

**Dokumentnummer:** i15w154\_10  
**letzte Aktualisierung:** 08.04.2011

**OLG Hamm**, 17.11.2010 - I-15 W 154/10

ErbbauRG § 5

**Reichweite des vertraglich begründeten Zustimmungserfordernisses des Grundstückseigentümers im Hinblick auf Belastungen**

1. Die Regelung in einem Erbbaurechtsbestellungsvertrag und anschließende Eintragung im Erbbaugrundbuch, wonach Belastungen des Erbbaurechts der Zustimmung des Grundstückseigentümers bedürfen, ist so zu verstehen, dass sie sich nur auf Rechte in Abt. III bezieht, für die ein solches Zustimmungserfordernis begründet werden kann.
2. Das Grundbuchamt darf für die Eintragung eines Nießbrauchs am Erbbaurecht keine Zustimmung des Grundstückseigentümers anfordern.

**Oberlandesgericht Hamm, I-15 W 154/10**

---

**Datum:** 17.11.2010  
**Gericht:** Oberlandesgericht Hamm  
**Spruchkörper:** 15. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Beschluss  
**Aktenzeichen:** I-15 W 154/10

---

**Vorinstanz:** Amtsgericht Dorsten, DO-4680

---

**Tenor:** Die Zwischenverfügung wird aufgehoben.

---

**Gründe:**

1

**I.**

2

Die Beteiligte zu 1) ist die Mutter des Beteiligten zu 2). Sie ist Inhaberin des in dem eingangs genannten Grundbuch auf die Dauer von 99 Jahren seit dem 13.07.1959 eingetragenen Erbbaurechts. Nach dem Bestandsverzeichnis ist "zur Veräußerung und Belastung des Erbbaurechts" die Genehmigung des Grundstückseigentümers erforderlich. Eigentümerin des belasteten Grundstücks ist Frau L in E.

3

Mit notariellem Vertrag vom 16.09.2009 (Urkunde Nr. ####/#### des Notars B U) übertrug die Beteiligte zu 1) im Wege der vorweggenommenen Erbfolge ihrem Sohn das Erbbaurecht. In § 3 der Urkunde behielt sich die Beteiligte zu 1) ein lebenslängliches Nießbrauchsrecht an der gesamten in sich abgeschlossenen Wohnung (ca. 86 qm) im Erdgeschoss des Hauses vor; der Nießbrauch sollte durch Eintragung in das Grundbuch dinglich gesichert werden. In § 4 der Urkunde behielt sich die Beteiligte zu 1) den Rücktritt vom schuldrechtlichen Vertrag unter im einzelnen aufgeführten Bedingungen vor; dieser Rückforderungsanspruch sollte durch eine Rückauflassungsvormerkung gesichert werden, deren Eintragung von den Vertragsbeteiligten bewilligt wurde. § 7 enthält eine Regelung für den Fall des Versterbens des Beteiligten zu 2); für diesen Fall sollte dessen beiden Söhnen K und O als Gesamtberechtigte das Recht eingeräumt werden, von den Erben des Beteiligten zu 2) die unentgeltliche Übertragung des Erbbaurechts zu verlangen. Zur Sicherung dieses Anspruchs sollte zugunsten der beiden Kinder eine Vormerkung mit Rang nach dem Nießbrauchsrecht und der Rückauflassungsvormerkung eingetragen werden.

4

Die Grundstückseigentümerin stimmte am 01.10.2009 "der Veräußerung/Übertragung des Erbbaurechts zu den Bedingungen des Vertrages vom 16. September 2009 zu".

5

Mit Schriftsatz vom 09.10.2009 übersandte der Notar seine Urkunde ####/#### mit den Anträgen auf	6
	7
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Löschung der Rechte Abt. III Nr. 1, 2, 3 und 6,</li> <li>• Umschreibung des Erbbaurechts auf den Beteiligten zu 2) und</li> <li>• Eintragung der Rückauflassungsvormerkung, des Nießbrauchsrechts sowie der Vormerkung zugunsten der beiden Söhne des Beteiligten zu 2).</li> </ul>	8
Aufgrund der Zwischenverfügung vom 28.10.2009 änderten die Beteiligten § 3 der notariellen Urkunde ####/#### vom 16.09.2010 in der notariellen Urkunde ####/## vom 27.11.2010 dahin ab, dass das Nießbrauchsrecht sich auf das gesamte Erbbaurecht beziehe; schuldrechtlich solle es jedoch dabei bleiben, dass sich das Nießbrauchsrecht auf die gesamte in sich abgeschlossene Wohnung (ca. 86 qm) im Erdgeschoss des Hauses beziehe.	9
Mit Zwischenverfügung vom 23.02.2010 wies das Grundbuchamt die Beteiligten darauf hin, dass zur Eintragung der Belastungen (Rückauflassungsvormerkung, Nießbrauchsrecht sowie der Vormerkung zugunsten der beiden Söhne des Beteiligten zu 2) eine Belastungsgenehmigung der Grundstückseigentümerin erforderlich sei, weil auch insoweit eine Zustimmungspflicht zum Inhalt des Erbbaurechts gemacht worden sei.	10
Hiergegen richtet sich die Beschwerde vom 02.03.2010, mit der geltend gemacht wird, eine Zustimmungspflicht könne nach § 5 Abs. 2 ErbbauRG – wie auch schon nach der wortgleichen Vorgängerregelung in § 5 Abs. 2 ErbbauVO – mit dinglicher Wirkung nur für die Belastung eines Erbbaurechts mit einer Hypothek, Grund- oder Rentenschuld oder einer Reallast vereinbart werden; die hier vorgesehenen Belastungen fielen nicht unter den Regelungsbereich und Schutzzweck der Vorschrift, der darin liege, den Grundstückseigentümer gegen unerwünschte, nach § 33 ErbbauRG bestehen bleibende Belastungen zu schützen. In diesem Sinne sei auch der Erbbaurechtsvertrag vom 13.07.1959 (Urkunde Nr. ####/#### des Notars K1 C in E) auszulegen.	11
Das Amtsgericht half der Beschwerde nicht ab und legte sie dem Senat zur Entscheidung vor.	12
<b>II.</b>	13
Die namens der Beteiligten (§ 15 GBO) eingelegte Beschwerde ist nach §§ 71, 73 GBO zulässig. Da das FG-GG die Eigenständigkeit der Vorschriften der §§ 71 ff. GBO betreffend die Beschwerde in Grundbuchsachen nicht berührt hat, verbleibt es bei den in der bisherigen Entwicklung der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen zur Zulässigkeit der Beschwerde. Dazu gehört, dass die Rechtsmittelfähigkeit einer Zwischenverfügung des Grundbuchamtes anerkannt ist, obwohl es sich dabei nicht um eine instanzabschließende	14

Entscheidung handelt (BGH NJW 1994, 1158); § 58 Abs. 1 FamFG ist in diesem Zusammenhang nicht anwendbar.

In der Sache hat die Beschwerde Erfolg und führt zur Aufhebung der angefochtenen Zwischenverfügung. 15

Das Grundbuchamt hat zunächst übersehen, dass die Eigentümerin am 01.10.2009 dem notariellen Übertragungsvertrag vom 16.09.2009 uneingeschränkt zugestimmt hat. Dies folgt aus der Erklärung ihres Bevollmächtigten, die Eigentümerin stimme "der Veräußerung/Übertragung des Erbbaurechts zu den Bedingungen des Vertrages vom 16. September 2009 zu", ohne dass in irgendeiner Weise auch nur andeutungsweise eine Einschränkung gemacht worden ist. Es bedarf daher vorliegend keiner Entscheidung zu der streitigen Frage (vgl. die Nachweise bei Ingenstau/Hustedt, ErbbauG, 9. Aufl., § 6 Rn 14 und Fn 11; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rn 1786), ob die beiden Vormerkungen überhaupt nur mit Genehmigung der Grundstückseigentümerin eingetragen werden dürften, weil eine solche vorliegt. 16

Hinsichtlich der Eintragung des Nießbrauchrechts gilt im Ergebnis nichts anderes. Zwar wurde der notarielle Übertragungsvertrag vom 16.09.2009 insoweit nachträglich durch die notariellen Urkunde ###/## vom 27.11.2010 abgeändert, sodass sich die Zustimmungserklärung der Eigentümerin vom 01.10.2009 hierauf nicht beziehen 17

kann. Dies ist aber unschädlich. Denn die Regelung in § 5 des Erbbaurechtsbestellungsvertrages vom 13.07.1959, wonach Veräußerungen und Belastungen des Erbbaurechts der schriftlichen Zustimmung des Grundstückseigentümers bedürfen, kann nur dahin verstanden werden, dass mit "Belastungen" nur die Belastungen gemeint sind, die nach dem Gesetz in zulässiger Weise mit dinglicher Wirkung, d.h. mit rechtlicher Bindung auch gegenüber dem Rechtsnachfolger, zum Inhalt des Erbbaurechts gemacht werden können. Anhaltspunkte dafür, dass damit andere Belastungen gemeint sein könnten, also solche, die nur schuldrechtlich zwischen den Vertragsbeteiligten wirken, bestehen nicht, zumal keine bestimmten Belastungen benannt worden sind. Welche Vereinbarungen zwischen dem Grundstückseigentümer und dem Erbbauberechtigten zum Inhalt des Erbbaurechts gemacht werden können, regeln die §§ 2 und 5 ErbbauRG abschließend. Darüber hinausgehende Vereinbarungen können zwar schuldrechtlich getroffen, nicht aber zum Inhalt des dinglichen Rechts gemacht werden (BayObLGZ 1999, 252 = FGPrax 1999, 211; Senat OLGZ 1986, 14 = NJW-RR 1986, 693; Ingenstau, a.a.O., § 2 Rn 2; v. Oefele/Winkler, Handbuch des Erbbaurechts, 4. Aufl., Rn 4.26 f.). Entgegen der Auffassung des Grundbuchamtes lässt sich in diesem Zusammenhang auch aus der sprachlich einschränkungslosen Eintragung des Zustimmungsvorbehalts zur Belastung des Erbbaurechts im Bestandsverzeichnis des Erbbau-Grundbuchblattes ein anderes Ergebnis nicht ableiten. Denn es bleibt insoweit bei dem Grundsatz des § 873 Abs. 1 BGB, dass das Erbbaurecht als dingliches Recht nur durch Einigung und Eintragung entstehen kann. Wenn somit infolge des Typenzwangs des Sachenrechts ein Erbbaurecht mit einem bestimmten dinglichen Inhalt durch Einigung nicht begründet werden kann, kann es auch durch eine Eintragung im Grundbuch allein mit einem solchen Inhalt nicht entstehen. Vielmehr würde es sich dann um einen Fall inhaltlicher Unzulässigkeit im Sinne des § 53 Abs. 1 S. 2 GBO handeln. 18

§ 5 Abs. 2 S. 1 ErbbauRG führt abschließend auf, welche Grundstücksbelastungen des Erbbaurechtsinhabers von der Zustimmung des Grundstückseigentümers abhängig gemacht werden dürfen. Dies sind die Belastung eines Erbbaurechts mit einer Hypothek, Grund- oder Rentenschuld oder einer Reallast. Andere Belastungen, wie	19
der Nießbrauch, fallen nicht unter § 5 Abs. 2 S. 1 ErbbauRG (Ingenstau/Hustedt, a.a.O., § 5 Rn 27; MünchKommBGB/von Oefele, 5. Aufl., § 5 ErbbauRG Rn 13).	20

---