§§ 1018-1921, GewSchG, LPartG, VersAusglG

Bamberger / Roth / Hau / Poseck

5. Auflage 2023
ISBN 978-3-406-77614-4
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.
beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

besteht, bleibt die persönliche beschränkte Dienstbarkeit für den anderen bestehen (§ 429 Abs. 3 iVm § 425 Abs. 1) (BGHZ 46, 253 = NJW 1967, 627). **Unvererblich** ist auch der **Bestellungsanspruch** aus dem Grundgeschäft (Soergel/Stürner § 1092 Rn. 2; Staudinger/Reymann, 2017, § 1092 Rn. 4; Grüneberg/Herrler Rn. 8; aA BGHZ 28, 99). Ist die im Grundbuch in Bezug genommene **Bewilligungsurkunde nicht mehr auffindbar,** erlaubt dies jedenfalls im Antragsverfahren nicht die Löschung der Belastung. Die Bewilligung ist eine rein verfahrensrechtliche Erklärung, die sich nicht auf die materiell-rechtliche Seite des Geschäfts auswirkt, es ist daher von Amts wegen ein Verfahren zur **Urkundenwiederbeschaffung** einzuleiten (OLG Köln BeckRS 2021, 30171 Rn. 14).

Grundsätzlich sind weder die Dienstbarkeit noch der Bestellungsvertrag der **Kündigung** zugänglich. Eine Kündigungsmöglichkeit kann jedoch dergestalt geschaffen werden, dass dem Grundstückseigentümer im **Bestellungsvertrag** (→ § 1018 Rn. 4) das Recht eingeräumt wird, bei Eintritt bestimmter Voraussetzungen das Nutzungsrecht durch außerordentliche Kündigung einseitig zu beenden (BGH NJW 1974, 2123 (2124)). Die Kündigung kann dabei als auflösende Bedingung der Dienstbarkeit oder als Voraussetzung eines schuldrechtlichen Anspruchs des Grundstückseigentümers vereinbart werden, von dem Berechtigten die Zustimmung zur Aufhebung der Dienstbarkeit zu verlangen (OLG Köln NZM 1998, 930). **14**

5. Schuldrechtliches Nutzungsverhältnis neben beschränkter persönlicher Dienstbarkeit. In manchen Fällen soll eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit das zwischen dem Grundstückseigentümer und dem Berechtigten bestehende schuldrechtliche Nutzungsverhältnis (zB Miete, Pacht) zugunsten des Nutzungsberechtigten **verstärken** (sog. **„Mieterdienstbarkeit“**; (dazu Krüger NZM 2012, 377; Stapenhorst/Voß NZM 2003, 873). Auf diese Weise können zB das **Sonderkündigungsrecht** des Erstehers eines vermieteten oder verpachteten Grundstücks gem. § 57a ZVG entkräftet (s. aber § 183 ZVG, wonach das Sonderkündigungsrecht bei der Teilungsversteigerung nicht besteht) oder das Miet-/Pachtverhältnis faktisch insolvenzfest gestaltet werden. Insoweit ist das **Bestellungsversprechen** zu betrachten. Im Zweifel ist der darin ausgedrückte Wille der Parteien durch **Auslegung** zu ermitteln, und es ist zu fragen, ob diese (nur) ein schuldrechtliches Nutzungsverhältnis (Miete/Pacht) oder eine abhängige (verstärkende) Grundstücksbelastung begründen wollten (Staudinger/Reymann, 2017, Rn. 33); diese Varianten stehen neben dem Regelfall, nämlich dem Versprechen einer selbstständigen Belastung. Für die Abgrenzung kommt es darauf an, ob der Nutzer den Gebrauch des Grundstücks nur aufgrund einer **schuldrechtlichen** Befugnis oder eines eigenen **dinglichen** Rechts ausüben dürfen soll; dabei sind alle Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen, insbes. Dauer, Vererblichkeit, Veräußerbarkeit sowie der Wille zur dinglichen Belastung (Frank DNotZ 1999, 503,(504); BGH DNotZ 1999, 500; NJW-RR 2014, 1423 Rn. 14). Anhand dieser Kriterien ist zu bestimmen, ob die Parteien (auf schuldrechtlicher Ebene) einen Miet- oder Pachtvertrag mit einer abhängigen Sicherungsdienstbarkeit oder nur eine mit weiteren (pachttypischen) Vereinbarungen verbundene (und grds. unkündbare) selbstständige Bestellungsabrede für eine Dienstbarkeit abgeschlossen haben. Ersteres ist zB nicht der Fall, wenn ein lebenslängliches Wohnungsrecht bestellt werden soll (BGH DNotZ 1999, 500). Im letzteren Fall wird häufig übersehen, dass auch die **Bestellungsabrede** für eine Dienstbarkeit alle Nutzungsregelungen enthalten kann, die ansonsten kraft Gesetzes gerade typischer Inhalt eines Pachtvertrags sind (BGH NJW-RR 2014, 1423 Rn. 13). Der vielfach hieraus gezogene Schluss, da es um eine Nutzungsbefugnis gehe und die Vertragsparteien überhaupt schuldrechtliche Vereinbarungen auf längere Zeit getroffen haben, könne es sich nur um ein schuldrechtliches Nutzungsrecht in Form der Pacht handeln, ist jedoch **verfehlt** (BGH NJW 1974, 2123). Denn auch das (regelmäßig unkündbare) Bestellungsversprechen kann die Modalitäten der Dienstbarkeitsausübung regeln (Dauer, Vergütung, räumliche Grenzen), ohne dadurch zu einem (kündbaren) Miet- oder Pachtvertrag zu werden (→ Rn. 16). Dient die Abrede weder der Absicherung noch der Verstärkung eines Pachtvertrages, regelt es die Nutzungsmodalitäten auf schuldrechtlicher Ebene bis zur Bestellung der Dienstbarkeit; Fälligkeit iSd Beginns des Verjährungslaufs tritt hier nicht vor dem Geltendmachen des (in der Bestellungsabrede enthaltenen) Bestellungsanspruchs ein. Das ggf. jahrelange Bestehen einer abrufbaren Pflicht zur Dienstbarkeitsbestellung (iS einer abrufbaren Dauerpflicht) ist nicht interessenwidrig, denn die Dienstbarkeit ist ein „immerwährendes“ Recht, das schon nach seiner Natur auf Dauer angelegt ist (BGH NJW 1985, 2474; BayObLG NJW-RR 1990, 208). **15**

Es sind zwar auch zeitlich parallele schuldrechtliche und dingliche Nutzungsverhältnisse an Grundstücken möglich, selbst wenn das schuldrechtliche Nutzungsverhältnis bereits zu dem Zeitpunkt bestand, als das dingliche Nutzungsverhältnis begründet wurde (BGH NJW 1974, 2123; 1988, 2364; MüKoBGB/Mohr Rn. 48; Staudinger/Reymann, 2017, Rn. 32). Eine solche Verein- **16**

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

barung, bei der **zwei Nutzungsrechte** (ein schuldrechtliches und ein dingliches) gleichen oder ähnlichen Inhalts nebeneinanderstehen, ist aber ein **Ausnahmefall** (zB bei Begründung eines zusätzlichen Nutzungsrechts für neue Bereiche), der einer zweifelsfreien, idR ausdrücklichen Abrede bedarf (BGH NJW 1963, 1247; 1974, 2123). Denn auch dabei ist zu beachten, dass auch die Bestellungsabrede der Dienstbarkeit (→ § 1018 Rn. 4) pachttypische schuldrechtliche Nutzungs- und Gegenleistungsmodalitäten enthalten kann, ohne deswegen gleich als Pachtvertrag eingeordnet werden zu müssen (BGH NJW 1974, 2123; NJW-RR 2014, 1424 Rn. 10 f.). In diesen Konstellationen liegt es vielmehr nahe, dass durch die nachträgliche Bestellung der Grunddienstbarkeit ein etwaiges schuldrechtliches Nutzungsverhältnis (Pacht/Miete) **aufgehoben** wird, dessen Kündigung wiederum **keine** Auswirkungen für das Behaltendürfen der Dienstbarkeit hat (BGH BeckRS 1968, 31172089; NJW 1974, 2123; NJW-RR 1999, 376; LG Hamburg BeckRS 1988, 113567; Soergel/Stürner § 1093 Rn. 7); nach der Lebenserfahrung soll dies sogar der **Regelfall** sein (BGH BeckRS 1968, 31172089). Ansonsten bleibt es aber dabei, dass ein schuldrechtliches Nutzungsverhältnis (Miet- oder Pachtverhältnis) nicht verdinglicht werden darf und deshalb wegen des **Inhalts der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit** nicht auf den schuldrechtlichen Miet- oder Pachtvertrag zurückgegriffen werden kann (OLG Hamm DNotZ 1957, 314; BGH NJW 1974, 702; BeckRS 1968, 31172089; Soergel/Stürner Rn. 15; Staudinger/Reymann, 2017, Rn. 32). Davon zu unterscheiden sind die Fälle der sog. **Sicherungsdienstbarkeit** (BGH NJW 1985, 2474), bei der zwar (im Außenverhältnis) das Vollrecht bzw. die Dienstbarkeit in uneingeschränktem Umfang eingeräumt, die Ausübung jedoch (im Innenverhältnis) durch eine (begrenzende) Sicherungsabrede (schuldrechtlich) geregelt wird (BeckOGK/Kazele § 1018 Rn. 338; MüKoBGB/Mohr § 1018 Rn. 9). Durch diese schuldrechtliche Regulierung im Innenverhältnis können die Ausübungsmodalitäten des Nutzungsrechts (zB Warenbezug oder Ausübungsbereich) flexibler bzw. diskreter gehandhabt werden, da eine Änderung keiner Verlautbarung im Grundbuch bedarf. Neben den Vertriebsregelungen (Verbot zB des **Getränkebezugs** durch Dienstbarkeit bei gleichzeitiger schuldrechtlicher Gestattung bestimmter Vertriebstätigkeiten) kann dadurch vor allem eine flexible und bedarfsorientierte Handhabung der zulässigen Ausübungsstelle der Dienstbarkeit (zum Beispiel bei **Ausbeutungsrechten** innerhalb eines größeren Areals) ermöglicht werden, s auch → § 1018 Rn. 4.

17 Die Bestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit nach § 1090 kann auch nur als **dingliche Sicherheit** für das durch einen **Miet- oder Pachtvertrag** begründete schuldrechtliche Nutzungsrecht erfolgen (BGH NJW-RR 2011, 882 Rn. 16; MüKoBGB/Mohr § 1018 Rn. 9). Gewerbliche Miet- und Pachtverträge mit langfristigen Laufzeiten, zB zur Rohstoffgewinnung auf dem Grundstück, enthalten häufig entsprechende Bestellungsvereinbarungen. Die gegenseitigen Rechte und Pflichten der Parteien ergeben sich dabei aus dem schuldrechtlichen Nutzungsverhältnis, das dingliche Recht soll im Verhältnis der Vertragsparteien untereinander (nach der Bestellung) erst ausgeübt werden können, wenn das schuldrechtliche Vertragsverhältnis endet, zB wenn das Grundstück im Zwangsversteigerungs- oder Insolvenzverfahren auf einen Dritten übergeht und dieser von seinem Sonderkündigungsrecht nach § 57a ZVG (anders aber im Fall des § 183 ZVG) bzw. § 111 InsO Gebrauch macht (BGH NJW-RR 2014, 1423 Rn. 11). Die Kündigung des Vertragsverhältnisses hat zwar nach § 57a ZVG dessen Erlöschen zur Folge, allerdings besteht die dingliche Dienstbarkeit dessen unbeschadet fort und bleibt als Recht von unbestimmter Dauer bestehen (BayObLG NJW-RR 1990, 208). Wann und in welchem Umfang der Nutzungsberechtigte auf diese ihm eingeräumte **Sicherungsdienstbarkeit** zurückgreifen kann, ergibt sich dabei aus der **Sicherungsabrede,** die zugleich den **Rechtsgrund** für die Bestellung der Dienstbarkeit (und deren Behaltendürfen) enthält (BGH NJW-RR 2014, 1423 Rn. 11) (→ § 1018 Rn. 4) Aber auch bei der Mieter- bzw. Pächterdienstbarkeit (→ Rn. 15) ist zu unterscheiden zwischen dem schuldrechtlichen Rechtsgeschäft (Miet- oder Pachtvertrag), dem dinglichen Rechtsgeschäft (beschränkte persönliche Dienstbarkeit) und der (schuldrechtlichen) Sicherungsabrede, die beide verknüpft (Stapenhorst/Voß NZM 2003, 873). Ohne weiteres zulässig ist es, dass eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit an ein schuldrechtliches Nutzungsverhältnis zeitlich dahingehend anschließt, dass nach **Beendigung** des schuldrechtlichen Nutzungsverhältnisses (zB Kündigung, auch Kündigung durch den Ersteher des Grundstücks in der Zwangsversteigerung nach § 57a ZVG) die beschränkte persönliche Dienstbarkeit zur Entstehung gelangen soll. Es besteht weder für die unter einer auflösenden noch für die unter einer aufschiebenden **Bedingung** bestellte beschränkte persönliche Dienstbarkeit ein Eintragungshindernis, sofern die Bewilligungserklärung das maßgebliche Ereignis für den Eintritt der auflösenden Bedingung in objektiv eindeutig bestimmbarer Weise benennt und der Eintritt der aufschiebenden Bedingung objektiv bestimmbar ist (OLG Hamm RNotZ 2016, 101 (102) = BeckRS 2016, 3318). Zulässig ist andererseits aber auch, dass das dingliche Recht von vornherein unter die auflösende Bedingung einer Kündigung

beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

des schuldrechtlichen Kausalverhältnisses gestellt wird (BGH NJW 1974, 2123). Auch sobald der Sicherungsfall nicht mehr eintreten kann, oder wenn die Sicherungsabrede aus wichtigem Grund (§ 314) oder gem. vertraglicher Kündigungsmöglichkeit gekündigt wird, kann der Eigentümer vom Mieter/Pächter die **Rückgewähr der Sicherungsdienstbarkeit,** dh regelmäßig ihre Aufhebung (§ 875), verlangen (Stapenhorst/Voß NZM 2003, 873 (875)).

6. Umwandlung in Grunddienstbarkeit. Eine **Umwandlung** einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit in eine Grunddienstbarkeit ist nicht im Wege einer Inhaltsänderung möglich, sondern nur durch **Aufhebung** der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit und **Neubestellung** einer Grunddienstbarkeit (OLG Hamm Rpfleger 1989, 448). **18**

§ 1091 Umfang

Der Umfang einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit bestimmt sich im Zweifel nach dem persönlichen Bedürfnis des Berechtigten.

I. Normzweck

Die Norm enthält eine (subsidiäre) Auslegungsregel (BGHZ 41, 209 = NJW 1964, 1226), die (abweichend von den Auslegungsregeln der §§ 133, 157) auf die persönlichen Bedürfnisse des **Berechtigten** abstellt, wenn sich der Umfang der Dienstbarkeit durch die (vorrangige) objektive Auslegung des Vereinbarten (Eintragung, Eintragungsbewilligung) den nicht ausreichend erschließen lässt. **1**

II. Einzelkommentierung

1. Voraussetzung für die Anwendung der Norm. Voraussetzung für die Anwendung der Norm ist eine **wirksam** bestellte und eingetragene beschränkte persönliche Dienstbarkeit. Die Auslegungsregel kann daher nicht herangezogen werden, um einen in der Dienstbarkeitsbestellungsurkunde zu **unbestimmt** beschriebenen Zweck zu konkretisieren, also einer mangels Konkretisierung unwirksamen Dienstbarkeit zur Wirksamkeit zu verhelfen. Ebenfalls nicht anwendbar ist die Vorschrift, wenn der Umfang der Dienstbarkeit im Vertragstext bereits **präzise festgelegt** ist, da sie nicht zu Beschränkungen oder Erweiterungen des Inhalts herangezogen werden kann, sondern nur im Zweifel, also zu dessen konkretisierender Auslegung (jurisPK-BGB/Alpmann Rn. 3). Ist zB ein Gasleitungsrecht vereinbart, kann aus § 1091 nicht das Recht zum Betrieb von Telekommunikationslinien abgeleitet werden (BGHZ 145, 16 (21) = NJW 2000, 3206). Bei einer präzisen Festlegung kann der Umfang über die Bedürfnisse des Berechtigten hinausgehen, da § 1019 S. 2 für beschränkte persönliche Dienstbarkeiten nicht gilt, auch nicht analog (BGHZ 41, 209 (214) = NJW 1964, 1226). **2**

Die **persönlichen Bedürfnisse** des Berechtigten sind aus dessen **subjektiver** Sicht zu bestimmen. Dabei sind alle für den Berechtigten subjektiv relevanten Aspekte zu beachten, auch rein wirtschaftliche oder fremde (auch öffentliche) Interessen (Staudinger/Reymann, 2017, Rn. 2). **3**

2. Normfolgen. Als Rechtsfolge der Anwendbarkeit dieser Norm hat die Auslegung in Bezug auf den Umfang einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit ausschließlich aus der Sicht des **Berechtigten** zu erfolgen. Hat er die Dienstbarkeit Dritten zur Ausübung überlassen, ist auf diesen (möglichen) Ausübungsberechtigten abzustellen (OLG Schleswig SchlHA 1999, 283). Die Auslegung darf nicht (und zwar auch nicht daneben) aus der Warte des Verpflichteten erfolgen (Staudinger/Reymann, 2017, Rn. 3; MüKoBGB/Mohr Rn. 5). Zu berücksichtigen sind die persönlichen Bedürfnisse des Berechtigten, einschließlich derjenigen Personen, die im Haushalt oder im Geschäftsbetrieb des Berechtigten wohnen (KG KGJ 33 A 233, 237). Die berücksichtigungsfähigen Bedürfnisse werden nur beschränkt durch das auch für eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit erforderliche rechtsschutzwürdige Interesse (→ § 1090 Rn. 10). Wenn die Dienstbarkeit für einen Rechtsträger des öffentlichen Rechts bestimmt ist und öffentlichen Interessen dient, sind maßgeblich die sich aus dem öffentlichen Recht ergebenden Bedürfnisse dieses Rechtsträgers. **4**

3. Vertragliche Auslegungsregeln. Die Beteiligten können vertraglich auch andere Auslegungsregeln bestimmen, zB festlegen, dass auch Belange des Verpflichteten zu berücksichtigen sind. Wenn die Abrede auch gegenüber Sondernachfolgern des Grundstückseigentümers gelten **5**

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

soll, muss sie zum Inhalt der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit werden; bei der Eintragung im Grundbuch genügt insoweit eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung.

§ 1092 Unübertragbarkeit; Überlassung der Ausübung

(1) [1]Eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit ist nicht übertragbar. [2]Die Ausübung der Dienstbarkeit kann einem anderen nur überlassen werden, wenn die Überlassung gestattet ist.

(2) Steht eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit oder der Anspruch auf Einräumung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit einer juristischen Person oder einer rechtsfähigen Personengesellschaft zu, so gelten die Vorschriften der §§ 1059a bis 1059d entsprechend.

(3) [1]Steht einer juristischen Person oder einer rechtsfähigen Personengesellschaft eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit zu, die dazu berechtigt, ein Grundstück für Anlagen zur Fortleitung von Elektrizität, Gas, Fernwärme, Wasser, Abwasser, Öl oder Rohstoffen einschließlich aller dazugehörigen Anlagen, die der Fortleitung unmittelbar dienen, für Telekommunikationsanlagen, für Anlagen zum Transport von Produkten zwischen Betriebsstätten eines oder mehrerer privater oder öffentlicher Unternehmen oder für Straßenbahn- oder Eisenbahnanlagen zu benutzen, so ist die Dienstbarkeit übertragbar. [2]Die Übertragbarkeit umfasst nicht das Recht, die Dienstbarkeit nach ihren Befugnissen zu teilen. [3]Steht ein Anspruch auf Einräumung einer solchen beschränkten persönlichen Dienstbarkeit einer der in Satz 1 genannten Personen zu, so ist der Anspruch übertragbar. [4]Die Vorschriften der §§ 1059b bis 1059d gelten entsprechend.

I. Normzweck

1 Abs. 1 S. 1 betont den **persönlichen Charakter** der beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten (→ § 1090 Rn. 1) und normiert deswegen den (wesenstypischen) Grundsatz der Nichtübertragbarkeit (s. auch § 1059 S. 1 für den Nießbrauch), aus der sich auch die grundsätzliche **Unpfändbarkeit** (→ Rn. 4) ergibt (§ 857 Abs. 3 ZPO). Damit die Reichweite der dinglichen Belastung für den Eigentümer kontrollierbar bleibt, ist die (an sich zulässige) Ausübungsüberlassung (anders als bei § 1059 S. 2 beim Nießbrauch) von seiner **Gestattung** abhängig. In Abs. 2 verweist die Norm auf die beim Nießbrauch geltenden Ausnahmeregelungen für juristische Personen oder rechtsfähige Personengesellschaften, mit denen der Kontinuität juristischer Personen im Wirtschaftsleben Rechnung getragen werden soll (zu Details → § 1059a Rn. 1). Geht es um die Nutzung des Grundstücks für die **Versorgungsinfrastruktur,** soll die marktkonforme Reorganisation der Rechtsträger jederzeit möglich sein; in Abs. 3 wird daher der Grundsatz der Unübertragbarkeit umgekehrt in die Übertragbarkeit solcher Dienstbarkeiten.

2 Die Übertragbarkeitsbestimmungen nach Abs. 1 S. 1, Abs. 2, 3 sind **zwingendes** Recht.

II. Grundsatz: Übertragbarkeit (Abs. 1)

3 **1. Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Norm.** Abs. 1 ist nur anwendbar, wenn der Berechtigte der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit nicht eine juristische Person oder rechtsfähige Personengesellschaft (→ Rn. 11) ist, für die Abs. 2 und Abs. 3 gelten.

4 **2. Rechtsfolgen. a) Unübertragbarkeit und Unvererblichkeit.** Die Dienstbarkeit ist gem. S. 1 **nicht übertragbar** und darüber hinaus aufgrund § 1090 Abs. 2 iVm § 1061 **nicht vererblich,** sondern sie erlischt mit dem Tod des Berechtigten; dingliche **Rechtsnachfolgeklauseln** sind folglich unwirksam (BGH NJW 1965, 393 (393 f.); BeckOGK/Kazele Rn. 4; jurisPK-BGB/Alpmann Rn. 2; MüKoBGB/Mohr Rn. 2), zB „… für den jeweiligen Eigentümer der Firma … ". Wurde eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit mit diesem Inhalt eingetragen, ist sie dahingehend auszulegen, dass sie ausschließlich für den seinerzeitigen Firmeninhaber bestellt ist und mit dem Verlust der Firmeninhaberschaft erlischt; sie kann auch nicht im Sinne einer Grunddienstbarkeit für den jeweiligen Eigentümer ausgelegt werden, wenn die Bewilligung dafür keine Anhaltspunkte bietet (OLG München NJOZ 2014, 685 (686)). Ebenfalls unübertragbar und unvererblich ist der auf die Einräumung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit abgeschlossene **Bestellungsvertrag** (BGH NJW 2010, 1074 Rn. 27; BeckOGK/Kazele Rn. 8); die Unwirksamkeit entsprechender Nachfolgeklauseln gilt somit auch für den Inhalt der Bestellungsvereinbarung

beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

(OLG München MittBayNot 2012, 466 Rn. 11). Die Praxis schafft Abhilfe, indem zB dem Berechtigten und/oder der finanzierenden Bank im Wege eines Vertrags zugunsten Dritter ein schuldrechtlicher Anspruch eingeräumt wird, einen bzw. beliebig viele **Rechtsnachfolger** zu benennen, zugunsten derer der Eigentümer eine inhaltsgleiche beschränkte persönliche Dienstbarkeit bestellen muss; der Anspruch des Versprechensempfängers wird durch eine **Vormerkung** gesichert und kann später an den (nachfolgenden) Begünstigten abgetreten werden (OLG Nürnberg RNotZ 2016, 300 (302); OLG München FGPrax 2017, 112 (113) = BeckRS 2017, 101354; zu **alternativen Gestaltungsmöglichkeiten** zur Übertragung von durch Dienstbarkeit gesicherten Rechten: BeckOGK/Kazele Rn. 9 ff.; MüKoBGB/Mohr Rn. 3 ff.). Wenn eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit für mehrere Personen als Gesamtberechtigte nach **§ 428** bestellt ist, erlischt diese freilich nicht mit dem Tod eines Berechtigten, sondern besteht für die weiterlebenden Berechtigten unverändert fort (§ 425). Wegen des Lebensdauerprinzips als Grundsatz der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit kann diese nicht für nicht rechtsfähige Personenmehrheiten bestellt werden, zB nicht für Ehegatten in fortgesetzter Gütergemeinschaft; die Bestellung für Ehegatten in einfacher Gütergemeinschaft ist dagegen zuzulassen, da die beschränkte persönliche Dienstbarkeit dann zumindest mit dem Tod des zweiten Ehegatten erlischt (→ § 1030 Rn. 18).

b) Pfändung und Insolvenz. Ein unübertragbares Recht kann gem. **§ 857 Abs. 3 ZPO gepfändet** werden, soweit die Ausübung überlassen werden kann. Anders als beim Nießbrauch (§ 1059 S. 1), kann die Ausübung der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit nur bei Gestattungsvereinbarung einem Dritten überlassen werden; ist dies erfolgt, unterliegt das **Ausübungsrecht** der Pfändung (→ Rn. 10). Wie schon beim Nießbrauch (→ § 1030 Rn. 45), wird jedoch auch hier aus der (Übertragbarkeit und damit der) Pfändbarkeit der Ausübungsbefugnis gefolgert, dass dann (nicht nur das Ausübungsrecht, sondern) auch das **Stammrecht** (also die beschränkt persönliche Dienstbarkeit selbst) gepfändet werden kann (BeckOGK/Kazele Rn. 35; MüKoBGB/Mohr Rn. 11). Die Pfändung wiederum bedarf zu ihrer Wirksamkeit nicht der Eintragung in Grundbuch, sie ist jedoch eintragungsfähig. Zur eigenen Auffassung → Rn. 5.1. **5**

Dem ist grundsätzlich zu folgen. Allerdings ist bei der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit zu beachten, dass die Ausübungsüberlassung (anders als beim Nießbrauch) nicht zum dinglichen Rechtsinhalt gehört, sondern von einer schuldrechtlichen Gestattungsvereinbarung abhängig ist. Diese wird erst durch Einigung und Eintragung im **Grundbuch** zu einer **dinglich gesicherten Rechtsposition,** die der Rechtslage beim Nießbrauch entspricht. Die Pfändungsfähigkeit der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit ist daher nur in diesem Fall anzuerkennen (so auch Staudinger/Reymann, 2017, Rn. 12). **5.1**

beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Dementsprechend gehört die die beschränkte persönliche Dienstbarkeit nur dann zur **Insolvenzmasse** des Dienstbarkeitsberechtigten, wenn die Ausübungsüberlassung **gestattet** ist, ansonsten nur das Ausübungsrecht (BGH LM § 1090 Nr. 7; BeckOGK/Kazele Rn. 36; MüKoBGB/Mohr Rn. 11; zutr. Staudinger/Reymann, 2017, Rn. 13: dingliches Recht nur bei Eintragung der Ausübungsgestattung im Grundbuch massezugehörig, ansonsten nur die Ausübungsbefugnis; → Rn. 5.1). **6**

c) Ausübungsüberlassung. Die Ausübungsüberlassung dient zB der wirtschaftlichen Optimierung der Rechtsposition des Berechtigten, der zu wenig Kapital oder technisches Fachwissen für die alleinige Rechtsausübung hat, etwa bei Gewerbebetrieben oder Energieerzeugungsanlagen. Nach Abs. 1 S. 2 setzt nach dem Wortlaut der Bestimmung „die Gestattung" voraus. Die Gestattung setzt eine entweder anfängliche oder nachträglich getroffene **rechtsgeschäftliche Vereinbarung** zwischen dem Eigentümer und dem Berechtigten voraus (BeckOGK/Kazele Rn. 22; jurisPK-BGB/Alpmann Rn. 4; MüKoBGB/Mohr Rn. 10; PWW/Ahrens Rn. 12; BGH LM § 1090 Nr. 7). Der Wortlaut liegt zwar nahe, dass auch eine einseitige Gestattung ausreicht; dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Ausübung der Dienstbarkeit in der Folge der Gestattung des Eigentümers jedenfalls als konkludente Annahmeerklärung zu werten ist (BeckOGK/Kazele Rn. 22). Diese Gestattungsvereinbarung kann im **Grundbuch** eingetragen werden, sie muss es jedoch nicht; sie wirkt aber nur im Falle der Eintragung (wozu auch die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung reicht) auch gegenüber Einzelrechtsnachfolgern (BGH MittBayNot 2007, 47; 2009, 136; WM 2006, 2226 (2228); 1962, 746 (747); RGZ 159, 193; zur Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung OLG Karlsruhe BB 1989, 942 (943); MüKoBGB/Mohr Rn. 10; Staudinger/Reymann, 2017, Rn. 5). Die Gestattung der Ausübung muss nicht dem Wortlaut nach erklärt werden, sondern kann sich auch **konkludent** aus den Umständen ergeben; sie bedarf dann keiner Eintragung im Grundbuch, wird in diesem Fall aber nicht für Rechtsnachfolger (BGH NJW 1962, 1392 (1393)). Aus der Bestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit für einen bestimmten gewerblichen Betrieb kann aber nicht ohne weiteres auf die Gestattung der **7**

Ausübung geschlossen werden (BGH NJW 1963, 2319). § 1093 Abs. 2 führt nicht dazu, dass bei beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten, die keine Wohnungsrechte darstellen, eine „quasigesetzliche Gestattung" für Familienangehörige und sonstige Personen nach § 1093 Abs. 2 gilt (AG Lörrach WuM 1983, 55).

8 Da es sich bei der Gestattung um eine vertragliche Vereinbarung handelt, kann sie vom Eigentümer (grds., s. § 314) nicht einseitig **widerrufen** werden (MüKoBGB/Mohr Rn. 10; Grüneberg/Herrler Rn. 7). Sie kann aber vertraglich aufgehoben werden; ist die Gestaltung nicht dinglicher Rechtsinhalt, reicht hierzu jede schuldrechtliche Vereinbarung aus (BGH MittBayNot 2009, 136). Ist die Gestattung jedoch dinglicher Rechtsinhalt, sind §§ 877, 875 zu berücksichtigen. Die Möglichkeit der einseitigen Aufgabe des Dienstbarkeitsberechtigten hat aber ggf. Auswirkungen auf den Umfang der Pfändbarkeit der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit (→ Rn. 5).

9 Die Überlassung der Ausübung der Dienstbarkeit erfolgt durch einen Vertrag zwischen dem Dienstbarkeitsinhaber und dem Ausübungsberechtigten, der dem Ausübungsberechtigten kein dingliches Recht verschafft, sodass er nicht im Grundbuch eintragungsfähig ist (BayObLGZ 1982, 246 (250); RGZ 159, 193). Soweit das Recht zur Ausübung der Überlassung besteht, kann der Ausübungsberechtigte (vorbehaltlich abweichender Vereinbarungen) sein Ausübungsrecht (ganz oder teilweise) **weiter übertragen** (BGH WM 1963, 1209 (1211)). Wird es nur teilweise übertragen, ist der Inhaber der Dienstbarkeit zur Fortsetzung seiner Nutzung berechtigt (BGH NJW 1964, 2296). Nimmt der Dienstbarkeitsinhaber derartige Überlassungen vor, ohne dass ihm die Ausübung der Überlassung (insoweit) gestattet ist, steht dem Eigentümer des dienenden Grundstücks ein Anspruch aus **§ 1004** gegen den Dritten zu; gegen dem Dienstbarkeitsinhaber kann er Beseitigungsansprüche aus dem gesetzlichen Schuldverhältnis erheben. Bei unberechtigter Vermietung hat der Eigentümer keine Ansprüche auf den Mietzins (BGHZ 59, 51 = NJW 1972, 1416). Der Ausübungsberechtigte hat selbst keine Ansprüche gegenüber dem Eigentümer. Er kann allerdings als Prozessstandschafter für den Berechtigten auftreten (BGH LM Nr. 4).

10 Das Recht aus der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit ist infolge der Gestattung nach § 857 Abs. 3 ZPO **pfändbar,** soweit die Gestattung reicht (BGH MittBayNot 2009, 136; WM 2006, 2226 (2227 f.); KG OLGZ 1968, 295), und zwar unabhängig von der Form der Gestattung (BGH MittBayNot 2007, 47 (48); Staudinger/Reymann, 2017, Rn. 11). Das Ausübungsrecht ist dann zur Ausübung an den Gläubiger zu **überweisen,** ggf. ist eine **Zwangsverwaltung** anzuordnen (BeckOGK/Kazele Rn. 34). Zur Pfändbarkeit der Dienstbarkeit selbst → Rn. 5. Im Falle der Ausübungsgestattung ist jedoch die beschränkte persönliche Dienstbarkeit selbst (also nicht nur das Ausübungsrecht) Bestandteil der **Insolvenzmasse** des Berechtigten (BGH NJW 1962, 1392). Die Aufhebung der Ausübungsüberlassung unterliegt der Gläubigeranfechtung nach § 3 Abs. 1 AnfG (BGH MittBayNot 2009, 136) bzw. im eröffneten Insolvenzverfahren im Verfahren über das Vermögen des Dienstbarkeitsberechtigten nach §§ 129 ff. InsO.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

III. Ausnahme: eingeschränkte Übertragbarkeit (Abs. 2)

11 **1. Anwendbarkeit der Norm.** Abs. 2 Norm setzt voraus, dass Berechtigter der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit eine juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft ist, dh eine OHG, eine KG, eine EWIV oder eine Partnerschaft, sowie eine GbR (→ § 1090 Rn. 3). Abs. 2 ist nicht anwendbar, wenn die Dienstbarkeit zu Nutzungen iSv Abs. 3 berechtigt.

12 **2. Rechtsfolgen.** Die Rechtsfolgen des Abs. 2 ergeben sich aus den §§ 1059a–1059d, auf die verwiesen wird. Unter den Voraussetzungen der § 1059a → § 1059a Rn. 3 ff. ist danach die beschränkte persönliche Dienstbarkeit „übertragbar"; dh dass bei einem Vermögensübergang aufgrund Gesamtrechtsnachfolge ein gesetzlicher Übergang stattfindet, wenn dieser nicht nach dem Inhalt der Dienstbarkeit ausdrücklich ausgeschlossen (zB von der **Einwilligung des Grundstückseigentümers** abhängig) ist (OLG München BeckRS 2018, 5807 Rn. 25); bei der Übertragung von Unternehmen oder Unternehmensteilen, bei denen dienende Nießbrauchsrechte mitübertragen werden können, erfolgt eine Feststellung seitens der zuständigen Behörden nach § 1059a Abs. 1 Nr. 2 S. 2 (→ § 1059a Rn. 11). Es bedarf zum Rechtsübergang aber noch der **Eintragung** des neuen Berechtigten ins Grundbuch, § 873 Abs. 1.

IV. Weitere Ausnahme: Übertragbarkeit kraft Gesetzes (Abs. 3)

13 **1. Voraussetzung für die Normanwendung.** Voraussetzung für die Normanwendung ist zum einen, dass Berechtigte der beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten eine juristische Person ist oder eine rechtsfähige Personengesellschaft ist (→ § 1090 Rn. 3) und dass die Dienstbarkeit

zu den Nutzungen nach Abs. 3 berechtigt. Die vier privilegierten Nutzungszwecke sind **abschließend** aufgeführt. Sie müssen sich aus dem Grundbuchinhalt unter Einschluss der Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung ergeben. Soweit die Dienstbarkeit noch anderen Zwecken dient (zB zu anderen Nutzungen berechtigt), erstreckt sich die Übertragbarkeit nach § 1092 Abs. 3 nur auf die Nutzungszwecke, die in Abs. 3 aufgeführt sind. Die Dienstbarkeit muss entweder für eine **Versorgungsleitung,** einschließlich sämtlicher Anlagen (Bassenge NJW 1996, 2777 (2779)), für eine **Telekommunikationsanlage** iSv § 3 Nr. 23 TKG, für eine **Bahnanlage** iSv § 2 Abs. 3 S. 1 AEG oder für eine (private oder öffentliche) **Produktleitung** dienen, die idR dem Transport von Zwischenprodukten, zB von Öl, dient. Anders als bei § 1059a bedarf es hier nicht der Übertragung des Unternehmens, die privilegierte Übertragung des dinglichen Rechts ist jederzeit zulässig.

2. Wirkung. Sind Abs. 3 S. 1 bzw. Abs. 3 S. 3 erfüllt, sind sowohl eine bereits eingetragene Dienstbarkeit übertragbar als auch der Anspruch auf Einräumung einer solchen. Die Übertragung erfolgt aber (anders als nach § 1059a Abs. 1 Nr. 1) nicht kraft Gesetzes, sondern setzt nach § 873 die **Einigung** über die Übertragung zwischen dem Berechtigten und dem Erwerber sowie die **Eintragung** im Grundbuch voraus. Die Übertragung muss, soweit die Übertragbarkeit besteht, insgesamt erfolgen. Eine Teilung der Befugnisse scheidet nach Abs. 3 S. 2 aus; dies gilt sowohl für eine Teilung der Befugnisse zwischen dem bisherigen Rechtsinhaber und dem neuen Rechtsinhaber, als auch eine Teilung der Befugnisse unter mehreren neuen Berechtigten. Bei vereinbarter Übertragung gelten die §§ 1059b–1059d (s. dort). **14**

§ 1093 Wohnungsrecht

(1) [1]Als beschränkte persönliche Dienstbarkeit kann auch das Recht bestellt werden, ein Gebäude oder einen Teil eines Gebäudes unter Ausschluss des Eigentümers als Wohnung zu benutzen. [2]Auf dieses Recht finden die für den Nießbrauch geltenden Vorschriften der §§ 1031, 1034, 1036, des § 1037 Abs. 1 und der §§ 1041, 1042, 1044, 1049, 1050, 1057, 1062 entsprechende Anwendung.

(2) Der Berechtigte ist befugt, seine Familie sowie die zur standesmäßigen Bedienung und zur Pflege erforderlichen Personen in die Wohnung aufzunehmen.

(3) Ist das Recht auf einen Teil des Gebäudes beschränkt, so kann der Berechtigte die zum gemeinschaftlichen Gebrauch der Bewohner bestimmten Anlagen und Einrichtungen mitbenutzen.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Übersicht

	Rn.
I. Normzweck	1
II. Einzelerläuterung	3
1. Voraussetzung für das Vorliegen eines Wohnungsrechts	3
2. Räumlicher Umfang	10
3. Wohnungsrecht neben Eigentum/Nießbrauch/Miete	12
4. Mehrheit von Berechtigten	14
5. Inhaltliche Ausgestaltung des Rechts	15
6. Teilweise Geltung von Nießbrauchsvorschriften	18
7. Aufnahme anderer Personen (Abs. 2)	19
8. Gemeinschaftsanlagen-Mitbenutzungsrecht nach Abs. 3	23
9. Kosten im Zusammenhang mit Wohnungsrechten	26
10. Erlöschen des Wohnungsrechts/Entschädigungsansprüche	28

I. Normzweck

Das Wohnungsrecht iSv § 1093 Abs. 1 S. 1 begründet die Pflicht des Eigentümers, die Ausübung durch den Berechtigten (und dessen Angehörige, Abs. 2) zu dulden. Durch § 1093 Abs. 1 S. 2 wird das Wohnungsrecht als **Sonderform** aus dem Regelungswerk der beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten herausgenommen, da es aufgrund seiner umfassenden Nutzungsbefugnisse starke Ähnlichkeit mit einem Nießbrauch hat, sodass einige der dafür geltenden Vorschriften besser passen. Das Wohnrecht wird dadurch aber nicht zu einem eigenständigen sachenrechtlichen Rechtstyp im Kanon des sachenrechtlichen numerus clausus, sondern es bleibt eine **besondere Ausformung** der beschränkt persönlichen Dienstbarkeit (BeckOGK/Kazele Rn. 1; MüKoBGB/Pohlmann Rn. 1 Grüneberg/Herrler Rn. 1; PWW/Ahrens Rn. 1; Jauernig/Berger Rn. 1; Staudinger/Reymann, 2017, Rn. 1; aA OLG Düsseldorf MittRhNotK 1997, 390 (391); jurisPK- **1**

BGB/Alpmann Rn. 2). Das in Abs. 2 normierte Aufnahmerecht verdinglicht die **Ausübungsüberlassungsmöglichkeit** des Inhabers in Bezug auf Familienangehörige und Pflegepersonen. Abs. 3 begründet eine räumliche **Erweiterung** der Nutzungsbefugnis zugunsten von Gemeinschaftseinrichtungen, die sich außerhalb der Wohnung befinden. Aufgrund des **umfassenden Nutzungsrechts** des Berechtigten wird durch den Vorbehalt des Wohnungsrechts bei einer Grundstücksschenkung zB auch der Beginn der Abschmelzungsfrist des **§ 2325 Abs. 3** gehemmt (OLG München NJW-RR 2022, 1164).

2 Das Wohnungsrecht nach § 1093 charakterisiert sich (gegenüber den sonstigen **beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten**) dadurch, dass die Nutzungsbefugnis des Eigentümers im Ausübungsbereich des Wohnungsrechts vollständig ausgeschlossen sein muss und das Gebäude oder der Gebäudeteil nur zu Wohnzwecken genutzt werden darf. Während das Wohnungsrecht den Eigentümer zur Duldung der Nutzung bestimmter Räume verpflichtet, verschafft die **Wohnungsreallast** dem Berechtigten nur ein Verwertungsrecht, falls der Eigentümer keinen (nicht näher festlegbaren) Wohnraum zur Verfügung stellt (BayObLGZ 64, 1; OLG München RNotZ 2018, 471 (474); Staudinger/Reymann, 2017, Rn. 6). Welche Rechtsform dabei gewollt ist, hängt nicht von der Bezeichnung des Rechts ab, sondern vielmehr ist mittels **Auslegung** zu erforschen, wie nach dem Wortlaut, Sinn und Zweck der Erklärungen Rechte und Pflichten der Vertragspartner iE beschaffen sein sollen. Wenn jedoch ein Wohnungsrecht Gegenstand der Einigung der Beteiligten ist, aber eine Wohnungsreallast eingetragen wird (oder umgekehrt), ist keines der Rechte wirksam entstanden: Über die Bestellung des einen Rechts waren sich die Beteiligten nicht einig, das andere Recht wurde nicht eingetragen (OLG München RNotZ 2018, 471 (474)).

II. Einzelerläuterung

3 **1. Voraussetzung für das Vorliegen eines Wohnungsrechts. a) Mit Gebäude bebautes Grundstück.** Nur ein mit einem Gebäude bebautes Grundstück kann Gegenstand eines Wohnungsrechts sein. Es kann aber auch ein **künftiges** Wohnungsrecht an einem erst zu errichtenden Gebäude schon vor Errichtung bestellt und in das Grundbuch eingetragen werden.

4 Belastungsgegenstand des Wohnrechts muss ein Grundstück oder ein realer Grundstücksteil (§ 7 Abs. 2 GBO) sein. Erstreckt sich ein Gebäudekomplex über mehrere Grundstücke, kann ein sog. **Gesamtwohnungsrecht** an diesen mehreren Grundstücken bestellt werden (OLG Zweibrücken FGPrax 1998, 84; Boettcher MittBayNot 1993, 129). Bestandteil eines solchen Gesamtwohnungsrechts können aber nur Grundstücke sein, auf denen sich auch Gebäude befinden, die von der alleinigen Nutzungsbefugnis des Begünstigten betroffen sind. Andere Grundstücke können nicht in ein Gesamtwohnungsrecht mit einbezogen werden, zB auch nicht Grundstücke, an denen alleinige Gartennutzungsrechte oder Gartenmitnutzungsrechte bzw. alleinige Garagennutzungs- oder Garagenmitbenutzungsrechte bestehen.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

5 **b) Teilweiser Ausschluss des Eigentümers von Nutzungsbefugnissen.** Der Eigentümer muss in seiner Nutzungsbefugnis von einem Teil des Gebäudes vollständig **ausgeschlossen** sein. Er darf keine Nutzungsbefugnis neben dem Eigentümer mehr haben. Anders ist es freilich, wenn das Wohnrecht zugunsten des Eigentümers bestellt wird; ein solches **Eigentümerwohnrecht** wird jedenfalls bei Vorliegen der Möglichkeit eines irgendwie gearteten Interesses (zB anstehende Veräußerung oder Überlassung) als zulässig angesehen (KG NJW-RR 2019, 725; OLG München DNotZ 2012, 1093; MüKoBGB/Mohr Rn. 15; Grüneberg/Herrlich Rn. 7).

6 Soll dem Eigentümer eine mit Nutzungsbefugnis zustehen, kann das Recht, ein Gebäude oder den Teil eines Gebäudes als Wohnung zu nutzen, auch als **einfache beschränkte persönliche Dienstbarkeit** iSv § 1090 bestellt werden; hierfür gilt § 1093 Abs. 1 S. 2 nicht, die dort in Bezug genommenen Nießbrauchsvorschriften sind nicht anwendbar (Staudinger/Reymann, 2017, Rn. 3). Zulässig ist es auch, dem Eigentümer zeitlich befristet eine Mitnutzungsbefugnis einzuräumen, und nach Eintritt eines bestimmten Ereignisses (zum Beispiel Tod) das Recht in eine Alleinnutzungsbefugnis übergehen zu lassen (aA Staudinger/Reymann, 2017, Rn. 3: unzulässige Typenvermischung). Es kann jedoch kein Wohnungsrecht bestellt (und eingetragen) werden, welches zunächst eine Mitnutzungsbefugnis des Eigentümers und anschließend eine Alleinnutzungsbefugnis des Inhabers des Wohnungsrechts ermöglicht.

7 **c) Nutzung zu Wohnzwecken.** Das Wohnen muss **Hauptnutzungszweck** des Wohnungsrechts sein. Eine teilweise Mitnutzung zu beruflichen oder gewerblichen Zwecken ist als **untergeordneter Nebenzweck** unschädlich (KG KGJ 1953, 157 (159); MüKoBGB/Mohr Rn. 4; Soergel/Stürner Rn. 8; weiter diff. BeckOGK/Kazele Rn. 149.1, zB gelegentlicher Musikunterricht