

## Rechtsprechung

### 1. Liegenschaftsrecht – Zum Anspruch des Grundstückseigentümers auf Rangrücktritt bei Bestellung eines Erbbaurechts

(OLG Hamm, Urteil vom 27. 6. 2013 – 22 U 165/12, mitgeteilt durch *Notar Dr. Piehler, Köln*)

**BGB §§ 177; 311 b**

**ErbbauV §§ 10; 27; 28**

1. Dem Grundstückseigentümer, der sich zur Bestellung eines Erbbaurechts verpflichtet, steht gegen einen Dienstbarkeitsberechtigten nur dann ein Anspruch auf Rangrücktritt zu, wenn bei fehlendem Ausschluss des Entschädigungsanspruchs im Erbbaurechtsvertrag eine Regelung mit dinglicher Wirkung erfolgt, wonach die im Range nach dem Erbbaurecht am Erbbaugrundstück eingetragenen Dienstbarkeiten, die auch am Erbbaurecht an erster Rangstelle eingetragen wurden, bei Erlöschen des Erbbaurechts durch Zeitablauf Rang vor der Entschädigungsforderung haben.
2. Bei bestehender Verpflichtung zur Genehmigung eines Vertrages kann es gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn der Verpflichtete geltend macht, der Vertrag sei unwirksam geworden, weil er die Genehmigung verweigert habe (Anschluss an BGH, Urf. v. 29. 9. 1989, V ZR 1/88, BGHZ 108, 380 = DNotZ 1990, 728).
3. Allein die einseitige Abhängigkeit eines formfreien Geschäfts von einem beurkundungsbedürftigen Rechtsgeschäft gebietet keine Erstreckung des Formzwangs auf das formfreie Geschäft.

#### Zur Einordnung:

Gemäß § 10 ErbbauRG kann ein Erbbaurecht im Grundbuch nur zur ausschließlich ersten Rangstelle eingetragen werden. Vor- und gleichrangige Rechte in Abt. II und III des Grundbuches sind während der gesamten Dauer des Erbbaurechtes grundsätzlich ausgeschlossen, und zwar auch dann, wenn sie wirtschaftlich unbedeutend sind oder tatsächlich einen anderen Teil des Grundstückes betreffen (MünchKomm-BGB/von Oefele/Heinemann, 6. Aufl. 2013, § 10 ErbbauRG Rn. 1; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 1732). Hierdurch soll zum einen der ungestörte Bestand des Erbbaurechtes für seine ganze Dauer gewährleistet und zum anderen eine sichere Grundlage für die Beleihbarkeit des Erbbaurechtes geschaffen werden (MünchKomm-BGB/von Oefele/Heinemann, 6. Aufl. 2013, § 10 ErbbauRG Rn. 1; Lemke/Czub, Immobilienrecht, 2012, § 10 ErbbauRG Rn. 1; Kölner Formularbuch Grundstücksrecht/Maaß, 2012, Kap. 3 Rn. 126). Die Notwendigkeit der ersten Rangstelle für das Erbbaurecht besteht uneingeschränkt auch bei sog. existenznotwendigen Dienstbarkeiten (z. B. öffentlicher Kanal, U-Bahn, Fernleitungen) (Beck'sches Notarhandbuch/Eichel, 5. Aufl. 2009, A IV. Rn. 31). Zur wirksamen Entstehung

eines Erbbaurechtes müssen auch derartige Dienstbarkeiten im Rang hinter das Erbbaurecht zurücktreten, was im konkreten Einzelfall zu erheblichen Schwierigkeiten führen kann. Zwar kann die jeweilige Dienstbarkeit inhaltsgleich und erstrangig auch zu Lasten des Erbbaurechtes bestellt werden (Beck'sches Notarhandbuch/Eichel, 5. Aufl. 2009, A IV. Rn. 31), doch wird alleine hierdurch das Sicherungsinteresse des Dienstbarkeitsberechtigten nicht hinreichend berücksichtigt.

Die nachfolgend abgedruckte Entscheidung des OLG Hamm beschäftigt sich mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen der Berechtigte einer Dienstbarkeit verpflichtet ist, einen Rangrücktritt hinsichtlich des zu seinen Gunsten eingetragenen Rechts zu erklären, um einem Erbbaurecht nach § 10 ErbbauRG ersten Rang im Grundbuch einzuräumen. Ein Anspruch auf Erklärung eines Rangrücktrittes durch den Dienstbarkeitsberechtigten kann dabei allenfalls als nachbarliche Rücksichtnahme aus § 242 BGB gefolgert werden (vgl. insoweit Beck'sches Notarhandbuch/Eichel, 5. Aufl. 2009, A IV. Rn. 31; Lemke/Czub, Immobilienrecht, 2012, § 10 ErbbauRG Rn. 3). Nach Auffassung des OLG Hamm liegt ein solcher Anspruch nur dann vor, wenn durch die vertragliche Gestaltung sichergestellt wird, dass zum einen das Recht des Dienstbarkeitsberechtigten durch die Eintragung einer inhaltsgleichen Dienstbarkeit zu Lasten des Erbbaurechtes in jedem Fall bestehen bleibt und diese zudem von dem Eigentümer des dienenden Grundstücks gegenüber auch stets durchgesetzt werden kann. Um die letztgenannte Voraussetzung zu erfüllen, muss insbesondere sichergestellt sein, dass die Dienstbarkeit zu Lasten des Grundstücks auch nach Beendigung des Erbbaurechtes fortbesteht. Dies ist grundsätzlich nur dann anzunehmen, wenn der Entschädigungsanspruch nach § 27 ErbbauRG, für den das Grundstück nach § 28 ErbbauRG haftet, ausgeschlossen ist (BGH DNotZ 1974, 692; Lemke/Czub, Immobilienrecht, 2012, § 10 ErbbauRG Rn. 3). Ansonsten würde die Gefahr bestehen, dass bei einer Versteigerung aus dem Entschädigungsanspruch nach § 27 ErbbauRG die Grunddienstbarkeit erlischt. Sofern ein Ausschluss des Entschädigungsanspruches im Erbbaurechtsbestellungsvertrag nicht erfolgt, ist in der Literatur umstritten, mit welcher vertraglichen Gestaltung dem Sicherungsbedürfnis von Dienstbarkeitsberechtigten hinreichend Rechnung getragen werden kann (vgl. hierzu etwa MünchKomm-BGB/von Oefele/Heinemann, 6. Aufl. 2013, § 10 ErbbauRG Rn. 3). So wird etwa vorgeschlagen, den Entschädigungsanspruch des Erbbauberechtigten nur unter der Bedingung einzuräumen, dass dieser der Grunddienstbarkeit den ursprünglichen Rang am Grundstück wieder verschafft (vgl. v. Oefele/Winkler, Handbuch des Erbbaurechts, 5. Aufl. 2012, Rn. 2 100). Höchstrichterlich entschieden ist diese Frage jedoch noch nicht.

Für die Praxis zeigt die Entscheidung des OLG Hamm auf, mit welchen Schwierigkeiten die Entstehung

eines Erbbaurechtes vor dem Hintergrund von § 10 ErbbauRG verbunden ist, wenn das Grundstück, auf dem das Erbbaurecht bestellt werden soll, mit Dienstbarkeiten belastet ist. Im Hinblick auf die zitierte Rechtsprechung des BGH sollte bei der Gestaltung von Erbbaurechtsbestellungsverträgen stets ein Ausschluss des Entschädigungsanspruches nach § 27 ErbbauRG vereinbart werden. Aufgrund der vom OLG Hamm ausdrücklich zugelassenen Revision könnte der BGH nunmehr die Möglichkeit erhalten zu der Frage Stellung zu nehmen, ob und wenn ja, in welcher Form, auch ohne einen solchen Ausschluss den Sicherungsinteressen des Dienstbarkeitsberechtigten genügt werden kann.

*Die Schriftleitung (AW)*

### Zum Sachverhalt:

I. Die Kl. begehrt mit ihrer Klage von den Bekl. die Abgabe von Willenserklärungen im Zusammenhang mit einem am 3. 6. 1998 geschlossenen Erbbaurechtsvertrag. Mit ihrer in der Berufungsinstanz erhobenen Hilfswiderklage begehren die Bekl. zu 1) und 3) die Feststellung der Nichtigkeit des Vertrages vom 3. 6. 1998.

Die Kl. ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in P., deren Unternehmensgegenstand der Bau und Betrieb von Golfplatzanlagen ist. Die Bekl. zu 1) ist eine am 24. 9. 1998 in das Handelsregister eingetragene GmbH & Co. KG mit Sitz in X. Geschäftsführer der Komplementär-GmbH der Bekl. zu 1) und zugleich einziger Kommanditist ist seit Anfang 1999 bzw. Ende 1998 der am 5. 7. 1960 geborene Herr L. Vormaliger Geschäftsführer der Bekl. zu 1) und einziger Kommanditist war bis zu diesem Zeitpunkt der am 7. 3. 1930 geborene Herr L2, der Vater des L.

L2 war vormals Eigentümer u. a. der im Grundbuch des AG L. von X Blatt .1 verzeichneten Grundbesitzungen Gemarkung X Flur 9, Flurstück 5 sowie Flur 10, Flurstücke 14, 16, 26, 27, 57, 58, 61 und 68. Eine Übertragung des in Blatt .1 verzeichneten Grundbuchbestandes erfolgte ohne Eigentumswechsel am 9. 3. 2005 in das Grundbuch des AG L. von X Blatt .2. Nach vorangegangener Teilung einzelner Grundstücksflächen war L2 u. a. Eigentümer der Flurstücke Gemarkung X, Flur 10, Flurstücke 16, 21, 24, 57, 74, 78, 80, 81, 83, 84, 87, 88, Flur 94, Flurstücke 92, 93, 94, 98 sowie Flur 96, Flurstücke 56, 57. Eigentümer u. a. jener Flurstücke ist nunmehr aufgrund Auflassung vom 25. 4. 2006 und Eintragung im Grundbuch am 17. 8. 2006 die Bekl. zu 1). Die Grundbesitzung ist mittlerweile verzeichnet im Grundbuch des AG L. von X Blatt .3.

L2 war überdies vormals Eigentümer u. a. der im Grundbuch des AG L. von X Blatt .1 verzeichneten Grundbesitzungen Gemarkung X Flur 10, Flurstücke 32, 61, 71, 72 sowie Flur 12, Flurstücke 79, 99, 100, 101 und 102. Eigentümerin dieser mittlerweile mit geänderter Flurstücksbezeichnung im Grundbuch des AG L. von X Blatt .4 verzeichneten Grundbesitzungen ist aufgrund Auflassung vom 21. 9. 2000 und Eintragung im Grundbuch am 26. 10. 2000 die J. GmbH & Co. KG mit Sitz in O., welche am 17. 9. 1998 in das Handelsregister eingetragen worden ist.

Eigentümer der vormals im Grundbuch des AG L. von X Blatt .5 verzeichneten Grundbesitzung Gemarkung X Flur 8, Flurstücke 20 und 21 sowie Flur 9, Flurstücke 1, 2 und 7 war im Jahre 1998 Herr T2. U. a. dieser Grundbesitz ist mittlerweile übertragen in das Grundbuch des AG L. von X Blatt .6. Eigentümer u. a. der Grundbesitzungen Gemarkung X Flur 9, Flurstück 11 sowie Flur 94, Flurstücke 19, 21, 23 und 24 ist Herr T. als Erbe nach dem im Jahre 2000 verstorbenen Herrn T2.

Mit notarieller Urkunde vom 3. 6. 1998 (UR-Nr. . . /1998 des Notars Dr. Y. in N.) verpflichteten sich die seinerzeit in Gründung befindliche J. GmbH & Co. KG, die seinerzeit ebenfalls in Gründung befindliche Bekl. zu 1) sowie Herr T2 gegenüber der Kl. zur Bestellung eines Gesamterbbaurechts an in einem der Vertragsurkunde als Anlage beigefügten Lageplan markierten Grundstücksflächen, wobei die Kl. berechtigt und verpflichtet sein sollte, auf den Erbbaugrundstücken eine Golfanlage zu errichten, zu halten und zu unterhalten. In § 2 der Vertragsurkunde vom 3. 6. 1998 war hierbei bedungen, dass das Gesamterbbaurecht mit seiner Eintragung im Grundbuch beginnen und für die Dauer von 40 Jahren ab dem Tage seines Beginns bestellt sein sollte, wobei der Kl. das Recht vorbehalten bleiben sollte, spätestens bis zum 31. 12. 2035 eine Verlängerung um 40 Jahre zu verlangen. In § 3 der Vertragsurkunde heißt es u. a.:

„Der Basiserbbauzins beträgt 1 500,00 DM je Hektar Grundstücksfläche. Ein Erbbauzins in dieser Höhe wird jedoch jeweils nur erst dann für die jeweilige Grundstücksfläche und den jeweiligen Bauabschnitt geschuldet, wenn die darauf errichtete Golfanlage fertiggestellt und durch entsprechendes Golfspiel in Nutzung genommen ist.

Soweit ohne, daß Golfplatzbaumaßnahmen stattgefunden haben, lediglich reine Grünlandnutzung durch Golfspielen stattfindet, wird lediglich ein Nutzungsentgelt von 800,00 DM je Hektar Grundstücksfläche geschuldet. (. . .)

Die Verpflichtung zur Errichtung des Erbbauzinses beginnt mit dem Tag der Entstehung des Erbbaurechts. Der Erbbauzins (Nutzungsentschädigung), der von der Übergabe des Erbbaurechts bis zur Eintragung des Erbbaurechts ggfls. entsteht, wird als Pachtzins geschuldet. (. . .)

Der Erbbauzins ist dinglich zu sichern.“

§ 9 der Vertragsurkunde vom 3. 6. 1998 lautet:

„Die Vertragsparteien erteilen hiermit unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB dem Bürovorsteher U., ersatzweise der Notariatssekretärin K., beide dienstansässig in N., in umfassender Weise Vollmacht, alle Erklärungen dem Grundbuchamt gegenüber abzugeben, die zur Eintragung des Gesamterbbaurechts erforderlich oder zweckdienlich sind, nachdem die Vermessung des Vertragsgegenstandes durchgeführt ist. Die Bevollmächtigten sind insbesondere befugt, das Erbbaurecht zur Löschung zu bringen, wenn gemäß § 3 von diesem Vertrag zurückgetreten wird oder sich das Bauvorhaben (Golfplatz) aus sonstigen Gründen nicht durchführen läßt. Die Vollmacht ist unwiderruflich und gilt über den Tod hinaus. Sie erlischt mit der vertragsgerechten Vollziehung dieses Vertrages.“

Wegen der weiteren Einzelheiten der vertraglichen Vereinbarungen der Parteien wird auf die in Ablichtung bei den Gerichtsakten befindliche Vertragsurkunde vom 3. 6. 1998 Bezug genommen.

Es existiert zudem eine ebenfalls auf den 3. 6. 1998 datierte und mit „Vorvertrag 1“ überschriebene privatschriftliche Vertragsurkunde, nach deren Inhalt die Kl. sich gegenüber Herrn L3, geb. am . . . 1960 (gemeint ist L., der Sohn und jetzige Geschäftsführer der Komplementär-GmbH der Bekl. zu 1)), dieser „handelnd für die in Gründung befindliche GmbH“, verpflichtete, Herrn L3 mit der Einsaat und Pflege des zu erstellenden Golfplatzgeländes zu marktüblichen Bedingungen zu beauftragen. In der Vertragsurkunde heißt es wörtlich:

„Der Vertrag über das Greenkeeping hat eine Laufzeit die der Laufzeit des Erbbaurechtsvertrages über die Golfplatzflächen in X. entspricht. Das heißt: der Vertrag über das Greenkeeping verliert erst dann seine Gültigkeit, wenn der Erbbaurechtsvertrag nicht mehr besteht.

(. . .) Über die einzelnen Modalitäten dieses Vertrages werden gesonderte Vereinbarungen zwischen den Parteien erfolgen, bevor die Pflege an Herrn L. übergeben wird.“

Schließlich existiert eine weitere auf den 3. 6. 1998 datierte und mit „Vorvertrag 2“ überschriebene privatschriftliche Vertragsurkunde, nach deren Inhalt die Kl. sich gegenüber Herrn L3, geb. am 5. 7. 1960, dieser „handelnd für die in Gründung befindliche GmbH“, verpflichtete, Herrn L3 den Betrieb einer Driving Range auf dem Golfplatzgelände zu überlassen.

Nachdem mit weiterer notarieller Urkunde vom 16. 7. 1998 (UR-Nr. . . /1998 des Notars Dr. Y.) der Bürovorsteher des Urkundsnotars in Ausübung der ihm in der notariellen Urkunde vom 3. 6. 1998 erteilten Vollmacht die Falschbezeichnung eines Grundstücks in der letztgenannten Urkunde berichtigt hatte, beurkundete der Urkundsnotar mit weiterer Urkunde vom 25. 1. 2008 (UR-Nr. . . /2008) eine Erklärung der Frau K. als Vertreterin der Urkundsbet. vom 3. 6. 1998 bzw. deren Rechtsnachfolgern. Mit Blick auf die Buchung der Flurstücke in den Grundbuchblättern .4 (J. GmbH & Co. KG), .6 (T.) und .2 (Bekl. zu 1)) und die nach Vermessung der Grundstücksflächen erfolgte Fortschreibung der ursprünglichen Flurstücke erfolgten in dieser Urkunde die Erklärung, auf welche Grundstücksflächen sich das gemäß Urkunde vom 3. 6. 1998 zu bestellende Erbbaurecht beziehen solle, sowie die Bewilligung der Eintragung des Gesamterbbaurechts im anzulegenden Erbbaugrundbuch sowie im jeweiligen Eigentumsgrundbuch.

Eine Eintragung des Erbbaurechts in Erbbaubuch wie Eigentumsgrundbuch unterblieb in der Folgezeit. Entsprechende Eintragungsanträge des Urkundsnotars vom 17. 7. 2009 wies das AG L. mit rechtskräftigem Beschluss zur Geschäfts-Nr. WE-8537-3 zurück, da verschiedene Eintragungshindernisse bestanden, u. a. mit Blick auf die zwingende Eintragung des Erbbaurechts an erster Rangstelle Rangrücktrittserklärungen der Berechtigten der im Grundbuch des AG L. von X Blatt .3 in Abt. II lfd. Nrn. 1, 3, 5 und 8 eingetragenen Belastungen nicht vorlagen. Bei den Belastungen handelt es sich u. a.

- um eine Wegegerechtigkeit zu Gunsten des jeweiligen Eigentümers der Grundstücke X, Flur 14, Nr. 170/63, 54, Flur 55 Nr. 57, 58, 59 und 60 (Abt. II, lfd. Nr. 3),
- um eine Grunddienstbarkeit – Wegerecht – für den jeweiligen Eigentümer der Grundstücke Gemarkung X Flur 05 Flurstücke 13 und Flur 07 Flurstück 6 (Abt. II, lfd. Nr. 5),
- um eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit – Wohnrecht – für die Bekl. zu 3), L4, die Mutter des Geschäftsführers der Bekl. zu 1) (Abt. II, lfd. Nr. 8).

Eigentümerin der herrschenden Grundstücke der in Abt. II, lfd. Nrn. 3 und 5 eingetragenen Grunddienstbarkeiten ist die Bekl. zu 2), L5, die geschiedene Ehefrau des Geschäftsführers der Bekl. zu 1).

Bereits unter dem 25. 1. 2008 hatte der Urkundsnotar sowohl die Bekl. zu 2) als auch die Bekl. zu 3) unter Beifügung einer vorgefertigten Löschungsbewilligung bzw. alternativ einer Vorrangeinräumungserklärung gebeten, entweder die Löschung der Berechtigung oder einen Rangrücktritt zu bewilligen. Diesbezügliche Erklärungen der Bekl. zu 2) und 3) waren nicht erfolgt.

Am 22. 12. 2011 beurkundete der Notar Dr. Y. zu seiner UR-Nr. . . /2011 alsdann einen so bezeichneten „Ergänzungsvertrag zum Erbbaurechtsvertrag vom 3. Juni 1998 (UR-Nr. . . /1998) i. V. mit der Urkunde vom 16. Juli 1998 (UR-Nr. . . /1998) und der Urkunde vom 25. Januar 2008 (UR-Nr. . . /2008)“ zwischen der J. GmbH & Co. KG, Herrn T. und der Bekl. zu 1) einerseits, sämtlich vollmachtlos vertreten durch die Notariatssekretärin T3, sowie der Kl. andererseits. In dieser Urkunde erfolgte eine Berichtigung der Urkunde vom 25. 1. 2008 (UR-Nr. . . /2008) in Bezug auf die Grundstücksflächen, an denen das Erbbaurecht

bestellt werden soll. Namentlich sollte es sich nicht auf das im Grundbuch des AG L. von X Blatt .3 eingetragene Flurstück 94 der Flur 94 erstrecken, auf der eine in Abt. II lfd. Nr. 1 eingetragene Wegegerechtigkeit lastet. Demgegenüber sollte sich das Erbbaurecht auch auf das Grundstück Gemarkung X, Flur 9, Flurstück 5, beziehen, welches in der notariellen Urkunde vom 25. 1. 2008 „vergessen“ worden sei. Überdies erfolgte in der notariellen Urkunde vom 22. 12. 2011 ein Rangrücktritt der J. GmbH & Co. KG in Bezug auf eine zu ihren Gunsten im Grundbuch des AG L. von X Blatt .3 in Abt. II lfd. Nr. 20 eingetragene Auflassungsvormerkung betreffend das Grundstück Flur 10, Flurstück 87 (lfd. Nr. 14 des Bestandsverzeichnisses). Hinsichtlich der in Abt. II lfd. Nrn. 3, 5 und 8 eingetragenen Belastungen enthält die Urkunde vom 22. 12. 2011 in Ziff. V. u. a. folgende Vereinbarung zwischen der Bekl. zu 1) und der Kl.:

„(. . .) Zwischen dem Grundstückseigentümer und der Erbbauberechtigten wird ausdrücklich vereinbart, dass der Heimfallanspruch nur unter folgenden Bedingungen ausgeübt werden kann:

Der jeweilige Eigentümer, auf den das Erbbaurecht beim Heimfall zu übertragen ist, hat den Berechtigten gem. a), b) und c) unverzüglich nach Geltendmachung des Heimfallanspruchs die Neubestellung der derzeit im Grundbuch von X, Blatt .3, Abt. II, lfd. Nr. 3, 5 und 8 zu ihren Gunsten eingetragenen Dienstbarkeiten zu Lasten des Erbbaurechts an der bisherigen, also vor dem Heimfall geltenden Rangstelle anzubieten und gleichzeitig alle hierzu notwendigen Erklärungen, Bewilligungen und Anträge in der erforderlichen Form abzugeben, entgegenzunehmen und zu stellen, die zur Neueintragung dieser Dienstbarkeiten an der bisherigen Rangstelle erforderlich sind. Diese Erklärungen müssen den Berechtigten nach a), b) und c) in notariell beurkundeter Form abgegeben werden bzw. abgegeben sein. Eine Ausfertigung dieser Erklärung ist ihnen zu übergeben.

Der Eigentümer auf den das Erbbaurecht beim Heimfall zu übertragen ist, hat den Dienstbarkeitsinhabern nach a), b) und c) die Rangrücktrittserklärungen aller Berechtigten aus den nach § 33 Abs. 1 ErbbauRG bestehenden bleibenden Rechten, insbesondere aller Grundpfandgläubiger, in grundbuchmäßiger Form (§ 29 GBO) vorzulegen. Dies gilt entsprechend und sinngemäß für alle weiteren etwa zwischenzeitlich eingetragenen Rechte, insbesondere Hypotheken, Grund- und Rentenschulden oder Reallasten, die möglicherweise Rang vor diesen Dienstbarkeiten haben.

Da zur Berichtigung des Grundbuchs beim Heimfall des Erbbaurechts im Hinblick auf die Löschung der Dienstbarkeiten der Berechtigten nach a), b) und c) deren Berichtigungsbewilligung erforderlich ist, wird vereinbart:

Die Erbbauberechtigte kann die Abgabe der Berichtigungsbevolligung von Dienstbarkeitsberechtigten erst dann verlangen, wenn diesen die Bestellung ihrer Dienstbarkeiten an derselben Rangstelle, an der sie nach den Bestimmungen des gegenwärtigen Vertrags einzutragen sind, formgerecht angeboten wurde, und alle zur Beschaffung dieser Rangstelle notwendigen Zustimmungs- oder Rangrücktrittserklärungen Drittberechtigter in grundbuchmäßiger Form (§ 29 GBO) vorliegen.

Die Urschriften bzw. Ausfertigungen dieser Erklärungen müssen den Berechtigten dieser Dienstbarkeiten auflagenfrei ausgehändigt sein, ebenso etwaige Rangrücktrittserklärungen aller Berechtigten der nach § 33 ErbbauRG bestehen bleibenden Rechte.

Der Entschädigungsanspruch gem. § 27 ErbbauRG kann erst geltend gemacht werden, wenn der Grundstückseigentümer den Dienstbarkeitsberechtigten gem. a), b) und c) dieselbe Rangstelle verschafft haben, die sie derzeit haben.



Der Eigentümer verpflichtet sich, den Rangrücktritt der Dienstbarkeiten hinter das Erbbaurecht herbeizuführen.

Die Erbbauberechtigte erstreckt hiermit die am Grundstück eingetragenen Dienstbarkeiten (untereinander im Rang wie derzeit im Grundbuch von X Blatt .3) auf das Erbbaurecht im Rang vor dem Erbbauzins und dem Vorkaufsrecht bzw. bestellt diese Dienstbarkeiten gleichen Inhalts neu; auf die Grundbucheintragung wird verwiesen.

Der Grundstückseigentümer verpflichtet sich gegenüber den Dienstbarkeitsberechtigten, diesen jeglichen Schaden zu ersetzen, der ihnen daraus entstehen könnte, dass ihre Dienstbarkeiten am Erbbaugrundstück im Fall des Erlöschens des Erbbaurechts nicht wieder die in diesem Vertrag vereinbarte Rangstellen am Erbbaugrundstück erhalten sollten oder für den Fall, dass beim Heimfall des Erbbaurechts, die Dienstbarkeiten am Erbbaurecht nicht wieder mit dem Rang im Grundbuch eingetragen werden sollten, den sie zum Zeitpunkt ihres Erlöschens gem. § 33 ErbbauRG hatten.

Die Erbbauberechtigte bestellt schon heute [zu Gunsten der] Dienstbarkeitsberechtigten gem. a), b) und c) als Drittberechtigte gem. § 328 BGB an der Entschädigungsforderung gem. § 27 ErbbauRG bzw. an dem Vergütungsanspruch nach § 32 ErbbauRG ein aufschiebend bedingtes Pfandrecht zur Sicherung aller Schadensersatzansprüche. Die Bedingung tritt erst ein, wenn die Abtretbarkeit der Entschädigungsforderung nach § 27 Abs. 4 ErbbauRG i. V. m. der nachfolgenden Bestimmung erstmals gegeben ist.

Die Entschädigungsforderung nach § 27 ErbbauRG wird erst dann zur Zahlung fällig, wenn diejenigen Rangrücktrittserklärungen der Berechtigten aus Hypotheken, Grund- und Rentenschulden oder Reallasten in grundbuchmäßiger Form (§ 29 GBO), die zur Verschaffung der ersten Rangstelle für das vorgesehene Pfandrecht an der Entschädigungsforderung erforderlich sind, bei den Dienstbarkeitsberechtigten vollzugsreif vorliegen. (. . .)“

Im Übrigen enthält die Urkunde vom 22. 12. 2011, wegen deren Inhalts im Übrigen auf die bei den Gerichtsakten befindliche Ablichtung Bezug genommen wird, gegenüber der Urkunde vom 3. 6. 1998 weitgehend inhaltsgleiche Bestimmungen.

Der Urkundsnotar hatte vor Errichtung der Urkunde vom 22. 12. 2011 sämtliche Urkundsbet. vom 3. 6. 1998 bzw. deren Rechtsnachfolger unter Beifügung eines Urkundenentwurfs zum Beurkundungstermin am 22. 12. 2011 eingeladen. Die J. GmbH & Co. KG, Herr T. und die Bekl. zu 1) waren zu diesem Termin nicht erschienen. Bereits mit anwaltlichem Schreiben vom 7. 12. 2011 hatte die Kl. die J. GmbH & Co. KG, Herrn T. und die Bekl. zu 1) aufgefordert, die Erklärungen gemäß der vorbereiteten Nachtragsurkunde abzugeben und weiterhin zu erklären, dass sie alle weiteren Erklärungen abgeben und sämtliche Handlungen vornehmen würden, die erforderlich sind, um das Erbbaurecht zur Entstehung gelangen zu lassen. Ferner hatte die Kl. die übrigen Urkundsbet. vom 3. 6. 1998 bzw. deren Rechtsnachfolger aufgefordert, einen Verzicht auf die Einrede der Verjährung zu erklären. Die Bekl. zu 1) hatte weder hierauf noch auf eine unter dem 23. 12. 2011 geäußerte Bitte des Urkundsnotars, das vollmachtlose Handeln der Frau T3 in öffentlich-beglaubigter Form zu genehmigen, reagiert.

Die Kl. hatte zudem mit anwaltlichem Schreiben vom 7. 12. 2011 die Bekl. zu 2) und 3) unter Fristsetzung bis zum 19. 12. 2011 erfolglos zur Bewilligung der Löschung der Berechtigungen bzw. zum Rangrücktritt aufgefordert.

Die Kl. hat daraufhin am 28. 12. 2011 beim LG D. Klage eingereicht, mit der sie begehrt hat, die Bekl. zu 1) zur Genehmigung der für sie, die Bekl. zu 1), von der vollmachtlos vertretenden

Frau T3 abgegebenen Erklärungen sowie die Bekl. zu 2) und 3) zur Bewilligung von Rangrücktrittserklärungen betreffend die für sie eingetragenen Berechtigungen zu verurteilen. Ferner hat sie die Verurteilung der Bekl. zu 1) zur Abgabe aller weiteren Erklärungen bzw. zur Vornahme sämtlicher Handlungen begehrt, die erforderlich sind, damit das zwischen den Parteien vereinbarte Erbbaurecht eingetragen werde. Mit Schreiben vom 30. 12. 2011 hat das LG der Kl. die Einzahlung eines Gerichtskostenvorschusses aufgegeben. Die Kostenrechnung ist der Kl. nach ihrer Behauptung, welche die Bekl. zu 1) und 3) mit Nichtwissen bestritten haben, am 4. 1. 2012 zugegangen. Sie hat den Vorschuss – was die Bekl. zu 1) und 3) ebenfalls mit Nichtwissen bestritten haben – am 13. 1. 2012 bei der Gerichtskasse eingezahlt. Mit Verfügung vom 3. 2. 2012 hat das LG – nachdem das Verfahren geschäftsverteilungsplanmäßig von der 2. Zivilkammer an die 12. Zivilkammer abgegeben worden war – das schriftliche Vorverfahren angeordnet. Die Klageschrift ist den Bekl. zu 1) und 3) jeweils am 9. 2. 2012 und der Bekl. zu 2) am 10. 2. 2012 zugestellt worden.

Die Kl. hat erstinstanzlich die Auffassung vertreten, die Bekl. zu 2) und 3) seien zur Erteilung von Rangrücktrittserklärungen verpflichtet, soweit ihnen aus dem Rangrücktritt keine Nachteile entstünden. Derartige Nachteile seien ausgeschlossen, wenn die Bekl. zu 1) ihrerseits die in der Urkunde vom 22. 12. 2011 enthaltenen Erklärungen abgegeben habe bzw. hierzu rechtskräftig verteilt worden sei. Diesbezügliche Ansprüche aus dem nachbarschaftlichen Gemeinschaftsverhältnis gem. § 242 BGB stünden ihr, der Kl., auch unmittelbar gegen die Bekl. zu 2) und 3) zu. Denn sie, die Kl., sei Pächterin der Grundstücke und Erbbauberechtigte, auch wenn das Erbbaurecht noch nicht zur Eintragung gelangt sei. Die Bekl. zu 1) sei ihrerseits zur Genehmigung der in der Urkunde vom 22. 12. 2011 für sie abgegebenen Erklärungen verpflichtet. Diese Urkunde ermögliche nunmehr die Eintragung des Gesamterbbaurechts. Hierbei könne sich die Bekl. zu 1) auch nicht darauf berufen, dass ihre Verweigerung der Genehmigung die Unwirksamkeit des schwebend unwirksamen Rechtsgeschäfts zur Folge habe. Denn dem stünde der Einwand des Rechtsmissbrauchs entgegen, weil die Bekl. zu 1) verpflichtet sei, am Abschluss des Vertrages mitzuwirken. Die Kl. hat weiter gemeint, der Erbbaurechtsvertrag vom 3. 6. 1998 sei wirksam, insbesondere sei die erforderliche Form eingehalten. Dem stünde der Abschluss des Greenkeeping-Vertrages nicht entgegen. Hierzu hat sie behauptet, dass zwischen dem Abschluss des Erbbaurechtsvertrages und dem Greenkeeping-Vertrag keinerlei Zusammenhang bestehen sollen, insbesondere die Bekl. zu 1) den Abschluss des Erbbaurechtsvertrages nicht vom Abschluss des Greenkeepingvertrages abhängig gemacht habe. Keine der Vertragsparteien habe sich seinerzeit in Bezug auf das Greenkeeping vertraglich binden wollen. Die weitere, auf den 3. 6. 1998 datierte Vertragsurkunde sei erst einige Zeit nach Abschluss des Erbbaurechtsvertrages errichtet und rückdatiert worden, nachdem Herr L. zugesichert habe, sich als Greenkeeper ausbilden zu lassen. Im Rahmen der Beurkundung sei das Thema Greenkeeping demgegenüber mit keinem Wort erwähnt worden.

Die Bekl. zu 1) und 3) haben die Auffassung vertreten, der Kl. stünde ihnen gegenüber kein Anspruch auf Abgabe der mit der Klage begehrten Willenserklärungen zu. Die Urkunde vom 22. 12. 2011 enthalte gegenüber dem ursprünglichen Erbbaurechtsvertrag aus dem Jahre 1998 ein Mehr an Verpflichtungen der Bekl. zu 1) entsprechend den einseitigen Vorgaben der Kl. Abweichend vom Ursprungsvertrag würden Grundstücke, auf denen das Erbbaurecht bestellt werden solle, entnommen und andere eingefügt. Zudem enthalte die Vertragsurkunde vom 22. 12. 2011 – anders als der Ursprungsvertrag – die Verpflichtung der Bekl. zu 1) zur Bestellung von Dienstbarkeiten und eine abweichende Laufzeit. Die Bekl. zu 1) und 3) haben ferner gemeint, bereits der Ur-

sprungsvertrag vom 3. 6. 1998 sei nichtig. Hierzu haben sie behauptet, die Bkl. zu 1) habe sich seinerzeit nur unter der Voraussetzung mit dem Abschluss des Erbbaurechtsvertrages einverstanden erklärt, dass zwischen der Kl. und Herrn L3 ein Vertrag über die Erbringung von Pflegeleistungen (Greenkeeping) zustande komme. Dies sei noch während der Beurkundung angesprochen und um Aufnahme des Greenkeepings in den Erbbaurechtsvertrag gebeten worden. Der Urkundsnotar habe die Urkundsbet. insoweit auf eine gesonderte Vereinbarung verwiesen, die am Tag der Beurkundung zustande gekommen sei. Der Erbbaurechtsvertrag habe mit dieser Vereinbarung stehen und fallen sollen. Dieserhalb, so haben die Bkl. zu 1) und 3) gemeint, habe es der Beurkundung auch der privatschriftlichen Vereinbarung bedurft. Unrichtig sei es, so haben die Bkl. zu 1) und 3) weiter behauptet, dass der spätere Geschäftsführer der Komplementärin der Bkl. zu 1) im Jahre 1998 über keinerlei Kenntnisse im Greenkeeping verfügt habe. Er habe sich vielmehr im Jahre 1995 zum geprüften Greenkeeper ausbilden lassen und zudem bereits eine Golfplatzpflegetätigkeit in S. ausgeführt gehabt. Die mit „Vorvertrag 1“ bezeichnete Vertragsurkunde habe die Bkl. zu 2) entworfen; sie sei im Beurkundungstermin thematisiert worden, da der Inhalt der Vertragsurkunde für den Geschäftsführer der Komplementärin der Bkl. zu 1) und dessen Eltern unabdingbare Voraussetzung für den Abschluss des Erbbaurechtsvertrages gewesen sei. Hintergrund sei es gewesen, dass dem späteren Geschäftsführer der Komplementärin der Bkl. zu 1) durch den Abschluss des Erbbaurechtsvertrages seine landwirtschaftlich genutzten Flächen entzogen werden sollten, so dass er zur Sicherung einer Einnahmequelle auf das Greenkeeping angewiesen gewesen sei. Die Bkl. zu 1) und 3) haben zudem Verjährung eingeredet.

Die Bkl. zu 2) hat ebenfalls Verjährung eingeredet und die Auffassung vertreten, sie, die Bkl. zu 2), sei nicht aus dem Gebot nachbarlicher Rücksichtnahme gem. § 242 BGB zum Rangrücktritt verpflichtet. Denn im Falle des Erlöschens des Erbbaurechts könne aus dem Entschädigungsanspruch gem. § 27 ErbbauRG eine Zwangsversteigerung des Grundstücks stattfinden. Diese würde zur Folge haben, dass sie, die Bkl. zu 2), ihr Wegerecht ohne Gegenleistung verliere. Eine Verpflichtung zur nachbarlichen Rücksichtnahme bestünde deshalb allenfalls dann, wenn der Entschädigungsanspruch der Kl. gegen die Bkl. zu 1) vertraglich ausgeschlossen werde. Ohnehin stünde ein etwaiger Anspruch auf Vorrangseinräumung des einzutragenden Erbbaurechts nicht der Kl. unmittelbar, sondern allenfalls der Bkl. zu 1) als Eigentümerin der mit den Wegerechten belasteten Grundstücke zu. Zudem hat sich die Bkl. zu 2) ebenfalls auf die Formnichtigkeit des Erbbaurechtsvertrages berufen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Parteivorbringens und wegen der erstinstanzlich gestellten Anträge wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils vom 9. 8. 2012 verwiesen.

Das LG hat mit dem angefochtenen Urteil die Klage abgewiesen und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt: Die Klage sei unbegründet. Der Kl. stünden keine Ansprüche auf Abgabe der begehrten Willenserklärungen zu. Denn bereits der ursprüngliche Erbbaurechtsvertrag sei wegen fehlender Mitbeurkundung des sog. Vorvertrags über das Greenkeeping formnichtig. Bei Verträgen, die aus mehreren Vereinbarungen zusammen gesetzt seien, erstrecke sich nämlich der Formzwang auf den gesamten Vertrag, insofern dieser eine rechtliche Einheit bilde. Dies wiederum sei dann der Fall, wenn die Vereinbarungen nach dem Willen der Parteien miteinander „stehen und fallen“ sollten, was bezüglich des Erbbaurechtsvertrages und des Greenkeepingvertrages der Fall sei. Die Parteien der jeweiligen Verträge seien identisch. Zudem stammten die Vereinbarungen vom selben Tag. Soweit die Kl.

behaupte, der Greenkeepingvertrag sei rückdatiert worden, sei ihr Vortrag unbeachtlich. Denn einerseits streite für eine Errichtung am 3. 6. 1998 die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit der Vertragsurkunde. Andererseits habe die Kl. wahrheitswidrig vorgetragen, der Geschäftsführer der Bkl. zu 1) habe am 3. 6. 1998 nicht über eine Greenkeepingqualifikation verfügt. Insoweit entbehre ihre Behauptung einer Rückdatierung jeder Substanz. Dass beide Verträge hätten miteinander stehen und fallen sollen, folge wiederum aus der Abhängigkeit der Laufzeit des Greenkeepingvertrages von der Laufzeit des Erbbaurechtsvertrages. Mit Blick auf die Formnichtigkeit des Vertrages vom 3. 6. 1998 stünden der Kl. schließlich auch keine Ansprüche gegen die Bkl. zu 2) und 3) zu.

Hiergegen wendet sich die Kl. mit ihrer Berufung, mit der sie die Verletzung materiellen Rechts sowie eine fehlerhafte Tatsachenfeststellung durch das LG rügt und ihre erstinstanzlichen Klagebegehren weiterverfolgt. Sie macht im Wesentlichen geltend, das LG sei rechtsfehlerhaft von einer Formnichtigkeit des Erbbaurechtsvertrages vom 3. 6. 1998 ausgegangen. Die Begründung des angefochtenen Urteils beschränke sich insoweit auf die logischen Denkgesetzen widersprechende Annahme, aus dem Umstand, dass die Kl. in Bezug auf die Ausbildung des L. als Greenkeeper die Unwahrheit gesagt habe, folge, dass der Erbbaurechtsvertrag nicht ohne den Greenkeeping-Vertrag habe geschlossen werden sollen. Das LG habe insoweit einen scheinbaren Widerspruch im Prozessvortrag der Kl. genutzt, um zu ihren Lasten „kurzen Prozess“ zu machen. Unzutreffend sei zudem die Annahme, dass die Parteien des Erbbaurechtsvertrages vom 3. 6. 1998 und des sog. Vorvertrages identisch seien. Denn Partei des privatschriftlichen Vertrages sei Herr L3, handelnd für eine namentlich nicht näher bezeichnete GmbH in Gründung. Weder die Kl. noch die Bkl. hätten zudem eine Parteiidentität überhaupt behauptet. Auch rechtfertige allein der Umstand, dass der Greenkeeping-Vertrag vom Erbbaurechtsvertrag habe abhängen sollen, nicht die Annahme einer Abhängigkeit des Erbbaurechtsvertrages vom Greenkeeping-Vertrag. Auch die insoweit vom LG bemühten Entscheidungen des BGH würden die Auffassung des LG nicht stützen. Maßgeblich sei nach höchstrichterlicher Rechtsprechung vielmehr, dass allein die einseitige Abhängigkeit des weiteren Rechtsgeschäfts vom beurkundungsbedürftigen Vertrag nicht genüge, die erforderliche rechtliche Einheit im Sinne des Formgebots zu begründen. Die Vorverträge, so meint die Kl. weiter, würden noch nicht einmal vertragliche Vereinbarungen beinhalten, da für einen Rechtsbindungswillen ein Mindestregelungsinhalt erforderlich wäre, welchen die Vorverträge nicht aufweisen würden. Überdies sei ihr, der Kl., zum Zeitpunkt der Beurkundung des Erbbaurechtsvertrages nicht bekannt gewesen, dass Herr L. eine Ausbildung zum Greenkeeper absolviert habe.

Die Kl. beantragt, unter Abänderung des angefochtenen Urteils

1.) die Bkl. zu 1) zu verurteilen, folgende Willenserklärung abzugeben: Ich, L., als Geschäftsführer der J2 GmbH, diese handelnd als Komplementärin für die Firma J3 GmbH & Co. KG, genehmige die am 22. 12. 2011 in der notariellen Urkunde des Notars Dr. y mit dem Amtssitz in N, UR 660/2011 von der Notariatsangestellten T3 für mich als vollmachtlose Vertreterin abgegebenen Erklärungen.

2.) die Bkl. zu 1) zu verurteilen, alle weiteren Erklärungen abzugeben und sämtliche Handlungen vorzunehmen, die erforderlich sind, damit das zwischen den Parteien vereinbarte Erbbaurecht, insbesondere gem. den notariellen Urkunden des Notars Dr. y mit dem Amtssitz in N, UR 220/1998, 43/2008 und 660/2011 im Grundbuch von X, Blatt .3, Blatt .4 und Blatt .6 eingetragen wird.

3.) die Bekl. zu 2) zu verurteilen, folgende Willenserklärung abzugeben, Zug um Zug gegen Abgabe der Erklärung gem. Klageantrag zu 1.) durch die Bekl. zu 1):

Für mich, Frau L5, als Eigentümerin der Grundstücke X Flur 14 Nr. 170/63, 54, Flur 55 Nr. 57, 58, 59, 60 nach näherer Maßgabe der Eintragungsbewilligung vom 2. 10. 1923 über die Grundstücke X Flur 14 Nr. 185/37 und Flur 55 Nr. 63 und als Eigentümerin der Grundstücke Gemarkung X Flur 05, Flurstück 13 und Flur 07 Flurstück 6 (X Blatt .7 lfd. Nrn. 102, 106 des Bestandsverzeichnisses) sind im Grundbuch von X Blatt.3, Abt. II, unter lfd. Nr. 3 an den Grundstücken eingetragen im Bestandsverzeichnis Nr. 10 Grundstück Flur 10, Flurstück 83 und Nr. 11 Grundstück Flur 10 Flurstück 84 eine Wegegerechtigkeit und lfd. Nr. 5 an den Grundstücken eingetragen im Bestandsverzeichnis Nr. 10 Grundstück Flur 10, Flurstück 83 und Nr. 11 Grundstück Flur 10 Flurstück 84 eine Grunddienstbarkeit – Wegerecht – eingetragen.

Ich räume dem noch einzutragenden Erbbaurecht den Rang vor den in Abt. II unter lfd. Nr. 3 und lfd. Nr. 5 eingetragenen Dienstbarkeiten ein und bewillige die Eintragung im Grundbuch.

4.) die Bekl. zu 3) zu verurteilen, folgende Willenserklärung abzugeben, Zug um Zug gegen Vorlage der Erklärung gem. Klageantrag zu 1.) durch die Bekl. zu 1):

Für mich, Frau L4, ist im Grundbuch von X, Blatt .3, Abt. II, unter lfd. Nr. 8 an den Grundstücken im Bestandsverzeichnis Nr. 8 Grundstück Flur 10, Flurstück 80, Nr. 9 Grundstück Flur 10, Flurstück 81, Nr. 14 Grundstück Flur 10, Flurstück 87 und Nr. 15 Grundstück Flur 10, Flurstück 88 eine beschränkt persönliche Dienstbarkeit – Wohnrecht – eingetragen.

Ich räume dem noch einzutragenden Erbbaurecht den Rang vor dem in Abt. II unter lfd. Nr. 8 eingetragenen Wohnrecht ein und bewillige die Eintragung im Grundbuch.

Die Bekl. beantragen, die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigen – unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens – die angefochtene Entscheidung.

Die Bekl. zu 1) und 3) haben ferner im Berufungsrechtszug mit am 21. 6. 2013 an die Kl. zugestellten Schriftsatz vom 11. 6. 2013 „für den Fall der Klageabweisung bzw. Zurückweisung der Berufung“ Hilfswiderklage erhoben, mit der sie beantragen, festzustellen, dass der Erbbaurechtsvertrag vom 3. 6. 1998 (UR-Nr. 220/1998, Notar Dr. y, N.) nichtig ist.

Die Kl. beantragt, die Hilfswiderklage abzuweisen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Parteien in der Berufungsinstanz wird auf die zwischen ihnen gewechselten Schriftsätze verwiesen.

### Aus den Gründen:

II. Die Berufung der Kl. (1.) wie auch die Hilfswiderklage der Bekl. zu 1) und 3), die dem Senat mit Blick auf die Zurückweisung der Berufung der Kl. zur Entscheidung angefallen ist (2.), haben keinen Erfolg.

1. Die zulässige, insbesondere form- und fristgerecht eingelegte und begründete Berufung der Kl. hat in der Sache keinen Erfolg. Die Abweisung der Klage der Kl. im angefochtenen Urteil des LG erweist sich jedenfalls im Ergebnis als zutreffend. Sie beruht weder auf einer Rechtsverletzung i. S. v. § 546 ZPO, noch rechtfertigen die nach § 529 ZPO zugrunde zu legenden Tatsachen eine andere, der Kl. günstigere Entscheidung, § 513 Abs. 1 ZPO. Die Klage ist hinsichtlich des mit dem im

Berufungsrechtszug weiter verfolgten Klagebegehrens zu 2) unzulässig (a)), im Übrigen unbegründet (b)).

[. . .]

b) Im Übrigen ist die Klage zulässig, aber unbegründet. Denn der Kl. steht weder der mit ihrem Klageantrag zu 1) verfolgte Anspruch gegen die Bekl. zu 1) auf Genehmigung der für diese in der notariellen Urkunde vom 22. 12. 2011 abgegebenen Erklärungen zu (aa)), noch kann die Kl. von den Bekl. zu 2) und 3) Abgabe von Willenserklärungen entsprechend den Klageanträgen zu 3) und 4) verlangen (bb)).

aa) Keiner abschließenden Entscheidung durch den Senat bedarf die Frage, ob der Kl. gegen die Bekl. zu 1) dem Grunde nach ein Anspruch darauf zusteht, erforderliche Mitwirkungshandlungen vorzunehmen und notwendige Willenserklärungen abzugeben, um den grundbuchlichen Vollzug des mit notarieller Urkunde vom 3. 6. 1998 vereinbarten Gesamterbbaurechts zu ermöglichen. Ebenso wenig bedarf es der vertieften Erörterung, ob sich ein etwaig bestehender Anspruch unmittelbar im Wege ergänzender Vertragsauslegung des Erbbaurechtsvertrages vom 3. 6. 1998 gem. §§ 133, 157 BGB und/oder daraus ergeben würde, dass sich die Parteien des Vertrages vom 3. 6. 1998 – über ein bloßes Austauschverhältnis hinausgehend – zur Verwirklichung eines gemeinsamen Vorhabens zusammen geschlossen und dieserhalb (auch) rechtlich bindend zur Förderung des gemeinsamen Zwecks verpflichtet haben. Denn der Kl. steht gegen die Bekl. zu 1) jedenfalls kein Anspruch auf die mit dem Klageantrag zu 1) konkret begehrte Genehmigungserklärung in Bezug auf die notarielle Ergänzungsurkunde vom 22. 12. 2011 zu.

### In einem Klageabweisungsantrag ist noch nicht die endgültige Verweigerung einer Genehmigung für die Erklärungen eines vollmachtlos handelnden Vertreters zu sehen

(1) Entgegen der Auffassung der Bekl. zu 1) steht einem Anspruch der Kl. auf Genehmigung der für die Bekl. zu 1) in der notariellen Vertragsurkunde vom 22. 12. 2011 abgegebenen Erklärungen allerdings nicht entgegen, dass die Bekl. zu 1) spätestens durch ihren Klageabweisungsantrag bereits die Genehmigung der für sie in der notariellen Urkunde vom 22. 12. 2011 von der vollmachtlosen Vertreterin Frau T3 abgegebenen Erklärungen verweigert hat. Zwar ist der Bekl. zu 1) zuzugeben, dass es sich bei der Verweigerung der Genehmigung um eine den Schwebezustand des Vertretergeschäfts (§ 177 Abs. 1 BGB) beendende Gestaltungserklärung handelt, die im Grundsatz zur Folge hat, dass das schwebend unwirksame Vertretergeschäft endgültig und unheilbar unwirksam wird (vgl. MünchKommBGB/Schramm, 6. Aufl. 2012, § 177 Rn. 47; Palandt/Ellenberger, BGB, 72. Aufl. 2013, § 182 Rn. 4 mit Rechtsprechungsnachweisen). Diese grundsätzliche Rechtsfolge der Verweigerung der Genehmigung setzt indessen voraus, dass die Genehmigung des von einem vollmachtlosen Vertreter geschlossenen Vertrages im Belieben des Genehmigenden steht. Ist demgegenüber der vollmachtlos Vertretene – etwa aufgrund eines Vorvertrages – verpflichtet, sich in der Weise zu binden, wie es in dem zur Genehmigung anstehenden Vertrag vor-



gesehen ist, verstößt es gegen Treu und Glauben, wenn er sich auf die Verweigerung der Genehmigung und die daraus folgende Unwirksamkeit des Vertrages beruft. Denn er bliebe gleichwohl verpflichtet, unverzüglich auf Verlangen des Berechtigten am Abschluss eines Vertrages gleichen Inhalts mitzuwirken und würde lediglich unter Berufung auf eine formale Rechtsposition zum Schaden des Berechtigten – mithin rechtsmissbräuchlich – eine Leistung verweigern, die er alsbald doch erbringen müsste (so ausdrücklich BGH, Urt. v. 29. 9. 1989, V ZR 1/88, juris, Rn. 16, BGHZ 108, 380 = NJW 1990, 508 = DNotZ 1990, 728; vgl. auch Staudinger/Schilken, BGB, Neubearb. 2009, § 177 Rn. 17 a.E.).

### Kein Eintritt der Verjährung

(2) Die Bekl. zu 1) kann dem klageweise verfolgten Anspruch auf Genehmigung der in der notariellen Vertragsurkunde vom 22. 12. 2011 abgegebenen Erklärungen ebenfalls nicht entgegenhalten, dass ihr in Ansehung des in der notariellen Vertragsurkunde vom 3. 6. 1998 begründeten Anspruchs der Kl. auf Begründung des Erbbaurechts gem. § 214 Abs. 1 BGB ein dauerhaftes Leistungsverweigerungsrecht zustehe. Denn die durch notarielle Urkunde vom 3. 6. 1998 begründete Verpflichtung der Bekl. zu 1) zur Bestellung eines Gesamterbbaurechts unterlag der Regelverjährung des § 195 BGB in der bis zum 31. 12. 2001 geltenden Fassung und unterliegt nach Maßgabe der Überleitungsbestimmung in Art. 229 § 6 Abs. 1 S. 1 EGBGB der zehnjährigen Verjährungsfrist des § 196 BGB in der seit dem 1. 1. 2002 geltenden Fassung, wobei die kürzere Frist des § 196 BGB n. F. gem. Art. 229 § 6 Abs. 4 S. 1 EGBGB vom 1. 1. 2002 an zu berechnen ist. Eine Verjährung des Anspruchs auf Begründung des Erbbaurechts wäre daher zwar grundsätzlich am 31. 12. 2011 eingetreten. Allerdings hat die Kl. am 28. 12. 2011, mithin in nicht rechtsverjährter Zeit, beim LG Klage eingereicht. Durch die Zustellung dieser Klage an die Bekl. ist die Verjährung gem. § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB i. V. m. § 167 ZPO mit Rückwirkung auf den Zeitpunkt ihres Eingangs gehemmt worden. Dem steht es nicht entgegen, dass die Zustellung der Klage an die Bekl. erst am 9. bzw. 10. 2. 2012 erfolgt ist. Denn die Verzögerung der Zustellung beruhte nicht auf von der Kl. verursachten Umständen. Die Kl. selbst hat den am 30. 12. 2011 angeforderten Gerichtskostenvorschuss gem. § 12 Abs. 1 GKG am 13. 1. 2012, mithin – unter Berücksichtigung des Zugangs der Kostenrechnung bei ihr – unverzüglich, nämlich innerhalb einer Frist, die die Rechtsprechung in der Regel auf ca. zwei Wochen bemisst (vgl. Zöller/Greger, a.a.O., § 167 Rn. 15 m. w. N.), gezahlt. Unschädlich bleibt die Verzögerung der Zustellung nach Zahlung des Gerichtskostenvorschusses. Denn sie beruht ausschließlich auf Verzögerungen im Geschäftsbetrieb des Gerichts, namentlich der gerichtsinernen Abgabe des Rechtsstreits von der 2. Zivilkammer an die 12. Zivilkammer des LG unter dem 30. 1. 2012 und dem weiteren Zeitablauf bis zur prozessleitenden Verfügung vom 3. 2. 2012. Es entspricht höchstrichterlicher Rechtsprechung, der der Senat folgt, dass derartige nicht vom Zustellungsbetreiber verursachte Verzögerungen im Geschäftsbetrieb einer Anwendung von § 167 ZPO selbst bei einer mehr als zwei Monate später erfolgten Zustel-

lung nicht entgegenstehen (vgl. die Rechtsprechungsnachweise bei Zöller/Greger, a.a.O., § 167 Rn. 12).

### Die Abgabe einer Rangrücktrittserklärung kann von Dienstbarkeitsberechtigten verweigert werden, wenn ein Erbbaurechtsbestellungsvertrag deren Sicherungsbedürfnis nicht hinreichend gerecht wird

(3) Einem Anspruch auf Genehmigung der Erklärungen in der notariellen Vertragsurkunde vom 22. 12. 2011 steht es aber entgegen, dass die Bekl. zu 2) und 3) auf der Grundlage der unter Ziff. V. dieser Urkunde beurkundeten Regelung mangels einer ihrem Sicherungsbedürfnis gerecht werdenden Vereinbarung berechtigt waren und sind, die Abgabe der geforderten Rangrücktrittserklärungen zu verweigern. Dies wiederum hat zur Folge, dass der Bekl. zu 1) als Grundstückseigentümerin gegen die Bekl. zu 2) und 3) als Berechtigte der in Abt. II des Grundbuchs eingetragenen Belastungen kein Anspruch auf Bewilligung des Rangrücktritts gem. § 242 BGB zusteht, mithin mit Blick auf § 10 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 ErbbauRG auch die Vereinbarungen in der Urkunde vom 22. 12. 2011 nicht geeignet sind, das vertraglich vereinbarte Erbbaurecht durch grundbuchlichen Vollzug zur Entstehung gelangen zu lassen und damit dem Begehren der Kl. zum Erfolg zu verhelfen.

### Keine Pflicht zur nachbarlichen Rücksichtnahme nach § 242 BGB

Die Pflicht der Bekl. zu 2) und 3) zur nachbarlichen Rücksichtnahme (§ 242 BGB) gebietet es nicht, schwerwiegende rechtliche Nachteile in Kauf zu nehmen: Wenn die Bekl. zu 2) und 3) aber dem einzutragenden Erbbaurecht den Vorrang vor den zu ihren Gunsten eingetragenen Rechten einräumen, laufen sie bei dem in der notariellen Urkunde vom 22. 12. 2011 vorgesehenen Regelungsinhalt Gefahr, dass sie bei einer Zwangsvollstreckung in das Grundstück mit ihren Rechten ausfallen.

### Bei existenznotwendigen Rechten kann ein Erbbaurecht nur zur Entstehung gelangen, wenn zu Gunsten eines Dienstbarkeitsberechtigten sichergestellt ist, dass dessen Recht nicht nur bestehen bleibt, sondern dem Eigentümer des dienenden Grundstücks gegenüber auch durchgesetzt werden kann

Sind an einem Grundstück erstrangige Belastungen eingetragen, die unbedingt die gleiche Rechtsposition, wie sie die erste Rangstelle verschafft, weiter behalten sollen (sog. existenznotwendige Rechte), so können deren Berechtigte dem Erbbaurecht nur dann die erste Rangstelle einräumen und damit die Bestellung des Erbbaurechts überhaupt ermöglichen, wenn gesichert wird, dass ihr Recht in jedem Fall nicht nur bestehen bleibt, sondern dem Eigentümer des dienenden Grundstücks gegenüber auch stets durchgesetzt werden kann (vgl. insoweit Staudinger/Rapp, a.a.O., § 10 ErbbauRG Rn. 15). Dazu gehört zunächst, dass diese Rechte wiederum erstrangig am Erbbaurecht selbst bestellt werden, was die Vertragsregelung unter Ziff. V. der Urkunde vom 22. 12. 2011 ausdrücklich vorsieht. Dies genügt jedoch nicht, da der dauerhafte Fortbestand der Dienstbarkeiten sowohl beim Heimfall als auch bei Beendigung des Erbbaurechts gefährdet ist. Da beim

Heimfall solche Dienstbarkeiten erlöschen (§ 33 ErbbauRG), das Erbbaurecht aber als dann unbelastetes Eigentümererbbbaurecht bestehen bleibt, muss Vorsorge getroffen werden, dass das Erbbaurecht im Falle des Heimfalls wiederum mit dem entsprechenden Recht erneut belastet wird. Wenn dies nicht geschieht und der Eigentümer das dann unbelastete Erbbaurecht an einen Dritten veräußert, kann dieser Dritte die Benutzung des Erbbaugrundstücks verhindern, auch wenn die Dienstbarkeit am Grundstück eingetragen ist. Das Problem kann nur dadurch gelöst werden, dass der Grundstückseigentümer sich verpflichtet, das Erbbaurecht beim Eintritt des Heimfalls mit einem neuen Recht gleichen Inhalts zu belasten. Zur Sicherung dieser Verpflichtung ist am Erbbaurecht im Gleichrang mit dem betreffenden Recht eine Vormerkung einzutragen (Rapp, a.a.O., m. w. N.). Trotz § 33 ErbbauRG erlischt eine solche Vormerkung beim Heimfall nicht. Eine alternative Lösung besteht darin, dass die Ausübung des Heimfallsanspruchs dahingehend eingeschränkt wird, dass er nur geltend gemacht werden kann, wenn vorher oder gleichzeitig dem GBA eine Bewilligung des Grundstückseigentümers und (künftigen) Eigentümererbbbauberechtigten zur Neueintragung des durch Heimfall erlöschenden Rechtes vorgelegt wird einschließlich etwaiger Rangrücktrittserklärungen der nach § 33 Abs. 1 ErbbauRG bestehen bleibenden Grundpfandrechte, also eine zusätzliche Heimfallvoraussetzung geschaffen wird (Rapp, a.a.O., m. w. N.).

**Wegen der möglichen Zwangsvollstreckung aus dem Entschädigungsanspruch nach § 27 ErbbauRG ist die Rechtsposition eines Dienstbarkeitsberechtigten nicht sichergestellt**

Ob Ziff. V. der Urkunde vom 22. 12. 2011 diesen Anforderungen noch genügt, bedarf keiner abschließenden Entscheidung durch den Senat. Denn der Grundstückseigentümer hat gegenüber den Berechtigten der Abteilung II des Grundbuchs zudem nur dann einen Anspruch auf Rangrücktritt, wenn das Fortbestehen der Dienstbarkeit auch nach Beendigung des Erbbaurechts sichergestellt ist. Der BGH hat dies in einer älteren Entscheidung verneint, da bei Erlöschen des Erbbaurechts aus dem Entschädigungsanspruch nach § 27 Abs. 1 ErbbauRG eine Versteigerung des Grundstücks mit der Folge stattfinden könne, dass der Entschädigungsanspruch gem. § 28 ErbbauRG an erster Rangstelle besteht, was wiederum zur Folge hat, dass dann (zwangsläufig) nachrangige Dienstbarkeiten erlöschen (BGH, Urt. v. 15. 2. 1974, V ZR 47/72, BeckRS 1974, 00180 = DNotZ 1974, 692). Allerdings wäre bei einem – im Streitfall nicht vereinbarten – Ausschluss des Entschädigungsanspruchs gem. § 27 Abs. 1 S. 2 ErbbauRG eine Versteigerung des Grundstücks hierwegen und damit ein Erlöschen der Dienstbarkeit ausgeschlossen (BGH, a.a.O.).

**Gestaltungsmöglichkeiten zur Gewährleistung des Sicherungsbedürfnisses eines Dienstbarkeitsberechtigten**

Durch welche Vertragsgestaltung bei fehlendem Ausschluss des Entschädigungsanspruchs dem Sicherungsbedürfnis der Berechtigten ausreichend Rechnung getragen werden kann, wird in der Literatur unter-

schiedlich beantwortet: Teilweise wird vorgeschlagen, dass der Entschädigungsanspruch nur unter der Bedingung eingeräumt wird, dass der Erbbauberechtigte der Grunddienstbarkeit den ursprünglichen Rang am Grundstück wieder verschafft hat (von Oefele/Winkler, Handbuch des Erbbaurechts, 4. Aufl. 2008, 2. Kap., Rn. 2100; MünchKomm-BGB/von Oefele/Heinemann, 6. Aufl. 2013, § 10 ErbbauRG Rn. 3). Eine derartige Vertragsgestaltung entfaltet aber lediglich schuldrechtliche Wirkung (Rapp, a.a.O.). Sie verlagert das Risiko der Durchsetzbarkeit eines Entschädigungsanspruchs auf die Mitwirkungsbereitschaft des Grundstückseigentümers zum Zeitpunkt der Beendigung des Erbbaurechts. Eine Lösung mit dinglicher Wirkung ergäbe sich demgegenüber nur bei einer Vereinbarung, wonach der Anspruch auf Entschädigung bei Beendigung des Erbbaurechts Rang nach einem anderen Recht hat. Denn § 28 ErbbauRG ist dispositiv. Wenn also nach § 27 Abs. 1 S. 2 ErbbauRG der Anspruch auf Entschädigung bei Beendigung des Erbbaurechts insgesamt ausgeschlossen werden kann, kann auch vereinbart werden, dass dieser Anspruch Rang nach einem anderen Recht hat. Es kann deshalb bereits im Erbbaurechtsvertrag festgelegt werden, dass die im Range nach dem Erbbaurecht am Erbbaugrundstück eingetragenen Dienstbarkeiten, die auch am Erbbaurecht an erster Rangstelle eingetragen wurden, bei Erlöschen des Erbbaurechts durch Zeitablauf Rang vor der Entschädigungsforderung haben. Wird alsdann aus dieser die Zwangsversteigerung des Erbbaugrundstücks betrieben, so fällt die Dienstbarkeit in das geringste Gebot und bleibt damit bestehen (Rapp, a.a.O.). Nach Dafürhalten des Senats würde nur eine derartige – in dem Regelungsvorschlag in Ziff. V. der Vertragsurkunde vom 22. 12. 2011 indessen nicht vorgesehene – dingliche Lösung genügen, dem Sicherungsbedürfnis der Berechtigten hinreichend Rechnung zu tragen und ihre Mitwirkungspflicht zu begründen. Insoweit kommt es auch nicht darauf an, dass die Regelung in Ziff. V. der Vertragsurkunde zugleich eine (aufschiebend bedingte) Schadensersatzverpflichtung des Grundstückseigentümers für den Fall des Erlöschens der Dienstbarkeiten sowie die Bestellung eines (aufschiebend bedingten) Pfandrechts an der Entschädigungsforderung gem. § 27 ErbbauRG durch die Kl. als Erbbauberechtigte statuiert. Denn die Bekl. zu 2) und 3) sind nicht gehalten, sich auf eine Regelung einzulassen, welche sie für den Fall des Erlöschens ihrer Rechte auf die Geltendmachung von Sekundäransprüchen verweist, zumal ihnen hiermit zugleich das Insolvenzrisiko des zum Schadensersatz verpflichteten Schuldners überbürdet würde.

**Konkrete Vertragsgestaltung im zu entscheidenden Sachverhalt genügt nicht dem Sicherungsinteresse der Dienstbarkeitsberechtigten**

Trägt hiernach die Regelung in Ziff. V. der Vertragsurkunde vom 22. 12. 2011 bereits den Belangen der Bekl. zu 2) und 3) als Dienstbarkeitsberechtigten nicht ausreichend Rechnung, bedarf es keiner abschließenden Entscheidung durch den Senat, ob die Vertragsurkunde vom 22. 12. 2011 gegenüber dem Ursprungsvertrag vom 3. 6. 1998 weitere inhaltliche Änderungen aufweist, die einem Anspruch der Kl. gegen die Bekl. zu 1) auf



Genehmigung entgegen stehen. Allerdings geht der Hinweis der Bkl. zu 1) fehl, das Erbbaurecht solle sich nach der Urkunde vom 22. 12. 2011 teilweise auf andere Grundstücke erstrecken, als im Ursprungsvertrag vom 3. 6. 1998 vorgesehen. Denn an dem Grundstück Gemarkung X, Flur 9, Flurstück 5, sollte das Erbbaurecht bereits nach dem Ursprungsvertrag vom 3. 6. 1998 bestellt werden, während sich umgekehrt dem Ursprungsvertrag vom 3. 6. 1998 nicht entnehmen lässt, dass sich das Erbbaurecht auch auf das mit einer Wegerechtigkeit belastete Grundstück Gemarkung X, Flur 94, Nr. 94, erstrecken sollte. Die insoweit in der Vertragsurkunde vom 22. 12. 2011 vorgesehenen Regelungen beziehen sich auch lediglich auf die Bezeichnung der Erbbaurechtsflächen in der Ergänzungsurkunde vom 25. 1. 2008 nach deren Vermessung und Fortschreibung. Ebenso wenig lässt sich der Vertragsurkunde vom 22. 12. 2011 in Ansehung der Laufzeit gegenüber dem Ursprungsvertrag vom 3. 6. 1998 eine inhaltliche Änderungen entnehmen. Denn bereits nach dem Ursprungsvertrag sollte das Erbbaurecht auf die Dauer von 40 Jahren ab seinem Beginn, also der Eintragung im Grundbuch, bestellt werden.

cc) Da – wie ausgeführt – bereits der Bkl. zu 1) als Grundstückseigentümerin gegen die Bkl. zu 2) und 3) auf der Grundlage der in der Vertragsurkunde vom 22. 12. 2011 enthaltenen Regelungen keine Ansprüche auf Abgabe von Rangrücktrittserklärungen zustehen, scheiden zugleich die mit den Klageanträgen zu 3) und 4) verfolgten – inhaltsgleichen – Ansprüche der Kl. aus. Es bedarf insoweit keiner Entscheidung durch den Senat, ob für die Kl., der mangels Eintragung des Erbbaurechts in Ansehung der betroffenen Grundstücke allenfalls ein von der Bkl. zu 1) abgeleitetes obligatorisches Nutzungsrecht zustehen kann, überhaupt eigene Ansprüche gegen den Bkl. zu 2) und 3) in Betracht kommen.

### **Zwischenfeststellungswiderklage hinsichtlich der Nichtigkeit des Erbbaurechtsvertrages ist unbegründet**

2. Da die Berufung der Kl. hiernach der Zurückweisung unterlag, hatte der Senat über im Berufungsrechtszug gem. § 533 ZPO in zulässiger Weise erhobene Hilfswiderklage der Bkl. zu 1) und 3) zu entscheiden. Diese ist zulässig, aber unbegründet.

a) Das mit der Hilfswiderklage verfolgte Nichtigkeitsfeststellungsbegehren der Bkl. zu 1) und 3) ist gem. § 256 Abs. 2 ZPO zulässig. Denn die Wirksamkeit des Vertrages vom 3. 6. 1998 – und damit das Bestehen eines Rechtsverhältnisses – ist für die Entscheidung über das Klagebegehren der Kl. vorgreiflich. An der Vorgreiflichkeit i. S. v. § 256 Abs. 2 ZPO fehlt es auch nicht deshalb, weil der Feststellungsantrag hilfsweise gestellt worden ist und daher erst mit Abweisung der Klage bzw. Zurückweisung des Rechtsmittels der Kl. dem Senat zur Entscheidung anfallen konnte. Das Erfordernis der Vorgreiflichkeit ersetzt die für eine normale Feststellungsklage gemäß § 256 Abs. 1 ZPO nötige Darlegung eines rechtlichen Interesses an alsbaldiger Feststellung. Doch ist dies nicht der alleinige Grund dafür, dass § 256 Abs. 2 ZPO den Antrag auf Feststellung zulässt, ob das

vorgreifliche Rechtsverhältnis besteht; denn darüber ist ohnehin zu befinden, weil davon die Entscheidung des Rechtsstreits abhängt. Die Möglichkeit einer Zwischenfeststellungsklage eröffnet das Gesetz vielmehr deshalb, damit der Streit über das Bestehen oder Nichtbestehen des Rechtsverhältnisses mit Rechtskraftwirkung entschieden werden kann. Das dafür erforderliche Rechtsschutzbedürfnis liegt schon vor, wenn das streitige Rechtsverhältnis womöglich über den gegenwärtigen Prozess hinaus zwischen den Parteien Bedeutung gewinnen kann (vgl. insoweit BGH, Urt. v. 21. 2. 1992, V ZR 273/90, juris, Rn. 9 m. w. N., NJW 1992, 1897). Das kann hier so sein, da bei rechtskräftiger Abweisung der Klage der Kl. zwischen den Parteien (nur) endgültig feststehen würde, dass der Kl. die klageweise verfolgten Ansprüche auf Abgabe der konkret verlangten Willenserklärungen nicht zustehen, nicht hingegen, dass die Kl. aus dem Vertrag vom 3. 6. 1998 keine Rechte mehr herleiten kann. Ob die Feststellung durch einen Haupt- oder durch einen Hilfsantrag herbeigeführt wird, ist gleichgültig (BGH, a.a.O.). Der Hilfsantrag trägt der Verfahrenslage Rechnung, weil die Kl. Vertragserfüllung verlangt. Ist für die Entscheidung darüber die begehrte Feststellung vorgreiflich, ob der Vertrag wirksam ist, so ist auch die auf (negative) Feststellung zielende Hilfswiderklage zulässig.

b) Die Hilfswiderklage hat aber in der Sache keinen Erfolg. Denn der Vertrag vom 3. 6. 1998 ist weder formnichtig (aa) noch können sonstige Nichtigkeitsgründe festgestellt werden (bb)).

### **Keine Formnichtigkeit des Erbbaurechtsvertrages**

aa) Der notarielle Vertrag vom 3. 6. 1998, der die Verpflichtung zur Bestellung eines Gesamterbbaurechts zum Gegenstand hat, ist – entgegen der Auffassung des LG – nicht gem. §§ 125 S. 1, 313 S. 1 BGB a. F. i. V. m. § 11 Abs. 2 ErbbauVO in der bis zum 31. 7. 2002 geltenden Fassung (zur Anwendbarkeit vgl. Art. 229 § 5 S. 1 EGBGB) wegen fehlender Mitbeurkundung des sog. Vorvertrages 1 über das Greenkeeping formnichtig.

Im rechtlichen Ansatz zutreffend ist zwar die Annahme des LG, dass sich bei gemischten oder zusammen gesetzten Verträgen der Formzwang auf den gesamten Vertrag erstreckt, soweit die Vereinbarungen nach dem Willen der Parteien nicht für sich alleine gelten, sondern miteinander „stehen und fallen“ sollen (Palandt/Grüneberg, a.a.O., § 311 b Rn. 32 m. w. N.). Auch soweit die Berufung in diesem Zusammenhang rügt, das LG sei rechtsfehlerhaft von einer Identität der Parteien des Erbbaurechtsbestellungsvertrages und des Vorvertrages ausgegangen, ist dieser Einwand unbehelflich. Denn auch eine im Zusammenhang mit einem nach § 311 b BGB n. F. bzw. § 313 BGB a. F. beurkundungsbedürftigen Vertrag getroffene Vereinbarung mit einem Dritten unterliegt nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung dem Erfordernis notarieller Beurkundung, wenn sie zwar für sich allein formlos gültig wäre, jedoch nach dem Willen der Parteien des beurkundungsbedürftigen Vertrages mit diesem eine rechtliche Einheit bilden soll. Hierbei genügt, dass nur eine der Parteien einen solchen Willen erkennen lässt und ihn die andere Partei anerkennt oder wenigstens hinnimmt (vgl.

BGH, Urt. v. 22. 3. 1991, V ZR 318/89, juris, Rn. 12, NJW-RR 1991, 1031 m. w. N.). Allerdings ist in der Rechtsprechung für den Fall, dass keine der Parteien des beurkundungsbedürftigen Vertrages an der weiteren Vereinbarung beteiligt ist, in der Regel nicht anzunehmen, dass der beurkundungsbedürftige Vertrag mit dem anderen Vertrag stehen und fallen soll (BGH, a. a. O., Rn. 13 m. w. N.). So liegt der Fall hier aber nicht. Denn die Kl. war sowohl Partei des Erbbaurechtsbestellungsvertrages als auch des sog. Vorvertrages 1. Unbeachtlich ist in diesem Zusammenhang, ob zugleich auch die im Jahre 1998 noch in Gründung befindliche Bekl. zu 1) aus dem sog. Vorvertrag 1 berechtigt und/oder verpflichtet werden sollte.

Träfe es weiter zu, dass sich die seinerzeit durch den Vater des L. vertretene Bekl. zu 1) nur unter der Voraussetzung zum Abschluss des Erbbaurechtsvertrages einverstanden erklärt hat, dass zwischen der Kl. und L. ein Vertrag über das Greenkeeping zustande komme, da der Inhalt der Vertragsurkunde für L. und dessen Eltern unabdingbare Voraussetzung für den Abschluss des Erbbaurechtsvertrages gewesen sei, läge die für den Beurkundungszwang erforderliche gegenseitige Abhängigkeit der Verträge zwar nahe. Allerdings hat die Bekl. zu 1) für diese Behauptung – gegen die die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit der notariellen Urkunde streitet – nicht ordnungsgemäß Beweis angeboten und ist damit beweisfällig geblieben. Sie hat ihren Vortrag erstinstanzlich vielmehr ausschließlich unter das Zeugnis des Herrn L. gestellt, dessen zeugenschaftliche Vernehmung mit Blick darauf ausscheidet, dass er Geschäftsführer der Komplementärin der Bekl. zu 1) ist. Auch eine Parteivernehmung des L. kam nicht in Betracht, da es an einem Einverständnis der Kl. gem. § 447 ZPO fehlt und auch die Voraussetzungen des § 448 ZPO nicht gegeben sind. Soweit die Bekl. zu 1) und 3) im Senatstermin am 27. 6. 2013 darauf hingewiesen haben, dass die Bekl. zu 2) erstinstanzlich für ihre gleichlautende Behauptung zudem den Urkundsnotar als Zeugen benannt habe, rechtfertigt dies keine abweichende Beurteilung. Denn für das Streitverhältnis zwischen der Kl. und der Bekl. zu 2) kam es auf die streitige Behauptung – wie ausgeführt – nicht an; wegen der Selbständigkeit der Prozessrechtsverhältnisse konnte das weitere Beweisangebot der Bekl. zu 2) den Bekl. zu 1) und 3) nicht zum Vorteil gereichen, § 61 ZPO. Das erstmals im Berufungsrechtszug erfolgte eigene weitere Beweisangebot der Bekl. zu 1) und 3) war demgegenüber nicht zuzulassen, da die von den Bekl. zu 1) und 3) unterlassene Geltendmachung des Beweisangebots in erster Instanz auf eigener Nachlässigkeit beruht, § 531 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 ZPO.

**Alleine die einseitige Abhängigkeit eines formfreien Geschäfts von einem Grundstücksvertrag genügt nicht, um eine rechtliche Einheit im Sinne des Formgebots zu begründen**

Es genügt auch für die Frage des Formzwangs für sich genommen nicht, dass beide Vereinbarungen – den Vortrag der Bekl. zu 1) als wahr unterstellt – gleichzeitig oder nahezu gleichzeitig abgeschlossen worden sind (vgl. insoweit Palandt/Grüneberg, a. a. O., § 311 b Rn. 32). Ebenso wenig reicht – entgegen der Auffassung

des LG – für sich genommen die einseitige Abhängigkeit des Vertrages über das Greenkeeping von dem beurkundungsbedürftigen Vertrag, wie sie in der Laufzeit des Vertrages über das Greenkeeping zum Ausdruck kommt (vgl. insoweit BGH NJW 2000, 951 = DNotZ 2000, 635 = MittRhNotK 2000, 27; Palandt/Grüneberg, a. a. O., § 311 b Rn. 32 m. w. N.). Maßgeblich ist vielmehr, ob die mit dem Normzweck verbundenen Funktionen des § 313 S. 1 BGB a. F. die Erstreckung des Formgebots auf den Vertrag über das Greenkeeping erfordern. Der BGH hat insoweit wiederholt ausgeführt, dass allein die einseitige Abhängigkeit des formfreien Geschäfts vom Grundstücksvertrag nicht genüge, um eine rechtliche Einheit im Sinne des Formgebots zu begründen (BGH, a. a. O., m. w. N.). Denn erst bei einer Abhängigkeit des Grundstücksgeschäftes vom formfreien Geschäft besteht Anlass, zur Wahrung der Funktionen des § 313 S. 1 BGB a. F. das Formgebot auf das formfreie Geschäft auszudehnen (vgl. insoweit BGH DNotZ 2002, 944).

Aus den nämlichen Gründen scheidet eine Formnichtigkeit des Vertrages vom 3. 6. 1998 wegen fehlender Mitbeurkundung der im sog. Vorvertrag 2 getroffenen Regelungen aus.

**Keine Nichtigkeit des Erbbaurechtsvertrages wegen anfänglicher Unmöglichkeit**

bb) Der Erbbaurechtsvertrag vom 3. 6. 1998 ist schließlich auch nicht deshalb gem. § 306 BGB a. F. wegen anfänglich objektiver rechtlicher Unmöglichkeit nichtig, weil der Zweck des Erbbaurechts, die Errichtung und Unterhaltung einer Golfanlage, nach § 1 ErbbauVO (nunmehr § 1 ErbbauRG) inhaltlich unzulässig war.

Der zwingende gesetzliche Inhalt des Erbbaurechts besteht nach § 1 Abs. 1 ErbbauVO darin, dass demjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, das veräußerliche und vererbliche Recht zusteht, auf oder unter der Oberfläche des Grundstücks ein Bauwerk zu haben. Unter dem in der Erbbaurechtsverordnung und im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht näher umschriebenen Begriff des Bauwerks ist nach allgemeiner Meinung eine unter Verwendung von Arbeit und Material in Verbindung mit dem Erdboden hergestellte Sache zu verstehen (vgl. BGH, Urt. v. 10. 1. 1992, V ZR 213/90, juris, Rn. 24, BGHZ 117, 19 = NJW 1992, 1681 m. w. N. = DNotZ 1992, 566; Palandt/Bassenge, a. a. O., § 1 ErbbauRG Rn. 7). Hierunter fallen Gebäude (vgl. § 1 Abs. 3 ErbbauVO) und andere Bauwerke. Maßgebend für die Abgrenzung des Begriffs im Einzelfalle sind der allgemeine Sprachgebrauch und die Verkehrsanschauung. Diese kann mit dem Wandel der technischen Gegebenheiten einer Veränderung unterliegen (BGH, a. a. O.).

**Eine Golfanlage weist als Einheit die Merkmale eines Bauwerkes auf**

Eine Golfanlage stellt als Ganzes ein Bauwerk dar. Sie besteht aus einer größeren Spielfläche (je nach Art der Anlage etwa zwischen 20 und 60 ha), auf der eine Anzahl von Spielbahnen unter Einbeziehung natürlicher

oder künstlich geschaffener Hindernisse angelegt sind. Der Spielfläche typischerweise zugeordnet sind Bewirtschaftungseinrichtungen wie Wirtschaftsgebäude, Schutz- und Gerätegebäude, „Caddyhaus“ und Gemeinschaftseinrichtungen mit Aufenthalts- und Umkleideräumen sowie sanitären Anlagen („Clubhaus“) u. a.; wegen des bei Inbetriebnahme der Golfanlage zu erwartenden Kraftfahrzeugverkehrs ist nach dem Landesrecht regelmäßig eine Parkfläche zu schaffen (BGH, a.a.O., Rn. 25f.). Eine solche Anlage stellt bei natürlicher, am Gesamtzweck und am baulichen Zusammenhang ihrer Bestandteile orientierter Betrachtungsweise eine Einheit dar. Eine rechtliche Sonderung in Einzelbereiche, die als solche einem Erbbaurecht nicht zugänglich wären (etwa naturbelassene oder nur landschaftsgärtnerisch umgestaltete Flächen zwischen den Spielbahnen, „Rauhes“; je nach Geländebeschaffenheit auch die eigentlichen Spielbahnen, „Fairways“, „Greens“), bei denen dies zweifelhaft sein kann (künstlich angelegte oder veränderte größere Hindernisse, „Bunker“; über Aufschüttungen und Abgrabungen hinaus mit bodenfremdem Material geschaffene, gegebenenfalls drainierte Spielbahnen), und in solche, die als Gebäude oder Bauwerke sonstiger Art (feste Straßenkörper, Wege und Parkplätze, Erschließungsanlage mit Bauwerkscharakter) zweifelsfrei Gegenstand eines Erbbaurechts sind, würde der Funktionseinheit der Anlage nicht gerecht. Das Verhältnis der Bestandteile zueinander verbietet es im Regelfalle auch, Teile als wirtschaftliche Hauptsache anzusehen, denen andere Bestandteile als Nebensache zugeordnet wären. Die Bestellung eines Erbbaurechts zur Herstellung und zum Betrieb einer Golfanlage scheitert deshalb nicht daran, dass die Spielflächen als Hauptsache keine Bauwerke darstellten; andererseits ist im Regelfalle eine sachenrechtliche Sonderung in der Weise, dass ein Erbbaurecht für die Gebäude oder sonstigen Bauwerke gemäß § 1 Abs. 2 ErbbauVO auf das übrige Golfgelände erstreckt wird, nicht statthaft. Die verschiedenen Bestandteile bilden vielmehr eine funktionelle und bauliche Einheit, deren Erbbaurechtsfähigkeit unter diesem Gesichtspunkt zu beurteilen ist (BGH, a.a.O., Rn. 27).

Als Einheit weist die Golfanlage die Merkmale eines Bauwerks auf. Der Arbeits- und Materialeinsatz ist erheblich, die feste Verbindung mit dem Erdboden, die der Gesamtanlage den Charakter einer unbeweglichen Sache gibt, ist vorhanden. Als Ganzes hebt sich die Golfanlage von Grund und Boden physisch hinreichend ab, um die in § 12 ErbbauVO vorausgesetzte Unterscheidbarkeit des Grundstückseigentums vom Bauwerkeigentum zu ermöglichen. Verkehrsanschauung und Sprachgebrauch sehen in ihr, auch angesichts der bei ihrer Herstellung erreichten, die naturwüchsige Anlage zurückdrängenden technischen Ausgestaltung, ein Bauwerk. Eine mit dem sachenrechtlichen Typenzwang nicht zu vereinbarende Ausdehnung des Erbbaurechts auf eine landwirtschaftliche Bodennutzung ist mit der rechtlichen Anerkennung dieser Anschauung nicht verbunden (BGH, a.a.O., Rn. 28).

Der sachenrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz (§ 11 Abs. 1 S. 1 ErbbauVO i. V. m. § 873 Abs. 1 BGB) fordert aber, dass bei der Bestellung eines Erbbaurechts dingliche Einigung und Grundbucheintrag mindestens die

ungefähre Beschaffenheit des Bauwerks (oder der zulässigen mehreren Bauwerke) bezeichnen. Der Rechtscharakter einer Golfanlage als Bauwerk i. S. d. § 1 Abs. 1 ErbbauVO setzt im Einzelfall nicht voraus, dass sich die Befugnis des Erbbauberechtigten darauf erstreckt, sämtliche Bestandteile, die nach der Verkehrsauffassung typisch für eine solche Anlage sind, auf oder unter der Oberfläche des Grundstücks zu haben. Es ist daher zur Bezeichnung der Beschaffenheit der Golfanlage als Bauwerk erforderlich, dass die dingliche Einigung diejenigen Bestandteile mit angibt, die den Bauwerkscharakter des Ganzen bestimmen. Dies sind die Gebäude, die nach ihrer Art zu bezeichnen sind, und sonstige Bestandteile, die Gegenstand eines selbständigen Erbbaurechts sein können (z. B. feste Erschließungsanlagen, die nicht Bestandteil der Gebäude sind). Damit wird der Inhalt der Grundstücksbelastung im Einzelfall in einer den Erfordernissen des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs (§ 892 BGB) genügenden Weise offengelegt. Zugleich wird klargestellt, dass nicht eine untypische, die Bauwerkeigenschaft nicht aufweisende Anlage (z. B. allein durch landschaftsgärtnerische Maßnahmen gestaltete Spielfläche), Gegenstand der dinglichen Einigung ist (BGH, a.a.O., Rn. 29).

Darauf aber, ob § 1 des notariellen Vertrages vom 3. 6. 1998 diesen Anforderungen genügt, kommt es nicht an. Denn an die Beurkundung des schuldrechtlichen Anspruchs auf Bestellung des Erbbaurechts, um den es hier geht, sind nach den §§ 11 Abs. 2 ErbbauVO, 313 S. 1 BGB a. F. nicht die gleichen Anforderungen zu stellen, wie an die Bezeichnung des dinglichen Rechts (BGH, a.a.O., Rn. 30).

3. [...] Die Revision war zuzulassen, da die Rechtsache nach Dafürhalten des Senats grundsätzliche Bedeutung hat und die Fortbildung des Rechts eine Entscheidung des BGH erfordert, § 543 Abs. 2 ZPO. Die entscheidungserhebliche Frage, bei welcher Art der Vertragsgestaltung dem Grundstückseigentümer gegen die Berechtigten der Abteilung II ein Anspruch auf Rangrücktritt zusteht, wenn der Entschädigungsanspruch aus § 27 Abs. 1 S. 1 ErbbauRG bei Zeitablauf nicht ausgeschlossen wird, wird in der Literatur unterschiedlich beantwortet und ist bislang höchstrichterlich nicht geklärt.

## **2. Liegenschaftsrecht – Kein Nachweis der Alleinvertretungsbefugnis des GbR-Gesellschafters durch Vorlage des Gesellschaftsvertrages gegenüber dem Grundbuchamt**

(OLG Celle, Beschluss vom 14. 5. 2013 – 4 W 23/13)

### **GBG § 29**

**Wird eine GbR bei Verkauf von Wohnungseigentum durch einen alleinvertretungsberechtigten Gesellschafter vertreten, muss dieser seine Vertretungsbefugnis in der Form des § 29 GBO nachweisen. Die Vorlage des Gesellschaftsvertrages und eines diesen abändernden Beschlusses, aus dem die Alleinvertretungsbefugnis hervorgeht, sind nicht ausreichend.**