

Bundesgerichtshof

BESCHLUSS

§ 1069 Abs.1 BGB, §§ 33 Abs.4, 35, 42 Abs.1 WoEigG

- 1. Zu den nach § 1069 Abs. 1 BGB auf die Bestellung eines Nießbrauchs an einem übertragbaren Recht anwendbaren Vorschriften gehören nur die Vorschriften, die allgemein für die Übertragung des mit dem Nießbrauch zu belastenden Rechts gelten.**
- 2. Ob besondere Ausgestaltungen für die Übertragung des Rechts auch für die Bestellung eines Nießbrauchs gelten, bestimmt sich nach den Vorschriften, die diese Ausgestaltungen zulassen.**
- 3. Bei dem Dauerwohn- und dem Dauernutzungsrecht kann der Zustimmungsvorbehalt nach § 42 Abs. 1, § 35 Satz 1 WEG nur für die Übertragung des Rechts, nicht dagegen für die Belastung mit beschränkten dinglichen Rechten vereinbart werden. Ein Zustimmungsvorbehalt für die Bestellung dinglicher Rechte am Dauernutzungsrecht, die - wie der Nießbrauch - zum Gebrauch und zur Nutzung des zu belastenden Rechts berechtigen, kann aber gemäß § 33 Abs. 4 Nr. 1 WEG als Inhalt des Rechts vereinbart werden.**

BGH, Beschluss vom 06.12.2018, Az.: V ZB 94/16

Tenor:

Auf die Rechtsbeschwerde der Beteiligten werden der Beschluss des Oberlandesgerichts München - 34. Zivilsenat - vom 29. Juni 2016, der Nichtabhilfebeschluss des Amtsgerichts Landshut - Grundbuchamt - vom 18. Januar 2016 und dessen Zwischenverfügung vom 8. Dezember 2015 aufgehoben.

Das Amtsgericht - Grundbuchamt - wird angewiesen, den Antrag auf Eintragung eines Nießbrauchs an dem im Erbbaugrundbuch von L. auf Blatt in Abteilung II unter lfd. Nr. 3 eingetragenen Dauernutzungsrecht zugunsten der Beteiligten nicht aus dem in Nr. 2 der Zwischenverfügung vom 8. Dezember 2015 genannten Grund (fehlende Zustimmungen von Erbbauberechtigter und Stadt) abzulehnen.

Der Gegenstandswert für das Verfahren der Rechtsbeschwerde beträgt 5.000 €.

Gründe:

I.

1

Die H. Waren- und Kaufhaus GmbH (fortan: Kaufhausgesellschaft) verpflichtete sich zur Erfüllung ihrer öffentlich-rechtlichen Pflicht zur Schaffung von Parkplätzen, ein Parkhaus anteilig mitzufinanzieren, das die Parkhaus GmbH & Co. KG (fortan: Parkhausgesellschaft) auf einem ihr dazu eingeräumten Erbbaurecht an einem städtischen Grundstück in B. errichten wollte. Im Gegenzug räumte die

Parkhausgesellschaft der Kaufhausgesellschaft an dem Erbbaurecht für dessen Laufzeit ein Dauernutzungsrecht ein, das diese dazu berechtigt, einen räumlich abgetrennten Teil des Parkhauses mit 177 Stellplätzen allein für sich, ihre Kunden und ihre Angestellten zu nutzen. In dem Vertrag heißt es u.a.:

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

2

Das Dauernutzungsrecht wurde einschließlich des Zustimmungserfordernisses am 5. August 1969, eine Änderung am 21. Oktober 1969 in das Erbbaugrundbuch eingetragen. Der Insolvenzverwalter der Rechtsnachfolgerin der Kaufhausgesellschaft bestellte den Antragstellerinnen als Gesamtberechtigten am 25. August 2015 ein Nießbrauchsrecht an dem Dauernutzungsrecht. In der gleichen Urkunde bewilligte der Insolvenzverwalter und beantragten die Antragstellerinnen die Eintragung des Nießbrauchs in das Grundbuch.

3

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

II.

4

Nach Ansicht des Beschwerdegerichts, dessen Entscheidung unter anderem in RNotZ 2016, 575 veröffentlicht worden ist, erfordert die Eintragung des Nießbrauchs die Zustimmungen der Parkhausgesellschaft und der Stadt. Die in das Grundbuch eingetragene Beschränkung der Veräußerungs- und Übertragungsbefugnis, die den Erbbauberechtigten vor den Risiken der in § 33 WEG i.V.m. § 31 Abs. 3 WEG vorgesehenen freien Veräußerlichkeit des Dauernutzungsrechts schütze, könne gemäß § 35 WEG zulässiger Inhalt dieses Rechts sein. Die rechtsgeschäftlich vereinbarte Vinkulierung ziehe die Zustimmungspflicht für die Bestellung eines Nießbrauchs nach dem Regelungskonzept des Gesetzgebers nach sich. Dies folge aus § 1069 Abs. 1 BGB. Dessen Anwendung sei nicht durch wohnungseigentumsrechtliche Regelungen ausgeschlossen, da diese keine speziellen Vorschriften über die Bestellung eines Nießbrauchs an einem Dauernutzungsrecht enthielten. Aus dem Umstand, dass § 35 WEG auf § 12 WEG verweise und in dessen Regelungsbereich eine Belastungsbeschränkung nicht erörtert werde, folge nichts anderes, da der Nießbrauch an Wohnungseigentum ein Sach- und kein Rechtsnießbrauch und § 1069 Abs. 1 BGB daher auf Wohnungseigentum nicht anwendbar sei. Die in § 33 WEG geschützte Verkehrsfähigkeit des Dauernutzungsrechts stehe nicht entgegen, da sie ihrerseits ihre Grenze in § 35 WEG finde. Diese Vorschrift diene dem Schutz des Eigentümers. Dieser sei bei der Bestellung eines Nießbrauchs ebenso schutzbedürftig wie bei der Veräußerung, da der Nießbraucher teilweise in die dingliche Stellung des Dauernutzungsberechtigten einrücke. Auch § 5 Abs. 2 ErbbauRG stehe dem nicht entgegen. Zwar falle ein Nießbrauch nicht unter diese Vorschrift, allerdings sei die Anwendung des § 1069 Abs. 1 BGB dadurch nicht ausgeschlossen.

III.

5

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

6

1. Das Beschwerdegericht nimmt zu Recht an, dass die Zwischenverfügung des Grundbuchamts zulässig war. Mit einer Zwischenverfügung nach § 18 GBO kann dem Antragsteller zwar nicht die Beibringung der Eintragungsbewilligung eines unmittelbar betroffenen Dritten, wohl aber die Beibringung von Zustimmungen nur mittelbar Betroffener aufgegeben werden (vgl. Senat, Beschluss vom 12. Oktober 2017 - V ZB 131/16, ZNotP 2018, 67 Rn. 5). Zu den nur mittelbar Betroffenen gehören bei der Belastung eines Dauernutzungsrechts mit einem Nießbrauch der Inhaber des Erbbaurechts, an dem das Dauernutzungsrecht lastet, und der Eigentümer des Erbbaugrundstücks, deren Zustimmung das Grundbuchamt hier verlangt hat.

7

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

8

a) Die Nießbrauchsfähigkeit des Dauernutzungsrechts folgt, anders als die des Erbbaurechts, auf dem es lastet, nicht aus §§ 90, 1030 BGB. Denn das Dauernutzungsrecht ist kein Grundstück oder anderer körperlicher Gegenstand und, anders als das Erbbaurecht (vgl. § 11 Abs. 1 ErbbauRG), einem Grundstück auch nicht gleichgestellt. Es ist vielmehr ein dem Wohnungsrecht gemäß § 1093 BGB nachgebildetes, im Unterschied zu diesem veräußerliches und vererbliches, aber eben nur „einfaches“ dingliches Recht an einem Grundstück oder grundstücksgleichen Recht (vgl. Senat, Urteil vom 16. September 2011 - V ZR 236/10, NJW-RR 2012, 218 Rn. 7; Bärman/Schneider, WEG, 14. Aufl., Vorbemerkungen zu §§ 31 ff. Rn. 15; BeckOK WEG/Munzig [2.4.2018], § 31 Rn. 3; Hügel/Elzer, WEG, 2. Aufl., § 31 Rn. 4; Staudinger/Spiegelberger, BGB [2018], § 31 WEG Rn. 14). An einem Dauernutzungsrecht kann aber nach § 1068 Abs. 1, § 1069 Abs. 2 BGB deshalb ein Nießbrauch bestellt werden, weil es nach § 42 Abs. 1, § 33 Abs. 1 Satz 1 WEG ein veräußerliches und vererbliches Recht ist (Vandenhouten in Niefenführ/Vandenhouten, WEG, 12. Aufl., § 31 Rn. 22).

9

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

10

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

11

a) Die Frage, ob ein für die Veräußerung eines Dauernutzungsrechts gemäß § 42 Abs. 1, § 35 Satz 1 WEG vereinbarter Zustimmungsvorbehalt dazu führt, dass auch die Bestellung eines Nießbrauchs zustimmungspflichtig ist, ist bislang nicht höchstrichterlich entschieden worden. Die positive Beantwortung dieser Frage durch das Beschwerdegericht ist in der Literatur, soweit die Frage dort überhaupt behandelt wird, teilweise zustimmend, aber ohne inhaltliche Auseinandersetzung aufgenommen worden (BeckOK WEG/Munzig [1.9.2018], § 35 Rn. 2; MüKoBGB-Engelhardt, 7. Aufl., § 35 WEG Rn. 2; Vandenhouten in Niedenführ/Vandenhouten, WEG, 12. Aufl., § 35 Rn. 1.; Staudinger/Spiegel-berger, BGB [2018], § 35 WEG Rn. 7). Teilweise wird der Entscheidung aber auch entgegengehalten, dass § 35 WEG keine Grundlage für einen generellen Belastungsvorbehalt ergebe (Bärmann/Schneider, WEG, 14. Aufl., § 35 Rn. 5; BeckOGK/Schulz [1.12.2018], § 35 WEG Rn. 2; Then in Spielbauer/Then, WEG, 3. Aufl., § 35 Rn. 2).

12

b) Im Gesellschaftsrecht, an dem sich das Beschwerdegericht orientiert, entspricht es allgemeiner Meinung, dass ein nach § 15 Abs. 5 GmbHG für die Übertragung des Geschäftsanteils in der Satzung vereinbarter Zustimmungsvorbehalt regelmäßig auch für Belastungen wie die Bestellung eines Nießbrauchs gilt (vgl. OLG Koblenz, NJW 1992, 2163, 2164; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 21. Aufl., § 15 Rn. 52; BeckOK GmbHG/Wilhelmi [1.11.2017], § 15 Rn. 201; MHLS/Ebbing, GmbHG, 3. Aufl., § 15 Rn. 193; MüKoGmbHG/Reichert/Weller, 3. Aufl., § 15 Rn. 327; Meyer, Der Nießbrauch an GmbH-Geschäftsanteilen und Aktien, S. 25, 26; Reichert, Das Zustimmungserfordernis zur Abtretung von Geschäftsanteilen in der GmbH, S. 64, 65; Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl., § 15 Rn. 115; Reichert/Schlitt in Festschrift Flick [1997], S. 217, 221; a.M. Barry, RNotZ 2014, 401, 406; Blasche, RNotZ 2013, 515, 516 f.). Die dogmatische Herleitung dieses Ergebnisses ist allerdings unterschiedlich. Im Aktienrecht wird die parallele Vorschrift in § 68 Abs. 2 AktG weit verstanden und erlaubt die Vinkulierung auch für Belastungen (MüKoAktG/Bayer, 4. Aufl., § 68 Rn. 57).

13

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

14

aa) Der Wortlaut von § 1069 Abs. 1 BGB ist nicht eindeutig. Zwar soll sich die Bestellung eines Nießbrauchs an übertragbaren Rechten nach den Vorschriften für die Übertragung des mit dem Nießbrauch zu belastenden Rechts richten. Dem liegt nach den Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch der Gedanke zugrunde, dass der Nießbrauch an einem Recht „eine teilweise und eigenthümliche, den Besteller für gewöhnlich nicht ganz verdrängende Succession in das belastete Recht bilde“ (vgl. zur Teilsukzession auch Senat, Beschluss vom 26. März 2014 - V ZB 140/13, ZfIR 2014, 488 Rn. 15). Im Gegensatz zur Bestellung anderer begrenzter Rechte an einer Sache gebe es bei der Bestellung eines Nießbrauchs an einem Recht keine überzeugenden Gesichtspunkte, die Bestellung eines Nießbrauchs anders zu behandeln als eine Eigentumsübertragung. Deshalb sollten auf die Bestellung eines Nießbrauchs nicht nur die Vorschriften über die rechtsgeschäftliche Form der Rechtsübertragung, sondern auch „alle[r] sonstigen von dem totalen auf den

partiellen Rechtsübergang zu erstreckenden Vorschriften“ anwendbar sein (vgl. Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. III, S. 302). Sowohl der Wortlaut des § 1069 Abs. 1 BGB als auch diese Motive des Gesetzgebers geben allerdings keinen Aufschluss darüber, ob für die Bestellung des Nießbrauchs nur die für die Übertragung des mit dem Nießbrauch zu belastenden Rechts normalerweise geltenden Vorschriften oder auch Vorschriften anwendbar sein sollen, die eine besondere Ausgestaltung der Rechtsübertragung zulassen.

15

bb) Für eine Auslegung von § 1069 Abs. 1 BGB im zuerst genannten Sinne spricht aber schon die systematische Stellung der Vorschrift. Sie soll eine Lücke füllen, die das Bürgerliche Gesetzbuch bei beweglichen Sachen und übertragbaren Rechten lässt. Während das Bürgerliche Gesetzbuch für Grundstücke und grundstücksgleiche Rechte mit § 873 BGB eine allgemeine Regelung nicht nur für deren Übertragung, sondern auch für deren Belastung enthält, sieht es eine entsprechende allgemeine Regelung für die Belastung beweglicher Sachen und übertragbarer Rechte nicht vor. Bei beweglichen Sachen hat der Gesetzgeber für die beiden Rechte, mit denen bewegliche Sachen belastet werden können, den Nießbrauch und das Pfandrecht, mit §§ 1032, 1205 BGB jeweils eigenständige Regelungen für die Begründung dieser Belastungen geschaffen. Sie stimmen nicht nur miteinander inhaltlich überein; sie entsprechen beide im Wesentlichen auch den allgemeinen Vorschriften über die Übertragung beweglicher Sachen in §§ 929 bis 936 BGB. Derselbe Effekt soll bei der Belastung von übertragbaren Rechten mit einem Nießbrauch oder einem Pfandrecht durch die Verweisungen auf die für die Übertragung solcher Rechte geltenden Vorschriften in § 1069 Abs. 1 und in § 1274 BGB erreicht werden. Aus den Materialien lässt sich entnehmen, dass sich der Gesetzgeber nur deshalb zu einer solchen Verweisungslösung entschieden hat, weil nicht nur die formellen, sondern auch die inhaltlichen Anforderungen bei den einzelnen übertragbaren Rechten sehr unterschiedlich sind. Der Zweck der Verweisung erschöpft sich aber in der Schaffung einer Grundregel für die Bestellung eines Nießbrauchs und eines Pfandrechts an übertragbaren Rechten. Nichts spricht dafür, dass der Gesetzgeber mit den beiden genannten Verweisungsnormen über die Schaffung einer solchen Grundregelung hinaus die Bestellung des Nießbrauchs auch von Sondervorschriften hat abhängig machen wollen, die der Gesetzgeber an anderer Stelle für die Übertragung einzelner übertragbarer Rechte mit einer jeweils speziellen Zielsetzung geschaffen hat.

16

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

17

(1) Der Gesetzgeber hat weder im Erbbaurechtsgesetz, an dessen Regelung für die Vereinbarung eines Zustimmungsvorbehalts in § 5 ErbbauRG er sich bei der Einführung von § 12 und § 35 Satz 1 WEG orientierte (BR-Drucks. 75/51 Begründung S. 18, 27), noch bei dem aus dieser Vorschrift entwickelten Zustimmungsvorbehalt für die Veräußerung von Wohnungs- und Teileigentum in § 12 WEG und bei dem daran angelehnten Zustimmungsvorbehalt für das Dauernutzungsrecht in § 42 Abs. 1, § 35 WEG das Recht vorgesehen, neben der Veräußerung auch jede Belastung unter Zustimmungsvorbehalt zu stellen (für das

Erbbaurecht: OLG Hamm, NJW-RR 1986, 693, 694; Erman/Grziwotz, BGB, 15. Aufl., § 5 ErbbauRG Rn. 2; Hustedt in Ingenstau/Hustedt, ErbbauRG, 11. Aufl., § 5 Rn. 16; NK-BGB/Heller, 4. Aufl., § 5 ErbbauRG Rn. 6; v. Oefele/Winkler/Schlögel, Handbuch Erbbaurecht, 6. Aufl., § 4 Rn. 225; für das Wohnungseigentum: Senat, Beschluss vom 15. Juni 1962 - V ZB 2/62, BGHZ 37, 203, 209; Bärmann/Suilmann, WEG, 14. Aufl., § 12 Rn. 20; Hügel/Elzer, WEG, 2. Aufl., § 12 Rn. 19; Grziwotz in Jennißen, WEG, 5. Aufl., § 12 Rn. 1; Kümmel/Vandenhouten in Niedenführ/Vandenhouten, WEG, 12. Aufl., § 12 Rn. 1).

18

(a) Bei dem Erbbaurecht kann neben der Veräußerung (§ 5 Abs. 1 ErbbauRG) zudem nicht jede Belastung des Erbbaurechts, sondern, von der umstrittenen (Nachweise zum Streitstand bei Lemke/Czub, Immobilienrecht, 2. Aufl., § 5 ErbbauRG Rn. 6) Frage einer Belastung des Erbbaurechts mit einem Dauerwohn- oder Dauernutzungsrecht abgesehen, nur seine Belastung mit einer Hypothek, Grund- oder Rentenschuld oder einer Reallast (§ 5 Abs. 2 ErbbauRG) zustimmungspflichtig gestellt werden. Für andere Belastungen besteht diese Möglichkeit nicht.

19

(b) Bei dem Wohnungs- und Teileigentum kann nach der Rechtsprechung des Senats ein Zustimmungsvorbehalt nach § 12 WEG nur für die Veräußerung des Wohnungs- und Teileigentums vereinbart werden, nicht für Belastungen. Es ist danach allerdings möglich, einen Zustimmungsvorbehalt für dingliche Rechte, die dem Berechtigten das Recht zum Gebrauch des Wohnungs- oder Teileigentums einräumen, insbesondere ein Wohnungsrecht nach § 1093 BGB und ein Dauerwohn- oder Dauernutzungsrecht nach § 31 Abs. 1 und 2 WEG, durch eine Gebrauchsregelung nach § 15 WEG vorzusehen. Anders als bei dem Erbbaurecht dürfte dagegen ein Zustimmungsvorbehalt für eine Hypothek, Grund- oder Rentenschuld oder eine Reallast gerade nicht vereinbart werden (Senat, Beschluss vom 15. Juni 1962 - V ZB 2/62, BGHZ 37, 203, 209 f.).

20

(c) Das gilt, was der Senat allerdings bisher noch nicht entschieden hat, sinngemäß auch für das Dauerwohn- und das Dauernutzungsrecht. Auch bei diesen Rechten kann der Zustimmungsvorbehalt nach § 42 Abs. 1, § 35 Satz 1 WEG nur für die Übertragung des Rechts, nicht dagegen für die Belastung mit beschränkten dinglichen Rechten vereinbart werden (Bärmann/Schneider, WEG, 14. Aufl. § 35 Rn. 5; Bärmann/Pick, WEG, 19. Aufl. § 35 Rn. 2; Grziwotz in Jennißen, WEG, 5. Aufl., § 35 Rn. 2; MüKoBGB/Engelhardt, 7. Aufl., § 35 WEG Rn. 2; Vandenhouten in Niedenführ/Kümmel § 35 Rn. 1; Then in Spielbauer/Then, WEG, 3. Aufl., § 35 Rn. 2; Staudinger/Spiegelberger, BGB [2018], § 35 WEG Rn. 2; Schneider in Riecke/Schmid, WEG, 4. Aufl., § 35 Rn. 1). Ein Zustimmungsvorbehalt für die Bestellung dinglicher Rechte am Dauernutzungsrecht (und die schuldrechtliche Verpflichtung dazu), die - wie der Nießbrauch, um den es hier geht - zum Gebrauch und zur Nutzung des zu belastenden Rechts berechtigen, kann aber gemäß § 33 Abs. 4 Nr. 1 WEG als Inhalt des Rechts vereinbart werden (BeckOK WEG/Munzig [1.9.2018], § 35 Rn. 19; für Zustimmung zur Nutzungsänderung: BayObLGZ 1960, 231, 239; Staudinger/Spiegelberger, BGB [2018], § 33 WEG Rn. 31 f.). Auch beim Dauerwohn- und beim Dauernutzungsrecht scheidet dagegen die Vereinbarung eines Zustimmungsvorbehalts für die Belastung des Rechts mit Pfandrechten aus.

21

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

22

(a) Die Vereinbarung eines Zustimmungsvorbehalts nach § 12 WEG hat in der Mehrzahl der Anwendungsfälle den Zweck, den Wohnungseigentümern die Möglichkeit zu geben, sich gegen „das Eindringen unerwünschter Personen in die Gemeinschaft und gegen sonstige unerwünschte Veränderungen im Personenkreis der Teilhaber zu schützen“ (BT-Drucks. 16/887 S. 21; zu weiteren Zwecken vgl. Senat, Beschluss vom 6. Dezember 2018 - V ZB 134/17, z. Veröff. best.).

23

(b) Darum geht es bei der Vereinbarung eines Zustimmungsvorbehalts für die Veräußerung eines Dauerwohn- oder - hier - Dauernutzungsrechts nach § 42 Abs. 1, § 35 Satz 1 WEG nicht. Ein Gebäude mit mehreren Wohnungen könnte zwar mit mehreren Dauerwohnrechten belastet werden (vgl. etwa den Fall, der dem Urteil des Senats vom 16. September 2011 - V ZR 236/10, NJW-RR 2012, 218 zugrunde lag). Auch bei einer solchen Fallgestaltung entsteht aber im Verhältnis der Inhaber der Dauerwohn- oder Dauernutzungsrechte untereinander keine der Wohnungs- oder Teileigentümergeinschaft vergleichbare Inhabergemeinschaft, die es zu schützen gelten könnte. Der Zweck, zu dessen Sicherung der Gesetzgeber mit § 42 Abs. 1, § 35 Satz 1 WEG einen Zustimmungsvorbehalt beim Dauerwohn- und Dauernutzungsrecht zulässt, ähnelt vielmehr den Zwecken, zu deren Sicherung der Gesetzgeber die Vereinbarung entsprechender Vorbehalte in § 5 Abs. 1 ErbbauRG für die Veräußerung eines Erbbaurechts und in § 12 Abs. 1 WEG für die Veräußerung von Wohnungs- und Teileigentum zugelassen hat. Der Grundstückseigentümer oder - hier - Erbbauberechtigte soll sich die Zustimmung zur Veräußerung eines Dauerwohn- oder Dauernutzungsrechts vorbehalten können, um spekulativen Verkäufen des Rechts entgegenzuwirken (für das Erbbaurecht: Erste Beilage zum Deutschen Reichsanzeiger und Preußischen Staatsanzeiger Nr. 26 vom 31. Januar 1919, S. 2). Das nach § 42 Abs. 1, § 35 Satz 1 WEG grundsätzlich auch mögliche Erfordernis der Zustimmung eines externen Dritten dient dagegen keinem einheitlichen Sachanliegen. Es könnte - wie das entsprechende Zustimmungserfordernis beim Wohnungs- und Teileigentum - etwa darauf gerichtet sein, eine zweckentsprechende Nutzung der Einheiten sicherzustellen. Das Erfordernis der Zustimmung eines Grundpfandrechtsgläubigers, dessen Zulässigkeit bei der inhaltsgleichen Regelung in § 12 WEG mit Blick auf § 1136 BGB umstritten ist (dafür Bärmann/Suilmann, WEG, 14. Aufl., § 12 Rn. 28; Palandt/Wicke, BGB, 78. Aufl., § 12 WEG Rn. 6; dagegen Grziwotz in Jennißen, WEG, 5. Aufl., § 12 Rn. 20; Staudinger/Kreuzer, BGB [2018], § 12 WEG Rn. 32a), hier jedoch nicht entschieden werden muss, würde dazu dienen, diesem die Prüfung zu ermöglichen, ob der Inhaberwechsel seine Sicherungsinteressen berührt (dazu Senat, Beschluss vom 6. Dezember 2018 - V ZB 134/17, z. Veröff. best.).

24

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

25

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

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

26

(b) Noch deutlicher wird dieser Widerspruch bei der Verpfändung des Dauerwohn- oder Dauernutzungsrechts. Da beide keine grundstücksgleichen Rechte sind, können sie nicht mit Grundpfandrechten belastet, sondern nur gemäß § 1273 BGB als Recht verpfändet werden (Bärmann/Schneider, WEG, 14. Aufl., § 33 Rn. 33; Staudinger/Spiegelberger, BGB [2018], § 31 WEG Rn. 14, 47). Eine solche Verpfändung erfolgt, wie bereits ausgeführt, gemäß § 1274 Abs. 1 Satz 1 BGB ebenfalls nach den für die Übertragung des Rechts geltenden Vorschriften. Gehörte dazu auch ein vereinbarter Zustimmungsvorbehalt für die Veräußerung des Dauerwohn- oder Dauernutzungsrechts, würde die Verpfändung dieser Rechte automatisch und zwingend zustimmungspflichtig, obwohl ein solcher Zustimmungsvorbehalt wohnungseigentumsrechtlich unzulässig ist. Ein solches Ergebnis ist schon nach den Grundsätzen der Normenhierarchie unvertretbar. Danach gehen das jüngere dem älteren (sog. lex-posterior-Regel, BVerfG, 141, 1 Rn. 50 und BGH, Urteil vom 17. Mai 2018 - III ZR 195/17, VersR 2018, 1385 Rn. 62) und das spezielle dem allgemeinen Gesetz vor (vgl. dazu: BGH, Beschluss vom 16. Februar 2012 - IX ZB 113/11, WM 2012, 553 Rn. 19). Beides führte hier zum Vorrang des Wohnungseigentumsrechts, zu dem auch das Dauerwohn- und das Dauernutzungsrecht gehört. Für diesen Vorrang spricht aber vor allem der Gestaltungswille des Gesetzgebers. Dieser hat sich bei der Einführung von § 12 WEG und § 42 Abs. 1, § 35 WEG zwar an dem legislativen Vorbild in § 5 ErbbauRG orientiert. Er hat den Zustimmungsvorbehalt aber bewusst auf die Fälle beschränkt, in denen er ein Bedürfnis für einen solchen Vorbehalt gesehen hat. Das ist die Person des Berechtigten. Auf ihren Wechsel sollen die Wohnungs- und Teileigentümer und, bei dem Dauerwohn- und Dauernutzungsrecht, der Grundstückseigentümer bzw. Erbbauberechtigte Einfluss nehmen können; ein weitergehender Einfluss sollte ihnen aber in beiden Fällen nicht zustehen (Senat, Beschluss vom 15. Juni 1962 - V ZB 2/62, BGHZ 37, 203, 208 f.).

27

(c) Ein solcher Widerspruch der allgemeinen nießbrauchsrechtlichen Vorschriften zu den bereichsspezifischen Vorschriften für einzelne nießbrauchsfähige Rechte ist sachlich nicht zu rechtfertigen. Zwar ist der Nießbrauch eine Teilübertragung von Eigentümer- oder - hier - Dauerrechtsbefugnissen auf den Nießbraucher. Das rechtfertigt es auch, für die Bestellung des Nießbrauchs an übertragbaren Rechten auf die Vorschriften für deren Übertragung zu verweisen. Diese Verweisung kann aber unterschiedslos auf alle übertragbaren Rechte nur angewendet werden, wenn sie sich auf die Vorschriften beschränkt, die für jeden Fall der Übertragung des Rechts, an dem der Nießbrauch bestellt werden soll, gelten. Ob die für die Übertragung des Rechts zugelassenen besonderen Ausgestaltungen auch für die Bestellung eines Nießbrauchs gelten, kann sich nicht nach einer allgemeinen technischen Regelung, die nicht nach den Besonderheiten des mit einem Nießbrauch zu belastenden Rechts differenziert, sondern nur nach den Vorschriften richten, die

solche Gestaltungen zulassen. Andernfalls würden nämlich diese Sonderregelungen durch die hierauf gar nicht zugeschnittene allgemeine Regelung in § 1069 Abs. 1 BGB unterlaufen und ganz oder teilweise in ihr Gegenteil verkehrt. Das war mit der Regelung in § 1069 Abs. 1 BGB nicht beabsichtigt. Die Bestellung eines Nießbrauchs an einem Dauernutzungsrecht ist mithin nicht schon deswegen zustimmungspflichtig, weil die Übertragung dieses Rechts auf der Grundlage von § 35 Satz 1 WEG mit einem Vorbehalt der Zustimmung des Grundstückseigentümers bzw. - hier - des Erbbauberechtigten und eines Dritten - hier der Stadt als Grundstückseigentümerin - versehen worden ist.

28

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

29

a) An die Auslegung des vereinbarten Zustimmungsvorbehalts durch das Beschwerdegericht, das ihr die Vereinbarung eines Zustimmungserfordernisses auch für die Bestellung eines Nießbrauchs an dem Dauernutzungsrecht nicht hat entnehmen können, ist der Senat zwar nicht gebunden. Die Regelung ist Teil der Vereinbarungen der seinerzeit Beteiligten über den Inhalt des Dauernutzungsrechts, die, soweit hier von Interesse, vollständig in das Grundbuch eingetragen worden sind. Die Auslegung von Grundbucheintragungen unterliegt vollen Umfangs der Nachprüfung durch das Rechtsbeschwerdegericht (st. Rspr., vgl. etwa Senat, Beschlüsse vom 4. Dezember 2014 - V ZB 7/13, NJW-RR 2015, 645 Rn. 8 und vom 13. September 2018 - V ZB 2/18, ZNotP 2018, 418 Rn. 16, jeweils mwN). Ob eine Grundbucheintragung Veräußerungs- oder Nutzungsbeschränkungen enthält, und welcher Art diese sind, ist durch Auslegung zu ermitteln. Dabei ist auf den Wortlaut und Sinn der Eintragung abzustellen, wie er sich aus unbefangener Sicht als nächstliegende Bedeutung des Eingetragenen ergibt. Umstände außerhalb der Eintragung und der dort zulässig in Bezug genommenen Unterlagen, insbesondere also der Regelung in §§ 5 und 6 der Bestellsurkunde über den Inhalt des Dauernutzungsrechts, dürfen nur herangezogen werden, wenn sie nach den besonderen Verhältnissen des Einzelfalles für jedermann ohne weiteres erkennbar sind (vgl. Senat, Urteile vom 10. Oktober 2014 - V ZR 315/13, BGHZ 202, 346 Rn. 8 und vom 20. November 2015 - V ZR 284/14, BGHZ 208, 29 Rn. 9).

30

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

31

aa) Das von den beiden Gesellschaften bei der Bestellung des Dauernutzungsrechts zur Beschreibung des zustimmungspflichtigen Tatbestands gewählte Begriffspaar „Veräußerung und Übertragung“ ist zweideutig. Der Begriff der „Veräußerung“ bezeichnet allerdings im Zivilrecht durchgängig nur den dinglichen Rechtsakt, nämlich die Übertragung des Eigentums an einer Sache oder einem grundstücksgleichen Recht (vgl. §§ 135, 136, 311c, 566, § 936 Abs. 1 BGB; BGH,

Urteil vom 16. Juni 1994 - I ZR 24/92, BGHZ 126, 252, 259). Er ist auch im Recht der Dauernutzungsrechte in § 42 Abs. 1, § 35 Satz 2 und § 12 Abs. 3 WEG entsprechend definiert. Die Vereinbarung eines entsprechenden Zustimmungsvorbehalts führt nach den genannten Vorschriften kraft Gesetzes zur Zustimmungspflichtigkeit auch des schuldrechtlichen Grundgeschäfts. Bei Zugrundelegung dieses Begriffsverständnisses wäre indessen unklar, was die Gesellschaften mit „Übertragung“ gemeint haben. Sie könnten damit die Bestellung eines Nießbrauchs als einer Teilrechtsübertragung angesprochen haben. Eine plausible Erklärung dafür, weshalb die Gesellschaften eine solche - zudem schon sehr verklausurierte - Formulierung gewählt haben könnten, wenn sie eigentlich nur die Bestellung eines Nießbrauchs gemeint haben, ist allerdings nicht zu erkennen. Eher wahrscheinlich ist, dass sie mit dem Begriffspaar „Veräußerung und Übertragung“ dem Missverständnis vorbeugen wollten, es könne nur das schuldrechtliche Grundgeschäft oder nur der dingliche Übertragungsakt gemeint sein. Dafür spricht auch, dass der Begriff der „Veräußerung“, legt man etwa den Duden zugrunde, im allgemeinen Sprachgebrauch meist nicht in dem beschriebenen engen technischen Sinn verstanden wird, sondern als Beschreibung nur des schuldrechtlichen Grundgeschäfts.

32

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

33

cc) Für dieses Verständnis spricht schließlich auch eine Ergänzung des Inhalts des Dauernutzungsrechts im Zusammenhang mit der später eingetragenen, aufgrund eines Rangrücktritts im Rang aber dem Dauernutzungsrecht vorgehenden Grundschild. Danach soll das Dauernutzungsrecht bei einer „Übertragung“ auf die Erbbauberechtigte oder auf Dritte nur bestehen bleiben, wenn der Gläubiger der Grundschild diesem Rechtsübergang ausdrücklich in grundbuchmäßiger Form zugestimmt hat. Eine solche Verwirkungsregelung, die der Gesetzgeber bei dem hier mit dem Dauernutzungsrecht belasteten Erbbaurecht selbst mit der Einführung des Zustimmungsvorbehalts nach § 5 Abs. 1 ErbbauRG und der Regelung in § 6 Abs. 2 ErbbauRG hat vermeiden wollen (Begründung der ErbbauVO in Erste Beilage zum Reichsanzeiger und Preußischen Staatsanzeiger Nr. 26 vom 31. Januar 1919, S. 2), gefährdet den Bestand des Dauernutzungsrechts und schwächte seine weitere Beleihbarkeit. Nichts spricht dafür, dass die Gesellschaften den Tatbestand, der das ersatzlose Erlöschen des Dauernutzungsrechts auslösen soll, weit verstanden wissen

wollten und mit dem in diesem Zusammenhang allein verwendeten Begriff „Übertragung“ auch den Nießbrauch gemeint haben könnten.

34

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

35

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

IV.

36

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