

**Dokumentnummer:** 34wx35\_12  
**letzte Aktualisierung:** 19.6.2012

**OLG München**, 18.4.2012 - 34 Wx 35/12

BGB §§ 883, 1090, 1092; GBO § 18

### **Photovoltaikdienstbarkeit; Erfordernis mehrerer Vormerkungen**

1. Mit Zwischenverfügung kann nicht aufgegeben werden, wegen mehrerer Ansprüche eine weitere Vormerkung zu bewilligen.
2. Die Verpflichtung des Bestellers einer Eigentümerdienstbarkeit zum Betrieb einer Photovoltaikanlage gegenüber einem Berechtigten, mit unmittelbarer Drittwirkung für den Fall, dass dieser einen Dritten benenne, der den Betrieb einer Photovoltaikanlage übernehmen solle, dem jeweiligen Übernehmer das gleiche Recht einzuräumen und die gleiche Dienstbarkeit zu bestellen, kann dann nicht durch eine (einzig) Vormerkung gesichert werden, wenn Dritter auch der Versprechensempfänger selbst sein soll.

## **Tenor**

Auf die Beschwerde der Beteiligten wird die Zwischenverfügung des Amtsgerichts Augsburg - Grundbuchamt - vom 13. Oktober 2011 aufgehoben.

## **Gründe**

### **I.**

Zu notarieller Urkunde vom 27.7.2011 (Abschnitt II) bestellte der Beteiligte zu 1 als Eigentümer an seinem Grundstück zu seinen Gunsten eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit in Form eines Errichtungs-, Betriebs- und Nutzungsrechts für die auf dem Grundstück bzw. auf dem Dach des auf dem Grundstück gelegenen Gebäudes installierten bzw. zu installierenden Photovoltaikanlage einschließlich aller Nebeneinrichtungen. Hierzu ist festgehalten, dass der Berechtigte beabsichtige, auf dem Grundstück eine Photovoltaikanlage zu betreiben. Die nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz garantierte Einspeisevergütung bleibe nur so lange erhalten, wie die Anlage auf dem vorgenannten Objekt betrieben werde. Die Einspeisevergütung solle zum Zweck der Kreditsicherung eingesetzt werden, weshalb das besondere Bedürfnis bestehe, den dauerhaft ungehinderten Betrieb der Anlage insbesondere für den Fall der Zwangsversteigerung und damit die Einspeisevergütung als solche sicherzustellen.

Gemäß Abschnitt III der Urkunde verpflichtete sich der Beteiligte zu 1, gegenüber der Beteiligten zu 2, einer Sparkasse, mit unmittelbarer Drittirkung für den Fall, dass diese einen Dritten benenne, der den Betrieb der Photovoltaikanlage übernehmen solle, dem jeweiligen Übernehmer das gleiche Recht einzuräumen und die gleiche Dienstbarkeit zu bestellen, wie in Abschnitt II bewilligt. Dritter in diesem Sinne könne auch die Sparkasse selbst sein. Diese Verpflichtung gelte für eine beliebige Anzahl von Betreiberwechseln. Neben dem Dritten sei auch die Sparkasse als Versprechensempfängerin berechtigt, die Leistung an den Dritten zu fordern. Die Ansprüche seien vererblich und an die genannten Dritten veräußerlich.

Zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit hat der Beteiligte zu 1 zugunsten der Beteiligten zu 2 die Eintragung einer Vormerkung auf Bestellung der Dienstbarkeit vorstehenden Inhalts im gleichen Rang wie die für den Eigentümer bestellte Dienstbarkeit bewilligt und beantragt.

Auf den die Vormerkung betreffenden Eintragungsantrag hat das Grundbuchamt mit Zwischenverfügung vom 13.10.2011 unter Fristsetzung folgendes Hindernis aufgezeigt:

Die Eintragung der beantragten Vormerkung sei mit dem vereinbarten Inhalt nicht möglich. Es seien zwei Vormerkungen, nämlich für die Sparkasse selbst und für die Sparkasse, die einen Dritten benenne, zu bewilligen und zu beantragen. Nach der höchstrichterlichen

Rechtsprechung könne eine Vormerkung auf Eintragung einer Dienstbarkeit dergestalt bewilligt werden, dass ein Berechtigter Dritte - auch mehrere aufeinanderfolgende - als Begünstigte benenne. Jedoch müssten der ursprüngliche Gläubiger und derjenige, für den die Dienstbarkeit bestellt werden solle, von vorneherein verschiedene Personen sein. Das Kreditinstitut könne sich nicht selbst als Begünstigten bestimmen; dies sei in einer (einzigsten) Vormerkung nicht sicherbar.

Der Beschwerde der Beteiligten zu 2 hat das Grundbuchamt mit Beschluss vom 19.1. 2012 nicht abgeholfen.

## II.

Das nach § 71 Abs. 1, § 73 sowie § 13 Abs. 1 Satz 2 GBO zulässige Rechtsmittel hat - vorläufigen - Erfolg.

1. Die auf der Grundlage von § 18 Abs. 1 GBO ergangene Zwischenverfügung ist unabhängig davon aufzuheben, ob die Rechtsansicht des Grundbuchamts, der beabsichtigte Zweck sei nicht mit einer Vormerkung allein erreichbar, in der Sache zutrifft. Denn folgt man dieser Ansicht, liegt kein behebbares Eintragungshindernis vor, so dass der Antrag sofort zurückzuweisen wäre (BayObLG Rpfleger 1986, 176; vgl. Demharter GBO 28. Aufl. § 18 Rn. 12 und 32; st. Rspr. des Senats, z. B. Beschluss vom 18.10.2011, 34 Wx 341/11). Erforderlich wäre nämlich die Bewilligung einer zusätzlichen Vormerkung für den Anspruch der Sparkasse, selbst Berechtigte der Dienstbarkeit zu werden. Inhalt einer Zwischenverfügung kann es jedoch nicht sein, auf den Abschluss eines anderen (oder gar eines zusätzlichen) als des zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts hinzuwirken. Die mit der Zwischenverfügung bewirkte Rangwahrung findet in einem derartigen Fall nicht statt (etwa BayObLGZ 1983, 181/183).

2. In der Sache ist indessen - insoweit unverbindlich - anzumerken, dass der Rechtsansicht des Grundbuchamts beizutreten ist.

a) Bei Energiegewinnungsanlagen, zu denen Photovoltaikanlagen gehören, besteht oftmals ein praktisches Bedürfnis, auch mehrere Rechtsnachfolger hintereinander abzusichern. Herrschender Meinung zufolge kann sich der Grundstückseigentümer demnach schuldrechtlich gegenüber seinem Vertragspartner verpflichten, mehreren Sonderrechtsnachfolgern hintereinander jeweils eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit nach § 1090 Abs. 1 BGB zu bestellen (Keller ZfIR 2011, 705/707; ders. DNotZ 2011, 99/110; Böttcher NJW 2012, 822/825 f.). Eine derartige Verpflichtung gegenüber dem Versprechensempfänger lässt sich nach überwiegender Ansicht durch eine (einige) Vormerkung (§ 883 Abs. 1 BGB) im Grundbuch absichern (BGHZ 28, 99/103; OLG München - 27. Zivilsenat - MittBayNot 2011, 231; BayObLG NJW-RR 2002, 885; a. A. Reymann DNotZ 2010, 84/104), weil es sich angesichts der Kontinuität des Anspruchsinhalts um einen Daueranspruch des Versprechensempfängers handelt und der einheitliche Anspruch auf mehrere Leistungen an unterschiedliche Leistungsempfänger gerichtet ist. Der

Daueranspruch erlischt nicht bereits mit der erstmaligen Benennung eines Dritten, sondern erst dann, wenn nach den zugrunde liegenden schuldrechtlichen Vereinbarungen keine weiteren Benennungen mehr möglich sind (vgl. Böttcher aaO.; auch Keller ZfIR 2011, 705/708; ders. DNotZ 2011, 99/110).

b) Mit dem Grundbuchamt ist davon auszugehen, dass der Anspruch der Sparkasse, selbst Berechtigte der Dienstbarkeit zu werden, nicht durch dieselbe, den Anspruch als Versprechensempfängerin zugunsten mehrerer (dritter) Rechtsnachfolger sichernde Vormerkung abgesichert werden kann. Denn der Anspruch der Sparkasse, die Bestellung eines solchen Rechts für eine andere Person zu verlangen, mithin der Anspruch aus einem mit dieser abgeschlossenen Vertrag zugunsten Dritter (siehe auch Zeiser Rpfleger 2009, 285/286), ist nicht inhaltsgleich mit einem eigenen Anspruch der Beteiligten zu 2 gegen den Besteller, selbst Berechtigte der Dienstbarkeit zu werden. Dieser Anspruch ist kein Anspruch zugunsten Dritter, sondern beruht auf einem unmittelbaren Recht der Beteiligten zu 2, ihr selbst und unmittelbar - gegebenenfalls bedingt (§ 158 BGB) - das Recht als solches einzuräumen. Mehrere Ansprüche sind indessen nur durch mehrere Vormerkungen sicherbar (vgl. BayObLG Rpfleger 2002, 135; BayObLG NJW-RR 2003, 450; Demharter Anh. zu § 44 Rn. 108; Giehl MittbayNot 2002, 158). Dass es sich um unterschiedliche Ansprüche handelt, macht auch die Überlegung deutlich, dass derjenige auf Bestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit für eine bestimmte Person - anders als der Anspruch des Versprechensempfängers gemäß a) - nach der zwingenden (vgl. BayObLGZ 1980, 176/178) Regelung in § 1092 Abs. 1 BGB nicht übertragbar ist. Die Ausnahmen in Abs. 3 sind hier nicht einschlägig. Die Unübertragbarkeit gilt auch für den Anspruch auf Bestellung, wie aus § 1092 Abs. 3 Satz 3 BGB zu folgern ist, sich aber auch aus § 399 1. Alt. BGB ableiten lässt (Staudinger/ Jörg Maier BGB Bearb. 2008 § 1092 Rn. 4; Zeiser Rpfleger 2009, 285/286; ferner BGHZ 28, 99/102; BGH NJW 2010, 1074/1076 f.). Einer anderweitigen schuldrechtlichen Vereinbarung steht die eingeschränkte Gestaltungsfreiheit im Sachenrecht entgegen (BayObLG aaO.). Deshalb kommt es auch nicht darauf an, dass die Dienstbarkeit hier nicht - wie sonst üblich - auf das persönliche Bedürfnis der Berechtigten zugeschnitten ist, was üblicherweise ihre Bindung an eine bestimmte Person erklärt (vgl. BGH NJW 2010, 1074/1076), die Sparkasse vielmehr nur wie eine dritte Person in der "Kette" möglicher Rechtsinhaber stehen soll.

3. Einer Kostenentscheidung ist nicht veranlasst.