

ZNotP

Zeitschrift für die Notarpraxis

HERAUSGEBER:

Dr. Norbert Frenz,
Notar a.D., Kempen

Dr. Kai Hamdorf,
Richter am BGH, Karlsruhe

Dr. Stefan Heinze,
Notar, Köln

Dr. Ulrich Herrmann,
Vors. Richter am BGH, Karlsruhe

Uwe Miermeister,
Rechtsanwalt und Notar a.D., Emden

SCHWERPUNKTHEFT

Familienrecht

AUS DEM INHALT

Familienrecht

Unterhalt versus Nutzungsentschädigung – zugleich Besprechung
von BGH, Beschl. v. 27.11.2024 – XII ZB 28/23
Wolfram Viefhues

Namensrechtsreform und Erwachsenenadoption mit „starken“
Wirkungen
Tilman Sutor und Hartmut Pfeifer

Vertragsrecht

Versorgungsregelungen und Contracting in der Wohnungseigentü-
mergemeinschaft – Teil 4
Julian Sander

Erbrecht

Zur Beleihungsverpflichtung und -vollmacht beim
Vorbehaltsnießbrauch – zugleich Anmerkung zum Beschl. des OLG
Frankfurt am Main v. 01.04.2025 – 20 W 73/24 und 74/24
Martin Fach

Notarielle Fachprüfung

Rechtsprechungsübersicht zur notariellen Fachprüfung
Carsten Wolke

Rechtsprechungsreport

Genehmigungspflicht eines Kaufvertrages nach dem
Grundstücksverkehrsgesetz

Vertragsstrafe bei Rücktritt vom Bauträgervertrag

Wiederkaufsrecht beim sog. Einheimischenmodells

Änderung des Kostenverteilungsschlüssels

Unbillige Benachteiligung eines Wohnungseigentümers



Heft 7/8
Juli/August 2025
Seiten 233 – 268
29. Jahrgang
Art.-Nr. 74663507
ISSN 1615-8040

7/8

Carl Heymanns Verlag

Erläuterungen und Muster für die Praxis im Grundstücksrecht

Mit der 4. Auflage 2025 auf dem neuesten Stand im Notarrecht:

- Neue Onlineverfahren durch das Gesetz zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (DiRUG) und deren Ausweitung durch das DiREG
- Änderungen im Geldwäschegesetz insb. Barzahlungsverbot bei Grundstücksgeschäften
- Einarbeitung des Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG) und der Reform des Betreuungs- und Vormundschaftsrechts

Heinemann, Kölner Formularbuch Grundstücksrecht – neben vielen anderen Titeln enthalten im Modul Notarrecht auf Wolters Kluwer Online.

Jetzt Modul 30 Tage gratis testen.



ISBN 978-3-452-30484-1, ca. € 169,-

Onlineausgabe ca. € 10,- mtl.
(im Jahresabo zzgl. MwSt)

Auch im Handel erhältlich

Mehr Infos:

INHALT 7-8 · 2025

Familienrecht

Unterhalt versus Nutzungsentschädigung –
zugleich Besprechung von BGH, Beschl. v.
27.11.2024 – XII ZB 28/23
Wolfram Viefhues **233**

Namensrechtsreform und Erwachsenenadoption
mit „starken“ Wirkungen
Tilman Sutor und Hartmut Pfeifer **238**

Vertragsrecht

Versorgungsregelungen und Contracting in der
Wohnungseigentümergeinschaft – Teil 4
Julian Sander **241**

Erbrecht

Zur Beleihungsverpflichtung und -vollmacht beim
Vorbehaltsnießbrauch – zugleich Anmerkung
zum Beschl. des OLG Frankfurt am Main v.
01.04.2025 – 20 W 73/24 und 74/24
Martin Fach **246**

Notarielle Fachprüfung

Rechtsprechungsübersicht zur notariellen
Fachprüfung
Carsten Wolke **248**

Rechtsprechungsreport

Landwirtschaftsrecht
Genehmigungspflicht eines Kaufvertrages
nach dem Grundstücksverkehrsgesetz
BGH, Beschl. v. 09.05.2025 – BLw 2/24 **252**

Vertragsrecht
Vertragsstrafe bei Rücktritt vom Bauträgervertrag
BGH, Urt. v. 22.05.2025 – VII ZR 129/24 **255**

Wiederkaufsrecht beim sog. Einheimischenmodells
BGH, Urt. v. 23.05.2025 – V ZR 259/23 **258**

Wohnungseigentumsrecht
Änderung des Kostenverteilungsschlüssels
BGH, Urt. v. 29.04.2025 – II ZR 47/24 **263**

Unbillige Benachteiligung eines
Wohnungseigentümers
BGH, Urt. v. 23.05.2025 – V ZR 128/24 **266**

Literaturreport

Basty, Der Bauträgervertrag **268**

Impressum

Wolters Kluwer Deutschland GmbH
Carl Heymanns Verlag
Wolters-Kluwer-Straße 1, 50354 Hürth
Internet: www.wolterskluwer.de

Redaktion: Stefan Kolbe
Wolters-Kluwer-Straße 1, 50354 Hürth
Telefon: 0 22 33/37 60 – 76 46 • Telefax: 0 22 33/37 60 – 170 82
E-Mail: znotp@wolterskluwer.com

Kundenservice: 0 22 33/37 60 – 72 01

Anzeigenverkauf: Gabriele Wieneber
0 22 33/37 60 – 76 08
E-Mail: gabriele.wieneber@wolterskluwer.com

Anzeigendisposition: Karin Odening
0 22 33/37 60 – 77 60
E-Mail: anzeigen@wolterskluwer.com

Erscheinungsweise: monatlich

Bezugspreis zzgl. Versandkosten:
Jahresabonnement: € 345,– • Preis für das Einzelheft: € 34,–

Kündigungsfrist:
Das Jahresabonnement verlängert sich um ein Jahr, wenn es
nicht mit einer Frist von 3 Monaten zum Ende des Vertragsjahres
schriftlich gekündigt wird.

Druck: Lotos Poligrafia Sp. z o.o., Warszawa, Polen

ISSN 1615-8040

Urheber- und Verlagsrechte:

Mit der Annahme des Manuskripts durch den Verlag überträgt der Autor
dem Verlag für die Dauer von vier Jahren das ausschließliche, danach das
einfache Nutzungsrecht. Das Nutzungsrecht umfasst insbesondere auch
die Befugnis zur Einspeicherung in Datenbanken sowie zur weiteren
Vervielfältigung im Wege fotomechanischer oder elektronischer Verfahren,
einschl. Disketten, CD-ROM, DVD und Online-Diensten. Die Zeitschrift und
alle in ihr enthaltenen Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich
geschützt. Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist eine
Verwertung ohne Einwilligung des Verlages unzulässig.

Das einzigartige Referenzwerk des notariellen Berufsstands zum WEG-Recht

Mit der 3. Auflage 2026 auf dem neuesten Stand im Notarrecht:

- Gesetz zur Zulassung virtueller Wohnungseigentümerversammlungen, zur Erleichterung des Einsatzes von Steckersolargeräten und zur Übertragbarkeit beschränkter persönlicher Dienstbarkeiten für Erneuerbare-Energien-Anlagen
- Erste grundlegende Rechtsprechung nach dem Wohnungseigentumsmodernisierungsgesetz
- Einarbeitung der neusten Rechtsprechung z.B. des BGH zu Tiefgaragen-überbauten
- Ausbau des Abschnitts zu Abgeschlossenheitsbescheinigungen und Aufteilungsplänen

Weber, Kölner Formularbuch Wohnungseigentumsrecht – neben vielen anderen Titeln enthalten im Modul Notarrecht auf Wolters Kluwer Online.

Jetzt Modul 30 Tage gratis testen.



ISBN 978-3-452-30490-2, ca. € 169,-

Onlineausgabe ca. € 9,63 mtl.
(im Jahresabo zzgl. MwSt)

Auch im Handel erhältlich

Mehr Infos:

Unterhalt versus Nutzungsentschädigung – zugleich Besprechung von BGH, Beschl. v. 27.11.2024 – XII ZB 28/23

Von Dr. Wolfram Viefhues, weiterer Aufsicht führender Richter am Amtsgericht, a.D.

A. Einleitung

Wenn die Ehegatten in der Zeit ihres Zusammenlebens eine Eigentumswohnung erworben oder ein Haus gebaut haben, sollte dies eine angemessene Wohnung für die gesamte Familie schaffen und Miete sparen. Verbunden ist damit eine langfristige und von den Ehegatten gemeinsam geplante Vermögensbildung. Auf diese Weise hat der Vorteil der eigenen Wohnung die ehelichen Lebensverhältnisse geprägt, und zwar sowohl hinsichtlich der Nutzungsmöglichkeiten und damit des Nutzungswertes als Aktivposten als auch hinsichtlich der dafür regelmäßig zu tragenden Lasten auf der Passivseite. Damit ist das mietfreie Wohnen unterhaltsrechtlich relevantes Einkommen, soweit die ersparte Miete die Kosten übersteigt.¹

Die möglicherweise schon während der Ehe bestehenden finanziellen Probleme sind häufig die Ursache für Konflikte in einer Partnerschaft. Trennen sich die Ehegatten, gerät diese gemeinsame Lebensplanung ins Wanken und zerbricht dann mit der späteren Scheidung der Ehe endgültig. Die finanziellen Probleme verstärken sich nach der Trennung allein durch die Notwendigkeit, dass zwei Wohnungen unterhalten und finanzieren werden müssen. In der Praxis endet der Streit über die Immobilie nicht selten damit, dass die Wohnung oder das Haus entweder verkauft und der verbleibende Erlös geteilt wird oder ein Ehegatte das Objekt übernimmt und den anderen ausbezahlt.

Bis zur endgültigen finanziellen Auseinandersetzung der Ehegatten, der mitunter erst längere Zeit nach dem Trennungstage liegt, ist aber das gemeinsame Eigenheim bzw. die gemeinsame Eigentumswohnung mit all seinen Aktiva und Passiva noch wirtschaftlicher Fakt und kann nicht ignoriert werden. Kommt es zu finanziellen Auseinandersetzungen zwischen den Ehegatten, kann sich dann die Frage stellen, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe eine Nutzungsentschädigung für die frühere gemeinsame und jetzt nur noch von einem Ehegatten alleine genutzte Wohnung gezahlt werden muss.² Auf der anderen Seite hat die Wohnungsnutzung auch in Gestalt des Wohnvorteils erhebliche praktische Bedeutung bei der Berechnung des Ehegattenunterhaltes.

B. Der Wohnvorteil bei Nutzung der Ehewohnung im Unterhaltsrecht³

Bei der Bemessung des Unterhaltes spielen einmal die Vorteile eine Rolle, die der in der Wohnung verblieben Ehegatte hat (sog. Wohnvorteil, Wohnwert), aber auch die mit der Wohnung verbundenen Nachteile, also die Lasten, die von den jetzt getrennt zusammenlebenden Ehegatten weiter beglichen werden müssen. Der für die Berechnung maßgebliche Wohnvorteil errechnet sich also aus dem anzusetzenden Wohnwert abzüglich der anzurechnenden Belastungen.⁴ Das Wohnen im eigenen Wohneigentum erhöht grundsätzlich sowohl beim Unterhaltsberechtigten als auch beim Unterhaltspflichtigen dessen unterhaltsrelevantes Einkommen.

Bei der Bemessung des Wohnvorteils ist auszugehen von der Nettomiete, d.h. nach Abzug der auf einen Mieter nach § 2 BetrKV umlegbaren Betriebskosten.⁵

Ebenfalls abzuziehen sind bei den Kreditbelastungen nach der neueren Rechtsprechung des BGH nicht nur Zinsen, sondern auch Tilgungsleistungen bis zur Höhe des Wohnwerts, denn ohne Zins und Tilgungsleistungen gäbe es keinen Wohnvorteil.⁶

Damit kann der Wohnwert bis auf Null absinken. Darüber hinaus erbrachte Tilgungsleistungen können dann der sekundären Altersvorsorge bis zu einer Höhe von 4 % des Bruttoeinkommens hinzugerechnet und vom Einkommen als Verbindlichkeit abgezogen werden,⁷ soweit die betreffende Person nicht bereits anderweitig zusätzliche Altersvorsorge in dieser Höhe betreibt. Oberhalb dieser Anrechnungsgrenze werden Tilgungsleistungen nicht mehr unterhaltsrechtlich berücksichtigt.

Ein Wohnvorteil kann nur dann berücksichtigt werden, wenn der Unterhaltsbeteiligte den Wohnraum als Allein- oder Mit-eigentümer, als Nießbrauchsberechtigter oder aufgrund eines unentgeltlichen dinglichen oder schuldrechtlichen Wohnrechts bewohnt.⁸

1. Der angemessene Wohnvorteil

Wenn ein Ehegatte aus der früheren gemeinsamen Wohnung ausgezogen ist, lebt der in der Wohnung verbliebene Ehegatte in einer für seine Verhältnisse viel zu großen Wohnung. Dabei handelt es sich letztlich um eine Art von „aufgedrängter Bereicherung“.⁹ Ein großer Teil der Wohnung ist daher sogenanntes „totes Kapital“.¹⁰

Daher ist in der ersten Zeit nach der Trennung der Ehegatten bei der Bemessung des Unterhaltes nur der sog. angemessene Wohnvorteil anzusetzen, also nur der Mietzins, den der Nutzer der Wohnung auf dem örtlichen Wohnungsmarkt für eine dem ehelichen Lebensstandard entsprechende kleinere Wohnung zahlen müsste.¹¹

1 BGH FamRZ 1998, 899, 901; BGH FamRZ 1995, 869, 870; BGH FamRZ 1990, 989, 990; BGH FamRZ 1989, 1160; 1162.

2 Götz/Giers, Die Ehewohnung in der familienrechtlichen Praxis, 3. Aufl., 2024, Rn. 454.

3 Siehe dazu auch Viefhues ZNOTP 2023, 166.

4 Henjes, in: Eschenbruch, Unterhaltsprozess, 2021, Kap. 4 Rn. 294.

5 BGH FamRZ 2009, 1300 Rn. 33, 34 = NJW 2009, 2523.

6 BGH v. 09.03.2022, XII ZB 233/21, FamRZ 2022, 781 Rn. 13 m.w.N.; BGH v. 15.12.2021 – XII ZB 557/20, FamRZ 2022, 434 – juris Rn. 29.

7 BGH v. 18.01.2017 – XII ZB 118/16, FamRZ 2017, 519 mit Anm. Hauff; BGH v. 30.01.2013 – XII ZR 158/10, FamRZ 2013, 616; grundlegend BGH v. 14.01.2004 – XII ZR 149/01, FamRZ 2004, 792.

8 BGH FamRZ 2010, 1633.

9 Viefhues, in: jurisPK-BGB, (Stand: 05.02.2025), § 1361 BGB Rn. 1213 m.w.N.

10 Seiler FF 2024, 287 m.w.N.

11 Seiler FF 2024, 287.

Wird die Wohnung von mehreren Personen benutzt – also z.B. von einem Ehegatten mit Kindern – ist der Wohnvorteil naturgemäß schon wegen des höheren Raumbedarfs höher anzusetzen.¹²

Der angemessene Wohnwert kann vom Gericht durch Schätzung nach § 287 ZPO festgelegt werden, wobei üblicherweise auf den örtlichen Mietwertspiegel zurückgegriffen wird.

Da es sich beim Wohnwert nicht um (fiktive) Einkünfte aus Erwerbstätigkeit handelt, ist bei der konkreten Berechnung des Ehegattenunterhaltes hier auch kein Erwerbstätigenbonus abzuziehen.¹³

2. Der objektive Wohnvorteil

Zu einem späteren Zeitpunkt ist der objektive Wohnwert anzurechnen, also der Betrag, der als Miete von einem Dritten auf dem Wohnungsmarkt für die konkrete Wohnung bzw. das konkrete Eigenheim erzielt werden kann (objektive Marktmiete).¹⁴

Hierbei kommt es auf die Lage der Immobilie, die genaue Größe, Ausstattung und die übrigen mietrelevanten Umstände an, die im gerichtlichen Verfahren konkret dargelegt und – falls sie umstritten sind – bewiesen werden müssen.

In der Praxis empfiehlt es sich, vor Einholung eines teuren Sachverständigengutachtens zum Wohnwert die wirtschaftliche Seite genau zu prüfen. Denn wenn keiner der Ehegatten die Immobilie zukünftig alleine weiter finanzieren kann, muss das Objekt ohnehin verkauft werden und der Wohnvorteil hat dann bei der Unterhaltsberechnung keine Bedeutung mehr. Meist ist es dann wirtschaftlich unvernünftig, hier noch die hohen Kosten eines Gutachtens auszulösen.

Noch nicht abschließend geklärt ist die Frage, ob bei der Bemessung des objektiven Wohnvorteils auch eine Steuerbelastung zu berücksichtigen ist.¹⁵

Wird die Anrechnung des objektiven Wohnwertes mit der Verletzung der unterhaltsrechtlichen Obliegenheit zur Vermietung der Immobile begründet, ist die logische Konsequenz, dass diese fiktive Miete nur mit dem Nettowert nach Abzug der anfallenden Steuern angerechnet werden darf,¹⁶ da auch tatsächlich erzielte Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung müssten versteuert werden. Maßgeblich ist dabei nicht der Durchschnittssteuersatz, sondern der erheblich höhere Grenzsteuersatz (Spitzensteuersatz).¹⁷

Die Gegenansicht kritisiert den Ansatz von latenten Steuern beim objektiven Mietwert u.a. mit der Begründung, dass dies den Besserverdiener begünstige. Je geringer das Einkommen ist, desto höher ist der Nettowohnwert; je höher das Einkommen wird, desto mehr verzehrt sich der Wohnwert durch die Steuerprogression.¹⁸

3. Maßgeblicher Zeitpunkt

Für die Unterhaltsberechnung ist zeitlich zu differenzieren zwischen dem Zeitraum vor und nach dem endgültigen Scheitern der Ehe. Spätestens mit der Rechtskraft der Ehescheidung kann mit einer Wiederherstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft nicht mehr gerechnet werden, so dass auch kein sachlicher Grund mehr besteht, die – zu große –

Wohnung für die übrige Familie zu erhalten. Dann ist regelmäßig für den in der Wohnung verbliebenden Ehegatten eine Verwertungsobliegenheit zu bejahen, deren Verletzung zur Anrechnung des vollen (objektiven) Wohnwertes führt.

Für den vorherigen Zeitraum muss letztlich im Einzelfall geprüft werden, ob der in der Wohnung verbliebene Ehegatte noch mit einer Wiederherstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft rechnen konnte, so dass ihm nur der (niedrigere) angemessene Wohnvorteil angerechnet werden kann. Vor Ablauf des Trennungsjahres wird – entsprechend der gesetzlichen Regelung im Scheidungsrecht – im Regelfall noch nicht von einer endgültigen Zerrüttung der Ehe ausgegangen werden.¹⁹ so dass die Möglichkeit der Wiederherstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft nicht ausgeschlossen werden kann.

Ein früherer Zeitpunkt ist aber dann relevant, wenn z.B. die Eheleute ihre Vermögensverhältnisse endgültig auseinander gesetzt haben²⁰ und durch den Abschluss einer notariellen Trennungs- bzw. Scheidungsfolgenvereinbarung das endgültige Scheitern der Ehe dokumentiert wird.²¹ Es ist daher in der notariellen Beratung notwendig, auch bei einer nur auf Vermögensausgleichsaspekte gerichteten Scheidungsfolgenregelung auf diese unterhaltsrechtlichen Auswirkungen hinzuweisen, damit keine vermeidbaren „unterhaltsrechtlichen Querschläger“ neue Verwerfungen auslösen.

Auch dann, wenn der in der Wohnung verbliebene Ehegatte einen neuen Lebensgefährten in die Wohnung aufnimmt, wäre bei der Unterhaltsberechnung bereits der objektive Wohnwert anzurechnen.²²

Auf der anderen Seite kann der niedrigere angemessene Wohnvorteil auch noch für einen längeren Zeitraum angesetzt werden, wenn z.B. bei bestehendem Miteigentum eine Verwertung durch den in der Wohnung verbliebenen Ehegatten an der fehlenden Zustimmung des anderen Ehegatten scheitert²³ oder sich die ernsthaft betriebene Verwertung der Immobilie verzögert.²⁴

12 OLG Brandenburg v. 26.04.2016 – 13 UF 1/13 –, juris Rn. 71; Koch/Margraf, Hb. Des Unterhaltsrechts, § 1 Rn. 209; Gerhardt im HB Familienrecht Kap. 6 Rn. 95 und Fallbeispiel Rn. 101.

13 BGH NJW 1989, 2809.

14 BGH FamRZ 2013, 191, OLG Brandenburg FamRZ 2020, 1575.

15 Ausführlich Viefhues FuR 2018, 117 und Viefhues, in: jurisPK-BGB, § 1361 BGB Rn. 1232 ff.

16 So Schürmann, in: NK-BGB, 2020, Vor §§ 1577, 1578 Rn. 113; Haufß, FamRB 2016, 203; ausführlich Viefhues FuR 2018, 117; differenzierend Henjes, in: Eschenbruch, Unterhaltsprozess, 2020, Kap. 4 Rn. 316.

17 Schürmann, in: NK-BGB, 2020, Vor §§ 1577, 1578 Rn. 113.

18 Mast/Kogel FamRB 2021, 299.

19 OLG Hamm v. 24.07.2024, 4 WF 35/24, FamRZ 2024, 1124; OLG Düsseldorf v. 07.03.2022, 3 WF 3/22 –, juris; BGH v. 20.10.1999, XII ZR 297/07, NJW 2000, 284; Schürmann, in: NK-BGB, Vor §§ 1577, 1578 Rn. 112 m.w.N.

20 Seiler FF 2024, 287.

21 BGH v. 05.03.2008 – XII ZR 22/06, FamRZ 2008, 963, OLG Hamm v. 26.10.2017 – 11 UF 64/17; FamRZ 2018, 678 m.w.N.

22 BGH v. 05.03.2008 – XII ZR 22/06, FamRZ 2008, 963.

23 OLG Hamm v. 26.10.2017 – 11 UF 64/17, FamRZ 2018, 678 m.w.N.

24 BGH, Beschl. v. 19.03.2014 – XII ZB 367/12 – NJW 2014, 1531 = FamRZ 2025, 426.

C. Nutzungsentschädigung des in der Wohnung verbliebenen Ehegatten während der Trennungszeit

Nach § 1361b Abs. 3 Satz 2 BGB kann der Ehegatte, der dem anderen die Ehewohnung während des Getrenntlebens ganz oder zum Teil überlassen hat, von dem nutzungsberechtigten Ehegatten eine Vergütung für die Nutzung verlangen, soweit dies der Billigkeit entspricht. Dabei knüpft die Vergütungsregelung nur an die tatsächliche Überlassung der Wohnung an, ohne dass es darauf ankommt, ob der weichende Ehegatte die Ehewohnung freiwillig verlässt oder er verpflichtet ist, sie dem anderen zur alleinigen Benutzung zu überlassen.²⁵

Die familienrechtliche Nutzungsvergütung soll den Verlust des Wohnungsbesitzes und die damit einhergehenden wirtschaftlichen Nachteile für den weichenden Ehegatten im Einzelfall und nach Billigkeit kompensieren. Zugleich schafft sie einen Ausgleich dafür, dass nur noch der Verbliebene allein diejenigen Nutzungen zieht, die nach der ursprünglichen ehelichen Lebensplanung beiden Ehegatten gemeinsam zustehen sollten. Die Vergütungsregelung nach § 1361b Abs. 3 Satz 2 BGB ermöglicht somit einen an familienrechtlichen Billigkeitskriterien orientierten Ausgleich für die Zeit des Getrenntlebens. Der Grundsatz der Billigkeit bestimmt dabei sowohl den Grund des Anspruchs auf Nutzungsvergütung als auch dessen Höhe.²⁶

Ob und in welchem Umfang der in der Wohnung verbliebene Ehegatte einen gestiegenen Wohnwert aus der ungeteilten Nutzung der Ehewohnung zieht, in welchem Umfang der weichende Ehegatte durch den Verlust des Wohnungsbesitzes wirtschaftliche Nachteile erleidet und inwieweit es der Billigkeit entspricht, diese durch eine Nutzungsvergütung zu kompensieren, obliegt einer wertenden Betrachtungsweise des Tatrichters.²⁷

D. Nutzungsentschädigung des in der Wohnung verbliebenen Ehegatten nach Rechtskraft der Scheidung

Nach der Rechtskraft der Ehescheidung kann sich ein Anspruch auf Zahlung eines Nutzungsentgelts nur aus den allgemeinen Vorschriften ergeben, da § 1568a BGB einen solchen Anspruch nicht gibt.²⁸

Der Alleineigentümer, der die Ehewohnung verlassen hat, kann gegen den anderen Ehegatten einen Anspruch aus §§ 987 Abs. 1, 990 Abs. 1, 100 BGB geltend machen.

Bei Miteigentum der Eheleute, greifen die Regelungen des Miteigentums, §§ 741 ff. BGB. Nutzt ein Ehegatte aufgrund der Überlassung nach § 1568a BGB oder aufgrund eines Einvernehmens der Eheleute die Immobilie allein, kann eine Neuregelung der Verwaltung und Benutzung nach § 745 Abs. 2 BGB angestrebt werden,²⁹ die so ausgestaltet werden kann, dass der die gemeinschaftliche Immobilie allein nutzende Ehegatte eine Nutzungsentschädigung an den anderen zahlt, die verlangt werden kann, wenn sie „dem Interesse aller Teilhaber nach billigem Ermessen“ entspricht.³⁰

E. BGH zur Wechselwirkung zwischen Unterhalt und Nutzungsentschädigung

Der Anspruch auf Nutzungsvergütung ist stets im Zusammenhang mit der Unterhaltsregelung für die Dauer des Getrenntlebens zu sehen. Es besteht eine Wechselwirkung zwischen der Nutzungsvergütung und den Unterhaltsansprüchen in der Trennungszeit. Hierzu hat der BGH am 27.11.2024³¹ eine auch für die notarielle Beratungspraxis relevante Entscheidung getroffen.

Die beiden getrenntlebenden Ehegatten – Miteigentümer der Immobilie – stritten über des Ehemannes Nutzungsentschädigungsansprüche nach § 1361b BGB gegen seine in der Wohnung verbliebene Ehegattin

Die Vorinstanz³² hatte eine Einkommensermittlung unter Einbeziehung des Wohnvorteils im Verfahren der Ehewohnung nicht vorgenommen und die in der Wohnung verbliebene Ehefrau wegen eines möglichen Trennungsunterhaltsanspruchs auf ein Unterhaltsverfahren verwiesen. Dies hat der BGH nicht akzeptiert.

Der Anspruch auf Nutzungsvergütung ist stets im Zusammenhang mit der Unterhaltsregelung für die Dauer des Getrenntlebens zu sehen. Es besteht ein Zusammenhang zwischen der Nutzungsvergütung und den Unterhaltsansprüchen in der Trennungszeit.

Bei der nach § 1361b Abs. 3 Satz 2 BGB erforderlichen Billigkeitsabwägung sind alle Gesamtumstände des Einzelfalls zu berücksichtigen, zu denen insbesondere auch die wirtschaftlichen und persönlichen Verhältnisse der Ehegatten und der gemeinsamen Kinder gehören.³³ Dabei werden die wirtschaftlichen Verhältnisse der Ehegatten auch durch ihre wechselseitigen unterhaltsrechtlichen Beziehungen bestimmt. Es besteht ein Zusammenhang zwischen der Nutzungsvergütung und den Unterhaltsansprüchen in der Trennungszeit.³⁴

Begehrt der in der Wohnung verbliebene Ehegatte Trennungsunterhalt oder ist er seinerseits zur Gewährung von Trennungsunterhalt verpflichtet, ist bei der Unterhaltsbemessung der Vorteil mietfreien Wohnens zu berücksichtigen, und zwar entweder als bedarfsdeckendes und seine Bedürftigkeit minderndes Einkommen des Unterhaltsberechtigten oder als unterhaltsrelevantes und seine Leistungsfähigkeit erhöhendes Ein-

25 BGH v. 27.11.2024 – XII ZB 28/23 Rn. 8, NJW 2025, 1130; vgl. BGH, v. 18.12.2013 – XII ZB 268/13, BGHZ 199, 322 = FamRZ 2014, 460 Rn. 9.

26 BGH v. 27.11.2024 – XII ZB 28/23 Rn. 8 m.w.N. NJW 2025, 1130 = FamRZ 2025, 426.

27 BGH v. 27.11.2024 – XII ZB 28/23 Rn. 9 NJW 2025, 1130 = FamRZ 2025, 426.

28 OLG Hamm v. 03.12.2013 – II-2 UF 105/13, FF 2014, 326; Breidenstein, in: jurisPK BGB § 1568a BGB (Stand: 15.11.2022), Rn. 11.

29 OLG Brandenburg, Urt. v. 21.06.2001 – 9 U 17/00, FamRZ 2002, 396.

30 Seiler FF 2024, 287, 291 m.w.N.

31 BGH v. 27.11.2024, XII ZB 28/23, NJW 2025, 1130 = FamRZ 2025, 426.

32 OLG München v. 19.12.2022, 26 UF 995/22.

33 Vgl. OLG Stuttgart FamRZ 2023, 1855, 1856; Staudinger/Voppel BGB [2024] § 1361b Rn. 76 m.w.N.

34 BGH v. 27.11.2024 – XII ZB 28/23 Rn. 10, NJW 2025, 1130 = FamRZ 2025, 426.

kommen des Unterhaltspflichtigen. Ist der Wohnvorteil des in der Ehwohnung verbleibenden Ehegatten auf diese Weise im Rahmen einer Unterhaltsregelung – sei es durch außergerichtliche Verständigung, durch gerichtlichen Vergleich oder durch gerichtliche Entscheidung – familienrechtlich kompensiert worden, kommt daneben schon wegen des Verbots der Doppelverwertung ein Anspruch des weichenden Ehegatten auf Zahlung einer Nutzungsentschädigung nach § 1361b Abs. 3 Satz 2 BGB grundsätzlich nicht mehr in Betracht.³⁵ Insoweit besteht ein Vorrang der Unterhaltsregelung vor der Nutzungsvergütung, um zwischen den Ehegatten einen angemessenen Ausgleich für den Wohnvorteil zu bewirken.³⁶

Wenn der Unterhalt zwischen den Ehegatten bereits verbindlich geregelt ist unter Berücksichtigung eines Wohnvorteils, ergibt sich nach dieser Rechtsprechung des BGH keine Schwierigkeit. Erfolgt die Berücksichtigung eines Wohnvorteils dagegen einkommenserhöhend beim Kindesunterhalt, kann dies irrelevant sein für die Ansprüche auf Nutzungsentschädigung zwischen den Ehegatten.³⁷

Fehlt jedoch noch eine Unterhaltsregelung zwischen den Ehegatten, war bisher umstritten, wie sich dies auf den Anspruch auf Nutzungsentschädigung auswirkt, und zwar insbesondere dann, wenn der in der Wohnung verbliebene Ehegatte geltend macht, durch die Verpflichtung zur Zahlung einer Nutzungsentschädigung (vermehrt) unterhaltsbedürftig zu werden. Hier bietet diese Entscheidung des BGH wertvolle Anhaltspunkte.

Teilweise wurde die Ansicht vertreten, dass dem Anspruch des weichenden Ehegatten auf Zahlung einer Nutzungsentschädigung nach § 1361b Abs. 3 Satz 2 BGB generell keine ungeregelten Unterhaltsansprüche des in der Wohnung verbliebenen Ehegatten entgegengehalten werden könnten.³⁸

Die abweichende Auffassung stellte demgegenüber darauf ab, dass sich das, was der Billigkeit i.S.v. § 1361b Abs. 3 Satz 2 BGB entspreche, in der Regel nicht ohne Berücksichtigung der unterhaltsrechtlichen Seite feststellen lasse. Geboten sei eine einheitliche wirtschaftliche Betrachtungsweise, welche in den Blick nehme, ob der in der Ehwohnung verbliebene Ehegatte im Falle der Zahlung einer Nutzungsentschädigung gegen den anderen Ehegatten einen Anspruch auf Trennungsunterhalt hätte, ohne dass es dabei entscheidend auf die tatsächliche Geltendmachung dieses Unterhaltsanspruchs ankäme.³⁹

Eine weitere Ansicht hält fiktive Trennungsunterhaltsansprüche des in der Wohnung verbliebenen Ehegatten im Rahmen der gem. § 1361b Abs. 3 Satz 2 BGB anzustellenden Billigkeitsabwägung zwar grundsätzlich für beachtlich, will solche Ansprüche aber bei schwierig zu beurteilenden unterhaltsrechtlichen Fragestellungen – wie bspw. der Zurechnung fiktiver Einkünfte – außer Betracht lassen.⁴⁰

Der BGH hat die stark umstrittene Frage dahingehend entschieden, dass die Billigkeit der Nutzungsentschädigung gem. § 1361b Abs. 3 Satz 2 BGB grundsätzlich nicht unabhängig von den unterhaltsrechtlichen Verhältnissen der Beteiligten beurteilt werden kann.⁴¹

Gerade in Fällen, in denen der eigentlich einkommensschwächere Ehegatte im Hinblick auf den von ihm gezogenen

Wohnvorteil auf die Geltendmachung von Trennungsunterhalt verzichtet hat, könne es nicht der Billigkeit entsprechen, ihn zur Zahlung einer Nutzungsentschädigung zu verpflichten, die ihm anschließend als Ergebnis eines gesonderten Trennungsunterhaltsverfahrens wieder zufließen müsste. Vielmehr dürfte es in diesen Fällen sachgerecht sein, die Wohnungsüberlassung – auch im wohlverstandenen Interesse der Ehegatten an der Vermeidung von (weiteren) Rechtsstreitigkeiten – als Teil der Unterhaltsgewährung anzusehen und im Hinblick darauf gegebenenfalls von der Festsetzung einer gesonderten Vergütung für die Nutzung der Wohnung abzusehen.⁴²

Der BGH weist weiter darauf hin, dass der weichende Ehegatte die Feststellungslast für die Billigkeit einer von ihm begehrten Nutzungsentschädigung trägt. Würde die nach § 1361b Abs. 3 Satz 2 BGB gebotene Billigkeitsprüfung von vornherein um die Würdigung der unterhaltsrechtlichen Situation der Beteiligten verkürzt, führte dies zu einer Begünstigung des Anspruchstellers, für die es keine sachliche Rechtfertigung gibt. Es bestehen insbesondere keine zwingenden verfahrensrechtlichen Gründe, die der Berücksichtigung eines hypothetischen Trennungsunterhaltsanspruchs des in der Wohnung verbliebenen Ehegatten im Verfahren um das Begehren des weichenden Ehegatten nach Zahlung einer Nutzungsentschädigung entgegenstehen könnten.⁴³

Zwar besteht ein verfahrensrechtlicher Unterschied. Das Verfahren über die Zuerkennung einer Nutzungsentschädigung nach § 1361b Abs. 3 Satz 2 BGB betrifft eine Ehwohnungssache (§§ 111 Nr. 5, 200 Abs. 1 Nr. 1 FamFG) und damit eine Familiensache der freiwilligen Gerichtsbarkeit, für die uneingeschränkt die Verfahrensvorschriften des Familienverfahrensgesetzes gelten.⁴⁴ Dagegen handelt es sich bei einer Unterhaltssache nach §§ 112 Nr. 1, 1. Alt., 231 Abs. 1 Nr. 2 FamFG um eine Familienstreitsache, auf die wegen der Verweisung in § 113 Abs. 1 FamFG weitestgehend die Vorschriften der Zivilprozessordnung Anwendung finden.

Aus den unterschiedlichen Verfahrensgrundsätzen folgt, dass in einem Ehwohnungsverfahren, welches den Anspruch auf Zahlung von Nutzungsentschädigung nach § 1361b Abs. 3 Satz 2 BGB zum Gegenstand hat, grundsätzlich weder ein

35 Vgl. BGH, Beschl. v. 18.12.2013 – XII ZB 268/13, BGHZ 199, 322 = FamRZ 2014, 460 Rn. 10; s.a. OLG Hamm v. 04.09.2024 – II-5 UF 100/24, FuR 2024, 597.

36 BGH v. 27.11.2024 – XII ZB 28/23 Rn. 11, NJW 2025, 1130 = FamRZ 2025, 426.

37 *Faber*, in: jurisPK-BGB, § 1361b Rn. 63 m.w.N.

38 Nachweise bei BGH v. 27.11.2024 – XII ZB 28/23 Rn. 13, NJW 2025, 1130 = FamRZ 2025, 426.

39 Vgl. OLG Frankfurt v. 09.05.2012 – 4 UF 14/12, juris Rn. 31; *Grüneberg/Götz* BGB 83. Aufl. § 1361b Rn. 20; jurisPK-BGB/*Faber* [Stand: 15.11.2022] § 1361b Rn. 69; *Cirullies* NZFam 2014, 381.

40 Nachweise bei BGH v. 27.11.2024 – XII ZB 28/23, NJW 2025, 1130 = FamRZ 2025, 426; vgl. auch OLG Brandenburg Beschl. v. 15.06.2020 – 9 UF 154/18, juris Rn. 17; KG FamRZ 2015, 1191, 1192.

41 BGH v. 27.11.2024 – XII ZB 28/23 Rn. 16, NJW 2025, 1130 = FamRZ 2025, 426.

42 Vgl. BGH v. 27.11.2024 – XII ZB 28/23 Rn. 17 m.w.N., NJW 2025, 1130 = FamRZ 2025, 426.

43 BGH v. 27.11.2024 – XII ZB 28/23 Rn. 18 m.w.N., NJW 2025, 1130 = FamRZ 2025, 426.

44 Dazu *Faber*, in: jurisPK-BGB; § 1361b Rn. 76.

Widerantrag auf Trennungsunterhalt gestellt noch über eine Aufrechnung mit Gegenforderungen auf Trennungsunterhalt entschieden werden kann.⁴⁵

Es ist allerdings sowohl materiell-rechtlich als auch verfahrensrechtlich ein Unterschied, ob entstandene Unterhaltsansprüche selbständig – sei es im Wege des Widerantrages, sei es im Wege der Aufrechnung – verfolgt werden oder ob (lediglich) Betrachtungen zu hypothetischen Unterhaltsansprüchen im Rahmen einer Billigkeitsabwägung anzustellen sind. Das Erfordernis, auf gerichtlichen Ermittlungen zu den Einkommens- und Vermögensverhältnissen der Verfahrensbeteiligten beruhende Billigkeitsentscheidungen zu treffen, kann sich auch in anderen Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit in vielfältiger Hinsicht ergeben, bspw. im Zusammenhang mit der Anwendung der Härteklausele des § 27 VersAusglG in Versorgungsausgleichssachen. Dem Verfahren in den Familiensachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit und dessen maßgeblichen Verfahrensgrundsätzen sind deshalb (auch) die Aufklärung und rechtliche Beurteilung von unterhaltsrechtlich relevanten Sachverhalten nicht von vornherein fremd.⁴⁶

Weiter stellt der BGH klar, dass rechtlich und tatsächlich besonders schwierig zu beurteilenden Fragen des Unterhaltsrechts im Ehwohnungsverfahren nicht in allen Einzelheiten und abschließend geklärt werden müssen. Denn als (bloßes) Kriterium für die im Rahmen des § 1361b Abs. 3 Satz 2 BGB vorzunehmende Billigkeitsabwägung genügt auch eine anhand der gewonnenen Erkenntnisse über die Einkommens- und Vermögensverhältnisse der Ehegatten überschlägig vorgenommene Prüfung, ob und gegebenenfalls in welcher Größenordnung dem in der Wohnung verbliebenen Ehegatten im Falle der Verpflichtung zur Zahlung von Nutzungsentschädigung (hypothetische) Ansprüche auf Trennungsunterhalt gegen den weichenden Ehegatten zustehen würden.⁴⁷

Der BGH gibt vor, dass es dem Gericht auch in einem Ehwohnungsverfahren anzusehen ist, die gebotenen Ermittlungen zu den Einkünften der Beteiligten und den berücksichtigungsfähigen Abzugspositionen durchzuführen und zumindest summarisch die damit zusammenhängenden unterhaltsrechtlichen Beurteilungen anzustellen. Im entschiedenen Fall gelte das auch für die Beurteilung der zwischen den Beteiligten offensichtlich streitigen Frage, ob die Ehefrau mit ihrer Teilzeitbeschäftigung als Flugbegleiterin und ihrer Nebentätigkeit als Erzieherin im Kindergarten ihrer Erwerbsobliegenheit vollständig genügt.⁴⁸

Für diese im Einzelfall vorzunehmenden Billigkeitsabwägungen weist der BGH noch darauf hin, die fehlende Leistungsfähigkeit des in der Wohnung verbliebenen Ehegatten könne es für sich genommen nicht dauerhaft rechtfertigen, dass dieser unentgeltlich in der Ehwohnung verbleibt. Im konkreten Fall müsse insbesondere berücksichtigt werden, dass der Anspruch auf Zahlung einer Nutzungsentschädigung erstmals ein Jahr nach dem Auszug des Ehemanns aus der gemeinsamen Wohnung geltend gemacht wurde, Wohnbelange des gemeinsamen Kindes nach dem Umzug des Sohnes zum Ehemann insoweit nicht mehr zu berücksichtigen sind und die Ehwohnung jedenfalls für die Deckung angemessener Wohnbedürfnisse der alleinlebenden Ehefrau ersichtlich zu groß ist.⁴⁹

F. Schlussfolgerungen für die notarielle Beratung

Bei der notariellen Beratung über entsprechende Vereinbarungen der Ehegatten muss diese klarstellende Entscheidung des BGH mit den darin festgelegten wechselseitigen Abhängigkeiten zwischen Berücksichtigung des Wohnvorteils beim Ehegattenunterhalt und der Nutzungsentschädigung für die Wohnung berücksichtigt werden. Dabei sind verschiedene Fallvarianten zu unterscheiden.

1. Es ist noch keinerlei Regelung erfolgt

Schließen der Ehegatten jetzt erstmalig eine Vereinbarung über Unterhalt während der Trennungszeit, folgt aus der Rechtsprechung des BGH, dass dann kein Nutzungsausfall mehr verlangt werden kann. Die Nutzung der Immobilie ist dann über den Wohnvorteil bereits in die Bemessung des Unterhaltsanspruchs eingeflossen.

Soweit einer der Beteiligten gesonderte Überlegungen über eine Bewertung des Nutzungsausfalls vorbringen möchte, kann er das nur jetzt in die Unterhaltsvereinbarung einbringen. Spätere Möglichkeiten, Nutzungsausfall nach § 1361b Abs. 3 Satz 2 BGB geltend zu machen, bestehen nicht.

Dies hat der BGH ausdrücklich entschieden nur für das Verhältnis zwischen Trennungsunterhalt und Nutzungsausfall nach § 1361b Abs. 3 Satz 2 BGB, der auch nur für die Trennungszeit gegeben sein kann. Besteht nach der Rechtskraft der Ehescheidung ein Anspruch auf Zahlung eines Nutzungsentgelts aus den allgemeinen Vorschriften, muss ebenfalls die Sperre gelten, dass nach einer Regelung über den Geschiedenenunterhalt die Durchsetzung einer Nutzungsentschädigung nicht möglich ist.

Wenn die Ehegatten dagegen eine Vereinbarung über den Nutzungsausfall treffen, ergibt sich daraus keine verfahrensrechtliche Sperre gegen eine spätere Geltendmachung von Unterhalt. Denn es ist davon auszugehen, dass bei der Bemessung der Höhe des Nutzungsausfalls der Wohnvorteil und der Unterhaltsanspruch nur vorläufig und überschlägig bemessen worden ist.

Um spätere Streitigkeiten zu vermeiden, ist eine entsprechende Vorsorge ratsam.

Das kann einmal dadurch erfolgen, dass die Höhe des Unterhaltsanspruchs einvernehmlich abschließend festgelegt wird. Hierbei ist unbedingt die Klarstellung erforderlich, ob sich diese Festlegung auf einen bestimmten Zeitraum oder auf Dauer erstreckt, ob damit nur der Trennungsunterhaltsanspruch oder auch der Nachscheidungsunterhalt umfasst sein soll. Ist nur

45 BGH v. 27.11.2024 – XII ZB 28/23 Rn. 19 m.w.N., OLG Frankfurt v. 27.11.2024 – 8 UF 22/24; OLG Koblenz v. 15.04.2019 – 7 UF 53/19, FamRZ 2020, 239; *Faber*, in: jurisPK-BGB; § 1361b Rn. 55, NJW 2025, 1130 = FamRZ 2025, 426.

46 BGH v. 27.11.2024 – XII ZB 28/23 Rn. 19 m.w.N., NJW 2025, 1130 = FamRZ 2025, 426.

47 BGH v. 27.11.2024 – XII ZB 28/23 Rn. 21, NJW 2025, 1130 = FamRZ 2025, 426.

48 BGH v. 27.11.2024 – XII ZB 28/23 Rn. 22, NJW 2025, 1130 = FamRZ 2025, 426.

49 BGH v. 27.11.2024 – XII ZB 28/23 Rn. 24, NJW 2025, 1130 = FamRZ 2025, 426.

eine befristete Festlegung vereinbart, wäre die weitere Klarstellung ratsam, ob sich daraus für den nachfolgenden Zeitraum irgendwelche Einschränkungen oder Festlegungen ergeben.

2. Es besteht schon eine Regelung über den Ehegattenunterhalt

Ist schon eine Regelung über den Ehegattenunterhalt vorhanden, ist damit nach der Rechtsprechung des BGH die Frage der Nutzung der Wohnung abschließend entschieden. Eine gerichtliche Durchsetzung eines Anspruchs aus § 1361b Abs. 3 Satz 2 BGB auf Nutzungsausfall ist dann versperrt.

Zwar ist damit eine Vereinbarung der Ehegatten über die Nutzungsentschädigung wohl nicht unzulässig. Wollen die Ehegatten aber eine Vereinbarung über den Nutzungsausfall treffen, muss klar sein, dass damit bei der bestehenden Unterhaltsregelung die inhaltliche Grundlage verändert wird. Denn

die Nutzungsentschädigung ist beim Zahlungsverpflichteten eine Abzugsposition und beim Zahlungsberechtigten ein Einkommen. Diese Veränderungen sind unterhaltsrelevant und eröffnen die Möglichkeit, die vorhandene Unterhaltsregelung nach § 239 FamFG gerichtlich abändern zu lassen. Folglich macht eine solche Vereinbarung in der Praxis nur dann Sinn, wenn damit gleichzeitig eine Neufestsetzung des Unterhaltes erfolgt.

3. Es besteht schon eine Regelung über eine Nutzungsentschädigung

Ist schon eine Regelung über die Nutzungsentschädigung aus § 1361b Abs. 3 Satz 2 BGB vorhanden, die nicht geändert werden soll, ist bei der Berechnung des Unterhaltes die gezahlte Nutzungsentschädigung beim Zahlungsverpflichteten in Abzug zu bringen und beim Empfänger der Entschädigung als Einkommen anzusetzen.

Namensrechtsreform und Erwachsenenadoption mit „starken“ Wirkungen

Von Rechtsreferendar Dr. Tilman Sutor, Saarbrücken und Notar Justizrat Hartmut Pfeifer, St. Wendel

A. Einleitung

Am 01.05.2025 ist die Namensrechtsreform in Kraft getreten.¹ Für die notarielle Praxis ist seitdem zu beachten, dass die Erwachsenenadoption nicht mehr zwingend zu einer Änderung des Geburtsnamens des Adoptierten führt. Die Gesetzesbegründung lässt jedoch Zweifel aufkommen, ob die neu geschaffene Möglichkeit, der infolge der Adoption eintretenden Namensänderung zu widersprechen, auch für die Adoption mit „starken“ Wirkungen gilt.

B. Rechtslage vor der Namensrechtsreform

Auf der Grundlage des bis zum 30.04.2025 geltenden Rechts war es einer volljährigen Person bei der Adoption nicht gestattet, ihren bisherigen Geburtsnamen als alleinigen Familiennamen fortzuführen.² Namensrechtlich bestimmte der durch den Verweis in § 1767 Abs. 2 Satz 1 BGB a.F. anwendbare § 1757 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F., dass der volljährige Anzunehmende den Familiennamen des Annehmenden als Geburtsnamen erhielt. Die Änderung des Geburtsnamens des Angenommenen folgte damit unmittelbar aus dem Gesetz.³ Eine erweiternde Auslegung der §§ 1767 Abs. 2, 1757 BGB a.F. kam nicht in Betracht.⁴ Das galt nach der Rechtsprechung sowohl für die „schwache“ Adoption als auch für die Annahme mit der Wirkung des § 1772 BGB, die sog. Adoption mit „starken“ Wirkungen.⁵

Noch im Oktober 2024 hatte das BVerfG die gesetzliche Regelung namensrechtlicher Folgen einer Volljährigenadoption mit „schwachen“ Wirkungen für verfassungsgemäß erklärt.⁶ Dafür sprach insbesondere die in § 1757 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BGB getroffene Ausnahmeregelung. Diese ermöglichte nach alter Rechtslage zumindest die Bildung eines Doppelnamens,

indem auf der Grundlage eines entsprechenden gerichtlichen Anspruchs der bisherige Familienname dem Familiennamen des Annehmenden vorangestellt oder angefügt werden konnte, wenn dies aus schwerwiegenden Gründen zum Wohl der angenommenen Person erforderlich war.⁷

C. Liberalisierung des Namensrechts der Erwachsenenadoption

Im Zuge der seit dem 01.05.2025 Geltung beanspruchenden Namensrechtsreform wurde § 1767 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BGB angefügt. Dieser sieht nunmehr vor, dass der Angenommene den Familiennamen des Annehmenden nach § 1767 Abs. 1 BGB nicht erhält, wenn er der Namensänderung widerspricht.⁸ Zudem wurde die Möglichkeit geschaffen, statt den Namen des Annehmenden zu führen, einen Doppelnamen aus diesem und dem bisherigen Namen zu bilden, § 1767 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BGB. Für Altfälle gilt darüber hinaus die Überleitungsvorschrift des Art. 229 § 67 Abs. 6 EGBGB, die es erlaubt, die Namensänderung *ex nunc* rückgängig zu machen.⁹

1 Gesetz zur Änderung des Ehenamens- und Geburtsnamensrechts und des Internationalen Namensrechts v. 11.06.2024, BGBl. 2024 I, Nr. 185.

2 Vgl. umfassend zur alten Rechtslage etwa *Wartenburger* MittBayNot 2008, 504 ff.

3 BGH FamRZ 2017, 1583.

4 BGH FamRZ 2020, 1275, 1279; vgl. zu einem entsprechenden Vorstoß des AG Leverkusens FamRZ 2008, 2058 schon *Müller* MittBayNot 2011, 16, 19: „klar contra legem“.

5 OLG Hamm MittBayNot 2011, 501; BayObLG DNotZ 2003, 290; OLG Celle FamRZ 1997, 115.

6 BVerfG DNotZ 2025, 296.

7 BVerfG DNotZ 2025, 296, 300 und 310.

8 Zur Form und Amtsempfangsbedürftigkeit des Widerspruchs s.u. bei D. III.

9 Vgl. dazu DNotI-Report 4/2025, S. 63 f.

Danach kann eine vor dem 01.05.2025 gem. § 1767 BGB angenommene Person den vor dem Ausspruch der Annahme geführten Namen zum Geburtsnamen bestimmen oder aus dem vor dem Ausspruch der Annahme geführten Namen und dem Familiennamen der annehmenden Person einen Doppelnamen zum Geburtsnamen bestimmen.

Die Neuregelung trägt dem Ansinnen der Reform Rechnung, den Zwang zur Namensänderung nach einer Erwachsenenadoption aufzuheben.¹⁰ Denn, so die Problem- bzw. Zielbeschreibung des Gesetzesentwurfs, der Zwang stehe im Widerspruch zu dem häufig bestehenden berechtigten Anliegen der angenommenen erwachsenen Personen, die mit ihrem bisherigen Namen bestehende Verbundenheit auch nach der Adoption nach außen deutlich zu machen und sei vor dem Hintergrund sich ändernder gesellschaftlicher Vorstellungen und der Liberalisierung des Namensrechts nicht mehr erforderlich.¹¹ Konkret zu § 1767 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BGB heißt es, die Regelung solle es volljährigen angenommenen Personen ermöglichen, ihren bisherigen Namen beizubehalten, wenn sie dies wünschen.¹² Dies erscheine insbesondere vor dem Hintergrund, dass bei der Volljährigenadoption die bisherigen Verwandtschaftsverhältnisse fortbestehen und keine vollständige Integration der angenommenen Person in die Familie der annehmenden Person stattfindet (§ 1770 Abs. 1 BGB), angezeigt.¹³ Zudem habe eine volljährige Person regelmäßig ein starkes Interesse, den bisherigen Namen weiterzuführen, das mit zunehmender Lebenszeit zumeist größer werde.¹⁴

D. Auswirkungen auf die Erwachsenenadoption mit „starken“ Wirkungen

In der Literatur wird – soweit ersichtlich – hinsichtlich der in Kraft getretenen Änderung der namensrechtlichen Folgen einer Volljährigenadoption überwiegend nicht zwischen der „schwachen“ Adoption und der Annahme mit der Wirkung des § 1772 BGB differenziert.¹⁵ Lediglich der DNotI-Report bezieht die Ausführungen zu den für die Notarpraxis wesentlichen Änderungen auffällig bedacht auf die Erwachsenenadoption mit „schwachen“ Wirkungen.¹⁶ Tatsächlich ist die Rechtslage nach Inkrafttreten der Namensrechtsreform hinsichtlich der namensrechtlichen Folgen bei der Erwachsenenadoption mit „starken“ Wirkungen nicht eindeutig.

I. Namenskontinuität nur bei Fortbestehen der Verwandtschaftsverhältnisse?

Soweit die Begründung des Gesetzesentwurfs nämlich den Hintergrund betont, dass bei der Volljährigenadoption die bisherigen Verwandtschaftsverhältnisse fortbestehen und keine vollständige Integration der angenommenen Person in die Familie der annehmenden Person stattfindet, scheint sich die Gesetzesänderung auf die „schwache“ Volljährigenadoption zu beschränken. Schließlich bleibt das bestehende Verwandtschaftsverhältnis des Angenommenen zu seiner Herkunftsfamilie nach § 1770 Abs. 2 BGB nur bei der Volljährigenadoption mit „schwachen“ Wirkungen bestehen. Durch den Hinzuerwerb der Adoptivverwandtschaft kommt es hier zu einer Kumulation der Verwandtschaft.¹⁷ Dabei werden nach § 1770 Abs. 1 BGB die familienrechtlichen Beziehungen

nur zum Annehmenden, nicht zu dessen Verwandten begründet.¹⁸

Bei der Volljährigenadoption mit „starken“ Wirkungen bleiben die bisherigen Verwandtschaftsverhältnisse demgegenüber gerade nicht bestehen. Vielmehr gilt der Grundsatz der Volladoption. Der Angenommene wird aus der leiblichen Familie vollständig herausgelöst und in die Adoptivfamilie eingegliedert. Das folgt aus § 1772 BGB, der für die Adoptionswirkungen auf die §§ 1754 bis 1756 BGB, also die Vorschriften zur Minderjährigenannahme verweist. Die Volljährigenadoption mit den Wirkungen der Minderjährigenannahme führt also zu einer vollständigen Integration der angenommenen Person in die Familie der annehmenden Person. Das wiederum verträgt sich insoweit nicht mit dem vorgebrachten Hintergrund der Reform.

Zwar kann der Schutz des Interesses an Namenskontinuität, den die Namensrechtsreform verfolgt, durchaus auch bei einer Adoption mit „starken“ Wirkungen eine nicht unerhebliche Rolle für den Angenommenen spielen.¹⁹ Das Gewicht des Zwecks, das neu entstandene Verwandtschaftsverhältnis zwischen annehmender und angenommener Person nach außen sichtbar zu machen, also den Namen in seiner Zuordnungsfunktion zu gebrauchen, das der Gesetzgeber zumindest bis zum Inkrafttreten der jüngsten Reform verfolgt hat,²⁰ könnte im Fall der Annahme einer volljährigen Person mit „starken“ Wirkungen jedoch höher zu bewerten sein wie bei der Volljährigenadoption mit „schwachen“ Wirkungen.²¹ Daher überrascht das Fehlen einer eindeutigen Aussage, ob die Möglichkeit, der Namensänderung zu widersprechen, auch bei der Volljährigenadoption mit „starken“ Wirkungen bestehen soll.

Das Fehlen einer entsprechenden Klarstellung könnte darauf zurückzuführen sein, dass der Gesetzesentwurf ausdrücklich vor dem Hintergrund der Kritik innerhalb des juristischen Diskurses und des Vorlagebeschlusses des BGH an das BVerfG zur Vereinbarkeit der namensrechtlichen Folgen einer Volljährigenadoption mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht erfolgt ist.²² Grundlage des Vorlage-

10 BT-Drucks. 20/9041, S. 2.

11 BT-Drucks. 20/9041, S. 2.

12 BT-Drucks. 20/9041, S. 67.

13 BT-Drucks. 20/9041, S. 67.

14 BT-Drucks. 20/9041, S. 67.

15 Vgl. etwa Kienemund NJW 2025, 1153, 1158; Acikalin/Steiner NotBZ 2025, 121, 124; Ott BWNotZ 2024, 329, 333 f.

16 Vgl. dazu DNotI-Report 4/2025, S. 63 f.

17 MüKoBGB/Maurer, 9. Aufl. 2024, § 1770 Rn. 5 f.; BeckNotar-HdB/Grziwotz, 8. Aufl. 2024, § 15 Rn. 66.

18 S. hierzu Staudinger/Helms (2023), § 1770 Rn. 3 ff.

19 Auch bei dieser ist nämlich an Fälle zu denken, in denen die anzunehmende Person infolge der Namensänderung persönliche Nachteile erwartet, etwa weil sie in der Öffentlichkeit oder einer bestimmten Branche bereits unter ihrem bisherigen Namen bekannt ist.

20 Vgl. dazu BVerfG DNotZ 2025, 296, 303 Rn. 50 bzw. 312 Rn. 74; umfassend zur traditionellen Funktion des Namens Dutta, Reform des deutschen Namensrechts, 2020, S. 8 ff.

21 Zu diesem Gesichtspunkt BVerfG DNotZ 2025, 296, 313 f. Rn. 76; einen „namensrechtlichen Filter“ bereits zur Beurteilung der sittlichen Rechtfertigung einer „schwachen“ Erwachsenenadoption befürwortet Helms FamRZ 2020, 1275, 1283.

22 BT-Drucks. 20/9041, S. 24; auch Erman/Teklore, 17. Aufl. 2023, § 1757 Rn. 1 geht davon aus, dass die Reform allein ausgehend von der Situation bei einer (schwachen) Erwachsenenadoption erfolgt ist.

beschlusses waren aber die namensrechtlichen Folgen der Volljährigenadoption mit „schwachen“ Wirkungen.²³ Auch Reformforderungen wurden in der Vergangenheit besonders für die namensrechtlichen Folgen einer Volljährigenadoption mit „schwachen“ Wirkungen erhoben und daher etwa die Verortung einer Neuregelung in § 1770 BGB vorgeschlagen.²⁴

II. Aufhebung des Zwangs zur Namensänderung auch für Volladoption

Hat der Gesetzgeber also eine weitergehende Liberalisierung des Namensrechts realisiert als ursprünglich intendiert? Der Wortlaut und die Systematik der reformierten und inzwischen geltenden Vorschriften sprechen jedenfalls dafür, dass die Widerspruchslösung des § 1767 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BGB auch für die Annahme mit den Wirkungen der Minderjährigenannahme nach § 1772 BGB gilt.

Nach dem Wortlaut des neu eingefügten § 1767 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BGB ist § 1757 BGB mit der Maßgabe anzuwenden, dass der Angenommene den Familiennamen des Annehmenden nach Abs. 1 nicht erhält, wenn er der Namensänderung widerspricht.²⁵ Bei der Annahme nach § 1767 Abs. 1 BGB kann es sich sowohl um eine „schwache“ als auch um eine „starke“ Volljährigenadoption handeln. Schließlich müssen für die Volladoption mit den Wirkungen der Minderjährigenannahme nach § 1772 BGB sämtliche Voraussetzungen der Erwachsenenannahme nach § 1767 BGB vorliegen.²⁶ Das Gesetz differenziert lediglich hinsichtlich der Rechtsfolgen der Annahme zwischen den „schwachen“ Wirkungen der Volljährigenadoption nach § 1770 BGB und denjenigen der „starken“ Volljährigenadoption nach § 1772 BGB, die sich nach den Vorschriften über die Annahme eines Minderjährigen oder eines verwandten Minderjährigen richten (§§ 1754 bis 1756 BGB).

Hinzu kommt, dass der Gesetzgeber die Neuregelung gerade nicht in § 1770 BGB verortet hat, wie vorgeschlagen wurde.²⁷ Es findet sich zudem weder in § 1757 BGB noch in § 1772 BGB eine Regelung, nach der § 1767 Abs. 3 BGB nicht auf die „starke“ Volljährigenadoption Anwendung finden soll. Beide Möglichkeiten der Adoption sind vielmehr gleich zu Beginn desselben Untertitels 2 „Annahme Volljähriger“ normiert. § 1772 Abs. 1 BGB verweist dabei nur für die Wirkungen der Annahme auf die Vorschriften über die Annahme eines Minderjährigen und enthält gerade keinen Verweis auf § 1757 BGB. Daher bleibt es – auch für die „starke“ Adoption – bei § 1767 Abs. 2 BGB: Für die Annahme Volljähriger gelten die Vorschriften über die Annahme Minderjähriger nur sinngemäß, soweit sich aus den folgenden Vorschriften nichts anderes ergibt. Gerade Letzteres ist aber mit § 1767 Abs. 3 BGB nun der Fall, der die namensrechtlichen Wirkungen des § 1757 BGB modifiziert. Damit dürfte die Widerspruchslösung des § 1767 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BGB nach dem Wortlaut und der Systematik auch für die Annahme mit den Wirkungen der Minderjährigenannahme nach § 1772 BGB gelten. Dem Ansinnen, den Zwang zur Namensänderung nach einer Erwachsenenadoption aufzuheben, wird so vollends Rechnung getragen.

III. Verfahren bei gewünschter Namenskontinuität im Fall der Erwachsenenadoption mit „starken“ Wirkungen

Für den Widerspruch gegen die Namensänderung nach § 1767 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BGB gilt, dass dieser nach § 1767 Abs. 5 BGB öffentlich beglaubigt und vor dem Ausspruch der Annahme gegenüber dem Familiengericht abgegeben werden muss. Es empfiehlt sich also, den Widerspruch gegen die Namensänderung in die Beurkundung des Adoptionsantrags mit aufzunehmen; die Form der öffentlichen Beglaubigung wird dann nach § 129 Abs. 3 BGB durch die Form der notariellen Beurkundung ersetzt.²⁸ Einer Begründung des Widerspruchs bedarf es nicht.²⁹

Nach alter Rechtslage galt, dass der gerichtliche Beschluss nur hinsichtlich des Ausspruchs der Annahme konstitutive Wirkung hatte.³⁰ Eine im Beschluss getroffene Aussage zur Änderung des Geburtsnamens des Angenommenen gab lediglich die unmittelbar aus dem Gesetz (§ 1757 Abs. 1 BGB i.V.m. § 1767 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F.) folgende Änderung des Geburtsnamens wieder.³¹ Umgekehrt war eine ins Adoptionsdekret aufgenommene – der alten Rechtslage widersprechende³² – Bestimmung, wonach der Angenommene seinen bisherigen Namen weiterführt, nichtig und konnte keine Rechtswirkungen entfalten.³³ Schließlich seien Rechtsfolgen ausgesprochen worden, die das angewendete Recht nicht kannte.³⁴

Nun aber kennt das geltende Recht für die Erwachsenenadoption die Möglichkeit zur Namensfortführung. Da im Zuge der Namensrechtsreform die Widerspruchsmöglichkeit gegen die Namensänderung nach § 1767 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BGB geschaffen wurde, ist anzunehmen, dass der Beschluss über die Annahme, sofern ein Widerspruch gegenüber dem Familiengericht abgegeben wurde, nunmehr – in Übereinstimmung mit dem Wortlaut des § 1767 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BGB – zu enthalten hat, dass der Angenommene den Familiennamen des Annehmenden nicht erhält. Die gesonderte Beantragung des Ausspruchs, dass der Angenommene den derzeitigen Na-

23 BGH FamRZ 2020, 1275, 1279.

24 Vgl. Molls ZRP 2012, 174, 177: „Die vorgeschlagene Regelung würde, wie sich bereits aus ihrer systematischen Stellung in § 1770 BGB n.F. ergibt, lediglich für die so genannte schwache Erwachsenenadoption gelten. Für die Erwachsenenadoption mit den Wirkungen der Minderjährigenadoption (§ 1772 BGB) würden weiterhin uneingeschränkt die Regeln des § 1757 BGB gelten. Dies ist interessengerecht, weil die Beteiligten hier gerade die starken Wirkungen des Rechts der Minderjährigenadoption erstreben und die rechtliche Beziehung des Anzunehmenden zu seinen leiblichen Verwandten erlischt.“

25 Dem entspricht im Ergebnis der Wortlaut der Überleitungsvorschrift des Art. 229 § 67 Abs. 6 EGBGB.

26 Statt aller BeckOGK/Löhnig, 01.02.2025, § 1772 Rn. 4.

27 Vgl. oben Anm. 24.

28 Dazu auch Wall DNotZ 2025, 245, 247.

29 Richtig DNotI-Report 4/2025, S. 63.

30 BGH FamRZ 2017, 1583; vgl. zum Inhalt des Beschlusses näher Sternal/Giers, 21. Aufl. 2023, FamFG § 197 Rn. 3 ff.

31 BGH FamRZ 2017, 1583.

32 S.o. unter B.

33 Vgl. OLG Zweibrücken BeckRS 2016, 3269; OLG Karlsruhe FamRZ 2000, 115 f.

34 OLG Karlsruhe FamRZ 2000, 115.

men als Geburtsnamen behält,³⁵ dürfte insoweit überflüssig sein. Auch nach der Namensrechtsreform dürfte im Übrigen weiterhin gelten, dass ein hinsichtlich der Namensführung bedingter Annahmeantrag insgesamt zurückzuweisen ist, da der Adoptionsantrag bedingungsfeindlich ist.³⁶

E. Fazit

Für die namensrechtlichen Folgen der Volljährigenadoption mit „starken“ Wirkungen gilt ebenfalls die neu eingefügte Vorschrift des § 1767 Abs. 3 BGB. Eine eindeutige Klarstellung des Gesetzgebers, dass die neu geschaffene Möglichkeit, der infolge der Adoption eintretenden Namensänderung zu

widersprechen, auch für die Adoption mit „starken“ Wirkungen gelten sollte, wäre gleichwohl wünschenswert gewesen. Für die Praxis bleibt so eine gewisse Unsicherheit, zumindest bis über erste Anträge auf „starke“ Volljährigenadoption mit den Wirkungen einer Minderjährigenadoption bei gleichzeitigem Widerspruch gegen die Namensänderung entschieden ist. Bis dahin empfiehlt sich zumindest ein Hinweis des Notars, auf die uneindeutige Rechtslage hinsichtlich der Auswirkung der Volladoption auf den Namen.

³⁵ So die Formulierung des AG Leverkusens FamRZ 2008, 2058 unter Geltung der alten Rechtslage, s. dazu auch oben Anm. 4.

³⁶ Erman/Teklote, 17. Aufl. 2023, § 1767 Rn. 23.

Vertragsrecht

Versorgungsregelungen und Contracting in der Wohnungseigentümergeinschaft – Teil 4

Von Julian Sander, Notar in Mühldorf am Inn

2. Absicherung des Anlagenbetriebs durch einzelne Wohnungseigentümer

Betreibt ein einzelner Wohnungseigentümer eine Anlage auf dem WEG-Grundstück, so kommen für die Absicherung des Anlagenbetriebs sowohl Vereinbarungen nach § 10 Abs. 1 Satz 2 WEG, insb. die Begründung entsprechender Sondernutzungsrechte, als auch die Bestellung einer Dienstbarkeit in Betracht. Eine Grunddienstbarkeit kann zugunsten eines Wohnungs- oder Teileigentums bestellt werden,¹ und zwar auch in der Weise, dass das gesamte in Wohnungs- und Teileigentum aufgeteilte Grundstück zugunsten einer hieran bestehenden Wohnungs- oder Teileigentumseinheit belastet wird.² Eine solche Belastung des in Wohnungs- und Teileigentum aufgeteilten Grundstücks als Ganzes ist immer dann nötig, wenn das zur gemeinschaftlichen Nutzung bestimmte Gemeinschaftseigentum betroffen ist. Ein einzelner Wohnungseigentümer darf sein Wohnungseigentum nämlich nicht in einer Weise belasten, dass hieraus die Befugnis zur Nutzung des Gemeinschaftseigentums folgt.³ Die Betroffenheit des gemeinschaftlichen Eigentums ist beim Anlagenbetrieb durch einzelne Wohnungseigentümer regelmäßig gegeben, so dass hier in aller Regel die Bestellung einer Dienstbarkeit an dem in Wohnungs- und Teileigentum aufgeteilten Grundstück als Ganzes erforderlich ist, etwa beim Betrieb einer Photovoltaikanlage.⁴ Alternativ kann eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit zugunsten des die Anlage betreibenden Eigentümers bestellt werden. Praktisch relevant war dies bislang zumeist nicht, da § 1092 Abs. 3 BGB in seiner bis zum 16.10.2024 geltenden Fassung bei Anlagenbetriebs-

dienstbarkeiten i.d.R. nicht anwendbar war⁵ und deren Mitübertragung im Wege der Einzelrechtsnachfolge bei Veräußerung des Sondereigentums daher nur kautelarjuristisch mit einigem Aufwand ermöglicht werden konnte.⁶ Durch die mit Wirkung vom 17.10.2024 erfolgte Neufassung von § 1092 Abs. 3 Satz 1 BGB ergibt sich nun in bestimmten Fällen bereits kraft Gesetzes die Möglichkeit der Übertragung einer Anlagendienstbarkeit durch Einzelrechtsnachfolge. Von der Neuregelung sind nach § 1092 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BGB anders als bisher auch Dienstbarkeiten für Anlagen zur Nutzung erneuerbarer Energie erfasst, sofern die Eintragungsbewilligung nach dem 17.10.2024 notariell beurkundet oder öffentlich beglaubigt worden ist.⁷ Dies gilt allerdings nur, wenn der Berechtigte aus der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit eine juristische Person oder rechtsfähige Personengesellschaft

1 BGH, Urt. v. 19.05.1989 – V ZR 182/87, NJW 1989, 2391, 2392; OLG München, Beschl. v. 20.02.2017 – 34 Wx 433/16, FGPrax 2017, 114, 115; Grüneberg/Herrler § 1018 Rn. 3.

2 BGH, Beschl. v. 17.01.2019 – V ZB 81/18, DNotZ 2019, 680 Rn. 10 ff.; Grüneberg/Herrler § 1009 Rn. 1.

3 BGH, Beschl. v. 17.01.2019 – V ZB 81/18, DNotZ 2019, 680 Rn. 11.

4 Ein Formulierungsmuster findet sich in KölnerFB WEG/Wegener Kap. 3 Rn. 257.

5 Krauß Immobilienkaufverträge Rn. 5335; MüKoBGB/Mohr BGB § 1092 Rn. 15 f.

6 Näher zu den Gestaltungsmöglichkeiten mit Formulierungsmuster Krauß Immobilienkaufverträge Rn. 1878 ff.

7 Näher BeckOGK/Kazele BGB § 1092 Rn. 53 und Rn. 61.

ist, so dass die Neuregelung bei natürlichen Personen nicht zu einer Erleichterung führt.

Welche Gestaltung vorzugswürdig ist, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Aus praktischen Gründen, insb. zur Gewährleistung einer konsistenten und übersichtlichen Regelung gerade auch zur Kostentragung aber auch zur Vermeidung von Problemen bei der Beleihung einer Photovoltaikanlage wird zu einer verdinglichten Vereinbarung in der Gemeinschaftsordnung geraten.⁸ Allerdings stellt das mit einer solchen Vereinbarung verbundene Sondernutzungsrecht des die Anlage betreibenden Wohnungseigentümers anders als eine Dienstbarkeit kein dingliches Recht i.S.v. § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB dar.⁹ Droht dem Anlagenbetreiber infolge der Verbindung der Anlage mit dem in Wohnungs- und Teileigentum aufgeteilten Grundstück der Verlust des Eigentums an der Anlage gem. §§ 93, 94 BGB sowie § 5 Abs. 2 WEG, so gewährleistet daher nur die Bestellung einer Dienstbarkeit, dass die Anlage nicht Bestandteil des in Wohnungs- und Teileigentums aufgeteilten Grundstücks wird und der betreibende Wohnungseigentümer das Eigentum hieran behält. Möglich ist die Bestellung einer Grunddienstbarkeit allerdings nur, wenn die Anlage zumindest auch der Versorgung des berechtigten Wohnungs- oder Teileigentums dient, da sie diesem andernfalls keinen „Vorteil bietet“ i.S.d. § 1019 Satz 1 BGB.¹⁰ Dient die Anlage alleine der Lieferung der Energie an einen Dritten, etwa bei einer nur zur Einspeisung in das öffentliche Netz bestimmten Photovoltaikanlage, kann eine Grunddienstbarkeit daher nicht bestellt werden, so dass nur ein Sondernutzungsrecht oder eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit in Betracht kommt. Die zusätzliche Einspeisung nicht selbst verbrauchter Energie in das öffentliche Netz wie auch deren anderweitige Lieferung an einen Dritten steht der Bestellung einer Grunddienstbarkeit dagegen nicht entgegen, da ein neben dem Vorteil für das herrschende Grundstück zugleich bestehender persönlicher Vorteil für den Berechtigten unschädlich ist.¹¹

Muster: Sondernutzungsrecht zum Betrieb einer Luftwärmepumpe

Jede der sechs Wohnungen in der Wohnungseigentumsanlage wird über eine eigene, strombetriebene Luftwärmepumpe versorgt. Hierdurch erfolgt für jede Wohnung die Beheizung und Warmwasserbereitung getrennt; eine zentrale Heizungs- und/oder Warmwasserversorgungsanlage besteht nicht. Die Luftwärmepumpen befinden sich im Freien. Von jeder Luftwärmepumpe führen eigene Versorgungsleitungen in die zu versorgende Wohnung, so dass keine gemeinsam genutzten Leitungen bestehen. Jede Luftwärmepumpe verfügt über einen eigenen Stromzähler, so dass der verbrauchte Strom allein mit dem Wohnungseigentümer abgerechnet wird, dessen Wohnung die Luftwärmepumpe dient.

Der Eigentümer begründet hiermit Sondernutzungsrechte nach § 10 Abs. 1 Satz 2 WEG derart, dass die alleinige und ausschließliche Nutzung von gemeinschaftlichem Eigentum den Wohnungseigentümern wie folgt zusteht:

1. Dem jeweiligen Eigentümer der Einheit Nr. 1 an der im beigefügten SNR-Plan rot schraffiert eingezeichneten und mit L1 gekennzeichneten Grundstücksfläche zum Betrieb einer Luftwärmepumpe für die Einheit Nr. 1.

2. Dem jeweiligen Eigentümer der Einheit Nr. 2 an der im beigefügten SNR-Plan gelb schraffiert eingezeichneten und mit L2 gekennzeichneten Grundstücksfläche zum Betrieb einer Luftwärmepumpe für die Einheit Nr. 2.
3. Dem jeweiligen Eigentümer der Einheit Nr. 3 an der im beigefügten SNR-Plan grün schraffiert eingezeichneten und mit L3 gekennzeichneten Grundstücksfläche zum Betrieb einer Luftwärmepumpe für die Einheit Nr. 3.
4. Dem jeweiligen Eigentümer der Einheit Nr. 4 an der im beigefügten SNR-Plan blau schraffiert eingezeichneten und mit L4 gekennzeichneten Grundstücksfläche zum Betrieb einer Luftwärmepumpe für die Einheit Nr. 4.
5. Dem jeweiligen Eigentümer der Einheit Nr. 5 an der im beigefügten SNR-Plan rot schraffiert eingezeichneten und mit L5 gekennzeichneten Grundstücksfläche zum Betrieb einer Luftwärmepumpe für die Einheit Nr. 5.
6. Dem jeweiligen Eigentümer der Einheit Nr. 6 an der im beigefügten SNR-Plan gelb schraffiert eingezeichneten und mit L6 gekennzeichneten Grundstücksfläche zum Betrieb einer Luftwärmepumpe für die Einheit Nr. 6.

Auf den SNR-Plan wird verwiesen. Er wurde zur Durchsicht vorgelegt und genehmigt. Feststellungen des Notars sind mit den Einzeichnungen nicht verbunden.

Der jeweilige Sondernutzungsberechtigte ist berechtigt, auf den im SNR-Plan farbig schraffiert gekennzeichneten Grundstücksflächen eine Luftwärmepumpe zu errichten, zu unterhalten und dauernd dort zu belassen. Er darf zudem von dieser Luftwärmepumpe alle nötigen Leitungen und sonstigen technischen Einrichtungen unter Inanspruchnahme auch von fremdem Sonder- oder Gemeinschaftseigentum zu seinem Wohnungseigentum wie auch einem im Grundstück belegenen Stromanschluss führen und die betreffenden Leitungen und sonstigen technischen Einrichtungen dauernd belassen. Soweit möglich, sind die Leitungen und technischen Einrichtungen unterirdisch zu führen.

Der jeweilige Sondernutzungsberechtigte ist befugt, auf dem in Wohnungseigentum aufgeteilten Grundstück alle Arbeiten zu verrichten oder verrichten zu lassen, die für Errichtung, Anschluss und Betrieb der Luftwärmepumpe samt zugehöriger Leitungen und sonstiger technischer Einrichtungen erforderlich sind, alle erforderlichen Reparatur-, Wartungs-, Instandhaltungs- und Unterhaltsmaßnahmen durchzuführen bzw. durch Dritte durchführen zu lassen und zu diesem Zwecke das betreffende Grundstück zu begehen und zu befahren bzw. durch Dritte begehen oder befahren zu lassen, wobei jeweils weitestmöglich der frühere Zustand auf Kosten des Sondernutzungsberechtigten wiederherzustellen ist.

⁸ Vgl. die entsprechenden Empfehlungen von KölnerFB WEG/Grotheer Kap. 2 Rn. 619 sowie *Krauß*/Immobilienkaufverträge Rn. 1876.

⁹ BeckOK-BGB/Hügel WEG § 10 Rn. 33; BeckOGK-BGB/Mössner § 95 Rn. 28.4. a.E.; *Schmid* ZWE 2015, 109.

¹⁰ Zu einer Photovoltaikanlagendienstbarkeit OLG Hamm, Beschl. v. 23.12.2014 – 15 W 256/14, BeckRS 2015, 3510 Rn. 9; ebenso BeckOGK/Kazele BGB § 1019 Rn. 21.3 und *Krauß*/Immobilienkaufverträge Rn. 1873.

¹¹ BeckOGK/Kazele BGB § 1019 Rn. 22.

Der jeweilige Sondernutzungsberechtigte hat sämtliche mit dem Betrieb wie auch einer etwaigen Reparatur und Ersetzung der Luftwärmepumpe verbundenen unmittelbaren und mittelbaren Kosten zu tragen, und zwar auch dann, wenn sie nach den gesetzlichen Bestimmungen von der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer zu tragen wären. Er haftet für alle Schäden, die infolge des Betriebs, der Reparatur und Ersetzung der Luftwärmepumpe am Gemeinschaftseigentum und/oder anderen Sondereigentumseinheiten entstehen.

Der jeweilige Sondernutzungsberechtigte hat die seinem Sondernutzungsrecht unterliegenden Flächen, Anlagen und sonstigen Bereiche ordnungsgemäß instand zu halten und instand zu setzen, die Verkehrssicherungspflicht zu tragen und jegliche hierfür anfallenden Kosten zu übernehmen.

Soweit die Luftwärmepumpen einschließlich aller damit verbundenen technischen Einrichtungen und/oder die von diesen in die zu versorgende Wohnung führenden Versorgungsleitungen nicht im Alleineigentum des Sondernutzungsberechtigten stehen sollten, insbesondere aufgrund der Verbindung der Luftwärmepumpe mit dem Grundstück oder der Zugehörigkeit der Leitungen zu den wesentlichen Bestandteilen des Gebäudes, erstreckt sich das Sondernutzungsrecht auch auf die Luftwärmepumpe samt aller damit verbundenen technischen Einrichtungen sowie die zugehörigen Versorgungsleitungen. Die vorstehend getroffenen Regelungen gelten insofern dann entsprechend, so dass den Sondernutzungsberechtigten insbesondere auch hierfür die Kosten des Betriebs und der Instandhaltung sowie Instandsetzung treffen.

Jeder Sondereigentümer hat die mit der Ausübung der vorstehend begründeten Sondernutzungsrechte und der Wahrnehmung der damit verbundenen Rechte und Pflichten verbundene Betretung und Benutzung der im Sondereigentum und im Gemeinschaftseigentum stehenden wie auch der einem Sondernutzungsrecht unterliegenden Bereiche sowie Einwirkungen hierauf zu dulden. Dies gilt insbesondere auch für den Zugang einschließlich der Betretung durch Dritte zum Zwecke der Vornahme von Wartungs-, Instandhaltungs- und Instandsetzungsmaßnahmen. Sofern nicht Gefahr im Verzug ist, muss dies sieben Tage vorher gegenüber dem betroffenen Sondereigentümer bzw. der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer angezeigt werden.

Muster: Sondernutzungsrecht zum Betrieb einer Klimaanlage

Der Eigentümer der im Dachgeschoss gelegenen Wohnung Nr. 5 soll das Recht erhalten, auf dem über seiner Wohnung gelegenen Dachbereich auf eigene Kosten eine Klimaanlage errichten und betreiben zu dürfen.

Der Eigentümer begründet hiermit ein Sondernutzungsrecht nach § 10 Abs. 1 Satz 2 WEG derart, dass dem jeweiligen Eigentümer der Wohnung Nr. 5 die alleinige und ausschließliche Nutzung von gemeinschaftlichem Eigentum wie folgt zusteht:

Der Eigentümer der Einheit Nr. 5 ist berechtigt, auf dem im beigelegten Lageplan (Anlage 1) gelb eingezeichneten Dachbereich auf eigene Kosten und Gefahr eine Klimaanlage samt erforderlicher Leitungen, Nebenanlagen und etwaiger weiterer erforderlicher Technik und Einrichtungen zu errichten und zu betreiben. Die Errichtung und der Betrieb dieser Anlagen auf dem Dachbereich ist ihm aber nur insoweit gestattet, als dies zwingend die Inanspruchnahme des Dachbereiches erfordert. Alle sonstigen Nebenanlagen, Technik und Einrichtungen muss der jeweilige Eigentümer der Wohnung Nr. 5 im Bereich seines Sondereigentums errichten und betreiben. Das Sondernutzungsrecht umfasst auch die Befugnis des jeweiligen Eigentümers der Wohnung Nr. 5, unter Inanspruchnahme und ggf. auch Veränderung von gemeinschaftlichem Eigentum einen Zugang vom Dachbereich in seine Wohnung herzustellen, um die Leitungen von der Klimaanlage in die Wohnung Nr. 5 zu verlegen. Eine Ausstiegsmöglichkeit von der Wohnung Nr. 5 auf den Dachbereich darf jedoch nicht geschaffen werden. Zudem darf der Sondernutzungsberechtigte im räumlichen Bereich der Wohnung Nr. 5 belegenes Gemeinschaftseigentum, etwa tragende Wände, nutzen und ggf. auch verändern, um die für den Betrieb der Klimaanlage im Bereich seines Sondereigentums erforderlichen Leitungen, Anlagen und Einrichtungen zu installieren und zu betreiben. Durch die Errichtung und den Betrieb der Klimaanlage dürfen keine zur Versorgung der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer dienenden und auf dem betreffenden Dachbereich befindliche Anlagen und Einrichtungen beeinträchtigt werden.

Der Sondernutzungsberechtigte hat sämtliche mit der Errichtung und dem Betrieb wie auch einer etwaigen Reparatur und Ersetzung der Klimaanlage einschließlich der zugehörigen Einrichtungen und Anlagen verbundenen unmittelbaren und mittelbaren Kosten zu tragen, und zwar auch dann, wenn sie nach den gesetzlichen Bestimmungen von der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer zu tragen wären. Er haftet für alle Schäden, die infolge der Errichtung, des Betriebs, der Reparatur und Ersetzung der Klimaanlage einschließlich der zugehörigen Einrichtungen und Anlagen am Gemeinschaftseigentum und/oder anderen Sondereigentumseinheiten entstehen.

Gesetzliche und behördliche Vorgaben für Errichtung und Betrieb der Klimaanlage hat der Sondernutzungsberechtigte zu wahren und erforderliche Genehmigungen selbst auf eigene Kosten zu beschaffen. Die für Errichtung und Betrieb der Klimaanlage erforderlichen baulichen Maßnahmen hat er fachgerecht und unter Einhaltung der einschlägigen DIN-Vorschriften sowie den anerkannten Regeln der Baukunst vorzunehmen oder vornehmen zu lassen. Ein entsprechender Nachweis ist dem Verwalter, ersatzweise den übrigen Sondereigentümern unverzüglich nach Abschluss der Baumaßnahmen vorzulegen.

Der Sondernutzungsberechtigte hat die seinem Sondernutzungsrecht unterliegenden Flächen, Anlagen und sonstigen Bereiche ordnungsgemäß instand zu halten und instand zu setzen, die Verkehrssicherungspflicht zu tragen und jegliche hierfür anfallende Kosten zu übernehmen. Dies umfasst auch die Kosten für etwaige Veränderungen der Dachhaut sowie für am Dach auftretende Schäden, die auf die Errichtung und den Betrieb der Klimaanlage zurückzuführen sind.

Der Sondernutzungsberechtigte ist befugt, auf dem in Wohnungseigentum aufgeteilten Grundstück alle Arbeiten zu verrichten oder verrichten zu lassen, die für Errichtung, Anschluss und Betrieb der Klimaanlage erforderlich sind, alle erforderlichen Reparatur-, Wartungs-, Instandhaltungs- und Unterhaltsmaßnahmen durchzuführen bzw. durch Dritte durchführen zu lassen und zu diesem Zwecke das betreffende Grundstück zu begehen und zu befahren bzw. durch Dritte begehen oder befahren zu lassen, wobei jeweils weitestmöglich der frühere Zustand auf Kosten des Sondernutzungsberechtigten wiederherzustellen ist.

Jeder Sondereigentümer hat die mit der Ausübung der vorstehend begründeten Sondernutzungsrechte und der Wahrnehmung der damit verbundenen Rechte und Pflichten verbundene Betretung und Benutzung der im Sondereigentum und im Gemeinschaftseigentum stehenden wie auch der einem Sondernutzungsrecht unterliegenden Bereiche sowie Einwirkungen hierauf zu dulden. Dies gilt insbesondere auch für den Zugang einschließlich der Betretung durch Dritte zum Zwecke der Vornahme von Wartungs-, Instandhaltungs- und Instandsetzungsmaßnahmen. Sofern nicht Gefahr im Verzug ist, muss dies sieben Tage vorher gegenüber dem betroffenen Sondereigentümer bzw. der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer angezeigt werden.

Auf den als Anlage 1 beigefügten Lageplan wird verwiesen. Er wurde zur Durchsicht vorgelegt und genehmigt.

3. Anlagenbetrieb durch die Gesamtheit der Wohnungseigentümer

Wird eine Anlage auf dem in Wohnungs- und Teileigentum aufgeteilten Grundstück von allen Wohnungseigentümern betrieben, so wird dies regelmäßig durch die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer als nach § 9a Abs. 1 Satz 1 WEG rechtsfähigem Verband erfolgen. Den Betrieb durch eine daneben bestehende, aus den Wohnungseigentümern zusammengesetzte gesonderte Gesellschaft wird man grds. nur dann annehmen können, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Gründung eines separaten und neben der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer bestehenden weiteren Verbands gewünscht ist. Betreibt die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer die Anlage, so kann die Anlage entweder gemeinschaftliches Eigentum i.S.d. § 1 Abs. 5 WEG sein, das den Wohnungseigentümern in Bruchteilsgemeinschaft zugeordnet ist, oder der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer gehören, so dass zum Gemeinschaftsvermögen gem. § 9a Abs. 3 WEG gehört.¹² Unterschiede ergeben sich hieraus v.a. im Fall der Veräußerung. Da das Gemeinschaftseigentum i.S.v. § 1 Abs. 5 WEG vermögensrechtlich den Sondereigentümern zugeordnet ist, kann hierüber nur die Gesamtheit der Wohnungseigentümer verfügen.¹³ Bei einer Verfügung über Gemeinschaftsvermögen nach § 9a Abs. 3 WEG handelt hingegen i.d.R. der Verwalter in Vertretung für die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer. Über eine solche Verfügung können die Wohnungseigentümer durch Mehrheitsbeschluss entscheiden.¹⁴ Bezüglich der Verwaltung und damit insb. des Anlagenbetriebes wirkt sich die Frage, ob die Anlage im gemeinschaftlichen Eigentum i.S.v. § 1 Abs. 5 WEG steht oder zum Gemeinschaftsvermögen nach § 9a Abs. 3 WEG gehört, hingegen kaum aus. Denn die Zuständigkeit des WEG-Ver-

bands erstreckt sich nicht nur auf die Verwaltung des Gemeinschaftsvermögens nach § 9a Abs. 3 WEG, sondern gem. § 18 Abs. 1 WEG auch auf die Verwaltung des den Wohnungseigentümern in Bruchteilsgemeinschaft zustehenden Gemeinschaftseigentums.¹⁵ Regelungen zum Anlagenbetrieb können die Wohnungseigentümer daher ungeachtet davon treffen, ob die Anlage zum gemeinschaftlichen Eigentum i.S.v. § 1 Abs. 5 WEG oder zum Gemeinschaftsvermögen nach § 9a Abs. 3 WEG gehört.

Den Wohnungseigentümern steht es frei, die Anlage nicht durch die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer betreiben zu lassen, sondern hierzu eine gesonderte Betreibergesellschaft zu gründen, etwa in der Rechtsform einer GbR. Zwingend ist dies dann, wenn die Anlage neben den Wohnungseigentümern dauerhaft noch von weiteren Personen betrieben werden soll, da diese nicht Mitglied der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer sind und auch nicht werden können, z.B. wenn der Bauträger eine von ihm auf der Wohnungseigentumsanlage errichtete Photovoltaikanlage gemeinsam mit den Wohnungseigentümern betreiben möchte. Eine gesonderte und neben der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer bestehende Betreibergesellschaft erhöht die rechtliche Komplexität allerdings ganz erheblich.¹⁶ Zudem haftet bei einer als GbR verfassten Betreibergesellschaft jeder Gesellschafter unbeschränkt persönlich, während nach § 9a Abs. 4 WEG nur eine anteilige persönliche Haftung der Wohnungseigentümer besteht.¹⁷

Der damit vorzugswürdige Anlagenbetrieb durch die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer war bislang zumeist nur im Zuge der Neugründung einer Wohnungseigentümergeinschaft umsetzbar.¹⁸ Durch das WEMoG und die Neufassung der §§ 20, 21 WEG lässt sich nun allerdings auch bei bereits bestehenden Wohnungseigentümergeinschaften leichter eine Neugestaltung des Versorgungskonzepts erreichen. Unter steuerlichen Gesichtspunkten kann der Anlagenbetrieb durch die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer indes mit Nachteilen verbunden sein. Der Betrieb einer Photovoltaikanlage wie auch eines Blockheizkraftwerks führt regelmäßig zur Erzielung gewerblicher Einkünfte.¹⁹ Wird die Anlage durch die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer betrieben, so sind die zugehörigen Wohnungseigentümer nach bisheriger Rspr. des BFH als gewerbliche Mitunternehmerschaft i.S.d.

12 Näher zur Trennung von gemeinschaftlichem Eigentum und Gemeinschaftsvermögen BeckOGK-WEG/Falkner § 9a Rn. 263 ff.; Hügel/Elzer § 9a Rn. 138; bei Photovoltaikanlagen für eine grds. Zuordnung zum Gemeinschaftsvermögen nach § 9a Abs. 3 WEG Krauß Immobilienkaufverträge Rn. 1876.

13 OLG München, Beschl. v. 22.01.2010 – 34 Wx 125/09, FGPrax 2010, 121 f.; BeckOGK-WEG/Falkner § 9a Rn. 265; Hügel/Elzer § 9a Rn. 138.

14 Vgl. BGH, Urt. v. 18.03.2016 – V ZR 75/15, NJW 2016, 2177 Rn. 19 ff.; BeckOGK-WEG/Falkner § 9a Rn. 265; Hügel/Elzer § 9a Rn. 138.

15 Näher Hügel/Elzer § 18 Rn. 6 ff.; MünchKommBGB/Rüscher § 18 WEG Rn. 3 ff.

16 Vgl. hierzu BeckOGK-WEG/Falkner § 13 Rn. 47; Ott ZWE 2021, 348, 349 f.; MünchKommBGB/Scheller § 13 WEG Rn. 24.

17 BeckOGK-WEG/Falkner § 13 Rn. 47; Schmid GuT 2011, 485, 488.

18 Vgl. Wilhelmy NZM 2014, 569, 570.

19 Zum Betrieb einer Photovoltaikanlage Krauß Immobilienkaufverträge Rn. 6761 und Wilhelmy NZM 2014, 569, 571; zum Betrieb eines Blockheizkraftwerks BFH, Urt. v. 20.09.2018 – IV R 6/16, NJW 2019, 387 Rn. 19 ff. und Krauß Immobilienkaufverträge Rn. 6789.

§ 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG anzusehen.²⁰ Folge hiervon ist, dass auch die Abfärberegelung nach § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG gilt, so dass sämtliche Einkünfte der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer als gewerblich anzusehen sind, sofern die Einkünfte aus dem Betrieb der Photovoltaikanlage im Verhältnis zu den übrigen Einnahmen, etwa Einkünfte aus der Vermietung von Gemeinschaftsbereichen, nicht nur von untergeordneter Bedeutung sind.²¹

Problematisch erscheinen die Folgen der Abfärberegelung gem. § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG insb. bei einer Gesamtvermietung der Wohnungseigentumsanlage durch die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer, etwa zum Betrieb einer Seniorenanlage. In diesem Falle erzielt die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung gem. § 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 2 EStG, die den Wohnungseigentümern anteilig zugerechnet werden²² und deren Umqualifizierung in gewerbliche Einkünfte droht. Zwar werden die Einkünfte aus dem Anlagenbetrieb im Verhältnis zu den Einnahmen aus Vermietung und Verpachtung hier häufig von untergeordneter Bedeutung sein. Eine Abfärbung ist nach der Rspr. des BFH infolge einer verfassungsrechtlich gebotenen Bagatelgrenze aber nur dann ausgeschlossen, wenn die originär gewerblichen Nettoumsatzerlöse nicht höher als 3 % des Gesamtnettoumsatzes (relative Grenze) und nicht höher als 24.500,- € (absolute Grenze) sind,²³ so dass allein die untergeordnete Bedeutung der gewerblichen Einkünfte eine Abfärbung nicht ausschließt. Eine Erleichterung beim Betrieb einer Photovoltaikanlage bringt der mit Wirkung zum 01.01.2022 eingefügte und zum 01.01.2025 teilweise neu gefasste § 3 Nr. 72 EStG, der in Satz 1 für kleinere Photovoltaikanlagen eine rechtsformneutrale Steuerbefreiung vorsieht. Nach § 3 Nr. 72 Satz 3 EStG ist dann auch § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG nicht anwendbar, so dass keine gewerbliche Infizierung anderer Einkünfte droht.²⁴

Soll eine gewerbliche Infizierung außerhalb des Anwendungsbereichs des § 3 Nr. 72 EStG vermieden werden, kommt insbesondere bei Photovoltaikanlagen deren Betrieb durch eine gesonderte, aus den Wohnungseigentümern gebildete Betriebsgesellschaft in Betracht, der hierfür die zum Anlagenbetrieb erforderliche Dachfläche zur Verfügung gestellt wird. Für die vergleichbare Konstellation der entgeltlichen Überlassung der Dachfläche durch eine vermögensverwaltende Personengesellschaft an eine die Photovoltaikanlage betreibende Schwester-gesellschaft nimmt die Finanzverwaltung allerdings eine Betriebsaufspaltung an.²⁵ Diese Ansicht wurde bereits von einem Finanzgericht geteilt²⁶ und wird ebenfalls in der Literatur vertreten,²⁷ allerdings teilweise auch mit beachtlichen Gründen abgelehnt.²⁸ Soll eine mit gewerblichen Einkünften verbundene Anlage durch die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer oder eine aus den Wohnungseigentümern gebildete gesonderte Betriebsgesellschaft betrieben werden, ist es daher ratsam, die damit verbundenen steuerlichen Fragen sorgfältig zu prüfen.

Muster: Regelung im Bauträgervertrag zum Eintritt in eine aus den Wohnungseigentümern bestehende Betriebsgesellschaft für eine auf dem WEG-Grundstück betriebene Photovoltaikanlage

Auf dem Dach des Wohngebäudes, in dem sich das vertragsgegenständliche Wohnungseigentum und die übrigen 19 zu der Wohnungseigentumsanlage gehörenden Woh-

nungseigentumseinheiten befinden, wird durch den Verkäufer eine Photovoltaikanlage errichtet, die von einer gesonderten Betriebsgesellschaft in Form einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts – nachfolgend »GbR« – betrieben wird. Zu dieser GbR sollen stets die Eigentümer der 20 zu der Wohnungseigentumsanlage gehörenden Sondereigentumseinheiten gehören. Der Gesellschaftsvertrag der GbR ist der Bezugsurkunde als Anlage [...] beigelegt. Sein Inhalt ist dem Erwerber bekannt.

Mit dem Wohnungseigentum ist ein Anteil an der GbR i.H.v. 1/20 mitveräußert. Bei mehreren Erwerbern erfolgt der Erwerb im Erwerbsverhältnis für das Wohnungseigentum, hilfsweise zu unter sich gleichen Teilen. Der Verkäufer tritt hiermit mit Wirkung auf den Zeitpunkt vollständiger Zahlung des geschuldeten Kaufpreises diesen 1/20-Anteil an den Erwerber ab, der die Abtretung annimmt. Eine Zustimmung der anderen Gesellschafter ist gem. § [...] des Gesellschaftsvertrages für diese Übertragung nicht erforderlich. Die Abtretung ist zugleich auflösend bedingt für den Fall der Unwirksamkeit dieses Kaufvertrages oder eines Rücktritts von diesem Kaufvertrag. Nutzungen und Lasten des übertragenen Anteils gehen ab vollständiger Zahlung des geschuldeten Kaufpreises auf den Erwerber über.

Der Verkäufer ist verpflichtet, dem Erwerber den Gesellschaftsanteil lastenfrei zu verschaffen und versichert, dass der Anteil nicht anderweitig veräußert, verpfändet, gepfändet oder mit Rechten Dritter belastet ist und der Gesellschaftsvertrag unverändert in der Form besteht, wie er in Anlage [...] der Bezugsurkunde niedergelegt ist.

20 Allgemein hierzu BeckOGK-WEG/*Falkner* § 9a Rn. 84; zu einem Blockheizkraftwerk BFH, Urt. v. 20.09.2018 – IV R 6/16, NJW 2019, 387 Rn. 22 ff. und *Krauß* Immobilienkaufverträge Rn. 6789; zu einer Photovoltaikanlage *Krauß* Immobilienkaufverträge Rn. 6487 und *Wilhelmy* NZM 2014, 569, 571.

21 *Krauß* Immobilienkaufverträge Rn. 6487; *Wilhelmy* NZM 2014, 569, 571; vgl. zum Betrieb eines Blockheizkraftwerks durch eine Wohnungseigentümergeinschaft BFH, Urt. v. 20.09.2018 – IV R 6/16, NJW 2019, 387 Rn. 29; zur Gefahr des Verlusts der erweiterten Gewerbesteuerkürzung beim Betrieb einer Photovoltaikanlage oder eines Blockheizkraftwerks *Krauß* Immobilienkaufverträge Rn. 6796.

22 Vgl. zu Einkünften der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer aus der Vermietung im Gemeinschaftseigentum stehender Flächen BeckOGK-WEG/*Falkner* § 9a Rn. 86; bei einer Gesamtvermietung durch die Wohnungseigentümergeinschaft, die auch das Sondereigentum umfasst, gilt nach Ansicht der Finanzrechtsprechung nichts Anderes, s. FG Köln, Urt. v. 22.01.2020 – 3 K 1065/16, ZWE 2020, 353 Rn. 45, 55 ff.

23 BFH, Urt. v. 27.08.2014 – VIII R 6/12, NJW 2015, 1133 Rn. 51 ff.; bestätigt durch BFH, Urt. v. 03.11.2015 – VIII R 62/13, NZG 2016, 600 Rn. 18; Schmidt/*Wacker* EStG § 15 Rn. 188; vgl. zur absoluten Freigrenze auch *Krauß* Immobilienkaufverträge Rn. 6487.

24 Näher zu dieser Steuerbefreiung *Middendorff/Dotzki* DStR 2024, 1329, 1330 ff.; *Krauß* Immobilienkaufverträge Rn. 6773 ff.

25 Vgl. OFD Nordrhein-Westfalen v. 09.09.2013 – G 1425-2013/0015, DStR 2014, 427, 428; Landesamt für Steuern Niedersachsen v. 17.10.2023 – S 2240-St 222/St 221-2473/2022, BeckVerw 629248.

26 FG Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 08.03.2018 – 3 V 496/17, BeckRS 2018, 40538 Rn. 28 ff.

27 *Wilhelmy* NZM 2014, 569, 571.

28 Siehe *Middendorff/Dotzki* DStR 2024, 1329, 1333 f.; ablehnend wohl auch *Krauß* Immobilienkaufverträge Rn. 6487, der zur Vermeidung der gewerblichen Infizierung der WEG-Gemeinschaft zur Gründung einer personenidentischen »Schwester-GbR« rät, die Frage einer dann eintretenden Betriebsaufspaltung aber nicht erörtert.

Hinsichtlich der Errichtung und Installation der Photovoltaikanlage gelten die in dieser Urkunde für das Wohnungseigentum vereinbarte Herstellungspflicht wie auch die diesbezügliche Regelung zur Sachmängelgewährleistung entsprechend. Die näheren und vom Veräußerer hierbei zu beachtenden Vorgaben für die Errichtung und Installation der Photovoltaikanlage ergeben sich aus der Anlage [...] der Bezugsurkunde. Die Photovoltaikanlage muss bis zu dem Zeitpunkt vollständig errichtet und installiert sein, zu dem der Veräußerer die vollständige Fertigstellung des Wohnungseigentums schuldet. Rückabwicklungen wegen der Photovoltaikanlage bzw. dem GbR-Anteil an der Betriebsgesellschaft lassen den Kaufvertrag über das Wohnungseigentum unberührt.

Der Erwerber verpflichtet sich gegenüber dem Veräußerer und im Wege eines Vertrages zugunsten Dritter auch gegenüber den übrigen (werdenden) Wohnungseigentümern

einschließlich künftiger Wohnungseigentümer bei einer Weiterveräußerung des Wohnungseigentums für eine Mitübertragung des GbR-Anteils zu sorgen, so dass das vertragsgegenständliche Wohnungseigentum und der mit dieser Urkunde erworbene GbR-Anteil stets in einer Hand sind. Der Erwerber hat diese Pflichten an etwaige Rechtsnachfolger weiterzugeben und auch diese ihrerseits zu einer entsprechenden Bindung ihrer Rechtsnachfolger zu verpflichten.

Dem Erwerber ist bekannt, dass die Übertragung des GbR-Anteils nach § [...] des Gesellschaftsvertrages zustimmungsfrei nur an Erwerber des heute von ihm erworbenen Wohnungseigentums möglich ist und nach § [...] des Gesellschaftsvertrages ein Ausschluss eines Gesellschafters in Betracht kommt, wenn dieser nicht zugleich Mitglied der Wohnungseigentümergeinschaft ist und einen entsprechenden Gleichlauf trotz schriftlicher Aufforderung auch nicht herbeiführt.

Erbrecht

Zur Beleihungsverpflichtung und -vollmacht beim Vorbehaltsnießbrauch – zugleich Anmerkung zum Beschl. des OLG Frankfurt am Main v. 01.04.2025 – 20 W 73/24 und 74/24

Von Dr. Martin Fach, Rechtsanwalt und Notar in Dieburg

A) Einleitung

Der Vorbehaltsnießbrauch ist in der notariellen Übergabep Praxis ein gängiges Gestaltungsinstrument, um Grundbesitz in die nächste Generation weiterzureichen und eine Erbschaftssteuerbelastung zu reduzieren. Aus ertragssteuerlichen Gründen wird dabei regelmäßig die gesetzliche Pflicht zur Tragung der gewöhnlichen Unterhaltungskosten und Lasten (§§ 1041 Satz 2, 1047 BGB) dergestalt erweitert, dass dem Nießbraucher auch die außergewöhnlichen Lasten und Kosten auferlegt werden, um eine steuerliche Abzugsfähigkeit im Rahmen der Vermietung zu gewährleisten.¹

Eine Problematik kann in dieser Konstellation jedoch dadurch entstehen, dass der Nießbraucher den Grundbesitz zur Finanzierung der ihm obliegenden Kosten- und Lastentragungspflichten ohne Mitwirkung des Eigentümers nicht belasten kann. In einer intakten Familienkonstellation wird eine Grundpfandrechtsbestellung in diesem Fall regelmäßig im Einvernehmen der Beteiligten erfolgen können. Sofern es aber nach der Übergabe zu Konflikten in der Familie kommt, ist dies nicht mehr gewähr-

leistet bzw. besteht ein erhebliches Druckpotential zulasten des Nießbrauchers.

Oftmals besteht daher der Wunsch von Eltern, sich in den Bedingungen des Übergabevertrags einseitig das Recht vorzubehalten, zu einem späteren Zeitpunkt ohne Mitwirkung des Eigentümers den übergebenen Grundbesitz beleihen zu können, insbesondere wenn keine bereits eingetragenen Grundpfandrechte existieren.² Denkbar wäre etwa die Bestellung einer Eigentümergrundsuld durch die Eltern vor der Übergabe, was jedoch in der Praxis nicht nur aufgrund eines hohen zusätzlichen Regelungsbedarfs wenig flexibel erscheint, sondern auch die Gefahr einer jederzeitigen Pfändbarkeit der Eigentümergrundsuld durch Gläubiger birgt.³ Auch rein schuldrechtliche Beleihungsverpflichtungen stellen keine adäquate Lösung dar, da hier eine dingliche Sicherung fehlt.

1 Vgl. BeckNotar-HdB/Herrler, 8. Aufl. 2024, § 5 Rn. 313.

2 Vgl. Schippers MittRhNotK 1996, 197, 205 f.

3 Hierzu Schippers MittRhNotK 1996, 197, 206.

B) Der Sachverhalt der Entscheidung des OLG Frankfurt

Der beurkundende Notar hatte daher in dem der Entscheidung des OLG Frankfurt zugrunde liegenden Sachverhalt einen Gestaltungsvorschlag von Krauß⁴ aufgegriffen. Demnach wird eine schuldrechtliche Verpflichtung des Grundstückseigentümers begründet, auf höchstpersönliches Verlangen des Nießbrauchers (mehrere) Grundschulden bis zu einer vereinbarten Gesamthöhe samt Nebenleistungen auf dem Übergabeobjekt zu bestellen. Zur dinglichen Absicherung dieser Verpflichtung wird eine Vormerkung eingetragen, welche rechtstechnisch den Anspruch des Nießbrauchers als Versprechensempfänger gem. § 335 BGB gegen den Eigentümer als Schuldner auf Bewilligung einer Grundschuld zugunsten eines durch den Nießbraucher zu bestimmenden Gläubigers als Dritten sichert. Flankierend wird eine nur aus wichtigem Grund widerrufbare Belastungsvollmacht zugunsten des Nießbrauchers erteilt, so dass dieser ohne Mitwirkung des Eigentümers die Eintragung der Grundschulden veranlassen kann. Zum Schutz des Eigentümers wiederum werden im Innenverhältnis schuldrechtliche Bindungen des Nießbrauchers vereinbart, wonach die Grundschulden nur für objekt- bzw. nießbrauchbezogene Aufwendungen dienen dürfen und der Darlehensvertrag gewissen Vorgaben genügt.

Der Eintragungsantrag für eine Vormerkung zur Sicherung dieses Anspruchs wurde vom Grundbuchamt mit Verweis auf angebliche Eintragungshindernisse zurückgewiesen. Es wurde eine mangelnde Bestimmtheit des zu sichernden Anspruchs wegen unklarer Anzahl und Bedingungen der Grundschulden gerügt. Weiterhin wurde moniert, dass der Grundschuldgläubiger konkret bezeichnet werden müsse. Schließlich müsse nach Auffassung des Grundbuchamts von vornherein feststehen, ob die Grundschuld nach § 800 ZPO vollstreckbar ist.

C) Die Entscheidung des OLG Frankfurt

Das OLG Frankfurt am Main hat der hiergegen erhobenen Beschwerde des Notars stattgegeben und die Bedenken des Grundbuchamts unter dogmatischer Herleitung vollumfänglich zurückgewiesen:

- a) Der Senat geht zunächst auf die vom Grundbuchamt im Verfahren geäußerte Auffassung ein, dass die Befugnis zur Bestellung mehrerer Grundschulden auch mehrere Ansprüche voraussetze. Er führt dazu aus, dass die bewilligte Vormerkung gerade nicht der Sicherung einer unbestimmten Anzahl von Rechten bzw. Ansprüchen diene. Nach h.M. könne zwar eine Vormerkung immer nur einen einzelnen Anspruch sichern.⁵ Maßgeblich hierfür sei jedoch der materiell-rechtliche, auf einem einheitlichen Lebensvorgang beruhende Anspruch. Sofern aufgrund eines Vertrags mehrere Gegenstände aufgrund eines solchen einheitlichen Sachverhalts geschuldet werden, sei von einem einheitlichen Anspruch auszugehen, welcher durch eine einzige Vormerkung gesichert werden könne, selbst wenn er auf die Bestellung mehrerer gleichartiger Rechte gerichtet sei. Der Senat verweist hier exemplarisch auf BGH-Entscheidungen zur Erhöhung eines gleitenden Erbbauzinses als Reallast⁶ sowie die Bestellung von beschränkt persönlichen Dienstbarkeiten an Sukzessivberechtigte.⁷

- b) Auch der Einwand einer mangelnden Bestimmtheit der zu bestellenden Grundschulden wird vom Senat zurückgewiesen. Das Grundbuchamt verkenne, dass es vorliegend nicht um die Bestimmtheit der Grundschulden gehe, sondern um die Bestimmtheit der Vormerkung bzw. des gesicherten Anspruchs. Der Versprechensempfänger als Anspruchsinhaber sei grundbuchrechtlich ausreichend bezeichnet, der Drittbegünstigte hingegen müsse nicht feststehen, so dass auch die Forderung auf Leistung an noch zu bestimmende Dritte vormerkbar sei. Dies entspricht der BGH-Rechtsprechung zur Vormerkungsfähigkeit eines Rechts, wenn der Begünstigte des gesicherten Anspruchs noch nicht konkret benannt ist, der gesicherte Anspruch hinreichend bestimmt oder bestimmbar ist.⁸ Gegenstand der Vormerkungssicherung ist somit im Ergebnis der Anspruch des Nießbrauchers (Versprechensempfänger gem. § 335 BGB) gegen den Schuldner (Eigentümer) auf Bewilligung eines bestimmten Grundpfandrechts zugunsten des durch den Nießbraucher zu bestimmenden Dritten (z.B. Kreditinstitut).⁹
- c) Auch Anzahl und Höhe der zu bestellenden Grundschulden müsse nach Auffassung des Senats nicht festgelegt werden, ausreichend im Sinne einer ausreichenden Bestimmbarkeit sei die Festlegung eines Belastungshöchstbetrags.¹⁰ Klargestellt wird jedoch, dass die Art des Grundpfandrechts (hier: Grundschuld) angegeben werden müsse.¹¹
- d) Auch die fakultative Befugnis zur Bestellung von vollstreckbaren Grundschulden gem. § 800 ZPO ist nach Auffassung des Senats unproblematisch, dies schon deshalb, weil es sich um bloße Verfahrenshandlungen handele, die nicht zum Inhalt des Rechts gehörten und auch keine Zustimmungserfordernisse Dritter bestünden. Unabhängig davon ergibt sich die Zulässigkeit aus den bereits unter c) dargelegten allgemeinen Grundsätzen, da auch insoweit die Vormerkung lediglich den Anspruch des Versprechensempfängers sichert, nicht aber das konkrete Grundpfandrecht.

D) Fazit

Die Entscheidung des OLG Frankfurt am Main ist zu begrüßen und bringt eine richtungsweisende Klärung zur grundbuchlichen Absicherung der Finanzierungsspielräume eines Vorbehaltsnießbrauchers. Die Kombination aus schuldrechtlicher, vormerkungsgesicherter Beleihungsverpflichtung und unwiderruflicher Belastungsvollmacht stellt sich nunmehr als rechtssichere, praxistaugliche und obergerichtlich bestätigte Gestaltungsoption dar.

⁴ Krauß, Vermögensnachfolge in der Praxis, 7. Aufl. 2025, Rn. 1986 ff.

⁵ Vgl. auch BeckOGK/Assmann, 01.02.2025, BGB § 883 Rn. 75 m.w.N.

⁶ BGHZ 22, 220; ebenso OLG München MittBayNot 2011, 231.

⁷ BGHZ 28, 99; ebenso OLG Nürnberg RPflegler 2016, 472.

⁸ BGH NJW 1983, 1543, 1544.

⁹ Vgl. Schöner/Stöber GrundbuchR, 16. Aufl. 2020, Rn. 1494.

¹⁰ Unter Verweis auf OLG Nürnberg FGPrax 2012, 154.

¹¹ Dies berücksichtigt Krauß, in: seinem Formulierungsvorschlag (Fn. 3), vgl. hierzu auch schon OLG Frankfurt 2005, 735; ebenfalls OLG Hamm FGPrax 2010, 117.

Rechtsprechungsübersicht zur notariellen Fachprüfung

von Carsten Wolke, Vors. Richter am Landgericht, Berlin und seit dem 01.07.2016 Leiter des Prüfungsamtes für die notarielle Fachprüfung bei der Bundesnotarkammer.

A. Einleitung

Mit dem Gesetz zur Änderung der Bundesnotarordnung (Neuregelung des Zugangs zum Anwaltsnotariat) vom 02.04.2009¹ wurde das Bestehen der notariellen Fachprüfung als Regel-Voraussetzung für die Bestellung zum Anwaltsnotar (§ 5b Abs. 1 Nr. 3 BNotO) eingeführt. Darüber hinaus wurden durch das Gesetz das Prüfungsamt für die notarielle Fachprüfung errichtet und weitere Regelungen zum Verfahren getroffen. Dabei stellt die bereits 1991 eingeführte² Regelung des § 64a BNotO klar, dass für das Verfahren der notariellen Fachprüfung grundsätzlich die allgemeinen Vorschriften für das Verwaltungsverfahren gelten, soweit nicht anderes bestimmt ist; speziellere Vorschriften finden sich dann u.a. in §§ 7a ff. BNotO. Soweit es die notarielle Fachprüfung betrifft, führt die Regelung in § 64a BNotO zu dem Ergebnis, dass das Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes (VwVfG) anzuwenden ist, soweit nicht es keine spezielleren Regelungen in der BNotO oder der NotFV gibt.

Der Gesetzgeber hat sich mit § 111b BNotO ferner dafür entschieden, das gerichtliche Verfahren in verwaltungsrechtlichen Notarsachen im Wesentlichen entsprechend den Vorgaben für das verwaltungsgerichtliche Verfahren zu regeln. Mit dieser Ausrichtung am Verwaltungsprozessrecht sind in der Regel die Vorschriften der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) entsprechend anwendbar, soweit nichts Abweichendes in §§ 111b ff. BNotO geregelt ist. Zudem eröffnet § 111 Abs. 1 BNotO in verwaltungsrechtlichen Notarsachen den Rechtsweg zur ordentlichen Gerichtsbarkeit und stellt damit eine abdrängende Sonderzuweisung i.S.d. § 40 Abs. 1 Halbs. 2 VwGO dar. Es wird die (sachliche) Zuständigkeit der Oberlandesgerichte begründet. Da Klagen gegen Prüfungsentscheidungen und sonstige Maßnahmen des Prüfungsamtes für die notarielle Fachprüfung nach § 111c Abs. 1 Satz 2 BNotO gegen die Leitung des Prüfungsamtes zu richten sind, ist insofern nach § 111a Satz 1 BNotO die Zuständigkeit des Kammergerichts im ersten Rechtszug gegeben, denn das Prüfungsamt erlässt Verwaltungsakte oder andere hoheitliche Maßnahmen am Sitz in Berlin. Rechtsmittelgericht ist der Bundesgerichtshof.

Damit können die gerichtlichen Entscheidungen der Verwaltungsgerichte zum Verwaltungsverfahren und zum Verwaltungsprozess grundsätzlich auch in Angelegenheiten der notariellen Fachprüfung entsprechend berücksichtigt werden.

Im Folgenden soll hier vor allem auf die seit 2011 ergangene Rechtsprechung hingewiesen werden, die sich ausdrücklich mit der notariellen Fachprüfung beschäftigt.

B. Verwaltungsrat

Mit dem oben genannten Gesetz zur Änderung der Bundesnotarordnung (Neuregelung des Zugangs zum Anwaltsnotariat)

vom 02.04.2009³ ist bei dem Prüfungsamt für die notariellen Fachprüfung ein Verwaltungsrat eingerichtet worden (§ 7g Abs. 5 Satz 1 BNotO). Dieser nimmt u.a. Aufgaben der Aufsicht über die Leitung des Prüfungsamtes wahr.⁴ Der Verwaltungsrat besteht aus fünf Personen, die ein sogenanntes freies Mandat ausüben und keinen Weisungen der sie benennenden Institution oder entsprechenden Berichtspflichten unterworfen sind.⁵ Je ein Mitglied wird vom Bundesministerium der Justiz und von der Bundesnotarkammer ernannt, drei Mitglieder einvernehmlich von den Landesjustizverwaltungen, in deren Bereich Anwaltsnotare bestellt werden. Die Amtszeit der Mitglieder beträgt drei Jahre; im Falle eines Ausscheidens eines Mitglieds wird das neue Mitglied nur für die restliche Dauer der Amtszeit benannt (§ 2 Abs. 2 Satz 4 NotFV). Das Auswahlverfahren für die Mitglieder des Verwaltungsrats bestimmen die jeweiligen Institutionen selbst; besondere gesetzliche Vorgaben gibt es dafür nicht. Für die Justizverwaltungen benennen in der Regel die zuständigen Staatssekretäre die jeweiligen Mitglieder; die Bundesnotarkammer befasst mit der Benennung regelmäßig ihre Generalversammlung (§ 83 BNotO). Einer besonderen (prüfungsrechtlichen) Qualifikation bedarf es anders als bei der Leitung des Prüfungsamts (vgl. § 7g Abs. 3 Satz 2 BNotO: „Befähigung zum Richteramt“), den Prüfenden (vgl. § 7g Abs. 6 BNotO: „Richter oder Beamte mit der Befähigung zum Richteramt“, „Notare“ oder „Personen mit gleichwertiger Befähigung“) und bei der Aufgabenkommission (§ 7g Abs. 4 Satz 3 BNotO: Befähigung wie zuvor) bei den Verwaltungsratsmitgliedern nach § 7g Abs. 5 BNotO nicht.⁶

Prüflingen steht insoweit kein Recht zu, Einsicht in Akten des Benennungsverfahrens der Verwaltungsratsmitglieder zu nehmen.⁷ Begründet wird die Verneinung eines Akteneinsichtsrechts damit, dass Fehlern in der Besetzung des Verwaltungsrats keine rechtliche Relevanz für das Prüfungsverfahren der Prüflinge zukommt.⁸ Auch der Bundesgerichtshof⁹ weist darauf hin, dass bei weit im Vorfeld der eigentlichen Prüfung liegenden Maßnahmen ein Einfluss auf das Prüfungsergebnis ausgeschlossen ist, weshalb es insbesondere auf etwaige Fehler im Zusammenhang mit der Bestellung der Mitglieder des Verwaltungsrats in Prüfungsanfechtungsverfahren nicht ankommt.¹⁰ Deswegen besteht insofern auch kein Akteneinsichtsanspruch des Prüflings. Selbst wenn der Verwaltungsrat im Rahmen seiner Weisungsbefugnisse der Aufgabenkommission gegenüber – zulässigerweise¹¹ – die Verwendung einer

1 BGBI. I 2009, S. 696.

2 Vgl. dazu *Wilke/Kinkler*, in: Frenz/Miermeister-, BNotO, 6. Aufl., Rn. 1 ff.

3 BGBI. I 2009, S. 696.

4 BT-Drucks. 16/4972, S. 13.

5 BeckOK BNotO/*Teschner*, 11. Ed. 01.02.2025, BNotO § 7g Rn. 26, 27, BNotO § 7g Rn. 24.

6 Nds. OVG, Beschl. v. 19.12.2019 – 2 ME 634/19 –.

7 Nds. OVG, Beschl. v. 19.12.2019 – 2 ME 634/19 –.

8 Nds. OVG, Beschl. v. 19.12.2019 – 2 ME 634/19 –.

9 BGH DNotZ 2023, 476 mit Anm. *Wölke*.

10 Nds. OVG, Beschl. v. 19.12.2019 – 2 ME 634/19 –.

11 BeckOK BNotO/*Teschner*, 11. Ed. 01.02.2025, BNotO, § 7g Rn. 26.

bestimmten Prüfungsaufgabe vorschreiben sollte,¹² hätte dies für den einzelnen Prüfling keine Relevanz. Denn es stünde dem Prüfling frei, eine etwaige sachliche Nichteignung der Aufgaben im Prüfungsverfahren im Zusammenhang mit einem Vorgehen gegen den Prüfungsbescheid zu rügen, und zwar unabhängig davon, auf welcher Grundlage sie ihren Weg in das Prüfungsverfahren gefunden haben.¹³

C. Aufgabenkommission

Anders als bei juristischen Prüfungsämtern der Landesjustizverwaltungen in der Regel üblich, bei denen das Prüfungsamt selbst die Aufgaben der Prüfung bestimmt, ist dieser Tätigkeitsbereich bei der notariellen Fachprüfung durch § 7g Abs. 4 BNotO zum Teil einer gesonderten Aufgabenkommission übertragen, die sich ihrerseits externer Personen (sog. Aufgabenstellern) zur Vorbereitung bedienen kann. Im Rahmen der zu stellenden Prüfungsaufgaben soll kein abstrakt-theoretisches Wissen abgefragt werden, sondern ein den praktischen Anforderungen an das notarielle Amt entsprechendes Wissen. Anders als in den juristischen Staatsprüfungen mit den „klassischen“ Themen „Bürgerliches Recht“, „Strafrecht“ und „Öffentliches Recht“ gibt es bei der notariellen Fachprüfung für die Prüfungsaufgaben keine einzelnen Fachgebiete, wie z.B. Liegenschaftsrecht, Handels- und Gesellschaftsrecht oder Familien- und Erbrecht. Vielmehr gilt für jede Aufgabe, dass der gesamte Prüfungsstoff abgefragt werden kann.

Den Umfang des Prüfungsstoffs gibt § 5 NotFV vor. Die Aufgaben der schriftlichen Prüfung bestimmt die Aufgabenkommission. Deren Auswahl muss allerdings nicht näher begründet werden.¹⁴ Die Aufgaben für die mündlichen Prüfungen werden dagegen vom Prüfungsamt selbst bestimmt; die Aufgabenkommission erarbeitet aber auch hier Vorschläge geeigneter Aufgaben (§ 7g Abs. 4 Satz 2 BNotO; § 14 Abs. 3 Satz 3 NotFV).

Zum Prüfungsstoff gehören nach der Rechtsprechung ausdrücklich etwa der Entwurf eines Erbscheinsantrags.¹⁵ Auch ist immer auf den sichersten und gefahrlosesten Weg, die Beteiligteninteressen umzusetzen, zumindest hinzuweisen.¹⁶ Das begründungslose Abweichen von einer gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung darf gerügt werden.¹⁷

Soweit etwa in § 5 Abs. 1 Nr. 2 NotFV eine Beschränkung auf die „Grundzüge“ eines Rechtsgebiets (dort auf die Grundzüge des Umwandlungs- und Stiftungsrechts) vorgenommen wird, bedeutet dies, dass einerseits die allgemeinen Grundlagen dieses Sachgebiets, andererseits aber auch einzelne Fragenkreise im Überblick geprüft werden können, die nach dem Inhalt und der Häufigkeit, mit der sie sich stellen, von erheblicher Bedeutung sind; dabei muss sich diese erhebliche Bedeutung auf die notarielle Amtstätigkeit beziehen.¹⁸ Nicht erforderlich ist es dagegen, dass die geprüften Fragen sich oftmals stellen oder gar regelmäßig auftreten. Die notarielle Amtstätigkeit beschränkt sich nicht auf die Bewältigung von Standardsituationen. Dass sich solche Fragen hin und wieder stellen, muss für die Prüfungserheblichkeit genügen. Lediglich darf Einzelwissen in seltenen und atypischen Spezialfragen, die sich in der beruflichen Praxis kaum jemals stellen können, in der Prüfung nicht als präsent Wissen abgefragt werden. Nur Fragen, die nach den mit ihnen gestellten Anforderungen außerhalb dieses Rahmens liegen, sind unzulässig. Soweit sie sich hingegen im Grenzbereich bewegen und daher zulässig sind, lässt sich dies bei der Bewertung des Schwierigkeitsgrads der Prüfungsaufgabe berücksichtigen.¹⁹

Das Handelsrecht (§ 5 Abs. 1 Nr. 6 NotFV), das Recht der Personengesellschaften und Körperschaften (§ 5 Abs. 1 Nr. 2 NotFV) sowie das notarielle Kostenrecht (§ 5 Abs. 1 Nr. 5 NotFV) gehören insbesondere zum Prüfungsstoff. Deshalb darf etwa neben der Anmeldung eines einzelkaufmännischen Unternehmens und einer neu errichteten GmbH & Co. KG zum Handelsregister auch gefordert werden, einen Ausgliederungsvertrag zu entwerfen, durch den das gesamte Vermögen des einzelkaufmännischen Unternehmens ausgliedert und auf die GmbH & Co. KG übertragen wird. Dass sich eine solche Frage in der notariellen Praxis jedenfalls hin und wieder stellt, ist ausreichend, um es zum zulässigen Prüfungsstoff zu machen.²⁰

Andere als die in § 5 Abs. 1 NotFV genannten Rechtsgebiete dürfen im Zusammenhang mit dem Prüfungsstoff nach Abs. 1 zum Gegenstand der Prüfung gemacht werden, wenn sie in der notariellen Praxis typischerweise in diesem Zusammenhang auftreten oder soweit lediglich Verständnis und Arbeitsmethode festgestellt werden sollen und Einzelwissen nicht vorausgesetzt wird (§ 5 Abs. 2 NotFV). Dazu gehören etwa Fragen des Steuerrechts (z.B. Schenkungs-, Erbschaft- und Grunderwerbsteuer), der Geldwäsche (z.B. Barzahlungsvorbot bei Grundstücksgeschäften, § 16a GwG), des Insolvenzrechts²¹ und des Internationalen Privatrechts. In Betracht kommt hier beispielhaft die Kenntnis, welche Regelung das deutsche Internationale Privatrecht für die Anerkennung einer ausländischen notariellen Urkunde bereithält. Hierfür besteht die Möglichkeit der Legalisation oder – für Beitrittsstaaten des Haager Übereinkommens zur Befreiung ausländischer öffentlicher Urkunden von der Legalisation, zu denen die Bundesrepublik Deutschland gehört, die Möglichkeit der sog. Apostille, die von der zuständigen Behörde desjenigen Staates ausgestellt wird, in dem die Urkunde errichtet wurde, und die die Echtheit der Unterschrift und die Eigenschaft, in welcher der Unterzeichner der Urkunde gehandelt hat, bestätigt (vgl. Art. 3 Abs. 1 des Haager Übereinkommens). Diese Kenntnis kann gem. § 5 Abs. 2 NotFV im Rahmen der notariellen Fachprüfung erwartet werden.²² Denn sie ist in der notariellen Praxis typischerweise bei Beurkundungen unter Mitwirkung im Ausland aufhältlicher Beteiligten, die im Rahmen von Beurkundungsgeschäften vertreten werden müssen, gefragt. Sie weist damit einen notarrelevanten Bezug zum geprüften Stoff auf und betrifft den internationalen Urkundenverkehr als Teilgebiet des Internationalen Privatrechts, von dem zwar kein Spezialwissen, wohl aber für die allgemei-

12 Nds. OVG, Beschl. v. 19.12.2019 – 2 ME 634/19 –.

13 Nds. OVG, Beschl. v. 19.12.2019 – 2 ME 634/19 –.

14 KG (Senat für Notarsachen), Urt. v. 25.11.2021 – AR 2/17 Not.

15 KG (Senat für Notarsachen), Urt. v. 28.09.2021 – AR 1004/20 Not.

16 BGH, Beschl. v. 11.07.2022 – NotZ(Brfg) 3/22 –.

17 KG (Senat für Notarsachen), Urt. v. 29.07.2020 – AR 11/19 Not.

18 BGH, Beschl. v. 16.11.2020 – NotZ(Brfg) 5/20.

19 BGH, Beschl. v. 16.11.2020 – NotZ(Brfg) 5/20.

20 BGH, Beschl. v. 16.11.2020 – NotZ(Brfg) 5/20 – Rn. 9.

21 Vgl. dazu KG (Senat für Notarsachen), Urt. v. 23.11.2017 – Not 21/16.

22 KG (Senat für Notarsachen), Urt. v. 29.07.2020 – AR 11/19 Not.

ne notarielle Praxis wesentliche Grundzüge im Rahmen der notariellen Fachprüfung abgefragt werden können.²³

Ein Rechtssatz, wonach einer hohen Misserfolgsquote in irgendeiner Hinsicht Indizwirkung für die Frage der Zulässigkeit des Prüfungsstoff zukomme, gibt es nicht.²⁴ Soweit in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung²⁵ teilweise eine hohe Durchfallquote als Anlass zu einer kritischen Würdigung von Prüfungsanforderungen gesehen wird, ist für die notarielle Fachprüfung zu beachten, dass hier – anders als etwa bei den juristischen Staatsprüfungen – eine vorhergehende einheitliche Ausbildung mit vorgeschriebenen Inhalten fehlt. Jedenfalls vermag eine Durchfallquote von (nur) 46 % nicht die Annahme zu rechtfertigen, in der Klausur seien unzulässige Inhalte thematisiert worden.²⁶

Die Aufgabenkommission kann aber auch im weiteren Prüfungsverfahren beteiligt sein. So kann das Prüfungsamt nach § 20 Satz 2 NotFV eine Stellungnahme der Aufgabenkommission im Überdenkungs- und Widerspruchsverfahren einholen. Der Aufgabenkommission kommt dabei aber nicht die Stellung einer Obergutachterin bei Divergenz der Bewertungen von Erst- und Zweitkorrektor zu.²⁷ Deshalb wird regelmäßig eine Beteiligung der Aufgabenkommission im Widerspruchs- und Überdenkungsverfahren nicht in Betracht kommen; allenfalls wenn es Unklarheiten der Aufgabenstellung selbst gibt, erscheint deren Beteiligung möglich.²⁸ Entsprechende Unklarheiten müssten vom Prüfling allerdings grundsätzlich bereits innerhalb der Frist des § 18 Abs. 2 NotFV gerügt werden, da es sich um Mängel des Prüfungsverfahrens handelt. Diese Mängelpräklausur ist nach der Rechtsprechung verfassungsgemäß.²⁹

Die Mitglieder der Aufgabenkommission werden gem. § 7g Abs. 4 Satz 4 BNotO vom Leiter des Prüfungsamtes im Einvernehmen mit dem Verwaltungsrat für eine Amtszeit von fünf Jahren bestellt. Eine Altersgrenze ist hier (anders als bei den Prüfenden, vgl. § 7g Abs. 6 Satz 4 Halbs. 1 BNotO) nicht vorgesehen. § 3 Abs. 1 Satz 1 NotFV begrenzt die Zahl der Mitglieder der Aufgabenkommission auf acht bis zehn. Die Entscheidung darüber, aus wieviel Mitgliedern die Aufgabenkommission im vorgegebenen Rahmen von acht bis zehn Mitgliedern tatsächlich besteht, trifft der Leiter des Prüfungsamtes, was nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs rechtlich unbedenklich ist.³⁰ Denn durch den dem Leiter des Prüfungsamtes eingeräumten Spielraum wird gewährleistet, dass auf wechselnde Anforderungen flexibel reagiert werden kann.³¹ Der Rechtsprechung³² hat klargestellt, dass die Mitglieder der Aufgabenkommission – ungeachtet der Widerrufsmöglichkeit aus wichtigem Grunde nach § 3 Abs. 2 NotFV – von ihrem Amt freiwillig jederzeit zurücktreten können. Genügend ist in derartigen Fällen nach der Rechtsprechung, dass die Amtsleitung den Rücktritt „akzeptiert und dies aktenkundig“ macht.³³ Diese Feststellung dient der Klarstellung, ob ein wirksamer Rücktritt vorliegt. Eine Prüfungspflicht des Prüfungsamtes, aus welchen Gründen der Rücktritt erklärt wird, besteht indes nicht.

Bei den Beratungen und Beschlussfassungen der Aufgabenkommission und auch des Verwaltungsrats ist die Anwesenheit dritter, nicht stimmberechtigter Personen, wie zum Beispiel die Anwesenheit des Leiters des Prüfungsamtes, zulässig. Vorgaben,

wie sie z.B. § 193 GVG oder § 43 DRiG enthalten sind, folgen für die notariellen Fachprüfung weder aus § 7g BNotO noch aus §§ 2, 3 NotFV oder sonstigen allgemeinen Grundsätzen, was die Rechtsprechung ausdrücklich bestätigt hat.³⁴

D. Prüfungsverfahren

Zum Prüfungsverfahren selbst ist auf folgende Einzelheiten der Rechtsprechung hinzuweisen, die sich ausdrücklich auf die notarielle Fachprüfung beziehen.

Für die Bestimmung der Prüfungstermine gibt § 6 Abs. 1 NotFV vor, dass mindestens ein Prüfungstermin im Kalenderjahr angeboten werden soll. Es handelt sich dabei um eine sog. Sollvorschrift, was bedeutet, dass bei besonderen Umständen davon abgewichen werden kann.³⁵ Im Übrigen hat das Prüfungsamt bei der Festlegung der konkreten Termine³⁶ im Rahmen der Vorgabe durch § 11 Abs. 1 Satz 1 NotFV freies Ermessen.

Im Rahmen der Durchführung der Prüfung ist die stichprobenartige Kontrolle der mitgeführten Hilfsmittel i.S.d. § 11 Abs. 4 NotFV ein anerkanntes und probates Mittel zur Unterbindung und gegebenenfalls Aufdeckung eines Täuschungsversuchs i.S.d. § 7f BNotO und damit zur Wahrung der Chancengleichheit der Prüflinge geboten.³⁷

a) Prüfende in der notariellen Fachprüfung

Die Prüfenden werden gem. § 7g Abs. 1 Satz 1 BNotO vom Leiter des Prüfungsamtes für die Dauer von fünf Jahren bestellt. Dabei steht den entsendenden Institutionen ein Vorschlagsrecht zu. Als Prüfende kommen danach Richter und Beamte mit der Befähigung zum Richteramt, auch nach Eintritt in den Ruhestand, Notare und Notare außer Dienst sowie sonstige Personen, die eine den zuvor genannten Personen gleichwertige Befähigung haben, in Betracht. Dabei soll in der schriftlichen Prüfung einer der beteiligten Prüfenden Anwaltsnotar sein (§ 7b Abs. 2 Satz 3 BNotO); in der mündlichen Prüfung müssen mindestens ein Anwaltsnotar und ein Richter oder Beamter mitwirken (§ 7c Abs. 2 Satz 2 BNotO). Auf die Frage, ob sich ein Prüfender im aktiven Dienst oder Ruhestand bzw. außer Dienst

23 KG (Senat für Notarsachen), Urt. v. 29.07.2020 – AR 11/19 Not.

24 KG (Senat für Notarsachen), Urt. v. 03.03.2020 – AR 5/19 Not.

25 Vgl. etwa Urteil des Oberverwaltungsgerichts Bremen (Urt. v. 12.02.2008 – 1 A 234/03 –, Rn. 55, juris).

26 KG (Senat für Notarsachen), Urt. v. 03.03.2020 – AR 5/19 Not.

27 KG (Senat für Notarsachen), Urt. v. 05.07.2011 – Not 9/11. Bei Divergenz gilt der Mittelwert, § 7b Abs. 2 Satz 4 BNotO. Können sich die Prüfenden bei Abweichungen von mehr als drei Punkten nicht einigen oder bis auf drei Punkte annähern, so entscheidet ein sogenannter Stichentscheider.

28 KG (Senat für Notarsachen), Urt. v. 11.05.2012 – Not 25/11.

29 BGH, Beschl. v. 16.11.2020 – NotZ(Brfg) 5/20 –.

30 BGH, Beschl. v. 14.11.2022 – NotZ(Brfg) 2/22 –.

31 BR-Drucks. 202/10, S. 16.

32 BGH, Beschl. v. 14.11.2022 – NotZ(Brfg) 2/22 –.

33 BGH, Beschl. v. 14.11.2022 – NotZ(Brfg) 2/22 –.

34 BGH, Beschl. v. 14.11.2022 – NotZ(Brfg) 2/22 – Rn. 27 f.

35 In der Vergangenheit wurde im Hinblick auf die Corona-Pandemie von der Soll-Regelung abgewichen, was das Kammergericht gebilligt hat (KG, Beschl. v. 18.04.2020 – AR 1001/20 Not –).

36 Der nächste Termin für die schriftliche Prüfung ist der 27.01.2026 (Bekanntmachung v. 15.04.2025, DNotZ 2025, 321).

37 BGH, Beschl. v. 04.03.2024 – NotZ(Brfg) 2/23 – Rn. 9; BeckOK BNotO/Teschner, 11. Ed. 01.02.2025, BNotO § 7f Rn. 1.

befindet, kommt es dabei nicht entscheidend an.³⁸ Es gilt eine Altersgrenze von 70 Jahren (§ 7g Abs. 6 Satz 4 BNotO).

b) Bewertung der Prüfungsleistungen

Nach ständiger Rechtsprechung unterliegt die Prüfertätigkeit, die sich aufgrund ihrer Komplexität weitgehend nicht durch allgemeingültige Regeln erfassen lässt, einer nur eingeschränkten gerichtlichen Überprüfung. Die Eigenart dieses Bewertungsvorgangs und die dabei zu beachtenden Anforderungen des Gebots der Chancengleichheit machen es notwendig, den Prüfenden einen Bewertungsspielraum zuzuerkennen, dessen Wahrnehmung nur einer eingeschränkten Nachprüfung unterliegt. Unter diesen prüfungsspezifischen Bewertungsspielraum fallen zum Beispiel die Einordnung des Schwierigkeitsgrades der Aufgabenstellung, die Gewichtung verschiedener Aufgaben untereinander oder die Würdigung der Qualität der Darstellung im Gesamtzusammenhang des Prüfungsverfahrens, ferner Wertungen, die sich damit befassen, ob der Bearbeiter die von der Prüfungsaufgabe aufgeworfenen Fragen vollständig oder nur lückenhaft erkannt hat, oder die Frage, ob ein in der Prüfungsarbeit enthaltenes Problem lediglich ein „Randproblem“ oder ein „entscheidendes Problem“ der Arbeit darstellt. Dies gilt gleichermaßen für das Gewicht positiver Ausführungen in der Prüfungsarbeit oder die Bedeutung eines Mangels in der Gesamtbewertung. Schließlich ist die Vergabe von Punkten und Noten – sofern nicht (anders als hier) mathematisch determiniert – sowie die Frage, ob eine Prüfungsleistung als „brauchbar“ zu bewerten ist, Gegenstand des Bewertungsspielraums.³⁹

Im Rahmen des schriftlichen Teils der notariellen Fachprüfung findet nach § 7b Abs. 2 Satz 1 BNotO das Prinzip der sog. offenen Zweitkorrektur Anwendung. Das bedeutet, dass der Zweitprüfende die Bewertung durch den Erstprüfenden kennt. Rechtliche Bedenken bestehen gegen dieses Verfahren nicht.⁴⁰ Dabei müssen beide Prüfende, Erst- und Zweitkorrektor, die Klausur jeweils eigenständig bewerten. Gelangt der Zweitkorrektor dann zu dem gleichen Ergebnis wie der Erstprüfende, ist zulässig, sich als Zweitprüfender der Bewertung des Erstprüfenden mit einem schlichten „Einverstanden“ anzuschließen. Einer eigenen Begründung bedarf es dann nicht; sie wäre eine bloße Wiederholung der Erstbewertung mit anderen Worten⁴¹ und eine unnötige Förmerei. Diese Grundsätze gelten auch bei der notariellen Fachprüfung.⁴²

Bei der regelmäßig durch den Bearbeitungsvermerk aufgegebenen gutachterlichen Prüfung dürfen die Korrektoren neben inhaltlichen Erörterungen zur Rechtslage auch die Zitierung der einschlägigen Gesetzesvorschriften erwarten.⁴³ Aufgabe des Notars ist es gem. § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG insbesondere, die Erklärungen der Beteiligten klar und unzweideutig in einer Niederschrift wiederzugeben. Dies beinhaltet für geforderte Entwürfe in der Klausur neben der Verwendung einer rechtlichen Fachsprache die Aufnahme sämtlicher materiell-rechtlichen erforderlichen Erklärungen (sog. Vollständigkeitspflicht).⁴⁴

Unleserliches und Konzeptpapier bzw. Lösungsskizzen, die nicht zum Bestandteil der Bearbeitung gemacht worden sind, müssen nicht beachtet.⁴⁵

c) Überdenkung und Anfechtung

Da die Bewertung der Prüfungsleistung aufgrund des bestehenden Beurteilungsspielraums der Prüfenden nur be-

schränkt überprüfbar ist, wird der gebotene effektive Rechtsschutz durch eine besondere Verfahrensgarantie gewährleistet, nämlich durch das sogenannte Überdenkungsverfahren. Dieses findet, wenn wie bei der notariellen Fachprüfung ein Vorverfahren i.S.d. §§ 68 ff. VwGO vorgeschrieben ist (vgl. § 7d Abs. 2 BNotO), im Rahmen des Widerspruchsverfahrens statt.⁴⁶ Das Prüfungsamt fordert bei Vorliegen substantiierter Einwendungen die Prüfenden zum Überdenken ihrer Bewertungen auf und holt dabei gem. § 20 Satz 1 NotFV deren ergänzenden Stellungnahmen zu der Prüfungsleistung ein. Wenn bei einer Aufsichtsarbeit nur Einwendungen gegen eine der zwei Bewertungen erhoben werden, wird auch nur dieser Prüfer zum Überdenken aufgefordert.⁴⁷ Soweit ein Prüfer zum Überdenken nicht mehr in der Lage ist, z.B. wegen Todes, scheidet ein Überdenken naturgemäß aus; der Einsetzung eines neuen bzw. weiteren Prüfers bedarf es nicht.

Gegenstand der gerichtlichen Kontrolle ist die angefochtene Ursprungsbewertung in der Gestalt, die sie durch die Stellungnahmen der Prüfer im Überdenkungsverfahren erhalten hat.⁴⁸

Sollte sich im Rahmen des Überdenkungs- und Widerspruchsverfahrens oder in einem anschließenden gerichtlichen Verfahren herausstellen, dass einem Prüfer ein Bewertungsfehler unterlaufen ist, wird eine Neubewertung der Prüfungsleistung vorgenommen. Diese Neubewertung ist schon aus Gründen der Chancengleichheit in der Regel durch die ursprünglichen Prüfer vorzunehmen. Der Prüfer darf dabei freilich sein Bewertungssystem nicht ändern.

Allein der Umstand, dass einem Prüfer ein Bewertungsfehler angelastet wird, ist nicht geeignet, dessen Unvoreingenommenheit in Frage zu stellen und ihn für die Neubewertung gegen einen anderen Prüfer auszutauschen.⁴⁹

Die Beibehaltung einer Note trotz Rücknahme eines Korrekturmangels ist als solches ebenfalls nicht zu beanstanden. Denn es ist den Prüfern grundsätzlich nicht verwehrt, nach Auseinandersetzung mit den Einwendungen eines Prüflings unter Vermeidung der früheren und neuer Bewertungsfehler an der ursprünglich gegebenen Note festzuhalten.⁵⁰

Sollte es zu einer Neubewertung durch einen neuen Prüfer kommen, verbietet es sich nicht, dass der neue Prüfer weiß, dass es sich um eine wiederholte Bewertung handelt oder dass der Neubewertung ein Verwaltungsstreitverfahren vorausgegangen ist.⁵¹

38 BGH, Beschl. v. 14.11.2022 – NotZ(Brfg) 2/22 – Rn. 23 f.

39 St. Rspr. des Notarsenats des BGHs; etwa Beschl. v. 14.11.2022 – NotZ(Brfg) 5/22 = ZNotP 2023, 323, juris Rn. 26 m.w.N.

40 Lohmann, in: Frenz/Miermeister, BNotO, 6. Aufl., 2024, § 7b Rn. 5; BeckOK-BNotO/Teschner, 11. Ed. 01.02.2025, BNotO, § 7b Rn. 12.

41 BVerwG, Beschl. v. 19.05.2016 – 6 B 1/16, Rn. 12.

42 BGH, Beschl. v. 04.03.2024 – NotZ(Brfg) 2/23 – Rn. 11.

43 BGH, Beschl. v. 04.03.2024 – NotZ(Brfg) 2/23 – Rn. 24.

44 KG, Urt. v. 14.06.2016 – Not 22/15 –.

45 KG, Urt. v. 08.03.2017 – Not 3/16 und Not 5/16 –.

46 KG, Urt. v. 05.07.2011 – Not 9/11 –.

47 KG, Urt. v. 05.07.2011 – Not 9/11 –.

48 BGH, Beschl. v. 16.11.2020 – NotZ(Brfg) 5/20.

49 BGH, Beschl. v. 14.11.2022 – NotZ(Brfg) 5/22 – Rn. 19; BeckOK BNotO/Teschner, 11. Ed. 01.02.2025, BNotO § 7d Rn. 10.

50 BGH, Beschl. v. 11.07.2022 – NotZ(Brfg) 3/22 – Rn. 17.

51 BGH, Beschl. v. 14.11.2022 – NotZ(Brfg) 5/22 – Rn. 19.

Vielmehr darf vorausgesetzt werden, dass der neue Prüfer zu einer selbständigen und eigenverantwortlichen Bewertung fähig und bereit ist. Deshalb müssen auch Randbemerkungen des früheren Prüfers nicht entfernt werden.⁵²

Von Bedeutung für den Umfang der Kontrolldichte ist dabei, dass es keinen Anspruch auf eine allgemeine Rechtmäßigkeitskontrolle der Verwaltung und des Prüfungsamts gibt. Ein solcher allgemeiner Gesetzesvollziehungsanspruch ist der Rechtsordnung grundsätzlich fremd.⁵³ Für die Frage der gerichtlichen Überprüfbarkeit von Prüfungsentscheidungen bedeutet, dass diese nur insoweit überprüfbar sind, als ein Betroffensein in eigenen Rechten möglich erscheint. Ist etwa wie bei der notariellen Fachprüfung ein Ausschluss von der mündlichen Prüfung und damit ein Nichtbestehen der Prüfung vorgesehen, wenn ein bestimmtes Mindestergebnis aus der schriftlichen Prüfung nicht erreicht ist (vgl. § 7b Abs. 3 Satz 2 BNotO), erfolgt eine gerichtliche Nachprüfung der Prüfungsentscheidung nur insoweit, als der Ausschluss von der mündlichen Prüfung im Raum steht. Einem Widerspruchsführer oder Kläger verhilfe es angesichts der gesetzlichen Regelung in § 7b Abs. 3 Satz 2 BNotO, wonach nicht mehr als eine Aufsichtsarbeit mit weniger als 4,00 Punkten bewertet sein darf, nicht zum Bestehen der Prüfung, wenn bei zwei bestandenen und zwei nicht bestandenen Aufsichtsarbeiten die beiden bestandenen Aufsichtsarbeiten besser als bisher bewertet würden. Eine darauf abzielende sog. Verbesserungsklage⁵⁴ (in Bezug auf die zwei bestandenen Aufsichtsarbeiten) wäre in der geschilderten Situation nicht erforderlich und damit unzulässig.⁵⁵ Denn für die Zulassung zur mündlichen Prüfung kommt es allein darauf an, ob wenigstens eine der beiden als nicht bestanden gewerteten Klausuren mit 4,00 Punkten oder mehr bewertet wird; nur insofern wäre eine Klage zulässig.

d) Widerspruchsgebühr und Streitwert

Für das Widerspruchsverfahren wird vom Prüfungsamt gem. § 7h Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BNotO i.V.m. mit der Satzung über die Gebühren in Angelegenheiten des Prüfungsamtes für die notarielle Fachprüfung bei der Bundesnotarkammer (NotFGebS) eine Widerspruchsgebühr erhoben. Diese beträgt, wenn sich der Widerspruch gegen eine Entscheidung im Prüfungsverfahren richtet, 1.000 €; die Gebühr erhöht sich mit jeder angefochtenen Bewertung einer oder eines Prüfenden aus der schriftlichen oder mündlichen Prüfung um 80 €. Rechtliche Bedenken gegen die Widerspruchsgebühr bestehen nicht.⁵⁶

Der Streitwert in prüfungsrechtlichen Streitigkeiten wird, soweit es um die Nichtzulassung zur mündlichen Prüfung und das Nichtbestehen der Prüfung geht, von der Rechtsprechung mit 25.000 € angesetzt.⁵⁷ In anderen Streitigkeiten, etwa bei einer Verbesserungsklage, wird vom Auffangstreitwert von 5.000 € nach § 111g Abs. 1 BNotO i.V.m. § 52 Abs. 2 GKG ausgegangen.⁵⁸

52 BGH, Beschl. v. 14.11.2022 – NotZ(Brfg) 5/22 – Rn. 20.

53 BVerwG, Urt. v. 26.06.1957 – BVerwG V C 109/56; s.a. VGH Mannheim, Beschl. v. 10.08.2022 – 3 S 138/22; VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 06.05.2020 – 8 S 455/20 –; OVG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 31.03.2016 – 8 B 1341/15 –.

54 Vgl. dazu allgemein Wolke, Die prüfungsrechtliche Verbesserungsklage ZNotP 2023, 287.

55 BGH, Beschl. v. 14.11.2022 – NotZ 5/22 –.

56 KG, Urt. v. 05.07.2011 – Not 10/11; BeckOK BNotO/Teschmer, 11. Ed. 01.02.2025, BNotO § 7h Rn. 5.

57 St. Rspr., zuletzt BGH, Beschl. v. 04.03.2024 – NotZ(Brfg) 3/23 –.

58 St. Rspr., zuletzt BGH, Beschl. v. 11.07.2022 – NotZ(Brfg) 3/22 –.

Rechtsprechungsreport

Landwirtschaftsrecht

Genehmigungspflicht eines Kaufvertrages nach dem Grundstücksverkehrsgesetz

GrdstVG § 2 Abs. 1

Leitsatz amtlich

a) Veräußerungen von Erbanteilen nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 GrdstVG sind, auch wenn der Nachlass nicht aus einem Betrieb, sondern aus landwirtschaftlichen Grundstücken besteht, dann genehmigungspflichtig, wenn die Form der Erbanteilsübertragung allein deswegen gewählt wurde, um die Genehmigungspflicht einer von den Vertragsparteien bezweckten Veräußerung landwirtschaftlich genutzter Grundstücke zu umgehen.

b) Die Veräußerung von Erbanteilen kann nur dann als genehmigungspflichtiges Umgehungsgeschäft anzusehen

sein, wenn sämtliche Erbanteile gleichzeitig oder nacheinander an denselben Erwerber veräußert werden. Wird nur einer von mehreren Erbanteilen verkauft, ist nicht schon deshalb von einem Umgehungsgeschäft auszugehen, weil der Erwerber die Absicht hat, sukzessive auch die weiteren Erbanteile zu erwerben (Fortführung von Senat, Beschl. v. 23.11.2012 – BLw 13/11, NJW 2013, 607).

BGH, Beschl. v. 09.05.2025 – BLw 2/24 –

Gründe:

[1] I. Der Beteiligte zu 1 ist ein Nichtlandwirt. Mit notariellem Vertrag vom 13.02.2019 kaufte er von der Beteiligten zu 2 deren Anteil von 1/5 an einer Erbengemeinschaft. Der ungeteilte Nachlass besteht ausschließlich aus 10,1067 ha Ackerland, Grünland und Waldfläche, die überwiegend an landwirtschaftliche Betriebe verpachtet sind. Mit Schreiben vom 25.02.2019 beantragte die beurkundende Notarin die

Grundstückverkehrsgenehmigung, hilfsweise ein Negativzeugnis. Die Beteiligte zu 3 (Genehmigungsbehörde) verlängerte die Genehmigungsfrist mit Zwischenbescheiden auf zuletzt drei Monate. Unter dem 07.05.2019 erklärte die Beteiligte zu 4 (Siedlungsunternehmen), dass sie das siedlungsrechtliche Vorkaufsrecht ausübe. Dies teilte die Beteiligte zu 3 den Beteiligten zu 1 und 2 mit Bescheid vom 16.05.2019 mit.

[2] Gegen diesen Bescheid wendet sich der Beteiligte zu 1 mit dem Antrag, die Ausübung des Vorkaufsrechts für rechtswidrig zu erklären und festzustellen, dass die Grundstückverkehrsgenehmigung wirksam erteilt wurde, bzw. „falls nötig“, die Grundstückverkehrsgenehmigung zu erteilen. Das Amtsgericht – Landwirtschaftsgericht – hat den Antrag zurückgewiesen. Auf die Beschwerde des Beteiligten zu 1 hat das Oberlandesgericht – Senat für Landwirtschaftssachen – die Beteiligte zu 3 unter Aufhebung des Bescheids vom 16.05.2019 verpflichtet, ein Negativattest zu dem Erbteilskaufvertrag zu erteilen, und festgestellt, dass die Beteiligte zu 4 das Vorkaufsrecht nicht wirksam ausgeübt hat. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde, deren Zurückweisung der Beteiligte zu 1 beantragt, wollen die Beteiligte zu 4 und die Beteiligte zu 5 als übergeordnete Behörde die Wiederherstellung der amtsgerichtlichen Entscheidung erreichen.

[3] II. Das Beschwerdegericht meint, der Erbteilskaufvertrag bedürfe keiner Genehmigung nach dem Grundstückverkehrsgesetz. Erbanteilsveräußerungen seien gem. § 2 Abs. 2 Nr. 2 GrdstVG nur dann genehmigungspflichtig, wenn sie an einen anderen als einen Miterben erfolgten und der Nachlass im Wesentlichen aus einem land- oder forstwirtschaftlichen Betrieb bestehe. Dies sei hier nicht der Fall, denn der Nachlass bestehe nicht aus einem Betrieb, sondern ausschließlich aus landwirtschaftlichen Flächen. Der Erbteilskaufvertrag unterliege auch nicht als Umgehungsgeschäft der Genehmigungspflicht für Grundstücksveräußerungen nach § 2 Abs. 1 GrdstVG. Denn anders als bei einem Kaufvertrag über sämtliche Erbanteile werde der Käufer eines einzelnen Erbanteils – wie hier der Beteiligte zu 1 – nicht Alleineigentümer der zum Nachlass gehörenden Grundstücke, sondern trete lediglich an die Stelle des veräußernden Miterben. Dementsprechend fehle es schon an einem Umgehungserfolg; eine Umgehungsabsicht allein genüge nicht. Die Genehmigungsbehörde sei daher zur Erteilung eines Negativzeugnisses verpflichtet.

[4] III. Dies hält rechtlicher Nachprüfung stand.

[5] 1. Die Rechtsbeschwerde ist aufgrund der Zulassung durch das Beschwerdegericht statthaft (§ 1 Nr. 3, § 9 LwVG, § 70 Abs. 1 FamFG) und auch im Übrigen zulässig (§ 71 FamFG). Die Beteiligten zu 4 und 5 sind auch beschwerdeberechtigt. Die Beteiligte zu 4 ist durch die Aufhebung des Bescheids vom 16.05.2019 in ihren Rechten beeinträchtigt (st. Rspr., vgl. etwa Senat, Beschl. v. 04.02.1964 – V BLw 31/63, BGHZ 41, 114, 116 ff.). Die Beschwerdeberechtigung der Beteiligten zu 5 folgt aus § 32 Abs. 2 Satz 2 LwVG.

[6] 2. In der Sache hat die Rechtsbeschwerde keinen Erfolg. Das Beschwerdegericht nimmt zu Recht an, dass der Erbteilskaufvertrag vom 13.02.2019 keiner Genehmigung nach dem Grundstückverkehrsgesetz bedarf.

[7] a) Das Grundstückverkehrsgesetz findet in Mecklenburg-Vorpommern weiterhin Anwendung. Von der nach Art. 125a

Abs. 1 Satz 2 GG vorgesehenen Möglichkeit, die Regelung durch Landesrecht zu ersetzen, hat der Gesetzgeber in Mecklenburg-Vorpommern keinen Gebrauch gemacht.

[8] b) Der Erbteilskaufvertrag ist weder nach § 2 Abs. 1 noch nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 GrdstVG genehmigungspflichtig, da kein Allein- oder Miteigentum an dem zum Nachlass gehörenden Grundstück, sondern lediglich ein Anteil an dem Nachlass, also die Mitberechtigung des Miterben am Gesamthandsvermögen übertragen wird (vgl. § 2033 BGB; Senat, Beschl. v. 08.11.1955 – V BLw 25/55, BGHZ 18, 380, 381 ff., zu Art. IV Abs. 1 des Kontrollratsgesetzes Nr. 45; Beschl. v. 23.11.2012 – BLw 13/11, NJW 2013, 607 Rn. 27).

[9] c) Eine Genehmigungspflicht folgt auch nicht aus § 2 Abs. 2 Nr. 2 GrdstVG. Nach dieser Vorschrift steht die Veräußerung eines Erbanteils an einen anderen als einen Miterben der nach § 2 Abs. 1 GrdstVG genehmigungspflichtigen Veräußerung eines Grundstücks (nur) dann gleich, wenn der Nachlass im Wesentlichen aus einem land- oder forstwirtschaftlichen Betrieb besteht. Dies ist, wie das Beschwerdegericht zutreffend und von der Rechtsbeschwerde unbeanstandet annimmt, vorliegend nicht der Fall, da zum Nachlass ausschließlich landwirtschaftliche Flächen gehören und kein landwirtschaftlicher Betrieb.

[10] d) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde ist der Erbteilskaufvertrag auch nicht ausnahmsweise deswegen genehmigungsbedürftig, weil er sich als Umgehung der Vorschriften über die einer Genehmigung bedürftenden Rechtsgeschäfte in § 2 GrdstVG darstellt.

[11] aa) Richtig ist allerdings im Ausgangspunkt, dass durch die grundsätzlich genehmigungsfreie Veräußerung sämtlicher Erbanteile an einen Erwerber der gleiche wirtschaftliche Erfolg erzielt werden kann wie durch eine Veräußerung der zum Nachlass gehörenden Grundstücke, sodass die gesetzliche Genehmigungspflicht durch diese Gestaltung umgangen werden könnte (vgl. *Stresemann*, AUR 2014, 415 f.). Deswegen sind nach der Rechtsprechung des Senats Veräußerungen von Erbanteilen nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 GrdstVG, auch wenn der Nachlass nicht aus einem Betrieb, sondern aus landwirtschaftlichen Grundstücken besteht, dann genehmigungspflichtig, wenn die Form der Erbanteilsübertragung allein deswegen gewählt wurde, um die Genehmigungspflicht einer von den Vertragsparteien bezweckten Veräußerung landwirtschaftlich genutzter Grundstücke zu umgehen (vgl. Senat, Beschl. v. 23.11.2012 – BLw 13/11, NJW 2013, 607 Rn. 32).

[12] bb) Von einem solchen (genehmigungspflichtigen) Umgehungsgeschäft kann aber – wie das Beschwerdegericht zutreffend sieht – vorliegend nicht ausgegangen werden, weil der Beteiligte zu 1 nicht sämtliche Erbanteile, sondern lediglich einen von mehreren Erbanteilen erworben hat und in Vollzug dieses Geschäfts nicht Eigentümer der den Nachlass bildenden Grundstücke wird.

[13] (1) Die Annahme einer Genehmigungspflicht für einen Vertrag bedarf einer besonderen Begründung, wenn dieser zu einer Kategorie von Rechtsgeschäften gehört, die – wie hier – nach dem Gesetz nicht genehmigungsbedürftig sind. Eine solche Begründung ist deshalb geboten, weil das Gericht

nicht entgegen dem Grundsatz der Gewaltenteilung (Art. 20 Abs. 2 GG) und der Bindung an das Gesetz (Art. 20 Abs. 3 GG) aus seiner Rolle als Normanwender heraustreten darf, indem es – hier durch Anwendung der allgemeinen Rechtsgrundsätze für Umgehungsgeschäfte – „durch die Hintertür“ eine Genehmigungspflicht für eine Gruppe von Verträgen begründet, die der Gesetzgeber davon freigestellt hat. Ob und unter welchen Voraussetzungen es vor diesem Hintergrund zulässig ist, Verfügungen über Anteile an einem Nachlass aus besonderen Gründen dennoch als genehmigungspflichtig zu behandeln, muss anhand des Normenkontexts, der Zwecksetzung und der mit den Normen verbundenen gesetzgeberischen Intention entschieden werden (vgl. zum Ganzen Senat, Beschl. v. 23.11.2012 – BLw 13/11, NJW 2013, 607 Rn. 30). Dabei ist Zurückhaltung geboten. Die Annahme eines Umgehungsgeschäfts ist auf eng begrenzte Ausnahmefälle zu beschränken; es muss sich um eine eindeutige Umgehung der gesetzlichen Regelungen handeln.

[14] (2) Vor diesem Hintergrund kann die Veräußerung von Erbanteilen nur dann als genehmigungspflichtiges Umgehungsgeschäft anzusehen sein, wenn sämtliche Erbanteile gleichzeitig oder nacheinander an denselben Erwerber veräußert werden. Wird nur einer von mehreren Erbanteilen verkauft, ist nicht schon deshalb von einem Umgehungsgeschäft auszugehen, weil der Erwerber die Absicht hat, sukzessive auch die weiteren Erbanteile zu erwerben.

[15] (a) Bei der Veräußerung eines einzelnen Erbanteils fehlt es bereits an einem objektiven Umgehungserfolg. Denn damit wird nicht derselbe rechtliche oder wirtschaftliche Erfolg erzielt wie mit der Veräußerung eines Grundstücks i.S.v. § 2 Abs. 1 GrdstVG (zu dieser Voraussetzung eines Umgehungsgeschäfts vgl. etwa Senat, Beschl. v. 08.11.1955 – V BLw 25/55, BGHZ 18, 380, 387; Beschl. v. 03.05.1957 – V BLw 2/57, RdL 1957, 173, 176). Während die Veräußerung sämtlicher Erbanteile im Ergebnis zu einer Übertragung des (Allein-)Eigentums an den zum Nachlass gehörenden landwirtschaftlichen Grundstücken auf einen Dritten führt, tritt der Erwerber eines einzelnen Erbanteils lediglich an die Stelle des veräußernden Miterben. Er wird weder rechtlich noch wirtschaftlich Alleineigentümer der zum Nachlass gehörenden landwirtschaftlichen Grundstücke und erlangt auch keine eigentümerähnliche Stellung (vgl. Roemer, MittRhNotK 1962, 457, 459). Er erwirbt lediglich einen ideellen Anteil an dem gesamthänderisch gebundenen Nachlassvermögen (vgl. Etwa MüKoBGB/Gergen, 9. Aufl., § 2033 Rn. 7) und kann nicht über seinen Anteil an einem einzelnen Nachlassgegenstand verfügen (§ 2033 Abs. 2 BGB); für eine Verfügung über einen Nachlassgegenstand ist er auf die Mitwirkung sämtlicher Miterben angewiesen (§ 2040 Abs. 1 BGB).

[16] (b) Auch der Zweck des Grundstücksverkehrsgesetzes gebietet es nicht, die Veräußerung eines einzelnen Erbanteils der Genehmigungspflicht zu unterstellen. Der Gesetzgeber hat gesehen, dass die Genehmigungspflicht bei der Übertragung landwirtschaftlicher Grundstücke durch den Verkauf von Erbanteilen umgangen werden kann. Gleichwohl hat er den Verkauf von Erbanteilen dem Grundstücksverkauf nur in dem Fall gleichgestellt, dass ein land- oder forstwirtschaftlicher Betrieb den wesentlichen Teil des Nachlasses bildet. Im Übrigen hat er bewusst auf die Genehmigungspflicht verzichtet, weil es nach

seiner Auffassung „in vielen Fällen zu einer empfindlichen und nach dem Zweck des Gesetzes nicht gebotenen Beeinträchtigung der Interessen einer Erbengemeinschaft führen könnte, wenn auch hier die Erbteilsübertragung von einer behördlichen Genehmigung abhängig wäre“ (vgl. BT-Drucks. 3/2635, S. 5). Das ändert zwar nichts daran, dass Gesetzesumgehungen der Genehmigungspflicht zu unterwerfen sind (vgl. schon Senat, Beschl. v. 03.05.1957 – V BLw 2/57, RdL 1957, 173, 176, zu Art. IV des Kontrollratsgesetzes Nr. 45). Mindestvoraussetzung für eine solche Ausdehnung der Genehmigungspflicht ist aber, dass das Rechtsgeschäft zu einem von dem Gesetz missbilligten Erfolg führt, nämlich der Übertragung des Eigentums an einem landwirtschaftlichen Grundstück an einen Nichtlandwirt unter Umgehung der Genehmigungsbehörde und des etwaigen Vorkaufsrechts des Siedlungsunternehmens. Dazu kommt es durch die Veräußerung eines einzelnen Erbanteils nicht.

[17] (c) In diesem Sinne wird der vergleichbare Fall eines Verkaufs mehrerer Teilflächen, die nur zusammen die Genehmigungsfreigrenze überschreiten, nur dann als Umgehungsgeschäft eingeordnet, wenn die Teilflächen gleichzeitig oder nacheinander veräußert werden und die einzelnen Rechtsgeschäfte in einem inneren Zusammenhang stehen und nach einem einheitlichen Plan durchgeführt wurden (sog. Ketten- oder Zerstückelungsgeschäfte, vgl. Senat, Beschl. v. 09.07.1956 – V BLw 2/56, BGHZ 21, 221, 224 ff.; Beschl. v. 08.12.1959 – V BLw 19/59, MDR 1960, 214, 215; BGH, Urt. v. 15.10.1992 – IX ZR 43/92, NJW 1993, 648; Beschl. v. 20.07.2020 – NotSt (Brfg) 2/20, DNotZ 2020, 953 Rn. 7). Der Verkauf einer einzelnen Teilfläche, die die Genehmigungsfreigrenze nicht überschreitet, ist dagegen selbst dann nicht als Umgehungsgeschäft einzustufen, wenn der Käufer die Absicht hat, auch das restliche Grundstück zu erwerben (vgl. Senat, Beschl. v. 06.02.1962 – V BLw 27/61, MDR 1962, 389, 390).

[18] (d) Etwas anderes folgt entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde nicht daraus, dass der Erwerber eines Erbanteils zum Zwecke der Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft die Teilungsversteigerung der zum Nachlass gehörenden Grundstücke beantragen kann (vgl. § 2042 Abs. 2, § 753 Abs. 1 Satz 1 BGB, §§ 180 ff. ZVG).

[19] (aa) Zwar unterliegt ein Erwerb in der Zwangsversteigerung – anders als unter der Geltung des Kontrollratsgesetzes Nr. 45 (dort Art. IV Nr. 3) – nicht der Genehmigungspflicht nach dem Grundstücksverkehrsgesetz, weil die Bundesregierung bislang von der Verordnungsermächtigung in § 37 GrdstVG keinen Gebrauch gemacht hat (vgl. Gehrlein, DZWIR 2023, 574, 576). Zudem besteht bei einem Erwerb in der Zwangsversteigerung kein siedlungsrechtliches Vorkaufsrecht nach § 4 RSG (vgl. Martinez, in: Düsing/Martinez, Agrarrecht, 2. Aufl., § 4 RSG Rn. 8).

[20] (bb) Ein Eigentumserwerb des Erbteilkäufers im Rahmen einer etwaigen Teilungsversteigerung steht aber nicht bereits im Vorhinein fest und kann daher nicht Grundlage für die Annahme eines Umgehungsgeschäfts sein. Denn bei der Teilungsversteigerung kann nicht nur der Erbteilkäufer bzw. nunmehrige Miterbe, sondern jeder – und so auch das vorkaufsberechtigte Siedlungsunternehmen – Gebote abgeben und als Meistbietender den Zuschlag erhalten (vgl. BT-Drucks. 3/2635, S. 16; Roemer, MittRhNotK 1962,

457, 460). Erkennt das Vollstreckungsgericht rechtzeitig vor Rechtskraft des Zuschlags, dass die Zwangsversteigerung allein dem Grundstückserwerb unter Umgehung der Genehmigungspflicht nach § 2 GrdstVG dient, der Antragsteller also rechtsmissbräuchlich handelt und ihm das Rechtsschutzinteresse für die Zwangsversteigerung fehlt, müsste es das Zwangsversteigerungsverfahren ohnehin einstellen bzw. aufheben (vgl. OLG Stuttgart, Die Justiz 1981, 206, 207; LG Heilbronn, Rpfleger 1994, 223; LG Koblenz, Rpfleger 1997, 269 f.; *Netz*, GrdstVG, 9. Aufl., Rn. 1809, 5283, 5287 ff.; *Gehrein*, DZWIR 2023, 574, 576 f.; zur Versagung des Zuschlags gem. § 83 Nr. 6 ZVG auch LG Heidelberg, BWNorZ 1968, 78 f.). Schließlich kann auch nicht ohne Weiteres unterstellt werden, dass jeder Erbteilkäufer von der – langwierigen und kostspieligen (*Netz*, GrdstVG, 9. Aufl., Rn. 5286) – Möglichkeit eines Teilungsversteigerungsverfahrens Gebrauch machen wird.

[21] (cc) Auch die theoretische Möglichkeit, dass der Erbteilkäufer die Grundstücke im weiteren Verlauf im Rahmen eines Erbauseinandersetzungsvertrags erwirbt, führt nicht dazu, dass bereits der erste Erbteilkau als Umgehungsgeschäft anzusehen wäre. Dies folgt schon daraus, dass die Grundstücksübertragung im Rahmen der Erbauseinandersetzung selbst der Genehmigungspflicht nach § 2 Abs. 1 GrdstVG unterliegen, diese also nicht umgehen würde (vgl. § 9 Abs. 3 GrdstVG; OLG Oldenburg, FamRZ 2010, 1277, 1280; OLG Stuttgart, RdL 1985, 241, 242; *Netz*, GrdstVG, 9. Aufl., Rn. 889 m.w.N.; *MüKoBGB/Fest*, 9. Aufl., § 2042 Rn. 42 m.w.N.; *Pikalo/Bendel*, GrdstVG, § 2 Satz 291 f.).

[22] (e) Die bloße Absicht des Käufers, sukzessive sämtliche Erbanteile zu erwerben und somit im Ergebnis Eigentümer der landwirtschaftlichen Grundstücke zu werden, kann demnach die Annahme eines Umgehungsgeschäfts nicht rechtfertigen. Dies hat der Senat für den mit dem genehmigungsfreien Erwerb eines einzelnen Erbanteils vergleichbaren Fall des Erwerbs einer unterhalb der Genehmigungsfreigrenze liegenden Teilfläche eines größeren Grundstücks bereits ausdrücklich ausgesprochen (Senat, Beschl. v. 06.02.1962 – V BLw 27/61, MDR 1962, 389, 390). Für den Erbteilkau gilt nichts Anderes. Eine Umgehungabsicht liegt nicht vor, wenn bei Durchführung des beabsichtigten Rechtsgeschäfts objektiv ein Umhungserfolg nicht eintritt, weil die restlichen Erbanteile nicht ebenfalls veräußert werden. Ob der Vertrag über die Veräußerung der restlichen Erbanteile bzw. des letzten Erbanteils ein Umgehungsgeschäft darstellen kann, bedarf hier keiner Entscheidung, weil es hierzu – jedenfalls bislang – nicht gekommen ist.

[23] 3. Wegen der Genehmigungsfreiheit des Erbteilkauvertrags fasst das Beschwerdegericht den Antrag des Beteiligten zu 1 auf Erteilung der Genehmigung zutreffend als einen solchen auf Erteilung eines Negativzeugnisses nach § 5 GrdstVG auf (vgl. OLG Karlsruhe, RdL 1965, 67, 68; *Lange*, GrdstVG, 2. Aufl., § 5 Anm. 2; *Netz*, GrdstVG, 9. Aufl., Rn. 1655, 4339; *Pikalo/Bendel*, GrdstVG, § 5 Satz 406). Die Beschlussformel ist allerdings dahingehend abzuändern, dass festgestellt wird, dass der Erbteilkauvertrag keiner Genehmigung nach dem Grundstückverkehrsgesetz bedarf (vgl. Senat, Beschl. v. 23.11.2012 – BLw 13/11, NJW 2013, 607 Rn. 22; *Netz*, a.a.O., Rn. 4337; *Pikalo/Bendel*, a.a.O., § 22 Satz 1049 f.; v.

Selle, in: v. Selle/Huth, LwVG, § 1 Rn. 91). Denn nach § 22 Abs. 3 GrdstVG hat das Gericht diese Entscheidung selbst zu treffen; es ist nicht befugt, die Genehmigungsbehörde zur Erteilung des Zeugnisses anzuweisen (vgl. *Netz*, a.a.O., Rn. 1663, 4341; *Lange*, a.a.O., § 22 Anm. 11; *Pikalo/Bendel*, a.a.O., § 20 Satz 1002; *Vorwerk/von Spreckelsen*, GrdstVG, § 22 Rn. 26).

[24] 4. Vor diesem Hintergrund sind auch die Feststellung des Beschwerdegerichts, dass die Beteiligte zu 4 das Vorkaufsrecht nicht wirksam ausgeübt hat, und die Aufhebung des Bescheids der Genehmigungsbehörde vom 16.05.2019 (über die Mitteilung der Ausübung des Vorkaufsrechts) nicht zu beanstanden. Zwar folgt Ersteres bereits aus der Feststellung, dass der Erbteilkauvertrag keiner Grundstückverkehrsgenehmigung bedarf; und die gerichtliche Entscheidung tritt auch ohne ausdrückliche Aufhebung an die Stelle der behördlichen Entscheidung. Zur Klarstellung kann die Beschlussformel aber um die Feststellung zur (Un-)Wirksamkeit der Ausübung des Vorkaufsrechts und die Aufhebung des Bescheids der Genehmigungsbehörde ergänzt werden (vgl. OLG Oldenburg, RdL 2009, 329, 331; *Netz*, GrdstVG, 9. Aufl., Rn. 4333; *Pikalo/Bendel*, GrdstVG, § 22 Satz 1048).

[25] 5. Die Entscheidung des Beschwerdegerichts ist auch nicht wegen eines von der Rechtsbeschwerde gerügten Verfahrensmangels aufzuheben.

(...)

Vertragsrecht

Vertragsstrafe bei Rücktritt vom Bauträgervertrag

BGB § 339 Satz 1, § 341 Abs. 1, § 346 Abs. 1, § 347 Abs. 1 Satz 1, § 650u Abs. 1 Satz 1

Leitsatz amtlich

Tritt ein Besteller aufgrund eines ihm in einem Bauträgervertrag vertraglich eingeräumten Rücktrittsrechts wegen nicht termingerechter Fertigstellung eines abnahmereifen Bauwerks von dem Vertrag zurück, erlischt hierdurch nicht der Anspruch auf Zahlung einer vereinbarten und bereits verwirkten Vertragsstrafe wegen des Verzugs des Unternehmers mit der Fertigstellung, sofern die Parteien nichts Abweichendes vereinbart haben.

BGH, Urt. v. 22.05.2025 – VII ZR 129/24 –

Tatbestand:

[1] Die Klägerin verlangt von der Beklagten die Zahlung einer Vertragsstrafe.

[2] Die Parteien schlossen am 18.10.2018 einen notariellen Kaufvertrag über ein bebautes Grundstück mit Bauverpflichtung. Hiernach sollte die Beklagte für einen Nettokaufpreis von 7.300.000 € ein sanierungsbedürftiges Fabrikgebäude zu einem Wohnhaus mit 27 Wohnungen umbauen und das Grundstück übereignen.

[3] Gemäß Ziffer 5.9. Abs. 1 des Vertrags hatte die Fertigstellung des Kaufgegenstands – mit Ausnahme der der Endabnahme nicht entgegenstehenden unwesentlichen Restarbeiten und Mängelbeseitigungen – spätestens bis zum 17.10.2020 zu erfolgen („Fertigstellungstermin“). Ferner heißt es dort in Abs. 2: „Vom Verkäufer nicht zu vertretende Bauverzögerungen (zum Beispiel [...]) führen zu einer Verschiebung des Fertigstellungstermins um die Dauer, die der Verkäufer an der Erfüllung seiner vertraglichen Verpflichtung gehindert ist.“

[4] Ziffer 6.8. lautet: „Kann der Verkäufer den Fertigstellungstermin aus Gründen, die er zu vertreten hat, nicht einhalten, schuldet er dem Käufer eine Vertragsstrafe in Höhe von EUR 1.276,57 pro Werktag, maximal jedoch 5 % des Kaufpreises insgesamt.“

[5] Nach Ziffer 18.2. des Vertrags stand beiden Parteien bis zum 15.12.2022 ein Rücktrittsrecht zu, sofern die Kaufpreisfälligkeit bis zum 15.08.2022 nicht eingetreten war („Longstop-Date“). Für die Kaufpreisfälligkeit sind nach Ziffern 4.1., 4.2. d) des Vertrags unter anderem eine Abnahme oder abnahmefähige Bauleistungen erforderlich.

[6] Das Bauvorhaben wurde nicht abnahmereif fertiggestellt. Mit Schreiben vom 14.12.2022 trat die Klägerin vom dem Vertrag zurück.

[7] Das Landgericht hat der zunächst nur auf die Zahlung eines Teilbetrags der Vertragsstrafe i.H.v. 100.000 € und die Feststellung der Verpflichtung zur Zahlung einer weitergehenden Vertragsstrafe gerichteten Klage stattgegeben. Das Berufungsgericht hat die Beklagte nach einer Klageerweiterung verurteilt, an die Klägerin 365.000 € nebst Zinsen Zug um Zug gegen eine von der Klägerin zu erklärende Bewilligung der Löschung einer zu ihren Gunsten eingetragenen Auflassungsvormerkung zu zahlen. Im Übrigen hat es die Klägerin auf eine – dem Revisionsgericht nicht angefallene – Widerklage verurteilt, die näher bezeichnete Löschung der Auflassungsvormerkung Zug um Zug gegen die von der Beklagten zu erbringende Zahlung zu bewilligen.

[8] Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision begehrt die Beklagte weiterhin Klageabweisung.

Entscheidungsgründe:

[9] Die Revision der Beklagten ist unbegründet.

[10] I. Das Berufungsgericht hat – soweit für die Revision von Interesse – im Wesentlichen ausgeführt:

[11] Die wirksam vereinbarte Vertragsstrafe sei in voller Höhe verwirkt. Der Klägerin stehe ein Anspruch in Höhe des Maximalbetrags von 365.000 € zu, weil seit dem Fertigstellungstermin am 17.10.2020 bis zum Rücktritt der Klägerin am 14.12.2022 jedenfalls 286 Werktage verstrichen seien. Das Gericht vermöge nicht festzustellen, dass die Beklagte durch Umstände, die sie weder vorsätzlich noch fahrlässig verursacht habe (§ 276 BGB), an einer rechtzeitigen Fertigstellung des verkauften Objekts gehindert gewesen wäre, § 286 Abs. 4 BGB.

[12] Der Anspruch der Klägerin auf Zahlung der Vertragsstrafe werde durch ihre – wirksame – Rücktrittserklärung nicht berührt.

[13] Es handele sich bei der Regelung in Ziffer 6.8. des Vertrags um ein Vertragsstrafeversprechen gem. §§ 339, 341 Abs. 1 BGB. Danach könne der Gläubiger die Vertragsstrafe neben der geschuldeten Primärleistung fordern. Durch die Vertragsstrafe solle die fristgemäße Erfüllung gesichert werden.

[14] Grundsätzlich werde gem. § 325 BGB das Recht auf Schadensersatz durch einen Rücktritt nicht ausgeschlossen. Die Frage, ob ein Anspruch auf Vertragsstrafe grundsätzlich nur im Falle der Durchführung des Vertrags, mithin dem Fortbestand der Primärleistungsschuld, zu zahlen sei und im Falle eines Rücktritts entfalle, werde nicht einheitlich beurteilt. Das Gericht gehe davon aus, dass es gem. § 325 BGB grundsätzlich möglich sei, neben dem Rücktritt auch einen Verzugsschaden geltend zu machen. Ein Anspruch auf Vertragsstrafe sei einem solchen auf Schadensersatz gleichzustellen, wenn er den pauschalierten Ausgleich für einen Verzugsschaden bilde. So sei die Vertragsstraferegelung in Ziffer 6.8. des Vertrags einzuordnen. Eine ausdrückliche Regelung dazu, ob die Vertragsstrafe gemäß Ziffer 6.8. nur im Falle der Durchführung des Vertrags, mithin dem Fortbestand der Primärleistungsschuld, zu zahlen sei und im Falle eines Rücktritts des Käufers nach Ziffer 18.2. entfalle, finde sich im Vertrag nicht. Unter Berücksichtigung von Wortlaut und Systematik ergebe insbesondere die teleologische Auslegung des Vertrags nach Sinn und Zweck, dass der Käufer die nach Ziffer 6.8. verwirkte Vertragsstrafe auch im Falle eines Rücktritts des Käufers nach Ziffer 18.2. beanspruchen könne. Entsprechendes ergebe sich ferner bei einer verwenderfeindlichen Auslegung des Vertrags gem. § 305c Abs. 2 BGB, sofern es sich bei den vertraglichen Regelungen um Allgemeine Geschäftsbedingungen handeln sollte.

[15] II. Das hält der rechtlichen Nachprüfung im Ergebnis stand.

[16] Die Revision ist vom Berufungsgericht jedenfalls hinsichtlich der Klage uneingeschränkt zugelassen. Die für die Beklagte vorsorglich eingelegte Nichtzulassungsbeschwerde ist deshalb gegenstandslos.

[17] 1. Rechtsfehlerfrei und in der Revisionsinstanz auch nicht mehr in Frage gestellt geht das Berufungsgericht davon aus, dass die vertraglichen Voraussetzungen eines Anspruchs der Klägerin auf Zahlung einer Vertragsstrafe i.H.v. 5 % des Kaufpreises und damit in der zuerkannten Höhe bis zum Rücktritt der Klägerin am 14.12.2022 vorlagen.

[18] 2. Dieser Anspruch ist durch den von der Klägerin erklärten und wirksamen Rücktritt nicht erloschen.

[19] a) Das Berufungsgericht hat den Vertrag der Parteien dahin ausgelegt, dass der Anspruch auf Zahlung einer Vertragsstrafe gemäß Ziffer 6.8. des Vertrags einen pauschalierten Ausgleich für einen Verzugsschaden bilde und die Klägerin die Vertragsstrafe auch im Fall ihres Rücktritts nach Ziffer 18.2. des Vertrags beanspruchen könne. Diese Auslegung ist Angelegenheit des Tatrichters und durch das Revisions-

gerichtet nur eingeschränkt überprüfbar. Eine Überprüfung findet nur dahin statt, ob Verstöße gegen gesetzliche Auslegungsregeln, anerkannte Auslegungsgrundsätze, sonstige Erfahrungssätze oder Denkgesetze vorliegen oder die Auslegung auf Verfahrensfehlern beruht (st. Rspr., vgl. nur BGH, Urt. v. 21.11.2024 – VII ZR 245/23 Rn. 37, BauR 2025, 475 = NZBau 2025, 83). Derartige Rechtsfehler sind dem Berufungsgericht nicht unterlaufen. Solche werden von der Revision – auch unter Berücksichtigung der Ausführungen des Prozessbevollmächtigten der Beklagten in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat – auch nicht aufgezeigt.

[20] Entgegen der Auffassung der Revision ist für das Revisionsverfahren nicht zu Gunsten der Beklagten zu unterstellen, dass es sich bei den Vertragsbestimmungen um Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt mit der Folge, dass die vertraglichen Regelungen vom erkennenden Senat selbst ausgelegt werden könnten. Die Revision zeigt keinen Sachenvortrag der Parteien auf, nach dem die Tatbestandsvoraussetzungen von § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB vorliegen würden.

[21] b) Es kann offenbleiben, ob das Auslegungsergebnis des Berufungsgerichts dahin zu verstehen ist, die Parteien hätten vertraglich vereinbart, ein Vertragsstrafenanspruch bestehe auch nach einem Rücktritt der Klägerin gemäß Ziffer 18.2. des Vertrags fort, oder ob es dahin zu verstehen ist, der Vertrag stehe dem Fortbestehen des Anspruchs (nur) nicht entgegen. Für Ersteres spräche die abschließende Formulierung des Berufungsgerichts, für Letzteres, dass das Berufungsgericht den Vertrag erst im Anschluss von und im Zusammenhang mit gesetzlichen Regelungen, insbesondere § 325 BGB, auslegt.

[22] aa) Im ersten Fall ist die Klage ohne Weiteres begründet. Zwingende gesetzliche Vorschriften zur Wirkung eines vertraglich vereinbarten Rücktrittsrechts auf eine vertraglich vereinbarte Vertragsstrafe bestehen nicht.

[23] bb) Im zweiten Fall führt die Anwendung des dispositiven Rechts ebenfalls zu dem Ergebnis, dass der Rücktritt der Klägerin ihren Anspruch auf Zahlung der Vertragsstrafe unberührt gelassen hat.

[24] (1) Die gesetzlichen Vorschriften über Rücktritt (§§ 346 ff. BGB) und Vertragsstrafe (§§ 339 ff. BGB) enthalten zu den Rechtsfolgen eines Rücktritts in Bezug auf eine – wie hier – zum Zeitpunkt des Rücktritts bereits verwirkte, jedoch noch nicht gezahlte Vertragsstrafe keine ausdrücklichen Regelungen.

[25] Sie sind dahin auszulegen, dass durch einen Rücktritt der Anspruch auf Zahlung der Vertragsstrafe grundsätzlich nicht erlischt (vgl. MünchKommBGB/Gaier, 9. Aufl., § 346 Rn. 49; Grüneberg/Grüneberg, BGB, 84. Aufl., § 339 Rn. 13; Herberger, in: jurisPK-BGB, 10. Aufl., § 339 Rn. 45 f.; BeckOK BGB/Janoschek, Stand: 01.02.2025, § 339 Rn. 3; Staudinger/Rieble, 2020, BGB, § 339 Rn. 299, 306, 312, § 340 Rn. 61, 85).

[26] (2) Die allgemeinen Wirkungen des Rücktritts führen nicht zu einem Erlöschen des Anspruchs auf Zahlung der bereits verwirkten Vertragsstrafe. Der Rücktritt von einem Vertrag führt nur zu dessen Umgestaltung für die Zukunft; der Rücktritt wirkt ex nunc. Durch ihn wird das ursprüngliche

Vertragsverhältnis in ein Rückgewährschuldverhältnis umgewandelt, wodurch die primären Leistungspflichten erlöschen (allgemeine Auffassung; vgl. etwa BGH, Urt. v. 28.11.2007 – VIII ZR 16/07 Rn. 10, BGHZ 174, 290; MünchKommBGB/Gaier, 9. Aufl., § 346 Rn. 65, jeweils m.w.N.). Damit führt er nicht ohne weiteres dazu, dass der (rechtliche) Zustand besteht, der ohne den Vertragsschluss bestanden hätte. Vielmehr ist im Einzelnen zu prüfen, welche Ansprüche erlöschen, verändert werden oder neu entstehen, um den Vertrag rückabzuwickeln.

[27] Aus dem Umstand, dass hiernach die Ansprüche der Klägerin gegen die Beklagte auf Umbau des Gebäudes und Über-eignung des Grundstücks erloschen sind, folgt nicht, dass der verwirkte Strafanspruch ebenfalls erloschen ist. Insbesondere ergibt sich das nicht daraus, dass § 339 Satz 1, § 341 Abs. 1 BGB jeweils eine „Verbindlichkeit“ des Schuldners voraussetzen, die nicht in gehöriger Weise – hier: nicht zu der bestimmten Zeit – erfüllt wird. Denn zum Zeitpunkt der Verwirkung der Strafe, dem Eintritt des Verzugs (§ 339 Satz 1 BGB), bestand die Verbindlichkeit, ohne dass der Rücktritt hieran etwas ändert.

[28] (3) Die weitere Systematik des Rücktrittsrechts bedingt ebenfalls kein Erlöschen des entstandenen Vertragsstrafenanspruchs. Es ergeben sich insbesondere keine Wertungswidersprüche zu den in § 346 Abs. 1, § 347 Abs. 1 BGB geregelten Ansprüchen wegen gezogener oder nicht gezogener Nutzungen aufgrund bereits empfangener und zurückzugewährender Leistungen. Das gilt im vorliegenden Fall schon deshalb, weil die Ausübung des vertraglichen Rücktrittsrechts nur bis zu einer abnahmefähigen Bauleistung und damit in einem Zeitraum möglich war, in dem noch keine Nutzungen aus dem verkauften Grundstück und dem zu errichtenden Wohnhaus gezogen werden konnten.

[29] (4) Auch der Zweck einer Vertragsstrafe, die bei nicht rechtzeitiger Leistung verwirkt sein soll, spricht dafür, diese bei einem nachfolgenden Rücktritt nicht wieder entfallen zu lassen. Eine solche Strafe dient regelmäßig zum einen dazu, den Schuldner zur pünktlichen Leistungserbringung anzuhalten (Druckfunktion). Zum anderen soll sie pauschaliert einen dem Gläubiger durch den Verzug des Schuldners entstehenden Schaden ersetzen und insbesondere den Gläubiger davon entlasten, dessen Entstehung und Höhe im Einzelnen darzulegen und zu beweisen (Ausgleichsfunktion) (vgl. etwa BGH, Urt. v. 05.11.2015 – VII ZR 43/15 Rn. 33, BGHZ 207, 296; BeckOGK/Ulrici, Stand: 01.09.2021, § 339 Rn. 16 f.).

[30] Diese Ziele könnten nicht oder nur deutlich abgeschwächt erreicht werden, wenn ein bereits entstandener Anspruch auf Zahlung der Vertragsstrafe durch einen Rücktritt wieder entfiel. Die Druckfunktion wäre herabgesetzt, weil der Schuldner – sogar gerade durch fortgesetzte Verzögerung seiner Leistung – darauf spekulieren könnte, den Gläubiger zu einem Rücktritt vom Vertrag zu provozieren. Die Ausgleichsfunktion wäre in zweierlei Hinsicht beeinträchtigt: Der Gläubiger erhielte zum einen nach einem Rücktritt vom Vertrag keinen pauschalen Ersatz eines ihm entstandenen Schadens. Zum anderen müsste er auch ohne einen Rücktritt spätestens bei Eintritt eines Schuldnerverzugs Maßnahmen treffen, um sicherzustellen, bei einem nur eventuellen späteren Rücktritt seinen durch den Verzug bedingten Schaden

darlegen und beweisen zu können; hiervor soll ihn die vereinbarte Vertragsstrafe jedoch gerade entlasten.

[31] 3. Entgegen der Auffassung der Revision ist der Klägerin die Berufung auf die verwirkte Vertragsstrafe nicht gem. § 242 BGB wegen unzulässiger Rechtsausübung verwehrt. Ein Vertragsstrafengläubiger verletzt weder eine Schadensminderungsobliegenheit noch handelt er treuwidrig, wenn er ein wegen Verzugs des Schuldners erworbenes Rücktrittsrecht in dem hierfür vertraglich vorgesehenen Zeitraum ausübt. Insbesondere besteht – entgegen der Auffassung der Revision – keine Obliegenheit des Vertragsstrafengläubigers, von einem Rücktritt abzusehen, um dem Schuldner noch eine Chance darauf zu geben, dass die Strafe nicht mehr verlangt werden könnte, wenn der Gläubiger sich das Recht dazu bei der Annahme der Erfüllung nicht vorbehalten sollte, § 341 Abs. 3 BGB.

[32] 4. Rechtsfehlerfrei und von der Revision unangegriffen hat das Berufungsgericht der Klägerin Zinsen in titulierter Höhe zuerkannt.

Wiederkaufsrecht beim sog. Einheimischenmodells

BGB §§ 133 B, 157 C; BauGB § 11 Abs. 2

Leitsatz amtlich

a) Bei der Auslegung von Verträgen, die eine Gemeinde im Rahmen eines sog. Einheimischenmodells abschließt, sind die besondere Zweckbestimmung der verbilligten Abgabe von Bauland und die Funktion der diese Zwecke absichernden Regelungen (hier: Nutzungsbindung und Veräußerungsverbot) zu berücksichtigen.

b) Zum Ermessen der Gemeinde bei der Ausübung des wegen Verstoßes des Erwerbers gegen die Nutzungsbindung entstandenen Wiederkaufsrechts.

BGH, Urt. v. 23.05.2025 – V ZR 259/23 –

Tatbestand:

[1] Die Klägerin ist eine Gemeinde in Bayern, die im sog. Einheimischenmodell in ihrem Gemeindegebiet zu errichtende Wohnungen zu einem vergünstigten Kaufpreis vertreiben ließ. Der Beklagte kaufte im März 2006 eine der Wohnungen zu einem Preis von 128.315 € von einem Bauträger, der von der Gemeinde mit der Wohnungsvergabe befasst worden war. In dem notariellen Kaufvertrag heißt es, der Käufer habe vollinhaltlich Kenntnis von den Vergaberichtlinien des Einheimischenmodells, an deren Bedingungen er sich binde, und vereinbare insbesondere im Wege eines echten Vertrages zugunsten Dritter das darin enthaltene Wiederkaufsrecht zugunsten der Gemeinde. In den dem Kaufvertrag beigelegten Vergaberichtlinien heißt es u.a.:

„5.1.1 Zur Sicherstellung des mit diesem Einheimischenmodell verfolgten Zwecks ist der begünstigte Erwerber auf die Dauer von 15 Jahren ab notarieller Beurkundung des Kaufvertrags verpflichtet,

[...]

5.1.1.2 das errichtete Wohngebäude mit Nebenanlagen selbst als Hauptwohnung (Art. 16 Abs. 2 Meldegesetz) zu nutzen – eine Mitbenutzung zu Wohnzwecken durch seinen Ehegatten/Lebenspartner, seine Abkömmlinge, Eltern oder Großeltern sowie Geschwister zusammen mit ihm kann durch vorherige Zustimmung der Gemeinde [...] gestattet werden (Nutzungspflicht).

5.1.1.3 Dem begünstigten Erwerber ist ferner verboten, das errichtete Wohngebäude mit Nebenanlagen ganz oder teilweise unentgeltlich oder entgeltlich anderen Personen als den in 5.1.1.2 genannten begünstigten Personen zur Nutzung zu überlassen und zwar auf welcher Rechtsgrundlage auch immer, es sei denn, die Gemeinde hat dieser Fremdnutzung vorher schriftlich zugestimmt (Nutzungs- und Veräußerungsverbot).“

[2] Für den Fall des Verstoßes gegen das Nutzungs- und Veräußerungsverbot steht der Klägerin nach Ziff. 5.1.2 der Vergaberichtlinien das Recht zum Wiederkauf zu sowie wahlweise ein Anspruch auf ergänzende Kaufpreiszahlung zu einem festgelegten sog. Basispreis. Der Wiederkaufspreis umfasst nach den Ziff. 5.1.2.2 ff. neben dem gezahlten Kaufpreis auch Erschließungskosten, etwaige verbessernde Verwendungen wie den Sachwert für noch zu errichtende bauliche Anlagen und einen sog. Zusatzbetrag i.H.v. 1/180 der Differenz zwischen dem vergünstigten Kaufpreis und dem von dem Gutachterausschuss festzustellenden Verkehrswert des unbebauten Grundstücks je vollendetem Kalendermonat nach Kaufvertragsabschluss.

[3] Der Beklagte wurde im Dezember 2008 als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen. Nach seiner Heirat im Jahr 2015 zog er – ohne zuvor die Zustimmung der Klägerin einzuholen – im Oktober 2016 aus der Wohnung aus und überließ diese seinem Schwager. Mit seiner Ehefrau und dem 2020 geborenen gemeinsamen Kind lebt er seither andernorts. Nachdem die Klägerin im Jahr 2018 von dem Auszug des Beklagten erfahren hatte, beauftragte sie den Gutachterausschuss mit der Ermittlung des Wiederkaufspreises, den dieser mit 196.819 € bezifferte. Der Verkehrswert der Wohnung betrug im August 2018 dem Gutachten zufolge 390.000 €. Nachdem ihr Gemeinderat einen entsprechenden Beschluss gefasst hatte, erklärte die Klägerin gegenüber dem Beklagten, dass sie das Wiederkaufsrecht ausübe.

[4] Die Klägerin verlangt von dem Beklagten die Auflassung des Wohnungseigentums Zug um Zug gegen Zahlung von 196.819 €, die Erstattung von 2.718 € Gutachtenkosten, Feststellung des Gläubigerverzugs hinsichtlich der Zahlung des Wiederkaufspreises und Lastenfreistellung hinsichtlich einer eingetragenen Grundschuld. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision, deren Zurückweisung der Beklagte beantragt, verfolgt die Klägerin ihre Klageanträge weiter.

Entscheidungsgründe:

[5] I. Das Berufungsgericht meint, der Klägerin stehe der geltend gemachte Anspruch nicht zu, weil die Ausübung

des Wiederkaufsrechts ermessensfehlerhaft und unwirksam sei. Die in den Vertrag aufgenommenen Vergaberichtlinien seien dahingehend zu verstehen, dass der Erwerber seinen Verwandten die Wohnung zur alleinigen Nutzung überlassen dürfe, ohne hierzu zuvor die Gemeinde um Zustimmung bitten zu müssen. Zum Verwandtenkreis sei nach der für Allgemeine Geschäftsbedingungen geltenden Zweifelsregel (§ 305c Abs. 2 BGB) zudem auch der Schwager des Erwerbers zu zählen, da die Vergaberichtlinien insoweit unklar gefasst seien. Letztlich könne dies aber dahinstehen, weil ein unterstellter Verstoß des Beklagten gegen die Vergaberichtlinien jedenfalls nicht von solchem Gewicht wäre, dass er die Ausübung des Wiederkaufsrechts rechtfertigte. Diese wäre unverhältnismäßig, weil die Klägerin stattdessen auch nur den Nachzahlungsbetrag geltend machen könne. Hierfür spreche, dass der Beklagte nicht unredlich gehandelt, sondern die Wohnung einem nahen Angehörigen überlassen habe und die Bindungszeit zu diesem Zeitpunkt schon zu zwei Drittel abgelaufen gewesen sei. Der Beklagte habe durch die Überlassung der Wohnung an den Schwager auch keine Einnahmen erzielt, weil dieser lediglich die Nebenkosten getragen habe.

[6] II. Dies hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Mit der gegebenen Begründung kann ein Anspruch der Klägerin auf Verschaffung des Wohnungseigentums nicht verneint werden.

[7] 1. Im Ausgangspunkt zutreffend nimmt das Berufungsgericht an, dass in dem zwischen dem Beklagten und dem Bauträger geschlossenen Kaufvertrag wirksam ein Wiederkaufsrecht zugunsten der Gemeinde im Wege eines echten Vertrages zugunsten Dritter (§ 328 BGB) vereinbart wurde. Nach ständiger Rechtsprechung des Senats verstößt die Vereinbarung eines Wiederkaufsrechts der Gemeinde in einem städtebaulichen Vertrag im sogenannten Einheimischenmodell grundsätzlich nicht gegen das Gebot angemessener Vertragsgestaltung (vgl. Senat, Urt. v. 15.02.2019 – V ZR 77/18, NJW 2019, 2602 Rn. 10; Urt. v. 26.06.2015 – V ZR 271/14, NJW 2015, 3169 Rn. 10 m.w.N.). Das gilt unabhängig davon, ob die Gemeinde selbst als Verkäuferin auftritt oder ob sie – wie hier – den Vertrieb einem Bauträger überlässt und dieser die Kaufverträge schließt, welche die zur Sicherung des Subventionszwecks erforderlichen (vgl. hierzu Senat, Urt. v. 16.12.2022 – V ZR 144/21, ZfIR 2023, 139 Rn. 24 m.w.N.) Bindungen der Erwerber (hier: Nutzungsbindung) und Sanktionsmöglichkeiten der Gemeinde (hier: Wiederkaufsrecht bzw. ergänzender Kaufpreisanpruch) enthalten.

[8] Gegen die Angemessenheit der Nutzungsbindung von 15 Jahren bestehen im Hinblick auf die Höhe der nach den getroffenen Feststellungen gewährten Verbilligung von 25 bis 30 % auf den Bodenwertanteil keine Bedenken (vgl. Senat, Urt. v. 29.11.2002 – V ZR 105/02, BGHZ 153, 93, 105; Urt. v. 26.06.2015 – V ZR 271/14, NJW 2015, 3169 Rn. 13). Anders als die Revisionserwiderung meint, ist die prozentuale Höhe der Verbilligung nicht auf den Gesamtwert oder -kaufpreis für das Wohnungseigentum zu beziehen, da die (hier mittelbare) Leistung der Gemeinde allein in der Bereitstellung von Bauland besteht. Für die Angemessenheit der Nutzungsbindung kommt es nur auf die hierbei gewährte Subvention an, d.h. auf die Differenz zwischen dem Bodenwertanteil des Kaufpreises und dem marktgerechten Boden-

wert, nicht auf den Wert der von dem Erwerber (hier durch einen Bauträger) errichteten Immobilie.

[9] Soweit die Revisionserwiderung Bedenken gegen die Vereinbarkeit der Nutzungsbindung mit § 11 Abs. 2 BauGB bzw. Art. 6 Abs. 1 GG im Hinblick darauf erhebt, dass auch die Aufnahme von Familienangehörigen in die Wohnung von der Zustimmung der Gemeinde abhängig gemacht wird, teilt der Senat diese Bedenken nicht. Im Hinblick auf den Zweck der vergünstigten Abgabe von Bauland im Einheimischenmodell (hierzu näher unten) besteht ein berechtigtes Interesse der Gemeinde, Kenntnis davon zu erhalten, wenn der Erwerber und Subventionsempfänger – insbesondere bis dahin nicht ortsansässige – Dritte in seine Wohnung aufnimmt. Dass bei der Aufnahme engster Familienangehöriger, insbesondere von Ehegatten/Lebenspartnern und deren (eigenen oder gemeinsamen) Kindern die Zustimmung regelmäßig zu erteilen sein wird, steht der Wirksamkeit und Angemessenheit der Regelung nicht entgegen.

[10] 2. Hinsichtlich der Formwirksamkeit der Ausübung des Wiederkaufsrechts erhebt das Berufungsgericht zu Recht keine Bedenken. Das Gesetz ordnet in § 456 Abs. 1 Satz 2 BGB ausdrücklich an, dass die Ausübung des Wiederkaufsrechts formlos möglich ist. Der eine notarielle Beurkundung vorsehende § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB ist insoweit nicht entsprechend anzuwenden (vgl. Senat, Urt. v. 14.01.2000 – V ZR 386/98, NJW 2000, 1332 f. m.w.N.), und zwar auch dann nicht, wenn – wie hier – das Wiederkaufsrecht einem Dritten eingeräumt ist (a.A. *Staudinger/Schermaier*, BGB [2024], § 456 Rn. 18 a.E.).

[11] 3. Rechtsfehlerhaft ist aber die Annahme des Berufungsgerichts, die Ausübung des Wiederkaufsrechts durch die Klägerin sei ermessensfehlerhaft und deshalb unwirksam.

[12] a) Dem angefochtenen Urteil lässt sich nicht eindeutig entnehmen, ob das Berufungsgericht davon ausgeht, ein Wiederkaufsfall sei schon nicht eingetreten, weil der Beklagte nicht gegen die vertraglich vereinbarte Nutzungspflicht – bzw. richtigerweise Nutzungsobliegenheit (vgl. Senat, Urt. v. 16.04.2010 – V ZR 175/09, NJW 2010, 3505 Rn. 11) – verstoßen habe, indem er aus der Wohnung ausgezogen ist und diese ohne Zustimmung der Klägerin seinem Schwager überlassen hat, oder ob es meint, dieses Verhalten stelle zwar einen Verstoß gegen die Vergaberichtlinien dar, dieser sei aber als so geringfügig anzusehen, dass sich die Ausübung des Wiederkaufsrechts als unverhältnismäßig darstelle. Denn einerseits lässt das Berufungsgericht dahinstehen, ob ein Verstoß gegen die Vergaberichtlinien vorliegt, und begründet seine Entscheidung damit, dass sich die Ausübung des Wiederkaufsrechts (jedenfalls) als ermessensfehlerhaft darstelle. Andererseits heißt es in den Urteilsgründen ausdrücklich, der Senat sehe einen solchen Verstoß nicht, und dies wird sodann durch eine Auslegung der in Ziff. 5.1.1.2 und 5.1.1.3 enthaltenen Regelung ausführlich begründet.

[13] b) Letztlich kann dahinstehen, wie das Urteil insoweit zu verstehen ist, weil sich beide Begründungen als rechtsfehlerhaft darstellen.

[14] aa) Die Annahme, der Beklagte habe nicht gegen die Vergaberichtlinien verstoßen, indem er aus der Wohnung

ausgezogen sei und diese ohne vorherige Zustimmung der Klägerin seinem Schwager überlassen habe, beruht auf einer rechtsfehlerhaften Auslegung der in Ziff. 5.1.1.2 und 5.1.1.3 der Vergaberichtlinien getroffenen Regelungen.

[15] (1) Es kann dahinstehen, ob die Auslegung dieser Regelungen revisions-rechtlich in vollem Umfang überprüfbar ist, weil es sich – wovon das Berufungsgericht offenbar ausgeht – um Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt (vgl. Senat, Urt. v. 22.10.2021 – V ZR 69/20, NJW 2022, 614 Rn. 49, insoweit nicht abgedruckt in BGHZ 231, 310), oder ob für städtebauliche Verträge die spezialgesetzliche Rechtsfolgeregelung des § 11 Abs. 2 BauGB die Vorschriften der §§ 305 ff. BGB auch dann verdrängt, wenn der Vertrag – wie hier – nach dem 31.12.1994 geschlossen wurde, was der Senat bisher offengelassen hat (vgl. hierzu Senat, Urt. v. 29.11.2002 – V ZR 105/02, BGHZ 153, 93, 98 ff.; Urt. v. 16.12.2022 – V ZR 144/21, ZfR 2023, 139 Rn. 8 m.w.N.). Denn die Auslegung einer (individual)vertraglichen Regelung durch den Tatrichter ist im Revisionsverfahren jedenfalls eingeschränkt, nämlich darauf überprüfbar, ob der Tatrichter die gesetzlichen Auslegungsregeln, die anerkannten Auslegungsgrundsätze, die Denkgesetze und die Erfahrungssätze beachtet und die der Auslegung zugrundeliegenden Tatsachen ohne Verfahrensfehler festgestellt hat (st. Rspr., vgl. nur Senat, Urt. v. 28.02.2025 – V ZR 246/23, juris Rn. 10), und die Auslegung der Vertragsklauseln durch das Berufungsgericht ist in dieser Hinsicht zu beanstanden.

[16] (a) Das Berufungsgericht zieht einen Umkehrschluss aus der Formulierung des Nutzungs- und Veräußerungsverbots in Ziffer 5.1.1.3 der Vergaberichtlinien. Dürfe der Erwerber das errichtete Wohngebäude danach weder ganz noch teilweise und weder entgeltlich noch unentgeltlich anderen Personen als den in der vorherigen Klausel genannten Verwandten überlassen, müsse eine Überlassung an den begünstigten Personenkreis demnach – auch ohne Zustimmung der Gemeinde – zulässig sein und zwar auch dann, wenn diese vollständig und entgeltlich erfolge. Wenn der begünstigte Personenkreis „seinen Ehegatten/Lebenspartner, seine Abkömmlinge, Eltern oder Großeltern sowie Geschwister“ umfasse, müssten damit zudem nicht zwingend die Abkömmlinge, Eltern oder Großeltern sowie Geschwister des Erwerbers gemeint sein, es könnten auch die Geschwister seines Ehegatten zum begünstigten Personenkreis zählen. Denn das Possessivpronomen „sein“ sei nur vor die angeführten Ehegatten, Lebenspartner und Abkömmlinge des Erwerbers gesetzt worden.

[17] (b) Diese Auslegung des Berufungsgerichts ist mit Wortlaut und Systematik der Bestimmungen nicht zu vereinbaren.

[18] (aa) Der Umkehrschluss widerspricht der Systematik der Regelungen. Die Überlassung an Verwandte wird nicht in Ziff. 5.1.1.3, sondern in der vorherigen Ziff. 5.1.1.2 der Vergaberichtlinien geregelt. Wäre es nach Ziff. 5.1.1.3, wie von dem Berufungsgericht angenommen, zulässig, die Wohnung den in Ziff. 5.1.1.2 genannten Verwandten ganz und ohne Zustimmung der Gemeinde zu überlassen, so wäre die vorangehende Überlassungsregelung insgesamt bedeutungslos. Insbesondere liefen die dort vorgesehenen Beschränkungen auf die gemeinschaftliche Mitbenutzung mit dem Erwerber und das Erfordernis einer vorherigen Zustimmung der Gemeinde gänzlich leer. Ein derartiges Verständnis der Vergabe-

richtlinien der Klägerin scheidet in Ermangelung besonderer Anhaltspunkte für einen entsprechenden Parteiwillen aus. Dies gilt umso mehr, als sich die weite Formulierung der in Ziff. 5.1.1.3 enthaltenen nachfolgenden Klausel ohne weiteres dahingehend erklärt, dass eine andere als die in 5.1.1.2 erwähnte Überlassung an Dritte ausnahmslos und in jeder Gestalt ausgeschlossen sein soll. Auch ihrem Wortlaut nach („ferner verboten“, „Nutzungs- und Veräußerungsverbot“) soll die Bestimmung zudem keine über die in der vorherigen Klausel hinausgehende Erlaubnis der Nutzungsweitergabe regeln, sondern ausschließlich ein weiteres Verbot aufstellen.

[19] (bb) Die Annahme, der Bruder der Ehefrau (Schwager) sei einem eigenen Bruder des Erwerbers gleichzustellen, ist mit dem Wortlaut der Regelungen nicht zu vereinbaren. Es besteht kein Zweifel daran, dass mit den in Ziff. 5.1.1.2 genannten Geschwistern nur solche des Erwerbers gemeint sind. Die (nur einmalige) Wiederholung des Possessivpronomens „sein“ hat ersichtlich allein sprachliche Gründe. Nach dem von dem Berufungsgericht für möglich gehaltenen Verständnis wäre nicht erkennbar, weshalb der Kreis begünstigter Eltern, Großeltern und Geschwister überhaupt eingeschränkt sein und sich nur auf solche des Erwerbers oder seines Ehegatten beziehen sollte, sodass die Klausel jeden Bezug zu Verwandtschaft oder Schwägerschaft des Erwerbers verlöre. Dass die Auflistung so nicht gemeint sein kann, weil der Kreis der Begünstigten anderenfalls auch jedwede Eltern und Geschwister eines sonstigen Dritten erfasste und damit uferlos wäre, ist ohne weiteres ersichtlich.

[20] (c) Nichts anderes ergibt sich entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts aus der Regelung des § 305c Abs. 2 BGB, nach der Zweifel bei der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen zu Lasten des Verwenders gehen. Dabei kann dahinstehen, ob die §§ 305 ff. BGB auf den vom Beklagten abgeschlossenen Kaufvertrag überhaupt anzuwenden sind (s.o. Rn. 15). Denn die Unklarheitenregelung des § 305c BGB ist nicht schon dann anzuwenden, wenn Streit über die Auslegung besteht. Die Norm kommt vielmehr erst dann zur Anwendung, wenn nach Ausschöpfung der für die Auslegung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen in Betracht kommenden Methoden ein nicht behebbarer Zweifel bleibt und mindestens zwei Auslegungen rechtlich vertretbar sind (vgl. Senat, Urt. v. 29.05.2009 – V ZR 201/08, NJW-RR 2010, 63 Rn. 13; Urt. v. 22.10.2021 – V ZR 69/20, NJW 2022, 614 Rn. 49; Urt. v. 13.10.2006 – V ZR 33/06, NJW-RR 2007, 962 Rn. 17; BGH, Urt. v. 17.12.2020 – I ZR 130/19, NJW 2021, 771 Rn. 44 m.w.N.). Dies ist hier nicht der Fall. Der von dem Berufungsgericht für denkbar gehaltene Inhalt kommt den Klauseln nicht zu.

[21] (d) Das Berufungsgericht lässt bei seiner Auslegung zudem außer Acht, dass bei der Auslegung von Verträgen, die eine Gemeinde im Rahmen eines Einheimischenmodells abschließt, die besondere Zweckbestimmung der verbilligten Abgabe von Bauland und die Funktion der die Zwecke absichernden Regelungen zu berücksichtigen sind.

[22] (aa) Beim sog. „Einheimischenmodell“ soll in Gemeinden, die eine starke Nachfrage nach Bauland durch auswärtige Interessenten verzeichnen, Einheimischen (näher zum heutigen unionsrechtlich geprägten Verständnis des Begriffs

„Einheimische“ *Grziwotz*, ZfR 2017, 221) der Erwerb von Bauflächen zu bezahlbaren, in der Regel deutlich unter dem Verkehrswert liegenden Preisen ermöglicht werden. Eine Veräußerung unter dem Verkehrswert ist den Gemeinden wegen des Gebots der sparsamen Verwendung öffentlicher Mittel nur gestattet, wenn dies der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dient und die zweckentsprechende Mittelverwendung sichergestellt wird. Gemeinden, die zur Förderung des Wohnbaus von Einheimischen Grundstücke verbilligt verkaufen, sind daher nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet, für eine vertragliche Absicherung des – den verbilligten Grundstücksverkauf rechtfertigenden – Ziels der Einheimischenförderung Sorge zu tragen. Sie müssen insbesondere sicherstellen, dass die bevorzugten Käufer die auf den Grundstücken zu errichtenden Eigenheime für einen bestimmten Zeitraum selbst nutzen und nicht auf Kosten der Allgemeinheit Gewinne erzielen, indem sie das verbilligte Bauland alsbald zum Verkehrswert weiterveräußern oder den Grundbesitz an Dritte vermieten. Vertragliche Regelungen, die entsprechende Bindungen begründen, schaffen mithin erst die (öffentlich-) rechtlichen Voraussetzungen für die Vergabe preisgünstigen Baulands (zum Ganzen Senat, Urt. v. 16.12.2022 – V ZR 144/21, ZfR 2023, 139 Rn. 24 m.w.N.). Die Gemeinde muss namentlich sicherstellen, dass die bevorzugten ortsansässigen Käufer die auf den Grundstücken zu errichtenden Wohnungen zumindest für einen bestimmten Zeitraum tatsächlich selbst nutzen, dass also die ihnen aus staatlichen Mitteln gewährte Vergünstigung ihren Zweck erfüllt, den Bau eigengenutzten Wohnraums bei Vermeidung von Bodenspekulationen zu fördern (vgl. Senat, Urt. v. 29.11.2002 – V ZR 105/02, BGHZ 153, 93, 104; Urt. v. 21.07.2006 – V ZR 252/05, NJW-RR 2006, 1452 Rn. 14).

[23] (bb) Die vertraglichen Regelungen, die erst die (öffentlich-) rechtlichen Voraussetzungen für die Vergabe preisgünstigen Baulands schaffen, müssen von den Zivilgerichten daher auch vor diesem Hintergrund interpretiert werden (vgl. Senat, Urt. v. 16.04.2010 – V ZR 175/09, NJW 2010, 3505 Rn. 12; Urt. v. 16.12.2022 – V ZR 144/21, ZfR 2023, 139 Rn. 24; Urt. v. 29.11.2002 – V ZR 105/02, BGHZ 153, 93, 96, 103 f.). Dabei ist die besondere Interessenlage der Gemeinden beim Abschluss von Verträgen im Einheimischenmodell zu berücksichtigen (vgl. Senat, Urt. v. 29.11.2002 – V ZR 105/02, BGHZ 153, 93, 102).

[24] (cc) Die hier verwendeten Klauseln können danach nur so verstanden werden, dass es dem Erwerber bis zum Ende der Bindungszeit obliegen soll, die Wohnung selbst zumindest mit zu nutzen. Eine vollständige Überlassung der Wohnung zur Fremdnutzung an den Ehegatten oder Lebenspartner des Erwerbers, seine Abkömmlinge, Eltern, Großeltern oder Geschwister sowie sonstige Dritte – etwa wie hier den Schwager – soll nur mit schriftlicher Zustimmung der Gemeinde zulässig sein. Nur diese Auslegung wird dem Umstand gerecht, dass die Gemeinde bei der Veräußerung der Grundstücke – selbst oder durch einen Dritten – zu prüfen hat, ob der jeweilige Kaufinteressent in seiner Person die Voraussetzungen des Einheimischenmodells erfüllt und – sofern dies auf mehrere Interessenten zutrifft – gegebenenfalls Kriterien für die Auswahl aufzustellen. Wäre der Erwerber sodann berechtigt, ohne Zustimmung der Gemeinde aus der erworbenen

Wohnung auszuziehen und diese an vertraglich gegenüber der Gemeinde nicht gebundene entferntere Familienmitglieder oder – als Konsequenz der Auslegung des Berufungsgerichts – sogar sonstige Dritte zur eigenständigen Nutzung zu überlassen, liefe die von der Gemeinde vorgenommene Auswahl leer und wäre die Einhaltung des Subventionszwecks nicht mehr gewährleistet. An die Stelle der Eigennutzung durch den ausgewählten Erwerber träte ein freies Überlassungsrecht innerhalb eines weiten Personenkreises.

[25] (2) Nach der gebotenen Auslegung der Vergaberichtlinien, die der Senat – da insoweit keine weiteren tatsächlichen Feststellungen zu erwarten sind – selbst vornehmen kann, ist die Regelung somit dahingehend zu verstehen, dass sie dem Beklagten die Aufgabe der Eigennutzung vor Ablauf von 15 Jahren im Sinne einer Obliegenheit untersagt und die Überlassung der Wohnung an seinen Schwager jedenfalls von einer vorherigen schriftlichen Zustimmung durch die Klägerin abhängig macht. Gegen diese Vorgabe hat der Beklagte verstoßen.

[26] bb) Unzutreffend ist auch die Annahme des Berufungsgerichts, dass dieser Verstoß als geringfügig anzusehen ist und sich die Entscheidung der Klägerin, das ihr eingeräumte Wiederkaufsrecht auszuüben, deswegen als ermessensfehlerhaft darstellt mit der Folge, dass die Ausübung des Rechts unwirksam ist.

[27] (1) Richtig ist allerdings, dass die Gemeinde in der Ausübung des Wiederkaufsrechts nicht frei ist. Sie hat mit dem von dem Bauträger abgeschlossenen Vertrag ein Einheimischenmodell verwirklicht und damit eine öffentliche Aufgabe wahrgenommen. Dabei unterliegt sie ungeachtet des privatrechtlichen Charakters des Vertrags öffentlich-rechtlichen Bindungen. Die Gemeinde ist verpflichtet, vor der Ausübung eines ihr aus der Erfüllung öffentlicher Aufgaben zustehenden Rechts im Wege einer Ermessensentscheidung zu prüfen, ob und inwieweit eine Geltendmachung des Rechts im Interesse der Sicherung des mit ihm verfolgten Zwecks geboten ist oder eine vermeidbare Härte darstellt (vgl. Senat, Urt. v. 06.11.2009 – V ZR 63/09, NVwZ 2010, 531 Rn. 9, 29; Urt. v. 21.07.2006 – V ZR 252/05, NJW-RR 2006, 1452 Rn. 10; Urt. v. 29.11.2002 – V ZR 105/02, BGHZ 153, 93, 106 sowie – zu einem Heimfallanspruch – Senat, Urt. v. 19.01.2024 – V ZR 191/22, NJW-RR 2024, 506 Rn. 34). Sie muss nicht nur die Grundrechte, insbesondere den Gleichheitssatz, beachten, sondern auch das Übermaßverbot einhalten (vgl. Senat, Urt. v. 13.10.2006 – V ZR 33/06, NJW-RR 2007, 962 Rn. 19; Urt. v. 21.07.2006 – V ZR 252/05, NJW-RR 2006, 1452 Rn. 10; Urt. v. 29.11.2002 – V ZR 105/02, BGHZ 153, 93, 106; Urt. v. 06.11.2009 – V ZR 63/09, NVwZ 2010, 531 Rn. 9).

[28] (2) Nach diesen Maßstäben ist die Ausübung des Wiederkaufsrechts auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen nicht zu beanstanden. Durch die Aufgabe der Wohnung verstieß der Beklagte gegen die ihn treffende „Nutzungspflicht“ (Ziff. 5.1.1.2), durch die Überlassung an seinen Schwager ohne Zustimmung der Gemeinde gegen das ihm auferlegte „Nutzungs- und Veräußerungsverbot“ (Ziff. 5.1.1.3). Die Bedingungen für den vergünstigten Erwerb von Wohnraum durch den Beklagten lagen damit nicht

mehr vor. Dass es dem Beklagten nicht zumutbar gewesen wäre, sich zur Einholung der erforderlichen vorherigen Zustimmung an die Klägerin zu wenden, ist ebenso wenig festgestellt wie das Vorliegen persönlicher Umstände, nach denen die Ausübung des Wiederkaufsrechts für den Beklagten, der mit seiner Familie anderweitig Wohnraum gefunden hatte, eine besondere Härte darstellen würde. Die Klägerin durfte in dieser Lage ohne Ermessensfehler das ihr vertraglich vorbehaltene Wiederkaufsrecht ausüben, um die nicht zweckentsprechende Verwendung des überlassenen Wohnraums zu beenden. Denn grundsätzlich ist davon auszugehen, dass in Ermangelung besonderer Umstände die haushaltsrechtlichen Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit (vgl. § 6 Abs. 1 HGrG) das Interesse des Empfängers einer – hier in der Verbilligung des grundstücksbezogenen Kaufpreisanteils liegenden – Subvention überwiegen, die Zuwendung ohne zweckentsprechende Nutzung (in vollem Umfang) behalten zu dürfen (vgl. Senat, Urt. v. 06.11.2009 – V ZR 63/09, NVwZ 2010, 531 Rn. 31). Dies benachteiligt den Käufer nicht unbillig, da seine durch das Wiederkaufsrecht bewirkte Bindung den Preis für den verbilligten Erwerb des Grundstücks bildet (vgl. Senat, Urt. v. 26.06.2015 – V ZR 271/14, NJW 2015, 3169 Rn. 16).

[29] (3) Unerheblich ist, ob der Schwager des Beklagten seinerseits die Voraussetzung für einen verbilligten Grunderwerb im Einheimischenmodell erfüllt hätte. Denn die Einholung der vorherigen Zustimmung soll die Gemeinde auch in die Lage versetzen zu prüfen, ob die vertraglichen Bindungen an den Erwerber weitergegeben und hinreichend abgesichert werden (vgl. Senat, Urt. v. 13.10.2006 – V ZR 33/06, NJW-RR 2007, 962 Rn. 16, 21). Bei einer Überlassung der Nutzung muss die Gemeinde zumindest prüfen können, ob der neue Nutzer selbst zum Erwerb eines Grundstücks im Einheimischenmodell berechtigt wäre (vgl. Hertel, Einheimischenmodelle an der Schnittstelle zwischen Öffentlichem Recht und Zivilrecht – Zur Gestaltung von Einheimischenmodellen im Zwischenerwerbsmodell, in Notarielle Vertragsgestaltung für Kommunen, 2003, S. 166, 195). Diese Möglichkeit wird ihr genommen, wenn der Erwerber ohne Einholung der Zustimmung auszieht und die Wohnung einem Dritten überlässt. Könnte der Erwerber sodann gegen die Ausübung des Wiederkaufsrechts einwenden, der neue Nutzer erfülle seinerseits die Erwerbsvoraussetzungen, dann liefe das Erfordernis der vorherigen Zustimmung im Ergebnis leer. Vorliegend kommt hinzu, dass nach den getroffenen Feststellungen der Schwager des Beklagten bereits im Sommer 2020 ebenfalls aus der Wohnung ausgezogen ist, die seitdem leer steht. Diesen Leerstand musste die Klägerin nicht hinnehmen, nachdem sie das Grundstück ursprünglich gerade veräußert hat, um der Knappheit des für Einheimischen verfügbaren Wohnraums entgegenzuwirken und dessen bessere Ausnutzung zu erreichen.

[30] (4) Soweit das Berufungsgericht meint, es sei kein sachlicher Grund dafür zu erkennen, dass nach der vertraglichen Regelung zwar ein Bruder des Erwerbers ohne vorherige Prüfung als „Ersatznutzer“ akzeptiert werde, jedoch im Einzelfall der Bruder der Ehefrau des Erwerbers allein wegen des gemeindlichen „Auswahlwunsches“ abgelehnt werde, liegt dem ein fehlerhaftes Verständnis der Überprüfung der gemeindlichen Ermessensentscheidung hinsichtlich der Ausübung des

Wiederkaufsrechts zugrunde. Es obliegt der Entscheidung der Gemeinde, wie weit der Kreis der Erwerbs- und Nutzungsberechtigten bei der verbilligten Abgabe von Bauland im Einheimischenmodell gezogen werden soll. Die Entscheidung über die Vergabe, d.h. über das „Ob“ des Verkaufs, kann ggf. im Verwaltungsrechtsweg überprüft werden (vgl. Hamdorf, NZM 2023, 857, 861). Regelungen zu Nutzungsbindungen und Sanktionen in den Kaufverträgen sind zivilrechtlich am Maßstab des § 11 Abs. 2 BauGB zu messen. Es ist aber nicht Sache der Zivilgerichte, ihre eigene Auffassung zu sachgerechten Ausnahmen von der Nutzungsbindung über die insoweit bestehende Gestaltungsbefugnis der Gemeinde zu stellen und eine für nicht sachgerecht gehaltene vertragliche Ausnahmeregelung auf der Ebene der Kontrolle des gemeindlichen Ermessens bei der Wahrnehmung vertraglicher Rechte zu korrigieren.

[31] cc) Die Geltendmachung des Wiederkaufsrechts ist – anders als von dem Berufungsgericht angenommen – auch im Übrigen mit dem Übermaßverbot vereinbar.

[32] (1) Die ermessensgerechte Ausübung des Wiederkaufsrechts setzt zunächst entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts auch unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit keine Absicht des Erwerbers zu unredlichem Handeln oder zum Erzielen von Spekulationsgewinnen voraus. Die dem Erwerber auferlegten Bindungen dienen – wie ausgeführt (s.o. Rn. 22) – dazu, den Förderungszweck vertraglich abzusichern. Dieser liegt indes vorrangig darin, der einkommensschwächeren örtlichen Bevölkerung Wohnraum zur Nutzung zur Verfügung zu stellen. Die Gefährdung dieses Ziels hängt bei einer Aufgabe der Nutzung durch den Erwerber nicht davon ab, welche Beweggründe er bei seinem Handeln verfolgt und ob er seinen Vertragsverstoß gegenüber der Gemeinde verheimlicht. Das Vorliegen derartiger Umstände kann zwar die Schutzwürdigkeit des Erwerbers mindern; ihr Fehlen lässt die Verhältnismäßigkeit der vorgesehenen Vertragsfolge aber nicht entfallen. Eine Gemeinde darf ihr im Rahmen eines Einheimischenmodells vereinbartes Wiederkaufsrecht daher auch dann ausüben, wenn der Erwerber die geförderte Nutzung des erworbenen Grundstücks aufgibt, ohne dieses veräußern zu wollen, und auch dann, wenn er seinen Verstoß gegenüber der Gemeinde nachträglich offenlegt.

[33] (2) Dies belastet den Erwerber insbesondere dort nicht unangemessen, wo seinen Interessen durch die in dem Kaufvertrag für den Fall des Wiederkaufs getroffenen Regelung in besonderem Maße Rechnung getragen wird. So ist es hier. Dem Beklagten verbleibt bei Ausübung des Wiederkaufsrechts durch die Klägerin anteilig die bis zu seinem Verstoß gegen die Vergaberichtlinien eingetretene Bodenwertsteigerung. Denn die Klägerin schuldet nach der getroffenen Regelung als Wiederkaufspreis neben dem ursprünglich gezahlten Kaufpreis unter anderem einen Zusatzbeitrag in Höhe der anteiligen Differenz zum Verkehrswert des Grundstücks bei Eintritt der Wiederkaufberechtigung. Nach der Rechtsprechung des Senats wäre es hingegen im Grundsatz auch nicht unbillig, den Preis, zu welchem verkauft worden ist, als Wiederkaufspreis zu vereinbaren, wie es der Zweifelsregelung des § 456 Abs. 2 BGB entspricht (vgl. Senat, Urt. v. 16.12.2022 – V ZR 144/21, NVwZ 2023, 539 Rn. 15; Urt. v.

29.10.2010 – V ZR 47/10, juris Rn. 13; Urt. v. 29.10.2010 – V ZR 48/10, NJW 2011, 515 Rn. 11); das gilt auch dann, wenn die Gemeinde hierdurch im Wiederkaufsfall die gesamte Bodenwertsteigerung für sich vereinnahmt (vgl. Senat, Urt. v. 29.11.2002 – V ZR 105/02, BGHZ 153, 93, 105 f.). Eine höhere Bemessung des Wiederkaufspreises mildert hingegen die Folgen der Ausübung des Wiederkaufsrechts für den Erwerber ab, was bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit zu berücksichtigen ist.

[34] (3) Schon aus diesem Grund führt es, anders als das Berufungsgericht meint, auch nicht zur Unverhältnismäßigkeit der Ausübung des Wiederkaufsrechts, dass zum Zeitpunkt des Auszugs des Beklagten mehr als zehn Jahre und damit über zwei Drittel der Bindungsfrist bereits abgelaufen waren. Abgesehen davon, dass die Bindungsfrist von 15 Jahren im Grundsatz ohnehin nicht zu beanstanden ist (oben Rn. 8), wird dem Zeitablauf bereits durch die entsprechende Erhöhung des Wiederkaufspreises hinreichend Rechnung getragen; dem Beklagten kommen auf diese Weise im Ergebnis mehr als zwei Drittel der eingetretenen Bodenwertsteigerung zugute.

[35] dd) Die Klägerin ist entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts auch nicht darauf beschränkt, anstelle der Ausübung des Wiederkaufsrechts vom Beklagten eine Nachzahlung auf den seinerzeit von ihm gezahlten Kaufpreis zu verlangen.

[36] (1) Die Ausübung eines Wiederkaufsrechts ist gegenüber der Forderung einer Nachzahlung nicht als subsidiär oder gar als ultima ratio anzusehen. Vielmehr steht es – vorbehaltlich anderweitiger Vereinbarungen – im pflichtgemäßen Ermessen der Gemeinde, ob sie bei einer Obliegenheits- oder Pflichtverletzung des Erwerbers das Wiederkaufsrecht ausübt oder ob sie die Nachzahlung des Verbilligungsabschlags verlangt. Dies hat der Senat zum umgekehrten Einwand eines Vorrangs des Wiederkaufsrechts ausdrücklich entschieden (vgl. Senat, Urt. v. 06.11.2009 – V ZR 63/09, NVwZ 2010, 531 Rn. 11). Ebenso wenig kommt dem Nachzahlungsanspruch ein genereller Vorrang vor der Ausübung des Wiederkaufsrechts zu. Denn der Sinn eines Nachzahlungsanspruchs liegt gerade darin, der Gemeinde bei einem Verstoß des Erwerbers gegen die vertraglichen Bindungen eine Handlungsalternative zu verschaffen, wenn sie das Wiederkaufsrecht nicht sinnvoll einsetzen kann, etwa weil sie die zur Zahlung des Wiederkaufspreises erforderlichen zusätzlichen Mittel nicht aufbringen kann oder einsetzen darf (vgl. Senat, Urt. v. 13.10.2006 – V ZR 33/06, NJW-RR 2007, 962 Rn. 11, 17) oder weil die Immobilie selbst für die Gemeinde nicht sinnvoll nutzbar oder verwertbar ist (vgl. Senat, Urt. v. 19.01.2024 – V ZR 191/22, NZM 2024, 201 Rn. 25 zum Heimfallanspruch bei einer Moschee). Wo ihr dies hingegen möglich ist, steht es in ihrem Ermessen, stattdessen das ihr zustehende Wiederkaufsrecht auszuüben.

[37] (2) Die Nachforderung ist im Vergleich zur Ausübung des Wiederkaufsrechts zudem schon deshalb kein milderer Mittel, weil sie nicht gleich geeignet ist, das Ziel der Einheimischenförderung (noch) zu erreichen. Der Anspruch

auf Rückübertragung des Wohnungseigentums versetzt die Gemeinde nämlich in die Lage, dieses erneut im Rahmen des Einheimischenmodells zu verwenden. Die Nachforderung führte hingegen nur dazu, dass die Gemeinde für das Grundstück nachträglich einen marktgerechten Preis erzielt, und widerspricht damit ihrer ursprünglichen Entscheidung, dieses stattdessen für Förderzwecke zu nutzen.

[38] III. Das Berufungsurteil kann daher keinen Bestand haben; es ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Der Senat kann in der Sache nicht selbst entscheiden, weil weitere Feststellungen zu treffen sind (§ 563 Abs. 3 ZPO), namentlich zur Höhe der Zug um Zug gegen die Übertragung des Wohnungseigentums von der Gemeinde zu leistenden Zahlung. Die Sache ist daher zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1, 3 ZPO).

Wohnungseigentumsrecht

Änderung des Kostenverteilungsschlüssels

BGB § 745

Leitsatz amtlich

Ein Mehrheitsbeschluss der Teilhaber einer Gemeinschaft nach Bruchteilen ist am Maßstab der in § 745 Abs. 1 und Abs. 3 BGB festgelegten Grenzen zu messen. Ein danach wirksamer Mehrheitsbeschluss unterliegt bei unveränderter Sachlage keiner Billigkeitskontrolle nach § 745 Abs. 2 BGB.

BGH, Urt. v. 29.04.2025 – II ZR 47/24 –

Tatbestand:

[1] Die Parteien sind Miteigentümer eines mit einem privaten Parkhaus bebauten Grundstücks, das in 108 Miteigentumsanteile aufgeteilt ist. Das Parkhaus verfügt über 40 überirdische Stellplätze und 68 Tiefgaragenstellplätze mit zwei Doppel- und 16 Vierfachparkplätzen, die jeweils hydraulische Hebebühnen erfordern.

[2] Die Stell- und Tiefgaragenplätze wurden ursprünglich von der I. GmbH errichtet und verkauft. Sämtliche Kaufverträge enthielten in § 8b folgende Regelung zu den Unterhaltungskosten der Anlage:

„Die Kosten der Unterhaltung der Garagenanlage (Tiefgarage und oberirdisches Parkdeck) tragen die Miteigentümer entsprechend ihren Miteigentumsanteilen. Dies gilt insbesondere für Reparaturen und Instandhaltungen und die Grünflächenpflege sowie für die laufenden Betriebskosten einschließlich der abgeschlossenen Versicherungen.“

[3] Die Beklagte zu 1 hält 54 Miteigentumsanteile; ihr sind alle 40 oberirdischen und weitere 14 Tiefgaragenstellplätze zugeordnet. Der Beklagte zu 2 ist Geschäftsführer der I.

GmbH und der Beklagten zu 1. Gemeinsam verfügen die Beklagten über eine Mehrheit von 55 der insgesamt 108 Mit Eigentumsanteile der Bruchteilsgemeinschaft.

[4] Nachdem umfangreiche Instandhaltungsmaßnahmen an den Hydraulikzylindern der Tiefgaragenstellplätze erforderlich wurden, beschlossen die Teilhaber in der Eigentümerversammlung vom 19.10.2020 unter TOP 1 mehrheitlich bei 2 Enthaltungen, 37 Nein-Stimmen und 55 Ja-Stimmen eine Änderung des Kostenverteilungsschlüssels dahingehend, dass die Eigentümer weiterhin gemeinschaftlich die Kosten von Reinigung und Instandhaltung des Gebäudes tragen sollen; die Kosten für die Reinigung und Instandhaltung der Tiefgaragenplätze jedoch von den Eigentümern der Tiefgaragenplätze und die Kosten für die Reinigung und Instandhaltung der oberirdischen Stellplätze von den Eigentümern der oberirdischen Stellplätze zu tragen sind.

(...)

Entscheidungsgründe:

[7] Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

[8] I. Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung (OLG Frankfurt, Urt. v. 19.01.2024 – 24 U 155/22, juris) im Wesentlichen wie folgt begründet:

[9] Die in § 8b der Kaufverträge enthaltene Kostenverteilung entspreche der in § 748 BGB gesetzlich vorgesehenen Regelung, die unmittelbar zur Anwendung gelange, weil die jeweiligen kaufvertraglichen Regelungen zwischen der das Parkhaus errichtenden GmbH und den kaufenden Parteien vereinbart worden seien. Da zu diesem Zeitpunkt eine Bruchteilsgemeinschaft noch nicht bestanden habe, könne diese Regelung keine Vereinbarung im Innenverhältnis der Miteigentümer darstellen.

[10] Die gesetzlich vorgesehene Kostenverteilung sei zwar abdingbar, durch den Mehrheitsbeschluss vom 19.10.2020 jedoch nicht wirksam abgeändert worden. Da eine Regelung im Innenverhältnis der Bruchteilsgemeinschaft noch nicht bestanden habe, habe der Beschluss dazu gedient, erstmals abweichend von § 748 BGB eine solche zu schaffen. Eine Neuregelung müsse gem. § 744 Abs. 1 BGB einstimmig erfolgen oder ordnungsgemäßer Verwaltung i.S.d. § 745 Abs. 2 BGB entsprechen.

[11] Ein Mehrheitsbeschluss nach § 745 Abs. 1 Satz 1 BGB zur ordnungsgemäßen Verwaltung und Benutzung des gemeinschaftlichen Gegenstandes sei nicht möglich, weil es sich bei der Änderung der Kostenverteilung um eine wesentliche Veränderung des Gegenstands nach § 745 Abs. 3 Satz 1 BGB handle. Dabei sei zu berücksichtigen, dass der Anspruch nach § 748 BGB die Kehrseite des Anspruchs der Teilhaber auf Gebrauch des gemeinschaftlichen Gegenstands nach § 743 BGB sei. Da das Recht jedes Teilhabers auf einen seinem Anteil entsprechenden Bruchteil der Nutzung nicht ohne seine Zustimmung beeinträchtigt werden könne, könne dem Einzelnen spiegelbildlich auch nicht ohne seine Zustimmung

eine größere Anteil an der Kostentragung übertragen werden. Nach diesen Maßstäben entspreche die Änderung der Kostenverteilung nicht dem Interesse aller Teilhaber nach billigem Ermessen.

[12] Der streitgegenständliche Beschluss berühre die wirtschaftlichen Grundlagen und die Gestaltung der von Anfang an als egalitäre Gemeinschaft ausgestalteten Bruchteilsgemeinschaft deutlich, da angesichts der ersten großen Sanierungskosten die Kostentragungspflichten massiv zulasten der Tiefgaragenstellplatzeigentümer hätten verändert werden sollen. Zwar könne eine einseitige Auferlegung der Unterhaltungskosten im Einzelfall gerechtfertigt sein, wenn einem Teilhaber sämtliche Vorteile aus der Nutzung des Teileigentums allein zukämen. Auch seien die Tiefgaragenplätze in der Erhaltung kostenintensiver, so dass die Stellplätze Anhaltspunkte für eine unterschiedliche Kostenstruktur aufwiesen. Allerdings sei die Nutzung der Parkplätze im Grunde gleich gelagert.

[13] II. Das Berufungsurteil hält einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

[14] 1. Die Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit des mit Mehrheit der Bruchteilseigentümer gefassten Beschlusses vom 19.10.2020 ist gem. § 256 ZPO zulässig. Zwar ist die Geltendmachung der Unwirksamkeit von Beschlüssen im Recht der Gemeinschaft nicht geregelt. Nach allgemeiner Auffassung kann aber auf Feststellung der Unwirksamkeit geklagt werden (BGH, Beschl. v. 26.04.2010 – II ZR 159/09, ZIP 2010, 1690 Rn. 7 m.w.N.).

[15] 2. Mit der Begründung des Berufungsgerichts kann die Unwirksamkeit des Beschlusses vom 19.10.2020 nicht bejaht werden.

[16] a) Die Teilhaber der Bruchteilsgemeinschaft, haben nach den Feststellungen des Berufungsgerichts am 19.10.2020 mit der nach § 745 Abs. 1 Satz 2 BGB erforderlichen Mehrheit eine von der gesetzlichen Regelung des § 748 BGB abweichende Verteilung der auf das Parkhaus entfallenden Kosten beschlossen. Eine von § 748 BGB abweichende Kostenverteilung kann Gegenstand eines Mehrheitsbeschlusses nach § 745 Abs. 1 BGB sein (BeckOGK BGB/Fehrenbacher, Stand 01.03.2025, § 745 Rn. 9; MünchKommBGB/K. Schmidt, 9. Aufl., § 744, § 745 Rn. 5; Staudinger/Eickelberg, BGB, Neubearb. 2021, § 745 Rn. 8).

[17] b) Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerhaft angenommen, dass die Änderung der Kostenverteilung eine wesentliche Veränderung des gemeinschaftlichen Gegenstands i.S.v. § 745 Abs. 3 Satz 1 BGB darstelle.

[18] aa) Wesentliche Veränderungen des Gegenstands sind Änderungen der äußeren Gestalt oder Änderungen der wirtschaftlichen Zweckbestimmung (BGH, Urt. v. 17.04.1953 – V ZR 58/52, NJW 1953, 1427; Urt. v. 20.12.1982 – II ZR 13/82, NJW 1983, 932, 933; Urt. v. 04.05.1987 – II ZR 211/86, BGHZ 101, 24, 28; Beschl. v. 26.04.2010 – II ZR 159/09, NJW-RR 2010, 1312 Rn. 11), wenn sie von einem gewissen Gewicht sind (BGH, Urt. v. 14.11.1994 – II ZR 209/93, ZIP 1995, 649 juris Rn. 12; Urt. v. 08.03.2004 – II ZR 5/02, NJW-RR 2004, 809, 810; Urt. v. 28.09.2005 –

IV ZR 82/04, BGHZ 164, 181 Rn. 22) oder insbesondere verhältnismäßig kostspielige Maßnahmen betreffen (vgl. BGH, Urt. v. 17.04.1953 – V ZR 58/52, NJW 1953, 1427; Urt. v. 20.12.1982 – II ZR 13/82, NJW 1983, 932, 933).

[19] bb) Die von der Mehrheit der Teilhaber am 19.10.2020 beschlossene Änderung des Kostenverteilungsschlüssels für die Reinigung und Instandhaltung des Parkhauses stellt keine wesentliche Veränderung des gemeinschaftlich genutzten Grundstücks gem. § 745 Abs. 3 Satz 1 BGB dar.

[20] Die Veränderung des Kostenverteilungsschlüssels für die Reinigung und Instandhaltung der Stellplätze berührt weder die äußere Gestalt des als Garagenanlage genutzten Grundstücks noch führt sie zu einer erheblichen Änderung der wirtschaftlichen Zweckbestimmung. Diese liegt weiterhin in der Nutzung des Grundstücks als Garagenanlage.

[21] c) Das Berufungsgericht richtet seine Prüfung zudem unzutreffend an der Frage aus, ob die Änderung der Kostenverteilung dem Interesse aller Teilhaber nach billigem Ermessen gem. § 745 Abs. 2 BGB entspricht.

[22] aa) Nach § 745 Abs. 2 BGB kann jeder Teilhaber eine dem Interesse aller Teilhaber nach billigem Ermessen entsprechende Verwaltung und Benutzung verlangen, sofern die Verwaltung und Benutzung der gemeinschaftlichen Sache nicht durch Vereinbarung oder Mehrheitsbeschluss geregelt sind. Ein Anspruch nach § 745 Abs. 2 BGB auf eine Verwaltungsregelung durch gerichtliche Entscheidung besteht auch dann, wenn eine bestimmte Regelung zwar vereinbart oder mehrheitlich beschlossen wurde, aber lückenhaft ist (BGH, Urt. v. 17.12.1973 – II ZR 59/72, NJW 1974, 364 f.) oder zwischenzeitlich eine tatsächliche Änderung eingetreten ist (BGH, Beschl. v. 25.10.2006 – VII ZB 29/06, NJW 2007, 149, 150).

[23] Umstritten ist, ob Mehrheitsbeschlüsse, die sich im Rahmen ordnungsgemäßer Verwaltung und Benutzung halten, auch bei unveränderter Sachlage unter Hinweis auf § 745 Abs. 2 BGB angegriffen werden können, wenn die beschlossene Regelung nicht allseitig interessengemäß ist. Teilweise wird vertreten, dass auch Mehrheitsbeschlüsse einer Billigkeitskontrolle unterfielen und § 745 Abs. 2 BGB eine allgemeine Kontrollfunktion zukomme (MünchKommBGB/K. Schmidt, 9. Aufl., § 744, § 745 Rn. 29; Schnorr, Die Gemeinschaft nach Bruchteilen, 2004, S. 253 f.), mit der Folge, dass die Mehrheitsinteressen über den in § 745 Abs. 3 BGB verankerten spezifischen Minderheitsschutz hinaus eingeschränkt werden können (vgl. Henke, Die Erfindungsgemeinschaft, 2005, Rn. 392). Nach anderer Ansicht können lückenlose Mehrheitsbeschlüsse, die sich im Rahmen ordnungsmäßiger Verwaltung und Benutzung halten, bei unveränderter Sachlage nicht mit einem auf § 745 Abs. 2 BGB gestützten Anspruch auf eine abweichende, dem Interesse aller Teilhaber nach billigem Ermessen entsprechende Regelung in Frage gestellt werden (Aderhold, in: Erman, BGB, 17. Aufl., § 745 Rn. 6; Staudinger/Eickelberg, BGB, Neubearb. 2021, § 745 Rn. 50; BeckOGK BGB/Fehrenbacher, Stand 01.03.2025, § 745 Rn. 29; Gregor, in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 10. Aufl., § 745 BGB Rn. 4; Henke, Die Erfindungsgemeinschaft, 2005, Rn. 395).

[24] bb) Richtig ist die zuletzt genannte Auffassung. Ein Mehrheitsbeschluss der Teilhaber einer Gemeinschaft nach Bruchteilen ist am Maßstab der in § 745 Abs. 1 und Abs. 3 BGB festgelegten Grenzen zu messen. Ein danach wirksamer Mehrheitsbeschluss unterfällt bei unveränderter Sachlage keiner Billigkeitskontrolle nach § 745 Abs. 2 BGB.

[25] Eine allgemeine Billigkeitskontrolle von Mehrheitsbeschlüssen nach § 745 Abs. 2 BGB widerspricht dem Wortlaut des Gesetzes (vgl. Staudinger/Eickelberg, BGB, Neubearb. 2021, § 745 Rn. 50). Danach besteht ein Anspruch auf eine Verwaltungsregelung durch gerichtliche Entscheidung nur, sofern nicht die Verwaltung und Benutzung durch Mehrheitsbeschluss geregelt ist.

[26] § 745 Abs. 1 BGB weist der Teilhabermehrheit mit der Möglichkeit, mehrheitlich eine Verwaltungs- und Benutzungsregelung zu beschließen eine weitgehende Regelungskompetenz mit einem breiten Ermessensspielraum zu. Ordnungsmäßiger Verwaltung i.S.d. § 745 Abs. 1 BGB entsprechen nicht nur notwendige Maßnahmen nach § 744 Abs. 2 BGB, sondern alle Maßnahmen, die nach den individuellen Gegebenheiten im Zeitpunkt der Beschlussfassung vernünftig erscheinen (BGH, Beschl. v. 26.04.2010 – II ZR 159/09, ZIP 2010, 1690 Rn. 14 f. m.w.N.). Im Vergleich zu dem, was durch Mehrheit beschlossen werden kann, ist der Kreis der Maßregeln, die nach § 745 Abs. 2 BGB gefordert werden können, enger. Was mehrheitlich nicht beschlossen werden kann, kann auch nicht nach § 745 Abs. 2 BGB durchgesetzt werden; aber nicht alles, was mehrheitlich beschlossen werden kann, kann nach § 745 Abs. 2 BGB gefordert werden. Nach letzterer Bestimmung darf unter mehreren zur Auswahl stehenden Regelungen nur diejenige durchgeführt werden, die das Interesse aller Teilhaber bestmöglich wahrt. Nur eine solche Regelung entspricht dem Interesse aller Teilhaber nach billigem Ermessen (OLG Stuttgart, Urt. v. 29.10.2001 – 6 U 185/2000, juris Rn. 50). Die Anwendung dieser von § 745 Abs. 2 BGB vorgegebenen Maßstäbe auf die Inhaltskontrolle eines nach § 745 Abs. 1 BGB gefassten Beschlusses würde der der Mehrheit eingeräumten Regelungskompetenz vom Gesetz nicht vorgesehene Schranken auferlegen.

[27] § 745 Abs. 1 BGB belässt die Entscheidung darüber, welche unter mehreren vernünftigerweise in Betracht zu ziehenden Maßnahmen den Vorzug verdient, dem Urteil der Mehrheit. Die Minderheit oder die von ihr angerufenen Richter haben nicht das Recht, ihre eigene Beurteilung an die Stelle der Beurteilung durch die Mehrheit zu setzen. Eine allgemeine Zweckmäßigkeits- oder Inhaltskontrolle, bei der die Minderheit oder das Gericht die Auffassung der Mehrheit ersetzen könnte, findet nicht statt (vgl. BGH, Beschl. v. 26.04.2010 – II ZR 159/09, ZIP 2010, 1690 Rn. 14 m.w.N.; OLG Stuttgart, Urt. v. 29.10.2001 – 6 U 185/2000, juris Rn. 53). Von einem bei der Abstimmung unterlegenen Miteigentümer müssen solche Entscheidungen vielmehr auch dann hingenommen werden, wenn er sich eine andere Regelung gewünscht hätte (BGH, Urt. v. 14.11.1994 – II ZR 209/93, ZIP 1995, 649 juris Rn. 11). Den berechtigten Interessen der Minderheit kann im Rahmen der an § 745 Abs. 1 und Abs. 3 BGB orientierten Inhaltskontrolle ausreichend Rechnung getragen werden (vgl. BGH, Urt. v. 14.11.1994 – II ZR 209/93, ZIP 1995, 649 juris Rn. 11;

Beschl. v. 26.04.2010 – II ZR 159/09, ZIP 2010, 1690 Rn. 16 m.w.N.). Ein Anspruch des überstimmten Teilhabers auf eine Regelung „nach billigem Ermessen“ gem. § 745 Abs. 2 BGB ist ausgeschlossen, solange der Mehrheitsbeschluss sich im Rahmen von § 745 Abs. 1 und Abs. 3 BGB hält (vgl. BGH, Urt. v. 08.03.2004 – II ZR 5/02, NJW-RR 2004, 809; OLG Stuttgart, Urt. v. 29.10.2001 – 6 U 185/2000, juris Rn. 53). Nur ein Beschluss, der nicht ordnungsgemäßer Verwaltung entspricht, bindet die Minderheit nicht (OLG Stuttgart, Urt. v. 29.10.2001 – 6 U 185/2000, juris Rn. 53).

[28] III. Das Berufungsurteil ist danach insgesamt aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist gem. § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Der erkennende Senat kann über die Wirksamkeit des Beschlusses zur Abänderung der Kostenverteilung nicht selbst entscheiden, weil das Berufungsgericht bislang keine Feststellungen dazu getroffen hat, ob die beschlossene Änderung der Kostenverteilung einer ordnungsgemäßen Verwaltung und Benutzung gem. § 745 Abs. 1 BGB entspricht. Das Berufungsgericht wird sich zudem mit dem Vorbringen der Kläger zu einer Verdinglichung der Kostenverteilungsregelung zu beschäftigen haben, zu dem bisher, aus der rechtlichen Sicht des Berufungsgerichts folgerichtig, ebenfalls keine Feststellungen getroffen sind.

Unbillige Benachteiligung eines Wohnungseigentümers

Leitsatz redaktionell

Es sind im Grundsatz nur die unmittelbar mit der baulichen Veränderung verbundenen Auswirkungen, nicht aber Auswirkungen des späteren Gebrauchs zu berücksichtigen. Anders kann es nur sein, wenn bereits bei der Gestattung evident ist, dass der spätere Gebrauch zwangsläufig mit einer unbilligen Benachteiligung einhergehen wird, was bei hierzulande zugelassenen Klimageräten typischerweise nicht der Fall ist.

BGH, Urt. v. 23.05.2025 – V ZR 128/24

Tatbestand:

[1] Die Kläger sind Mitglieder der beklagten Gemeinschaft der Wohnungseigentümer (GdWE). Ihre Wohnung befindet sich unterhalb der Wohnung Nr. 8. Durch Beschluss vom 08.09.2022 wurde deren Eigentümer gestattet, auf seinem Balkon ein näher bezeichnetes Klimasplitgerät auf eigene Kosten zu installieren; beschrieben wird das Gerät in dem Beschluss unter anderem wie folgt:

„[...] Außengerät Schalldruckpegel: 50 dBA – im Regelbetrieb deutlich leiser. Die Sechste Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Bundes-Immissionsschutzgesetz wird eingehalten. Diese besagt: In reinen Wohngebieten darf der Nachbarschaftslärm tagsüber höchstens 50 Dezibel erreichen. Nachts dürfen es maximal 35 Dezibel sein [...]“

[2] Das Amtsgericht hat die gegen diesen Beschluss gerichtete Anfechtungsklage abgewiesen. Auf die Berufung der Klä-

ger hat das Landgericht den Beschluss für ungültig erklärt. Mit der von dem Landgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Kläger beantragen, möchte die beklagte GdWE die Wiederherstellung des amtsgerichtlichen Urteils erreichen.

Entscheidungsgründe:

[3] I. Nach Auffassung des Berufungsgerichts, dessen Entscheidung unter anderem in ZWE 2024, 378 veröffentlicht ist, widerspricht der Beschluss ordnungsmäßiger Verwaltung. Es bestehe das Risiko einer unbilligen Benachteiligung der Kläger i.S.d. § 20 Abs. 4, 2. Alt. WEG. Insoweit seien nicht nur die sich aus der baulichen Veränderung selbst, sondern auch die mit ihrer bestimmungsgemäßen Nutzung verbundenen Nachteile – wie mögliche, in dem Beschluss mit 50 dbA angegebene Geräuschemissionen – zu berücksichtigen. Da Klimageräte gerichtsbekannt nicht anderweitig gesteuert würden, sei davon auszugehen, dass der nach der Technischen Anleitung zum Schutz gegen Lärm (TA Lärm) in Wohngebieten nachts maßgebliche Grenzwert von 35 Dezibel überschritten werden könne. Ordnungsmäßiger Verwaltung hätte der Beschluss nur entsprochen, wenn zugleich durch einen flankierenden Nutzungsbeschluss sichergestellt worden wäre, dass es zu keiner unbilligen Benachteiligung einzelner Wohnungseigentümer komme.

[4] II. Das hält revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand.

[5] 1. Im Ausgangspunkt noch zutreffend nimmt das Berufungsgericht an, dass die Kompetenz der Wohnungseigentümer, einem Sondereigentümer eine bauliche Veränderung – hier: den mit Bohrungen durch die im Gemeinschaftseigentum stehende Außenfassade und die Regenrinne verbundenen Einbau des Klimageräts – durch Beschluss zu gestatten, aus § 20 Abs. 1 WEG folgt (näher zur Beschlusskompetenz Senat, Urt. v. 09.02.2024 – V ZR 244/22, NJW 2024, 1030 Rn. 12 ff.). Beschließen die Wohnungseigentümer die Gestattung einer baulichen Veränderung, die ein Wohnungseigentümer verlangt, ist der Beschluss auf die Klage eines anderen Wohnungseigentümers nur für ungültig zu erklären, wenn die beschlossene Maßnahme die Wohnanlage grundlegend umgestaltet (§ 20 Abs. 4, 1. Alt. WEG) bzw. einen Wohnungseigentümer ohne sein Einverständnis gegenüber anderen unbillig benachteiligt (§ 20 Abs. 4, 2. Alt. WEG) oder der Beschluss an einem anderen (allgemeinen) Beschlussmangel leidet. Ob ein Anspruch auf die Gestattung – nach § 20 Abs. 2 oder Abs. 3 WEG – bestand, ist bei einer Anfechtungsklage gegen einen dem Verlangen eines Wohnungseigentümers stattgebenden Beschluss ohne Bedeutung (vgl. Senat, Urt. v. 09.02.2024 – V ZR 33/23, NJW 2024, 1419 Rn. 9).

[6] 2. Mit der von dem Berufungsgericht gegebenen Begründung kann eine unbillige Benachteiligung der Kläger i.S.d. § 20 Abs. 4, 2. Alt. WEG aber nicht bejaht werden.

[7] a) Gem. § 20 Abs. 4, 2. Alt. WEG dürfen bauliche Veränderungen, die einen Wohnungseigentümer ohne sein Einverständnis gegenüber anderen unbillig benachteiligen, nicht beschlossen und gestattet und auch nicht verlangt werden. Eine unbillige Benachteiligung eines Wohnungseigentümers

setzt voraus, dass die beabsichtigte Maßnahme bei wertender Betrachtung und in Abwägung mit den mit der baulichen Veränderung verfolgten Vorteilen einem verständigen Wohnungseigentümer in zumutbarer Weise nicht abverlangt werden dürfte (vgl. Senat, Urt. v. 09.02.2024 – V ZR 244/22, NJW 2024, 1030 Rn. 44 m.w.N.). Demgegenüber genügt es nicht schon, dass sich ein verständiger Durchschnittseigentümer nach der Verkehrsanschauung nachvollziehbar durch die bauliche Veränderung beeinträchtigt fühlen kann. Auch Umstände, die zwangsläufig mit der Maßnahme verbunden sind, können für sich allein nicht zur Bejahung eines unbilligen Nachteils führen. Maßgeblich ist insoweit eine objektive Sicht (vgl. Senat, Urt. v. 11.10.2024 – V ZR 22/24, NJW-RR 2025, 13 Rn. 16 f.). Letztlich muss die bauliche Veränderung zu einer treuwidrigen Ungleichbehandlung der Wohnungseigentümer führen, indem die Nachteile einem oder mehreren Wohnungseigentümern in größerem Umfang zugemutet werden als den übrigen (BT-Drucks. 19/18791, S. 66).

[8] b) Wie der Senat – allerdings erst nach Erlass des Berufungsurteils und entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts – entschieden hat, sind bei der Beurteilung, ob eine mehrheitlich gestattete bauliche Veränderung einen Wohnungseigentümer i.S.d. § 20 Abs. 4, 2. Alt. WEG gegenüber anderen unbillig benachteiligt, im Grundsatz nur die unmittelbar mit der baulichen Veränderung verbundenen Auswirkungen – wie etwa Verschattungen –, nicht aber Auswirkungen des späteren Gebrauchs zu berücksichtigen. Anders kann es nur sein, wenn bereits bei der Gestattung für die Wohnungseigentümer evident ist, dass der spätere Gebrauch zwangsläufig mit einer unbilligen Benachteiligung eines oder mehrerer Wohnungseigentümer einhergehen wird, was bei hierzulande zugelassenen Klimageräten indes typischerweise nicht der Fall ist (Senat, Urt. v. 28.03.2025 – V ZR 105/24, juris Rn. 11, 23). Dem liegt unter anderem zugrunde, dass die Bestandskraft eines Beschlusses, mit dem einem Wohnungseigentümer eine bauliche Veränderung gestattet wird, gegen den Bauwilligen gerichtete Abwehransprüche anderer Wohnungseigentümer wegen Immissionen im räumlichen Bereich ihres Sondereigentums infolge der späteren Nutzung der baulichen Veränderung nicht ausschließt (ausführlich Senat, Urt. v. 28.03.2025 – V ZR 105/24, juris Rn. 14).

[9] c) Auch hindert ein bestandskräftiger Gestattungsbeschluss die GdWE nicht daran, die Nutzung der baulichen Veränderung auf der Grundlage der für die Hausordnung eingeräumten Beschlusskompetenz (§ 19 Abs. 2 Nr. 1 WEG) auch später noch zu regeln. Derartige Nutzungsregelungen müssen nicht, wie das Berufungsgericht meint, zugleich

mit der Gestattung beschlossen werden (vgl. Senat, Urt. v. 28.03.2025 – V ZR 105/24, juris Rn. 18).

[10] III. 1. Das der Berufung der Kläger stattgebende Urteil kann daher keinen Bestand haben; es ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die Frage, ob bereits bei der Gestattung für die Wohnungseigentümer evident war, dass der spätere Gebrauch zwangsläufig mit einer unbilligen Benachteiligung eines oder mehrerer Wohnungseigentümer einhergehen wird, hat sich das Berufungsgericht – von seinem rechtlichen Standpunkt aus folgerichtig – zwar nicht gestellt. Der Senat kann aber gleichwohl in der Sache selbst entscheiden, weil es keiner weiteren Feststellungen bedarf und die Sache zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO). Danach ist die Berufung gegen das die Anfechtungsklage abweisende erstinstanzliche Urteil zurückzuweisen.

[11] a) Eine für die anderen Wohnungseigentümer bei Beschlussfassung evidente Benachteiligung der Kläger durch den späteren Gebrauch des hier gestatteten Klimageräts ist den Feststellungen nicht zu entnehmen. Der Gestattungsbeschluss ist nächstliegend so auszulegen, dass das gestattete Klimagerät grundsätzlich geeignet ist, die nach Tag- und Nachtstunden differenzierenden Grenzwerte der Technischen Anleitung zum Schutz gegen Lärm (TA Lärm) einzuhalten. Davon geht auch das Landgericht aus. Es begründet seine Einwände nämlich nicht mit der Beschaffenheit des Geräts, sondern mit dem (vermuteten) späteren Nutzerverhalten; es lässt sich entscheidend von der Befürchtung leiten, das Gerät werde in der Nacht ebenso gesteuert werden wie tagsüber. Die Grenzwerte der TA Lärm können im Wohnungseigentumsrecht – und gerade bei der Überlegung, ob einem einzelnen Wohnungseigentümer der Einbau eines Klimageräts gestattet werden soll bzw. darf – als Anhaltspunkt herangezogen werden (vgl. Senat, Urt. v. 28.03.2025 – V ZR 105/24, juris Rn. 23).

[12] b) Ist das Gerät im Prinzip dazu geeignet, unter Einhaltung der Grenzwerte der TA Lärm betrieben zu werden, ist nicht evident, dass seine spätere Nutzung wegen unbilliger Benachteiligung der Kläger (als der Wohnungseigentümer, deren Einverständnis fehlt) insgesamt unterbleiben muss. Sollte sich nach dem Einbau herausstellen, dass das Klimagerät – der Befürchtung des Berufungsgerichts entsprechend – auch zur Nachtzeit im Tagbetrieb genutzt wird mit der Folge einer nicht hinnehmbaren nächtlichen Lärmbelastung der Nachbarn, könnten dem – trotz bestandskräftiger Gestattung – sowohl die Kläger als auch die GdWE entgegenzutreten (s.o. Rn. 8 f.).

Basty, Der Bauträgervertrag, 11. Auflage 2023, Carl-Heymanns-Verlag, 674 Seiten, ISBN 978-3-45230148-2, 159 €

Seit kurzer Zeit liegt nunmehr die 11. Auflage des *Basty* vor. Eigentlich bedarf das Werk keiner Besprechung, so ist das Buch im Bereich des Bauträgerrechts seit Jahrzehnten als „das Standardwerk“ anerkannt und wird allseits geschätzt. Soweit ein Notarbüro in den letzten Jahren im Bauträgerrecht unterwegs ist, dürfte dort eine Auflage des *Basty* zu finden sein.

Die Neuauflage ist infolge der für das Bauträgerrecht relevanten Gesetzgebung erforderlich geworden. Hier ist zunächst das Wohnungseigentumsmodernisierungsgesetz (WEMoG) zu erwähnen. Seitdem ist es möglich, auch an Stellplätzen im Freien Sondereigentum zu begründen (vergl. § 3 Abs. 1 Satz 2 WEG), was sicherlich im Bereich der Bauträgermaßnahmen von Bedeutung sein dürfte. Auffallend ist, dass *Basty* dem Wohnungseigentumsrecht kein gesondertes Kapitel mehr widmet. Das war in der Voraufgabe noch anders. Sollte der Leser nunmehr zu diesem Thema Ausführungen im Werk suchen, hilft an der Stelle nur das sehr gut aufgearbeitete Stichwortverzeichnis weiter. Ob es sich hierbei um eine positive oder negative Neuerung handelt, mag jeder Leser für sich entscheiden.

Eine weitere Neuerung zur Voraufgabe ist, dass *Basty* sich nunmehr in Kapitel 14 ab Rn. 26 den Vorschriften zu Verbraucherverträgen über digitale Medien widmet (§§ 327 ff. BGB). Hieran ist gesondert zu denken, wenn der Bauträger im Vertragsgegenstand Einrichtungen mit Smart-Home Funktion verbaut. Hervorzuheben ist an dieser Stelle, dass *Basty* auch zu diesem Thema mehrere Formulierungsvorschläge zur Haftungsregelung liefert (Rn. 35 f.), insbesondere auch im Hinblick auf die vom Bauträger vorzunehmende Aktualisierungspflicht und deren Reichweite für die Zukunft.

Gerade vor dem Hintergrund der gestiegenen Preise bei der Errichtung von Wohngebäuden widmet sich *Basty* möglichen Preiserhöhungsklauseln in Bauträgerkaufverträgen (Kap. § 3 Rn. 11 ff.). Gegenüber der Voraufgabe nehmen die Ausführungen hierzu einen deutlich breiten Raum ein. Zustimmung weist *Basty* darauf hin, dass derartige Preiserhöhungsklauseln den Anforderungen des § 309 Nr. 1 BGB genügen müssen.

Unwirksam sind demnach Bestimmungen, die eine Erhöhung des Entgelts für Leistungen vorsehen, die innerhalb von 4 Monaten nach Vertragsschluss geliefert oder erbracht werden. Sehr lesenswert hierzu sind auch die Ausführungen unter Rn. 31, wonach bei Verwendung von Preiserhöhungsklauseln dem Erwerber möglicherweise ein Rücktrittsrecht einzuräumen ist, um zu verhindern, dass mögliche Preiserhöhungen dessen Liquidität überfordert.

Die mitunter problematische Gestaltung von Preiserhöhungsklauseln in Bauträgerverträgen dürfte in Zukunft angesichts der immer weiter steigenden Preise im Baugewerbe von größerer Bedeutung werden.

Schließlich soll nicht unerwähnt bleiben, dass sich der Autor in der Neuauflage auch den Erweiterungen des Geldwäschegesetzes widmet. In Kap. 10 finden sich ab Rn. 4 Erläuterungen zu dem ab 01.04.2023 geltenden Barzahlungsverbot nach § 16a Abs. 1 GwG. Hier gibt *Basty* zu Recht den Hinweis, dass bei möglichen Kaufpreisänderungen der Notar hiervon äußert selten Kenntnis erlangt; jedenfalls in den Fällen, in denen die Auflassung im Bauträgerkaufvertrag enthalten ist. Nach § 16a Abs. 2 Satz 3 GwG obliegt den Vertragsbeteiligten eine Hinweispflicht an den Notar. Mutmaßlich wird dieser Pflicht in den seltensten Fällen nachgekommen. Hier empfiehlt es sich, einen entsprechenden Hinweis in den Bauträgerkaufvertrag aufzunehmen.

Alle in der Neuauflage enthaltenen Musterformulierungen können unter der im Werk angegebenen Internetadresse und Mithilfe des enthaltenen Zugangscode heruntergeladen und für eigene Zwecke verwandt werden.

Der Erwerb der Neuauflage ist ausnahmslos jedem anzuraten, der im Bereich des Bauträgerrechts tätig ist. Es handelt sich hierbei um ein Werk, dass infolge seiner klaren und kompakten sowie zugleich sehr präzisen und verständlichen Darstellung dem Leser eine schnelle Lösung in seiner praktischen Arbeit bietet. Der Anschaffungspreis von 159 € und die Möglichkeit, dass Werk auch in der Online-Datenbank von Wolters Kluwer einzusehen runden das sehr positive Gesamtbild der Neuauflage ab.

Udo Hagemann, Notarfachreferent, Bad Arolsen

Praxisbezogen auf höchstem juristischen Niveau

Mit der 6. Auflage 2024 auf dem neuesten Stand im WEG-Recht:

- Anspruch auf Einbau von Lademöglichkeit für Elektrofahrzeug, barrierefreien Aus- und Umbau sowie Maßnahmen zum Einbruchsschutz für Wohnungseigentümer:innen auf eigene Kosten
- Vereinfachung der Beschlussfassung über bauliche Veränderungen der Wohnanlage
- Aufwertung der Wohnungseigentümerversammlung als zentraler Ort der Entscheidungsfindung
- Effizientere Gestaltung der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums

Abramenko / Riecke / Schneider, Kommentar zum Wohnungseigentumsgesetz – neben vielen anderen Titeln enthalten in den Modulen Miet- und WEG-Recht und Notarrecht auf Wolters Kluwer Online.

Jetzt Module 30 Tage gratis testen.



ISBN 978-3-472-09743-3, € 149,-

Onlineausgabe ca. € 10,75 mtl.
(im Jahresabo zzgl. MwSt)

Auch im Handel erhältlich

Mehr Infos:

Das Standardwerk für die komplexen Regelungen

Mit der 10. Auflage 2025 auf dem neuesten Stand im Familienrecht:

- Überblick über aktuelle Entwicklungen zur Erfassung sog. vergessener Versorgung; Aufhebung der BGH-Rechtsprechung
- Komplexe Auswirkungen der BGH-Rechtsprechung zum Wertausgleich der Grundrente zur gesetzlichen Rentenversicherung im Versorgungsausgleich
- Berücksichtigung der Auswirkungen des Rentenüberleitungs-Abschlussgesetzes nach Herstellung einheitlicher Einkommensverhältnisse in ganz Deutschland im Versorgungsausgleich
- Auswirkungen der Änderung der einkommenssteuerlichen Richtlinien des BMF zur Besteuerung schuldrechtlicher Ausgleichsleistungen – Änderung des Sonderausgabenabzugs
- Auswirkungen der Leistungsverbesserungen bei Bezug einer Erwerbsminderungsrente im Versorgungsausgleich ab 2024 (Erwerbsminderungsrenten-Bestandsverbesserungsgesetz)
- Rechtsprechung des BGH zur Aufhebung der Kürzungen des Versorgungsausgleichs bei Tod der ausgleichsberechtigten Person
- Ansprüche auf Schadensersatz bei fehlerhafter Durchführung des Versorgungsausgleichs
- Die Kommentierung erfassten die Rechtsprechung und den Gesetzesstand bis August 2024

Borth, Handbuch Versorgungsausgleich – neben vielen anderen Titeln enthalten im Modul Notarrecht auf Wolters Kluwer Online.

Jetzt Modul 30 Tage gratis testen.



ISBN 978-3-472-09817-1, € 129,-

Onlineausgabe ca. € 9,10 mtl.
(im Jahresabo zzgl. MwSt)

Auch im Handel erhältlich

Mehr Infos:

Das digitale Komplett-Angebot für Ihr Notariat

Mit dem Modul Notarrecht auf dem neuesten Stand:

Die Komplettabdeckung für Notar:innen aus dem Carl Heymanns Verlag.

- Mit den Spitzentiteln Kersten / Bühling, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit; Limmer/Hertel/Frenz, Würzburger Notarhandbuch; Krauß, Vermögensnachfolge in der Praxis und Immobilienkaufverträge in der Praxis; Basty, Der Bauträgervertrag und Münch, Ehebezogene Rechtsgeschäfte
- Zeitschrift ZNotP inkl. umfassendem Onlinearchiv



Jetzt abonnieren
€ 134,- mtl. im Jahresabo zzgl. MwSt

NEU: GPT-Zusammenfassungen 2.0 von Urteilen und Beschlüssen

Nutzen Sie das Potential künstlicher Intelligenz, um den juristischen Rechercheprozess zu verkürzen.

Ab sofort profitieren Sie dabei von einer klaren optischen Trennung zwischen Sachverhalt und Begründung, damit Sie schneller finden, was Sie suchen. Besonders hervorzuheben ist der Fokus auf die entscheidungserheblichen Gründe, durch die Sie die wesentlichen Argumente des Gerichts auf einen Blick erfassen können.

Überzeugen Sie sich selbst von der neuen Qualität unserer GPT-Zusammenfassungen 2.0 auf Wolters Kluwer Online.

Auch im Handel erhältlich

Modul jetzt 30 Tage gratis testen:



Wolters Kluwer

shop.wolterskluwer-online.de →

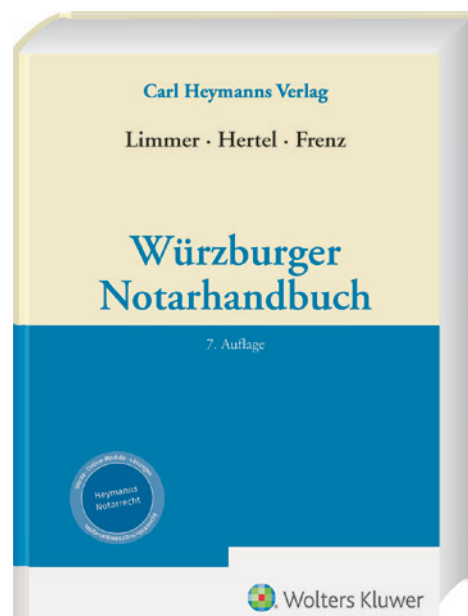
Die unverzichtbare Arbeitshilfe im Notariat – NEU im September 2025

Mit der 7. Auflage 2025 auf dem neuesten Stand im Notarrecht:

- Einarbeitung der neuen Dienstordnung und Neuregelungen der NotAktVV
- Neue Onlineverfahren durch das Gesetz zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (DiRUG) und deren Ausweitung durch das DiREG
- Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG)
- Reformen zum Namensrecht und zur Selbstbestimmung
- Gesetz zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie (UmRUG)
- Neue Geldwäschevorgaben, insb. Barzahlungsverbot

Limmer/Hertel/Frenz, Würzburger Notarhandbuch – neben vielen anderen Titeln enthalten im Modul Notarrecht auf Wolters Kluwer Online.

Jetzt Modul 30 Tage gratis testen.



ISBN 978-3-452-30333-2, ca. € 299,-

Onlineausgabe ca. € 19,95 mtl.
(im Jahresabo zzgl. MwSt)

Auch im Handel erhältlich



Wolters Kluwer

Mehr Infos:

shop.wolterskluwer-online.de →