

Titel:

Ersetzung der notariellen Beurkundung durch einen gerichtlichen Vergleich

Normenketten:

GBO § 29

BGB § 127a, § 154 Abs. 1, § 177, § 184 Abs. 1

ZPO § 160 Abs. 5, § 162 Abs. 1 S. 1, § 163

WEG § 4, § 10, § 16 Abs. 1

BeurkG § 13a

Leitsätze:

1. An den notwendigen Inhalt eines Vorvertrags sind nicht die gleichen Anforderungen zu stellen wie an eine die Sache endgültig regelnde Vereinbarung. Ein wirksamer Vorvertrag setzt aber voraus, dass sich die Parteien über alle wesentlichen Punkte geeinigt haben und der Inhalt des abzuschließenden Hauptvertrages zumindest bestimmbar ist. Punkte, die sie für nicht wesentlich halten, können die Parteien dagegen einer späteren Einigung vorbehalten. (Rn. 20) (redaktioneller Leitsatz)
2. Ein (gerichtlicher) Vergleich, wonach in einem noch abzuschließenden Nachtrag zu einer Teilungserklärung neue Sondereigentumseinheiten geschaffen und einzelnen Mitgliedern der Wohnungseigentümergeinschaft übertragen werden sollen, bedarf gemäß § 4 Abs. 3 WEG zu seiner Wirksamkeit der notariellen Beurkundung gemäß § 311b Abs. 1 BGB. (Rn. 24) (redaktioneller Leitsatz)
3. Wenn durch einen gerichtlichen Vergleich die notarielle Beurkundung gemäß § 127a BGB ersetzt werden soll, ist es erforderlich, die der notariellen Beurkundungspflicht unterliegenden Erklärungen in das gerichtliche Protokoll aufzunehmen, wobei gemäß § 160 Abs. 5 ZPO die Aufnahme in das Protokoll auch in der Weise erfolgen kann, dass die der Beurkundungspflicht unterliegenden Erklärungen in eine Schrift aufgenommen werden, die dem Protokoll als Anlage beigelegt und in ihm als solche bezeichnet wird. (Rn. 30) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Gemeinschaftsordnung, Genehmigung, gerichtlicher Vergleich, notarielle Beurkundung, Sondereigentum, Änderung der Teilungserklärung, Urkunde, Vorvertrag

Vorinstanz:

AG München, Urteil vom 21.03.2018 – 481 C 12909/17 WEG

Fundstellen:

MDR 2019, 1338

BWNotZ 2019, 285

BeckRS 2019, 14938

LSK 2019, 14938

Tenor

1. Auf die Berufung des Beklagten wird das Urteil des Amtsgerichts München vom 21.03.2018, Az. 481 C 12909/17 WEG, aufgehoben und wird die Klage abgewiesen.
2. Die Kläger haben die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.
3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Kläger können die Vollstreckung durch Leistung einer Sicherheit i. H. von 110% des aus dem Urteil vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit i. H. von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.
4. Die Revision gegen dieses Urteil wird nicht zugelassen.

Entscheidungsgründe

1

Die Kläger verklagen den Beklagten auf Genehmigung einer notariell beurkundeten Änderung der Teilungserklärung und Gemeinschaftsordnung.

2

Die Kläger und der Beklagte sind die alleinigen Mitglieder der Wohnungseigentümergeinschaft... Sie führten in der Vergangenheit mehrere Rechtsstreitigkeiten untereinander. Am 26.08.2016 schlossen die Parteien in der mündlichen Verhandlung des Amtsgerichts München der dort zwischen den Parteien anhängigen Verfahren 481 C 11412/12 WEG und 481 C 28496/12 WEG zur Beendigung dieser Verfahren und des weiteren beim Amtsgericht München zwischen dem Verband und dem Beklagten geführten Verfahrens 481 C 17735/12 WEG einen Vergleich. Ziffer I. und II. des vom Gericht protokollierten Vergleichs lauten:

„I. Die Parteien sind sich einig, dass bis spätestens Freitag, 21.10.2016 ein notarieller Termin vor dem Notariat M., zur Beurkundung des bereits vorliegenden Nachtrags zur Teilungserklärung stattfindet. Auf die dem bisherigen Entwurf beiliegende Anlage 4 wird in beiderseitigem Einvernehmen verzichtet. Im Rahmen dieses Nachtrags zur Teilungserklärung sollen die neu geschaffenen Wohn- und Nutzflächen aus der Aufstockung des Geschosswohnhauses Flurnummer ... M. geregelt werden (gemäß Tektur Planungsbüro ... vom 28.01.2014 gemäß Planungsreferat Landeshauptstadt M. 2014-...). Zur Ermittlung der neuen Miteigentumsanteile sind sich die Parteien einig, dass im Hinblick auf die Bestandswohnungen die der Betriebskostenabrechnung 2014 zu Grunde liegende Wohnflächenberechnung bindend sein soll.

II. Die Parteien sind sich einig, dass im Rahmen dieses Nachtrags zur Teilungserklärung dem Kläger die Wohnungen Nr. 2 und 3, Ostseite (siehe Plan), zugeordnet werden zu Sondereigentum. Die Parteien sind sich einig, dass im notariellen Nachtrag zur Teilungserklärung die neu geschaffenen Miteigentumsanteile sich an den Wohnflächen orientieren.“

3

Mit dem in Ziffer I. des Vergleichs genannten Nachtrag zur Teilungserklärung war nach dem übereinstimmenden Willen der Parteien der in Ablichtung als Anlage K 10 vorgelegte Entwurf des Notars ... in M. gemeint. Dieser wurde allerdings weder in der mündlichen Verhandlung des Amtsgerichts München vom 26.08.2016 seitens des Gerichts vorgelesen oder den Parteien zur Durchsicht vorgelegt, noch dem Protokoll der mündlichen Verhandlung des Amtsgerichts München vom 26.08.2016 als Anlage beigelegt. Auch sonst sind dem Protokoll der mündlichen Verhandlung des Amtsgerichts München vom 26.08.2016 keine weiteren Anlagen beigelegt worden. Wegen der weiteren Einzelheiten und des weiteren Inhalts des protokollierten Vergleichs wird auf die als Anlage K 1 vorgelegte Ablichtung des Protokolls der mündlichen Verhandlung vom 26.08.2016 des Amtsgerichts München zu den Verfahren 481 C 11412/12 WEG und 481 C 28496/12 WEG Bezug genommen.

4

Am 21.10.2016 fand ein mehrstündiger Termin im Notariat ... statt, bei dem der Beklagte persönlich und die Kläger teilweise persönlich anwesend, im Übrigen vertreten waren. In diesem Termin wurde die als Anlage K 2 vorgelegte notariell beurkundete Vergleichsvereinbarung, UrNr. ..., unterzeichnet, nach der unter anderem das Datum 21.10.2016 in Ziffer I des gerichtlichen Vergleichs vom 26.08.2016 durch das Datum 24.11.2016 ersetzt (§ 2 Ziffer der Vereinbarung) und das Planungsbüro ... unter bestimmten Vorgaben (§ 2 Ziffern 3 und 4 der Vereinbarung) mit der Berechnung der Miteigentumsanteile und der Kostenschlüssel auf Grundlage des Vergleichs vom 26.08.2016, der Erstellung der Aufteilungspläne für die Einholung der Abgeschlossenheitsbescheinigung sowie der Beantragung der Abgeschlossenheitsbescheinigung beauftragt wurde (§ 2 Ziffer 2 der Vereinbarung). § 2 Ziffern 5 und 6 der Vergleichsvereinbarung haben folgenden Inhalt:

„5. Der Urkundsnotar wird beauftragt, den Entwurf entsprechend der heutigen Besprechung anzupassen und allen Vertragsteilen und ihren Anwälten zukommen zu lassen.

6. Im Übrigen bleiben die vergleichsweise getroffenen Vereinbarungen unverändert.“

5

Der Vergleich vom 26.08.2016 wurde der notariell beurkundeten Vergleichsvereinbarung vom 21.10.2016 nicht beigelegt. Wegen des weiteren Inhalts der Vergleichsvereinbarung vom 21.10.2016 wird im Übrigen auf die Anlage K 2 verwiesen.

6

Das Notariat ... erarbeitete im Anschluss einen Entwurf der von den Parteien angestrebten Änderung der Teilungserklärung und Gemeinschaftsordnung, den es mit E-Mail vom 27.10.2016 (in Ablichtung vorgelegt als Anlage K 25) an die Parteien versandte. Zu einer Beurkundung kam es in der Folge jedoch nicht, weil der Beklagte der Auffassung war, es müssten noch verschiedene Änderungen in die Urkunde aufgenommen werden, mit denen jedoch die Kläger nicht einverstanden waren.

7

Am 27.04.2017 beurkundete der Notar ... in Anwesenheit der Kläger zu 2) bis 6) die als Anlage K 9 zur Akte gereichte „Änderung der Teilungserklärung und Gemeinschaftsordnung“, UrNr. ..., die im Anschluss durch den Notar sowie die Kläger zu 2) bis 6) unterzeichnet wurde. Die Kläger zu 2) bis 6) handelten dabei jeweils im eigenen und gemeinschaftlich auch im Namen des Klägers zu 1) sowie des Beklagten. Wegen des genauen Inhalts der notariellen Urkunde vom 27.04.2017 wird auf die Anlage K 9 Bezug genommen.

8

Die Kläger haben in 1. Instanz die Auffassung vertreten, aus dem beim Amtsgericht München am 26.08.2016 protokollierten Vergleich, der rechtlich als Vorvertrag zum Abschluss eines endgültigen Hauptvertrags zu qualifizieren sei, stehe den Klägern ein Anspruch auf Abschluss des Hauptvertrags zu, wie er sich inhaltlich aus der Urkunde des Notariats ... vom 27.04.2017, UrNr. ... ergebe.

9

Der Beklagte hat dies bestritten und ausgeführt, der Vergleich vom 26.08.2016 enthalte nicht eine alle notwendigen Einigungspunkte beinhaltende Regelung, vielmehr sei mit diesem lediglich ein vertraglicher Rahmen geschaffen worden. Zwischen dem im Vergleich vom 26.08.2016 in Bezug genommenen ursprünglichen Entwurf der Änderung der Teilungserklärung und Gemeinschaftsordnung (Anlage K 10) und der von den Klägern unterzeichneten Änderung der Teilungserklärung und Gemeinschaftsordnung vom 27.04.2017 (Anlage K 9) bestünden gravierende Unterschiede bzw. seien in der Urkunde vom 27.04.2017 gegenüber der zugrundeliegenden Entwurfs-Urkunde diverse Änderungen vorgenommen worden. Zudem seien die Anlagen 6 und 7 zur Urkunde vom 27.04.2017 nicht lesbar. Dem Beklagten könne aber nicht aufgegeben werden, eine Urkunde zu unterzeichnen, deren Anlagen nicht lesbar seien. Soweit gem. § 14 der notariellen Urkunde vom 27.04.2017 geregelt sei, dass die nicht persönlich anwesenden Miteigentümer von allen anwesenden Miteigentümern vertreten werden, mit der Maßgabe, dass jeweils eine Nachgenehmigung der nicht persönlich anwesenden Miteigentümer in notariell beglaubigter Form vorbehalten bleibt, sei eine entsprechende Vertretungsregelung nie Gegenstand eines Vergleichs oder eines notariellen Entwurfs gewesen, eine solche sei weder notwendig noch akzeptabel.

10

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands sowie der in 1. Instanz gestellten Anträge wird auf den Tatbestand des amtsgerichtlichen Urteils Bezug genommen, ergänzend auf die von den Parteien in 1. Instanz zur Akte gereichten Schriftsätze nebst Anlagen.

11

Das Amtsgericht hat der Klage mit Urteil vom 21.03.2018 stattgegeben und den Beklagten verurteilt, die Urkunde des Notariats ... M., vom 27.04.2017, UrNr. ... (Anlage K 9), zu genehmigen. Zur Begründung hat es ausgeführt, der gerichtliche Vergleich vom 26.08.2016 in Verbindung mit den sich aus der notariellen Vereinbarung vom 21.10.2016, UrNr. ..., ergebenden Änderungen und Ergänzungen sei als Vorvertrag zu qualifizieren, durch den sich die Vertragsparteien zum Abschluss eines Hauptvertrags mit den sich hieraus ergebenden Eckpunkten verpflichtet hätten. Daraus habe sich für den Beklagten die Verpflichtung ergeben, an dem Aushandeln der Bedingungen des abzuschließenden Hauptvertrages mitzuwirken. Da der Beklagte dem nicht nachgekommen sei, seien die Kläger berechtigt, die Erfüllung der von dem Beklagten übernommenen Verpflichtung in Gestalt einer von den Klägern vorformulierten Vertragserklärung zu verlangen und zum Gegenstand einer Klage zu machen. Sache des Beklagten wäre es gewesen, einen möglichen Gestaltungsspielraum einredeweise geltend zu machen, soweit eine abschließende Einigung im Vorvertrag noch nicht erfolgt sei. Die Änderungsvorschläge des Beklagten seien jedoch über den durch den Vorvertrag vorgegebenen Gestaltungsspielraum weit hinausgegangen. Daher seien die Kläger grundsätzlich berechtigt gewesen auf der Grundlage des geschlossenen Vorvertrags einen konkreten Vertragsvorschlag zu machen, was mit Unterzeichnung der Vertragsurkunde UrNr. ... im Notariat ... am 27.04.2017 geschehen sei. Die darin enthaltenen Vereinbarungen entsprächen am ehesten den

Vereinbarungen des Vorvertrags, so dass die Kläger gegen den Beklagten einen Anspruch hätten, diese zu genehmigen und damit zugleich die in der notariellen Urkunde vom 27.04.2017, UrNr..., des Notars ... in M., enthaltene Bewilligung gem. § 29 GBO zu erteilen. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Gründe des Urteils des Amtsgerichts München vom 21.03.2018 verwiesen.

12

Gegen das Urteil hat der Beklagte Berufung eingelegt.

13

Zur Begründung wiederholt er seinen Vortrag aus der 1. Instanz. Weiterhin führt er aus, er sei zu keinem Zeitpunkt mit seiner Vertretung von allen anwesenden Miteigentümern bei der notariellen Beurkundung vom 27.04.2017 gem. § 14 der notariellen Urkunde vom 27.04.2017 (Anlagen K 9) einverstanden gewesen. Die Urkunde sei von den Miteigentümern in seiner Vertretung ohne Vertretungsmacht unterzeichnet worden. Eine nachträgliche Genehmigung gem. § 177 BGB sei schon wegen der bereits vor Errichtung der Urkunde vom 27.04.2017 und auch danach mehrfach erfolgten Ablehnung der Genehmigung nicht mehr möglich. Mit der Verweigerung der Genehmigung sei der Vertrag endgültig unwirksam geworden. Bei dem am 26.08.2016 vor dem Amtsgericht München geschlossenen Vergleich handelt es sich nach Auffassung des Beklagten auch nicht um einen Vorvertrag. Mehr als einen Auftrag an den Notar, einen bestehenden Entwurf anzupassen, könne man in die Vereinbarung vom 21.10.2016 nicht hineininterpretieren. Ein Vorvertrag könne zudem nicht auf eine Verfügung und damit nicht auf eine Änderung der Teilungserklärung gerichtet sein. Aus den Gründen des amtsgerichtlichen Urteils ergebe sich im Übrigen, dass sich die Parteien noch nicht über alle Punkte abschließend geeinigt hätten. Rechtsfolge sei gem. § 154 I BGB, dass ein Vertrag noch nicht zustande gekommen sei (offener Dissens). Falsch sei darüber hinaus die Annahme des Amtsgerichts, der Beklagte sei seiner Mitwirkungspflicht zum Aushandeln des abzuschließenden Vertrages nicht nachgekommen. Denn der Beklagte habe sowohl an der mehrstündigen Besprechung im Notariat ... am 21.10.2016 teilgenommen, als auch dem Notariat seine präzisen Änderungswünsche noch vor der Beurkundung vom 27.04.2017 mit der als Anlage B 1 vorgelegten E-Mail mitgeteilt. Ebenso seien dem Amtsgericht mit Schriftsatz des Beklagtenvertreters vom 13.10.2017 konkrete Vorschläge bezüglich zusätzlich zu regelnder Punkte unterbreitet worden. Der Beklagte ist weiter der Ansicht, dass der am 26.08.2016 vor dem Amtsgericht München geschlossene Vergleich, obgleich er einen der notariellen Beurkundungspflicht unterliegenden Inhalt aufweise, nicht den Anforderungen des § 127 a BGB genüge, da der in Ziffer I. des Vergleichs genannte Nachtrag zur Teilungserklärung dem Protokoll vom 26.08.2016 nicht gem. § 160 V ZPO beigefügt, weder verlesen noch den Parteien zur Durchsicht vorgelegt und auch nicht von diesen genehmigt worden sei gem § 162 I Satz 1 ZPO i. V. mit § 160 III Satz 1 ZPO. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Berufungsbegründung vom 28.06.2018 sowie den Schriftsatz der Beklagtenseite vom 12.03.2019 Bezug genommen.

14

Der Beklagte beantragt,

1. Das Urteil des Amtsgerichts München, Az: 481 C 12909717 WEG vom 21.03.2018 wird aufgehoben.
2. Die Klage wird abgewiesen. Die Kläger beantragen die Zurückweisung der Berufung.

15

Auch sie wiederholen den Vortrag aus der 1. Instanz. Zudem bestreiten sie, dass die Anlagen 6 und 7 zur Urkunde Nr... vom 27.04.2017 nicht lesbar seien. Das Original der Anlagen sei gut lesbar. Der Beklagte habe auch nicht substantiiert dargelegt, wann und in welcher Form er die Genehmigung der notariellen Urkunde vom 27.04.2017 abgelehnt habe. Eine Genehmigung vor Beurkundung des Nachtrags hätte schon rechtlich nicht erfolgen können, da eine Genehmigung gem. § 184 I BGB stets eine nachträgliche Zustimmung beinhalte. Da der Beklagte aufgrund des gerichtlichen Vergleichs vom 26.08.2016 zur Genehmigung der notariellen Urkunde vom 27.04.2017 verpflichtet sei, würde eine Verweigerung der Genehmigung auch gegen Treu und Glauben verstoßen und könnte daher keine rechtliche Wirkung entfalten. Ohnehin sei der Beklagte weder von den Klägern noch von deren Prozessbevollmächtigten zur Abgabe einer Genehmigung, insbesondere nicht in der nach § 14 Nr. 4 der Urkunde vom 27.04.2017 vorgesehenen Form, aufgefordert worden. Nach Auffassung der Kläger ist auch § 154 BGB nicht anwendbar, da eine Einigung über sämtliche Punkte des Vertrags zum Zeitpunkt des Vergleichsabschlusses bereits vorgelegen habe. Insbesondere seien sich die Parteien darüber einig

gewesen, dass die Verpflichtung aus dem Vergleich vom 26.08.2016 durch die notarielle Vereinbarung vom 21.10.2016 nicht entfallen sollte. Vielmehr sei mit dieser Vereinbarung dem zum damaligen Zeitpunkt vorliegenden Nachtrag zur Teilungserklärung, der Anlage K 10, erneut ausdrücklich zugestimmt worden. Die Kläger meinen, der am 26.08.2016 vor dem Amtsgericht München geschlossene Vergleich sei auch ohne die Beifügung des allen Beteiligten bekannten, in Ziffer I. des Vergleichs genannten Nachtrags zur Teilungserklärung wirksam. Jedenfalls sei ein Berufen des Beklagten auf die Unwirksamkeit des gerichtlichen Vergleichs treuwidrig. Denn nach ständiger Rechtsprechung sei bei einer Existenzgefährdung sowie in Fällen einer besonders schweren Treupflichtverletzung die Formwirksamkeit eines Rechtsgeschäfts unbeachtlich und dieses als gültig zu behandeln. Der gerichtliche Vergleich sei von beiden Parteien seit seinem Abschluss als gültig behandelt worden. Insbesondere hätten die Parteien durch Beurkundung der Vereinbarung im Notariat ... am 21.10.2016 dokumentiert, an den Regelungen des gerichtlichen Vergleichs in jedem Fall festhalten zu wollen. Die Abweichungen in der Urkunde vom 27.04.2017 (Anlage K 9) gegenüber dem bei Vergleichsschluss am 26.08.2016 vorliegenden Entwurf (Anlage K 10) seien unbeachtlich und lediglich redaktioneller Art. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Schriftsatz der Kläger vom 09.01.2019 und die Berufungserwiderung vom 12.02.2019 Bezug genommen.

16

Zur Ergänzung des Tatbestands wird auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 13.03.2019 und den darin dokumentierten Hinweis der Kammer Bezug genommen.

II.

17

Die zulässige Berufung ist begründet.

18

1. Ein Anspruch der Kläger auf Genehmigung der als Anlage K 9 vorgelegten Urkunde des Notariats ... vom 27.04.2017, UrNr. durch den Beklagten ergibt sich nicht aus der am 21.10.2016 im Notariat ... beurkundeten Vereinbarung, da die Vereinbarung vom 21.10.2016 nicht rechtswirksam zustande gekommen ist.

19

1.1. Inhaltlich nimmt die notariell beurkundete Vereinbarung vom 21.10.2016 auf den am 26.08.2016 geschlossenen gerichtlichen Vergleich Bezug, der in § 2 Ziffern 1. bis 4. ergänzt bzw. abgeändert wird, gem. § 2 Ziffer 6. der notariellen Vereinbarung vom 21.10.2016 im Übrigen aber unverändert weitergelten soll. Der gerichtliche Vergleich vom 26.08.2016 wiederum sieht in Ziffer I. vor, dass bis spätestens 21.10.2016 -dieses Datum wurde in der Vereinbarung vom 21.10.2016, § 2 Ziffer 1. abgeändert auf 24.11.2016 - ein Termin vor dem Notariat M., zur Beurkundung des bereits vorliegenden Nachtrags zur Teilungserklärung stattfinden soll. Wie das Amtsgericht zutreffend ausgeführt hat, beinhaltet dies nach dem erklärten Willen der Parteien eine Verpflichtung, einen Nachtrag zur Teilungserklärung zu vereinbaren und notariell zu beurkunden. In der Sache handelt es sich daher bei den im gerichtlichen Vergleich vom 26.08.2016 getroffenen Vereinbarungen mit den Ergänzungen und Abänderungen gemäß der Urkunde des Notars ... vom 21.10.2016, wie das Amtsgericht zutreffend erkannt hat, um einen Vorvertrag, mit dem die schuldrechtliche Verpflichtung zum späteren Abschluss des Hauptvertrags begründet werden sollte (vgl. Ellenberger in Palandt, 78. Aufl., Rn 19 vor § 145 BGB). Entgegen der Ansicht des Beklagten war die im gerichtlichen Vergleich vom 26.08.2016 getroffene Vereinbarung in Verbindung mit den am 21.10.2016 beurkundeten Veränderungen und Ergänzungen insbesondere nicht lediglich auf die Vornahme eines Verfügungsgeschäftes gerichtet, was die Qualifizierung als Vorvertrag ausschließen würde (vgl. Ellenberger in Palandt, 78. Aufl., Rn 19 vor § 145 BGB). Denn der Entwurf des Nachtrags zur Teilungserklärung, zu dessen Beurkundung sich die Parteien in dem gerichtlichen Vergleich vom 26.08.2016 verpflichten wollten und der nach übereinstimmenden Angaben der Parteien der Anlage K 10 entspricht, beinhaltete nicht lediglich die Zustimmung zu dinglichen Rechtsänderungen in Form einer Inhaltsänderung des jeweiligen Wohnungseigentums bzw. der Einräumung von Sondereigentum, sondern auch die Vereinbarung des diesen Rechtsänderungen zugrundeliegenden schuldrechtlichen Kausalgeschäfts.

20

1.2. An den notwendigen Inhalt eines Vorvertrags sind dabei nicht die gleichen Anforderungen zu stellen wie an eine die Sache endgültig regelnde Vereinbarung. Ein wirksamer Vorvertrag setzt aber voraus, dass

sich die Parteien über alle wesentlichen Punkte geeinigt haben und der Inhalt des abzuschließenden Hauptvertrages zumindest bestimmbar ist. Punkte, die sie für nicht wesentlich halten, können die Parteien dagegen einer späteren Einigung vorbehalten (vgl. Ellenberger in Palandt, 78. Aufl., Rn 20 vor § 145 BGB; BGH, Urteil vom 07.02.1986, Az: V ZR 176/84, juris).

21

Vorliegend wird wegen des zu beurkundenden Nachtrags zur Teilungserklärung in Ziffer I. des Vergleichs auf „den bereits vorliegenden Nachtrag zur Teilungserklärung“ verwiesen. Wie das Amtsgericht festgestellt hat und zwischen den Parteien auch unstreitig ist, war hiermit der als Anlage K 10 zur Akte gereichte Entwurf des Notars. für einen Nachtrag zur Teilungserklärung gemeint. Dieser beinhaltet im Wesentlichen die Begründung von Sondereigentum an Wohnungen im neu entstandenen 4. OG der Wohnanlage ... M. und der Übertragung des Sondereigentums an fünf dieser Wohnungen an die Kläger zu 1) und 5) in Gesellschaft bürgerlichen Rechts und den restlichen zwei Wohnungen im 4. OG an den Beklagten. Der in Anlage K 10 vorgelegte Entwurf lässt allerdings offen, welche Miteigentumsanteile den neu geschaffenen Wohnungen im 4. OG zugewiesen werden sollen und in welcher Weise sich die Miteigentumsanteile der Bestandswohnungen hierdurch verkleinern, vgl. hierzu §§ 3, 4 des Entwurfs und die Anlagen A 1 bis A 2, die insoweit keine Angaben enthalten. Gleichfalls enthält der Entwurf noch keine Bestimmung dazu, inwieweit sich der Kostenverteilungsschlüssel ändern soll (vgl. Seite 12 der Anlage K 10 sowie die Anlage 3, die hierzu keine Angaben enthält). Offen bleibt auch, ob das Stimmrecht angepasst/geändert werden soll (vgl. Seite 12) und evtl auch ob die auf Seite 11 genannte Regelung des § 2b ergänzend in die Gemeinschaftsordnung aufgenommen werden soll (insoweit ist nicht klar, warum und zu welchem Zweck hier eine Änderung der bisherigen Pläne entsprechend den Wünschen des Beklagten erfolgen muss, wie vom Notar auf Seite 11 angemerkt).

22

Zur Bestimmung der Miteigentumsanteile der neuen Sondereigentumseinheiten im 4. OG wurden Ziffern I. und II. des gerichtlichen Vergleichs vom 26.08.2016 ergänzende Regelungen getroffen. Wie diese Regelungen zu verstehen sind und was genau damit gemeint ist, wenn es in Ziffer II. Satz 2 des Vergleichs heißt, dass „im notariellen Nachtrag zur Teilungserklärung die neu geschaffenen Miteigentumsanteile sich an den Wohnflächen orientieren“, ist jedoch nicht ohne weiteres klar und lässt vor dem Hintergrund, dass der Notar im Entwurf des Nachtrags zur Teilungserklärung angeraten hat, aus grunderwerbsteuerlichen Gründen Miteigentumsanteile nur von denjenigen Bestandswohnungen abzuspalten, die im Eigentum von Personen stehen, auf die das Eigentum an den neu zu begründenden Sondereigentumseinheiten übertragen werden soll (vgl. Seite 5 der Anlage K 10), zumindest Spielraum für eine Auslegung. Insoweit sieht die notariell beurkundete Vereinbarung vom 21.10.2016 in § 2 Ziffern 2. bis 4. eine Klarstellung bzw. Ergänzung/Änderung vor und enthält konkrete Vorgaben, wie sich die neuen Miteigentumsanteile der Sondereigentumseinheiten sowie der künftige Kostenverteilungsschlüssel anhand der Wohn- und Nutzflächen der Sondereigentumseinheiten errechnen, verbunden mit dem Auftrag an das Planungsbüro Leitner, die Berechnung der neuen Miteigentumsanteile und des Kostenverteilungsschlüssels entsprechend diesen Vorgaben vorzunehmen. Dass sich die Parteien bei der Besprechung vom 21.10.2016 im Notariat ... zudem darauf geeinigt hätten, in den Nachtrag zur Teilungserklärung noch weitere, dort bislang nicht enthaltene und auch nicht im Vergleich oder der notariell beurkundeten Vereinbarung vom 21.10.2016 erwähnte Regelungen aufzunehmen oder den Entwurf in anderen als den im gerichtlichen Vergleich und der notariell beurkundeten Vereinbarung vom 21.10.2016 bezeichneten Punkten zu ergänzen, haben die Parteien schon nicht vorgetragen. Entsprechendes lässt sich auch nicht der Bestimmung in § 2 Ziffer 5 der notariell beurkundeten Vereinbarung vom 21.10.2016 entnehmen, wonach der Urkundsnotar beauftragt wird, „den Entwurf entsprechend der heutigen Besprechung anzupassen und allen Vertragsteilen und ihren Anwälten zukommen zu lassen“. Denn einer Anpassung des Entwurfs bedurfte es bereits im Hinblick auf die in § 2 Ziffern 2 bis 4 der notariellen Urkunde vom 21.10.2016 getroffenen Bestimmungen und der danach durchzuführenden Berechnung der neuen Miteigentumsanteile und des Kostenschlüssels.

23

Damit hatten sich die Parteien aber spätestens aufgrund der am 21.10.2016 notariell beurkundeten Vereinbarung, mit der der gerichtlich protokollierte Vergleich vom 26.08.2016 teilweise klargestellt bzw. ergänzt/geändert wurde, über die wesentlichen Punkte des abzuschließenden Hauptvertrags geeinigt und war der Inhalt des abzuschließenden Hauptvertrags bestimmbar.

24

1.3. Da allerdings nach dem Inhalt des als Anlage K 10 vorgelegten Entwurfs und auch der Regelung in Ziffer II. des gerichtlichen Vergleichs vom 26.08.2016, der gem. § 2 Ziffer 6. der notariell beurkundeten Vereinbarung vom 21.10.2016 mit den Ergänzungen bzw. Abänderungen gem. § 2 Ziffern 2. bis 4. dieser Urkunde fortgelten sollte, in dem abzuschließenden Nachtrag zur Teilungserklärung neue Sondereigentumseinheiten geschaffen und einzelnen Mitgliedern der Wohnungseigentümergeinschaft übertragen werden sollten, bedurfte die hierauf gerichtete schuldrechtliche Vereinbarung gem. § 4 III WEG zu ihrer Wirksamkeit der notariellen Beurkundung gem. § 311 b I BGB. Die Formvorschrift gilt dabei auch für den Vorvertrag, der eine Verpflichtung zum späteren Abschluss eines Hauptvertrages mit einem entsprechenden Inhalt begründen soll (vgl. Ellenberger in Palandt, 78. Aufl., Rn 20 vor § 145 BGB). Den Anforderungen des § 311b I BGB genügt die notariell beurkundete Vereinbarung vom 21.10.2016 indes nicht.

25

1.3.1. Nachdem die am 21.10.2016 notariell beurkundete Vereinbarung eine Konkretisierung und Ergänzung bzw. Abänderung des gerichtlichen Vergleichs vom 26.08.2016 zum Gegenstand hat, ist der Inhalt des gerichtlichen Vergleichs vom 26.08.2016 Bestandteil der Vereinbarung vom 21.10.2016 und unterliegt daher gemeinsam mit dieser der Beurkundungspflicht nach § 311b BGB. Das Beurkundungserfordernis nach § 311b I BGB erstreckt sich insbesondere nicht nur auf die Veräußerungs- und Erwerbsverpflichtung, sondern auf den Vertrag im Ganzen. Formbedürftig sind alle Vereinbarungen, aus denen sich nach dem Willen der Parteien das schuldrechtliche Veräußerungsgeschäft zusammensetzt, wobei gleichgültig ist, ob es sich um eine objektiv wesentliche oder unwesentliche Abrede handelt (vgl. Grüneberg in Palandt, 78. Aufl., Rn 25 zu § 311b BGB).

26

1.3.2. Insoweit wird in der notariellen Urkunde vom 21.10.2016 zwar auf den gerichtlichen Vergleich vom 26.08.2016 verwiesen. Entgegen § 9 I Satz 2, 3 BeurkG sind jedoch weder der gerichtlich protokollierte Vergleich noch der dort in Bezug genommene Entwurf des Nachtrags zur Teilungserklärung (Anlage K 10) der notariell beurkundeten Vereinbarung vom 21.10.2016 beigelegt worden.

27

1.3.3. Auch die Voraussetzungen unter denen gem. § 13a I, II BeurkG von der Verlesung und Beifügung von in Bezug genommenen Urkunden abgesehen werden kann, liegen nicht vor.

28

Dabei kann davon ausgegangen werden, dass den Parteien der Inhalt des gerichtlich protokollierten Vergleichs vom 26.08.2016 und des dort in Bezug genommenen Entwurfs des Nachtrags zur Teilungserklärung (Anlage K 10) bei Beurkundung der Vereinbarung vom 21.10.2016 bekannt waren. Auch soweit die Niederschrift vom 21.10.2016 keine Feststellungen gem. § 13a I Satz 2, II Satz 2 BeurkG dazu trifft, dass die Parteien auf das Verlesen und die Beifügung des Vergleichs vom 26.08.2016 sowie des Entwurfs des Nachtrags zur Teilungserklärung verzichtet haben, stünde dies als solches, da es sich bei § 13a I Satz 2, II Satz 2 BeurkG jeweils um eine Sollvorschrift handelt, einer wirksamen Beurkundung nicht entgegen, wenn die Parteien tatsächlich eine entsprechende Verzichtserklärung abgegeben hätten (vgl. BGH, Urteil vom 18.07.2003, Az: V ZR 431/02, juris Rn 9). Ob dies vorliegend der Fall war, bedarf allerdings keiner weiteren Aufklärung, da die Punkte, über die sich die Parteien beim Amtsgericht in den Verfahren 481 C 11412/12 WEG und 481 C 28496/12 WEG vergleichsweise einigen wollten, nicht bzw. nicht vollständig in eine notarielle Niederschrift i. S. des § 13a I Satz 1 BeurkG aufgenommen wurden. Die Vorschrift des § 13a BeurkG findet nämlich nur Anwendung bei einem Verweis auf eine andere notarielle Niederschrift.

29

Zwar wird gem. § 127a BGB die notarielle Beurkundung bei einem gerichtlichen Vergleich durch die Aufnahme der Erklärungen in ein nach den Vorschriften der Zivilprozessordnung errichtetes Protokoll ersetzt. Das vom Amtsgericht errichtete Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 26.08.2016 zu den Verfahren 481 C 11412/12 WEG und 481 C 28496/12 WEG gibt die dort von den Parteien getroffene vergleichsweise Einigung jedoch nur unvollständig wieder und nimmt im Übrigen auf einen „bereits vorliegenden Nachtrag zur Teilungserklärung“ Bezug, ohne diesen näher zu spezifizieren. Wie der Vergleich des vom Amtsgericht erstellten Protokolls der mündlichen Verhandlung vom 26.08.2016 und des darin enthaltenen Vergleichswortlautes mit dem als Anlage K 10 zur Akte gereichten Entwurf des Nachtrags zur

Teilungserklärung zeigt, wurden damit nicht alle wesentlichen Punkte des abzuschließenden Hauptvertrages, über die die Parteien eine Einigung getroffen hatten und die daher, wie vorstehend dargelegt, beurkundungspflichtig waren, in das vom Amtsgericht erstellte Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 26.08.2016 aufgenommen. So hat in dem gerichtlich protokollierten Vergleichstext die beabsichtigte Übertragung eines Teils der neu zu begründenden Sondereigentumseinheiten im 4. OG an die Kläger zu 1) und 5) in Gesellschaft bürgerlichen Rechts auch nicht andeutungsweise ihren Niederschlag gefunden. Aus dem protokollierten Vergleichstext ergeben sich zudem weder die genaue Lage noch die Größe der neu zu begründenden Sondereigentumseinheiten im 4. OG, insbesondere auch nicht der Wohnungen Nr. 2 und 3 im Ostteil, die gem. Ziffer II. des protokollierten Vergleichs auf den hiesigen Beklagten übertragen werden sollten. Das Beurkundungserfordernis des § 311b I BGB umfasst aber auch die hinreichend bestimmte Bezeichnung des zu übertragenden Grundstücks bzw. der zu übertragenden Wohnung (vgl. Grüneberg in Palandt, 78. Aufl., Rn 26 zu § 311b BGB). Die Vorschrift des § 160 V ZPO, wonach der Aufnahme in das Protokoll die Aufnahme in eine Schrift gleichsteht, die dem Protokoll als Anlage beigelegt wird und in ihm als solche bezeichnet ist, hilft insoweit nicht weiter, weil der bereits vorliegende Nachtrag dem gerichtlichen Protokoll vom 26.08.2016 nicht als Anlage beigelegt wurde.

30

Allerdings hat der Bundesgerichtshof ausdrücklich offen gelassen, ob Unterlagen, auf die in einem Vergleich Bezug genommen wird, entsprechend einer verbreiteten obergerichtlichen Rechtsprechung zwingend als Anlage zum Protokoll zu nehmen, vorzulesen und von den Parteien zu genehmigen sind und bei Nichteinhaltung dieser Förmlichkeiten der Vergleich nicht den prozessualen Voraussetzungen genügt, deshalb unwirksam ist und den Rechtsstreit nicht beendet (vgl. BGH, Urteil vom 21.11.2013, Az: VII ZR 48/12, NZBau 2014, 102, Rn 12). Ob der zuvor beschriebenen obergerichtlichen Rechtsprechung allgemein zu folgen ist, muss auch hier nicht entschieden werden. Jedenfalls dann, wenn durch einen gerichtlichen Vergleich die notarielle Beurkundung gem. § 127a BGB ersetzt werden soll, ist es aber erforderlich, die der notariellen Beurkundungspflicht unterliegenden Erklärungen in das gerichtliche Protokoll aufzunehmen, wobei gem. § 160 V ZPO die Aufnahme in das Protokoll auch in der Weise erfolgen kann, dass die der Beurkundungspflicht unterliegenden Erklärungen in eine Schrift aufgenommen werden, die dem Protokoll als Anlage beigelegt und in ihm als solche bezeichnet wird (so auch Brandenburgisches Oberlandesgericht, Urteil vom 19.07.2007, Az: 5 U 192/06, juris Rn 38 und BayObLG, Beschluss vom 28.07.1988, Az: Breg 2 Z 152/87, juris Rn 16ff). Dafür spricht bereits der Wortlaut der Vorschrift des § 127a BGB, der für die Ersetzung einer notariellen Beurkundung durch einen gerichtlichen Vergleich ausdrücklich fordert, dass „die Erklärungen“ in ein nach den Vorschriften der Zivilprozessordnung errichtetes Protokoll aufgenommen werden. Gemeint sein können mit „den Erklärungen“ aber nur alle der Beurkundungspflicht unterliegenden Erklärungen, da ja gerade deren notarielle Beurkundung gem. § 127a BGB durch die Aufnahme in das nach den Vorschriften der Zivilprozessordnung errichtete Protokoll ersetzt wird. Auch der Sinn und Zweck der Beurkundungspflicht, die Parteien auf die Bedeutung des Geschäfts hinzuweisen und vor dem Eingehen übereilter Verpflichtungen oder zu unüberlegten Bedingungen zu schützen (Warnfunktion), den Beweis der getroffenen Vereinbarung zu sichern (Beweisfunktion), die Gültigkeit des Rechtsgeschäftes zu gewährleisten (Gültigkeitsgewähr) und eine sachgemäße Beratung der Parteien sicherzustellen (Beratungsfunktion) (vgl. Grüneberg in Palandt, 78. Aufl., Rn 2 zu § 311b BGB), würde völlig ausgehöhlt, würde man es für § 127a BGB genügen lassen, wenn der Beurkundungspflicht nach § 311 b BGB unterliegende Erklärungen in einem Schriftstück enthalten sind, auf das zwar in dem protokollierten Vergleich Bezug genommen, das aber dem Protokoll nicht beigelegt, den Parteien auch nicht gem. § 162 I ZPO vorgelesen oder zur Durchsicht vorgelegt und von diesen nicht genehmigt wurde und welches möglicherweise auch dem Gericht gar nicht zur Kenntnis gebracht wurde. Das kann aber nicht die Intention des Gesetzgebers bei der Einführung der Regelung des § 127a BGB gewesen sein.

31

Soweit nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes auf einen gerichtlich festgestellten Vergleich nach § 278 VI ZPO § 127a BGB entsprechende Anwendung findet (vgl. BGH, Beschluss vom 01.02.2017, Az: XII ZB 71/16, juris Rn 25ff), ergibt sich daraus nicht, dass gem. § 127a BGB eine notarielle Beurkundung durch einen gerichtlichen Vergleich auch dann ersetzt werden kann, wenn die der Beurkundungspflicht unterliegenden Erklärungen in einem Schriftstück enthalten sind, auf welches in dem protokollierten Vergleich verwiesen, welches aber dem Protokoll nicht gem. § 160 V ZPO als Anlage beigelegt wird. Vielmehr begründet der Bundesgerichtshof die vorgenannte Entscheidung u. a. gerade damit, dass das Verfahren nach § 278 VI ZPO auch die mit einer notariellen Beurkundung verbundene

Schutzzwecke in gleicher Weise wie die gerichtliche Protokollierung eines Vergleichs erfüllt (vgl. BGH, Beschluss vom 01.02.2017, Az: XII ZB 71/16, juris Rn 36ff). Wenn er in diesem Zusammenhang ausführt, die Beweisfunktion einer notariellen Urkunde, die beim Protokollvergleich durch die Aufnahme der Erklärungen in das Protokoll (§ 160 II Nr. 1 ZPO), die Genehmigung des Protokolls nach Verlesung oder Vorspielen der vorläufigen Aufzeichnung (§ 162 I ZPO) und der Unterzeichnung des fertiggestellten Protokolls durch den Vorsitzenden und den Urkundsbeamten der Geschäftsstelle (§ 163 ZPO) erreicht werde, werde in dem Verfahren nach § 278 VI ZPO durch die deklaratorische Feststellung des wirksamen Zustandekommens und des Inhalts der getroffenen Vereinbarung durch gerichtlichen Beschluss in einer öffentlichen Urkunde i. S. des § 415 I ZPO erreicht, geht er dabei offensichtlich davon aus, dass sämtliche der Beurkundungspflicht unterliegenden Erklärungen in das gerichtliche Protokoll oder einem dort in Bezug genommenen und dem Protokoll als Anlage gem. § 160 V ZPO beigelegten Schriftstück aufgenommen werden. Ist dies nicht der Fall, wäre jedenfalls auch die vom Bundesgerichtshof beschriebene Beweisfunktion durch den gerichtlichen protokollierten Vergleich nicht gewahrt. Zudem wäre nicht sichergestellt, dass das Gericht zumindest überprüfen kann, ob der unterbreitete Vergleich nicht gegen die guten Sitten, gesetzliche Verbote oder die öffentliche Ordnung verstößt.

32

Die unvollständige Aufnahme der von den Parteien getroffenen Vereinbarungen in das vom Gericht errichtete Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 26.08.2016 führt dazu, dass bezüglich der nicht in das vom Gericht errichtete Protokoll aufgenommenen Abreden die Vorschrift des § 127a BGB nicht greift, die insoweit erforderliche notarielle Beurkundung also nicht durch den gerichtlich protokollierten Vergleich ersetzt wird. Das wurde vorliegend auch nicht dadurch geheilt, dass in § 2 Ziffer 5. der am 21.10.2016 notariell beurkundeten Vereinbarung wiederum auf „den Entwurf“ Bezug genommen wurde. Denn der in Ablichtung als Anlage K 10 vorgelegte Entwurf des Nachtrags zur Teilungserklärung erfüllt noch nicht die Voraussetzungen einer notariellen Niederschrift i. S. des § 13a I BeurkG, da eine Beurkundung gerade noch nicht stattgefunden hatte. Der Entwurf des Nachtrags zur Teilungserklärung wurde, wie dargelegt, der am 21.10.2016 notariell beurkundeten Vereinbarung auch nicht gem. § 9 I Satz 2 BeurkG beigelegt.

33

1.4. Folge der nur unvollständigen Beurkundung ist, dass die nicht beurkundeten Abreden der Parteien gem. § 125 Satz 1 BGB nichtig sind (vgl. Grüneberg in Palandt, 78. Aufl., Rn 38 zu § 311b BGB; Armbrüster in Bärmann, 14. Aufl., Rn 36 zu § 4 WEG). Da aber nicht anzunehmen ist, dass die Parteien die notariell beurkundete Vereinbarung vom 21.10.2016 auch ohne die Einbeziehung der zwar aus dem als Anlage K 10 vorgelegten Entwurf des Nachtrags zur Teilungserklärung ersichtlichen, aber weder in die notarielle Urkunde vom 21.10.2016 noch in das Protokoll des Amtsgerichts München vom 26.08.2016 aufgenommenen Regelungen getroffen hätten, ist die Vereinbarung gem. § 139 BGB insgesamt nichtig.

34

2. Aus den vorstehend dargelegten Umständen steht den Klägern gegen den Beklagten ein Anspruch auf Genehmigung der als Anlage K 9 vorgelegten Urkunde des Notariats ... vom 27.04.2017, UrNr. ..., auch nicht aus dem beim Amtsgericht München in den Verfahren 481 C 11412/12 WEG und 481 C 28496/12 WEG geschlossenen gerichtlichen Vergleich zu. Denn der Vergleich war, da sein Inhalt nach § 4 III WEG i. V. mit § 311b I BGB beurkundungspflichtig war, ein wesentlicher Teil der beurkundungspflichtigen Erklärungen jedoch nicht beurkundet bzw. gem. § 127a BGB in das vom Gericht errichtete Protokoll aufgenommen wurde und damit gem. § 125 Satz 1 BGB nichtig war und nicht anzunehmen ist, dass die Parteien den Vergleich auch ohne die mangels Beurkundung nichtigen Abreden geschlossen hätten, gem. § 139 BGB insgesamt nichtig. Auf die Frage, ob der am 26.08.2016 vor dem Amtsgericht München geschlossene Vergleich nach dem Willen der Parteien durch die am 21.10.2016 notariell beurkundete Vereinbarung vollständig ersetzt werden sollte und ob die Parteien gegebenenfalls auch nach der Klarstellung bzw. Ergänzung/Änderung der im Vergleich vom 26.08.2016 getroffenen Abreden durch die am 21.10.2016 notariell beurkundete Vereinbarung an dem Vergleich vom 26.08.2016 festgehalten hätten, wenn sie die Nichtigkeit der notariell beurkundeten Vereinbarung vom 21.10.2016 gekannt hätten, kommt es daher nicht an.

35

3. Die Kläger können den von ihnen geltend gemachten Anspruch gegen den Beklagten auf Genehmigung der als Anlage K 9 vorgelegten Urkunde des Notariats ... vom 27.04.2017, UrNr. ... überdies nicht aus § 10 II Satz 3 WEG herleiten. Die Regelung des § 10 II Satz 3 WEG erfasst nämlich nur Vereinbarungen, mit

denen das Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander geregelt wird, nicht jedoch Vereinbarungen, die die sachenrechtlichen Grundlagen, also die Eigentumsverhältnisse betreffen (vgl. Suilmann in Bärmann, 14. Aufl., Rn 74 und 152 zu § 10 WEG). Zu letzteren zählen aber die in der als Anlage K 9 vorgelegten Urkunde des Notariats ... vom 27.04.2017, UrNr. ..., enthaltenen Bestimmungen zur Abspaltung von Miteigentumsanteilen von einzelnen dort näher bezeichneten Wohnungen und deren Verbindung mit Sondereigentum an neu gebildeten Wohnungen sowie die Übertragung des Eigentums an diesen Wohnungen auf einzelne Personen. Diese Bestimmungen sind jedoch für die Kläger erkennbar von entscheidender Bedeutung und es kann nicht angenommen werden, dass sie den in der Urkunde des Notariats ... vom 27.04.2017, UrNr. ..., enthaltenen Vereinbarung auch unter Weglassung der Bestimmung zur Begründung neuer Sondereigentumseinheiten und deren Übertragung auf die dort näher bezeichneten Personen zustimmen würden und daher der von ihnen gestellte Antrag auch eine Genehmigung nur der in der Urkunde des Notariats ... vom 27.04.2017, UrNr. enthalten Vereinbarungen, die das Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander betreffen, umfassen sollte, wobei diese für sich ohne die Bestimmungen zur Begründung der neuen Sondereigentumseinheiten und deren Übertragung auf die näher genannten Personen überwiegend ohnehin keinen Sinn ergeben und keinen Bestand haben können.

36

4. Entgegen der Auffassung der Kläger stellt sich die Berufung des Beklagten auf die Formnichtigkeit der getroffenen Vereinbarungen schließlich nicht als treuwidrig i. S. des § 242 BGB dar. Für die Annahme eines Verstoßes gegen § 242 BGB bei Berufung auf die Formnichtigkeit geltend strenge Anforderungen. Hiernach muss das Scheitern des Rechtsgeschäfts an dem Formmangel zu einem Ergebnis führen, das für die betroffene Partei nicht nur hart, sondern schlechthin untragbar ist. Diese Voraussetzungen erfüllen insbesondere zwei Fallgruppen, nämlich zum einen die Fälle der Existenzgefährdung und zum anderen die Fälle einer besonders schweren Treuepflichtverletzung des anderen Teils (vgl. BGH, Urteil vom 16.07.2004, Az: V ZR 222/03, juris Rn 13; Ellenberger in Palandt, 78. Aufl., Rn 22 ff zu § 125 BGB). Ein solcher Fall ist hier nicht gegeben. Insbesondere kann der Umstand, dass der Beklagte einen Formmangel im Notartermin vom 21.10.2016 nicht gerügt hat, keine schwere Treuepflichtverletzung darstellen, zumal keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass ihm der Formmangel zum damaligen Zeitpunkt überhaupt bewusst war. Auch ist nicht ersichtlich, dass der Beklagte bislang irgendwelche Vorteile aus dem Vertrag gezogen hat oder die Kläger bei dessen Unwirksamkeit in ihrer Existenz gefährdet wären. Vielmehr stehen ohne die von den Klägern angestrebte Änderung der Teilungserklärung und Gemeinschaftsordnung die neu erstellten Wohnungen im 4. OG der Wohnungseigentumsanlage im Gemeinschaftseigentum sämtlicher Mitglieder der Wohnungseigentümergeinschaft, so dass auch die durch die Vermietung der Wohnungen erzielten Einnahmen grundsätzlich allen Mitgliedern der Wohnungseigentümergeinschaft gem. § 16 I WEG anteilig zustehen, mithin auch den Klägern.

37

1. Die Entscheidung über die Kosten des Rechtsstreits in 1. und 2. Instanz beruht auf § 91 I ZPO.

38

2. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711, 709 Satz 2 ZPO.

39

3. Die Revision war gemäß § 543 I Nr. 1, II ZPO nicht zuzulassen, da die vorliegende Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und auch zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts nicht erforderlich ist. Es ging nur um die Anwendung anerkannter Rechtsgrundsätze auf einen reinen Einzelfall. Auch setzt sich die Entscheidung nicht in Widerspruch zu der bestehenden höchstrichterlichen Rechtsprechung noch existieren zu den inmitten stehenden Rechtsfragen divergierenden Entscheidungen anderer Gerichte.

40

4. Der Streitwert für das Berufungsverfahren wurde bereits mit im Termin vom 13.03.2019 verkündeten Beschluss auf € 989.000,00 festgesetzt.