichen Vorbringens der Beteiligten wird auf den Akteninhalt verwiesen.

[4] Das Landgericht hat die vorgesetzte Dienstbehörde mit dem aus der Stellungnahme vom 16.06.2015 (Bl. 22 ff. d.A.) ersichtlichen Ergebnis angehört. Sodann hat es durch den angefochtenen Beschluss (Bl. 40 ff. d.A.), auf dessen Einzelheiten ebenfalls Bezug genommen wird, die Kostenberechnung der Antragsgegnerin auf 1.185,24 € herabgesetzt. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt,

dass § 36 Abs. 3 GNotKG keine Anwendung finde, weil der Geschäftswert des Unterhaltsverzichts gem. § 36 Abs. 1 GNotKG nach billigem Ermessen bestimmt werden könne. Ermessensfehlerfrei habe die Antragsgegnerin bei der Ermittlung des Geschäftswerts des Unterhaltsverzichts als Basis die Differenz der gegenwärtigen Nettoeinkommen der Ehegatten zugrunde gelegt. Entgegen der Rechtsauffassung der Antragsgegnerin sei allerdings lediglich der 10-fache Jahreswert gem. § 52 Abs. 3 Satz 2 GNotKG zugrunde zu legen. Hieraus errechne sich ein Betrag von 257.160 €. Da es sich um einen Unterhaltsverzicht innerhalb eines vorsorgenden Ehevertrages handele, sei der Geschäftswert zusätzlich nach § 52 Abs. 6 Satz 3, 36 Abs. 3 GNotKG niedriger anzusetzen. Die Herabsetzung auf 50 % erscheine insoweit nicht ausreichend, weil die Antragsgegnerin lediglich berücksichtigt habe, dass eine Scheidung nicht geplant sei, hingegen bei der Wertfestsetzung die Rückausnahme für den Fall übersehen habe, dass einer der Ehegatten ein gemeinsames Kind betreue. Ausgehend von einem Geschäftswert für den Unterhaltsverzicht von 77.148 € hat das Landgericht sodann die Kostenberechnung auf einen Betrag von 1.185,24 € herabgesetzt.

[5] Gegen diesen der Antragsgegnerin lediglich formlos übersandten Beschluss hat die Antragsgegnerin mit am 03.08.2015 eingegangenem Schriftsatz vom 02.08.2015 (Bl. 46 ff. d.A.), auf dessen Einzelheiten Bezug genommen wird, Beschwerde eingelegt. Sie rügt die Verletzung des rechtlichen Gehörs. Sie meint, die Annahme des Landgerichts, dass es sich beim Unterhaltsverzicht des Ehemanns um ein Recht von unbestimmter Dauer handele, sei falsch. Da das Recht auf die Lebenszeit des Ehepartners beschränkt sein sollte, sei vorliegend § 52 Abs. 3 Satz 2 GNotKG anzuwenden, allerdings greife § 52 Abs. 4 GNotKG ein mit der Folge, dass in diesem vorliegenden Fall der 15-fache Jahreswert anzusetzen sei. Im Übrigen sei der Unterhaltsverzicht der Ehefrau nicht bewertet worden. Die weitere Herabsetzung des Wertes nach § 52 Abs. 6 Satz 3 GNotKG wegen der Ausnahme des Unterhaltsverzichts für die Betreuung eines gemeinsamen Kindes sei nicht rechters. Zum einen habe das Landgericht jegliche Begründung für die angebliche Unbilligkeit des vorliegenden Falles vermissen lassen. Zum anderen entspreche die Rückausnahme den Gegebenheiten der Gesetze und der Rechtsprechung und stelle keine besondere Ausnahme dar, besonders aufgrund der Tatsache, dass das Ehepaar bereits zwei Kinder im Alter damals von sieben und neun Jahren gehabt habe und das Eintreten dieser Bedingung relativ unwahrscheinlich sei. Die Rückausnahme diene lediglich der Verhinderung einer vollständigen Unwirksamkeit der betreffenden Bestimmung und sei keine unbillige Ausnahme. Zur Ergänzung des Sachvorbringens der Antragsgegnerin im Beschwerdeverfahren wird auf den bezeichneten Schriftsatz sowie denjenigen vom 05.08.2015 verwiesen.

[6] Das Landgericht hat der Beschwerde ausweislich seines Beschlusses vom 10.08.2015 (Bl. 52 d.A.) nicht abgeholfen

und hat sie dem Senat zur Entscheidung vorgelegt. Die Antragstellerin hat sich im Beschwerdeverfahren nicht geäußert.

II.

[7] Die Beschwerde der Antragsgegnerin ist gem. § 129 GNotKG statthaft und auch ansonsten zulässig. Sie ist schon deshalb als fristgerecht eingelegt anzusehen, weil es das Landgericht entgegen den §§ 130 Abs. 3 Satz 1 GNotKG, 41 Abs. 1 Satz 2 FamFG, unterlassen hat, den Beschluss der teilweise unterlegenen Antragsgegnerin förmlich zuzustellen.

[8] Die Beschwerde hat auch in der Sache teilweise Erfolg. Entgegen der Rechtsauffassung des Landgerichts ist die Kostenberechnung aus einem Geschäftswert von 268.580 € neu aufzustellen, so dass die angefochtene Kostenberechnung lediglich auf die aus dem Tenor ersichtliche Höhe herabzusetzen ist.

[9] Da die Antragstellerin lediglich den Ansatz des Geschäftswerts über den Unterhaltsverzicht gerügt hatte, war lediglich dies Verfahrensgegenstand des Verfahrens auf gerichtliche Entscheidung. Verfahrensgegenstand dieser Verfahrens sind grundsätzlich nur die gegen die Kostenberechnung gerichteten Beanstandungen des jeweiligen Kostenschuldners – hier: der Antragstellerin – (vgl. Senat, Beschl. v. 22.02.2011 – 20 W 88/08, zitiert nach juris, zu § 156 KostO). Wegen des auch im Notarkostenverfahren geltenden Verschlechterungsverbot (vgl. die Nachweise bei Senat, Beschl. v. 04.06.2013 – 20 W 232/11, zitiert nach juris) hat der Senat im Beschwerdeverfahren lediglich zu überprüfen, ob das Landgericht die beanstandete Kostenberechnung unter Zugrundelegung eines zu niedrigen Geschäftswerts zuungunsten der Antragsgegnerin zu weit herabgesetzt hat.

[10] Nicht zu beanstanden ist der rechtliche Ansatz des Landgerichts, der demjenigen der Antragsgegnerin folgt, dass für die Wertberechnung vorliegend § 52 GNotKG einschlägig ist. Dieser bezieht sich ausweislich seines Abs. 2 auch auf Rechte oder Ansprüche auf wiederkehrende oder dauernde Nutzungen oder Leistungen. Dazu gehören auch Rechte bzw. Ansprüche aus Unterhaltsvereinbarungen – auch für die Zeit nach Beendigung der Ehe – und damit auch gegenseitige Verzicht auf nahehelichen Unterhalt (vgl. etwa Zapf, in: Leipziger Gerichts- & Notarkosten-Kommentar, 2. Aufl., § 52 Rn. 21; Korintenberg/Schwarz, GNotKG, 19. Aufl., § 52 Rn. 33; Notarkasse, Streifzug durch das GNotKG, 10. Aufl., Rn. 483; Ländernotarkasse NotBZ 2016, 379; dies., Leipziger Kostenspiegel – Das neue Notar-Kostenrecht, Teil 20 Rn. 24).

[11] Nicht als zu niedrig angegriffen wird von der Beschwerde die Berechnung des zugrunde zu legenden Jahreswerts des Unterhalts i.H.v. 25.716 €, der auch dem Ansatz der Antragsgegnerin in ihrer angefochtenen Notarkostenberechnung entspricht. Zutreffend hat die Antragsgegnerin nur den Wert der Leistung des einen Teils in Ansatz gebracht, nämlich denjenigen der Antragstellerin als den höheren Wert (vgl. dazu Notarkasse, a.a.O., Rn. 484). Aus den obigen rechtlichen Erwägungen heraus hat der Senat nicht zu überprüfen, ob auch ein niedrigerer Ansatz in Betracht käme. Die Antragstellerin hat im Beschwerdeverfahren keinerlei Beanstandungen mehr erhoben.

[12] Weiter zutreffend ist das Landgericht davon ausgegangen, dass hiervon der 10-fache Jahreswert gem. § 52 Abs. 3 Satz 2 GNotKG in Ansatz zu bringen ist. Vorliegend handelt

es sich um ein Recht von unbestimmter Dauer nach dieser Vorschrift (vgl. hierzu auch Notarkasse, a.a.O., Rn. 483; Ländernotarkasse NotBZ 2016, 379; dies., Leipziger Kostenspiegel – Das neue Notar-Kostenrecht, Teil 20 Rn. 24). Auch dies stellt die Beschwerde ausweislich S. 2 der Beschwerdeschrift, 2. Abs., offensichtlich nicht in Abrede (anders wohl noch auf S. 1). Nicht gefolgt werden kann allerdings der daran anknüpfenden Rechtsauffassung der Beschwerde, dass vorliegend dennoch der höhere Jahreswert des § 52 Abs. 4 GNotKG einschlägig sei. Sofern nämlich das Recht von unbestimmter Dauer zugleich auch auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränkt ist, findet ein Vergleich zwischen dem Wert nach Abs. 3 Satz 2 und Abs. 4 statt. Der geringere Wert ist maßgeblich (vgl. Zapf, a.a.O., § 52 Rn. 63; Korintenberg/Schwarz, a.a.O., § 52 Rn. 65; Diehn, in: Bormann/Diehn/Sommerfeldt, GNotKG, 2. Aufl., § 52 Rn. 23; Notarkasse, a.a.O., Rn. 483; Ländernotarkasse NotBZ 2016, 379; dies., Leipziger Kostenspiegel – Das neue Notar-Kostenrecht, Teil 20 Rn. 24; vgl. auch die Gesetzesbegründung in BR-Drucks. 517/12 vom 31.08.2012, S. 247, und BT-Drucks. 17/11471(neu) vom 14.11.2012, S. 171; a.A. Leiß in NK-Gesamtes Kostenrecht, § 52 GNotKG Rn. 52). Nach dem obigen Ansatz zum zugrunde liegenden Jahreswert kann hier nun nicht der Unterhaltsverzicht der Ehefrau (zusätzlich) Berücksichtigung finden, wie die Beschwerde eventuell meint.

[13] Der Senat folgt dem Landgericht allerdings nicht, soweit es für den vorliegenden Einzelfall den von der Antragsgegnerin vorgenommenen Abschlag nach § 52 Abs. 6 Satz 3 GNotKG i.H.v. 50 % als zu gering bemessen angesehen und insoweit eine weitere Herabsetzung des Geschäftswerts und damit der angefochtenen Kostenberechnung vorgenommen hat.

[14] Nach der genannten Gesetzesvorschrift ist ein niedrigerer Wert dann anzunehmen, wenn der nach den vorstehenden Absätzen des § 52 GNotKG bestimmte Wert nach den besonderen Umständen des Einzelfalles unbillig ist, weil im Zeitpunkt des Geschäfts der Beginn des Geschäfts noch nicht feststeht oder das Recht in anderer Weise bedingt ist. Dabei ist aber zunächst festzuhalten, dass das Ausmaß des Abschlages im Ermessen des jeweiligen Notars liegt, da die Anpassung an die Umstände des Einzelfalles gesetzgeberisch nicht geregelt werden kann (vgl. dazu Korintenberg/Schwarz, a.a.O., § 52 Rn. 88; Diehn, in: Bormann/Diehn/Sommerfeldt, a.a.O., § 52 Rn. 29). In diesem Zusammenhang kann das Gericht dann die Ermessensausübung des Notars nur eingeschränkt überprüfen, nämlich darauf, ob der Notar von seinem Ermessen Gebrauch gemacht, alle wesentlichen Umstände beachtet und die Grenzen des ihm eingeräumten Ermessens eingehalten hat (vgl. dazu die Nachweise bei Wudy in Leipziger Gerichts- & Notarkostenkommentar, a.a.O., § 128 Rn. 93; BGH, Beschl. v. 23.10.2013 – V ZB 190/12; Senat NZG 2013, 823 [OLG München 24.10.2012 – 31 Wx 400/12], je zu § 30 KostO und zitiert nach juris). Derartige Ermessensfehler sind der Antragsgegnerin hier bei der Anwendung der genannten Billigkeitsvorschrift nicht unterlaufen. Zu Recht weist die Antragsgegnerin darauf hin, dass in der kostenrechtlichen Literatur weitgehend vertreten wird, dass dann, wenn – wovon hier ausgegangen werden kann – keine Scheidung beabsichtigt ist, Abschläge bis zu 50 % vorgenommen werden können (vgl. Notarkasse, a.a.O., Rn. 483;

Korintenberg/Schwarz, a.a.O., § 52 Rn. 83). Diesen Rahmen hat die Antragsgegnerin hier voll zugunsten der Antragstellerin ausgeschöpft. Ein Ermessensfehler liegt nicht in dem vom Landgericht angenommenen Umstand, dass die Antragsgegnerin bei der Billigkeitsüberprüfung die „Rückausnahme“ des Unterhaltsverzichts (bzw. den Eintritt einer auflösenden Bedingung) für den Fall nicht weitergehend berücksichtigt hat, dass einer der Ehegatten ein gemeinsames Kind betreut. Die Antragsgegnerin durfte dabei ermessensfehlerfrei darauf abstellen, dass der Eintritt dieser „Rückausnahme“ relativ unwahrscheinlich war, zumal das Ehepaar bereits Kinder im Alter von damals sieben und neun Jahren hatte. Der Umfang der Wahrscheinlichkeit des Bedingungeintritts ist ein im Rahmen des § 52 Abs. 6 Satz 3 GNotKG zu berücksichtigendes Kriterium (vgl. *Leiß*, in: NK-Gesamtes Kostenrecht, § 52 GNotKG Rn. 84); für die vom Landgericht in diesem Zusammenhang hier angenommene „Rückausnahme“ kann nichts anderes gelten. Im Übrigen hat die Antragsgegnerin im Einzelnen und nachvollziehbar dargelegt, dass sie diese Vertragsklausel nur deshalb aufgenommen habe, um die vollständige Unwirksamkeit der Bestimmung im Hinblick auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs abzuwenden. Ausgehend davon erscheint es jedenfalls nicht ermessensfehlerhaft, diesen Umstand nicht weiter wertmindernd zu berücksichtigen, da er nach dem Willen der Beteiligten auch dazu diente, den mit dem Unterhaltsverzicht verfolgten Zweck überhaupt zu ermöglichen. Dass das Oberlandesgericht Hamm in der von der Antragstellerin zitierten Entscheidung vom 15.04.2010 (vgl. FGPrax 2010, 260) für einen vergleichbaren Sachverhalt einen Abschlag von 70 % für nicht ermessensfehlerhaft erachtet hatte, ändert daran nichts. Zum einen erging diese Entscheidung noch unter Geltung des § 24 Abs. 5 Satz 3 KostO/§ 24 Abs. 6 Satz 3 KostO, der sich in seinen Voraussetzungen vom nunmehr anwendbaren § 52 Abs. 6 Satz 3 GNotKG maßgeblich unterscheidet (vgl. dazu *Leiß*, in: NK-Gesamtes Kostenrecht, § 52 GNotKG Rn. 79; *Korintenberg/Schwarz*, a.a.O., § 52 Rn. 88). Zum anderen ist die seinerzeitige gerichtliche Wertung im Rahmen der hier wie dort lediglich eingeschränkten gerichtlichen Überprüfung der dortigen Ermessensausübung nicht ohne weiteres auf andere Fälle übertragbar, zumal jeweils auf alle Umstände des Einzelfalls abgestellt werden muss. Ob die Antragsgegnerin also auch einen Abschlag von 70 % ermessensfehlerfrei hätte vornehmen können, hat der Senat hier nicht zu überprüfen.

[15] Ob die von der Antragsgegnerin gerügte Verletzung rechtlichen Gehörs in erster Instanz vorlag, kann offenbleiben. Die Antragsgegnerin hatte jedenfalls in der Beschwerdeinstanz hinreichend Gelegenheit, ihren Rechtsstandpunkt darzulegen, so dass ein eventueller Verstoß jedenfalls geheilt wäre.

[16] Im Ergebnis ist damit für den Unterhaltsverzicht ein Geschäftswert von $257.160 \text{ €} \times 50 \% = 128.580 \text{,-EUR}$ anzusetzen. Der Geschäftswert des Ehevertrages insgesamt berechnet sich damit auf $(60.000 \text{ €} + 60.000 \text{ €} + 128.580 \text{ €} + 20.000 \text{ €} =) 268.580 \text{ €}$.

[17] Hieraus ergibt sich folgende Neuberechnung der Kostenberechnung:

2,0 Gebühr Nr. 21100 KV GNotKG (Beurkundungsgebühr Ehevertrag) 1.170 €

Nr. 32001 KV GNotKG Dokumentenpauschale 4,50 €

Nr. 32002 KV GNotKG Dokumentenpauschale (Datei) 1,50 €

Nr. 32005 KV GNotKG Post- und Telekommunikationspauschale 20 €

Nr. 32014 KV GNotKG 19 % Umsatzsteuer 227,24 €.

Daraus errechnet sich ein Gesamtbetrag von 1.423,24 €.

[20] Gründe dafür, die Rechtsbeschwerde zuzulassen, §§ 129 Abs. 2, 130 Abs. 3 Satz 1 GNotKG, 70 FamFG, hat der Senat nicht gesehen, da die gesetzlichen Voraussetzungen hierfür nicht vorliegen. Weder hat die Sache grundsätzliche Bedeutung, noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts. Eine Nichtzulassungsbeschwerde ist nicht gegeben, da gesetzlich nicht vorgesehen.

Anmerkung:

Im Rahmen von „vorsorgenden“ Eheverträgen aber auch im Rahmen von *Scheidungsvereinbarungen* wird zwischen den Eheleuten vielfach auf *nachehelichen Unterhalt* verzichtet. *Ehevertrag*, z.B. die Vereinbarung der Gütertrennung und *Unterhaltsverzicht* betreffen *verschiedene Beurkundungsgegenstände* gem. § 111 Nr. 2 GNotKG und sind daher jeweils gesondert zu bewerten.

Unterhaltsvereinbarungen zwischen den Ehegatten berechnen sich als *wiederkehrende Leistungen* nach § 52 GNotKG. Bei einer Befristung gilt § 52 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 4 GNotKG. Bei wiederkehrenden Leistungen ohne Befristung liegt *unbestimmte Dauer* vor, so dass gem. § 52 Abs. 3 GNotKG der auf die ersten zehn Jahre entfallende Wert den Geschäftswert bildet, wobei der Wert nach § 52 Abs. 4 nicht überschritten werden darf (Ländernotarkasse, Leipziger Kostenspiegel, 2. Aufl. 2017, Rn. 20.42; Ländernotarkasse, NotBZ 2016, 379, 380).

Gegenseitige Verzichte auf nachehelichen Unterhalt sind grundsätzlich nach § 52 GNotKG zu bewerten. Werden die Verzichte *wechselseitig* abgegeben, liegt ein *Austauschvertrag* nach § 97 Abs. 3 GNotKG vor, so dass nur der höherwertige Verzicht anzusetzen ist.

Bei vorsorgenden Eheverträgen fehlen häufig konkrete Angaben zu gegenseitigen Unterhaltsansprüchen. Daher ist der Wert des Unterhaltsverzichts nach *billigem Ermessen* gem. § 36 Abs. 1 GNotKG zu bestimmen. In der Literatur (Leipziger Kostenspiegel a.a.O.; Ländernotarkasse, a.a.O.; *Diehl/Volpert*, Praxis des Notarkostenrechts, Rn. 1989) wird vorgeschlagen, den *Halbteilungsgrundsatz* heranzuziehen: Beide Ehegatten haben Anspruch auf gleichmäßige Teilhabe an den verfügbaren finanziellen Mitteln, insbesondere den Erwerbseinkünften, wobei der *Erwerbstätigenbonus* abzuziehen ist, der entsprechend den Vorgaben der sog. Düsseldorfer Tabelle durchweg mit 1/7 bemessen wird; der Erwerbstätigenbonus soll einen *beruflich bedingten Mehraufwand* ausgleichen und zugleich Anreiz zur Erwerbstätigkeit sein. Die Annahme der damit entstehenden 3/7 (7/7 – 1/7: 2) wurde als Möglichkeit der Wertermittlung für einen Unterhaltsverzicht vom

OLG Hamm (FGPrax 2010, 260) und jetzt auch vom OLG Frankfurt in der obigen Entscheidung nicht beanstandet. Um einen Unterhaltsverzicht richtig bewerten zu können, müssen die *Nettoeinkommen beider Ehegatten* bekannt sein. Soweit sich solche aus der Urkunde selbst nicht ergeben, empfiehlt es sich, etwa unter Verwendung einer kostenrechtlichen „Checkliste“ (Wertermittlungsbogen) diese im Vorfeld der Beurkundung oder anlässlich der Beurkundung von den Eheleuten zu erfragen. Der zur Wertberechnung erforderliche Wert kann anschließend wie folgt berechnet werden (siehe auch *Diehn/Volpert* a.a.O.):

1. Differenz der Nettoeinkommen zwischen „beiden Einkommen“ der Eheleute bilden,
2. Berechnung des 3/7-Anteils hiervon = monatlicher Unterhaltsanspruch,
3. Kapitalisierung des monatlichen Unterhaltsanspruchs nach § 52 Abs. 2 bis 4 GNotKG,
4. ggf. Ermäßigung gem. § 52 Abs. 6 Satz 3 GNotKG.

Hinsichtlich der Vervielfältigung des wie oben beschriebenen ermittelten monatlichen Unterhaltsanspruchs sollte aufgrund der gestärkten *nachehelichen Eigenverantwortung* mit den Regeln zur Begrenzung des nachehelichen Unterhalts von unbestimmter Dauer ausgegangen werden, so dass der Geschäftswert gem. § 52 Abs. 3 GNotKG in jedem Fall auf die ersten 10 Jahre begrenzt bleibt, sofern nicht bereits der Vervielfältiger gem. § 52 Abs. 4 GNotKG (Lebensdauer der Person) geringer ausfällt oder man in Betrachtung des § 1587b BGB einen zeitlich kürzeren Anspruch einschätzt, denn ein Unterhaltsanspruch eines geschiedenen Ehegatten ist zu begrenzen und/oder zu befristen, wenn ein zeitlich unbegrenzter Unterhaltsanspruch unbillig wäre (siehe ausführlich hierzu Leipziger Kostenspiegel a.a.O.). Das OLG Frankfurt hat sich in seiner obigen Entscheidung dieser Ansicht angeschlossen und ebenfalls ein Recht von unbestimmter Dauer angenommen.

Bei Unterhaltsverzicht, die nicht im Rahmen einer Scheidungsvereinbarung beurkundet werden, sondern innerhalb eines vorsorgenden Ehevertrages, ist der Geschäftswert gem. § 52 Abs. 6 Satz 3 (bzw. § 36 Abs. 1) GNotKG zudem niedriger anzusetzen, weil der Verzicht einen *ungewissen, möglichen zukünftigen Anspruch auf Unterhalt* infolge der *Scheidung* betrifft. Gleiches gilt, wenn der Unterhaltsverzicht dergestalt auflösend bedingt ist, dass aus der Ehe gemeinsame Kinder hervorgehen und einer der Ehegatten deshalb ganz oder teilweise seinen Beruf nicht ausüben will (Leipziger Kostenspiegel a.a.O., Rn. 20.43). Das OLG Frankfurt hat in seiner obigen Entscheidung dahin entschieden, dass bei einem *vorsorgenden Ehevertrag* (bei derzeit nicht beabsichtigter Scheidung) es *ermessensfehlerfrei* ist, wenn nach § 52 Abs. 6 Satz 3 GNotKG ein *Abschlag* auf den nach § 52 Abs. 1 bis 5 GNotKG ermittelten Geschäftswert von 50 % vorgenommen wird (so auch Strauß, Prüfungsabt. der Notarkasse München, MittBayNot 2018, 596 Anm. zu OLG Frankfurt 20 W 251/15; *Korintenberg/Tiedtke*, § 100, Rn. 52; *Korintenberg/Schwarz*, § 52, Rn. 83; differenzierend *Diehn/Volpert* a.a.O., Rn. 1986 ff.). Das OLG Hamm (a.a.O.) hat in einer Entscheidung noch zur Kostenordnung (KostO) es als ermessensfehlerfrei angesehen, für einen Unterhaltsverzicht, der im Kontext einer güterrechtlichen Vereinbarung unter Eheleuten als vorsorgender Ehevertrag abgegeben wird, 30 % des fünffachen Jahres-

betrages des Unterhalts anzusetzen, also einen Abschlag von 70 % akzeptiert.

Die *Annahme des Auffangwertes* nach § 36 Abs. 3 GNotKG von 5.000,00 € wird in aller Regel ausscheiden, da die Bewertungsgrundsätze des § 52 GNotKG (Multiplikation eines Jahreswertes) zu beachten sind (*Korintenberg/Tiedtke* a.a.O.). Etwaige *Wertsicherungsklauseln* sind in Unterhaltsvereinbarungen gem. § 52 Abs. 7 GNotKG nicht zu berücksichtigen.

Folgt man der Auffassung des OLG Frankfurt ergibt sich folgende *Beispielberechnung* (siehe hierzu das Beispiel in Leipziger Kostenspiegel 2. Auflage, Teil 20 Rn. 20.37 ff. mit Erläuterungen):

Sachverhalt nach Leipziger Kostenspiegel:

Die Ehegatten A (51 Jahre alt) und B (51 Jahre alt) vereinbaren den Wechsel vom gesetzlichen Güterstand in die Gütertrennung. Auf den Ausgleich der Ansprüche des Zugewinns wird gleichzeitig verzichtet. Die Ehegatten gehen übereinstimmend davon aus, dass keine Ansprüche bestehen. Für den Fall der Scheidung vereinbaren die Ehegatten den gegenseitigen vollständigen Verzicht auf die Gewährung jeglichen nachehelichen Unterhalts nach allen gesetzlichen Unterhaltstatbeständen.

Das Vermögen beider Ehegatten stellt sich wie folgt dar:

A: Vermögenswerte von 100.000,00 € und Verbindlichkeiten i.H.v. 70.000,00 €.

B: Vermögenswerte von 50.000,00 € und Verbindlichkeiten i.H.v. 30.000,00 €.

Die Ehegatten A und B sind beide berufstätig. Das durchschnittliche Nettoeinkommen von A beträgt ca. 1.500,00 € und das von B ca. 700,00 €.

Es ergibt sich folgende Geschäftswertermittlung:

a) Ehevertrag (§ 100 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GNotKG)	75.000,00 €
b) Unterhaltsverzicht (§§ 97 Abs. 3, 36 Abs. 1) Vorschlag 50 % von 41.040,00 €	20.520,00 €
(Gehaltsdifferenz von monatlich 800,00 € hiervon 3/7 = 342,00 € × 12 × 10)	
Gesamtgeschäftswert (§§ 111 Nr. 2, 35 Abs. 1 GNotKG)	95.520,00 €

Erläuterungen:

Die Erklärungen a) und b) betreffen *verschiedene Beurkundungsgegenstände* gem. § 111 Nr. 2 GNotKG. Sie unterliegen demselben Gebührensatz von 2,0 nach Nr. 21100 KV GNotKG.

Als *Wert des Ehevertrages* ist die *Summe der Werte der gegenwärtigen Vermögen beider Ehegatten* maßgebend. Die jeweils auf dem Vermögen eines Ehegatten lastenden *Verbindlichkeiten* sind gem. § 100 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 GNotKG *bis zur Hälfte des jeweiligen Vermögens abzuziehen (modifiziertes Reinvermögen)*; zu beachten ist dabei, dass das jeweilige *Vermögen* und die jeweiligen *Verbindlichkeiten* der Ehegatten *voneinander ge-*

trennt (!) zu bewerten sind. Somit errechnen sich folgende „Reinvermögen“:

Ehegatte	Vermögenswert	Verbindlichkeiten	Reinvermögen (aber mind. 1/2 Vermögenswert)
A	100.000,00 €	70.000,00 €	50.000,00 €
B	50.000,00 €	30.000,00 €	25.000,00 €

Geschäftswert Ehevertrag (Vereinbarung der Gütertrennung) somit insgesamt 75.000,00 €. Der Verzicht auf Zugewinnausgleichsansprüche ist Inhalt des Ehevertrages.

Die Bewertung des Unterhaltsverzichts in dem oben dargestellten „vorsorgenden“ Ehevertrag entspricht den obigen Ausführungen unter Anwendung des Beschlusses des OLG Frankfurt. In Anwendung des Beschlusses des OLG Frankfurt besteht bei den *monatlichen Einkommen* von A und B eine *Differenz* i.H.v. 800,00 €. Unter Einbeziehung der Rechtsprechung der OLG Frankfurt und Hamm ist vorliegend ein monatlicher Unterhaltsbedarf der B von 342,00 € (3/7 vom Differenzbetrag von 800,00 €) anzunehmen. Der Jahreswert von 4.104,00 € ist entsprechend § 52 Abs. 2 bis 4 GNotKG mit 10 zu multiplizieren; auf den somit gefundenen Gesamtwert von 41.040,00 € ist sodann ein Abschlag von 50 % = 20.520,00 € gem. § 52 Abs. 6 Satz 3 GNotKG vorzunehmen, was für den Unterhaltsverzicht einen Geschäftswert von 20.520,00 € ergibt. Wäre B im Zeitpunkt des Unterhaltsverzichts 45 Jahre alt, kommt gem. § 52 Abs. 3 Satz 2 GNotKG bei unbestimmter Dauer ein Multiplikator von 10 in Betracht (der Multiplikator nach § 52 Abs. 4 GNotKG ist höher); die Ansprüche für die nächsten 10 Jahre sind dann Geschäftswert.

Erfolgt die Beurkundung eines *Unterhaltsverzichts* innerhalb einer *Scheidungsvereinbarung*, steht die Ehescheidung also fest, bleibt es *ohne Abschlüsse bei dem Multiplikator* gem. § 52 Abs. 4 GNotKG (OLG Braunschweig, Beschl. v. 18.01.2017 – 2 W 2/17 = BeckRS 2017, 152631; *Korintenberg/Tiedtke*, GNotKG, § 100 Rn. 52; *Korintenberg/Schwarz*, GNotKG, § 52 Rn. 83).

Das OLG Braunschweig zieht einen Abschlag auf den nach § 52 Abs. 2 bis 4 GNotKG ermittelten Geschäftswert nach § 52 Abs. 6 Satz 3 GNotKG – jedenfalls in einer Scheidungs-

vereinbarung – nicht in Betracht und führt aus, dass insbesondere § 1587b BGB hier nicht einschlägig sei, da in dieser Bestimmung keine „Bedingung“ i.S.v. § 52 Abs. 6 Satz 3 GNotKG liege. Mit dem Begriff „Bedingung“ seien *echte Bedingungen* i.S.d. § 158 BGB gemeint, nicht aber *Rechtsbedingungen* und *schlichte Tatbestandsmerkmale* einer Regelung (so auch *Korintenberg/Schwarz*, GNotKG, § 52 Rn. 89; *Diehn*, in: Bormann/Diehn/Sommerfeldt, GNotKG, § 52, Rn. 29), so dass die Voraussetzungen dieser Ausnahmeregelung nicht vorlägen. Stehe die Ehescheidung fest, bleibt es ohne Abschlüsse bei dem Multiplikator gem. § 52 Abs. 4 GNotKG. Die Ausführungen des OLG Braunschweig werden insbesondere geteilt von *Diehn*, in: Diehn/Volpert, Rn. 1554: Bei Unterhaltsvereinbarungen ist deren voller Wert grundsätzlich nicht unbillig i.S.v. § 52 Abs. 6 Satz 3 GNotKG), wobei das OLG Braunschweig sodann in Rn. 12 am Ende jedoch in „Abkehr“ seiner eigenen Begründung ausführt „Ein Abschlag kommt nur in Betracht, wenn die Scheidung als solche ungewiss ist, worin eine Bedingung im Sinne des § 52 Abs. 6 S. 3 GNotKG zu sehen ist“.

Fazit

Bis zu einer Entscheidung des BGH zur Anwendung von § 52 Abs. 6 Satz 3 GNotKG können entsprechend der herrschenden Meinung bei der Beurkundung von Unterhaltsverzichten in vorsorgenden Eheverträgen Abschlüsse von 50 % gem. § 52 Abs. 6 Satz 3 GNotKG durch Ausübung billigen Ermessens des Notars vorgenommen werden, wenn der Beginn der Unterhaltsverpflichtungen nicht feststeht. Das Ermessen des Notars ist nur auf Ermessenfehler überprüfbar. Steht eine Ehescheidung konkret bevor, etwa im Rahmen der Beurkundung einer Scheidungsvereinbarung, bleibt es ohne Abschlüsse bei dem Multiplikator gem. § 52 Abs. 2 und 4 GNotKG. Davon kann der Notar ausgehen, wenn die Vereinbarung kurze Zeit (etwa bis drei Monate) vor Ablauf des Trennungsjahres und damit objektiv zur Vorbereitung eines anstehenden Scheidungsverfahrens getroffen wurde (so *Sikora/Tiedtke*, Kostenrechtsprechung 2017, DNotZ 2018, 576, 586).

Andreas Kersten, Leitender Notarmitarbeiter, Essen

ZNotP-Fragezeichen

Antworten

1. b) Nach § 2161 Satz 2 BGB ist nunmehr der Erbe, dem der Wegfall des Vermächtnisses für C zu Gute kommt, mit dem Vermächtnis für D beschwert.
2. a) Nach hM ist eine Aufgabe des Eigentum nach § 928 BGB bei Miteigentumsanteilen nicht möglich (Vgl. BGHZ 115, 1 ff.).