

# DNotI-Report

## Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

### Inhaltsübersicht

#### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

WEG §§ 5, 10; BGB §§ 1643 Abs. 1, 1850 ff. – Änderung von Teileigentum in Wohnungseigentum; familiengerichtliche Genehmigung

#### Gutachten im Abrufdienst

#### Rechtsprechung

BGB §§ 1093, 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2 – Wohnungsrecht; Abgrenzung zum Wohnnutzungsrecht; keine Bereicherung auf Kosten des Wohnungsberechtigten bei Nutzung durch den Eigentümer

#### Literaturhinweise

#### Veranstaltungen

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### WEG §§ 5, 10; BGB §§ 1643 Abs. 1, 1850 ff. Änderung von Teileigentum in Wohnungseigentum; familiengerichtliche Genehmigung

#### I. Sachverhalt

Ein Miteigentümer eines nach WEG aufgeteilten Grundstücks möchte die Gebrauchsregelung betreffend seiner Sondereigentumseinheit von derzeit „Praxis“ in „Wohnung“ umwandeln lassen. Es wird kein Gemeinschaftseigentum in Sondereigentum oder umgekehrt überführt. Die Gemeinschaftsordnung sieht keine Erleichterungen vor, es müssen mithin alle anderen Miteigentümer zustimmen. Ein Miteigentümer ist erst 15 Jahre alt. Dessen Eltern sind nicht selbst Miteigentümer und planen, den Minderjährigen bei Erteilung der Zustimmung zu vertreten.

#### II. Frage

Ist die Einholung einer familiengerichtlichen Genehmigung erforderlich?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Allgemeines zur Umwandlung von Teileigentum in Wohnungseigentum

Der umwandlungswillige Miteigentümer ist derzeit Inhaber von Sondereigentum an nicht zu Wohnzwecken dienenden Räumen (Teileigentum, § 1 Abs. 3 WEG). Bzgl. dieses Sondereigentums soll die **Zweckbestimmung** dahingehend **geändert** werden, dass er künftig Inhaber von Sondereigentum an einer Wohnung (Wohnungseigentum, § 1 Abs. 2 WEG) ist.

Die Frage, welche Anforderungen an die Änderung von Teileigentum in Wohnungseigentum und umgekehrt zu stellen sind, wurde in der Vergangenheit kontrovers diskutiert. Die **Rechtsnatur der sog. Zweckbestimmung** im weiteren Sinne ist (bzw. war) **umstritten**. Eine Ansicht geht davon aus, dass die Umwandlung von Teileigentum in Wohnungseigentum (oder umgekehrt) ein **sachenrechtlicher Vorgang** ist. Nach ande-

rer Ansicht handelt es sich bei der Zweckbestimmung um den Gegenstand einer **schuldrechtlichen Vereinbarung**. Die letztgenannte Ansicht ist die mittlerweile herrschende (s. Weber, Kölner Formularbuch Wohnungseigentumsrecht, 2. Aufl. 2023, Kap. 4 Rn. 154; MünchKommBGB/Scheller, 9. Aufl. 2023, § 13 WEG Rn. 11), der sich – ohne vertiefte Auseinandersetzung mit dem Meinungsstreit – auch der BGH angeschlossen hat (vgl. BGH NJW-RR 2021, 1239 Rn. 19; NJW 2018, 41 Rn. 6). Diese (vorzugswürdige) Rechtsansicht wird insbesondere aufgrund ihrer stillschweigenden Billigung durch den BGH nachstehend zugrunde gelegt.

An der Umwidmung sind **grundsätzlich alle Sondereigentümer zu beteiligen**. Von diesem Grundsatz kann allerdings (nach der h. M. zur Rechtsnatur der Zweckbestimmung) abgewichen werden. In Betracht kommen die Vereinbarung eines Änderungsvorbehalts sowie einer Öffnungsklausel (vgl. hierzu Weber, Kap. 4 Rn. 158-164). Vorliegend haben indes alle Miteigentümer an der Änderung mitzuwirken, da keine entsprechende Erleichterung in der Gemeinschaftsordnung vorgesehen ist, die ein Außenvorlassen anderer Miteigentümer wie den Minderjährigen ermöglicht.

Die Wohnungseigentümer planen mithin die Änderung einer Vereinbarung betreffend den Gebrauch des Sondereigentums. **Durch Eintragung von Vereinbarungen der Sondereigentümer im Grundbuch** als Inhalt des Sondereigentums wird bewirkt, dass diese für und gegen Sonderrechtsnachfolger eines Sondereigentümers wirken, §§ 5 Abs. 4 S. 1, 10 Abs. 3 S. 1 WEG (sog. **quasi-dingliche Wirkung** der im Grundbuch eingetragenen Vereinbarungen, sog. Gemeinschaftsordnung). Diese in aller Regel erfolgende „Verdinglichung“ der Zweckbestimmung hat möglicherweise Auswirkungen auf die Frage der familiengerichtlichen Genehmigungsbedürftigkeit bei Änderungen der Zweckbestimmung (dazu sogleich Ziff. 2).

## 2. Erfordernis der familiengerichtlichen Genehmigung

### a) Familiengerichtliche Genehmigung bei Verfügungen über ein Grundstück

Nach § 1643 Abs. 1 BGB bedürfen die Eltern grundsätzlich der Genehmigung des Familiengerichts in den Fällen, in denen ein Betreuer nach den §§ 1850-1854 BGB der Genehmigung des Betreuungsgerichts bedarf. Nach § 1850 Nr. 1 BGB bedarf der Betreuer grundsätzlich der Genehmigung des Betreuungsgerichts zur Verfügung über ein Grundstück oder über ein Recht an einem Grundstück.

**Fraglich** ist nun, ob die **Mitwirkung** des Minderjährigen, der durch seine Eltern bei der **Änderung**

**der Zweckbestimmung betreffend eine andere Sondereigentumseinheit** vertreten wird, eine **Verfügung** über ein Grundstück i. S. v. § 1850 Nr. 1 BGB darstellt. Dass der Begriff „Verfügung über ein Grundstück“ auch Verfügungen über Wohnungs- und Teileigentum (als grundstücksgleiche Rechte) erfasst, ist unbestritten (BeckOK-BGB/Kadelbach, Std.: 1.5.2023, § 1850 Rn. 5; Grüneberg/Götz, BGB, 82. Aufl. 2023, § 1850 Rn. 2; MünchKommBGB/Kroll-Ludwigs, 8. Aufl. 2020, § 1821 Rn. 20).

Unter „Verfügung“ wird jedes Rechtsgeschäft verstanden, das unmittelbar auf ein Recht einwirkt, indem es ein Recht überträgt, belastet, aufhebt oder inhaltlich ändert (BeckOK-BGB/Kadelbach, § 1849 Rn. 2 m. w. N.; zum Begriff der Verfügung vgl. auch BGH NJW 1951, 645, 647; BeckOGK-BGB/Regenfus, Std.: 1.4.2023, § 185 Rn. 5 m. w. N.).

**Nicht erfasst von § 1850 Nr. 1 BGB** werden hingegen **Verfügungen über obligatorische Rechte**, auch wenn sie sich auf ein Grundstück beziehen (MünchKommBGB/Kroll-Ludwigs, § 1821 Rn. 22). *Veit* formuliert zur Vorgängervorschrift von § 1850 Nr. 1 BGB wie folgt (Staudinger, BGB, Neubearb. 2020, § 1821 Rn. 13):

*„Wenn § 1821 Abs 1 Nr 1 BGB die familiengerichtliche Genehmigung zu Verfügungen über Grundstücke und Rechte an Grundstücken verlangt, so sind damit nur Verfügungen gemeint, deren Gegenstand das Eigentum oder das sonstige Recht am Grundstück ist (BGHZ 1, 294, 304 = NJW 1951, 645, 647 f = BB 1951, 404 = Rpfleger 1951, 453; Staudinger/Dilcher Einl 44 zu §§ 104 ff; BGB-RGRK/Dickescheid Rn 1).“*

### b) Genehmigungsbedürftigkeit einer im Grundbuch einzutragenden Vereinbarung betreffend den Gebrauch des Sondereigentums (Zweckbestimmung)

Mit der Frage, ob die Änderung einer im Grundbuch einzutragenden Vereinbarung betreffend die Zweckbestimmung eine Verfügung im Sinne von § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB a. F. (heute § 1850 Nr. 1 BGB) darstellt, hat sich das DNotI im **DNotI-Report-Gutachten 2011, 144** (dort S. 145) auseinandergesetzt und das **Erfordernis einer Genehmigung** mit im Wesentlichen folgenden Argumenten **bejaht**: Die Zweckbestimmung sei zwar eine vom sachenrechtlichen Grundverhältnis zu trennende **schuldrechtliche Vereinbarung**, diese werde jedoch durch Eintragung im Grundbuch regelmäßig **verdinglicht**. Durch diese „Verdinglichung“ würde die **Zweckbestimmung zum Inhalt des Sondereigentums**, sodass in der Konsequenz eine **genehmigungsbedürftige Inhaltsänderung** vorliege.

Auch die Literatur geht von einer grundsätzlichen Genehmigungsbefähigung aus (Weber, Kap. 6 Rn. 25-29; BeckOK-GBO/Kral, Std.: 28.4.2023, Sonderbereich WEG Rn. 195). Die Literatur nimmt dabei Bezug auf eine Entscheidung des **OLG Hamm aus dem Jahr 2015** (MittBayNot 2016, 239), die ihrerseits auf das oben genannte DNotI-Report-Gutachten rekurriert.

Wörtlich heißt es (OLG Hamm MittBayNot 2016, 239):

„Mit dem Grundbuchamt ist der Senat der Auffassung, dass es sich bei einer Veränderung der Gemeinschaftsordnung um eine Verfügung über das Eigentum am Grundstück im Sinne des § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB handelt, soweit der Regelungsgegenstand nur einer Vereinbarung im Sinne des § 10 Abs. 2 und 3 WEG und nicht auch einem Mehrheitsbeschluss der Miteigentümer zugänglich ist (wie hier Gutachten DNotI 2011, 144 f. [...]).“

### c) Kritik an dieser Ansicht

Unterzieht man die Argumentation des OLG Hamm – und zwangsläufig auch die Argumentation des DNotI aus 2011 – einer genaueren dogmatischen Untersuchung, so erscheinen Zweifel an der Richtigkeit des Ergebnisses angebracht.

#### (1) Unveränderte Rechtsnatur der schuldrechtlichen Vereinbarung

Die Zweckbestimmungsvereinbarung ist nach h. M. schuldrechtlicher Natur. An dieser Rechtsnatur vermag auch die grundbuchliche Verlautbarung gem. §§ 5 Abs. 4 S. 1, 10 Abs. 3 S. 1 WEG nichts zu ändern (vgl. BeckOGK-WEG/Falkner, Std.: 1.5.2023, § 10 Rn. 295). Die Eintragung der Zweckänderung gem. §§ 5 Abs. 4 S. 1, 10 Abs. 3 S. 1 WEG bewirkt lediglich, dass die *inter-partes*-Wirkung von schuldrechtlichen Abreden durchbrochen wird und die schuldrechtliche Vereinbarung auch für und gegen Sonderrechtsnachfolger der Wohnungseigentümer wirkt. Diese ausnahmsweise erfolgende **Durchbrechung der *inter-partes*-Wirkung** von schuldrechtlichen Abreden ist indes **keine Verfügung** über das Grundstücks- bzw. Wohnungseigentum i. S. v. §§ 1643 Abs. 1, 1850 Nr. 1 BGB (s. hierzu auch sogleich unter [2]). Die WEG-rechtlichen Bestimmungen der §§ 5 Abs. 4 S. 1, 10 Abs. 3 S. 1 WEG regeln nur, wie diese Durchbrechung des schuldrechtlichen Grundsatzes herbeigeführt wird, sie verwandeln hingegen schuldrechtliche Rechtspositionen nicht in sachenrechtliche. Die durch die Grundbucheintragung bewirkte Rechtsfolge, nämlich die Wirkung für und gegen Sonderrechtsnachfolger, bezieht sich nur auf die schuldrechtliche Vereinbarung selbst und nicht auf das Grundstücks- bzw. Wohnungseigentum als solches, also nicht auf das sog. sachenrechtliche Grundverhältnis

(zum sachenrechtlichen Grundverhältnis in Abgrenzung zu Vereinbarungen i. S. v. § 10 Abs. 1 S. 2 WEG vgl. BGH DNotZ 2003, 536, 538). Bezieht sich die Rechtsfolge auf eine schuldrechtliche Abrede betreffend den *Gebrauch des Eigentums*, so liegt keine Verfügung über das Eigentum selbst vor. Mit anderen Worten: Die Frage, ob eine Verfügung i. S. v. §§ 1643 Abs. 1, 1850 Nr. 1 BGB vorliegt, lässt sich nicht ohne Beachtung der mittels Grundbuchverlautbarung bewirkten Rechtsfolge beantworten.

Es sollte zudem nicht übersehen werden, dass die grundbuchliche Verlautbarung von Vereinbarungen gem. §§ 5 Abs. 4 S. 1, 10 Abs. 3 S. 1 WEG ausschließlich dem **Schutz künftiger Mitglieder der Wohnungseigentümergeinschaft** dient, also von Personen, die derzeit als außenstehende Dritte anzusehen sind. Für die Rechtsverbindlichkeit (Bindungswirkung) der Vereinbarung im Verhältnis der derzeitigen Sondereigentümer untereinander ist die grundbuchliche Eintragung hingegen ohne Belang.

#### (2) Keine Verfügung i. S. v. §§ 876, 877 BGB

Ferner ist zu beachten, dass die Bestimmung des § 1850 Nr. 1 BGB (vormals § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB a. F.) aus einer Zeit herrührt, als es das Wohnungseigentumsgesetz noch gar nicht gab. § 5 Abs. 4 S. 1 WEG (vormals § 5 Abs. 4 WEG a. F.) eröffnet zwar die Möglichkeit, dass Vereinbarungen über das Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander *zum Inhalt des Sondereigentums* gemacht werden können. Dies spricht auf den ersten Blick dafür, dass eine Inhaltsänderung i. S. v. § 877 BGB und somit konsequenterweise eine Verfügung i. S. v. § 1850 Nr. 1 BGB vorliegt.

M. Müller weist aber mit Blick auf das WEG darauf hin, dass der historische BGB-Gesetzgeber den Inhalt des Eigentums für nicht abänderbar hielt. Vielmehr war nach der Vorstellung des historischen Gesetzgebers der *Inhalt* des Eigentums einer privatautonomen Gestaltung nicht zugänglich. Erst mit dem „Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht“ vom 15.3.1951 (BGBl. I, S. 175) hat der Gesetzgeber diese Möglichkeit der rechtsgeschäftlichen Ausgestaltbarkeit des Inhalts von Grundstückseigentum geschaffen (vgl. BeckOGK-WEG/M. Müller, Std.: 1.3.2023, § 1 Rn. 62 m. w. N.).

Die mit dem WEG eröffnete Möglichkeit, den Inhalt des Grundstückseigentums *rechtsgeschäftlich* ausgestalten zu können (vgl. hierzu auch BeckOGK-WEG/Monreal, Std.: 1.12.2021, § 5 Rn. 2-14), hatte der historische BGB-Gesetzgeber also noch gar nicht vor Augen. Dies bringt das BayObLG zum Ausdruck, wenn es ausführt

(BayObLG NJW 1958, 2116, 2117 – Hervorhebung durch die DNotI-Redaktion; vgl. auch BayObLGZ 1959, 520, 525):

„§ 877 BGB behandelt die Änderung des Inhalts eines Rechtes an einem Grundstück und versteht darunter im Anschluß an die römisch-rechtliche Terminologie die Grundstücksbelastungen (*iura in re aliena*), nicht aber das **Eigentum**, das natürlich auch ein Recht an einem Grundstück, sogar das wichtigste, darstellt, jedoch **als Vollrecht vertraglichen Änderungen des Inhalts nicht unterworfen** ist. Das WEG hat aber wenigstens den Inhalt des Miteigentums einer typisierten vertraglichen Änderung zugänglich gemacht, indem es in § 3 dessen Verwandlung in qualifiziertes Wohnungseigentum zuläßt; die Vorschriften der §§ 877, 876 BGB werden seitdem **auf die Einräumung, Aufhebung und Inhaltsänderung von Wohnungseigentum entspr. angewendet**, [...].“

Ebenso wie das BayObLG geht auch der BGH davon aus, dass auf die **Inhaltsänderung von Wohnungseigentum** die **Vorschriften der §§ 876, 877 BGB nicht unmittelbar**, sondern **nur analog anwendbar** sind, denn „Recht an einem Grundstück“ im Sinne der vorgenannten Normen sei nur ein beschränktes dingliches Recht, nicht dagegen das Eigentum selbst (vgl. BGB DNotZ 2012, 531 Rn. 7, 11; NJW 1984, 2409, 2410).

Vor dem Hintergrund, dass bei einer Eigentumsinhaltsänderung keine Verfügung im Sinne des BGB vorliegt, sondern die entsprechenden Vorschriften nur analog anwendbar sind, käme somit auch hier allenfalls eine analoge Anwendung des § 1850 Nr. 1 BGB in Betracht. Dass der Verfügungsbegriff in § 1850 Nr. 1 BGB gegenüber demjenigen der Vorgängervorschrift (§ 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB a. F.) erweitert worden wäre, ist insoweit nicht ersichtlich (vgl. hierzu Begründung des Regierungsentwurfs zum Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts, BT-Drucks. 19/24445, S. 286).

Angesichts dessen, dass die Zweckbestimmung als „Wohnungseigentum“ oder „Teileigentum“ nach heute herrschender und zutreffender Ansicht eine schuldrechtliche Gebrauchsregelung (vgl. oben Ziff. 1) darstellt, ist eine analoge Anwendung indes nicht angezeigt. Eine analoge Anwendung des § 1850 Nr. 1 BGB wäre lediglich für Inhaltsänderungen mit sachenrechtlichem Charakter (z. B. Umwandlung von Gemeinschafts- in Sondereigentum oder sog. Kellertausch) in Betracht zu ziehen (vgl. auch KG BWNotZ 2015, 153, betreffend eine WEG-Aufteilung gem. § 8 WEG: Das Gericht hat dort die Genehmigungsbedürftigkeit gem. § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB a. F. mangels Betroffenheit der Ver-

mögensinteressen des Minderjährigen bei einer Aufteilung gem. § 8 WEG verneint).

### (3) Zwischenergebnis

U. E. ist dem OLG Hamm mithin nicht zu folgen; es handelt sich bei der **Änderung der Zweckbestimmung nicht** um eine **Verfügung i. S. v. § 1850 Nr. 1 BGB**. Die Änderung einer Zweckbestimmung bedarf demnach **auch dann nicht** der familiengerichtlichen Genehmigung nach §§ 1643 Abs. 1, 1850 Nr. 1 BGB, **wenn die Zweckbestimmung im Grundbuch eingetragen** ist (anders noch DNotI-Report 2011, 144, 145). Dies gilt unabhängig davon, ob die Änderung der Zweckbestimmung die Sondereigentumseinheit des Minderjährigen oder eines anderen betrifft.

Für die notarielle Praxis ist die Entscheidung des OLG Hamm gleichwohl zu beachten, so dass dem Gebot des sichersten Weges folgend sicherheitshalber von einem Genehmigungsbedürfnis auszugehen ist.

### d) (Keine) Teleologische Reduktion mangels unmittelbarer Betroffenheit des Vermögens des Minderjährigen

Geht man mit dem OLG Hamm von der Genehmigungsbedürftigkeit der Änderung der Zweckbestimmung aus, so käme noch in Betracht, im vorliegenden Fall aufgrund teleologischer Reduktion die Genehmigungsbedürftigkeit zu verneinen. Eine Besonderheit des Falles liegt darin, dass **nicht** die Zweckbestimmung für **das dem Minderjährigen gehörende Sondereigentum** in Rede steht, **sondern** die Umwandlung des **Sondereigentums eines anderen Miteigentümers**.

Weber geht von der Möglichkeit einer teleologischen Reduktion aus und führt an (Kap. 6 Rn. 28 – Hervorhebungen durch DNotI):

„Denkbar ist es lediglich, Änderungen der Gemeinschaftsordnung von dem Genehmigungserfordernis auszunehmen, die **eindeutig das Wohnungseigentum des gesetzlich Vertretenen nicht berühren**, und zwar mit Rücksicht auf den auch sonst zur (einschränkenden) Auslegung des § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB (entsprechend § 1850 Nr. 1 BGB n. F.) herangezogenen Zweck, **nur das dem Vertretenen gehörende Grundvermögen zu schützen**.“

Dass das Genehmigungserfordernis grundsätzlich einer teleologischen Reduktion offensteht, wird auch von der Rechtsprechung anerkannt. So heißt es im vorstehend bereits zitierten Beschluss des OLG Hamm (MittBayNot 2016, 239 f. – Hervorhebung durch die DNotI-Redaktion):

„Auch eine teleologische Reduktion des Genehmigungserfordernisses ist nicht angebracht. Grundsätzlich ist der Kreis der nach §§ 1821, 1822 BGB genehmigungspflichtigen Geschäfte **formal** und nicht nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalles zu bestimmen [...]. Dem steht jedoch eine Berücksichtigung des Schutzzwecks der Vorschrift nicht generell entgegen [...]. Grundsätzlich möglich ist daher auch eine **teleologische Reduktion** in Fällen, in denen schon **nach generellen Merkmalen** – und nicht erst aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalles – **das Schutzbedürfnis schlechthin nicht gegeben ist.**“

In der Entscheidung gelangte das OLG Hamm allerdings nicht zur Genehmigungsfreiheit aufgrund teleologischer Reduktion. Es hielt fest, dass eine Änderung der Gemeinschaftsordnung wirtschaftlich ebenso belastend wirken könne wie die dingliche Belastung eines im Alleineigentum stehenden Grundstücks (MittBayNot 2016, 239, 240).

Da für die Gerichte nicht ohne konkrete Betrachtung des Einzelfalles feststellbar ist, wann eine Änderung der Gemeinschaftsordnung sich wirtschaftlich auf das Sondereigentum des Minderjährigen und somit auf dessen Vermögen auszuwirken vermag, erscheint es ohnehin schwierig, für die Praxis handhabbare Kriterien festzulegen, in welchen Fällen auf die Einholung einer Genehmigung verzichtet werden kann. Die Änderung der Zweckbestimmung betreffend fremde Sondereigentumseinheiten kann sich im Einzelfall auch negativ auf den Wert der Einheit des Minderjährigen auswirken, etwa dann, wenn alle anderen Einheiten von Wohnungseigentum in Teileigentum umgewandelt werden und sich das Gepräge der Gemeinschaft hierdurch spürbar ändert. Eine aufgrund teleologischer Reduktion genehmigungsfreie **Fallgruppe „Änderung der Zweckbestimmung fremder Einheiten“ kann daher wohl nicht** gebildet werden.

### 3. Ergebnis

Im Ergebnis ist für die Praxis aufgrund der Rechtsprechung des OLG Hamm davon auszugehen, dass die Änderung der Zweckbestimmung einer familiengerichtlichen Genehmigung gem. §§ 1643 Abs. 1, 1850 Nr. 1 BGB bedarf. Es wäre indes wünschenswert, dass sich die Rechtsprechung künftig mit der Frage auseinandersetzt, ob und wieso die mittels §§ 5 Abs. 4 S. 1, 10 Abs. 3 S. 1 WEG angeordnete Durchbrechung des *inter-partes*-Grundsatzes die Änderung einer schuldrechtlichen Vereinbarung über den Gebrauch des (Sonder-)Eigentums zu einer sachenrechtlichen Verfügung im Sinne des BGB macht, zumal es sich nicht um eine Inhaltsänderung i. S. v. §§ 876, 877 BGB handelt, sondern diese Vorschriften auf Eigentumsinhaltsänderungen lediglich analog anwendbar sind.

## 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 Abruf-Gutachten.

**BGB §§ 2147, 1940, 705**

**Gesellschaftsgründungsklausel; Vermächtnisvollstreckung**

Abruf-Nr.:

**GmbHG § 40 Abs. 2; BNotO § 14 Abs. 1**

**Recht und Pflicht zur Korrektur einer fehlerhaften Gesellschafterliste durch den Notar; Korrekturliste**

Abruf-Nr.:

## Rechtsprechung

**BGB §§ 1093, 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2**

**Wohnungsrecht; Abgrenzung zum Wohnnutzungsrecht; keine Bereicherung auf Kosten des Wohnungsberechtigten bei Nutzung durch den Eigentümer**

**1. Ist ein auf Lebzeiten eingeräumtes Recht, ein Gebäude oder ein Teil eines Gebäudes als Wohnung zu benutzen, im Grundbuch und in der in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung als „Wohnungsrecht“ bezeichnet, handelt es sich im Zweifel nicht um ein Wohnnutzungsrecht, sondern um ein Wohnungsrecht im Sinne des § 1093 BGB.**

**2. Der Eigentümer, der die von dem Wohnungsrecht erfassten Räume anstelle des dort nicht wohnenden Berechtigten als Wohnung benutzt, wird durch den damit verbundenen Gebrauchsvorteil nicht auf Kosten des Wohnungsberechtigten bereichert. Der Wohnungsberechtigte kann von dem Eigentümer auch nicht über eine analoge Anwendung von § 1065 BGB Nutzungsersatz nach den §§ 987 ff. BGB verlangen (Fortführung von Senat, Urteil vom 13. Juli 2012 – V ZR 206/11, NJW 2012, 3572).**

BGH, Urt. v. 23.3.2023 – V ZR 113/22

### Problem

Mit notariellem Vertrag vom 11.5.1976 übertrug die 2003 verstorbene Mutter der Streitparteien ein mit einem Wohnungsrohbau bebautes Grundstück auf

ihren Sohn, den Beklagten. In dem Übertragungsvertrag wurde der Mutter und deren Tochter bzw. Schwester des Erwerbers (der Klägerin) als Gesamtberechtigten ein „Wohnungsrecht“ eingeräumt, das sich ausweislich der Eintragungsbewilligung „auf die ausschließliche Nutzung der Wohnung des Untergeschosses“ bezog.

Der Beklagte zog mit seiner Familie in die Hauptwohnung des übertragenen Anwesens ein. Weder die Mutter noch deren Tochter nutzten in der Folgezeit die Wohnung im Untergeschoss. 2011 bezog der Beklagte die Untergeschosswohnung selbst. Mit Schreiben vom 25.9.2018 widersprach die Klägerin der Nutzung der Wohnung durch den Beklagten und forderte ihn zur Räumung auf. Alternativ bot sie ihm an, die Wohnung gegen Zahlung einer monatlichen Nutzungsentschädigung zu nutzen. Nachdem der Beklagte rechtskräftig zur Räumung und Herausgabe der Untergeschosswohnung verurteilt worden war, zog er im Mai 2020 aus der Wohnung aus.

Die Klägerin begehrt von dem Beklagten nunmehr insbesondere Nutzungersatz für die Zeit von Januar 2017 bis April 2020 nebst Zinsen.

### Entscheidung

Nach Ansicht des BGH hat die Klägerin keinen (gesetzlichen) Anspruch gegen den Beklagten auf Zahlung einer Nutzungsentschädigung.

Ein Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB bestehe nicht. Der Beklagte habe durch die Eigennutzung den unmittelbaren Besitz an der Untergeschosswohnung allerdings ohne Rechtsgrund erlangt. Denn er sei aufgrund des Wohnungsrechts der Schwester i. S. d. § 1093 BGB von der Nutzung der Räumlichkeiten ausgeschlossen gewesen.

In diesem Zusammenhang erörtert der BGH zunächst, dass im vorliegenden Fall ein Wohnungsrecht gem. § 1093 BGB und kein Wohnnutzungsrecht nach § 1090 BGB bestellt worden sei. Wesensmerkmal des Wohnungsrechts gem. § 1093 BGB sei der Ausschluss des Eigentümers von der Benutzung des Gebäudes bzw. Gebäudeteils. Sofern sich der Eigentümer die Mitbenutzung vorbehalte, könne dagegen nur ein Wohnnutzungsrecht in Form einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit nach § 1090 BGB bestellt werden. Das Fehlen der Worte „unter Ausschluss des Eigentümers“ in der Eintragungsbewilligung und dem Grundbucheintrag stehe der Annahme eines Wohnungsrechts gemäß § 1093 BGB nicht entgegen. Denn sofern ein auf Lebzeiten eingeräumtes Recht, ein Gebäude oder einen Teil eines Gebäudes als Wohnung zu benutzen, im Grundbuch und in der nach § 874 BGB in Bezug genommenen Eintragungsbewilli-

gung als Wohnungsrecht bezeichnet sei, handele es sich im Zweifel nicht um ein Wohnnutzungsrecht, sondern um ein Wohnungsrecht i. S. d. § 1093 BGB. Es sei die Regel, ein Wohnungsrecht unter Ausschluss des Eigentümers auszugestalten. Ein Wohnnutzungsrecht gemäß § 1090 BGB sei nur dann anzunehmen, wenn sich aus der Grundbucheintragung oder der in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung Anhaltspunkte dafür ergäben, dass der Eigentümer zur Mitbenutzung berechtigt sein solle; dies sei hier nicht der Fall.

Jedoch habe der Beklagte die Gebrauchsvorteile, die aus dem rechtsgrundlosen Besitz der Untergeschosswohnung folgten, nicht auf Kosten der Klägerin erlangt. Der Bereicherungsschuldner erlange nur dann i. S. d. § 812 Abs. 1 S. 1 BGB etwas auf Kosten des Bereicherungsgläubigers, wenn er in eine Rechtsposition eingreife, die nach der Rechtsordnung dem Gläubiger zu dessen ausschließlicher Verfügung und Verwertung zugewiesen sei. Insoweit sei nicht entscheidend, ob der Bereicherungsschuldner bei redlichem Vorgehen etwas für die erlangte Position hätte zahlen müssen. Vielmehr komme es darauf an, ob der Bereicherungsgläubiger nur die Unterlassung der unerlaubten Nutzung des Rechtsguts verlangen könne oder ob er darüber hinaus selbst berechtigt wäre, die konkreten Nutzungen zu ziehen.

Das Wohnungsrecht gem. § 1093 BGB berechtige nur zu einer persönlichen Nutzung der umfassten Räume durch den Wohnungsberechtigten. Es umfasse nicht das Recht zu einer alleinigen Überlassung der Räume an Dritte. Im Hinblick auf diese nur eingeschränkte Berechtigung habe der BGH bereits entschieden, dass der Wohnungsberechtigte gegen den eigenmächtig vermietenden Eigentümer keinen Anspruch auf Auskehrung der Mieteinnahmen gem. § 812 Abs. 1 S. 1 BGB habe, denn der vermietende Eigentümer erlange Mieteinnahmen nicht auf Kosten des Wohnungsberechtigten; diese Nutzungen seien dem Wohnungsberechtigten mangels Vermietungsrecht nicht zugewiesen. Diese Grundsätze gälten auch, wenn der Eigentümer die dem Wohnungsrecht unterliegenden Räume selbst bewohne. Der Vorteil, den der Eigentümer aus der Wohnnutzung ziehe, sei nicht dem Wohnungsberechtigten zugewiesen; ihm stehe nur der Vorteil des eigenen Gebrauchs zu.

Weiterhin bestehe kein Anspruch auf Nutzungersatz gem. §§ 1093 Abs. 1 S. 2, 1065, 990 Abs. 1, 987 Abs. 1, 989 BGB. Zwar komme grundsätzlich eine entsprechende Anwendung von § 1065 BGB auf das Wohnungsrecht in Betracht. So könne etwa der Wohnungsberechtigte von einem Dritten gem. § 985 BGB die Herausgabe der von dem Wohnungsrecht umfassten Räume verlangen. Die Vorschriften der §§ 987 ff. BGB über den Ersatz

von Nutzungen seien jedoch nicht über § 1065 BGB analog im Verhältnis zwischen Wohnungsberechtigtem und Eigentümer anwendbar. Es mangle insoweit an der erforderlichen Vergleichbarkeit der Sachverhalte. Denn im Gegensatz zum direkten Anwendungsbereich der §§ 987 ff. BGB, wo die vom nichtberechtigten Besitzer gezogenen Nutzungen eigentlich dem Eigentümer zustünden, seien die vom Eigentümer unberechtigt gezogenen Nutzungen der Räume dem Wohnungsberechtigten von vornherein nicht zugewiesen. Die Begrenzung des Zuweisungsgehalts des Wohnungsrechts auf die Eigennutzung durch den Wohnungsberechtigten stehe der Anwendbarkeit der §§ 987 ff. BGB im Verhältnis zum Eigentümer entgegen.

Der Wohnungsberechtigte sei durch die Verneinung der beiden Ansprüche nicht schutzlos gestellt. Denn er könne Schadensersatz verlangen, wenn der Eigentümer seine Pflicht zur Herausgabe der von dem Wohnungsrecht erfassten Räume verletze. Der Klägerin sei durch die Wohnnutzung des Beklagten jedenfalls kein Schaden entstanden, weil sie zu keinem Zeitpunkt einen Willen gehabt hätte, die Wohnung selbst zu nutzen.

#### **Praxishinweis**

Die Entscheidung verdeutlicht, wie wichtig es ist, bei der Bestellung eintragungsbedürftiger Rechte präzise zu formulieren. Denn zur Ermittlung des Inhalts solcher Rechte kommt es vor allem auf den Wortlaut und Sinn der Grundbucheintragung und der nach § 874 BGB in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung an, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung des Eingetragenen ergibt. Wenn statt eines Wohnungsrechts gem. § 1093 BGB ein Wohnnutzungsrecht gem. § 1090 BGB bestellt werden soll, muss besonders darauf geachtet werden, dass das Mitbenutzungsrecht des Eigentümers deutlich zum Ausdruck kommt.

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu zwei Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter [www.dnoti.de](http://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](mailto:dnoti@dnoti.de)      Internet: [www.dnoti.de](http://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:** Notar a. D. Dr. Andreas Bernert

**Redaktion:** Notarassessor Alexander König

**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:**

Brigitte Scheiner Druck- und Verlagsservice  
Andreas-Bauer-Straße 8, 97297 Waldbüttelbrunn