

# DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

25. Jahrgang  
Juli 2017  
ISSN 1434-3460

13/2017

mit Bundesnotarkammer intern

## Inhaltsübersicht

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 876, 877; WEG §§ 5, 10, 23, 27 – Ermächtigung des Verwalters zum Abschluss von Pachtverträgen für sämtliche Wohnungs- und Teileigentumseinheiten in der Gemeinschaftsordnung; Zustimmung dinglich Berechtigter zur entsprechenden Änderung der Gemeinschaftsordnung

### Gutachten im Abrufdienst

### Rechtsprechung

BGB §§ 138 Abs. 1, 1572, 1578b Abs. 1; FamFG § 117 Abs. 1 S. 1 – Sittenwidrigkeit eines Ehevertrags; Unternehmerehe; Gesamtbetrachtung

### Aktuelles

Einführung der gleichgeschlechtlichen Ehe in Deutschland

### Literaturhinweise

### Veranstaltungen

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

**BGB §§ 876, 877; WEG §§ 5, 10, 23, 27  
Ermächtigung des Verwalters zum Abschluss von Pachtverträgen für sämtliche Wohnungs- und Teileigentumseinheiten in der Gemeinschaftsordnung; Zustimmung dinglich Berechtigter zur entsprechenden Änderung der Gemeinschaftsordnung**

### I. Sachverhalt

Eine Pflegeimmobilie ist in ca. 50 Wohnungs- und Teileigentumseinheiten aufgeteilt. Alle Sondereigentumseinheiten werden derzeit als Gesamtheit an einen Pächter verpachtet. Für zukünftige Neuabschlüsse bzw. Änderungen oder Verlängerungen von Pachtverträgen soll eine Regelung in die Teilungserklärung aufgenommen werden, wonach die Verpachtung des Gesamtobjekts künftig durch den Verwalter der Gemeinschaft der Wohnungs- und Teileigentümer erfolgen soll. Die Teilungserklärung enthält eine sog. Öffnungsklausel, wonach mit  $\frac{3}{4}$ -Mehrheit der Stimmen der in der Versammlung anwesenden Sondereigentümer Änderungen der Gemeinschaftsordnung beschlossen werden können.

### II. Fragen

1. Kann die gewünschte Änderung der Teilungserklärung auf Basis der Öffnungsklausel mit der dort vorgesehenen Mehrheit beschlossen werden oder bedarf es dazu in jedem

Fall einer einstimmigen Vereinbarung aller Wohnungs- und Teileigentümer?

2. Bedarf die gewünschte Änderung der Teilungserklärung der Zustimmung der an den Sondereigentumseinheiten dinglich Berechtigten?

### III. Zur Rechtslage

#### 1. Ermächtigung des WEG-Verwalters zum Abschluss von Pachtverträgen für die Wohnungs- und Teileigentumseinheiten

Sofern die angestrebte Ermächtigung des WEG-Verwalters nicht bereits kraft Gesetzes durch Mehrheitsbeschluss möglich ist, könnte eine entsprechende Ermächtigungsgrundlage in der **Öffnungsklausel** liegen. Sollte die Öffnungsklausel eine Ermächtigung des WEG-Verwalters zum Abschluss von Pachtverträgen für die Wohnungs- und Teileigentumseinheiten durch Mehrheitsentscheidung nicht umfassen, wäre eine Verpachtungsermächtigung des WEG-Verwalters allenfalls durch einstimmige Vereinbarung aller Wohnungs- und Teileigentümer möglich.

#### a) Ermächtigung durch Mehrheitsbeschluss nach § 27 Abs. 3 S. 1 Nr. 7 WEG

§ 27 WEG weist dem **Verwalter** einer Gemeinschaft von Wohnungs- und Teileigentümern verschiedene **Aufgaben und Befugnisse** zu. Soweit nach dieser Vorschrift Befugnisse des Verwalters bestehen, übt der Verwalter diese mit Wirkung für und gegen alle Wohnungs- und Teileigentümer bzw. mit Wirkung für und gegen die Gemeinschaft der Wohnungs- und Teileigentümer aus. Eine Befugnis des WEG-Verwalters zum Abschluss von Pachtverträgen für die

Sondereigentumseinheiten sieht § 27 WEG nicht vor. § 27 Abs. 3 S. 1 Nr. 7 WEG eröffnet allerdings die Möglichkeit, den Verwalter durch **Mehrheitsbeschluss der Wohnungseigentümer** über die kraft Gesetzes bestehenden Befugnisse hinaus **zur Vornahme von Rechtsgeschäften und Rechtshandlungen zu ermächtigen**. Mit einem solchen Beschluss kommt dem Verwalter dann bereits kraft Gesetzes eine entsprechende Vertretungsmacht zu, ohne dass es einer zusätzlichen, an den Verwalter gerichteten Willenserklärung bedarf (BGH NJW 2014, 1587 Rn. 16; MünchKommBGB/Engelhardt, 7. Aufl. 2017, § 27 WEG Rn. 46).

Allerdings zielt § 27 Abs. 3 S. 1 Nr. 7 WEG auf die Erweiterung der Vertretungsmacht des Verwalters für den im Rahmen von § 10 Abs. 6 WEG **rechtsfähigen Verband der Wohnungs- und Teileigentümer** (vgl. MünchKommBGB/Engelhardt, § 27 WEG Rn. 46), nicht dagegen auf die Vertretung der einzelnen Wohnungs- und Teileigentümer. § 27 Abs. 3 S. 1 WEG betrifft die Vertretungsberechtigung des Verwalters im „Namen der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer und mit Wirkung für und gegen sie.“ § 27 Abs. 3 S. 1 Nr. 7 WEG ermöglicht insofern die Erweiterung des Vertretungsumfanges, nicht aber den Austausch des Vertretenen. Die Norm setzt damit die **originäre Entscheidungszuständigkeit der Gemeinschaft** voraus (Abramenko, in: Riecke/Schmid, WEG, 4. Aufl. 2015, § 27 Rn. 62; BeckOGK-BGB/Greiner, Stand: 1.3.2017, § 26 WEG Rn. 209 f.).

Die **Vermietung oder Verpachtung** der Sondereigentumseinheiten **gehört** grundsätzlich **nicht zum Kompetenzbereich der Gemeinschaft der Wohnungs- und Teileigentümer**, sondern ist nach § 13 Abs. 1 WEG Ausfluss des Eigentumsrechts der Sondereigentümer und steht daher diesen zunächst individuell zu. Der Verwalter kann daher nicht auf Grundlage von § 27 Abs. 3 S. 1 Nr. 7 WEG ermächtigt werden, Pachtverträge für die Sondereigentumseinheiten abzuschließen.

## **b) Ermächtigung durch Mehrheitsbeschluss aufgrund Öffnungsklausel oder Vereinbarung aller Wohnungs- und Teileigentümer**

### **aa) Willensbildung der Wohnungs- und Teileigentümer und Zulässigkeit von Öffnungsklauseln**

Für die Willensbildung der Wohnungs- und Teileigentümer sieht das WEG als Regelungsinstrument zum einen **Vereinbarungen** nach § 10 Abs. 2 S. 2 WEG vor. Die Vereinbarung ist ein Kollektivvertrag und kommt durch korrespondierende Willenserklärungen aller Sondereigentümer zustande (vgl. BeckOK-WEG/Dötsch, Stand: 1.6.2017, § 10 Rn. 142).

Zum anderen sind nach dem WEG **Beschlüsse** der Wohnungseigentümer möglich, wobei grundsätzlich die Mehrheit der Eigentümer ausreichend ist. Für eine solche „Mehrheitsmacht“ bedarf es allerdings einer **gesetzlichen oder gewillkürten Kompetenz**. Nicht durch Vereinbarungen i. S. v. § 10 Abs. 2 S. 2 WEG regelbar sind die sachenrechtlichen Grundlagen der Gemeinschaft, sodass dafür auch keine gewillkürte Beschlusskompetenz geschaffen werden kann (siehe BayObLG DNotZ 1999, 212, 213; BeckOK-WEG/Dötsch, § 10 Rn. 270).

Die Gemeinschaftsordnung einer WEG-Gemeinschaft besteht aus der Gesamtheit von Vereinbarungen und Beschlüssen der Wohnungs- und Teileigentümer (vgl. BeckOK-WEG/

Kral, Stand: 1.6.2017, § 8 Rn. 44). Eine Öffnungsklausel, die Änderungen der Gemeinschaftsordnung mit ¾-Mehrheit der Stimmen der in der Eigentümerversammlung Anwesenden ermöglicht, begründet eine **gewillkürte Kompetenz zur Mehrheitsentscheidung**. In der Sache handelt es sich um eine auf § 23 Abs. 1 WEG gestützte Vereinbarung des Inhalts, dass auch dort ein Beschluss zulässig und ausreichend ist, wo das Gesetz eigentlich eine Vereinbarung für erforderlich hält (vgl. Grundsatzentscheidung BGH DNotZ 2000, 854, 858 f.; vgl. zudem BeckOK-WEG/Dötsch, § 10 Rn. 269).

Eine Öffnungsklausel legitimiert zukünftige Mehrheitsentscheidungen aber zunächst lediglich formell, ohne sie zugleich auch materiell zu rechtfertigen. Zum Schutz der Minderheit sind vielmehr bestimmte **fundamentale inhaltliche Schranken** zu beachten (BGH NZM 2015, 88 Rn. 14). Zu unterscheiden ist hierbei zwischen zwei Kategorien. Zum einen bestehen Beschränkungen durch die gesetzlichen Bestimmungen nach §§ 134, 138, 242 BGB und den zum Kernbereich des Wohnungseigentumsrechts zählenden Vorschriften, wozu u. a. unentziehbare und unverzichtbare Individualrechte gehören. Verstöße hiergegen führen zur Nichtigkeit des Beschlusses. Zum anderen bestehen als zweite Kategorie ebenfalls unentziehbare, jedoch verzichtbare Mitgliedschaftsrechte. Ein in solche Rechte eingreifender Beschluss ist nur dann wirksam, wenn die hiervon nachteilig betroffenen Wohnungs- und Teileigentümer zustimmen. Bis dahin ist der Beschluss schwebend unwirksam (zu dieser Unterscheidung BGH NZM 2015, 88 Rn. 15).

### **bb) Bestimmtheit und Reichweite von Öffnungsklauseln**

Schon wegen der nach § 10 Abs. 3 WEG erforderlichen Eintragung in das Grundbuch müssen Öffnungsklauseln stets den Anforderungen des **grundbuchrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes** genügen (zu einem Zuweisungsvorbehalt des teilenden Eigentümers für Sondernutzungsrechte BGH DNotZ 2012, 684, 685). Nach überwiegender Auffassung in der Literatur ergeben sich keine Bestimmtheitsbedenken bei **umfassenden Öffnungsklauseln**, mit der die Eigentümer auf Grundlage von § 23 Abs. 1 WEG sämtliche Angelegenheiten der Mehrheitsmacht unterwerfen (vgl. BeckOK-WEG/Dötsch, § 10 Rn. 245 m. w. N.).

In bestimmten Fällen werden pauschale Öffnungsklauseln allerdings gleichwohl als unzureichend angesehen. Dies betrifft aufgrund der Nähe zu den sachenrechtlichen Grundlagen der Gemeinschaft und der damit verbundenen Berührung des Kernbereichs des Wohnungs- bzw. Teileigentums insbesondere die **Begründung von Sondernutzungsrechten**, die nach verbreiteter Auffassung nicht aufgrund allgemeiner Öffnungsklausel, sondern nur dann möglich sein soll, wenn das fragliche Sondernutzungsrecht bereits in der Öffnungsklausel konkret erwähnt wird. Die Begründung von Sondernutzungsrechten erfordert demnach ein höheres Maß an Bestimmtheit der Öffnungsklausel (so Becker, ZWE 2002, 341, 344 f.; Schüller, RNotZ 2011, 203, 219; Bärmann/Suilmann, WEG, 13. Aufl. 2015, § 13 Rn. 81; Wenzel, ZWE 2004, 130, 133; ebenso wohl BeckOK-WEG/Dötsch, Stand: 1.6.2017, § 15 Rn. 284). Dies beruht indes letztlich nicht auf dem Bestimmtheitsgrundsatz. Die Begründung von Sondernutzungsrechten berührt vielmehr den Kernbereich des Wohnungs- bzw. Teileigentums (vgl. unter aa.) und ist damit grundsätzlich nur mit Zustimmung der

betroffenen Wohnungs- und Teileigentümer möglich. Eine vorweggenommene Zustimmung dieses Personenkreises kann in der Mehrheitsklausel nur dann liegen, wenn in dieser das in Frage stehende Sondernutzungsrecht bereits **konkret bezeichnet** ist (vgl. BeckOK-WEG/Dötsch, § 15 Rn. 284).

### cc) Rechtsanwendung auf den vorliegenden Sachverhalt

#### (1) Zulässigkeit von Regelungen der WEG-Gemeinschaft zur Vermietung bzw. Verpachtung der Sondereigentumseinheiten

Nach § 13 Abs. 1 WEG kann, soweit nicht das Gesetz oder die Rechte Dritter entgegenstehen, jeder Wohnungs- bzw. Teileigentümer mit den in seinem Sondereigentum stehenden Gebäudeteilen nach Belieben verfahren, insbesondere diese vermieten oder verpachten. Dabei handelt es sich aber **nicht** um ein **unentziehbares und unverzichtbares Individualrecht**. Die aus § 13 Abs. 1 WEG folgende Rechtsstellung des Wohnungs- bzw. Teileigentümers kann vielmehr grundsätzlich durch Vereinbarungen verändert werden, etwa in Form von (teilweisen) Vermietungsverboten oder -beschränkungen sowie von Vermietungsgeboten (BeckOGK-BGB/Falkner, Stand: 1.3.2017, § 13 WEG Rn. 60 und 60.1; BeckOK-WEG/Dötsch, Stand: 1.6.2017, § 13 Rn. 76 ff.). Auch in der Rechtsprechung ist anerkannt, dass die Vermietung des Sondereigentums an die Zustimmung des Verwalters gebunden werden kann (BayObLG DNotZ 2004, 385 f.; OLG Frankfurt a. M. NZM 2005, 910).

#### (2) Zulässigkeit der Ermächtigung des Verwalters zur Verpachtung der Sondereigentumseinheiten

Bislang nur wenig behandelt wird allerdings, inwieweit die Wohnungs- und Teileigentümer den **Verwalter** in der Gemeinschaftsordnung zur **Verpachtung** ihrer **Sondereigentumseinheiten ermächtigen** können. Zumindest wenn die „Gesamtheit der Wohnungseigentumseinheiten auf Vermietung ausgerichtet ist, z. B. bei einer Seniorenresidenz oder einem Studentenwohnheim“ soll die Vermietung auch durch den Verwalter erfolgen können (so BeckOGK-BGB/Falkner, § 13 WEG Rn. 60.1; ähnlich wohl BeckOK-WEG/Dötsch, § 13 Rn. 44 f., Rn. 78, der die Vereinbarung einer „zentrale[n] Verwaltung für die Vermietung von Sondereigentumseinheiten“ jedenfalls dann für möglich hält, wenn die hierfür bestehenden Bedingungen für die Sondereigentümer nicht unzumutbar sind; für die Möglichkeit der Vereinbarung einer Pflicht zur Vermietung durch den Verwalter auch Bärmann/Suilmann, § 13 Rn. 58).

Nicht ganz klar wird bei den Stellungnahmen der Literatur allerdings, ob die **Vermietungs- oder Verpachtungsermächtigung für den Verwalter** stets oder nur dann möglich sein soll, wenn der **Mietvertrag unmittelbar von der Gemeinschaft über das Gesamtobjekt** geschlossen wird. Zudem wird zumeist nicht trennscharf zwischen einer Verpflichtung in der Gemeinschaftsordnung zur individualvertraglichen Betrauung des Verwalters mit der Vermietung der Sondereigentumseinheit samt entsprechender Bevollmächtigung durch jeden einzelnen Sondereigentümer und einer kollektiven Ermächtigung des WEG-Verwalters zur Vermietung unmittelbar kraft der Gemeinschaftsordnung unterschieden.

(a) U. E. ist im Ausgangspunkt danach zu unterscheiden, wer als Vermieter bzw. Verpächter den Miet- bzw. Pachtvertrag

abschließt. Nach § 13 Abs. 1 WEG ist dies grundsätzlich Sache jedes einzelnen Sondereigentümers. Will dieser den Verwalter in die wirtschaftliche Verwertung seines Sondereigentums durch Verpachtung einbinden, kann dies grundsätzlich nur auf gesonderter vertraglicher Grundlage, also einer entsprechenden Vereinbarung des Verwalters mit jedem einzelnen Sondereigentümer geschehen (so auch BeckOK-WEG/Dötsch, § 13 Rn. 43 unter Verweis auf OLG Saarbrücken NJOZ 2008, 1064, wo sich allerdings zumindest keine ausdrückliche dahingehende Aussage findet; ebenso wohl Bärmann/Pick, in: dies., WEG, 19. Aufl. 2010, § 27 Rn. 6; Jennißen/Heinemann, WEG, 5. Aufl. 2017, § 27 Rn. 139). Ein **Pachtvertragsschluss** durch den Verwalter für den **einzelnen Eigentümer** aufgrund einer entsprechenden Ermächtigung in der Gemeinschaftsordnung kommt hingegen nach unserer Auffassung in der Regel nicht in Betracht, da es für die Verpachtung dann **an einem Verbandsbezug fehlt**. Allenfalls kann sich aus der Gemeinschaftsordnung eine Pflicht zur vertraglichen Ermächtigung des Verwalters zur Verpachtung der Sondereigentumseinheit ergeben. Dann hängt die Rechtsmacht des Verwalters zur Verpachtung aber letztlich von der Erteilung und dem Fortbestand der von jedem einzelnen Sondereigentümer zu erteilenden Vollmachten ab.

Grenzen könnten sich zudem aus dem **AGB-Recht** ergeben. Für eine in der Gemeinschaftsordnung vorgesehene Pflicht zum Abschluss eines Betreuungsvertrags mit einem außerhalb der WEG stehenden Dritten hat der BGH Grundlage von § 309 Nr. 9a BGB eine zeitliche **Grenze** für den abzuschließenden Vertrag **von zwei Jahren** gezogen (vgl. BGH DNotZ 2007, 39).

(b) Etwas anderes könnte dann gelten, wenn der **Verband selbst die Verwaltung des Sondereigentums und dessen Verpachtung übernimmt** und damit als **Verpächter von für ihn fremdem Sondereigentum** auftritt. Pachtrechtlich ist dies ohne Weiteres zulässig (vgl. BeckOK-WEG/Dötsch, § 13 Rn. 45; BeckOGK-BGB/Falkner, § 13 WEG Rn. 39). Soweit der Zweck des WEG-Verbandes eine Verwaltung und Verpachtung der Sondereigentumseinheiten nicht ohnehin deckt, wird eine solche Aufgabenwahrnehmung durch die Gemeinschaft der Wohnungs- und Teileigentümer jedenfalls insofern für möglich gehalten, als das deutsche Recht keine ultra-vires-Lehre mit der Folge des Verlusts der Rechtsfähigkeit bei Überschreitung des Verbandszwecks kenne (so BeckOK-WEG/Dötsch, § 13 Rn. 46).

Der BGH hat allerdings erst kürzlich anklingen lassen, dass für den **WEG-Verband** durchaus eine auf Grundlage der ultra-vires-Lehre **begrenzte Rechtsfähigkeit** in Betracht kommen kann (siehe BGH, Urt. v. 18.3.2016 – V ZR 75/15, NJW 2016, 2177 Tz. 27):

*„Die Beschlusskompetenz der Wohnungseigentümer hinsichtlich des Erwerbs von Verwaltungsvermögen der Wohnungseigentümergeinschaft reicht so weit, wie § 10 Abs. 6 S. 1 WEG der Gemeinschaft die Rechtsfähigkeit zuerkennt. Die Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft ist danach nicht umfassend, sondern auf die Teilbereiche des Rechtslebens beschränkt, bei denen die Wohnungseigentümer im Rahmen der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums als Gemeinschaft am Rechtsverkehr teilnehmen (vgl. BGH, Senat, Beschl. v. 2. Juni 2005 – Az. V ZB 32/05, BGHZ 163, Seite 154, BGHZ 163, 177; Wenzel, ZWE 2006, 462). In diesem Rahmen kann die Wohnungseigentümergeinschaft auch*

*Immobilienrecht* erwerben. Im Hinblick auf den weiten Verwaltungsbegriff und das Erfordernis des Schutzes des Rechtsverkehrs wird es an der Beschlusskompetenz der Wohnungseigentümer nur fehlen, wenn es sich offenkundig nicht um eine Verwaltungsmaßnahme handelt.“

Der BGH begrenzt die Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft demnach auf die Teilbereiche des Rechtslebens, bei denen die Wohnungseigentümer im Rahmen der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums **als Gemeinschaft am Rechtsverkehr teilnehmen**. Insofern will er allerdings einen großzügigen Maßstab anlegen.

Entscheidend für die Möglichkeit der Verpachtung des Gesamtobjekts durch den WEG-Verband samt Ermächtigung des Verwalters zum Abschluss des Pachtvertrages ist auf dieser Grundlage, ob sich ein **hinreichender Verbandsbezug** der Verpachtung der Gesamtheit der Sondereigentumseinheiten begründen lässt. Nur insofern lässt sich eine Rechtsfähigkeit des WEG-Verbands zum Abschluss des Pachtvertrags annehmen, an die eine Ermächtigung des Verwalters zu dessen Abschluss anknüpfen könnte.

Ob hierfür allein die bei der Verpachtung des Gesamtobjekts zwingend erfolgende Verpachtung auch des Gemeinschaftseigentums genügt, erscheint uns allerdings fraglich. Maßgeblich muss es u. E. vielmehr auf den **Zuschnitt der WEG-Immobilie** und die Abbildung dieser besonderen Zwecksetzung im Rahmen der Teilungserklärung bzw. der Gemeinschaftsordnung ankommen. Insbesondere wenn die Sondereigentumseinheiten nur unter Mitnutzung des Gemeinschaftseigentums sinnvoll bewohnt werden können, was aus unserer Sicht bei einer **Pflegeimmobilie** mit entsprechenden Gemeinschaftsbereichen anzunehmen ist, erscheint uns eine enge Verknüpfung von Sondereigentum und Gemeinschaftseigentum und eine daraus folgende einheitliche Behandlung im Rahmen von § 10 Abs. 6 WEG überzeugend.

Darüber hinaus wird aber zu fordern sein, dass sich die **besondere Zwecksetzung** des WEG-Objekts auch **aus der Teilungserklärung bzw. Gemeinschaftsordnung ergibt**, dort also niedergelegt ist, dass die WEG-Immobilie nicht auf die Eigennutzung durch die Sondereigentümer, sondern auf die Verpachtung des Gesamtobjekts an einen Betreiber ausgelegt ist, es sich für die Sondereigentümer also primär um eine Kapitalanlage handelt. Deutlich werden könnte dies etwa durch eine Verpflichtung der WEG-Eigentümer zum Hinwirken auf die Verpachtung des Gesamtobjekts in der Teilungserklärung bzw. Gemeinschaftsordnung.

Zumindest in diesem Fall sollte es u. E. möglich sein, der Gemeinschaft – etwa auf Grundlage von § 10 Abs. 6 S. 3 WEG – auch die Aufgabe der Verwaltung und Verpachtung der Sondereigentumseinheiten zuzuweisen (dafür unter Verweis auf § 10 Abs. 6 S. 3 WEG BeckOGK-BGB/Falkner, § 13 WEG Rn. 39 i. V. m. § 10 Rn. 466), sodass der Verband den Vertrag über die Verpachtung des Gesamtobjekts abschließen kann. Kommt dem **Verband** der Wohnungs- und Teileigentümer danach die **Aufgabe der Verwaltung und Verpachtung der Sondereigentumseinheiten** zu, ist nach unserer Auffassung auf Grundlage von § 27 Abs. 3 S. 1 Nr. 7 WEG auch eine Ermächtigung des WEG-Verwalters zum Abschluss des Pachtvertrages möglich.

(c) Als gegenüber der Übertragung der Vermietungsaufgabe auf den Verband der Wohnungs- und Teileigentümer

vorzugswürdig wird in der Literatur die **Gründung einer eigenen, vom Verband strikt zu trennenden Betreibergesellschaft** samt Begründung einer Pflicht zur Vermietung an diese in der Gemeinschaftsordnung angesehen (siehe BeckOK-WEG/Dötsch, § 13 Rn. 46 unter Verweis auf OLG Karlsruhe OLGR 2004, 214). Das OLG München hat sogar angenommen, dass bei einer von Anfang an bezweckten Vermietung im Zweifel von einer **konkludenten Begründung einer BGB-Gesellschaft** als Betreibergesellschaft auszugehen sei (siehe OLG München ZWE 2012, 130; ablehnend BeckOGK-BGB/Falkner, § 13 WEG Rn. 37). Zwingend nötig erscheint uns die Gründung einer parallel bestehenden Gesellschaft allerdings nicht, da bereits nach dem WEG hinreichende Gestaltungsmöglichkeiten bestehen sollten und die zusätzliche Gründung einer BGB-Gesellschaft auch Nachteile mit sich bringt (ebenso und näher BeckOGK-BGB/Falkner, § 13 WEG Rn. 37 f.).

### **(3) Verpachtungsermächtigung für den Verwalter durch Mehrheitsbeschluss oder Vereinbarung**

Hält man eine Übertragung der Verwaltung und Verpachtung der Sondereigentumseinheiten auf den WEG-Verband für möglich, ist aus unserer Sicht aber fraglich, ob eine solche Aufgabenübertragung auf den Verband der Wohnungs- und Teileigentümer samt Ermächtigung des Verwalters zur Verpachtung der Sondereigentumseinheiten durch Mehrheitsbeschluss erfolgen kann.

Jedenfalls gestützt auf **§ 15 Abs. 2 WEG** und die danach mit Stimmenmehrheit möglichen Gebrauchsregelungen wird dies nicht in Betracht kommen, da Einschränkungen des aus § 13 WEG folgenden Rechts zur Vermietung und zur Verpachtung i. d. R. nicht durch Gebrauchsregelung getroffen werden können (siehe Riecke, in: ders./Schmid, Anh § 13 Rn. 10).

Auch eine auf die in der Gemeinschaftsordnung enthaltene **Öffnungsklausel** gestützte Mehrheitsentscheidung erscheint uns bedenklich. Aufgrund des mit der Verpachtungsbefugnis des Verwalters u. U. verbundenen dauerhaften Ausschlusses der Sondereigentümer von der eigenen Nutzung ihrer Einheit wie auch deren selbstständiger wirtschaftlicher Verwertung durch Vermietung bzw. Verpachtung, liegt die Annahme eines **Eingriffs in den Kernbereich des Sondereigentums** zumindest nahe (für einen solchen Eingriff bei dauerhafter Abweichung von § 13 Abs. 1 WEG durch Vermietungsgebote BeckOK-WEG/Dötsch, § 13 Rn. 83 i. V. m. 79 m. w. N. aus der Rspr. der Instanzgerichte; vgl. zudem zur Einschränkung der Eigentümerbefugnisse durch die Gemeinschaftsordnung bei Zweck-Anlagen BeckOGK-BGB/Falkner, § 13 WEG Rn. 36: unstreitig nur durch Vereinbarung regelbar; ebenso bereits Drasdo, ZfIR 2014, 613, 615).

Hierfür spricht u. E. insbesondere, dass der einzelne Sondereigentümer zwar aufgrund der bestehenden Verpachtungssituation die Sondereigentumseinheit als Kapitalanlage erworben haben wird und damit nicht von der Möglichkeit zur Eigennutzung ausgehen konnte. Infolge der Ermächtigung des Verwalters zur Verpachtung verlieren die Sondereigentümer jedoch auch die Möglichkeit, Pächter und Pachtbedingungen selbst zu bestimmen und damit ihr Sondereigentum entsprechend ihren Vorstellungen bestmöglich wirtschaftlich zu nutzen. Für Vermietungsbeschränkungen wird daher in der Literatur auch überwiegend angenommen, dass diese nicht aufgrund einer allgemeinen Öffnungsklausel beschlossen werden können, da es sich bei dem in § 13 Abs. 1 WEG

ausdrücklich genannten Recht auf Vermietung bzw. auf Verpachtung um ein sog. **mehrheitsfestes Recht** handele, auf das die Wohnungseigentümer zwar verzichten können, das ihnen aber nicht entzogen werden kann (so Schultzkj, in: Jennißen, § 13 Rn. 25; a. A. allerdings Bärmann/Suilmann, § 13 Rn. 65).

In Betracht kommt demnach nach unserer Ansicht allein die Übertragung der Verpachtungsaufgabe auf den Verband mit entsprechender Ermächtigung des Verwalters durch **Vereinbarung aller Wohnungs- und Teileigentümer**. Neben der ggf. erforderlichen Erweiterung des Verbandszwecks um die Aufgabe der Verwaltung und Verpachtung der Sondereigentumseinheiten sowie der Ermächtigung des Verwalters zum Abschluss des entsprechenden Pachtvertrages sollte dabei auch geregelt werden, dass und in welcher Weise die Wohnungs- und Teileigentümer durch Beschlussfassung auf die Verpachtungskonditionen Einfluss nehmen können (siehe BeckOGK-BGB/Falkner, § 13 WEG Rn. 60.1). Dann liegt es u. E. sehr fern, eine gegen § 138 BGB verstoßende Knebelung der Sondereigentümer anzunehmen (Bedenken im Hinblick auf § 138 BGB sollen nach Schneider, in: Riecke/Schmid, § 7 Rn. 132 bei einem Vermietungsmonopol zugunsten eines zentralen Vermieters dann bestehen, wenn es keine Kontroll- und Eingriffsrechte der Wohnungseigentümer gibt; vgl. hierzu auch OLG Karlsruhe Rpfleger 1987, 412, 413, wo aufgrund Übertragung der Vermietungsaufgabe auf einen Dritten ohne Einflussmöglichkeiten der Wohnungseigentümer eine sittenwidrige Knebelung angenommen wurde).

### c) Ergebnis

Ob der WEG-Verwalter unmittelbar durch die Gemeinschaftsordnung zur Verpachtung der Sondereigentumseinheiten ermächtigt werden kann, ist noch weitgehend ungeklärt. U. E. kommt eine solche Ermächtigung in Betracht, wenn die in der Gemeinschaftsordnung verankerte Nutzung der WEG-Immobilie eine enge Verknüpfung von Sonder- und Gemeinschaftseigentum aufweist und dem WEG-Verband zugleich die Verwaltung und Verpachtung der Sondereigentumseinheiten übertragen wird. Soll eine solche Zwecksetzung nachträglich in die Gemeinschaftsordnung aufgenommen werden, bedarf es hierzu allerdings einer Vereinbarung aller Wohnungs- und Teileigentümer. Ein Mehrheitsbeschluss kommt auch bei einer in der Gemeinschaftsordnung enthaltenen Öffnungsklausel nicht in Betracht.

## 2. Zustimmung der an den Sondereigentumseinheiten dinglich Berechtigten

Sofern ein Wohnungseigentum selbstständig mit dem Recht eines Dritten belastet ist, kommen nach § 9 Abs. 2 WEG die allgemeinen Vorschriften, nach denen zur Aufhebung des Sondereigentums die Zustimmung des Dritten erforderlich ist, zur Anwendung. Hieraus leitet die h. A. ab, dass auf Inhaltsänderungen des Wohnungseigentums i. S. v. § 10 Abs. 2 S. 2, 5 Abs. 4 WEG die Regelungen in §§ 876, 877 BGB zumindest entsprechend anwendbar sind (vgl. BeckOK-WEG/Dötsch, § 10 Rn. 177). Das Zustimmungserfordernis entfällt zunächst nur dann, wenn eine Betroffenheit i. S. einer rechtlichen Beeinträchtigung des Gläubigers ausgeschlossen ist (BeckOK-WEG/Gerono, Stand: 1.12.2016, § 5 Rn. 74). Betroffen ist dabei jeder, dessen grundbuchmäßiges Recht nicht nur wirtschaftlich, sondern rechtlich beeinträchtigt wird oder werden kann (vgl. nur BGH DNotZ 2001, 381, 383). Für Grundpfandrechte und Reallasten sieht § 5 Abs. 4 S. 2 WEG hingegen vor, dass die nach anderen Rechtsvorschriften erforderliche

Zustimmung der an der Sondereigentumseinheit dinglich Berechtigten grundsätzlich nur dann erforderlich ist, wenn ein Sondernutzungsrecht begründet, aufgehoben, geändert oder übertragen wird.

Da die Vereinbarung kein Sondernutzungsrecht betrifft, bedarf es einer Zustimmung der **Grundpfandrechtsgläubiger** folglich **nicht**. Seitens der **sonstigen dinglich Berechtigten bedarf** es hingegen einer **Zustimmung**, wenn sie durch die Vereinbarung rechtlich beeinträchtigt werden. Auch wenn es hierfür letztlich entscheidend auf die Art der dinglichen Berechtigung im Einzelfall ankommt, wird nach unserer Einschätzung zumeist nur eine wirtschaftliche, nicht aber eine zu einem Zustimmungserfordernis führende rechtliche Beeinträchtigung in Betracht kommen.

## Gutachten im Abrufdienst

Folgende Gutachten können Sie über unseren Gutachten-Abrufdienst im Internet unter:

<http://www.dnoti.de>

abrufen. In diesem frei zugänglichen Bereich können die Gutachten über die Gutachten-Abrufnummer oder mit Titelschlagworten aufgefunden werden. Dies gilt ebenfalls für die bisherigen Faxabruf-Gutachten.

### BGB § 164; BNotO § 21 Abs. 3

**Inhalt einer rechtsgeschäftlichen Vollmacht versus Inhalt einer notariellen Vollmachtsbescheinigung**  
Abruf-Nr.:

### BGB §§ 883, 877; WEG §§ 3, 4, 5, 8, 10

**Sukzessive Wohnungseigentumsbegründung bei Mehrhausanlage; Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs des Verkäufers auf Änderung der Teilungserklärung**  
Abruf-Nr.:

## Rechtsprechung

### BGB §§ 138 Abs. 1, 1572, 1578b Abs. 1; FamFG § 117 Abs. 1 S. 1

**Sittenwidrigkeit eines Ehevertrags; Unternehmerehe; Gesamtbetrachtung**

a) **Zu den objektiven und subjektiven Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit eines Ehevertrags aufgrund einer Gesamtschau der zu den Scheidungsfolgen getroffenen Regelungen im Fall der sog. Unternehmerehe (im Anschluss an Senatsbeschluss vom 29. Januar 2014 – XII ZB 303/13 – FamRZ 2014, 629 und Senatsurteil vom 31. Oktober 2012 – XII ZR 129/10 – FamRZ 2013, 195).**

b) **Zum Erfordernis eines bestimmten Antrags der Beschwerdebegründung in einer Unterhaltsfolgesache (im Anschluss an Senatsbeschlüsse vom 10. Juni 2015 – XII ZB 611/14 – FamRZ 2015, 1375 und vom 4. September 2013 – XII ZB 87/12 – FamRZ 2013, 1879).**

BGH, Beschl. v. 15.3.2017 – XII ZB 109/16

## Problem

Die geschiedene Ehefrau fordert von ihrem früheren Ehemann nachehelichen Unterhalt. Die Eheleute heirateten im März 1993. Sie trennten sich im November 2011 und wurden im November 2014 rechtskräftig geschieden. Am 28. Dezember 1995, knapp vier Wochen nachdem am 3. Dezember 1995 das einzige gemeinsame Kind geboren worden war, schlossen die Eheleute einen Ehevertrag. Hintergrund war eine Umwandlung des Unternehmens der Mutter des Ehemannes von einem Einzelunternehmen in eine GmbH & Co. KG. In diesem Rahmen sollten 12 % der Geschäftsanteile auf den Ehemann übertragen werden, was die Mutter des Ehemannes jedoch vom Abschluss des Ehevertrages abhängig machte. Im Jahr 2008 erhielt der Ehemann weitere 33 % der Geschäftsanteile.

Im Ehevertrag vereinbarten die Eheleute zum nachehelichen Unterhalt Folgendes: „Die Ehegatten verzichten gegenseitig auf nachehelichen Unterhalt und nehmen den Verzicht gegenseitig an. Ausgenommen hiervon ist der Fall, dass ein Ehegatte nach den gesetzlichen Vorschriften, derzeit §§ 1570, 1572 Nr. 2 BGB, Unterhalt wegen Betreuung eines Kindes verlangen könnte. Mit dem Abschluss der Kinderbetreuung tritt der Verzicht wieder in Kraft. Im Anschluss an die Kindesbetreuung kann der Unterhalt aus anderen gesetzlichen Gründen nicht verlangt werden. Sobald das jüngste der gemeinschaftlichen Kinder das 18. Lebensjahr vollendet hat, endet in jedem Fall der Anspruch auf Zahlung von Unterhalt wegen Betreuung eines Kindes nach den vorstehenden Bestimmungen, bzw. wird beiderseitig hierauf verzichtet. Auf die nach der Rechtsprechung gegebenen Beschränkungen dieses Ausschlusses von Unterhalt, wenn ein Ehegatte ohne Leistung von Unterhalt anderenfalls Sozialhilfe in Anspruch nehmen müsste, wurde hingewiesen. Des Weiteren begrenzen wir hiermit die Höhe etwaiger vorstehender Ansprüche eines geschiedenen Ehegatten gegen den anderen wie folgt: Der monatliche geschuldete nacheheliche Unterhalt beträgt höchstens 3000 DM (...) monatlich.“

Außerdem schlossen die Eheleute den Zugewinnausgleich und den Versorgungsausgleich aus.

Die 1969 geborene Ehefrau arbeitete bis zur Eheschließung als Bürokauffrau. Danach arbeitete sie bis 1995 sowie von 1998 bis 2005 im Familienunternehmen überwiegend in Teilzeitbeschäftigung als Sekretärin. Aufgrund einer 1997 diagnostizierten Multiplen Sklerose ist die Ehefrau zu 100 % schwerbehindert und in Pflegestufe II eingestuft. Seit 2008 bezieht sie eine Erwerbsminderungsrente von derzeit monatlich 777 Euro und hat eigenes Vermögen (Aktiendepot) im Wert von rund 46.000 Euro.

Der 1963 geborene Ehemann erzielt Einkünfte aus Gewerbebetrieb, Vermietung und Verpachtung sowie aus Kapitalvermögen. An das volljährige studierende Kind leistet er Unterhalt.

## Entscheidung

Der BGH hält den Ehevertrag wegen **Sittenwidrigkeit** gemäß § 138 Abs. 1 BGB für **nichtig**.

In einem ersten Schritt führt der BGH aus, dass der Ausschluss der **einzelnen Scheidungsfolgen jeweils für sich genommen** den Vorwurf der Sittenwidrigkeit noch nicht begründen könne. In einem zweiten Schritt bestätigt der BGH seine ständige Rechtsprechung, wonach sich

ein Ehevertrag selbst in diesem Fall im Rahmen einer **Gesamtwürdigung** als insgesamt sittenwidrig erweisen könne, wenn das **Zusammenwirken aller in dem Vertrag enthaltenen Regelungen** erkennbar auf die **einseitige Benachteiligung eines Ehegatten** abziele. Das Gesetz, so der BGH weiter, kenne allerdings keinen unverzichtbaren Mindestgehalt an Scheidungsfolgen zugunsten des berechtigten Ehegatten. Auf die weiterhin erforderliche verwerfliche Gesinnung des begünstigten Ehegatten könne daher aus dem objektiven Zusammenspiel einseitig belastender Regelungen nur dann geschlossen werden, wenn der unausgewogene Vertragsinhalt eine **auf ungleichen Verhandlungspositionen basierende einseitige Dominanz eines Ehegatten und damit eine Störung der subjektiven Vertragsparität** widerspiegele. Bei familienrechtlichen Verträgen gebe es keine lediglich auf die Einseitigkeit der Lastenverteilung gegründete tatsächliche Vermutung für die subjektive Seite der Sittenwidrigkeit. Ein unausgewogener Vertragsinhalt könne zwar ein gewisses Indiz für eine unterlegene Verhandlungsposition sein. Das Verdikt der Sittenwidrigkeit sei jedoch in der Regel nicht gerechtfertigt, wenn außerhalb der Vertragsurkunde keine **verstärkenden Umstände** erkennbar seien, die auf eine subjektive Imparität hindeuteten, insbesondere infolge der Ausnutzung einer Zwangslage, sozialer oder wirtschaftlicher Abhängigkeit oder intellektueller Unterlegenheit.

Unter Anwendung dieser Maßstäbe konnte der BGH vorliegend **in objektiver Hinsicht** eine die Ehefrau einseitig benachteiligende Regelung feststellen. Mit dem Alters- und Krankheitsunterhalt seien dem **Kernbereich der Scheidungsfolgen** zugeordnete Unterhaltstatbestände ausgeschlossen worden, wobei insoweit schon bei Vertragsschluss mit höherer Wahrscheinlichkeit auf Seiten der wirtschaftlich schwächeren und insoweit unzureichend abgesicherten Ehefrau eine spezifische Bedürfnislage absehbar gewesen sei. Mit ehebedingten Einkommens- und Versorgungsnachteilen sei nur auf Seiten der die Kinderbetreuung und Haushaltsführung übernehmenden Ehefrau zu rechnen gewesen. Dieser seien durch den Ehevertrag Versorgungsnachteile entstanden.

Der BGH bejaht auch die **subjektive Imparität des Vertrages infolge der Ausnutzung der sozialen und wirtschaftlichen Abhängigkeit der Ehefrau**. Die Ehefrau habe keinen Einfluss auf die Vertragsverhandlungen gehabt. Ihr sei vor Vertragsschluss kein Vertragsentwurf zur Verfügung gestellt worden. Auch im Notartermin sei ihr der Vertrag lediglich vorgelesen worden, ohne dass ihr ein Leseexemplar vorgelegen habe. Im Termin, bei dem im Übrigen hauptsächlich die Umwandlung des Unternehmens beurkundet worden sei, sei das noch nicht einmal einen Monat alte Kind dabei gewesen, weshalb die Ehefrau den Termin möglichst schnell habe hinter sich bringen wollen. Sie sei gegenüber dem Ehemann in einer unterlegenen Verhandlungsposition gewesen und habe eine **lediglich passive Rolle** eingenommen, was auf der **wirtschaftlichen und sozialen Überlegenheit** des Ehemannes beruhe, die dieser ausgenutzt habe.

Der BGH betont in diesem Zusammenhang, dass es für das Vorliegen der subjektiven Imparität **nicht erforderlich** sei, dass der **benachteiligte Ehegatte den Vertrag nur mit Bedenken oder widerwillig abschließen**. Durch § 138 Abs. 1 BGB sei vielmehr auch und gerade der Ehegatte geschützt, der dem Verlangen des überlegenen Ehegatten widerstandslos Folge leiste.

### **Einführung der gleichgeschlechtlichen Ehe in Deutschland**

Am 28.6.2017 hat der Bundestag § 1353 Abs. 1 S. 1 BGB dahingehend geändert, dass die **Ehe** nun von zwei **Personen verschiedenen oder gleichen Geschlechts** geschlossen werden kann.

Bislang bestehende eingetragene **Lebenspartnerschaften** können gem. § 20a LPartG **auf Antrag** beider Lebenspartner vor dem Standesamt **in eine Ehe umgewandelt** werden.

Ab Inkrafttreten des Gesetzes – voraussichtlich am 1.10.2017 – können eingetragene Lebenspartnerschaften i. S. d. Lebenspartnerschaftsgesetzes nicht mehr begründet werden.

Im Bereich des **Internationalen Privatrechts** hat man sich entschlossen, die gleichgeschlechtliche Ehe weiterhin als eingetragene Lebenspartnerschaft zu behandeln (vgl. bereits bislang BGH DNotZ 2016, 2322). Art. 17b Abs. 4 EGBGB (sog. Kappungsgrenze) wird aufgehoben und durch eine Vorschrift ersetzt, wonach die Bestimmungen des Art. 17b Abs. 1-3 EGBGB für die gleichgeschlechtliche Ehe entsprechend gelten. Die Zulässigkeit der Begründung und die Wirkungen einer gleichgeschlechtlichen Ehe unterliegen daher nicht dem gemeinsamen Heimatrecht der Ehegatten, sondern dem Recht des Staates, in dem die gleichgeschlechtliche Ehe begründet wird. Gleichgeschlechtliche Paare haben also weiterhin die Möglichkeit, durch Wahl des Heiratsortes das auf die Wirkungen ihrer Ehe anwendbare Recht ohne Einschränkung zu wählen. Bislang im Ausland nach dem ausländischen Recht begründete gleichgeschlechtliche Ehen werden weiterhin in Deutschland nach Maßgabe des ausländischen Registerstatuts anerkannt. Ob gleichgeschlechtlichen Ehegatten eine Rechtswahl des anwendbaren Güterrechts nach Art. 15 Abs. 2 EGBGB treffen können, erscheint zweifelhaft.

**Postvertriebsstück: B 08129**

Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg  
Postvertriebsstück, Deutsche Post AG, „Entgelt bezahlt“

---

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu zwei Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter  
**www.dnoti.de.**

**Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)**

– eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin –  
97070 Würzburg, Gerberstraße 19  
Telefon: (0931) 35576-0 Telefax: (0931) 35576-225  
E-Mail: dnoti@dnoti.de Internet: www.dnoti.de

**Hinweis:**

Die im DNotI-Report veröffentlichten Gutachten und Stellungnahmen geben die Meinung der Gutachter des Deutschen Notarinstituts und nicht die der Bundesnotarkammer wieder.

**Verantwortlicher Schriftleiter:** Notarassessor Dr. Johannes Weber

**Redaktion:** Notarassessorin Karin Raude

**Bezugsbedingungen:**

Der DNotI-Report erscheint zweimal im Monat und kann beim Deutschen Notarinstitut oder im Buchhandel bestellt werden. Abbestellungen müssen mit vierteljährlicher Frist zum Jahresende erfolgen.

**Bezugspreis:**

Jährlich 170,00 €, Einzelheft 8,00 €, inkl. Versandkosten. Für die Mitglieder der dem DNotI beigetretenen Notarkammern ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten.

Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert und kostenfrei zugesandt werden.

Alle im DNotI-Report enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist die Verwertung nur mit Einwilligung des DNotI zulässig.

**Verlag:**

Bundesnotarkammer, Körperschaft des öffentlichen Rechts, Geschäftsstelle  
Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

**Druck:**

Druckerei Franz Scheiner  
Haugerpfargasse 9, 97070 Würzburg