

## GUTACHTEN

**Dokumentnummer:** 11440  
**letzte Aktualisierung:** 09.03.2006

**BGB § 1018; ErbbauVO § 10**

**Eintragung einer Grunddienstbarkeit an Erbbaurecht und Erbbaugrundstück**

### I. Sachverhalt

Auf einer noch zu vermessenden Teilfläche (Erbbaugrundstück) errichtet die Gemeinde eine Sporthalle, die mit der bereits vorhandenen Sporthalle des Landkreises durch einen Mehrzweck- und Eingangsbereich verbunden wird. Im Erbbaurechtsvertrag räumt der Erbbauberechtigte den jeweiligen Eigentümern des neu vermessenen restlichen Grundstücks ein Wegerecht an bestimmten für das Bauwerk nicht erforderlichen Grundstücksteilen und ein Mitbenutzungsrecht an dem Mehrzweck- und Eingangsbereich ein.

### II. Fragen

1. Sollte die Grunddienstbarkeit sowohl am Erbbaurecht als auch am Erbbaugrundstück eingetragen werden?
2. Ist für die Bestimmung des Ausübungsbereiches des Mitbenutzungsrechts die Beifügung von amtlichen Bauplänen empfehlenswert?
3. Sollten noch Regelungen über die Kosten der Herstellung, der Unterhaltung, der Instandhaltung sowie über die Verkehrssicherungspflicht getroffen werden?

### III. Zur Rechtslage

#### 1. Bestellung einer Nutzungsdienstbarkeit am Erbbaurecht

Grundsätzlich kann das Erbbaurecht gem. § 11 Abs. 1 S. 1 ErbbauVO mit jedem dinglichen Recht belastet werden, das auch auf einem Grundstück bestellt werden kann.

##### a) Belastung sowohl des Grundstücks sowie des Erbbaurechts sinnvoll

Im vorliegenden Sachverhalt erstreckt sich das Erbbaurecht auch auf einen für das Bauwerk nicht erforderlichen Teil des Grundstücks, was nach § 1 Abs. 2 ErbbauVO zulässig ist. Bezieht sich der Ausübungsbereich der Dienstbarkeit auf diesen Grundstücksteil, so kann ein **Geh- und Fahrrecht** bzw. eine Wegerecht **als Grunddienstbarkeit sowohl im Grundbuch des Erbbaugrundstücks als auch im Erbbaugrundbuch** eingetragen werden, was regelmäßig auch sinnvoll sein dürfte (vgl. v. Oefele/Winkler, Handbuch des Erbbaurechts, 3. Aufl. 2003, Rn. 5.110; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 13. Aufl. 2004, Rn. 1841).

Am Erbbaugrundstück kann die Dienstbarkeit allerdings **nur im Range nach dem Erbbaurecht** eingetragen werden. Denn nach § 10 ErbbauVO kann ein Erbbaurecht nur

zur ausschließlich ersten Rangstelle bestellt werden. Dadurch soll verhindert werden, dass bei einer Zwangsversteigerung des Grundstücks das Erbbaurecht ausfällt. Gleichzeitig wird dadurch die Beleihbarkeit des Erbbaurechts gefördert, da damit auch die Interessen der am Erbbaurecht selbst real Berechtigten geschützt werden (v. Oefele/Winkler, Rn. 2.94). Eine Dienstbarkeit kann daher am Erbbaugrundstück nur im Range nach dem Erbbaurecht eingetragen werden und ist infolgedessen dem Erbbauberechtigten gegenüber während der Dauer des Erbbaurechts unwirksam (BayObLG DNotZ 1960, 105; v. Oefele/Winkler, Rn. 5.110; Schöner/Stöber, Rn. 1841).

Würde die Grunddienstbarkeit hingegen nur am Erbbaurecht eingetragen, so würde sie zusammen mit dem Erbbaurecht erlöschen. Ein Geh- und Fahrrecht sollte daher als Grunddienstbarkeit sowohl am Erbbaurecht, als auch am Erbbaugrundstück eingetragen werden, wobei es dort durch das Erlöschen des Erbbaurechts aufschiebend bedingt ist (v. Oefele/Winkler, Rn. 5.110; Maaß, in: Bauer/v. Oefele, GBO, 1999, AT VI Rn. 167).

## b) Rahmen des dinglichen Rechtsinhaltes des Erbbaurechtes

Zwar kann gem. § 11 ErbbauVO ein Erbbaurecht grundsätzlich wie ein Grundstück dinglich belastet werden, und zwar auch mit Dienstbarkeiten. Bei der Belastung des Erbbaurechts mit **(Mit-)Nutzungsrechten** bestehen aber im Vergleich zu einer Belastung des Grundstücks gewisse Unterschiede. Denn der **Rechtsinhalt der Dienstbarkeit** muss sich **im Rahmen des dinglichen Rechtsinhaltes des Erbbaurechts** halten, d. h., die Dienstbarkeit ist nur im Rahmen der eigenen Befugnisse des Erbbauberechtigten bestellbar, da keiner Rechte einräumen kann, die er selbst nicht hat (BayObLG Rpfleger 1959, 17; v. Oefele/Winkler, Rn. 5.109; Schöner/Stöber, Rn. 1840; Maaß, in: Bauer/v. Oefele, AT VI Rn. 166). Daher kann beispielsweise ein Erbbaurecht, dass lediglich zum Haben eines Wohngebäudes berechtigt, nicht mit einer Tankstellendienstbarkeit belastet werden (BayObLG a. a. O.).

Da die Erbbauberechtigte nach dem Inhalt des Erbbauvertrages berechtigt ist, als Bauwerk eine Sporthalle auf der Grundlage eines vorhandenen Planentwurfes zur errichten, hält sich die beabsichtigte Grunddienstbarkeit des Inhalts der Mitbenutzung des Foyers sowie der Sanitäranlagen im Rahmen des dinglichen Rechtsinhaltes des Erbbaurechts. Folglich dürften auch keine Bedenken bezüglich der Bestellung der Mitbenutzungsdienstbarkeit bestehen. Aus den genannten Gründen sollte auch diese Dienstbarkeit sowohl am Erbbaurecht, als auch am Erbbaugrundstück eingetragen werden.

## 2. Bestimmung des Ausübungsbereiches

Der Ausübungsbereich einer Dienstbarkeit sind die Flächen, an denen die durch die Dienstbarkeit gestatteten Handlungen erlaubt bzw. die durch sie untersagten Handlungen verboten sind. Es handelt sich also um diejenigen Flächen, auf welche sich die sog. „Verpflichtungswirkung“ der Dienstbarkeit erstreckt und beschränkt. Dabei kann sich der Ausübungsbereich auf den ganzen Belastungsgegenstand oder auch nur auf eine Teilfläche erstrecken. Der **Umfang des Ausübungsbereichs** muss sich **aus der Dienstbarkeitsurkunde** ergeben (Staudinger/Mayer, BGB, Bearb. 2002, § 1018 Rn. 64).

Im vorliegenden Sachverhalt soll der Ausübungsbereich rechtsgeschäftlich beschränkt werden, § 1023 Abs. 1 S. 2 BGB. Damit wird die Ausübungsstelle Inhalt der Belastung und ist damit in der Eintragungsbewilligung eindeutig zu bezeichnen, damit der Bestimmtheits-

grundsatz gewahrt ist (BGH NJW 1967, 502, 503; NJW 1981, 1781; NJW 1982, 1039; Soergel/Stürner, BGB, 13. Aufl. 2001, § 1018 Rn. 39a; Staudinger/Mayer, § 1018 Rn. 65). Dies kann dadurch geschehen, dass in der Dienstbarkeitsurkunde eine förmliche Verweisung auf einen Lageplan mit entsprechender Einzeichnung erfolgt, was bei beurkundeten Willenserklärungen eine Einbeziehung gem. § 9 Abs. 1 S. 2 BeurkG erfordert, oder durch eine ausreichend klare Bezugnahme mit Worten auf in der Natur vorhandene Merkmale oder bereits errichtete Anlagen, die für jedermann dort ohne weiteres erkennbar sind (BGH NJW 1969, 502, 503 = DNotZ 1969, 486; BayObLGZ 1988, 102, 106 = DNotZ 1989, 166; Schöner/Stöber, Rn. 1142; Staudinger/Mayer, § 1018 Rn. 65).

Aus Vorstehendem ergibt sich, dass die Beifügung eines amtlichen Bauplanes nicht zwingend erforderlich, bei Vorhandensein eines solchen Planes die Festlegung des Ausübungsbereiches allerdings wesentlich vereinfacht ist. Aus diesem Grunde dürfte sich empfehlen, einen vorhandenen Bauplan, in dem der Ausübungsbereich der Dienstbarkeit zeichnerisch hervorgehoben ist, der Niederschrift beizufügen und von den Beteiligten unterzeichnen zu lassen.

### **3. Dingliche Regelung über Unterhaltung und Instandhaltung**

#### **a) Unterhaltung**

Die Vorschrift des § 1021 BGB ermöglicht, durch vertragliche Vereinbarung die Pflicht zur Unterhaltung einer Anlage, die der Ausübung einer Grunddienstbarkeit auf dem belasteten Grundstück dient, abweichend von den gesetzlichen Bestimmungen der §§ 1020 S. 2, 1022 BGB zu regeln. Über die rein schuldrechtliche Wirkung zwischen den Vertragsteilen hinaus kann eine solche Unterhaltungsregelung durch Einbeziehung in den Inhalt der Grunddienstbarkeit dingliche Wirkung erhalten (BGHZ 161, 115 = DNotI-Report 2005, 13 = DNotZ 2005, 617 m. Anm. Amann = NJW 2005, 894; BayObLGZ 1965, 272, 273; Staudinger/Mayer, § 1021 BGB Rn. 1; Schöner/Stöber, Rn. 1153a). Die Bestimmung bedarf daher der Eintragung (§ 873 BGB), wobei Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung genügt (§ 874 BGB).

§ 1021 Abs. 1 BGB unterscheidet zwischen der Erhaltungspflicht des Eigentümers des dienenden Grundstücks (Abs. 1 S. 1) und der des herrschenden Grundstück (Abs. 1 S. 2), jedoch schließen sich diese Vereinbarungsmöglichkeiten nicht gegenseitig aus, sondern können miteinander kombiniert werden (RGZ 79, 375, 379; KG NJW 1970, 1686 = DNotZ 1970, 606; Staudinger/Mayer, § 1021 Rn. 2). Folglich kann auch bestimmt werden, dass der Eigentümer nur einen Teil der Unterhaltungskosten (z. B. die Hälfte) zu tragen hat (Schöner/Stöber, Rn. 1153a).

Ist wie im vorliegenden Sachverhalt der Eigentümer des belasteten Grundstücks zur Mitbenutzung der zur Ausübung der Dienstbarkeit gehörenden Anlage berechtigt, so war nach bisher h. M. die Unterhaltungspflicht gesetzlich überhaupt nicht geregelt, da § 1020 S. 2 BGB, der die Erhaltungspflicht des Berechtigten regelt, für den Fall der gemeinsamen Nutzung der Anlage nach bisher h. M. nicht galt. Es hätte somit jeder Eigentümer (der des berechtigten und der des belasteten Grundstücks) die Anlage – ohne Verpflichtung gegenüber dem anderen – insoweit zu unterhalten gehabt, als dies seinem eigenen Interesse entspräche (KG NJW 1970, 1686; OLG Köln MittRhNotK 1996, 220 = NJW-RR 1996, 16; Gutachten, DNotI-Report 2000, 117; Schöner/Stöber, Rn. 1153b; a. A. OLG Köln NJW-RR 1990, 1165 = MDR 1990, 1013, wonach der Eigentümer des belasteten Grundstücks eine Beteiligung des Berechtigten an den

Kosten der Unterhaltung und Verkehrssicherung der Anlage im Falle der Mitbenutzung verlangen kann).

Dies hat sich nunmehr durch eine neuere BGH-Entscheidung geändert. Nach einem Urteil des BGH vom 12.11.2004 gilt die Unterhaltungspflicht des Berechtigten nach § 1020 Satz 2 BGB auch dann, wenn der Grundstückseigentümer die Anlage mitnutzen darf. Allerdings muss der Berechtigte dann die Kosten der Unterhaltung und Instandsetzung der Anlage nur anteilig tragen, und zwar in entsprechender Anwendung von §§ 748, 742 BGB im Zweifel zur Hälfte – ggf. aber auch anteilig nach dem Maß der wiederlegenden Nutzung (BGHZ 161, 115 = DNotI-Report 2005, 13 = DNotZ 2005, 617 m. Anm. = NJW 2005, 894).

#### **b) Verkehrssicherungspflicht**

Nach bereits bisher vorherrschender Ansicht kann auch die Verkehrssicherungspflicht als dinglicher Inhalt der Grunddienstbarkeit, also mit Wirkung für und gegen den Rechtsnachfolger geregelt werden, sofern es sich um eine Anlage handelt, da die Verkehrssicherungspflicht mit der Unterhaltungspflicht eng verknüpft ist (BayObLGZ 1990, 8, 10 f. = DNotZ 1991, 257; Schöner/Stöber, Rn. 1153b Fn. 179; Amann, DNotZ 1989, 531, 546 ff; Gutachten, DNotI-Report 2000, 117; Staudinger/Mayer, § 1021 Rn. 7; a. A. OLG Köln MittRhNotK, 1990, 219). Dies wurde nunmehr durch den BGH bestätigt (BGHZ 161, 115 = DNotI-Report 2005, 13 = DNotZ 2005, 617 m. Anm. Amann = NJW 2005, 894).

#### **c) Herstellung der Anlage kein möglicher Inhalt der Dienstbarkeit**

Da eine aktive Handlung des Eigentümers oder eine Verpflichtung hierzu nicht Hauptpflicht einer Grunddienstbarkeit sein kann (BGH NJW-RR 2003, 733; Palandt/Bassenge, BGB, 65. Aufl. 2006, § 1018 Rn. 5) ist nach einer weit verbreiteten Ansicht eine Vereinbarung, wonach der Eigentümer des dienenden Grundstückes dieses in einen zur Dienstbarkeitsausübung geeigneten Zustand zu versetzen hat, beispielsweise die noch nicht vorhandene Anlage erst herstellen muss, unzulässig (RGZ 131, 158, 176; KGJ 51, 242, 249; RGRK/Rothe, BGB, 12. Aufl. 1979, § 1021 Rn. 3). Die Frage der Herstellung der Wegefläche sollte daher nicht Inhalt der Grunddienstbarkeit sein (nicht zu verwechseln mit der Unterhaltungspflicht) und vielmehr schuldrechtlich zwischen den Vertragsbeteiligten geregelt werden.