

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

WEG §§ 3 Abs. 2; § 5 Abs. 1 u. 2; BGB §§ 93, 94, 912 – Eigentum an baulichen Anlagen auf Freiflächen-Sondereigentum/Annex-Sondereigentum; Sondereigentumsfähigkeit der Grundfläche des Ausgangsgebäudes

BGB § 2289 – Gemeinschaftliches Testament; nachträgliche Änderung der Verwaltungsvollstreckung in eine Abwicklungsvollstreckung; Beeinträchtigung

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

BGB §§ 902 Abs. 1, 1018, 1028 Abs. 1 S. 2 – Bedingte Ausübungsbefugnis (hier: Zahlung eines Nutzungsentgelts) als Inhalt einer Dienstbarkeit; Erlöschen durch Verjährung des Beseitigungsanspruchs bzgl. einer baulichen Anlage

Literaturhinweise

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

WEG §§ 3 Abs. 2; § 5 Abs. 1 u. 2; BGB §§ 93, 94, 912

Eigentum an baulichen Anlagen auf Freiflächen-Sondereigentum/Annex-Sondereigentum; Sondereigentumsfähigkeit der Grundfläche des Ausgangsgebäudes

I. Sachverhalt

Ein einheitliches Grundstück, das mit zwei Doppelhaushälften bebaut ist, wurde im Jahr 1982 im Wege einer Quasi-Realteilung in Wohnungs- und Teileigentum aufgeteilt, da eine Teilungsgenehmigung nicht zu erlangen war. Wie auch heute noch üblich wurden den beiden Wohnungseigentümern an den Flächen, auf denen die jeweilige Doppelhaushälfte steht und die das jeweilige Doppelhaus umgeben, Sondernutzungsrechte eingeräumt.

Die derzeitigen Eigentümer *beider* Einheiten (Eltern) beabsichtigen, je eine Doppelhaushälfte, d. h. je ein Wohnungseigentumsrecht, auf ihren Sohn und ihre Tochter zu übertragen. Beide Kinder wollen an ihre jeweilige Doppelhaushälfte anbauen. Eine Realteilung des Grundstücks ist nach wie vor nicht möglich, da die Voraussetzungen für die Erteilung einer Teilungsgenehmigung nicht vorliegen. Wegen der geplanten Anbauten ist angedacht, das Sondereigentum an der jeweiligen Doppelhaushälfte auf die umliegende Freifläche zu erstrecken.

II. Fragen

1. Wenn gem. § 3 Abs. 2 WEG n. F. das Sondereigentum auf Freiflächen außerhalb des Gebäudes erstreckt wird, steht das Eigentum an Gebäuden wie beispielsweise Anbauten an Doppel- und/oder Reihenhäusern, die auf solchen Flächen errichtet werden, automatisch dem jeweiligen Sondereigentümer zu, dem die Fläche zugeordnet ist, § 5 Abs. 1 Satz 2 WEG n. F. i. V. m. § 94 BGB?

2. Bedarf es in diesen Fällen einer (weiteren) Änderung der Teilungserklärung, um diese Räumlichkeiten dem

betreffenden Sondereigentum zuzuordnen? Ist eine neue Abgeschlossenheitsbescheinigung erforderlich?

3. Sind die Flächen, auf denen die jeweilige Doppelhaushälfte steht, sondereigentumsfähig nach § 3 Abs. 2 WEG n. F. oder findet § 3 Abs. 2 WEG n. F. nur auf Flächen außerhalb eines Gebäudes Anwendung, sodass die Flächen, auf denen die Doppel- und/oder Reihenhäuser errichtet sind, nach wie vor zwingend Gemeinschaftseigentum sind und das Sondereigentum darauf nicht „erstreckt“ werden kann?

III. Zur Rechtslage

1. Sondereigentumsfähigkeit der Grundfläche des Ausgangsgebäudes

Seit der zum 1.12.2020 in Kraft getretenen Reform des Wohnungseigentumsgesetzes (WEMoG, vgl. BGBl. I v. 22.10.2020, 2187; s. nun auch die vollständige Bekanntmachung der Neufassung des WEG vom 12.1.2021, BGBl. I v. 20.1.2021, 34) ist es möglich, gem. § 3 Abs. 2 WEG Sondereigentum auf einen außerhalb des Gebäudes liegenden Teil des Grundstücks zu erstrecken, soweit die Wohnung oder die nicht zu Wohnzwecken dienenden Räume dadurch wirtschaftlich nicht ihre Eigenschaft als Hauptsache verlieren. In der Literatur besteht – soweit ersichtlich – Einigkeit dahingehend, dass die Grundstücksfläche, auf der das aufgeteilte Gebäude steht, weiterhin zwingend Gemeinschaftseigentum ist (Hügel/Elzer, WEG, 3. Aufl. 2021, § 3 Rn. 66; Lehmann-Richter/Wobst, WEG-Reform, 2020, § 16 Rn. 1690; Dötsch/Schultzy/Zscheschack, WEG-Recht, 2021, Kap. 1 Rn. 24). Lediglich *Wicke* geht davon aus, dass die Auswirkungen des § 3 Abs. 2 WEG auf die Gestaltung von Reihen- und Mehrhausanlagen als offen zu bezeichnen sind (Palandt/Wicke, BGB, 80. Aufl. 2021, § 3 Rn. 11). Letzterer betont jedoch, dass diesbezüglich in der Praxis Zurückhaltung gegenüber einer extensiven Auslegung des § 3 Abs. 2 WEG anzuraten sei. U. E. dürfte sich aufgrund des klaren Wortlauts des § 3 Abs. 2 WEG ergeben, dass sich das „Freiflächen-Sondereigentum“ nicht auf die unter dem Hauptgebäude belegene Grundstücksfläche erstrecken kann, da diese nicht „außerhalb des Gebäudes“ liegt. Hinzu kommt, dass diese Fläche gem. § 5 Abs. 2 WEG für den Bestand und die Sicherheit des Gebäudes erforderlich ist, sodass die Grundstücksfläche unter dem Gebäude schon deshalb zwingend Gemeinschaftseigentum ist. Dass der Gesetzgeber diesbezüglich etwas an der bestehenden Rechtslage (vgl. BGH NJW 1968, 1230; explizit zu Doppelhaushälften OLG Düsseldorf FGPrax 2004, 267) ändern wollte, ist nicht ersichtlich. Deswegen wird man wohl auch keine Ausnahme für Doppelhaushälften annehmen können. Denn die Besonderheiten bei Doppelhaushälften, die auf-

grund öffentlich-rechtlicher Vorgaben mittels „Hilfskonstruktion“ in WEG unterteilt wurden, bestanden gleichermaßen auch schon vor der Reform. Auch der eindeutige Wortlaut des § 3 Abs. 2 WEG dürfte dagegen sprechen, denn diese Flächen liegen auch bei Doppelhaushälften zweifelsohne nicht „außerhalb des Gebäudes“.

2. Sondereigentumsfähigkeit von nachträglich auf Freiflächen-Sondereigentum errichteten Gebäuden

Gem. § 5 Abs. 1 S. 2 WEG gilt § 94 BGB entsprechend, soweit sich das Sondereigentum auf außerhalb des Gebäudes liegende Flächen bezieht. Gem. § 94 BGB gehören zu den wesentlichen Bestandteilen eines Grundstücks die mit dem Grund und Boden fest verbundenen Sachen, insbesondere Gebäude. Liest man § 5 Abs. 1 S. 2 WEG und § 94 Abs. 1 S. 1 BGB zusammen, bedeutet dies, dass die auf dem Freiflächen-Sondereigentum errichteten Gebäude wesentliche Bestandteile des Sondereigentums sind (Dötsch/Schultzy/Zscheschack, Kap. 1 Rn. 30; Lehmann-Richter/Wobst, Rn. 1726; Hügel/Elzer, § 5 Rn. 18). Es stellt sich allerdings die Frage, wie sich diese Norm zu § 5 Abs. 2 WEG verhält, ob also die Anordnung des § 5 Abs. 1 S. 2 WEG auch für konstruktive Teile des Gebäudes Geltung beanspruchen kann. Die h. M. sieht mit den Gesetzgebungsmaterialien (BT-Drucks. 19/18791, 40) einen Vorrang des § 5 Abs. 1 S. 2 WEG dahingehend, dass die Anordnung der Anwendung des § 94 BGB insofern § 5 Abs. 2 WEG überlagert und auch die konstruktiven Bestandteile des auf dem Freiflächen-Sondereigentum errichteten Gebäudes wesentliche Bestandteile des Sondereigentums werden (Becker/Schneider, ZfIR 2020, 281, 285; Hügel/Elzer, § 5 Rn. 18; BeckOK-WEG/Leidner, Std.: 2.4.2021, § 5 Rn. 26). Teilweise wird dies mit der Erwägung bestritten, dass der Gesetzgeber einen Vorrang des § 5 Abs. 1 S. 2 WEG weder dort noch in § 5 Abs. 2 WEG zum Ausdruck gebracht habe. Der Gesetzgeber habe § 5 Abs. 2 WEG vielmehr sogar um den Zusatz ergänzt, dass dieser auch gelte, wenn sich die Gebäudeteile im Bereich der im Sondereigentum stehenden „Teile des Grundstücks“ befänden (Dötsch/Schultzy/Zscheschack, Kap. 1 Rn. 30).

Unseres Erachtens überzeugt jedenfalls **für Gebäude, die getrennt vom Hauptgebäude errichtet werden**, die erstgenannte Ansicht. Die in § 5 Abs. 2 WEG angenommene Klarstellung, dass Teile des Gebäudes auch dann lediglich Gegenstand des Gemeinschaftseigentums sein können, wenn sie sich im Bereich des Freiflächen-Sondereigentums („Teile des Grundstücks“) befinden, bezieht sich ersichtlich auf solche Anlagen, die dem „Hauptgebäude“ dienen, also dem Gebäude, von dem aus das Sondereigentum gem. § 3

Abs. 2 WEG erstreckt wird. Dies zeigt sich auch an den vom Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung genannten Fällen, wie beispielsweise Versorgungsleitungen, die unterhalb der im Sondereigentum stehenden Freifläche verlegt sind (BT-Drucks. 19/18791, 40). § 5 Abs. 2 WEG ist also dahingehend zu verstehen, dass er von vornherein nur Anwendung auf Teile *des Gebäudes* findet, von dem aus sich das Freiflächen-Sondereigentum erstreckt. § 5 Abs. 1 S. 2 WEG ist insofern *lex specialis*.

Zu einer anderen Beurteilung wird man jedoch für die vorliegende Konstruktion kommen müssen, in der **unmittelbar an das Hauptgebäude angebaut** wird. Denn dann gerät das Prinzip der Rechtseinheit zwischen Gebäude und Grundstück gem. § 94 BGB – vergleichbar mit einem Überbau – in Konflikt mit dem Prinzip der Rechtseinheit zwischen einzelnen Teilen eines einheitlichen Gebäudes gem. § 93 BGB (vgl. MünchKommBGB/Stresemann, 8. Aufl. 2018, § 94 Rn. 8). Ein Überbau im klassischen Sinne des § 912 BGB dürfte zwar nicht vorliegen, da nicht über eine Grundstücksgrenze gebaut wird. Die Situation ist jedoch insofern vergleichbar, als an der Grenze der bisherigen Bebauung in diesem Fall eine „Eigentumsgrenze“ zwischen Gemeinschaftseigentum und Sondereigentum verläuft. Es stellt sich also die Frage, wie das Verhältnis zwischen § 94 BGB und § 93 BGB in diesen Fällen zu beurteilen ist. Man könnte sich zwar auf den Standpunkt stellen, dass der Gesetzgeber diesen Konflikt durch Bezugnahme auf § 94 BGB in § 5 Abs. 1 S. 2 WEG auflösen wollte. Unseres Erachtens ist der Verweis jedoch eher dahingehend zu verstehen, dass die allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätze für die Einheitlichkeit der Eigentumsverhältnisse auch bezüglich des Freiflächen-Sondereigentums gelten sollen. Dies würde aber bedeuten, dass im vorliegenden Fall das Eigentum an dem Gebäude als Ganzen dem „Stammgrundstück“ (also dem Gemeinschaftseigentum) zuzurechnen ist.

Geht man davon aus, dass bei einem Anbau an das Hauptgebäude das Eigentum am Anbau dem Eigentum am Hauptgebäude folgt, so handelt es sich grundsätzlich um Gemeinschaftseigentum, soweit es nicht dem Sondereigentümer als Sondereigentum zugeordnet wird. Sonder- und Gemeinschaftseigentum werden über den Aufteilungsplan abgegrenzt, auch wenn sich bei natürlicher Betrachtungsweise diese Abgrenzung von Sonder- und Gemeinschaftseigentum nicht zeigt. Die Abgrenzung erfolgt dann durch sog. „Luftschranken“ (BGH NZM 2008, 688, 689; BGH NZM 2016, 132, 134), wobei diese Schranken durch den Aufteilungsplan vorgegeben werden. Es empfiehlt sich deshalb auch nach neuer Rechtslage vorsorglich eine sachenrechtliche Än-

derung der Teilungserklärung (Umwandlung von Gemeinschafts- in Sondereigentum) nebst Anpassung des Aufteilungsplans.

3. Erforderliche Pläne bei Umwandlung eines Sondernutzungsrechts in Freiflächen-Sondereigentum

Gem. § 7 Abs. 4 Nr. 2 WEG ist dem Grundbuchamt eine Bescheinigung der Baubehörde vorzulegen, dass die Voraussetzungen des § 3 Abs. 3 WEG vorliegen. Die Bezeichnung als „Abgeschlossenheitsbescheinigung“ ist insofern unter Geltung des neuen Rechts irreführend. Die Baubehörde muss künftig nicht nur bescheinigen, dass die Abgeschlossenheit vorliegt, sondern auch, dass die Maßangaben den Anforderungen des Gesetzes genügen. Dies sieht § 6 AVA n.F. ausdrücklich vor (vgl. BR.-Drs. 312/21 v. 15.4.2021 mit Zustimmung durch den Bundesrat am 28.5.2021, s. Plenarprotokoll 1005 des Bundesrats vom 28.5.2021, S. 255). Dementsprechend ist auch bei der Umwandlung von Sondernutzungsrechten in Freiflächen-Sondereigentum eine Bescheinigung gem. § 7 Abs. 4 Nr. 2 WEG erforderlich.

Für die Umwandlung von Sondernutzungsrechten in Sondereigentum ist materiell-rechtlich eine Auffassung in der Form des § 925 Abs. 1 BGB und die Eintragung im Grundbuch erforderlich. Grundbuchrechtlich muss die Bewilligung aller Wohnungseigentümer und sämtlicher Drittberechtigten (Lehmann-Richter/Wobst, Rn. 1745) sowie ein ergänzender Aufteilungsplan samt „Abgeschlossenheitsbescheinigung“ vorliegen.

4. Fazit

Die Umwandlung von Sondernutzungsrechten in Freiflächen-Sondereigentum bedarf der Vorlage eines neuen Aufteilungsplans samt Abgeschlossenheitsbescheinigung, in der die Maßangaben bestätigt sind. Bei der Errichtung von weiteren Gebäuden auf Freiflächen-Sondereigentum separat vom Hauptgebäude, die gem. § 5 Abs. 1 S. 2 WEG i. V. m. § 94 BGB wesentlicher Bestandteil des Sondereigentums werden, dürfte anschließend kein weiterer Aufteilungsplan erforderlich sein, da diese Änderung der tatsächlichen Baulichkeiten grundbuchrechtlich nicht zu vollziehen ist.

Wird jedoch – wie hier offenbar geplant – an das bestehende Gebäude angebaut, gelten u. E. die gleichen Grundsätze wie für den Überbau, was bedeutet, dass der Anbau Bestandteil des Hauptgebäudes wird. Aufgrund der Rechtsprechung des BGH, nach der sich die Grenze zwischen Sonder- und Gemeinschaftseigentum vorrangig nach dem Aufteilungsplan richtet, sind bei jedem Anbau entsprechende neue Aufteilungspläne samt Abgeschlossenheitsbescheinigung vorzulegen.

BGB § 2289

Gemeinschaftliches Testament; nachträgliche Änderung der Verwaltungsvollstreckung in eine Abwicklungsvollstreckung; Beeinträchtigung

I. Sachverhalt

Ehegatten haben ein gemeinschaftliches Testament errichtet, in dem sie sich gegenseitig zu Alleinerben nach dem Erstversterbenden eingesetzt haben (sog. Einheitslösung, vgl. § 2269 Abs. 1 BGB). Die gemeinsamen Abkömmlinge wurden im Wege einer wechselbezüglichen Verfügung zu Schlusserben bestimmt. Im gemeinschaftlichen Testament wurde Verwaltungsvollstreckung angeordnet.

Die Ehefrau ist zwischenzeitlich verstorben. Der Ehemann möchte nun die Verwaltungsvollstreckung in eine Abwicklungsvollstreckung ändern.

II. Frage

Stellt die Änderung der Verwaltungsvollstreckung in eine Abwicklungsvollstreckung eine Beeinträchtigung des/der Schlusserben dar und ist sie deshalb unzulässig, oder schränkt sie deren Rechtsstellung nicht ein, sodass eine entsprechende Änderung durch den Längerlebenden möglich ist?

III. Zur Rechtslage

1. Umfang und Wirkung der erbrechtlichen Bindung in Bezug auf die Testamentsvollstreckung

Ausweislich des mitgeteilten Sachverhalts haben die Ehegatten nach Art der sog. Einheitslösung verfügt und die gemeinsamen Abkömmlinge zu Schlusserben eingesetzt. An diese Schlusserbeneinsetzung ist der überlebende Ehegatte nach Tod des Erstversterbenden und Annahme der Erbschaft erbrechtlich gebunden, wenn es sich – wie hier – um eine wechselbezügliche Verfügung handelt (vgl. § 2271 Abs. 2 BGB).

Die erbrechtliche Bindungswirkung äußert sich dahingehend, dass eine neue Verfügung von Todes wegen, die vom überlebenden Ehegatten getroffen wird, insoweit unwirksam ist, als hierdurch ein **erbrechtlich bindend Bedachter in seiner Rechtsstellung beeinträchtigt wird** (§ 2289 Abs. 1 S. 2 BGB entsprechend). Eine solche Beeinträchtigung läge beispielsweise in der späteren Beschwerung des bindend bedachten Schlusserben mit Vermächtnissen oder in seiner nachträglichen Beschränkung durch eine Testamentsvollstreckung. Die nachträgliche, **erstmalige Anordnung der Testamentsvollstreckung** ist ohne Weiteres als Beeinträchtigung in diesem Sinne anzusehen.

Demgegenüber ist die **Aufhebung** einer angeordneten Testamentsvollstreckung ebenso wie die **Auswechslung der Person des Testamentsvollstreckers** nach h. M. zulässig (vgl. KG FamRZ 1977, 485; OLG Düsseldorf ZEV 1994, 302; OLG Hamm ZEV 2001, 271 m. Anm. Reimann; BeckOGK-BGB/Müller-Engels, Std.: 1.4.2021, § 2289 Rn. 65; Keim, ZEV 2021, 129 ff.). Dies lässt sich damit begründen, dass es sich bei der Anordnung der Testamentsvollstreckung wie bei der Auswahl der Person des Testamentsvollstreckers stets um einseitige Verfügungen des Erblassers handelt (vgl. §§ 2270 Abs. 3, 2278 Abs. 2 BGB); diese können grundsätzlich jederzeit einseitig abgeändert bzw. widerrufen werden. Dies soll nur ausnahmsweise anders sein, wenn allein in der Auswechslung der Person des Testamentsvollstreckers eine messbare Benachteiligung (Beeinträchtigung) des bindend Bedachten gesehen werden kann, beispielsweise, weil der ursprünglich ernannte Testamentsvollstrecker naher Verwandter des Erben war, während dies bei dem neu ernannten Testamentsvollstrecker nicht der Fall ist (vgl. KG FamRZ 1977, 485, 487, das die Rechtslage aber letztlich offen ließ).

Der BGH hat in seinem Urteil vom 6.4.2011 (ZNotP 2011, 225 = NJW 2011, 1733) erstmals zur Frage Stellung genommen. Der BGH lehnt eine Gewichtung der Beeinträchtigung nach „Spürbarkeit“ oder „Messbarkeit“ ab, weil in diesen unpräzisen Begriffen kein sicheres Abgrenzungskriterium zu sehen sei. Entscheidend für die Frage, ob im konkreten Fall eine Beeinträchtigung der Rechte des Vertragserben vorliegt, ist nach dem BGH vielmehr ein Vergleich des Inhalts des Erbvertrages mit den nachfolgenden testamentarischen Verfügungen. Ohne vorherige Ermittlung des genauen Vertragsinhalts lasse sich nicht beantworten, ob die spätere letztwillige Verfügung die vertragsmäßige (bzw. wechselbezügliche) Zuwendung mindern, beschränken, belasten oder gegenstandslos machen würde.

Im Ergebnis kommt es daher in Bezug auf die Auswechslung der Person des Testamentsvollstreckers auf den **Einzelfall** und die Frage an, inwieweit die Rechtsstellung des Vertragserben auf die Person des Testamentsvollstreckers ausgedehnt worden ist. Dies ist eine Auslegungsfrage, die nur im Einzelfall beurteilt werden kann. In der aktuellen Rechtsprechung hat beispielsweise das OLG Schleswig (ZEV 2020, 158 ff. m. Anm. Knittel = MittBayNot 2020, 595 ff. m. Anm. Weidlich; vgl. dazu auch Keim, ZEV 2021, 129 ff.) eine rechtliche Beeinträchtigung des Schlusserben im Falle des Austauschs eines unentgeltlich tätig werdenden Testamentsvollstreckers durch einen solchen mit Vergütungsanspruch (vgl. § 2221 BGB) angenommen.

2. Änderung der Art der Testamentsvollstreckung

Im vorliegenden Fall geht es nicht um die Auswechslung der Person des Testamentsvollstreckers, sondern um eine Änderung der **Art der Testamentsvollstreckung**. Es soll statt einer Verwaltungsvollstreckung (vgl. § 2209 BGB) nunmehr eine Abwicklungsvollstreckung (§§ 2203 ff. BGB) angeordnet werden.

Auch hier gilt im Grundsatz, dass die Testamentsvollstreckung, die nicht mit Bindungswirkung angeordnet werden kann (§§ 2270 Abs. 3, 2278 Abs. 2 BGB), grundsätzlich vom Überlebenden widerrufen und damit grundsätzlich auch abgeändert werden kann. Eine Grenze liegt in der potentiellen Beeinträchtigung des bindend eingesetzten Schlusserben. Hierfür ist nach h. M. entscheidend, ob durch die neue letztwillige Verfügung die erbrechtlich bindende Zuwendung gemindert, beschränkt, belastet oder gegenstandslos gemacht würde (vgl. OLG Hamm NJW 1974, 1774). Dabei kommt es nach h. M. auf eine Beeinträchtigung im Rechtssinne an (vgl. Palandt/Weidlich, BGB, 80. Aufl. 2021, § 2289 Rn. 2).

Anerkannt ist in diesem Zusammenhang, dass die **Erweiterung der Befugnisse des Testamentsvollstreckers** eine Beeinträchtigung des Vertragserben darstellt, wie dies z. B. bei der **Anordnung einer Dauervollstreckung an Stelle einer Auseinandersetzungsvollstreckung** der Fall ist (BeckOGK-BGB/Müller-Engels, § 2289 Rn. 63; vgl. auch J. Mayer/Röhl, in: Reimann/Bengel/Dietz, Testament und Erbvertrag, 7. Aufl. 2020, § 2289 Rn. 38 m. w. N.).

Im umgekehrten Fall – wie hier – wird man dies u. E. **nicht** annehmen können, sofern es sich bei der zu ändernden Verfügung um eine Dauervollstreckung (Kombination aus Auseinandersetzungsvollstreckung mit anschließender Verwaltungsvollstreckung) handelt und nicht nur um eine reine Verwaltungsvollstreckung, bei der allein die Verwaltung des Nachlasses zum Aufgabenbereich des Testamentsvollstreckers gehört. Denn dann würde durch die Änderung nur eine **Verbesserung** der Rechtsposition der bindend eingesetzten Schlusserben erzielt (da die Verwaltungsvollstreckung entfällt), was unter dem Gesichtspunkt des § 2289 Abs. 1 S. 2 BGB (Beeinträchtigung) unproblematisch wäre (vgl. nur MünchKommBGB/Musielak, 8. Aufl. 2020, § 2289 Rn. 17).

Aber selbst wenn es sich hier bei der angeordneten Vollstreckung um eine reine Verwaltungsvollstreckung handeln würde, dürfte die Änderung in eine Abwicklungsvollstreckung u. E. nicht als Beeinträchtigung der Schlusserben anzusehen sein, weil damit der Dauer-Aspekt der Beschränkung der Verwaltungs- und Verfü-

gungsbefugnisse der Erben (vgl. §§ 2205, 2211 BGB) entfielen und eine Auseinandersetzung des Nachlasses (allein wegen der Beendigung der gesamthänderischen Bindung) regelmäßig im Interesse der Miterben liegt. Ausdrückliche Stellungnahmen in Rechtsprechung oder Literatur ließen sich zur angesprochenen Problematik aber leider nicht ermitteln, sodass die Rechtsfrage als nicht abschließend geklärt anzusehen ist. Ggf. lässt sich gerade für Sonderkonstellationen, bzw. im Hinblick darauf, dass für die Abwicklungsvollstreckung die Zeitgrenze des § 2210 BGB nicht gilt, auch ein anderes Ergebnis vertreten.

Gutachten im Abrufdienst

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

<http://www.dnoti.de>

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

BGB § 433; ZPO §§ 724 ff., 794 Abs. 1 Nr. 5, 795 S. 1; BeurkG § 53

Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung trotz Zahlungsempfangsbestätigung durch den Gläubiger
Abruf-Nr.:

EuErbVO Art. 21

Schweiz: Erbstatut; Behindertentestament
Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

BGB §§ 902 Abs. 1, 1018, 1028 Abs. 1 S. 2

Bedingte Ausübungsbefugnis (hier: Zahlung eines Nutzungsentgelts) als Inhalt einer Dienstbarkeit; Erlöschen durch Verjährung des Beseitigungsanspruchs bzgl. einer baulichen Anlage

Die Befugnis zur Ausübung der Dienstbarkeit kann mit dinglicher Wirkung unter die Bedingung der Zahlung eines Entgelts gestellt werden. Eine solche Bedingung muss – anders als eine den Bestand des Rechts betreffende Bedingung – nicht in das Grundbuch selbst eingetragen werden; es genügt die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung (Fortführung von Senat, Beschluss vom 1. Oktober 2020 – V ZB 51/20, ZfIR 2021, 32).

Problem

Der frühere Eigentümer errichtete auf dem – nunmehr – herrschenden Grundstück im Jahr 1957 ein Hotel. Zur Erfüllung der bauordnungsrechtlichen Stellplatzpflicht wurden 99 Stellplätze abgelöst, die restlichen Stellplätze sollten auf dem Nachbargrundstück errichtet werden. 1981 erfolgte im Rahmen des Verkaufs des Nachbargrundstücks die Eintragung einer Grunddienstbarkeit, die als „Kraftfahrzeugeinstellrecht“ bezeichnet wurde. In der Bewilligungsurkunde heißt es unter anderem:

„a) Der Eigentümer des herrschenden Grundbesitzes ist berechtigt, auf dem dienenden Grundbesitz 30 - dreißig - Kraftfahrzeuge einzustellen und zu diesem Zweck die vorhandenen Zufahrten zu benutzen.

b) [...] Der Käufer bewilligt und beantragt die Eintragung der bestellten Grunddienstbarkeit im Grundbuch Zug um Zug mit der Eintragung der Auflassung. Für die Einräumung des Rechts zu Buchst. a) hat der Berechtigte eine angemessene und ortsübliche Nutzungsgebühr zu entrichten. Hierfür hat der Verkäufer zu sorgen und einzustehen.“

In den darauffolgenden Jahren wurde auf dem dienenden Grundstück ein Bauwerk mit Tiefgarage errichtet. Der damalige Eigentümer des herrschenden Grundstücks nahm die Dienstbarkeit nie in Anspruch. 2010 erwarb die jetzige Klägerin das mit dem Hotel bebaute Grundstück und machte das Kraftfahrzeugeinstellrecht gegenüber der Beklagten geltend. Eine schuldrechtliche Verpflichtung zur Zahlung einer Nutzungsgebühr hatte sie nicht übernommen. Sie verlangte dementsprechend die unentgeltliche Nutzung. Die Beklagte war der Auflassung, die Nutzung sei nur gegen ein entsprechendes Entgelt zu dulden.

Das Berufungsgericht ging davon aus, dass die Ausübung der Grunddienstbarkeit durch die Zahlung einer angemessenen Nutzungsgebühr bedingt und diese Bedingung nicht eingetreten sei.

Entscheidung

Der BGH folgt dem nicht, hebt die Entscheidung auf und verweist die Sache zur weiteren Sachverhaltsaufklärung zurück. Er nutzt die Gelegenheit, zu einer ganzen Reihe offener Rechtsfragen Stellung zu nehmen. Zunächst stellt der Senat klar, dass die *Ausübung* einer Dienstbarkeit von der Zahlung eines Nutzungsentgelts abhängig gemacht werden kann. Eine dingliche Absicherung der Zahlung könne jedoch nicht zum Inhalt der Grunddienstbarkeit gemacht werden, sondern allen-

falls über die Eintragung einer Reallast oder Rentenschuld erreicht werden.

Der BGH bejaht jedoch die Möglichkeit, die Ausübung der Dienstbarkeit mit dinglicher Wirkung unter die Bedingung der Zahlung des Nutzungsentgelts zu stellen. Das Abstraktionsprinzip verbiete eine solche Verknüpfung zwischen der Ausübung der Dienstbarkeit und der schuldrechtlichen Pflicht zur Zahlung des Entgelts nicht (dies begründet der BGH mit einem Umkehrschluss aus § 925 Abs. 2 BGB). Die Entgeltpflicht selbst werde dadurch nicht verdinglicht, sondern bleibe lediglich eine schuldrechtliche Verpflichtung. Die Bedingung müsse zwar nicht in das Grundbuch selbst eingetragen werden. Es genüge – anders als bei Bedingungen, die den Bestand des Rechts betreffen – die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung. Im konkreten Fall gelangt der BGH jedoch durch Auslegung der Bewilligung zu dem Ergebnis, dass vorliegend die schuldrechtliche Zahlungspflicht nicht zur Bedingung der Ausübung der Dienstbarkeit erhoben wurde.

Anschließend prüft der BGH eine Verwirkung, verneint dies im Ergebnis jedoch und stellt klar, dass die Verwirkung einer Grunddienstbarkeit wegen § 902 Abs. 1 S. 1 BGB nur in Ausnahmefällen, nur aufgrund eines Verhaltens des *aktuell* dinglich Berechtigten und nur im Verhältnis zu diesem in Betracht komme.

Im Ergebnis sei die Sache noch nicht entscheidungsreif, weil Feststellungen dazu fehlten, ob die Dienstbarkeit gemäß § 1028 Abs. 1 S. 2 BGB erloschen sei. Danach erlischt eine Grunddienstbarkeit, wenn der Anspruch auf Beseitigung einer baulichen Anlage, die die Ausübung der Dienstbarkeit beeinträchtigt, verjährt ist. Eine Tiefgarage selbst stelle noch keine bauliche Anlage dar, die die Ausübung eines Kraftfahrzeugeinstellrechts beeinträchtige. Eine Beeinträchtigung komme jedoch dann in Betracht, wenn die Tiefgarage mit einer Zugangsbeschränkung (beispielsweise einem Tor oder einer Schranke) versehen sei und der Eigentümer des herrschenden Grundstücks deshalb von dem Einstellrecht für mindestens 30 Jahre tatsächlich keinen Gebrauch machen konnte.

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

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

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

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

E-Mail: dnoti@dnoti.de Internet: www.dnoti.de

Hinweis:

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

Verantwortlicher Schriftleiter: Notar a. D. Dr. Julius Forschner

Redaktion: Notarassessor Dr. Wendelin Mayer

Bezugsbedingungen:

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

Bezugspreis:

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

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

Verlag:

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

Druck:

Druckerei Franz Scheiner
Mainleite 5, 97340 Marktbreit