

# DNotI-Report

## Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

### Inhaltsübersicht

#### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

InsO §§ 80, 106, 315; BGB §§ 883, 888, 1936 – Rückabwicklung eines Überlassungsvertrags aufgrund vormerkungsgesicherten Rückforderungsrechts bei Insolvenz und nachfolgendem Vorversterben des Übernehmers

GBO §§ 13, 15 Abs. 2 – Antragsrecht des Käufers bzgl. Löschung einer Belastung, die der Verkäufer zu löschen hat

#### Gutachten im Abrufdienst

##### Rechtsprechung

BGB §§ 912, 985 – Zu dulddender Überbau: Eigentumszuordnung bzgl. Gebäudeteil auf Nachbargrundstück, wenn Gebäude auf Stammgrundstück vollständig abgebrochen wird

##### Literaturhinweise

##### Veranstaltungen

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

#### InsO §§ 80, 106, 315; BGB §§ 883, 888, 1936 Rückabwicklung eines Überlassungsvertrags aufgrund vormerkungsgesicherten Rückforderungsrechts bei Insolvenz und nachfolgendem Vorversterben des Übernehmers

##### I. Sachverhalt

2012 übertrugen die Eheleute M und F ihrem Sohn (S) ein Einfamilienhaus im Wege der vorweggenommenen Erbfolge. Im Gegenzug behielten sich M und F einen Nießbrauch als Gesamtgläubiger i. S. d. § 428 BGB vor, des Weiteren ein Rückübertragungsrecht in den üblichen Fällen. Als Rücktrittsgründe wurden u. a. vereinbart: Verstoß des Sohnes gegen die übernommene Verpflichtung, über den erworbenen Grundbesitz nicht zu verfügen, Verfügung im Zwangswege inbegriffen; Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Ver-

mögen des Sohnes; Vorversterben des Sohnes vor den Eltern.

Der Nießbrauch wurde 2012 im Grundbuch erstrangig eingetragen, zweitrangig wurde noch im selben Jahr das Rückübertragungsrecht der Eltern durch eine Rückübertragungsvormerkung im Grundbuch abgesichert. Im März 2018 wurde im Grundbuch hinter den beiden vorgenannten Rechten eine Zwangssicherungshypothek für das Bundesland Nordrhein-Westfalen wegen rückständiger Steuerschulden des Sohnes in Abt. III des Grundbuchs eingetragen, im November 2019 in Abt. II des Grundbuchs nach den vorgenannten Rechten ein Insolvenzvermerk („Über das Vermögen des S wurde das Insolvenzverfahren eröffnet.“). Im Juni 2020 verstarb S unerwartet.

M und F möchten das Rücktrittsrecht aus dem vorgenannten Übertragungsvertrag geltend machen und die Rückübertragung der Immobilie sowie die Löschung der Rechte (Zwangshypothek und Insolvenzvermerk) im Grundbuch erreichen. Der Wert der Immobilie beträgt heute ca. 250.000 €.

Der Nachlass des S ist mit weit über 300.000 € verschuldet, sodass alle Erben des S die Erbschaft ausschlagen werden. Da S keine Verfügung von Todes wegen errichtet hat, tritt gesetzliche Erbfolge ein. Gesetzliche Erben sind die Ehefrau und die beiden Kinder des S aus einer vorangegangenen, inzwischen geschiedenen Ehe.

## II. Fragen

1. Wem gegenüber müssen M und F den Rücktritt erklären und wer muss mit M und F nach Ausübung des Rücktrittsrechts an der Rückauflassung der Immobilie mitwirken? Der Insolvenzverwalter oder die Erben?

2. Ist der Insolvenzverwalter als Adressat der Rücktrittserklärung zur Mitwirkung an der Rückauflassung verpflichtet oder könnte er die Mitwirkung berechtigterweise kraft Insolvenzrechts verweigern?

3. Was wäre, wenn alle Erben die Erbschaft ausschlugen und letztlich der Staat zum Erben würde?

4. Könnte das Land Nordrhein-Westfalen aus irgendeinem Grund die Löschung der Zwangssicherungshypothek auf Antrag der Eltern gem. § 888 BGB verweigern?

## III. Zur Rechtslage

### 1. Übergang des Regelinsolvenzverfahrens ins Nachlassinsolvenzverfahren

Infolge des Versterbens des Insolvenzschuldners (S) ging das zuvor bereits eröffnete Regelinsolvenzverfahren in ein Nachlassinsolvenzverfahren gem. §§ 315 ff. InsO über (allg. Ansicht; s. BGH NJW 2017, 3521 Rn. 42; NJW 2014, 389 Rn. 12; MünchKommInsO/Siegmann/Scheuing, 4. Aufl. 2020, Vor §§ 315 ff. Rn. 3 m. w. N.). Soweit nicht die §§ 315 ff. InsO abweichende Vorschriften enthalten, gelten im Nachlassinsolvenzverfahren die **allgemeinen Vorschriften** über das Regelinsolvenzverfahren (Uhlenbruck/Lüer/Weidmüller, InsO, 15. Aufl. 2019, § 315 Rn. 1), insbesondere die §§ 80 ff. InsO. Der im konkreten Fall zurückzuübertragende Grundbesitz ist im Nachlassinsolvenzverfahren also weiterhin gem. § 35 Abs. 1 Var. 1 InsO Bestandteil der Insolvenzmasse. Über diese Insolvenzmasse **kann gem. § 80 Abs. 1 InsO nur der Nachlassinsolvenzverwalter verfügen**. Die Verfügungsbefugnis des Insolvenzschuldners bzw. seiner Erben ist hinsichtlich dieser Insolvenzmasse ausgeschlossen.

Daraus folgt u. E., dass die Eltern M und F den **Rücktritt gegenüber dem Nachlassinsolvenzverwalter** zu erklären haben. Denn nur der Nachlassinsolvenzverwalter kann die durch die Rücktrittserklärung aktualisierte Rückübertragungsverpflichtung aus der Insolvenzmasse erfüllen. Den Erben des S wäre dies hingegen nicht möglich, da ihnen bzgl. der Insolvenzmasse des

Nachlassinsolvenzverfahrens die Verfügungsbefugnis entzogen ist (s. nur Uhlenbruck/Mock, § 80 Rn. 14 f.). Begrifflich ist von der Insolvenzmasse des Nachlassinsolvenzverfahrens das Eigenvermögen der Erben zu unterscheiden, das an sich – also ohne gesonderte Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Eigenvermögen des Erben – selbstverständlich nicht dem Insolvenzbeschlagn unterliegt (vgl. § 331 InsO). Der zurückzuübertragende Grundbesitz fällt jedoch in die Insolvenzmasse des Nachlassinsolvenzverfahrens.

Dementsprechend muss der **Insolvenzverwalter** des Nachlassinsolvenzverfahrens auch auf Veräußererseite an der **Rückauflassung** der Immobilie mitwirken. Die Mitwirkung der Erben des S wäre dagegen unbehelflich, da ihnen gem. §§ 315 ff., 80 Abs. 1, 35 Abs. 1 Var. 1 InsO die Verfügungsbefugnis entzogen ist.

### 2. Verpflichtung des Nachlassinsolvenzverwalters zur Rückübereignung

Durch Ausübung des Rücktrittsrechts wegen Insolvenz oder Vorversterbens des S entsteht für die Übergeber ein Anspruch auf Änderung der dinglichen Rechtslage in Form der Rückübereignung des Grundbesitzes. Wäre dieser Anspruch nicht durch Eintragung einer **Vormerkung gem. § 883 BGB** gesichert worden, so könnte dessen Erfüllung in der Tat kraft Insolvenzrechts verweigert werden: Die Übergeber wären in diesem Fall gewöhnliche, ungesicherte Insolvenzgläubiger i. S. v. § 38 InsO. Sie könnten ihre Forderung nur nach den Vorschriften über das Insolvenzverfahren verfolgen (§ 87 InsO). Dies würde bedeuten, dass ihre vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstandene Rückübertragungsforderung nicht mehr in voller Höhe, sondern nur aus der Insolvenzmasse gemeinschaftlich mit den anderen Insolvenzforderungen in Höhe der Insolvenzquote befriedigt werden könnte. Zu diesem Zweck wäre die Rückübertragungsforderung zur Insolvenztabelle anzumelden (vgl. §§ 1, 38 f., 174 ff. InsO). Der Rückübereignungsanspruch müsste bei Anmeldung zur Insolvenztabelle in Geld umgerechnet und mit dem Schätzwert geltend gemacht werden (§ 45 S. 1 InsO; s. Assmann, Die Vormerkung, 1998, S. 238; Uhlenbruck/Wegener, § 106 Rn. 27).

Im konkreten Fall stellt sich die Rechtslage für die Übergeber aber grundsätzlich anders und günstiger dar, da ihr Rückforderungsanspruch bereits längere Zeit vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens durch eine Rückübertragungsvormerkung gem. § 883 BGB im Grundbuch gesichert worden ist. Deswegen können die Übergeber (Eltern) vom Nachlassinsolvenzverwalter für ihren Rückforderungsanspruch **Befriedigung aus der Insolvenzmasse** verlangen (§ 106 Abs. 1 S. 1 InsO). Im Umfang der Sicherungswirkung der Vormerkung

gem. § 883 BGB schließt § 106 Abs. 1 S. 1 InsO auch die Ausübung des Insolvenzverwalterwahlrechts nach § 103 InsO mit dem dort normierten Recht zur Erfüllungsablehnung (§ 103 Abs. 2 InsO) aus (s. etwa BGH NJW 1998, 2134, 2136; NZI 2006, 350 Rn. 14; Uhlenbruck/Wegener, § 106 Rn. 33).

Dementsprechend ist der Insolvenzverwalter im vorliegenden Fall gem. § 106 Abs. 1 S. 1 InsO verpflichtet, den vorgemerkten Anspruch gegenüber dem Vormerkungsberechtigten so zu erfüllen, wie es außerhalb des Insolvenzverfahrens der Schuldner tun müsste. Folglich hat er den Übergebern das Eigentum am Grundstück zu verschaffen, indem er die **Auflassung** erklärt (§§ 873 Abs. 1, 925 BGB) und die erforderliche Eigentumsumschreibung bewilligt (§ 19 GBO; s. etwa OLG Frankfurt BeckRS 2006, 00146).

### 3. Insolvenzanfechtung?

Schließlich scheidet u. E. im vorliegenden Fall auch eine Insolvenzanfechtung gem. §§ 129 ff. InsO aus, die dem Erfüllungsverlangen der Übergeber etwa einredeweise entgegengehalten werden könnte (vgl. § 146 Abs. 2 InsO). Zwar ist im Grundsatz anerkannt, dass eine zugunsten des Gläubigers eingetragene Vormerkung nicht aufgrund des § 106 InsO zur Verstärkung des schuldrechtlichen Anspruchs selbst führt. Ist der vormerkungsgesicherte Anspruch in insolvenzrechtlich anfechtbarer Weise erlangt worden, so kann also der Insolvenzverwalter gleichzeitig auch die zum gesicherten Anspruch akzessorische Vormerkung durch eine Anfechtung beseitigen (BGH DNotZ 1989, 86, 87; NJW 1978, 1437, 1438; RGZ 68, 150 – jew. noch zum inhaltsgleichen § 24 KO a. F.; umfassend BeckOGK-BGB/Assmann, Std.: 1.8.2020, § 883 Rn. 282 ff. mit weiteren Einzelheiten). Für eine durchgreifende Insolvenzanfechtung nach §§ 129 ff. InsO **fehlt** es jedoch an der allgemeinen **Voraussetzung der objektiven Gläubigerbenachteiligung**. Diese ist gegeben, wenn entweder die Schuldenmasse vermehrt oder die Aktivmasse verkürzt und dadurch der Gläubigerzugriff auf das Schuldnervermögen vereitelt, erschwert, gefährdet oder verzögert wird. Die Befriedigungsmöglichkeiten der Insolvenzgläubiger müssen also ohne die angefochtene Rechtshandlung bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise günstiger sein (s. etwa BGH NZI 2019, 392 Rn. 9 ff.; NJW 2008, 655 Rn. 18; MünchKommInsO/Kayser/Freudenberg, 4. Aufl. 2019, § 129 Rn. 77 m. w. N.). Eine objektive Gläubigerbenachteiligung kann jedoch nicht damit begründet werden, dass dem Schuldner (S) mehr hätte geschenkt oder ein Geschenk ohne Belastung (vormerkungsgesichertes Rückforderungsrecht) hätte überlassen werden müssen (BGH DNotZ 2008, 518 Rn. 18 m. Anm. Amann; s. bereits Gutachten DNotI-Report 2017, 57, 59 f.).

Im Ergebnis muss deswegen der Insolvenzverwalter u. E. ohne Verweigerungsmöglichkeit an der Rückauffassung des Grundstücks auf die Übergeber mitwirken.

### 4. Rechtslage im Fall des Fiskuserbrechts (§ 1936 BGB)

Ist zur Zeit des Erbfalls kein Verwandter, Ehegatte oder Lebenspartner des Erblassers vorhanden, so erbt gem. § 1936 S. 1 BGB das Land, in dem der Erblasser zur Zeit des Erbfalls seinen letzten Wohnsitz oder, wenn ein solcher nicht feststellbar ist, seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte. Im Übrigen erbt der Bund (§ 1936 S. 2 BGB). Das Fiskuserbrecht findet insbesondere in dem Fall Anwendung, dass sämtliche vorhandenen, zum Zeitpunkt des Erbfalls lebenden Verwandten oder Ehegatten ausschlagen und damit als vorverstorben gelten (vgl. § 1953 Abs. 1, 2 BGB; MünchKommBGB/Leipold, 8. Aufl. 2020, § 1936 Rn. 6). Es bleibt allerdings zu beachten, dass das im unterbreiteten Sachverhalt als Nachlassinsolvenzverfahren gem. §§ 315 ff. InsO fortzuführende Regelinsolvenzverfahren unabhängig von der Tatsache abzuwickeln ist, wer der konkrete Erbe des S wird. Sollte dies letztlich der Fiskus sein, dann gilt insoweit keine Sonderregelung. Auch der Fiskus als letzter gesetzlicher Zwangserbe könnte übrigens – falls hier noch kein Insolvenzverfahren eröffnet worden wäre – die Eröffnung eines Nachlassinsolvenzverfahrens gem. §§ 315 ff. InsO unter den gesetzlichen Voraussetzungen beantragen (vgl. die Sachverhaltsgestaltung bei AG Freiburg NZI 2019, 566).

Mithin wären u. E. auch dann, wenn infolge der Ausschlagung aller vorrangigen Erben der Fiskus erbt, **das bereits laufende Nachlassinsolvenzverfahren gem. §§ 315 ff. InsO fortzuführen** und die Stellung des Nachlassinsolvenzverwalters durch eine Erbenstellung des Landes nicht beeinträchtigt. Es bliebe also in diesem Fall dabei, dass der **Nachlassinsolvenzverwalter** wegen seiner erbenverdrängenden Verfügungsbefugnis richtiger **Adressat der Rücktrittserklärung** wäre und seinerseits an der **Rückauffassung** mitzuwirken hätte.

Eine etwa einschlägige vertragliche Ausschlussfrist für die Ausübung des Rückforderungsrechts ist jedenfalls zu beachten. Unter Umständen dürfte es sich schon deswegen nicht empfehlen, die Ausübung des Rückforderungsrechts bis zur endgültigen Klärung der Erbfolge nach S zu verzögern.

### 5. Löschung der vormerkungswidrigen Zwangssicherungshypothek; denkbare Einwendungen und Einreden

Im Grundsatz setzt sich eine bereits eingetragene Rückauffassungsvormerkung gegenüber einer nachrangigen (§ 883 Abs. 3 BGB) und als Maßnahme der Zwangs-

vollstreckung vormerkungswidrigen (§ 883 Abs. 2 S. 2 BGB) Zwangssicherungshypothek i. S. v. § 867 ZPO durch (OLG Koblenz NotBZ 2011, 56 = BeckRS 2010, 24276; Staudinger/Kessler, BGB, 2020, § 883 Rn. 250 m. w. N.). Der Vormerkungsgläubiger kann also gem. **§ 888 Abs. 1 BGB** vom nachrangigen Grundpfandrechtsgläubiger die Löschung der Zwangssicherungshypothek verlangen.

Dem Zustimmungsanspruch gem. § 888 Abs. 1 BGB können in unterschiedlicher Weise **Einwendungen und Einreden des Anspruchsgegners** entgegengesetzt werden (Überblick bei Staudinger/Kessler, § 888 Rn. 60 ff.):

- Das Land Nordrhein-Westfalen als Grundpfandrechtsgläubiger könnte selbstverständlich alle Einwendungen gegen die Wirksamkeit der Vormerkung als solche geltend machen. Es könnte sich also bspw. damit verteidigen, dass der Vormerkung kein sicherungsfähiger Anspruch zugrunde liege.

- Weiter stünden dem Land die Einreden zu, die ggf. aus einem persönlichen Rechtsverhältnis zwischen ihm und den vormerkungsberechtigten Übergebern resultieren.

- Ferner könnte das Land in Analogie zu §§ 768, 1137, 1211 BGB dem Anspruch aus § 888 Abs. 1 BGB grundsätzlich alle Einreden entgegensetzen, die dem Schuldner (S) gegenüber dem gesicherten Anspruch zugestanden hätten (BGH DNotZ 2016, 285 Rn. 12; NJW 2000, 3496).

- Schließlich stünde dem Land in Analogie zu §§ 770 Abs. 1, 1137, 1211 BGB eine dilatorische Einrede zu, wenn und solange der persönliche Schuldner (S bzw. dessen Erben) berechtigt wäre, das dem vorgemerkten Anspruch zugrunde liegende Rechtsgeschäft anzufechten oder davon zurückzutreten.

**Aus dem Sachverhalt** ist für uns **nicht ersichtlich**, dass eine dieser denkbaren Einreden durchgreifen würde. Freilich müsste eine entsprechende Prüfung sämtliche Umstände des Einzelfalls einbeziehen.

**Ungünstiger** würde sich die Rechtslage für die Übergeber lediglich dann darstellen, wenn es sich bei der durch Zwangssicherungshypothek gesicherten Steuerschuld um eine **Grundsteuerschuld** handelte: Der durch Vormerkung gesicherte Rückübertragungsanspruch fällt nämlich über § 48 ZVG in die Rangklasse des § 10 Abs. 1 Nr. 4 ZVG (Böttcher, in: Böttcher, ZVG, 6. Aufl. 2016, § 10 Rn. 49). Demgegenüber handelt es sich bei der Grundsteuer gem. § 12 GrStG, § 54 GBO um eine öffentliche Last, die in dem durch § 10 Abs. 1 Nr. 3

ZVG festgelegten Umfang ein Recht auf Befriedigung aus dem Grundstück mit Vorrang vor der Vormerkung verschaffen würde. Da allerdings nach dem Sachverhalt der Steuergläubiger das Bundesland ist, das Aufkommen der Grundsteuer jedoch den Gemeinden zusteht (§ 1 GrStG), gehen wir von einer andersartigen Steuerschuld aus. Ist diese keine öffentliche Last i. S. v. § 10 Abs. 1 Nr. 3 ZVG, so greift die vorgenannte Beeinträchtigung des Vormerkungsschutzes nicht. Dann könnte auch aus diesem Grund – etwa wegen eines geltend gemachten Zurückbehaltungsrechts – die Löschung der Zwangssicherungshypothek gem. § 888 BGB nicht verweigert werden.

---

## **GBO §§ 13, 15 Abs. 2**

### **Antragsrecht des Käufers bzgl. Löschung einer Belastung, die der Verkäufer zu löschen hat**

---

#### **I. Sachverhalt**

Im Rahmen der Kaufvertragsabwicklung stellte der Urkundsnotar gem. § 15 GBO einen Antrag auf Eigentumsumschreibung und auf Löschung von Vorlasten in Abt. III, ohne zusätzlich anzugeben, für wen die einzelnen Anträge gestellt wurden. Im notariellen Kaufvertrag ist der Löschantrag des Verkäufers enthalten. Das Grundbuchamt stellte die Löschkosten dem Käufer und nicht dem Verkäufer in Rechnung. Aufgrund der Antragstellung ohne zusätzliche Angabe, für wen die einzelnen Anträge gestellt werden, betrachtet das Grundbuchamt sämtliche Beteiligten der Kaufvertragsurkunde für sämtliche Anträge als Antragsteller i. S. d. § 22 Abs. 1 GNotKG und damit als Kostenschuldner.

Gem. § 15 Abs. 2 GBO gilt der beurkundende Notar als ermächtigt, im Namen eines Antragsberechtigten die Eintragung zu beantragen. Antragsberechtigt für Löschanträge zu Vorlasten sind jedoch nur der Eigentümer und der jeweilige Gläubiger.

#### **II. Fragen**

Wie ist der Antrag des Notars gem. § 15 GBO auszuwerten, wenn er keine zusätzlichen Angaben darüber enthält, für wen der Antrag gestellt ist? Stellt der Notar den Löschantrag zu Vorlasten in Abt. III nur für den antragsberechtigten und an der Urkunde beteiligten Verkäufer (Eigentümer) oder auch für die berechtigten Gläubiger bzw. den Käufer?

#### **III. Zur Rechtslage**

##### **1. Allgemeines zu § 15 Abs. 2 GBO**

Gem. § 15 Abs. 2 GBO gilt ein Notar als ermächtigt, im Namen eines Antragsberechtigten Eintragungen im Grundbuch zu beantragen, wenn die zur Eintragung er-

forderliche Erklärung von diesem Notar beglaubigt oder beurkundet worden ist. Daraus folgt kein eigenes Antragsrecht des Notars, sondern vielmehr eine **vermutete Vertretungsmacht des Notars** (statt aller BeckOK-GBO/Reetz, Std.: 1.6.2020, § 15 Rn. 37; Schönler/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 176 – jew. m. w. N.)

Verfährt der antragstellende Notar nach § 15 Abs. 2 GBO und überbringt er nicht lediglich fremde Anträge der Beteiligten als Bote, so hat er gegenüber dem Grundbuchamt ausdrücklich anzugeben, für wen er einen Antrag stellt (vgl. etwa BayObLGZ 1952, 271, 272; BeckOK-GBO/Reetz, § 15 Rn. 40 m. w. N.). Versäumt der Notar dies und ergibt sich auch sonst **kein hinreichender Anhaltspunkt**, für wen der Antrag gestellt werden sollte, so gilt die Auslegungsregel, dass der eingereichte Antrag als Antrag **im Namen aller Antragsberechtigten** zu behandeln ist (vgl. OLG München FGPrax 2012, 222; BeckOK-GBO/Reetz, § 15 Rn. 40 m. w. N.).

## 2. Antragsberechtigung als Voraussetzung

Bereits aus dem Wortlaut der Vorschrift ergibt sich, dass die Fiktion des § 15 Abs. 2 GBO **nur die Antragstellung im Namen eines überhaupt Antragsberechtigten i. S. d. §§ 13 Abs. 1 S. 2, 14 GBO** (vgl. BeckOK-GBO/Reetz, § 15 Rn. 37) erfasst.

Ein – auch vormerkungsgesicherter – **Käufer** ist jedoch für die Löschung einer Grundschuld zulasten des veräußernden Eigentums in Abt. III des Grundbuchs **nicht antragsberechtigt** i. S. d. § 13 Abs. 1 S. 2 GBO. Antragsberechtigt ist nur derjenige Beteiligte, dessen Recht von der Eintragung betroffen wird („verlierender Teil“) oder zu dessen Gunsten die Eintragung erfolgen soll („gewinnender Teil“, vgl. BeckOK-GBO/Reetz, Std.: 1.6.2020, § 13 Rn. 56).

Erforderlich ist dabei nach wohl allgemeiner Meinung, dass die begehrte Eintragung **unmittelbar** und nicht nur mittelbar **zugunsten des Antragstellers** wirkt (Meikel/Böttcher, GBO, 11. Aufl. 2015, § 13 Rn. 37 m. w. N.; BeckOK-GBO/Reetz, § 13 Rn. 64). Unmittelbar begünstigt in diesem Sinne ist aber bei einem Kaufvertrag, in dessen Rahmen vom **veräußernden Eigentümer** Belastungen wegzufertigen sind, nur dieser selbst (OLG Frankfurt NJW-RR 1996, 1482, 1483; Demharter, GBO, 31. Aufl. 2018, § 13 Rn. 47). Das OLG Frankfurt führt im Einzelnen aus (NJW-RR 1996, 1482, 1483):

*„Als gewinnender Teil antragsberechtigt kann somit nur der eingetragene Eigentümer sein, dessen Begünstigung die Eintragung unmittelbar bezweckt. Er allein erlangt im*

*abstraktrechtlichen Sinn durch die Löschung unmittelbar einen rechtlichen Vorteil. Der Umstand, daß sie sich in wirtschaftlichem Sinn auch für den Vormerkungsberechtigten günstig auswirkt, macht den Vormerkungsberechtigten nur mittelbar betroffen und gibt ihm deshalb kein Antragsrecht.“*

Im Einzelnen ließe sich weiter differenzieren: Die **konstitutive Eintragung der Löschung** eines Rechts, das gem. § 875 BGB rechtsgeschäftlich aufgehoben werden soll, kann ein durch die Löschung aufrückender **Berechtigter eines nachrangig eingetragenen Rechts** oder einer nachrangigen Rechtsposition – wie vorliegend der vormerkungsgesicherte Käufer – nicht beantragen, da er **nur mittelbar begünstigt** wird; dem steht nicht entgegen, dass die materiell-rechtliche Aufhebungserklärung gem. § 875 Abs. 1 S. 2 BGB auch ihm gegenüber wirksam abgegeben werden kann (Meikel/Böttcher, § 13 Rn. 49; BeckOK-GBO/Reetz, § 13 Rn. 70).

**Anders** verhält es sich nur **bei der deklaratorischen**, bloß berichtigen **Eintragung** der Löschung eines Rechts, das außerhalb des Grundbuchs entweder nicht entstanden oder bereits erloschen ist, denn diesbezüglich ist der scheinbar **nachrangig Berechtigte** aufgrund seines Grundbuchberichtigungsanspruchs **gem. § 894 BGB unmittelbarer Begünstigter** der vorzunehmenden Eintragung (OLG Stuttgart NJOZ 2012, 1307; BayObLG BWNotZ 1988, 165, 166 = MittRhNotK 1989, 52; Meikel/Böttcher, § 13 Rn. 55; BeckOK-GBO/Reetz, § 13 Rn. 70). Demnach kommt der Antrag auf Löschung eines vorrangigen Rechts durch einen nachrangig eingetragenen Berechtigten in erster Linie in solchen Fällen in Betracht, in denen die **Unrichtigkeit** der zu löschenden Eintragung **gem. § 22 Abs. 1 GBO nachgewiesen** werden kann – was vorliegend nicht der Fall ist.

Ein Antragsrecht lässt sich auch nicht damit begründen, dass der vormerkungsberechtigte Käufer nach Eigentumsumschreibung im Grundbuch als Eigentümer unstreitig antragsberechtigt wäre, § 13 Abs. 1 S. 2 GBO. Denn in dem **Zeitpunkt**, in dem der Notar gem. § 15 Abs. 2 GBO den **Antrag** stellte, war der Käufer gerade **noch nicht Eigentümer**.

## 3. Fazit

**Mangels Antragsberechtigung** des Käufers im Zeitpunkt des Löschantrags wurde der Löschantrag **nicht** (auch) gem. § 15 Abs. 2 GBO **im Namen des Käufers** gestellt.

Da der Notar bei der Antragstellung nicht präzisiert hat, dass der Löschantrag (nur) im Namen des Verkäufers gestellt wurde, gilt der Antrag als im Namen aller

Antragsberechtigten gestellt – also auch im Namen der Gläubiger der wegzufertigenden Belastungen (vgl. OLG München FGPrax 2012, 222), nicht jedoch im Namen des Käufers. Für die Einordnung als Kostenschuldner i. S. d. § 22 Abs. 1 GNotKG ist zwar nicht erforderlich, dass der Antrag zulässig ist (Sommerfeldt, in: Bormann/Diehn/Sommerfeldt, GNotKG, 3. Aufl. 2019, § 22 Rn. 7; Korintenberg/Wilsch, GNotKG, 21. Aufl. 2020, § 22 Rn. 6). Wenn jedoch die Auslegung ergibt, dass der Antrag nicht im Namen des Käufers gestellt wurde, dürfte eine Verpflichtung als Antragsteller gem. § 22 Abs. 1 GNotKG ausscheiden.

## Gutachten im Abrufdienst

Folgende Gutachten können Sie über unseren Gutachten-Abrufdienst im Internet unter:

<http://www.dnoti.de>

abrufen. In diesem frei zugänglichen Bereich können die Gutachten über die Gutachten-Abrufnummer oder mit Titelschlagworten aufgefunden werden. Dies gilt ebenfalls für die bisherigen Abruf-Gutachten.

**BGB §§ 13, 14; BeurkG § 17 Abs. 2a**  
**Unternehmereigenschaft bei Geschäftsaufgabe; Verkauf des Betriebsgrundstücks**  
Abruf-Nr.:

**BGB § 1587**  
**Rückgängigmachung des Versorgungsausgleichs nach Rechtskraft der Scheidung**  
Abruf-Nr.:

## Rechtsprechung

**BGB §§ 912, 985**  
**Zu dulddender Überbau: Eigentumszuordnung bzgl. Gebäudeteil auf Nachbargrundstück, wenn Gebäude auf Stammgrundstück vollständig abgebrochen wird**

**Bei einem zu dulddenden Überbau führt der vollständige Abbruch des Gebäudes auf dem Stammgrundstück „nur“ dazu, dass die Duldungspflicht des Nachbarn entfällt. Dagegen bleibt die eigentumsrechtliche Zuordnung des auf dem Nachbargrundstück befindlichen Gebäudeteils zum Stammgrundstück unverändert (Bestätigung von Senat, Urteil vom 17. Januar 2014 – V ZR 292/12, NJW-RR 2014, 973 Rn. 24 und Urteil vom 16. Januar 2004 – V ZR 243/03, BGHZ 157, 301, 305 f.).**

BGH, Urt. v. 10.7.2020 – V ZR 156/19

### Problem

Die Klägerin macht gegen die Beklagte einen Herausgabeanspruch gem. § 985 BGB bzgl. einer Wohnung geltend, die in einem Überbau belegen ist. Die Grundstückssituation stellte sich wie folgt dar: Die Klägerin war ursprünglich Eigentümerin eines ungeteilten Grundstücks, auf dem (noch unter Geltung des DDR-Rechts) ein Plattenbau errichtet wurde. Von zehn Plattenbausegmenten standen sechs auf dem Grundstück der Klägerin und drei auf dem benachbarten Grundstück; ein Segment stand auf beiden Grundstücken. Das Nachbargrundstück gehört einer GbR. Der Überbau war von der GbR gem. § 320 ZGB (der inhaltlich weitgehend § 912 BGB entspricht) zu dulden.

In der Folge teilte die Klägerin ihr Grundstück in Wohnungseigentum auf und veräußerte die Wohnungen; diese befanden sich in einem neu errichteten Gebäude, also nicht im Plattenbau. Die auf ihrem Grundstück befindlichen Plattenbausegmente ließ die Klägerin abreißen, sodass nur noch die Plattenbaureste auf dem Grundstück der GbR verblieben sind. In den verbliebenen Segmenten beansprucht die Beklagte eine Wohnung für sich, und zwar aufgrund eines Mietvertrags mit der GbR. Die Klägerin verlangt Herausgabe der Wohnung.

### Entscheidung

Das Amtsgericht gab der Klage statt. Die dagegen von der Beklagten eingelegte Berufung blieb ohne Erfolg. Auch die Revision beim BGH war nicht erfolgreich.

Nach Ansicht des BGH steht der Klägerin ein **Herausgabeanspruch gem. § 985 BGB** zu, da sie auch nach Abbruch der Plattenbausegmente auf ihrem Grundstück Eigentümerin der verbleibenden Plattenbausegmente auf dem Nachbargrundstück geblieben ist. Ursprünglich habe es sich dabei um einen zu dulddenden Überbau gehandelt, sodass die Klägerin bis zum Abbruch der auf ihrem Grundstück befindlichen Segmente auch Eigentümerin des Gebäudes auf dem Nachbargrundstück gewesen sei. Der Abbruch des Gebäudes auf dem Stammgrundstück führe lediglich dazu, dass die Duldungspflicht des Nachbarn ende, weil mit dem Abbruch der Sinn des § 912 Abs. 1 BGB (und des inhaltsgleichen § 320 ZGB) nicht mehr erfüllt werden könne. Sinn und Zweck der Normen sei es, den im Gebäude verkörperten wirtschaftlichen Wert zu erhalten. Werde der Gebäudeteil auf dem Stammgrundstück abgerissen, so entfalle dieser Zweck.

**An den Eigentumsverhältnissen** bzgl. des verbliebenen Gebäudeteils auf dem Nachbargrundstück **ändere**

**sich** indes **nichts**. Nur so lasse sich sicherstellen, dass der Eigentümer des Stammgrundstücks für den erforderlichen Abbruch des Überbaus auf dem überbauten Grundstück weiterhin verantwortlich sei und sich dieser Verantwortung nicht durch den Abbruch allein des Gebäudes auf dem Stammgrundstück entziehen könne. Zugleich sei nur so gewährleistet, dass der Eigentümer des Stammgrundstücks sein Interesse an der Beseitigung der Überbaureste auf dem Nachbargrundstück verwirklichen könne. § 903 BGB erfasse auch die Befugnis des Eigentümers, einen Überbau auf dem Nachbargrundstück zu beseitigen, der zum wesentlichen Bestandteil des eigenen Grundstücks geworden sei.

An der Beurteilung der Rechtslage ändere die **Aufteilung** des Stammgrundstücks **in Wohnungseigentum** ebenso wenig. Grundsätzlich umfasse diese Aufteilung zwar das gesamte Grundstück einschließlich seiner wesentlichen Bestandteile (inkl. möglicher Überbauten). Der aufteilende Eigentümer sei jedoch nicht gezwungen, einen verbleibenden Gebäuderest auf dem Nachbargrundstück in die Aufteilung miteinzubeziehen und so zu Gemeinschaftseigentum werden zu lassen. Im vorliegenden Fall habe die Klägerin entsprechend ihrer Befugnis gehandelt, indem sie sich in der Teilungserklärung den Abriss des verbleibenden Gebäudeteils auf dem Nachbargrundstück vorbehalten habe.

Die Beklagte habe schließlich kein Recht zum Besitz aus dem mit der GbR abgeschlossenen **Mietvertrag**. Die GbR selbst sei nicht zum Besitz des Gebäudes berechtigt gewesen und habe somit der Beklagten auch kein entsprechendes abgeleitetes Besitzrecht verschaffen können.

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu zwei Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter **www.dnoti.de**

**Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)**

– eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin –  
97070 Würzburg, Gerberstraße 19

Telefon: (0931) 35576-0      Telefax: (0931) 35576-225

E-Mail: [dnoti@dnoti.de](mailto:dnoti@dnoti.de)      Internet: [www.dnoti.de](http://www.dnoti.de)

**Hinweis:**

Die im DNotI-Report veröffentlichten Gutachten und Stellungnahmen geben die Meinung der Gutachter des Deutschen Notarinstituts und nicht die der Bundesnotarkammer wieder.

**Verantwortlicher Schriftleiter:** Notarassessor Dr. Julius Forschner

**Redaktion:** Dr. Simon Blath

**Bezugsbedingungen:**

Der DNotI-Report erscheint zweimal im Monat und kann beim Deutschen Notarinstitut oder im Buchhandel bestellt werden. Abbestellungen müssen mit vierteljährlicher Frist zum Jahresende erfolgen.

**Bezugspreis:**

Jährlich 170,00 €, Einzelheft 8,00 €, inkl. Versandkosten. Für die Mitglieder der dem DNotI beigetretenen Notarkammern ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten.

Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert und kostenfrei zugesandt werden. Alle im DNotI-Report enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist die Verwertung nur mit Einwilligung des DNotI zulässig.

**Verlag:**

Bundesnotarkammer, Körperschaft des öffentlichen Rechts, Geschäftsstelle Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

**Druck:**

Druckerei Franz Scheiner  
Mainleite 5, 97340 Marktbreit