

NOTARASSESSOR DR. JAN HENNING BERG, DÜSSELDORF

Grundstücksübergreifende Gemeinschaftsanlagen in der notariellen Praxis

Inhaltsübersicht

A. Einführung und Problemaufriss

- I. Sachenrechtliche Weichenstellung: Einheitlicher oder real geteilter Grundbesitz?
- II. Regelungsbedarf bei einheitlichem Grundbesitz
- III. Regelungsbedarf bei real geteiltem Grundbesitz

B. Einräumung und Absicherung von Mitbenutzungsrechten

- I. Wahl des zweckmäßigen Gestaltungsinstruments
 1. Schuldrechtliche Lösungsansätze
 2. Dienstbarkeiten
 - a) Beschränkte persönliche Dienstbarkeiten
 - b) Grunddienstbarkeiten
- II. Inhaltliche Gestaltung der Grunddienstbarkeiten
- III. Berechtigter Personenkreis
 1. Variante: Konkurrierende Einzelrechte
 2. Variante: Einheitliches Recht im Gemeinschaftsverhältnis (§ 47 Abs. 1 GBO)
 - a) Diskussionsstand zum Gemeinschaftsverhältnis bei Grunddienstbarkeiten
 - b) Stellungnahme
 - aa) Gestaltung des Außenverhältnisses
 - bb) Gestaltung des Innenverhältnisses
 - c) Bezeichnung des Gemeinschaftsverhältnisses für grundbuchliche Zwecke
- IV. Verpflichteter Personenkreis
- V. Formulierungsvorschlag
- VI. Exkurs: Auswirkungen der Aufteilung der betroffenen Grundstücke nach WEG
 1. Fortbestand des Belastungsobjekts, Veränderung von Grundbucheintragungen
 2. Veränderungen in der personalen Struktur des dienenden und herrschenden Eigentümers
 3. Verlagerung der Zuständigkeit für die Wahrnehmung von Rechten und Pflichten?

C. Erhaltungs- und Verkehrssicherungspflichten

- I. Einräumung von Erhaltungspflichten und deren Absicherung
 1. Überblick zum Begleitschuldverhältnis (§§ 1020 ff. BGB)
 2. Umfang gesetzlicher Erhaltungspflichten und privatautonome Gestaltungsspielräume
 3. Formulierungsvorschlag
- II. Weitere Maßnahmen zur besseren Absicherung und Durchsetzbarkeit der Erhaltungspflichten
 1. Lückenhaftigkeit der Bestandssicherung
 2. Lückenhaftigkeit der ranggesicherten Durchsetzbarkeit
 3. Lösung durch Bestellung eigenständiger Reallasten
 4. Formulierungsvorschlag

III. Schaffung von Strukturen für effiziente Pflichtenwahrnehmung

1. Zuständigkeitskonzentration innerhalb einer jeden Eigentümergemeinschaft gem. § 10 Abs. 6 S. 3 WEG
2. Weitergehende Zuständigkeitskonzentration durch grundstücksübergreifende Wahrnehmungsvereinbarung („Verwaltungsordnung“)
 - a) Maßgeblicher Rechtsrahmen
 - b) Beteiligte und deren Vertretung
 - c) Inkraftsetzung
 - d) Inhaltliche Eckpunkte und Formulierungsvorschlag
3. Wirkung der Verwaltungsordnung ggü. Rechtsnachfolgern
 - a) Gesetzliche Sukzessionswirkung durch §§ 745, 746 BGB?
 - b) Mittelbare Sukzessionswirkung für Erwerber von Wohnungs- und Teileigentum infolge Beteiligung der Eigentümergemeinschaft an der Verwaltungsordnung?
 - c) Steuerung der Rechtsnachfolge durch selektive Verwalterzustimmung?
 - d) Sukzessionswirkung durch Errichtung einer „Wahrnehmungs-GbR“?
 - e) Im Übrigen und zumindest vorsorglich: Schuldrechtliche Weitergabeverpflichtung

D. Absicherung grundstücksübergreifender Versorgungsbeziehungen

- I. Absicherung von Versorgungspflichten
- II. Absicherung von Abnahmeverpflichtungen
- III. Absicherung von Vergütungspflichten
- IV. Versorgungsbeziehungen mit Dritten („Contracting“)

E. Gestaltungsfragen zur gemeinsamen Tiefgarage und zu den Pkw-Stellplätzen

- I. Eigentumsrechtliche Zuordnung der Tiefgarage
 1. Die Tiefgarage als Eigengrenzüberbau
 2. Potentielle Maßnahmen zur sachenrechtlichen Isolierung der Tiefgarage
 - a) Bestellung einer Überbaugrunddienstbarkeit
 - b) Bestellung eines Tiefgaragen-Gesamterbaurechts
 3. Zwischenergebnis
- II. Gestaltung der Rechtsverhältnisse an einzelnen Pkw-Stellplätzen
 1. Zuweisung der Stellplätze durch Sondernutzungsrechte
 2. Zuweisung der Stellplätze durch Bildung von Teileigentum
 3. Ergänzende funktionsnotwendige Grunddienstbarkeiten

F. Zusammenfassung der Ergebnisse

A. Einführung und Problemaufriss

Die Unterstützung u. a. von Bauträgern und Projektentwicklern bei der Planung und Realisierung komplexer Bauvorhaben (zB Mehrhaus- und Reihenhäuseranlagen¹) kann die notarielle Praxis vor anspruchsvolle Herausforderungen stellen. Dies liegt zum einen an den vom jeweiligen Bauherrn² verfolgten, in jedem konkreten

- 1 Nachfolgend wird aus Gründen der sprachlichen Vereinfachung nur auf die „Mehrhausanlage“ abgestellt, jedoch ohne dass die erörterten Probleme und Gestaltungsfragen auf diese Konstellation beschränkt wären. Zum Begriff der Mehrhausanlage vgl. BayObLG 21.8.2003 – 2Z BR 52/03, NJOZ 2004, 636 (639); *Elzer* notar 2016, 201 (202).
- 2 Wiederum aus Gründen der sprachlichen Vereinfachung wird stellvertretend für den für die Gesamtanlage planerisch verantwortlichen Bauherrn jeweils nachfolgend nur noch vom „Bauträger“ gesprochen.

Einzelfall unterschiedlich ausgeprägten planerischen Zielen, die sich oft nur durch umfangreiche Gestaltungsmaßnahmen in allseits zufriedenstellender Weise erreichen lassen. Zum anderen ist bei der rechtlichen Konzeption besondere Sorgfalt und Umsicht angezeigt, weil sich die einmal gemachten Fehler oder Versäumnisse später ab einem bestimmten Zeitpunkt nur noch unter größten Schwierigkeiten – oft genug gar nicht mehr – korrigieren lassen.³

In groß dimensionierten Wohnanlagen, bestehend aus mehreren Häusern, wird es typischerweise angestrebt, die einzelnen Häuser in Ansehung der Nutzung, Bewirtschaftung und Verwaltung hausspezifischer Einrichtungen einschließlich der diesbezüglichen Kostentragung in der Weise voneinander zu entkoppeln, dass jede Haus- bzw. Nutzungseinheit ihr jeweiliges Eigenleben führen kann (Schaffung separater Nutzungs- und Verwaltungssphären).⁴ Dies entspricht in aller Regel auch den Interessen der künftigen Erwerber und Bewohner. Es wäre nämlich – um nur einige plakative Beispiele zu nennen – kaum einzusehen und vermittelbar, wenn etwa die Bewohner des Hauses Nr. 1

1. das Recht hätten, nach Belieben den Fahrradkeller des Hauses Nr. 2 mitzubeneutzen, obwohl ein Fahrradkeller in ausreichender Größe auch in Haus Nr. 1 vorhanden ist,
2. das Recht hätten, in einer Eigentümerversammlung bei der Beschlussfassung über die Neugestaltung des Treppenhauses in Haus Nr. 3 mitstimmen zu dürfen, oder
3. verpflichtet wären, sich an den für in Haus Nr. 4 vorgenommenen Aufzugsreparaturen anfallenden Kosten zu beteiligen, wenn sie die genannten Einrichtungen selbst überhaupt nicht mitbenutzen und hierzu auch keinerlei Veranlassung besteht.

Kurzum: Es ist für das spätere gedeihliche und möglichst konfliktfreie Zusammenleben aller Bewohner der Mehrhausanlage wichtig, die separaten Rechtssphären von vornherein dort entstehen zu lassen, wo bestimmte Angelegenheiten ausschließlich die Belange und Interessen einzelner Hausgemeinschaften oder anderweitig abgrenzbarer Personengruppen tangieren.⁵ Dies gilt ganz besonders für das in großen Wohnanlagen immer wieder brisante Thema der wechselseitigen Kostentragungsgerechtigkeit.⁶

Dem nachvollziehbaren Bestreben nach möglichst weitgehender Schaffung individueller oder gruppenweiser Nutzungs- und Verwaltungssphären sind jedoch in der Praxis Grenzen gesetzt. Große, einheitlich geplante Wohnanlagen verfügen – allein schon aus wirtschaftlich-praktischen Gründen zwecks Erzielung von Skaleneffekten bei den Bau- und Bewirtschaftungskosten – auch über Einrichtungen und Anlagen, die unabhängig von den ggf. gebildeten Nutzungs- und Verwaltungssphären allen Bewohnern gleichermaßen zu deren allseitiger Mitbenutzung offen stehen sollen. Klassische Beispiele hierfür sind gemeinsame Versorgungsanlagen mit den dazugehörigen Leitungs-

strängen und Hausanschlussanlagen, Wege-, Erholungs- und Spielplatzflächen auf dem Außengelände, die gesamte Tiefgarage mit ihren unterirdischen Bewegungsflächen nebst Ein- und -ausfahrtsrampen sowie ggf. zentrale Mülltonnenstandorte, Lüftungs- und Revisionsschächte. Diesbezüglich sollen innerhalb der Gesamtanlage – wiederum im wohlverstandenen Interesse aller Erwerber und Bewohner – individuelle oder gruppenweise Rechtskreise gerade nicht entstehen.

Der Schlüssel zu einer interessengerechten Konzeption komplexer Wohnanlagen besteht darin, individuelle und/oder gruppenmäßig definierte Nutzungs- und Verwaltungssphären selektiv in der Weise entstehen zu lassen, dass die einmal getroffenen Festlegungen über Jahre und Jahrzehnte hinweg funktionsfähig und interessengerecht bleiben. Zur Veranschaulichung der vom Rechtsgestalter insoweit anzustellenden grundlegenden Überlegungen sei beispielhaft folgende Fallkonstellation vorangestellt:

Beispiel:

Ein Bauträger plant eine innerstädtische Mehrhauswohnanlage, bestehend aus vier eigenständigen Häusern H1 bis H4. Jedes Haus soll über 12 Wohnungen verfügen, die als Wohnungseigentumsrechte abverkauft werden sollen. Auf dem Gesamtareal ist die Anlegung eines Netzes von Wegeflächen und im zentralen Innenhof die Errichtung eines gemeinsamen Kinderspielplatzes geplant. Wegeflächen und Kinderspielplatz sollen den Bewohnern aller Häuser zur Mitbenutzung offen stehen.

I. Sachenrechtliche Weichenstellung: Einheitlicher oder real geteilter Grundbesitz?

Alle Überlegungen hängen von der Beantwortung folgender grundlegender Frage ab, die der Notar mit dem Bauträger zweckmäßigerweise als Erstes erörtert: Soll die gesamte Wohnanlage ein einheitliches Grundstück bilden und dieses demgemäß unter Beachtung von § 1 Abs. 4 WEG mit allen (hier: 48) Wohnungen durch eine einzige Teilungserklärung nach § 8 WEG aufgeteilt werden? Oder sollen aus dem Gesamtareal zunächst vier eigenständige Grundstücke (eins für jedes vorgesehene Haus) herausgemessen werden, damit auf dem real geteilten Grundbesitz anschließend vier eigenständige Teilungserklärungen über je 12 Wohnungen errichtet werden?

Je nach Lage des Einzelfalls erscheint in der Praxis mal die eine, mal die andere Vorgehensweise als am ehesten zweckmäßig. Die Wahl mag nicht zuletzt auch von subjektiv geprägten Vorlieben des jeweiligen Bauträgers abhängen. Die Herausmessung einzelner Hausgrundstücke ist bspw. dann vorteilhaft, wenn der Bauträger auf dem Gesamtareal verschiedene Baufelder definiert hat und diese nicht alle gleichzeitig entwickeln will. Durch Bildung real geteilten Grundbesitzes vermeidet er diejenigen Probleme, die notwendigerweise auftreten, wenn er sich die Planung weiterer Baufelder auf einem nach Maßgabe des WEG einheitlich aufzuteilendem Grundbesitz vorbehalten wollte.⁷ Real geteilte Baufelder können sich in der Praxis außerdem als notwendig erweisen, wenn der Bauträger nur einige

3 Vgl. BeckOK WEG/Dötsch, 34. Ed., Stand 2.4.2018, § 10 Rn. 543 aE.

4 Ott ZWE 2016, 193 (193 f.).

5 Vgl. Rüscher ZWE 2011, 308 (308 f.); Ott ZWE 2016, 193 mit Erörterung typischer Regelungsbereiche in Gemeinschaftsordnungen.

6 Vgl. Rüscher ZWE 2011, 308 (308).

7 Dazu instruktiv BeckNotarHB/Rapp, 6. Aufl. 2015, A. III. – Wohnungseigentum Rn. 36 ff.; Würzburger NotarHB/Weber, 5. Aufl. 2018, Teil 2 Kap. 4 Rn. 77; Häublein DNotZ 2000, 442.

von ihnen selbst bebauen und andere als Ganzes an einen zwischengeschalteten Investor bzw. weiteren Bauträger veräußern will und dieser nicht nur an Wohnungs- und Teileigentumsrechten, sondern an vollwertigem Flächen-eigentum interessiert ist. Schließlich bringt die Herausmesung einzelner Hausgrundstücke den immerhin psychologisch vorteilhaften Effekt mit sich, dass die späteren Erwerber einer Wohnung einen vergleichsweise größeren Miteigentumsanteil (wenn auch nur an einem entsprechend kleineren Grundstück) erwerben und sie sich damit nicht so sehr „in der Masse aller Miteigentümer“ verloren sehen, wie dies bei einheitlicher Aufteilung womöglich der Fall wäre.⁸

II. Regelungsbedarf bei einheitlichem Grundbesitz

Wenn das Gesamtareal ein einheitliches Grundstück bilden und demgemäß durch eine einzige Teilungserklärung in Wohnungs- und ggf. Teileigentumsrechte aufgeteilt werden soll, ist unausweichlich, dass sich alle künftigen Erwerber als Mitglieder in derselben, ggf. sehr großen Wohnungs- und Teileigentümergeinschaft wiederfinden werden.⁹ Im Grundsatz – also soweit in der Gemeinschaftsordnung keine abweichenden Vereinbarungen nach § 10 Abs. 2 S. 2 WEG getroffen werden – richtet sich die Nutzung des (gesamten) Gemeinschaftseigentums nach §§ 13 Abs. 2 S. 1, 14 Nr. 1 WEG. Jeder Wohnungseigentümer ist grundsätzlich zum vollen Mitgebrauch des Gemeinschaftseigentums befugt und wird darin nur durch das Gebot der gegenseitigen Rücksichtnahme im Verhältnis zu den anderen Wohnungseigentümern begrenzt.¹⁰ Die in dieser weitreichenden Konsequenz unerwünschte Folge wäre das völlige Fehlen haus- oder gruppenspezifischer Nutzungssphären. Um dem vorzubeugen, bedarf es der Aufnahme solcher Bestimmungen in die Gemeinschaftsordnung, die die Teile des hausspezifischen Gemeinschaftseigentums von den Rechtsfolgen der §§ 13 Abs. 2 S. 1, 14 Nr. 1 WEG ausnehmen und insoweit die bereits angesprochenen Nutzungssphären entstehen lassen.¹¹

Da der vorliegende Beitrag auf die Gestaltung bei *grundstücksübergreifenden* Gemeinschaftsanlagen fokussiert bleiben soll, werden die sich in dieser Konstellation stellenden Gestaltungsfragen hier nicht näher thematisiert. Nur kurz sei darauf hingewiesen, dass als Mittel der Wahl zur nutzungs- und verwaltungsmäßigen Individualisierung einzelner Häuser in Mehrhausanlagen Sondernutzungsrechte zugunsten bestimmter Eigentümergruppen (zB den Bewohnern eines bestimmten Hauses) zugewiesen werden können,¹² die mit Grundbucheintragung auch gegen jeden Einzelrechtsnachfolger eines Sondereigentümers wirken (§ 10 Abs. 3 WEG).¹³ Konkrete Formulierungsmuster können der einschlägigen Fachliteratur entnommen werden.¹⁴

8 Vgl. *Tersteegen ZNotP* 2008, 21 (22).

9 Die getrennte Aufteilung unselbständiger Teilflächen unter Bildung mehrerer nebeneinanderstehender Eigentümergemeinschaften auf ein und demselben Grundstück wäre nicht möglich, vgl. *BeckOK WEG/Timme*, 34. Ed., Stand 2.4.2018, § 1 Rn. 162.

10 *BeckOK WEG/Dötsch*, 34. Ed., Stand 2.4.2018, § 14 Rn. 67; *MüKoBGB/Commichau*, 7. Aufl. 2017, § 14 WEG Rn. 10.

11 *Ott ZWE* 2016, 193 (195).

12 Vgl. nur *Hügel NZM* 2010, 8 (11); *Ott ZWE* 2016, 193 (195).

13 Vgl. *BeckOK WEG/Dötsch*, 34. Ed., Stand 2.4.2018, § 15 Rn. 234.

III. Regelungsbedarf bei real geteiltem Grundbesitz

Völlig anders liegen die Dinge, wenn die Mehrhausanlage auf einem Grundbesitz verwirklicht wird, der im Vorfeld der WEG-rechtlichen Aufteilung in der Weise real geteilt worden ist, dass für jedes zu errichtende Haus ein eigenes Grundstück im Rechtssinne zur Verfügung steht.

Infolgedessen entstehen mehrere räumlich benachbarte Eigentümergemeinschaften, zwischen denen – und das ist der entscheidende Anlass für weiteren Gestaltungsbedarf – im Ausgangspunkt keinerlei rechtliche Verbindungen bestehen. Die wohnungseigentumsrechtlich vermittelten Mitbenutzungsbefugnisse aus §§ 13 Abs. 2 S. 1, 14 Nr. 1 WEG bestehen dann nur hinsichtlich derjenigen Teile der Gemeinschaftsanlagen, die auf dem „eigenen“ Grundstück belegen sind. Will also beispielsweise der Erwerber einer Wohnung in Haus 1 (dieses belegen auf dem Grundstück G1) die auf den anderen Grundstücken G2, G3 und G4 belegenen Teile der „gemeinsamen“ Wegeflächen mitbenutzen, so benötigt er eine entsprechende Gestattung, um sich nicht der Gefahr eines Abwehranspruchs aus § 1004 BGB ausgesetzt zu sehen. Damit zeigt sich, dass bei der auf real geteiltem Grundbesitz verwirklichten Mehrhausanlage im Gegensatz zur Mehrhausanlage auf einheitlichem Grundbesitz ein vom Ansatz her genau umgekehrter Gestaltungsbedarf besteht. Es gilt nicht, bestimmte Teile des Gemeinschaftseigentums aus der Befugnis zur allseitigen Mitbenutzung herauszulösen und einzelnen Häusern vorzubehalten, sondern das im Ausgangspunkt bereits den einzelnen Häusern vorbehaltene, gewissermaßen „individualisierte“ Gemeinschaftseigentum in dem Maße zur allseitigen Mitbenutzung zu öffnen, wie dies im Einzelfall nach der Planung des Bauträgers erforderlich und zweckmäßig erscheint.

Wie dies in interessengerechter Weise geschehen kann, bildet den Gegenstand aller nun folgenden Ausführungen.

B. Einräumung und Absicherung von Mitbenutzungsrechten

Sobald das Gesamtareal entsprechend der Anzahl der zu errichteten Gebäude geteilt ist und der Bauträger im Zuge seiner Planung die grundstücksübergreifenden Gemeinschaftsanlagen definiert hat, kann ihn der Notar bei der Einräumung der wechselseitigen Mitbenutzungsrechte begleiten. Im ersten Schritt stellt sich die Frage, wie entsprechende Mitbenutzungsrechte an den grundstücksübergreifenden Gemeinschaftsanlagen eingeräumt und gegen alle denkbaren störenden Einflüsse abgesichert werden können.

I. Wahl des zweckmäßigen Gestaltungsinstruments

Bei der Wahl des Gestaltungsmittels kommen folgende Alternativen in Betracht:

14 *Münchener VertragsHB/Kreuzer*, VI, 7. Aufl. 2016, VII.3., dort Abschn. III. § 4 der Muster-Teilungserklärung; *Würzburger NotarHB/Weber*, 5. Aufl. 2018, Teil 2 Kap. 4 Rn. 248.

1. Schuldrechtliche Lösungsansätze

Bei Mehrhausanlagen, die nicht auf real geteiltem, sondern auf einheitlichem Grundbesitz geplant werden, würde es sich anbieten, dass der verantwortliche Bauträger die Modalitäten der Nutzung des Gemeinschaftseigentums bzw. bestimmter Gegenstände des Gemeinschaftseigentums in der Gemeinschaftsordnung durch für alle Wohnungs- und Teileigentümer verbindliche Gebrauchsregelung iSd § 15 WEG festlegt. Mit ihrer Grundbucheintragung wirkt sie gem. § 10 Abs. 3 WEG auch gegen jeden Einzelrechtsnachfolger.¹⁵ Spätere Änderungen wären nur durch Mitwirkung aller Wohnungs- und Teileigentümer möglich.¹⁶

Bei den hier zu erörternden Mehrhausanlagen auf real geteiltem Grundbesitz scheiden Gebrauchsregelungen als geeigneter Gestaltungsansatz hingegen von vornherein aus. Denn nach §§ 10 Abs. 2, 15 WEG können Wohnungs- und Teileigentümer ihr Verhältnis lediglich untereinander – also mit Wirkung stets nur innerhalb ein und derselben Eigentümergemeinschaft – regeln. Zur Regelung der Mitbenutzung im Verhältnis zwischen den Wohnungs- und Teileigentümern unterschiedlicher Grundstücke sind Gebrauchsregelungen nicht imstande.¹⁷

Aus demselben Grund scheiden – außerhalb des Wohnungseigentumsrechtlichen Zusammenhangs – Miteigentümergeinschaften gem. §§ 745, 746 iVm § 1010 BGB¹⁸ als Lösungsalternativen aus. Denn an einer solchen können sich wiederum nur diejenigen beteiligen, die Miteigentümer ein und desselben Grundstücks sind. Dies ist in der Mehrhausanlage bei real geteiltem Grundbesitz wie dargestellt jedoch nicht der Fall.¹⁹

Die fehlende Möglichkeit von Vereinbarungen nach §§ 10 Abs. 2, 15 WEG oder §§ 745, 746 iVm § 1010 BGB schließt schuldrechtliche Gestaltungen nicht prinzipiell aus. Der Bauträger könnte etwa im Rahmen des späteren Abverkaufs von Eigentumsrechten mit den einzelnen Erwerbfern Vereinbarungen dahingehend treffen, dass diese die Mitbenutzung näher bezeichneter Anlagen und Einrichtungen des Gemeinschaftseigentums „ihres“ Grundstücks durch die Eigentümer von Wohnungen der benachbarten Grundstücke zu dulden haben. Ggf. ließe sich dies im Wege einer wechselseitigen Abhängigkeit schaffenden Netzes von Verträgen zugunsten Dritter gem. § 328 BGB realisieren.²⁰ Alternativ könnte sich der Bauträger von den einzelnen Erwerbfern in den mit ihnen abzuschließenden Kaufverträgen unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB bevollmächtigen lassen, entsprechende wechselseitige Mitbenutzungsrechte bzw. Duldungspflichten

ten durch schuldrechtliche Vereinbarung zu gegebener Zeit in deren Namen festzulegen.

Alle derartigen Gestaltungen sind jedoch mit nicht kalkulierbaren Risiken behaftet. So könnte der Bauträger von den ihm inhaltsgleich erteilten Vollmachten überhaupt nur dann effektiv Gebrauch machen, wenn zum Zeitpunkt ihrer Verwendung keine einzige von ihnen entweder widerrufen worden²¹ noch aus anderen Gründen unwirksam geworden²² ist. Außerdem ist der planende Bauträger, weil alle schuldrechtlichen Gestaltungsansätze nur *inter partes* wirken, davon abhängig, dass die Erwerber die von ihnen eingegangenen Verpflichtungen im Falle der Weiterveräußerung des erworbenen Eigentumsrechts inhaltsgleich weitergeben. Der Bauträger kann mit seinen Erwerbfern zwar dahingehende Weitergabeverpflichtungen vereinbaren, hat aber keinerlei verlässlichen Schutz dagegen, dass diese im Einzelfall bewusst missachtet oder schlichtweg übersehen werden. Er bleibt uU auf Sekundäransprüchen wegen vertraglicher Pflichtverletzung sitzen, die er nur gegen seinen eigenen Vertragspartner (Ersterwerber) geltend machen kann und deren tatsächliche Durchsetzbarkeit zweifelhaft sein kann.

2. Dienstbarkeiten

Die aufgezeigten Nachteile von Mitbenutzungsregelungen auf (ausschließlich) schuldrechtlicher Basis lassen sich durch die Einräumung dinglich abgesicherter wechselseitiger Mitbenutzungsrechte an den jeweiligen Grundstücken vermeiden. Dies lenkt den Blick auf die Bestellung von Dienstbarkeiten als dem vom BGB-Gesetzgeber genau hierfür vorgesehenen Gestaltungsinstrument.

a) Beschränkte persönliche Dienstbarkeiten

Mit seiner Entscheidung vom 2.6.2005 hat der V. Zivilsenat des BGH²³ die Teilrechtsfähigkeit – präziser wäre es, von „bereichsspezifischer“ oder „gegenständlich beschränkter“ Rechtsfähigkeit zu sprechen²⁴ – der Wohnungseigentümergeinschaft anerkannt. Der Gesetzgeber hat diese Entwicklung wenig später durch Schaffung des jetzigen § 10 Abs. 6 WEG nachvollzogen.²⁵ Die Gemeinschaft der Wohnungs- und Teileigentümer ist als Verband nunmehr selbst Trägerin von Rechten und Pflichten, soweit sie bei der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums am Rechtsverkehr teilnimmt.²⁶ Die Rechtsfähigkeit erstreckt sich auf die Verwaltung des gesamten gemeinschaftlichen Eigentums, was nach den Vorgaben der zwischenzeitlich ergangenen Rechtsprechung weit zu verstehen ist.²⁷ Der Verband ist in diesem Rahmen insbesondere auch grundbuchfähig.²⁸ Vor diesem Hintergrund könnte man zunächst überlegen, die Mitbenutzungsrechte

15 Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 2908.

16 Der Inhalt der Gemeinschaftsordnung steht gem. §§ 8 Abs. 2, 5 Abs. 4 WEG einer Vereinbarung gleich, vgl. OLG Düsseldorf 13.6.1997 – 3 Wx 491/96, NJW-RR 1997, 1306 (1307). Eine Beschlusskompetenz nach § 15 Abs. 2 WEG ist insoweit beschränkt, vgl. BeckOK WEG/Dötsch, 34. Ed., Stand 2.4.2018, § 15 Rn. 37.

17 Drasdo ZWE 2017, 155 (157).

18 Dazu ausführlich Tschon RNotZ 2006, 205 ff. mit ausführlicher Darstellung der sich ergebenden praktischen Schwierigkeiten, wenn Miteigentümergeinschaften auf Veranlassung des ursprünglichen Alleineigentümers im Rahmen sukzessiver Abverkäufe in Kraft gesetzt werden sollen (aaO, 223 ff.).

19 Hinzu kämen erhebliche praktische Schwierigkeiten bei der Inkraftsetzung von Miteigentümergeinschaften zur Regelung der Benutzung von Gemeinschaftsflächen vor und während der Abverkaufsphase, vgl. Tschon RNotZ 2006, 205 (223 ff.).

20 Vgl. Drasdo ZWE 2017, 155 (157).

21 Zweifelhaft ist, ob hier unwiderrufliche Vollmachten erteilt werden könnten.

22 Etwa nach § 117 InsO bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens.

23 BGH 2.6.2005 – V ZB 32/05, DNotZ 2005, 776.

24 So auch Hügel DNotZ 2005, 753 (755); BeckOK WEG/Dötsch, 34. Ed., Stand 2.4.2018, § 10 Rn. 413.

25 Gesetz zur Änderung des Wohnungseigentumsgesetzes und anderer Gesetze vom 26.3.2007, BGBl. I S. 370.

26 Ausführlich zur Rechtsfähigkeit der Gemeinschaft der Wohnungs- und Teileigentümer Hügel DNotZ 2005, 753 (755); Krampen-Lietzke RNotZ 2013, 575.

27 S. etwa BGH 18.3.2016 – V ZR 75/15, BeckRS 2016, 07519; BGH 2.10.2015 – V ZR 5/15, NJW 2015, 3713 (3714).

28 BeckNotarHB/Rapp, 6. Aufl. 2015, A.III. – Wohnungseigentum Rn. 149 a.

wechselseitig in Gestalt beschränkter persönlicher Dienstbarkeiten zugunsten der jeweils benachbarten Gemeinschaften von Wohnungs- und Teileigentümern einzuräumen.

Diese Gestaltung ist zwar theoretisch denkbar, aber – wie nun zu zeigen sein wird – in der Planung von Wohnanlagen nicht praktikabel. Denn eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit kann zugunsten der Gemeinschaft von Wohnungs- und Teileigentümern erst begründet werden, sobald sie an der für die Entstehung des Rechts erforderlichen dinglichen Einigung gem. § 873 Abs. 1 BGB teilnehmen kann, wozu sie aber vor Beginn ihrer Rechtsfähigkeit nicht imstande ist.²⁹ Die mit bereichsspezifischer Rechtsfähigkeit ausgestattete Wohnungseigentümergeinschaft entsteht bei Aufteilung nach § 8 WEG durch den Alleineigentümer erst, sobald neben ihm wenigstens ein weiterer Wohnungs- oder Teileigentümer vorhanden³⁰ oder – wenn man von einer bereits mit Rechtsfähigkeit ausgestatteten „werdenden Eigentümergeinschaft“³¹ ausgehen will³² – zumindest die erste Aufassungsvormerkung für einen Erwerber als zukünftigen Eigentümer im Grundbuch eingetragen und der Besitzübergang gesichert ist.³³ Zu diesem vergleichsweise späten Zeitpunkt will der Bauträger die Mitbenutzungsrechte an den grundstücksübergreifenden Gemeinschaftsanlagen aber längst geklärt und grundbuchlich abgesichert haben.

Auch die frühzeitige Bewilligung und Eintragung von Vormerkungen zur Absicherung von Ansprüchen auf spätere Bestellung wechselseitiger beschränkter persönlicher Dienstbarkeiten zugunsten der bis dahin entstandenen Wohnungseigentümergeinschaft dürfte kein ernsthaft gangbarer Weg sein. Bereits der Anspruch ließe sich wohl nur auf Umwegen kreieren, nämlich dadurch, dass sich der Bauträger ggü. irgendjemandem (zB einer nur zu diesem Zweck vorgeschobenen konzernzugehörigen Gesellschaft) ein Versprechen zugunsten Dritter iSv § 328 BGB des Inhalts abgibt, der zu einem späteren Zeitpunkt erst entstehenden Eigentümergeinschaft eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit zu verschaffen.³⁴ Höchst zweifelhaft erscheint dann aber die Vormerkbarkeit eines solchen bereits vorweg „begründeten“ Anspruchs der noch

gar nicht entstandenen Eigentümergeinschaft auf entsprechende Rechtseinräumung.³⁵

b) Grunddienstbarkeiten

Als am ehesten zweckmäßige Gestaltungsmittel erweisen sich demgegenüber zwischen den Grundstücken wechselseitig zu bestellende, ihrem Inhalt nach auf Mitbenutzung eines fremden Grundstücks gerichtete Grunddienstbarkeiten gem. § 1018 1. Var. BGB. Der jeweilige Eigentümer des belasteten (dienenden) Grundstücks hat hiernach die Vornahme der in der Eintragungsbewilligung zur Grunddienstbarkeit näher bezeichneten Handlungen auf seinem Grundstück zu dulden.³⁶ Die Wahl der Grunddienstbarkeit hat – etwa gegenüber einer zugunsten der Eigentümergeinschaft bestellten beschränkten persönlichen Dienstbarkeit – den entscheidenden Vorteil, dass der Bauträger sie während der Zeit seines Alleineigentums und unmittelbar nach erfolgter Herausmessung der einzelnen Hausgrundstücke aus dem zu bebauenden Gesamtareal als vorübergehende Eigentümergrunddienstbarkeiten³⁷ ungestört in den einzelnen Grundbüchern zur Eintragung bringen kann. Die vorratsmäßige Bestellung einer Eigentümergrunddienstbarkeit sieht die Rechtsprechung als zulässig an, wenn ein schutzwürdiges Interesse an ihrer frühzeitigen Eintragung als zumindest möglich vorgetragen werden kann.³⁸ Einen Nachweis in der Form des § 29 GBO darf das Grundbuchamt nicht verlangen.³⁹ Ein ausreichendes Interesse ist insbesondere gegeben, wenn der Eigentümer der betroffenen Grundstücke den späteren Verkauf beabsichtigt und hierfür die ihm sinnvoll erscheinenden vorbereitenden Maßnahmen treffen möchte.⁴⁰ Der entscheidende Vorteil der Grunddienstbarkeit ist es, dass sie in ihrer Eigenschaft als subjektiv-dingliches und im Grundbuch eingetragenes Recht die erwünschte Sukzessionswirkung für alle Fälle der Einzelrechtsnachfolge in das Eigentum an einem Grundstück oder in die auf ihm ggf. gebildeten Eigentumsrechte gewährleistet, ohne dass der dienende Eigentümer seine Duldungsverpflichtungen gesondert weitergeben müsste.

29 Die hier erörterte Situation ist im Übrigen nicht vergleichbar mit der Bestellung eines Eigentümerrechts, für dessen wirksame Entstehung nach allgemeiner Auffassung eine Ausnahme vom Einigungserfordernis anzuerkennen ist, vgl. MüKoBGB/Kohler, 7. Aufl. 2017, § 873 Rn. 48. Der entscheidende Unterschied zum Eigentümerrecht besteht darin, dass die (künftige) Wohnungseigentümergeinschaft auf Begünstigtenseite nicht mit dem Verpflichteten personenidentisch ist.

30 Zwar wird im Schrifttum vereinzelt für das Konzept einer „Ein-Personen-WEG“ Partei ergriffen (Becker ZWE 2007, 119 [120 ff.]), dagegen aber mit zutreffenden Argumenten Krampen-Lietzke RNotZ 2013, 575 (582).

31 Vgl. hierzu die grundlegende Entscheidung BGH 5.6.2008 – V ZB 85/07, NJW 2008, 2639, bestätigt durch BGH 11.5.2012 – V ZR 196/11, NJW 2012, 2650; MüKoBGB/Commichau, 7. Aufl. 2017, Vor § 1 WEG Rn. 69 ff.; Krampen-Lietzke RNotZ 2013, 575 (579 ff.).

32 So die hM, vgl. Hügel DNotZ 2005, 753 (756 f.); Hügel ZWE 2010, 122 (123); Wenzel NZM 2008, 625 (628). Hierbei gilt es allerdings zu bedenken, dass sich der BGH in der vorstehend (Fn. 31) zitierten Entscheidung aus dem Jahr 2008 einer klaren Aussage zur (Außen-) Rechtsfähigkeit der werdenden Eigentümergeinschaft enthalten hat. Er hat lediglich bestimmte Regelungen des WEG für „jedenfalls im Innenverhältnis“ der künftigen Wohnungseigentümer anwendbar erklärt, vgl. BGH 5.6.2008 – V ZB 85/07, NJW 2008, 2639 (2640).

33 BGH 11.5.2012 – V ZR 196/11, NJW 2012, 2650 (2652).

34 Die Person des Dritten iSv § 328 BGB muss lediglich nach persönlichen oder sachlichen Kriterien bestimmbar sein (BGH 16.11.2007 – V ZR 208/06, NJW-RR 2008, 683 [684]; BGH 28.6.1979 – VII ZR 248/78, NJW 1979, 2036 [2036]; OLG München 4.8.2009 – 32 Wx 33/09, BeckRS 2009, 25397). Es kann sich dabei auch um eine zunächst nur geplante juristische Person handeln, vgl. MüKoBGB/Gottwald, 7. Aufl. 2016, § 328 Rn. 24.

35 Vgl. BGH 22.12.1982 – V ZR 8/81, NJW 1983, 1543 (Vormerkbarkeit mangels Bestimmbarkeit des Dritten abgelehnt); s. a. Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 1494 zu den rechtlichen Unwägbarkeiten, mit einem Drittbenennungsrecht zu arbeiten. Dessen ungeachtet ist weiter zweifelhaft, ob der für Vormerkbarkeit erforderliche sichere Rechtsboden (hierzu näher MüKoBGB/Kohler, 7. Aufl. 2017, § 883 Rn. 28 f.; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 1489 ff.) vorhanden ist.

36 Eingehend zur Benutzungsdienstbarkeit nach § 1018 1. Var. BGB MüKoBGB/Mohr, 7. Aufl. 2017, § 1018 Rn. 28 ff.

37 Vgl. zur allgemeinen Zulässigkeit von Eigentümerdienstbarkeiten analog § 1196 Abs. 2 BGB BGH 8.4.1988 – V ZR 120/87, NJW 1988, 2362 (2363); Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 1123. Gleichlautend auch die Rspr. zur Bestellung anderer Dienstbarkeiten zugunsten des derzeitigen Eigentümers: BGH 11.3.1964 – V ZR 78/62, NJW 1964, 1226 (beschränkt persönliche Dienstbarkeit am eigenen Grundstück); BGH 14.7.2011 – V ZB 271/10, NJW 2011, 3517 (Nießbrauch am eigenen Grundstück).

38 BGH 14.7.2011 – V ZB 271/10, NJW 2011, 3517 (3518); OLG München 30.9.2011 – 34 Wx 328/11, RNotZ 2012, 44 (45) m. Einordn. d. Schriftl.

39 MüKoBGB/Mohr, 7. Aufl. 2017, § 1018 Rn. 22; Staudinger/Weber, BGB (2016), § 1018 Rn. 48 ff.

40 BGH 11.3.1964 – V ZR 78/62, NJW 1964, 1226 (1226 f.).

II. Inhaltliche Gestaltung der Grunddienstbarkeiten

Bei der näheren Gestaltung der Grunddienstbarkeiten hat der Bauträger zunächst darauf zu achten, dass der Hauptinhalt des Rechts – wie es § 1018 BGB in allen seiner drei Varianten vorschreibt – lediglich Unterlassungs- oder Duldungspflichten des dienenden Eigentümers statuiert.⁴¹ Positive Handlungspflichten können nicht primärer Inhalt einer Grunddienstbarkeit sein.⁴² Innerhalb des so abgesteckten Rahmens bietet es sich an, dass der Berechtigte zur Nutzung⁴³ näher bezeichneter Anlagen oder Einrichtungen berechtigt wird, die sich auf dem belasteten Grundstück befinden. Wenn – was im Einzelfall zu prüfen wäre – in Ansehung der errichteten Anlage oder Einrichtung die Voraussetzungen der §§ 93, 94 BGB erfüllt sind, steht sie im Eigentum des Dienstbarkeitsverpflichteten. § 95 Abs. 1 S. 2 BGB dürfte im Falle einer reinen Benutzungsdienstbarkeit nicht einschlägig sein, weil derjenige, der kraft Grunddienstbarkeit „lediglich“ das Recht zur Mitbenutzung von Anlagen und Einrichtungen auf einem fremden Grundstück hat, nicht „in Ausübung eines Rechts an einem fremden Grundstück“ eine Sache mit dem fremden Grundstück verbunden hat.⁴⁴

Weiterhin sollte darauf geachtet werden, dass es meistens sachgerecht ist, den jeweiligen Berechtigten ein Recht nur zur *Mitbenutzung* und nicht – wie es ebenfalls denkbar wäre – zur *ausschließlichen Nutzung* von Anlagen auf dem dienenden Grundstück zu verschaffen. Dies ist wichtig, weil es in den Planungen des Bauträgers meistens vorgesehen ist, dass die Eigentümer des dienenden Grundstücks ihrerseits den auf ihrem Grundstück belegenen Teil der grundstücksübergreifenden Gemeinschaftsanlage weiterhin, und zwar gleichberechtigt neben den herrschenden Eigentümern, nutzen dürfen sollen.

Ferner ist zu beachten, dass nur der jeweilige Eigentümer des herrschenden Grundstücks persönlich von den Mitbenutzungsrechten profitieren soll, sondern ebenso seine etwaigen Mieter, Pächter, Besucher, Haushaltsgenossen, Kunden usw. Der BGH hat insoweit bereits entschieden, dass jene Personen – vorausgesetzt natürlich, der Eintragungsbewilligung lässt sich nichts Gegenteiliges entnehmen – auch ohne besondere Regelung die Grunddienstbarkeit ausüben dürfen.⁴⁵ Dennoch bietet es sich im Sinne des sichersten Weges an, in der Eintragungsbewilligung ausdrücklich zu erwähnen, dass der herrschende Eigentümer die grundstücksübergreifenden Gemeinschaftsanlagen nicht nur selbst mitbenutzen, sondern auch durch von ihm ausgewählte Dritte mitbenutzen lassen darf.

Nur in den seltensten Fällen dürfte sich das gewünschte Ausmaß der wechselseitigen Grundstücksmitbenutzung in einer einzigen Beziehung (zB Nutzung von Wegeflächen

zum Begehen) erschöpfen. Im eingangs gebildeten Beispiel⁴⁶ soll sich die wechselseitige Befugnis zur Mitbenutzung der Grundstücke darüber hinaus auf die jeweiligen Teilflächen des gemeinsamen Spielplatzes erstrecken. Oftmals sind sogar noch weitere wechselseitige Mitbenutzungsbefugnisse relevant, etwa in Bezug auf gemeinsame grundstücksübergreifende Ver- und Entsorgungsleitungen nebst Anschlussystemen und Betriebsanlagen, Tiefgaragenwegeflächen⁴⁷ usw. Die damit einhergehende Vervielfältigung wechselseitiger sachlicher Berechtigungen erfordert glücklicherweise keine entsprechende Vielzahl an Grundbucheintragungen. Verschiedenartige Befugnisse zur Nutzung des dienenden Grundstücks können in ein und derselben Grunddienstbarkeit zusammengefasst werden, wenn jede einzelne Teilnutzungsbefugnis für sich genommen einen gem. § 1018 BGB zulässigen Inhalt hat und die Zuweisung mehrfacher Nutzungsarten in ihrer Gesamtschau nicht praktisch dazu führt, dass eine unbeschränkte Nutzungsbefugnis vermittelt wird.⁴⁸ Eine solche Zusammenfassung mehrerer benötigter Nutzungsarten in derselben Dienstbarkeit empfiehlt sich, damit im Sinne der Übersichtlichkeit der Belastungsverhältnisse die Anzahl erforderlicher Grundbucheintragungen in Abt. II so gering wie möglich bleibt.

Bisweilen soll nach den Planungen des Bauträgers das auf eine bestimmte grundstücksübergreifende Gemeinschaftsanlage bezogene Mitbenutzungsrecht nicht schrankenlos bestehen, sondern gewissen Einschränkungen unterliegen. Für das im Beispiel⁴⁹ genannte grundstücksübergreifende Netz von Wegeflächen ist möglicherweise gewünscht, dass ein allseitiges Mitbenutzungsrecht insoweit nur zum (fußläufigen) Begehen besteht und demgegenüber das Befahren mit Fahrzeugen gerade nicht gestattet ist. Hinsichtlich der herrschenden Grundstücke lässt sich dies problemlos durch einen entsprechend eingeschränkt formulierten Inhalt der Grunddienstbarkeit verwirklichen. Der Eigentümer des dienenden Grundstücks wird hierdurch allerdings nicht in den Modalitäten der ihm verbleibenden Mitbenutzung der auf seinem Grundstück belegenen Wegeteilflächen gebunden. Damit auch er in seiner eigenen, kraft Eigentum vermittelten Mitbenutzung auf ein inhaltsgleiches Gehrecht eingeschränkt wird, bedarf es der Ergänzung der Grunddienstbarkeit um ein zulasten des dienenden Eigentümers wirkendes Verbotselement. Im Rahmen des § 1018 2. Var. BGB (Verbot, auf dem eigenen Grundstück gewisse Handlungen vorzunehmen) kann eine solche Einschränkung der Nutzungsbefugnis des dienenden Eigentümers seinerseits zum Gegenstand der Dienstbarkeit gemacht werden.⁵⁰

In jedem Fall – egal ob der herrschende Eigentümer Mitbenutzungsrechte erhält oder dem dienenden Eigentümer ansonsten bestehende Mitbenutzungsrechte genommen werden – bedürfen die vom jeweiligen Recht betroffenen Anlagenbereiche einer präzisen, dem sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz genügenden Beschreibung. Dazu

41 Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 1115.

42 MüKoBGB/Mobr, 7. Aufl. 2017, § 1018 Rn. 43 mwN.

43 Wie sogleich (im weiteren Verlauf dieses Gliederungsabschnitts) zu zeigen sein wird: „Mitbenutzung“.

44 Durchaus denkbar wäre es, hiervon abweichend die Dienstbarkeit so zu formulieren, dass der Berechtigte auf dem fremden Grundstück eine Anlage „haben darf“. Hier käme § 95 Abs. 1 S. 2 BGB zur Anwendung, wonach das Eigentum an der Anlage vom Eigentum des Belegenheitsgrundstücks entkoppelt wäre. Die Anlage würde dem Eigentümer des herrschenden Grundstücks (dem Dienstbarkeitsberechtigten) gehören (MüKoBGB/Stresemann, 7. Aufl. 2015, § 95 Rn. 23).

45 BGH 21.5.1971 – V ZR 8/69, BeckRS 1971, 105620.

46 S.o., Abschn. A.

47 Näher zu den die Tiefgarage betreffenden Rechtsverhältnissen unten, Abschn. E.

48 BGH 6.11.2014 – V ZB 131/13, NJW-RR 2015, 208 (209); BGH 5.10.1979 – V ZR 178/78, NJW 1980, 179; MüKoBGB/Mobr, 7. Aufl. 2017, § 1018 Rn. 27; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 1147.

49 S.o., Abschn. A.

50 Vgl. BeckOKBGB/Wegmann, 45. Ed., Stand 1.11.2017, § 1018 Rn. 54 ff.

kann und sollte die Ausübungsstelle der jeweiligen Mitbenutzung entsprechend der örtlichen Lage der jeweiligen grundstücksübergreifenden Gemeinschaftsanlagen klar festgelegt werden.⁵¹ In diesem Zusammenhang dürfte es sich meistens anbieten, in der Eintragungsbewilligung auf beigefügte Plananlagen zu verweisen.⁵²

III. Berechtigter Personenkreis

Die Gestaltung der Grunddienstbarkeiten gewinnt an Komplexität, wenn die Mehrhaus- oder Reihenhauswohnanlage aus mehr als nur zwei Häusern besteht. Dann nämlich muss der auf einem jeden Grundstück belegene Teil der grundstücksübergreifenden Gemeinschaftsanlagen den jeweiligen Eigentümern *mehrerer* anderer Grundstücke zur Mitbenutzung zugänglich gemacht werden. Dies wirft die Frage auf, wie sich die notwendige Vervielfältigung der Berechtigungen umsetzen lässt. Es stehen zwei Gestaltungsoptionen zur Verfügung:

1. Variante: Konkurrierende Einzelrechte

Möglich wäre zunächst die Bestellung separater, inhaltlich gleichlautender Einzelgrunddienstbarkeiten für jedes zu begünstigende Grundstück. Wenn in dem gebildeten Beispielfall⁵³ die vier Häuser der Mehrhausanlage auf je einem eigenen Grundstück G1 bis G4 errichtet werden und die auf jedem Grundstück belegenen Teile der Wege- und Spielplatzflächen allen Grundstücks- bzw. Wohnungseigentümern zur Mitbenutzung zugänglich sein sollen, würde allein dies in den jeweiligen Grundbüchern von G1 bis G4 folgende Eintragungen nach sich ziehen:

G1 – Abt. II:

- Grunddbk. (Wege- und Spielplatzrecht) für den jew. Eigt. des Grdst. G2,
- Grunddbk. (Wege- und Spielplatzrecht) für den jew. Eigt. des Grdst. G3,
- Grunddbk. (Wege- und Spielplatzrecht) für den jew. Eigt. des Grdst. G4.

G2 – Abt. II:

- Grunddbk. (Wege- und Spielplatzrecht) für den jew. Eigt. des Grdst. G1,
- Grunddbk. (Wege- und Spielplatzrecht) für den jew. Eigt. des Grdst. G3,
- Grunddbk. (Wege- und Spielplatzrecht) für den jew. Eigt. des Grdst. G4.

G3 – Abt. II:

- Grunddbk. (Wege- und Spielplatzrecht) für den jew. Eigt. des Grdst. G1,
- Grunddbk. (Wege- und Spielplatzrecht) für den jew. Eigt. des Grdst. G2,
- Grunddbk. (Wege- und Spielplatzrecht) für den jew. Eigt. des Grdst. G4.

G4 – Abt. II:

- Grunddbk. (Wege- und Spielplatzrecht) für den jew. Eigt. des Grdst. G1,

- Grunddbk. (Wege- und Spielplatzrecht) für den jew. Eigt. des Grdst. G2,
- Grunddbk. (Wege- und Spielplatzrecht) für den jew. Eigt. des Grdst. G3.

Wenn so vorgegangen wird und die auf einem jeden Grundstück eingetragenen Rechte durch Rangbestimmung gem. § 879 Abs. 3 BGB in den – typischerweise beabsichtigten – Gleichrang gebracht werden, kommt angesichts ihrer auch inhaltlichen Kollision § 1024 BGB zur Anwendung.⁵⁴ Hiernach kann jeder Berechtigte „eine den Interessen aller Berechtigten nach billigem Ermessen entsprechende Regelung der Ausübung“ verlangen.

So gut sich dies anhören mag, würde die Bestellung individueller Einzeldienstbarkeiten gerade in Mehrhausanlagen größeren Umfangs eine Vielzahl von Grundbucheintragungen für ein und dasselbe Gestaltungsziel erfordern. Dadurch geht einerseits Grundbuchtransparenz verloren, andererseits erhöht sich mit steigender Anzahl einzutragender Rechte die Belastung mit Notar- und Gerichtskosten.⁵⁵

2. Variante: Einheitliches Recht im Gemeinschaftsverhältnis (§ 47 Abs. 1 GBO)

Die zuletzt erwähnten Nachteile von Einzelrechten lassen sich vermeiden, wenn stattdessen auf jedem dienenden Grundstück nur eine einzige Grunddienstbarkeit für die jeweiligen Eigentümer aller anderen Grundstücke eingetragen wird. Von der Möglichkeit, ein vergemeinschaftetes Recht zu bestellen, ist speziell für Grunddienstbarkeiten ersichtlich auch der Gesetzgeber ausgegangen (vgl. § 1025 BGB, wonach die Grunddienstbarkeit nach Teilung des herrschenden Grundstücks als einheitliches Recht fortbesteht⁵⁶). Nach heute einhelliger Ansicht in Rechtsprechung⁵⁷ und Literatur⁵⁸ ist daher auch schon bei erstmaliger Rechtseinräumung die Vervielfältigung der aus einer einzigen Grunddienstbarkeit stammenden Berechtigungen grundsätzlich zulässig und lediglich an die allgemeine Voraussetzung gebunden, dass das Recht von Anfang an allen begünstigten Grundstücken einen Vorteil bietet (§ 1019 BGB).

Wer ein gemeinschaftliches dingliches Recht im Grundbuch zur Eintragung bringen möchte, muss gem. § 47 Abs. 1 GBO in der Bewilligung das für die Gemeinschaft maßgebende Rechtsverhältnis entweder ausdrücklich angeben oder wenigstens auf solche Weise erkennbar machen, dass es vom Grundbuchamt im Wege der Auslegung ermittelbar ist.⁵⁹ Diese Obliegenheit trifft den Bewilligenden – entgegen einer singulär gebliebenen und mE auch in

51 Vgl. Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 1141 mwN.

52 Vgl. Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 1141.

53 S.o., Abschn. A.

54 MüKoBGB/Mohr, 7. Aufl. 2017, § 1024 Rn. 1.

55 Kölner Formularb. Grundstücksrecht/Koller, 2. Aufl. 2016, Kap. 4 Rn. 129; BeckNotarHB/Everts, 6. Aufl. 2015, A. VII. Rn. 17.

56 Vgl. Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 1124; OLG Frankfurt a.M. 21.4.1968 – 6 W 224/66, NJW 1969, 469 (469).

57 S. nur KG 20.2.2018 – 1 W 342/17, RNotZ 2018, 248 m. Einordn. d. Schriftl.; BayObLG 21.2.2002 – 2Z BR 10/02, MittBayNot 2002, 288; OLG Frankfurt a.M. 21.4.1968 – 6 W 224/66, NJW 1969, 469; s. a. BGH 21.12.1966 – V ZB 24/66, NJW 1967, 627 für das nicht anders zu behandelnde Wohnungsrecht.

58 Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 1124; MüKoBGB/Mohr, 7. Aufl. 2017, § 1018 Rn. 23; Staudinger/Weber, BGB (2016), § 1018 Rn. 51.

59 BGH 24.11.1978 – V ZB 6/78, DNotZ 1979, 499; BeckOK GBO/Reetz, 31. Ed., Stand 1.2.2018, § 47 Rn. 65; Meikel/Böhringer, GBO, 11. Aufl. 2015, § 47 Rn. 19.

der Sache nicht überzeugenden Rechtsprechung des BayObLG⁶⁰ – auch dann, wenn im Zeitpunkt der Bewilligung und Eintragung der Grunddienstbarkeit (vorübergehend noch) ein und dieselbe Person alleiniger Eigentümer aller herrschenden Grundstücke ist.⁶¹

Die Auswahl des „richtigen“ bzw. im Einzelfall zweckmäßigen Gemeinschaftsverhältnisses erweist sich speziell im gesamten Bereich der Dienstbarkeiten (einschließlich des Nießbrauchs) alles andere als einfach.⁶² Dies hat seinen Grund zunächst darin, dass das Gesetz weder einen *numerus clausus* noch wenigstens irgendein Leitbild für das dingliche Gemeinschaftsverhältnis vorgibt.⁶³ Die Rechtsprechung lässt den Beteiligten weitestgehend freie Hand.⁶⁴ So haben die Gerichte in der Vergangenheit schon eine beachtliche Zahl verschiedenartig gestalteter Gemeinschaftsverhältnisse für Dienstbarkeiten „durchgewunken“.⁶⁵ Naturgemäß haben sie sich dabei weitergehender Aussagen zur einzelfallspezifischen Zweckmäßigkeit jener Gemeinschaftsverhältnisse enthalten. Genau diese Diskussion wird dafür seit Längerem im Schrifttum intensiv und ohne klares Ergebnis geführt.⁶⁶ Dies überrascht, zumal in der Praxis bei Bestellung einer einheitlichen Grunddienstbarkeit für mehrere Berechtigte stets dieselben Ziele verfolgt werden: Einerseits soll jeder Berechtigte die geschuldete Passivität (Duldung) individuell vom Verpflichteten einfordern dürfen, ohne dass dieser iRd Erfüllung ein einseitiges Recht zur Auswahl seines Erfüllungspartners hat. Andererseits soll kein einzelner Berechtigter Verfügungen über die Dienstbarkeit mit nachteiliger Wirkung für die übrigen Berechtigten treffen dürfen.⁶⁷ Schließlich soll es Vorkehrungen für eine effektive und interessengerechte Verwaltung der Mitbenutzungsrechte geben.⁶⁸

a) Diskussionsstand zum Gemeinschaftsverhältnis bei Grunddienstbarkeiten

In der Literatur am weitesten verbreitet ist der Vorschlag, das Gemeinschaftsverhältnis – unter Rückgriff auf die gesetzlichen Bestimmungen zur Gesamtgläubigerschaft bei Forderungen – als „Gesamtberechtigung gem. § 428 BGB“ zu definieren.⁶⁹ Sie hat auch in der Bewilligungspra-

xis für Dienstbarkeiten mit deutlichem Abstand die weiteste Verbreitung gefunden und ist ganz allgemein bei dinglichen Rechten annähernd universell zulässig.⁷⁰ Wohl deshalb wird ihr die Eigenschaft zugeschrieben, bei den Grundbuchämtern etwaige Bedenken hinsichtlich der Zulässigkeit des konkret gewählten Gemeinschaftsverhältnisses gar nicht erst entstehen zu lassen.⁷¹

Insbesondere *Amann* hat in mehreren Beiträgen⁷² die Konsequenzen der Gesamtberechtigung nach § 428 BGB einer vertieften kritischen Analyse unterzogen. Er kommt zum Ergebnis, dass diese unter Berücksichtigung der von den Beteiligten verfolgten Regelungsziele rechtsdogmatisch verfehlt sei. Vielmehr gebe eine an die Regeln der Mitgläubigerschaft nach § 432 BGB angelehnte „Mitrechtigung“ das von den Beteiligten in der Sache angestrebte Gemeinschaftsverhältnis treffender wieder und sei daher der Gesamtberechtigung vorzuziehen.⁷³ Erstens zeichne der in § 428 BGB vorgezeichnete Mechanismus, wonach der Schuldner (Dienstbarkeitsverpflichtete) einem Gläubiger (Dienstbarkeitsberechtigten) seiner Wahl die ganze Leistung mit allseits schuldbefreiender Wirkung zukommen lassen kann und deren endgültige Zuordnung erst einem anschließenden Innenausgleich der Gesamtgläubiger bzw. -berechtigten überlassen bleibt, interessenswidrige Ergebnisse zulasten derer vor, denen ggü. nicht erfüllt wird.⁷⁴ Zweitens erlaube es die Gesamtberechtigung bei wortgetreuer Anwendung der §§ 429 Abs. 3, 423 BGB jedem einzelnen Berechtigten, von sich aus das dingliche Recht mit Gesamtwirkung zulasten aller weiteren Berechtigten aufzugeben.⁷⁵ Hierzu verweist *Amann* durchaus zu recht auf die Rechtsprechung verschiedener Oberlandesgerichte, die die Gesamtwirkung einer durch nur einen Gesamtgläubiger erklärten Rechtsaufgabe tatsächlich anerkannt haben.⁷⁶ Alle derartigen Nachteile ergäben sich von vornherein nicht, würde man direkt auf das Gemeinschaftsverhältnis der Mitbeteiligung nach § 432 BGB abstellen: Jeder einzelne Berechtigte könne die Leistung zur gleichzeitigen Erbringung zugunsten aller Berechtigten einfordern, ohne dass es ein Recht des Verpflichteten zur (willkürlichen) Auswahl seines Erfüllungspartners gibt.⁷⁷ Auch die Möglichkeit einseitiger Rechtsaufgabe mit Gesamtwirkung ergebe sich nicht, weil § 429 BGB im Rahmen des § 432 BGB von vornherein keine Anwendung findet.⁷⁸

Eine weitere, in jüngerer Zeit im Vordringen befindliche Strömung konstatiert zwar in Übereinstimmung mit *Amann* gewisse Unzulänglichkeiten der Gesamtberechti-

60 BayObLG 21.2.2002 – 2Z BR 10/02, MittBayNot 2002, 288.

61 Richtig daher jüngst KG 20.2.2018 – 1 W 342/17, RNotZ 2018, 248 (m. Einordn. d. Schriftl.) mit zutreffendem Hinweis auf die von Anfang an bestehende formelle Berechtigtenmehrheit.

62 Dazu sogleich ausführlich (im weiteren Verlauf dieses Gliederungsabschnitts B. III.2.).

63 Vgl. *Amann* DNotZ 2008, 324 (331 f.).

64 MüKoBGB/Mohr, 7. Aufl. 2017, § 1018 Rn. 23 aE.

65 Vgl. etwa BGH 21.12.1966 – V ZB 24/66, NJW 1967, 627 (Wohnungsrecht – wohl: modifizierte Gesamtberechtigung); BayObLG 9.7.1965 – BReg. 2 Z 20/65, NJW 1966, 56 und OLG Frankfurt a. M. 21.4.1968 – 6 W 224/66, NJW 1969, 469 (Grunddienstbarkeit – Bruchteilsgemeinschaft bzw. Gesamtberechtigung); LG Kassel 26.5.2009 – 3 T 92/09, Rn. 16, frei abrufbar in der Online-Entscheidungsdatenbank des DNotI (Berechtigung analog §§ 1024, 1025 BGB); LG Bayreuth 20.6.2005 – 41 T 83/05, MittBayNot 2006, 147 (wohl: modifizierte Gesamtberechtigung); LG Traunstein 27.1.1987 – 4 T 1690/86, Rpfleger 1987, 242 (modifizierte Bruchteilsberechtigung nach Maßgabe von §§ 741 ff. und 432 BGB).

66 Vgl. nur statt vieler folgende bedeutsame Beiträge: *Amann* DNotZ 2008, 324; *Kessler* DNotZ 2010, 123; *Stavorinus* NotBZ 2017, 249; *Amann* in FS H. Hagen (1999), S. 75 ff.

67 *Kessler* DNotZ 2010, 123 (125).

68 Auf die hiermit verbundenen Fragen wird unten in Abschn. C. III. gesondert eingegangen.

69 Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 1125; Kersten/Bühling/Basty, Formularb. und Praxis der freiw. Gerichtsbarkeit, 25. Aufl. 2016, § 64 Rn. 37; Münchener VertragsHB/Spiegelberger/Wartenburger, 7. Aufl. 2016, VIII. 17. Rn. 8.

70 Vgl. *Amann* in FS H. Hagen (1999), S. 75, 91. Nach neuester Rspr. des BGH ist die Gesamtberechtigung nach § 428 BGB allerdings kein zulässiges Gemeinschaftsverhältnis für ein für mehrere Berechtigte bestelltes dingliches Vorkaufsrecht, vgl. BGH 13.10.2016 – V ZB 98/15, NJW 2017, 1811 mAnm *Kessler*.

71 Dies konstatierend *Amann* DNotZ 2008, 324 (326), der selbst jedoch aus dogmatischen Gründen ausgewiesener Kritiker der Gesamtberechtigung ist.

72 *Amann* DNotZ 2008, 324; *Amann* MittBayNot 2014, 508 (509); s. a. *Amann* in FS H. Hagen (1999), S. 75, 91 f.

73 *Amann* DNotZ 2008, 324 (327 und 329 ff.); *Amann* in FS H. Hagen (1999), S. 75, 91.

74 Vgl. *Amann* DNotZ 2008, 324 (325 f.); *Amann* MittBayNot 2014, 508 (509).

75 Vgl. *Amann* MittBayNot 2014, 508 (508).

76 Vgl. hierzu OLG Zweibrücken 4.9.2013 – 3 W 52/13, MittBayNot 2014, 553; OLG Hamburg 18.10.2002 – 4 U 75/02, BeckRS 2003, 01028; OLG Bremen 11.8.1986 – 1 W 51/86, OLGZ 1987, 29 (30); KG 21.10.1937 – 1 Wx 491/37, JW 1937, 3158.

77 Vgl. *Amann* DNotZ 2008, 324 (327).

78 Vgl. *Amann* DNotZ 2008, 324 (327).

gung gem. § 428 BGB, will sich aber begrifflich-konzeptionell von diesem Gemeinschaftsverhältnis nicht völlig lossagen. Zulässig und ggf. vorzugswürdig sei eine „modifizierte Gesamtberechtigung“, die durch Einbeziehung einzelner Aspekte der Mitberechtigung nach § 432 BGB zur interessengerechten Ausformung des Gemeinschaftsverhältnisses führe.⁷⁹

Auch die Bruchteilsgemeinschaft nach §§ 741 ff. BGB wird teilweise als geeignetes Gemeinschaftsverhältnis für die Gestaltung von Dienstbarkeiten genannt.⁸⁰ Die Rechtsprechung zeigt sich insoweit jedoch uneinheitlich: Manche Gerichtsentscheidungen älteren Datums erwecken den Eindruck, die Bruchteilsberechtigung an einer Dienstbarkeit sei generell und uneingeschränkt zulässig.⁸¹ Andere halten sie für zulässig, wenn das betroffene Recht bzw. die aus ihm herrührende Ausübungsbefugnis rechtlich teilbar ist.⁸² Das BayObLG hat die Bruchteilsberechtigung, ohne sich aber generell zu äußern, jedenfalls für den Fall als zulässig anerkannt, in dem mehreren Grundstückseigentümern das Recht eingeräumt wird, auf dem dienenden Grundstück eine für alle Berechtigte vorteilhafte Anlage zu errichten.⁸³ Teile des Schrifttums halten die bruchteilmäßige Berechtigung an einer Dienstbarkeit im Falle mehrerer herrschender Grundstücke kategorisch für unzulässig.⁸⁴ Ungeklärt ist bei alledem auch, ob die Bruchteilsgemeinschaft überhaupt als vollwertiges Gemeinschaftsverhältnis anzuerkennen ist⁸⁵ oder nicht lediglich bestimmte Aspekte des Innenverhältnisses der Berechtigten untereinander beschreibt und insoweit ein nach Maßgabe anderer Vorschriften festzulegendes Gemeinschaftsverhältnis lediglich ergänzen kann.⁸⁶

Schließlich wird im Schrifttum vereinzelt vorgeschlagen⁸⁷ bzw. es als zumindest möglich erachtet,⁸⁸ aus den Vorschriften in § 1024 BGB (Interessenausgleich bei mehreren gleichrangigen und inhaltlich miteinander kollidierenden Nutzungsrechte an einem Grundstück) und dem bereits erwähnten § 1025 BGB (Fortbestand der Grunddienstbarkeit bei Teilung des herrschenden Grundstücks) ein eigenständiges Gemeinschaftsverhältnis zu entwickeln.⁸⁹ Auch in der Rechtsprechung hat dies bereits – wenn auch nur in einer einzigen mir bekannten landgerichtlichen Entscheidung – wohlwollenden Niederschlag gefunden.⁹⁰

b) Stellungnahme

In der gesamten Diskussion um das zulässige und/oder zweckmäßige Gemeinschaftsverhältnis wird ein mE entscheidender Punkt nur selten in der gebotenen Deutlichkeit artikuliert: Es sind verschiedene Einzelaspekte der von den jeweiligen Dienstbarkeitsberechtigten gebildeten und durch das Gemeinschaftsverhältnis näher konturierten Rechtsgemeinschaft auseinanderzuhalten.⁹¹ Die für mehrere Berechtigte bestellte Dienstbarkeit bewirkt einerseits eine Vergemeinschaftung der Rechtsdurchsetzung und Erfüllung, die sich insoweit allein in dem nach außen gerichteten Verhältnis jedes einzelnen Berechtigten zum Verpflichteten abspielt. Sie führt andererseits zu einer Vergemeinschaftung der Rechtsinnehabung und -verwaltung, was ausschließlich das interne Verhältnis der Berechtigten untereinander betrifft. Die in der Literatur geführte Diskussion greift daher von vornherein zu kurz, wenn sie – wie es meistens der Fall ist – die Frage nach *dem (einen) Gemeinschaftsverhältnis* aufwirft. Denn es gibt für ein nach Maßgabe des § 47 Abs. 1 GBO vergemeinschaftetes Recht nicht pauschal *das (eine) Gemeinschaftsverhältnis*. Mit dem Außenverhältnis aller Berechtigten zum Verpflichteten und folglich mit Fragen zum Einziehungs- und Erfüllungsmodus⁹² befassen sich etwa die originär auf Schuldverhältnisse zugeschnittenen Vorschriften der §§ 420 ff. BGB. Weder die Regelungen zur Bruchteilsgemeinschaft nach §§ 741 ff. BGB noch die §§ 1024, 1025 BGB können hierzu einen sinnvollen Regelungsinhalt beitragen. Umgekehrt befassen sich die letztgenannten Normenkomplexe – insbesondere die Vorschriften über die Bruchteilsgemeinschaft – mit wesentlichen Fragen der Innehabung und Verwaltung des gemeinschaftlichen Rechts durch dessen Inhaber.⁹³ Hierzu geben wiederum die §§ 420 ff. BGB nichts her, sieht man einmal vom speziellen Innenausgleichsmechanismus für Gesamtgläubiger nach §§ 428, 430 BGB ab.⁹⁴ Dieser passt aber ohnehin nicht auf die aus Grunddienstbarkeiten herrührenden Duldungs- und Unterlassungspflichten.⁹⁵ Das alles zeigt: Hinter dem Schlagwort des Gemeinschaftsverhältnisses iSv § 47 GBO verbirgt sich ein Bündel mehrerer Einzelaspekte, die grundsätzlich frei ausgestaltet werden können. Insbesondere Typenkombinationen der vorerwähnten gesetzlichen Bestimmungen sind ohne weiteres denkbar.⁹⁶ Anders als es in der Literatur meist suggeriert wird, stehen die zum Gemeinschaftsverhältnis erörterten Normenkomplexe daher auch nicht zwingend in Konkurrenz zueinander, sondern können einander in Ansehung des Innen- und Außenverhältnisses ergänzen.

aa) Gestaltung des Außenverhältnisses

Wenn demnach für das Außenverhältnis (genauer: den Durchsetzungs- und Erfüllungsmodus) die Vorschriften des BGB zu Forderungsgemeinschaften herangezogen werden können, stellt sich insoweit die Frage, ob zweckmäßigerweise eine Gesamtberechtigung (§ 428 BGB), eine Mit-

79 MüKBGB/Mobr, 7. Aufl. 2017, § 1018 Rn. 23; Staudinger/Weber, BGB (2016), § 1018 Rn. 51 a; J. Mayer MittBayNot 2002, 288 (289 f.); s. a. Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl. 2017, Rn. 1281 b f.

80 MünchKommBGB/K. Schmidt, 7. Aufl. 2017, § 741 Rn. 12.

81 BayObLG 9.7.1965 – BReg. 2 Z 20/65, DNotZ 1966, 174; OLG Frankfurt a. M. 21.4.1968 – 6 W 224/66, NJW 1969, 469.

82 BeckOK GBO/Reetz, 31. Ed., Stand 1.2.2018, § 47 Rn. 24; Meikel/Böhringer, GBO, 11. Aufl. 2015, § 47 Rn. 34.

83 BayObLG 9.7.1965 – BReg. 2 Z 20/65, DNotZ 1966, 174.

84 So etwa Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 1125 aE („wesenswidrig“); Hilgers MittRhNotK 1970, 627 (634).

85 Dahingehend etwa BayObLG 9.7.1965 – BReg. 2 Z 20/65, DNotZ 1966, 174.

86 Dahingehend etwa mit – wie sogleich (Abschn. B. III.2.b) zu zeigen sein wird – zutreffenden Erwägungen Staudinger/Weber, BGB (2016), § 1018 Rn. 51 aE; Staudinger/v.Proff, BGB (2015), § 741 Rn. 132; Amann in FS H. Hagen (1999), S. 75 (77 ff.).

87 Amann DNotZ 2008, 324 (339); Kessler NJW 2017, 1813 (1814).

88 Kersten/Bühling/Basty, Formularb. und Praxis der freiw. Gerichtsbarkeit, 25. Aufl. 2016, § 64 Rn. 37; Stavovinus NotBZ 2017, 249 (255); vgl. auch DNotI-Gutachten Nr. 11379 (im Internet frei abrufbar).

89 AA allerdings Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 1125.

90 LG Kassel 26.5.2009 – 3 T 92/09, frei abrufbar in der Online-Entscheidungsdatenbank des DNotI.

91 Vgl. Amann in FS H. Hagen, S. 75 (77 ff.); Kessler DNotZ 2010, 123 (123); ansatzweise auch Staudinger/v.Proff, BGB (2015), § 741 Rn. 132.

92 Terminologie in Anlehnung an Amann in FS H. Hagen, S. 75 (78 ff.).

93 Vgl. Amann in FS H. Hagen (1999), S. 75 (81).

94 Vgl. Amann in FS H. Hagen (1999), S. 75 (80 f.).

95 Vgl. zutreffend Amann DNotZ 2008, 324 (337 f.).

96 Amann DNotZ 2008, 324 (331 ff.); Amann MittBayNot 2014, 508 (510); unnötig restriktiv dagegen Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 1125.

berechtigung (§ 432 BGB) oder eine modifizierte Gesamtberechtigung gewählt werden sollte.

Die insbesondere von *Amann* leidenschaftlich für die Mitberechtigung nach § 432 BGB und gegen die Gesamtberechtigung nach § 428 BGB vorgetragene Argumente sind allesamt überzeugend und rechtsdogmatisch stichhaltig. Dennoch sehe ich keinen zwingenden Grund, die in der Bewilligungspraxis weithin verbreitete Angabe der Gesamtberechtigung *ad acta* zu legen. Sie erweist sich trotz aller (berechtigter) Kritik als eine den Bedürfnissen der Praxis gerecht werdende Gestaltungsvariante für das Außengemeinschaftsverhältnis. Grund dafür ist die Rechtsprechung – nicht zuletzt die des BGH selbst –, welche im Laufe der Zeit die auf dem Papier durchaus bestehenden Unterschiede zwischen den in Betracht kommenden (Außen-)Gemeinschaftsverhältnissen weitestgehend nivelliert hat.⁹⁷ Im Einzelnen: Den Überlegungen, dass ein einzelner (Gesamt-)Berechtigter womöglich das ganze Recht mit Wirkung zulasten aller Berechtigten aufheben könnte, hat der BGH erst jüngst in einer Entscheidung aus dem Jahr 2016 eine klare Absage erteilt. Zur Aufhebung eines dinglichen Rechts, für das eine Gesamtberechtigung iSd § 428 BGB besteht, ist die Aufgäbeklärung (§ 875 Abs. 1 BGB) aller Gesamtberechtigten erforderlich.⁹⁸ Damit knüpft der BGH mit in der Sache überzeugenden Erwägungen an seine gleichlautende ständige Rechtsprechung zur Möglichkeit der Vereinbarung eines Erlasses bei Gesamtgläubigerschaft an: Ein einzelner Gesamtgläubiger kann eben nicht von sich aus durch Erlassvertrag mit dem Schuldner den Anspruch „hinter dem Rücken“ und zulasten der übrigen Gesamtgläubiger zu Fall bringen.⁹⁹ Die weiter oben zitierte Rechtsprechung verschiedener Oberlandesgerichte ist damit zwischenzeitlich obsolet geworden. Die Rechtsprechung hilft darüber hinaus weiteren ungewollten Nebenwirkungen der Gesamtberechtigung ab: Im Rahmen der Einziehung und Erfüllung soll es gerade nicht so sein, dass der Verpflichtete die ganze Leistung einem Gesamtberechtigten seiner Wahl zukommen lassen kann und damit von seiner Verpflichtung insgesamt frei wird. Die Gesamtberechtigung ist vielmehr so zu verstehen, dass sie ein Bündel von Einzelrechten begründet, von denen je ein eigenes jedem Berechtigten zusteht.¹⁰⁰ Jedes Einzelrecht vermittelt also die Befugnis zur individuellen Ausnutzung des gesamten dinglichen Rechts.¹⁰¹ Schließlich kommt ein weiteres Charakteristikum der Gesamtgläubigerschaft zumindest bei der Gesamtberechtigung an Dienstbarkeiten gar nicht erst zum Tragen: Der Mechanismus, wonach sich der schuld-befreienden Erbringung der ganzen Leistung durch den Verpflichteten uU ein Innenausgleich der Berechtigten anschließt, ist im Rahmen reiner Duldungs- und Unterlassungspflichtigen schlichtweg nicht sinnvoll darstellbar.¹⁰²

Mithin zeigt sich, dass die Rechtsprechung bei gewählter Gesamtberechtigung ohnehin nicht am eigentlichen Regelungsgehalt des § 428 BGB haftet, sondern bereitwillig die bei objektiver Betrachtung für Dienstbarkeitsberechtigten und -verpflichteten sach- und interessengerechten Eckdaten des Außengemeinschaftsverhältnisses in den § 428 BGB hineininterpretiert. Auch *Amann* muss daher anlässlich seiner rechtsdogmatischen Kritik konstatieren, dass diese Rechtsprechung letzten Endes geradewegs zu den Rechtsfolgen der Mitberechtigung aus § 432 BGB führt.¹⁰³ Auf den Punkt gebracht: Die exakte Bezeichnung des Außengemeinschaftsverhältnisses kann dem Kautelarjuristen im Bereich der Dienstbarkeiten faktisch egal sein.¹⁰⁴

bb) Gestaltung des Innenverhältnisses

Zur Ausformung des Innengemeinschaftsverhältnisses (Innehabung und Verwaltung des Rechts) können demgegenüber ohne weiteres die Vorschriften der Bruchteilsgemeinschaft nach §§ 741 ff. BGB herangezogen werden.¹⁰⁵ Sie enthalten u. a. Vorgaben zu den internen Beteiligungsquoten der Teilhaber (vgl. § 742 BGB: im Zweifel gleiche Anteile) und zur Verwaltung des gemeinschaftlich gehaltenen Gegenstands (vgl. §§ 744, 745 BGB: grundsätzlich gemeinschaftliche Verwaltung durch Vereinbarung oder Beschlussfassung im Einzelfall), die sich problemlos auf die vervielfältigte Berechtigung aus einer Dienstbarkeit anwenden lassen.¹⁰⁶ Die Lasten und Kosten der Erhaltung, Verwaltung und gemeinschaftlichen Benutzung werden – sofern nicht anderweitig vereinbart – von den Teilhabern im Verhältnis ihrer jeweiligen Anteile getragen (§ 748 BGB). Intern ist nach § 743 Abs. 2 BGB zur Ausübung des gemeinschaftlichen Rechts jeder Teilhaber des gemeinschaftlichen Rechts insoweit befugt, als hierdurch nicht der Mitgebrauch der übrigen Teilhaber beeinträchtigt wird. Der Sache nach dürfte sich diese Mitgebrauchsregelung mit der Aussage des § 1024 BGB decken. Für eine alternative oder ergänzende Anwendung jener Vorschrift zur Gestaltung des Innenrechtsverhältnisses besteht daher kein praktisches Bedürfnis. Dass die vergemeinschaftete Dienstbarkeit im Innenverhältnis den Regeln der Bruchteilsgemeinschaft folgen kann, ist zwischenzeitlich auch in der Rechtsprechung ausdrücklich bestätigt worden.¹⁰⁷

c) Bezeichnung des Gemeinschaftsverhältnisses für grundbuchliche Zwecke

Die materiellrechtlichen Schwierigkeiten bei der Auswahl des Gemeinschaftsverhältnisses für Grunddienstbarkeiten haben – erfreulicherweise – allenfalls geringfügige Auswirkungen auf die Fassung der Eintragungsbewilligung. § 47 Abs. 1 GBO wird nach hM dahingehend verstanden, dass zwar eine zutreffende, aber auch nicht mehr als eine schlagwortartige Bezeichnung des Gemeinschaftsverhält-

97 Dahingehend auch der Befund von *Amann* MittBayNot 2014, 508 (509).

98 BGH 13.10.2016 – V ZB 98/15, FGPrax 2017, 54; ebenso schon mit zutreffender, am Normzweck orientierter Auslegung BayObLG 21.5.1975 – 2 Z 29/75, DNotZ 1975, 619 (621).

99 BGH 4.3.1986 – VI ZR 234/84, NJW 1986, 1861 (1862); BGH 5.5.2009 – VI ZR 208/08, NJW-RR 2009, 1534 (1537); dies entspricht der hM im Schrifttum, vgl. nur MüKoBGB/Bydliński, 7. Aufl. 2016, § 429 Rn. 5; Staudinger/Looschelders, BGB (2012), § 429 Rn. 19; BeckOK BGB/Gehrlein, 45. Ed., Stand 1.11.2017, § 429 Rn. 2.

100 BGH 21.12.1966 – V ZB 24/66, NJW 1967, 627 (628) (betreffend ein Wohnungsrecht); BGH 15.4.2010 – V ZR 182/09, MittBayNot 2010, 378 (betreffend eine Grundschuld); BayObLG 21.5.1975 – 2 Z 29/75, DNotZ 1975, 619 (620) (betreffend ein Leibgeding).

101 Vgl. BGH 21.12.1966 – V ZB 24/66, NJW 1967, 627 (628).

102 Vgl. *Amann* DNotZ 2008, 324 (337 f.).

103 *Amann* MittBayNot 2014, 508 (509) („Etikettenschwindel“).

104 *Amann* MittBayNot 2014, 508 (509 f.).

105 So zutreffend Staudinger/v.Proff, BGB (2015), § 741 Rn. 132 („Im Innenverhältnis [...] zumindest analog anzuwenden“); ebenso *Amann* DNotZ 2008, 324 (330 ff.) („Die Frage, wie die Berechtigten das gemeinsame Recht verwalten, [...] kann jeweils nur durch Rückgriff auf die §§ 744, 745 BGB oder durch spezielle Vereinbarungen beantwortet werden.“).

106 DNotZ 2008, 324 (331 f. und 338 f.).

107 Vgl. 9.8.2017 – 20 U 818/17, BeckRS 2017, 121741 (betreffend einen Nießbrauch).

nisses zur Übernahme in die Grundbucheintragung nötig ist.¹⁰⁸ Im Hinblick auf die Publizitätsfunktion des Grundbuchs bezweckt die Vorschrift eine Verlautbarung derjenigen Aspekte des Gemeinschaftsverhältnisses, die die Verfügungsbefugnis kennzeichnen.¹⁰⁹ Diesbezüglich wird im Schrifttum allerdings zu recht betont, dass mit Ausnahme der Bruchteilsberechtigung nach §§ 741 ff. BGB letztlich keines der für Dienstbarkeiten weithin diskutierten Gemeinschaftsverhältnisse – nicht einmal die auf einzelne Aspekte des Außenverhältnisses bezogenen Vorschriften der §§ 428 oder 432 BGB – überhaupt irgend etwas zur Verfügungsbefugnis des (Dienstbarkeits-)Berechtigten aussagen.¹¹⁰ Ungeachtet dessen hat es sich in der Bewilligungs- und Grundbuchpraxis fest etabliert, ausschließlich die die Rechtsdurchsetzung betreffenden Aspekte zur Übernahme in die Grundbucheintragung anzugeben.¹¹¹ Deshalb kann der § 47 Abs. 1 GBO dem Betrachter des Grundbuchs stets nur eine erste grobe Orientierung zu den zwischen den Berechtigten bestehenden Rechtsverhältnissen vermitteln.¹¹² Mit Rücksicht auf die praktisch ohnehin nicht spürbaren Unterschiede zwischen den einzelnen (Außen-)Gemeinschaftsverhältnissen¹¹³ hat man daher Freiheiten bei der Fassung der Eintragungsbewilligung: Wem es eher auf dogmatische Stimmigkeit ankommt, kann eine „Mitberechtigung nach § 432 BGB“ oder eine „modifizierte Gesamtberechtigung entsprechend §§ 428, 432 BGB“ bewilligen lassen. Wer hingegen kritische Rückfragen seitens des Grundbuchamtes oder ungewöhnlichen Bezeichnung scheut, kann guten Gewissens auf die in der Bewilligungs- und Grundbuchpraxis fester etablierte „Gesamtberechtigung nach § 428 BGB“ ausweichen.¹¹⁴ Klar ist bei alledem jedenfalls, dass die §§ 741 ff. BGB, soweit sie allein Fragen des Innengemeinschaftsverhältnisses betreffen,¹¹⁵ in der Bewilligung ungenannt bleiben können, weil diese Bestimmungen für den mit dem Grundbuch verfolgten Publizitätszweck irrelevant sind.

IV. Verpflichteter Personenkreis

Spiegelbildlich zum Gemeinschaftsverhältnis mehrerer Berechtigter kann man die Frage nach der rechtlichen Struktur der Grunddienstbarkeit in Bezug auf eine Mehrheit von Verpflichteten aufwerfen: Handelt es sich um eine Mehrzahl nebeneinander bestehender Einzelbelastungen oder aber um eine einheitliche Gesamtbelastung? Unproblematisch zulässig ist jedenfalls die Bestellung eines Bündels von Einzeldienstbarkeiten. Für den eingangs bereits

gebildeten Beispielsfall¹¹⁶ würde dies zu immerhin folgenden vier Grundbucheintragungen (je Grundstück ein zu dessen Lasten bestelltes Recht) führen:

G1 – Abt. II:

- Grunddbk. (Wege- und Spielplatzrecht) für die jew. Eigt. der Grdst. G2, G3, G4 als Gesamtberechtigte nach § 428 BGB,

G2 – Abt. II:

- Grunddbk. (Wege- und Spielplatzrecht) für die jew. Eigt. der Grdst. G1, G3, G4 als Gesamtberechtigte nach § 428 BGB,

G3 – Abt. II:

- Grunddbk. (Wege- und Spielplatzrecht) für die jew. Eigt. der Grdst. G1, G2, G4 als Gesamtberechtigte nach § 428 BGB,

G4 – Abt. II:

- Grunddbk. (Wege- und Spielplatzrecht) für die jew. Eigt. der Grdst. G1, G2, G3 als Gesamtberechtigte nach § 428 BGB.

Fraglich ist indessen, ob sich diese Einzelrechte alternativ auch zu einem einheitlichen Recht (Gesamtrecht) zusammenführen lassen. Nach ganz hM ist die Bestellung einer einheitlichen Dienstbarkeit zwecks Gesamtbelastung mehrerer Grundstücke grundsätzlich möglich,¹¹⁷ zumal die Vorschrift des § 1026 BGB zeigt, dass der Gesetzgeber für den Fall der späteren Teilung des mit einer Dienstbarkeit belasteten Grundstücks wenigstens implizit vom Entstehen einer Gesamtbelastung ausgegangen ist.¹¹⁸ Für die anfängliche Bestellung einer Gesamtdienstbarkeit verlangen Rechtsprechung¹¹⁹ und Literatur¹²⁰ allerdings teilweise, dass sich der Belastungsgegenstand als wirtschaftliche Einheit darstellt bzw. sich der definierte Ausübungsbereich des Rechts notwendigerweise über mehrere Grundstücke erstreckt.¹²¹ Darüber hinaus wird vorausgesetzt, dass die vorgesehene Gesamtdienstbarkeit nach ihrem Inhalt auf allen dienenden Grundstücken die gleiche Art der Grundstücksnutzung absichert.¹²² Zumindest diese Anforderungen könnten in der hier behandelten Konstellation noch erfüllt sein. Im gebildeten Beispiel könnte bspw. durch Verweis auf Plananlagen dokumentiert werden, dass der Ausübungsbereich ein grundstücksübergreifender ist. Zudem würde man auf allen belasteten Grundstücken G1 bis

108 OLG München 16.2.2009 – 34 Wx 095/08, RNotZ 2009, 394 (397) mAnm Süß; LG Traunstein 27.1.1987 – 4 T 1690/86, Rpfleger 1987, 242; Meikel/Böhringer, GBO, 11. Aufl. 2015, § 47 Rn. 1 (im Allgemeinen) und Rn. 206 (betreffend die Verlautbarung ausländischer Güterstände im Grundbuch); Amann DNotZ 2008, 324 (340 ff.); Amann MittBayNot 2014, 508 (510).

109 BGH 11.9.1997 – V ZB 11/97, MittRhNotK 1998, 129 (130); OLG München 16.2.2009 – 34 Wx 095/08, RNotZ 2009, 394 (396) mAnm Süß; BeckOK GBO/Reetz, 31. Ed., Stand 1.2.2018, § 47 Rn. 1; Meikel/Böhringer, GBO, 11. Aufl. 2015, § 47 Rn. 1; Amann in FS H. Hagen (1999), S. 75 (83 ff.).

110 Kessler DNotZ 2010, 123 (123); Amann in FS H. Hagen (1999), S. 75 (83 ff.).

111 Vgl. Amann in FS H. Hagen (1999), S. 75 (85).

112 Vgl. Amann in FS H. Hagen (1999), S. 75 (90).

113 S.o., Abschn. B. III.2.b).

114 Vgl. Amann MittBayNot 2014, 508 (510).

115 Dies ist nur dann nicht der Fall, wenn echte Bruchteilsinhabung gegeben wäre, was bei Grunddienstbarkeiten jedoch kaum einmal in Betracht kommen dürfte.

116 S.o., Abschn. A.

117 Vgl. BayObLG 23.11.1989 – BReg. 2 Z 55/89, MittBayNot 1990, 41 mAnm Ertl (zulässige Gesamtbelastung bei Einräumung des Rechts, „auf den Grundstücken [Anlagen zur Herstellung und Wiederaufbereitung von Baustoffen] zu errichten und zu betreiben“); BayObLG 22.7.1955 – BReg. 2 Z 24/1955, BayObLGZ 1955, 170 (173 f.); LG Hildesheim 31.7.1959 – 5 T 370/59, NJW 1960, 49; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 1120 mwN.

118 BeckOK BGB/Wegmann, 45. Ed., Stand 1.11.2017, § 1018 Rn. 13; MüKoBGB/Mohr, 7. Aufl. 2017, § 1026 Rn. 1; Staudinger/Weber, BGB (2016), § 1018 Rn. 61. Im Zuge der Grundstücksteilung erfolgt deshalb keine Zerlegung in mehrere nebeneinander stehende Einzelrechte.

119 BayObLG 23.11.1989 – BReg. 2 Z 55/89, MittBayNot 1990, 41 (42) mAnm Ertl (für beschränkte persönliche Dienstbarkeit); BayObLG 22.7.1955 – BReg. 2 Z 24/1955, BayObLGZ 1955, 170 (174) (für Grunddienstbarkeit); LG Hildesheim 31.7.1959 – 5 T 370/59, NJW 1960, 49 (50) (für Dauerwohnrecht).

120 Staudinger/Weber, BGB (2016), § 1018 Rn. 61 mwN.

121 Unklar insoweit Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 1120.

122 Vgl. Staudinger/Weber, BGB (2016), § 1018 Rn. 61 mwN.

G4 jeweils dieselben Nutzungsarten (nämlich als Wege- bzw. Spielplatzfläche) absichern.

Im Ergebnis dürfte die Bestellung von Gesamtrechten aber aus einem anderen Grund scheitern. Denn es darf nicht übersehen werden, dass die Gesamtbelastung mehrerer Grundstücke mit demselben einheitlichen Recht nur dann zulässig ist, wenn dieses zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines ansonsten unbeteiligten Drittgrundstücks wirken soll. Im vorliegenden Fallbeispiel wäre es – die Vervielfältigung der Berechtigungen aufgrund des Gemeinschaftsverhältnisses unterstellt – hingegen so, dass man ein Gesamtrecht zulasten der (dienenden) Grundstücke G1, G2, G3 und G4 bestellen würde, das seinerseits die jeweiligen Eigentümer genau dieser Grundstücke – untereinander in einem bestimmten Gemeinschaftsverhältnis – begünstigen soll. Eine derartige „Superdienstbarkeit“ ist allerdings unzulässig, weil dienendes und herrschendes Grundstück zumindest partiell identisch wären (Fall der sog. „Insichdienstbarkeit“), § 1018 nach seinem eindeutigen Wortlaut aber nur die Belastung „eines anderen Grundstücks“ gestattet.¹²³ Darüber hinaus würde es im Umfang der entstehenden partiellen Insichberechtigungen der Grunddienstbarkeit an der Vermittlung eines grundstücksbezogenen Vorteils iSd § 1019 BGB fehlen, was ebenfalls zwingende Voraussetzung der Rechtsbegründung ist.¹²⁴ Für die Bestellung von Gesamtrechten bei der Regelung der Mitbenutzung der grundstücksübergreifenden Gemeinschaftsanlagen in Mehrhausanlagen dürfte daher jedenfalls dann von vornherein kein Spielraum bleiben, wenn man sich bereits für die Bestellung von auf Berechtigenseite vergemeinschafteten Grunddienstbarkeiten entschieden hat.

V. Formulierungsvorschlag

Im hier zugrunde gelegten Beispielfall¹²⁵ könnte die Eintragungsbewilligung für die das Wege- und Spielplatzflächenmitbenutzungsrecht begründende Grunddienstbarkeit mit den bis hierhin gefundenen Ergebnissen wie folgt lauten:

„Der [Bauträger] als alleiniger Eigentümer des Grdst. [G1 / G2 / G3 / G4]¹²⁶ bewilligt und beantragt zulasten des vorgenannten Grundstücks die Eintragung einer Grunddienstbarkeit folgenden Inhalts:

1. Gehrecht:

Die jeweiligen Eigentümer der Grundstücke [G2, G3 und G4 / G1, G3 und G4 / G1, G2 und G4 / G1, G2 und G3] – als Gesamtberechtigte nach § 428 BGB – sind berechtigt, die im Zuge der Baumaßnahme auf dem Grundstück [G1 / G2 / G3 / G4] angelegten privaten Wegeflächen, die in dem als Anlage [...] dieser Eintragungsbewilligung bei-

gefügten Plan rot markiert sind, mitzubedenutzen und durch Dritte mitbenutzen zu lassen. Die Mitbenutzung ist auf ein Gebrecht beschränkt, so dass insbesondere ein Fahrrecht ausgeschlossen ist.

2. Fahrverbot:

Dem jeweiligen Eigentümer des Grundstücks [G1 / G2 / G3 / G4] ist es verboten, die in vorstehender Ziffer 1. in Bezug genommenen Wegeflächen auf dem Grundstück [G1 / G2 / G3 / G4] zu anderen Zwecken als denen zu nutzen, für die den jeweiligen Eigentümern der anderen Grundstücke nach Maßgabe der vorstehenden Ziffer 1. ein Mitbenutzungsrecht eingeräumt ist.

3. Spielplatzbenutzungsrecht:

Die jeweiligen Eigentümer der Grundstücke [G2, G3 und G4 / G1, G3 und G4 / G1, G2 und G4 / G1, G2 und G3] – als Gesamtberechtigte nach § 428 BGB – sind berechtigt, die im Zuge der Baumaßnahme auf dem Grundstück [G1 / G2 / G3 / G4] angelegten Teilflächen des Spielplatzes, die in dem als Anlage [...] dieser Eintragungsbewilligung beigefügten Plan blau markiert sind, mit den aufstehenden Einrichtungen mitzubedenutzen und durch Dritte mitbenutzen zu lassen.

[ggf. ergänzende Rechte bzgl. einzelner weiterer Nutzungsarten]“

VI. Exkurs: Auswirkungen der Aufteilung der betroffenen Grundstücke nach WEG

In vielen Fällen beabsichtigt der Bauträger eine Aufteilung der aus dem Gesamtareal herausgemessenen Grundstücke in Wohnungs- und Teileigentumsrechte nach § 8 WEG. Welche Auswirkungen hat diese Maßnahme auf die – zweckmäßigerweise bereits im Vorfeld – wechselseitig bestellten Grunddienstbarkeiten?

1. Fortbestand des Belastungsobjekts, Veränderung von Grundbucheintragungen

Die durch die Aufteilung bedingte amtswegige Schließung der Blätter der für die einzelnen Grundstücke angelegten Grundbücher¹²⁷ ändert zunächst nichts am Fortbestand der betroffenen Grundstücke als taugliche Belastungsgegenstände und Anknüpfungspunkte für die aus den Grunddienstbarkeiten herrührenden Duldungspflichten und subjektiv-dinglichen Berechtigungen.¹²⁸ Beim dienenden Grundstück kommt es infolge der Aufteilung lediglich grundbuchtechnisch zur Eintragung der Grunddienstbarkeit in jedem neu angelegten Wohnungs- bzw. Teileigentumsgrundbuch nebst Vermerk der Mitbelastung aller anderen auf dem dienenden Grundstück gebildeten Eigentumsrechte (vgl. § 48 Abs. 1 S. 1 GBO und § 4 Abs. 1 WGV).¹²⁹

Aufseiten des herrschenden Grundstücks bleibt es auch nach vollzogener Aufteilung dabei, dass eine zu dessen Gunsten bestellte Grunddienstbarkeit gem. § 96 BGB als Grundstücksbestandteil¹³⁰ und aufgrunddessen dort in das Gemeinschaftseigentum fällt.

123 Unklar und möglicherweise aA MüKoBGB/Mohr, 7. Aufl. 2017, § 1018 Rn. 24 aE.

124 Vgl. Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 1123. Die Thematik der unzulässigen Insich-Dienstbarkeit ist nicht zu verwechseln mit der grds. zulässigen Bestellung einer Eigentümer-Dienstbarkeit. Hier gehören herrschendes und dienendes Grundstück zwar demselben Eigentümer, sind aber nicht identisch.

125 S.o., Abschn. A.

126 Es ist eine Grunddienstbarkeit je Grundstück einzutragen. Aus Platzgründen wird der nachstehende Formulierungsvorschlag nur einmal wiedergegeben. Die in eckigen Klammern jeweils durch Schrägstriche getrennten Varianten zeigen, wie die im Übrigen gleichlautenden Eintragungsbewilligungen für alle Grundstücke G1 bis G4 „reihum“ formuliert werden müssten.

127 Vgl. § 7 Abs. 1 S. 3 WEG.

128 Riecke/Schmid/Schneider, WEG, 4. Aufl. 2015, § 7 Rn. 30.

129 BeckOK WEG/Gerono, 34. Ed., Stand 2.4.2018, § 3 Rn. 40.

130 BeckOK BGB/Fritzsche, 45. Ed., Stand 1.11.2017, § 96 Rn. 3 mwN.

Sofern anlässlich der Bestellung der Grunddienstbarkeiten ein Herrschvermerk eingetragen wurde, so wird dieser nach amtswegiger Schließung des Grundstücksgrundbuchs in das Bestandsverzeichnis sämtlicher neu angelegter Wohnungs- und Teileigentumsgrundbücher eingetragen (§ 3 Abs. 7 WGV).¹³¹

2. Veränderungen in der personalen Struktur des dienenden und herrschenden Eigentümers

Es verändert sich allerdings die Struktur des durch die Dienstbarkeit berechtigten und verpflichteten Personenkreises: An die Stelle des jeweiligen Grundstückseigentümers tritt nach der Aufteilung die jeweilige Gesamtheit der Wohnungs- und Teileigentümer in Ansehung eines jeden herrschenden und dienenden Grundstücks. Da alle Einheiten zumindest vorübergehend noch im Alleineigentum des Bauträgers bleiben, entsteht eine echte Mehrheit von Berechtigten und Verpflichteten jedoch erst im Rahmen des Abverkaufs durch Umschreibung der Eigentumsrechte auf die Erwerber. Die sodann gebildete Gruppe von Miteigentümern des herrschenden Grundstücks bilden unter sich eine Gemeinschaft der Dienstbarkeitsberechtigten, auf die die Vorschriften der §§ 741 ff. BGB Anwendung finden können.¹³²

3. Verlagerung der Zuständigkeit für die Wahrnehmung von Rechten und Pflichten?

Wiederum nicht bereits im Zuge der Aufteilung nach § 8 WEG als solcher, wohl aber später mit Entstehung des mit gegenständlich beschränkter Rechtsfähigkeit ausgestatteten Verbands der Wohnungseigentümer könnte es zu einer Verlagerung der Zuständigkeit für die Wahrnehmung der aus den Grunddienstbarkeiten herrührenden Rechte und Pflichten kommen. Unter den in § 10 Abs. 6 S. 3 WEG genannten Voraussetzungen nehmen nicht (mehr) die einzelnen Wohnungs- und Teileigentümer, sondern der ihnen übergeordnete Verband Rechte und Pflichten wahr.

§ 10 Abs. 6 S. 3 WEG unterscheidet zwischen gemeinschaftsbezogenen Rechten und Pflichten der Wohnungseigentümer einerseits (1. Fallvariante, sog. „geborene“¹³³ oder auch gesetzliche¹³⁴ Zuständigkeiten der Eigentümergemeinschaft) und sonstigen Rechten und Pflichten der Wohnungseigentümer, soweit diese gemeinschaftlich geltend gemacht werden können oder zu erfüllen sind, andererseits (2. Fallvariante, sog. „gekorene“¹³⁵ oder auch rechtsgeschäftliche¹³⁶ Zuständigkeiten der Eigentümergemeinschaft). Eine Gemeinschaftsbezogenheit iSd 1. Var. ist nach der Rechtsprechung gegeben, wenn wegen einer Rechtsposition bzw. Verpflichtung, die im Außenverhältnis alle Wohnungseigentümer gleichermaßen betrifft, nach der Interessenlage ein gemeinschaftliches Vorgehen (zwingend) erforderlich ist.¹³⁷ Insoweit ist der Verband der Woh-

nungseigentümer – rechtsgeschäftlich vertreten bzw. tatsächlich handelnd durch den Verwalter¹³⁸ – ohne weiteres Zutun anstelle der Eigentümer für die Wahrnehmung ausschließlich zuständig. Sind die Anforderungen der 1. Var. nicht erfüllt, kann sich eine Verlagerung noch gemäß der 2. Var. ergeben. Darunter fallen solche Rechte und Pflichten der Wohnungseigentümer, deren einheitliche Wahrnehmung durch die Eigentümergemeinschaft zwar nicht zwingend geboten erscheint, aber im gemeinsamen Interesse zumindest zweckmäßig bzw. förderlich ist.¹³⁹ Die Eigentümergemeinschaft ist dann allerdings nicht automatisch wahrnehmungszuständig, sondern – was im Wortlaut des § 10 Abs. 6 S. 3 2. Var. WEG nicht hinreichend zum Ausdruck kommt – erst nach der Fassung eines die Wahrnehmungskompetenz auf den Verband verlagernden Mehrheitsbeschlusses der Wohnungseigentümer.¹⁴⁰ Anstelle des Beschlusses genügt auch eine dahingehende Vereinbarung aller Eigentümer.¹⁴¹

Die Duldungs- und Unterlassungspflichten des dienenden Eigentümers sind nach Ansicht der hierzu bisher ergangenen Rechtsprechung Gem. § 10 Abs. 6 S. 3 WEG der gemeinschaftlichen Verwaltung zuzurechnen und daher gegen den Verband selbst geltend zu machen und von ihm zu erfüllen.¹⁴²

Ob und inwiefern sich aber in der umgekehrten Situation das Recht, kraft Grunddienstbarkeit vom Eigentümer eines anderen Grundstücks Duldung der Mitbenutzung jenes Grundstücks verlangen zu können, unter § 10 Abs. 6 S. 3 WEG subsumieren lässt, ist noch weitgehend ungeklärt. Seit Anerkennung der gegenständlich beschränkten Rechtsfähigkeit des Verbands der Wohnungseigentümer ist Rechtsprechung exakt hierzu – soweit ersichtlich – nicht berichtet worden.¹⁴³ Die Frage wird auch in der Literatur nicht klar beantwortet.¹⁴⁴ Meines Erachtens sprechen die besseren Argumente für den Verbleib der Ausübungsbefugnis bei den einzelnen Wohnungseigentümern. Denn anders als bei der schon aus praktischen Gründen zwingend einheitlich wahrzunehmenden Duldungspflicht kann jeder Wohnungseigentümer durchaus selbst und individuell die allen Eigentümern gemeinschaftlich zustehenden, auf Duldung gerichteten Ansprüche aus der Dienstbarkeit geltend machen.¹⁴⁵ Als Ausfluss

131 BeckOK GBO/Wilsch, 31. Ed., Stand 1.2.2018, § 9 Rn. 35.

132 MüKoBGB/K. Schmidt, 7. Aufl. 2017, § 741 Rn. 12.

133 BeckOK WEG/Dötsch, 34. Ed., Stand 2.4.2018, § 10 Rn. 493 und 503 ff.

134 Riecke/Schmid/Lehmann-Richter, WEG, 4. Aufl. 2015, § 10 Rn. 312 und 323 ff.

135 BeckOK WEG/Dötsch, 34. Ed., Stand 2.4.2018, § 10 Rn. 493 und 545 ff.

136 Riecke/Schmid/Lehmann-Richter, WEG, 4. Aufl. 2015, § 10 Rn. 312 und 339 ff.

137 BGH 8.2.2013 – V ZR 238/11, NZM 2013, 512 (513); BGH 17.12.2010 – V ZR 125/10, ZWE 2011, 123 (124).

138 Vgl. nur OLG Oldenburg 13.2.2014 – 1 U 77/13, ZWE 2014, 313; BeckOK WEG/Dötsch, 34. Ed., Stand 2.4.2018, § 10 Rn. 447; MüKoBGB/Commichau, 7. Aufl. 2017, § 10 WEG Rn. 186.

139 BGH 17.12.2010 – V ZR 125/10, ZWE 2011, 123 (124).

140 BGH 15.1.2010 – V ZR 80/09, NZM 2010, 204; OLG Köln 3.7.2008 – 16 Wx 51/08, NJOZ 2008, 4567; BeckOK WEG/Dötsch, 34. Ed., Stand 2.4.2018, § 10 Rn. 545: „ungeschriebene Beschlusskompetenz“.

141 BeckOK WEG/Dötsch, 34. Ed., Stand 2.4.2018, § 10 Rn. 502; Hügel ZMR 2008, 855 (860).

142 Vgl. LG Köln 1.6.2012 – 4 O 286/07, BeckRS 2013, 09825.

143 Vgl. daher nur die frühere Entscheidung OLG Köln 1.2.1993 – 2 Wx 2/93, MittRhNotK 1993, 91, wonach die Wohnungseigentümer bzgl. der Ausübung einer zugunsten „ihres“ Grundstücks bestellten Grunddienstbarkeit eine Gebrauchsregelung nach §§ 10 Abs. 2 iVm 15 Abs. 1 WEG vereinbaren können. Ebenfalls nicht einschlägig ist LG Hamburg 24.9.2010 – 318 S 6/09, BeckRS 2011, 05115, weil es dort nicht um die Ausübung, sondern um einen Anspruch auf Inhaltsänderung einer Grunddienstbarkeit gegangen ist.

144 Vgl. – ohne klare Positionierung zur Frage der Ausübungszuständigkeit – BeckOK WEG/Dötsch, 34. Ed., Stand 2.4.2018, § 10 Rn. 517.

145 Dies deckt sich auch mit der vom BGH vorgegebenen Interpretation des als „Gesamtberechtigung nach § 428 BGB“ bezeichneten Gemeinschaftsverhältnisses. Bei einer Mehrheit von Berechtigten entstehen auch bei einer einheitlichen Grunddienstbarkeit nebeneinanderstehende individuelle Ausübungsbefugnisse (BGH 21.12.1966 – V ZB 24/66, NJW 1967, 627 [628]; BGH 15.4.2010 – V ZR 182/09, MittBayNot 2010, 378). Dazu bereits oben, Abschn. B. III.2.b).aa).

ihrer Ausübungsbefugnis können die Wohnungs- und Teileigentümer in Ansehung ihrer jeweils anteiligen Berechtigungen an der Grunddienstbarkeit bspw. auch eine Gebrauchsregelung nach §§ 10, 15 Abs. 1 WEG treffen.¹⁴⁶

C. Erhaltungs- und Verkehrssicherungspflichten

Je größer die Wohnanlage dimensioniert sein soll, umso mehr gilt es schon im Planungsstadium darauf zu achten, dass die rechtliche Grundkonzeption ein langfristig geordnetes Zusammenleben der Wohnungseigentümer ermöglicht. Es wäre vor diesem Hintergrund zu kurz gegriffen, wollte man den gestalterischen Fokus darauf verengen, Mitbenutzungsrechte an einzelnen grundstücksübergreifenden Gemeinschaftsanlagen durch Bestellung wechselseitiger Dienstbarkeiten lediglich einzuräumen. Alle im Zuge des Bauvorhabens angelegten grundstücksübergreifenden Gemeinschaftsanlagen bedürfen infolge äußerer Einwirkung oder nutzungsbedingter Verschleißerscheinungen irgendwann einer Reparatur bzw. Erneuerung. Außerdem können Maßnahmen zur laufenden Wartung, Pflege, Reinigung und Verkehrssicherung erforderlich sein. Dies gibt dem Bauträger Anlass darüber nachzudenken, wer für all diese Dinge verantwortlich ist und wer für die im Einzelfall ergriffenen oder veranlassten Maßnahmen kostenmäßig aufkommen muss. Der Notar kann sich mit der Aufgabe konfrontiert sehen, wie sich die im Einzelfall gewünschten Festlegungen rechtssicher umsetzen lassen.

I. Einräumung von Erhaltungspflichten und deren Absicherung

1. Überblick zum Begleitschuldverhältnis (§§ 1020 ff. BGB)

Der BGB-Gesetzgeber hat die im Verhältnis zwischen den aus einer Grunddienstbarkeit Berechtigten und Verpflichteten klärungsbedürftigen Fragen der Zuweisung von Erhaltungspflichten zwar gesehen, in den §§ 1020 ff. BGB aber nur ein lückenhaftes und aus sich heraus nicht unbedingt leicht verständliches Regelwerk geschaffen. Es betrifft einen Teilbereich des mit Grunddienstbarkeiten einhergehenden Begleitschuldverhältnisses zwischen dienendem und herrschendem Eigentümer.¹⁴⁷ So besagt § 1020 S. 2 BGB, dass derjenige, der als Berechtigter zur Ausübung seiner Dienstbarkeit auf dem dienenden Grundstück eine Anlage hält, diese in ordnungsgemäßem Zustand zu erhalten hat, soweit es das Interesse des Eigentümers erfordert. Das wird ergänzt durch § 1021 Abs. 1 S. 1 BGB, wonach in der beschriebenen Fallkonstellation abweichend von § 1020 S. 2 BGB bestimmt werden kann, dass es anstelle des Berechtigten der Verpflichtete (dienender Eigentümer) sein soll, der die auf seinem Grundstück belegene Anlage zu unterhalten hat, soweit das Interesse des Berechtigten es erfordert. Vermittelt die Dienstbarkeit

dem Berechtigten ein Recht nur zur Mitbenutzung der Anlage neben dem Verpflichteten, kann bestimmt werden, dass der Berechtigte die Anlage zu unterhalten hat, soweit es für das Benutzungsrecht des Eigentümers erforderlich ist (§ 1021 Abs. 1 S. 2 BGB). Erfreulicherweise besteht in diesem Bereich weitgehender Spielraum für ergänzende und/oder abweichende privatautonome Regelungen (dazu sogleich).

Gemeinsame Anwendungsvoraussetzung der genannten gesetzlichen Bestimmungen zu Erhaltungs- und Verkehrssicherungspflichten im Begleitschuldverhältnis ist zunächst die Existenz einer Anlage auf dem dienenden Grundstück, die der Berechtigte alleine oder gemeinsam mit dem Verpflichteten benutzen (§ 1021 Abs. 1 S. 1 und 2 BGB) oder zu eigenen Zwecken halten (§ 1020 S. 2 BGB) darf. „Anlage“ in diesem Sinne ist jede besondere, von Menschenhand für gewisse Dauer geschaffene Einrichtung zur Ausübung der Dienstbarkeit.¹⁴⁸ Die Rechtsprechung legt hier eine weite Auslegung an den Tag. Bei einer Wegerechts-Grunddienstbarkeit sollen bspw. bereits die im Laufe der Zeit auf dem Erdboden des dienenden Grundstücks durch andauernde Nutzung eingefahrenen und ansonsten unbefestigten Fahrspuren eine Anlage iSd §§ 1020, 1021 BGB darstellen.¹⁴⁹ Eine Anlage wird „gehalten“, wenn der Berechtigte sie nicht nur vorübergehend im eigenen Interesse für die Zwecke der Ausübung der Dienstbarkeit tatsächlich einsetzt bzw. verwendet.¹⁵⁰ In einer Mehr- oder Reihenhaushausanlage dürften daher die von den funktionsnotwendigen wechselseitigen Dienstbarkeiten in Bezug genommenen grundstücksübergreifenden Gemeinschaftsanlagen (zB die gepflasterten Wegeflächen, ein angelegter Spielplatz, die Versorgungsleitungen usw.) in aller Regel unproblematisch als Anlagen einzustufen sein.

2. Umfang gesetzlicher Erhaltungspflichten und privatautonome Gestaltungsspielräume

Soweit der Gesetzgeber in den genannten Vorschriften zur Beschreibung des Pflichtenkreises die Begriffe der „Erhaltung“ (vgl. § 1020 S. 2 BGB) bzw. „Unterhaltung“ (vgl. §§ 1021, 1022 BGB) verwendet, ist dies synonym zu verstehen.¹⁵¹ Erfasst sind sämtliche Tätigkeiten, die darauf gerichtet sind, die Anlage in einem ordnungsgemäßen und gebrauchsfähigen Zustand zu erhalten, wobei im Fall des § 1020 S. 2 BGB das Bestands- bzw. Integritätsinteresse des dienenden Eigentümers¹⁵² und im Fall des § 1021 Abs. 1 S. 1 BGB das Benutzungsinteresse des herrschenden Eigentümers¹⁵³ im Mittelpunkt steht. Die Erhaltung reicht von der bloßen Wartung über die Ausbesserung und teilweisen Erneuerung bis hin zur vollständigen Wiederherstellung im Zerstörungsfall.¹⁵⁴ Zur Erhaltung im wei-

146 OLG Köln 1.2.1993 – 2 Wx 2/93, MittRhNotK 1993, 91.

147 Dazu grundlegend *Amann* DNotZ 1989, 531; s. a. *Oppermann/Scholz* DNotZ 2017, 4 mit speziellem Bezug zu Regelungen im Innenverhältnis mehrerer Dienstbarkeitsberechtigter.

148 BGH 23.11.2001 – V ZR 419/00, NJW 2002, 678; MüKoBGB/Mohr, 7. Aufl. 2017, § 1020 Rn. 8.

149 BGH 17.2.2006 – V ZR 49/05, NJW 2006, 1428 (1429); BGH 7.7.2006 – V ZR 156/05, MittBayNot 2006, 495 (496).

150 BGH 17.12.2010 – V ZR 125/10, ZWE 2011, 123 (125); MüKoBGB/Mohr, 7. Aufl. 2017, § 1020 Rn. 10.

151 Nachfolgend wird der sprachlichen Vereinfachung halber nur noch von „Erhaltung“ gesprochen.

152 Vgl. MüKoBGB/Mohr, 7. Aufl. 2017, § 1020 Rn. 12; Staudinger/Weber, BGB (2016), § 1020 Rn. 11.

153 Vgl. MüKoBGB/Mohr, 7. Aufl. 2017, § 1021 Rn. 4; Staudinger/Weber, BGB (2016), § 1021 Rn. 4.

154 Staudinger/Weber, BGB (2016), § 1020 Rn. 17.

testen Sinne zählt auch die Verkehrssicherung gegen die von der Anlage für Dritte ausgehenden Gefahren.¹⁵⁵ Derjenige, den nach §§ 1020 bis 1022 BGB die Erhaltungs- und Verkehrssicherungslast trifft, hat grundsätzlich auch die anfallenden Kosten zu tragen.¹⁵⁶

Das durch §§ 1020 ff. BGB sowie ggf. ergänzende oder abweichende privatautonome Regelungen – dazu sogleich – konturierte Begleitschuldverhältnis zu den Anlagenerhaltungspflichten ist für die Kautelarpraxis aus mehreren Gründen attraktiv: Erstens kann man in diesem Bereich in recht flexibler Weise positive Handlungspflichten für beide Seiten statuieren.¹⁵⁷ Zweitens sind die Festlegungen in dem Sinne verdinglicht, dass sie automatische Sukzessionswirkung für den Fall der Einzelrechtsnachfolge in das Eigentum am dienenden oder herrschenden Grundstück entfalten.¹⁵⁸ Drittens kommt es gem. § 1021 Abs. 2 BGB aufseiten des Erhaltungsschuldners zu einer reallastähnlichen Grundstückshaftung.¹⁵⁹

Wie an früherer Stelle¹⁶⁰ bereits herausgearbeitet wurde, vermitteln die in einer Mehrhausanlage wechselseitig bestellten Grunddienstbarkeiten typischerweise kein ausschließliches Nutzungs-, sondern nur ein *Mitbenutzungsrecht* an den auf dem dienenden Grundstück befindlichen Teilen der grundstücksübergreifenden Gemeinschaftsanlagen. Innerhalb des gesetzlichen Regelungskomplexes zum Begleitschuldverhältnis rückt daher die Vorschrift des § 1021 Abs. 1 S. 2 BGB in den Mittelpunkt des Interesses. Indem es dort heißt, „[es könne] bestimmt werden, dass der Berechtigte die Anlage zu unterhalten hat, soweit es für das Benutzungsrecht des Eigentümers erforderlich ist“, eröffnet die Vorschrift zunächst nur einen Bereich privatautonomer Gestaltungsmöglichkeiten. Was aber gilt „standardmäßig“, also wenn man von der Möglichkeit privatautonomer Gestaltung gar keinen Gebrauch macht? Der Gesetzeswortlaut schweigt hierzu und macht eine Auslegung erforderlich. Die früher ganz hM in obergerichtlicher Rechtsprechung¹⁶¹ und im Schrifttum¹⁶² war davon ausgegangen, dass es in der Mitbenutzungskonstellation keine gesetzlich vorgesehenen wechselseitigen Unterhaltungspflichten zwischen Berechtigtem und Verpflichtetem in Ansehung der von beiden Seiten mitbenutzten Anlage gebe. Jeder müsse selbst diejenigen Maßnahmen zur Erhaltung der gemeinsam genutzten Anlage ergreifen, die er im eigenen Interesse als erforderlich erachtet.¹⁶³

In einer vielbeachteten Entscheidung aus dem Jahr 2004 hat der BGH¹⁶⁴ anders entschieden: Wenn der dienende Eigentümer die Anlage neben dem herrschenden Eigentümer mitbenutzen darf und eine Vereinbarung nach § 1021 Abs. 1 S. 2 BGB nicht getroffen wurde, ist § 1020 S. 2 BGB zur Regelung der wechselseitigen Erhaltungsverpflichtungen anwendbar.¹⁶⁵ Das bedeutet: Auch derjenige herrschende Eigentümer, dem aufgrund des Inhalts der Dienstbarkeit nur ein Anlagen-Mitbenutzungsrecht neben dem dienenden Eigentümer zusteht, „hält“ im Sinne des § 1020 S. 2 BGB eine Anlage auf dem dienenden Grundstück.¹⁶⁶ Da es der BGH aus nachvollziehbaren Gründen aber als unbillig angesehen hat, dem nur mitbenutzungsberechtigten herrschenden Eigentümer die volle Erhaltungslast aufzubürden, sind die §§ 742, 748 BGB entsprechend anzuwenden mit der Folge, dass sie sich zwischen dienendem und herrschendem Eigentümer im Zweifel zu gleichen Teilen verteilt.¹⁶⁷

Ungeachtet der klarstellenden und im heutigen Schrifttum unangefochtenen Judikatur des BGH zum dispositiven Gesetzesrecht bleibt es auch für die heutige notarielle Praxis in Mitbenutzungsfällen stets ratsam, dass der planende Bauträger „das Heft selbst in die Hand nimmt“, indem er auf Basis von § 1021 Abs. 1 S. 2 BGB die Erhaltungslast für die grundstücksübergreifenden Gemeinschaftsanlagen durch klare, von ihm selbst vorgegebene Regelungen zuweist.¹⁶⁸ Insbesondere mag die vom BGH unter Heranziehung der §§ 742, 748 BGB entwickelte – im Zweifel gleichmäßige – Verteilung der Erhaltungslast im Einzelfall gerade nicht der gewünschte bzw. als gerecht empfundene Verteilungsmaßstab sein.

Bei der selbstbestimmten Ausgestaltung der Erhaltungslast genießt der Bauträger weitgehende Freiheiten. Er ist nicht einmal – was der Wortlaut des § 1021 Abs. 1 S. 2 BGB eigentlich nahelegt – darauf beschränkt, die Erhaltungspflichten einseitig nur dem herrschenden Eigentümer zuzuweisen. Vielmehr kann er mit dinglicher Wirkung eine beliebige wechselseitige Verteilung zwischen dienendem und herrschendem Eigentümer festlegen (dh Kombination der Bestimmungsmöglichkeiten aus § 1021 Abs. 1 S. 1 und 2 BGB).¹⁶⁹ Der sachliche Umfang einer derartigen Verteilung kann sich auf die Zuweisung der eigentlichen Maßnahmenverantwortung („Wer muss für die Erhaltung sorgen?“) genauso wie auf die Zuweisung der Kostentragung („Wer muss für ergriffene Maßnahmen finanziell aufkommen?“) erstrecken.¹⁷⁰ Neben der Erhaltung im engeren Sinne kann mit gleicher dinglicher Wirkung außerdem die mit ihr eng verknüpfte Pflicht zur Übernahme der Verkehrssicherung im Innenverhältnis zwischen herrschendem und dienendem Eigentümer verteilt werden.¹⁷¹ Bei beabsichtigter anteiliger Verteilung der Erhaltungslast ist der Bauträ-

155 Staudinger/Weber, BGB (2016), § 1020 Rn. 17.

156 Vgl. insoweit Staudinger/Weber, BGB (2016), § 1020 Rn. 21: Erhaltungsmaßnahmen des hierzu nicht Verpflichteten können Kostenersatzansprüche nach den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag und/oder des Bereicherungsrechts begründen.

157 MüKoBGB/Mohr, 7. Aufl. 2017, § 1018 Rn. 10f. und § 1021 Rn. 3.

158 MüKoBGB/Mohr, 7. Aufl. 2017, § 1018 Rn. 11.

159 Näher hierzu – insb. zu den Grenzen der gesetzlichen Reallastwirkung – unten, Abschn. C. II.2.

160 S.o., Abschn. B. II.

161 OLG Hamm 3.4.2003 – 5 U 16/03, MDR 2003, 737; OLG Köln 5.7.1995 – 27 U 4/95, NJW-RR 1996, 16; KG 3.4.1970 – 1 W 1324/70, OLGZ 1970, 372 (374); ohne ausdrückliche Auseinandersetzung mit § 1020 BGB, aber im Ergebnis gleichlautend OLG Karlsruhe 28.11.1984 – 6 U 60/84, OLGZ 1985, 100.

162 MüKoBGB/Falckenberg, 4. Aufl. 2004, § 1020 Rn. 9; Staudinger/J. Mayer, BGB (Vorauf. 2002), § 1020 Rn. 14; Palandt/Bassenge, BGB, 63. Aufl. 2004, § 1020 Rn. 3.

163 KG 3.4.1970 – 1 W 1324/70, OLGZ 1970, 372 (374); OLG Köln 5.7.1995 – 27 U 4/95, NJW-RR 1996, 16; Staudinger/J. Mayer, BGB (Vorauf. 2002), § 1020 Rn. 14.

164 BGH 12.11.2004 – V ZR 42/04, DNotZ 2005, 617 mAnm Amann.

165 BGH 12.11.2004 – V ZR 42/04, DNotZ 2005, 617 (618 ff.) mit ausführlicher Begründung.

166 BGH 12.11.2004 – V ZR 42/04, DNotZ 2005, 617 (618).

167 BGH 12.11.2004 – V ZR 42/04, NJW 2005, 894 (897 f.) (insoweit in DNotZ 2005, 617 ff. nicht abgedruckt).

168 Staudinger/Weber, BGB (2016), § 1021 Rn. 12; Amann DNotZ 2005, 621 (623).

169 Staudinger/Weber, BGB (2016), § 1021 Rn. 13.

170 Staudinger/Weber, BGB (2016), § 1021 Rn. 13.

171 BayObLG 17.1.1990 – BReg. 2 Z 122/89, MittRhNotK 1990, 80 (80 f.); OLG Köln 18.5.1990 – 2 Wx 21/90, MittRhNotK 1990, 219 (220); Staudinger/Weber, BGB (2016), § 1021 Rn. 4, 13.

ger sodann auch frei in der Wahl des maßgeblichen Verteilungsschlüssels.¹⁷²

3. Formulierungsvorschlag

Anknüpfend an den vorstehend bereits entwickelten Formulierungsvorschlag für eine Wege- und Spielplatzflächen-Grunddienstbarkeit¹⁷³ könnte man zur Verteilung der Erhaltungslast etwa folgenden weiteren Inhalt der Grunddienstbarkeit festlegen:

„Zur Erhaltung (Unterhaltung, Instandhaltung, Instandsetzung und Erneuerung) sowie zur Verkehrssicherung der Wegeflächen sind die Eigentümer des dienenden und jedes herrschenden Grundstücks [gemeinsam verpflichtet]¹⁷⁴. Die Kosten der Erhaltung und Verkehrssicherung tragen die Eigentümer des dienenden und jedes herrschenden Grundstücks untereinander [zu gleichen Teilen]“.¹⁷⁵

II. Weitere Maßnahmen zur besseren Absicherung und Durchsetzbarkeit der Erhaltungspflichten

Die im Rahmen des Begleitschuldverhältnisses festgelegten Erhaltungspflichten sind nur wirkungsvoll und für die langfristig angelegte Konzeption einer Mehrhausanlage geeignet, wenn sie in ihrem Bestand hinreichend abgesichert sind und sich im Streitfall effektiv durchsetzen lassen. Diesbezüglich wurde bereits aufgezeigt, dass Erhaltungspflichten im Rahmen der §§ 1020 ff. BGB unmittelbar für und gegen jeden Einzelrechtsnachfolger in das Eigentum am dienenden oder herrschenden Grundstücks wirken.¹⁷⁶ Wie nun zu zeigen sein wird, könnte sich aber in anderer Hinsicht weitergehender Gestaltungsbedarf ergeben.

172 Staudinger/Weber, BGB (2016), § 1021 Rn. 13. Bspw. kommen in Betracht: (1) anteilige Verantwortlichkeit jedes Grundstückseigentümers für die räumlich auf seinem Grundstück ergriffenen Unterhaltungsmaßnahmen, (2) anteilige Verantwortlichkeit nach der Anzahl der auf den Grundstücken jeweils befindlichen Wohneinheiten, (3) anteilige Verantwortlichkeit nach der auf den Grundstücken jeweils vorhandenen Wohnfläche in m², (4) anteilige Verantwortlichkeit nach der Größe der jeweiligen Grundstücke. Bei fehlender Angabe eines Verteilungsschlüssels kommt es nach der Rspr. (OLG Köln 15.6.1990 – 20 U 216/89, NJW-RR 1990, 1165 [1166]) auf die messbare Intensität der jeweiligen Nutzung an.

173 S.o., Abschn. B. V.

174 Die Zuweisung gemeinsamer Erhaltungszuständigkeiten dürfte in den meisten Fällen der sachgerechte Weg sein. Wer hier alternativ festlegt, dass bspw. der jeweilige Eigentümer eines jeden Grundstücks für die Erhaltung der auf seinem Grundstück belegenen Teile der Wegeflächen zuständig sein soll, würde von vornherein nebeneinanderstehende partikuläre Verantwortungsbereiche schaffen. Das ist aber regelmäßig unerwünscht und für eine effiziente Verwaltung der Gesamtanlage kontraproduktiv (dazu näher mit Gestaltungsvorschlägen unten, Abschn. C. III.).

175 An dieser Stelle (Wahl des Verteilungsschlüssels) sind beliebige Variationen denkbar, u. a. eine Verteilung (1) im Verhältnis der Anzahl der auf den Grundstücken jeweils gebildeten Wohnungseigentumsrechte, (2) im Verhältnis der Größe der jeweiligen Grundstücke, (3) im Verhältnis der in den Aufbauten der Grundstücken jeweils geplanten Wohn- oder Nutzfläche (diese müsste zur Gewährleistung der Bestimmtheit in der Bewilligungsurkunde für jedes Haus konkret angegeben werden), (4) dergestalt, dass jeder Eigentümer die Kosten für die auf seinem Grundstück ergriffenen Erhaltung- und Verkehrssicherungsmaßnahmen trägt.

176 MüKoBGB/Mohr, 7. Aufl. 2017, § 1018 Rn. 11, s. a. bereits oben, Abschn. C. I.2.

1. Lückenhaftigkeit der Bestandssicherung

Als problematisch könnte sich zunächst der Umstand erweisen, dass die im Begleitschuldverhältnis getroffenen Bestimmungen zur Verteilung der Erhaltungslast für sich gesehen kein eigenständiges dingliches Recht darstellen. Die Rechte und Pflichten aus dem Begleitschuldverhältnis sind vielmehr vom Fortbestand der Grunddienstbarkeit abhängig.¹⁷⁷ Diese wiederum kann vom herrschenden Eigentümer nach allgemeinen Grundsätzen durch einseitige Aufgabekerklärung (§ 875 Abs. 1 BGB) nebst Löschungsbewilligung in der Form des § 29 GBO mit Zustimmung der am herrschenden Grundstück dinglich Berechtigten (§ 876 S. 2 BGB) zu Fall gebracht werden. Die Rechtsaufgabe kann ohne jedes Zutun des dienenden Eigentümers vonstatten gehen, und zwar selbst dann, wenn ihm aus dem dienstbarkeitsakzessorischen Begleitschuldverhältnis Ansprüche auf Erhaltung und Verkehrssicherung von Anlagen gegen den herrschenden Eigentümer zustehen.

Der herrschende Eigentümer könnte an einer derartigen Rechtsaufgabe jedenfalls dann ein gewisses Interesse haben, wenn ihm – was in der Theorie zumindest denkbar ist – aus der Grunddienstbarkeit kein subjektiv bedeutsamer Nutzungsvorteil erwächst, er sich aber umgekehrt kraft des Begleitschuldverhältnisses mit weitreichenden Erhaltung- und Kostentragungspflichten konfrontiert sieht. Durch die schlichte Aufgabe der Dienstbarkeit könnte er sich dann einseitig der ihm lästigen Erhaltungslast aus dem Begleitschuldverhältnis entledigen.¹⁷⁸ Zwar mag sich die erforderliche Zustimmung der am herrschenden Grundstück dinglich Berechtigten (§ 876 S. 2 BGB) in der Praxis als gewisse Hürde darstellen, doch hilft dies dem dienenden Eigentümer wenig, wenn im Einzelfall mangels bestehender Rechte solche Zustimmungen gar nicht erforderlich sind oder etwa erforderliche Zustimmungen – aus welchen Gründen auch immer – tatsächlich erteilt werden. Ohnehin müssten dem Grundbuchamt zur Löschung der Grunddienstbarkeit die materiellrechtlich etwa erforderlichen Zustimmungserklärungen gem. § 21 GBO nur dann vorgelegt werden, wenn – was selten genug der Fall ist – ein Herrschvermerk iSv § 9 GBO eingetragen ist.

2. Lückenhaftigkeit der ranggesicherten Durchsetzbarkeit

§ 1021 Abs. 2 BGB bewirkt durch seinen Verweis auf die Vorschriften der Reallast (§§ 1105 ff. BGB) eine bedeutende Aufwertung der aus dem Begleitschuldverhältnis resultierenden Ansprüche auf Erhaltung einschließlich Verkehrssicherung von Anlagen. Neben die persönliche Haftung des Erhaltungsschuldners tritt hierdurch eine dingliche Haftung seines Grundstücks dergestalt, dass gem. § 1107 iVm § 1147 BGB aus dem Rang der Grunddienstbarkeit die Zwangsvollstreckung in das Grundstück betrieben werden kann.¹⁷⁹ Die gem. § 1021 Abs. 2 BGB angeordnete Reallastwirkung ist angesichts ihrer Unselbständigkeit im Grundbuch weder eintragungsbefähigt noch

177 MüKoBGB/Mohr, 7. Aufl. 2017, § 1021 Rn. 2, 9.

178 MüKoBGB/Mohr, 7. Aufl. 2017, § 1020 Rn. 11; Staudinger/Weber, BGB (2016), § 1020 Rn. 15.

179 Vgl. Amann DNotZ 1989, 531 (535 und 556 f.).

eintragungsfähig.¹⁸⁰ Einer näheren Analyse bedürfen insoweit aber die Fragen, in welche Richtungen die reallastähnliche Wirkung überhaupt besteht und inwiefern sie im Rahmen der Zwangsvollstreckung iSv § 10 ZVG rangklassenfähig ist.

Unbestritten ist, dass die Reallastwirkung jedenfalls die Erhaltungsansprüche des Dienstbarkeitsberechtigten (jeweiliger Eigentümer des herrschenden Grundstücks) gegen den Dienstbarkeitsverpflichteten (jeweiliger Eigentümer des dienenden Grundstücks) erfasst. Das dienende Grundstück haftet also für die aufgrund der getroffenen Erhaltungsverpflichtung wiederkehrend geschuldeten Leistungen,¹⁸¹ und zwar in der Weise, dass der Dienstbarkeitsberechtigte ihrerwegen die Zwangsvollstreckung in das dienende Grundstück nach Maßgabe der für die Zinsen einer Hypothekforderung geltenden Vorschriften betreiben darf (§ 1107 BGB). Die Zwangsvollstreckung in das dienende Grundstück erfolgt innerhalb der Rangklasse des § 10 Abs. 1 Nr. 4 ZVG und dort aus demselben Rang, den die Grunddienstbarkeit einnimmt.¹⁸²

Entgegen einer vereinzelt geblieben und in der Sache unzutreffenden amts- und landgerichtlichen Rechtsprechung¹⁸³ kann – zumindest nach Meinung des einschlägigen Schrifttums – als gesichert gelten, dass mit Sukzessionswirkung ausgestattete Erhaltungsansprüche auch gegen den Dienstbarkeitsberechtigten (also den herrschenden Eigentümer) entstehen.¹⁸⁴ Durchaus umstritten ist hingegen die Frage nach der zwangsversteigerungsrechtlichen Rangklassenfähigkeit der gegen das herrschende Grundstück gerichteten Grundstückshaftung. Dies erweist sich in diesem umgekehrten Fall deswegen als problematisch, weil es sich um eine dienstbarkeitsakzessorische Haftung des herrschenden Grundstücks handeln würde, für die aber keine Möglichkeit der Eintragung im dortigen Grundbuch bestünde und die ohne Hinzuziehung des Grundbuchs für das dienende Grundstück „unsichtbar“ wäre.¹⁸⁵ Vor diesem Hintergrund wird von Teilen des Schrifttums die Rangklassenfähigkeit der Haftung des herrschenden Grundstücks iSd § 10 Abs. 1 Nr. 4 ZVG abgelehnt.¹⁸⁶ Anderenfalls wäre die Aussagekraft und Klarheit des Grundbuchs ungebührlich beeinträchtigt.¹⁸⁷ Dem hält ein anderer Teil des Schrifttums entgegen, dass sich dieselbe Situation einer nach § 10 Abs. 1 Nr. 4 ZVG rangfähigen, aber nicht eintragungsfähigen Grundstücksbelastung etwa in den Fällen der §§ 912, 914 BGB (Pflicht zur Zahlung einer Überbau- und Not-

wegerente) genauso darstellt und man daher nicht von einem Fremdkörper im System des BGB-Sachenrechts sprechen könne.¹⁸⁸ Ob dieser Vergleich wirklich tragfähig ist, erscheint allerdings zweifelhaft, zumal das Gesetz in den §§ 912, 914 BGB eine ausdrückliche Regelung zum Rang jener Rentenverpflichtungen trifft und dies bei § 1021 Abs. 2 BGB gerade nicht der Fall ist.¹⁸⁹ Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat sich zu den hier aufgeworfenen Fragen bisher nicht geäußert.

Angesichts des bestehenden Streitstands muss der vorsichtige Praktiker einkalkulieren, dass eine dem herrschenden Grundstück zugewiesene Erhaltungspflicht aus § 1021 Abs. 2 iVm §§ 1105 ff. BGB möglicherweise weniger effektiv durchsetzbar ist als dies in der umgekehrten Konstellation der Fall ist. Auch insoweit kann sich also weiterer Gestaltungsbedarf ergeben.

3. Lösung durch Bestellung eigenständiger Reallasten

Wer die dargestellten Unsicherheiten in Ansehung der aus dem Begleitschuldverhältnis herrührenden Rechte und Pflichten vermeiden möchte, kann das durch zusätzliche Bestellung eigenständiger subjektiv-dinglicher Reallasten gem. § 1105 Abs. 1 und 2 BGB in den Griff bekommen. Deren Inhalt wäre die Verpflichtung des jeweiligen Eigentümers eines Grundstücks, die im Rahmen der wechselseitigen Grunddienstbarkeiten begründeten Erhaltungspflichten gegenüber den jeweiligen Eigentümern der übrigen Grundstücke wahrzunehmen. Dies kann durch schlichte inhaltliche Bezugnahme auf die bereits im Begleitschuldverhältnis der Grunddienstbarkeiten definierten Pflichten geschehen, so dass die Reallasten keine (unerwünschten) weitergehenden Erhaltungspflichten absichern.

Zweckmäßigerweise sollte der Bauträger so vorgehen, dass er zulasten jedes betroffenen Grundstücks in der Mehrhausanlage je eine eigene Reallast bewilligt und zur Eintragung bringt, die ihre Wirkungen zugunsten der jeweiligen Eigentümer aller anderen Grundstücke entfaltet. Bei der erforderlichen Wahl und Bezeichnung eines Gemeinschaftsverhältnisses (§ 47 Abs. 1 GBO)¹⁹⁰ ist auch hier die bei Reallasten zulässige Gesamtberechtigung nach § 428 BGB empfehlenswert.¹⁹¹ Solange der Bauträger noch alleiniger Eigentümer aller beteiligten Grundstücke der Mehrhausanlage ist, handelt es sich hierbei vorübergehend – bis zur Eigentumsumschreibung von Grundstücken bzw. gebildeten Eigentumsrechten auf einen Erwerber – um Eigentümerreallasten, deren Bestellung auf Vorrat mit Blick auf den geplanten Abverkauf ebenfalls zulässig ist.¹⁹²

Gegen die Zulässigkeit solcher die Rechtswirkungen aus §§ 1021 Abs. 2, 1105 ff. BGB flankierender Reallasten ist in der Literatur vereinzelt eingewandt worden, sie könnten zu einer unzulässigen doppelten Absicherung des Erhal-

180 OLG Köln 18.5.1990 – 2 Wx 21/90, MittRhNotK 1990, 219; BayObLG 9.7.1965 – BReg. 2 Z 20/65, DNotZ 1966, 174; Amann DNotZ 1989, 531 (535); s. a. Staudinger/Weber, BGB (2016), § 1021 Rn. 14.

181 MüKoBGB/Mohr, 7. Aufl. 2017, § 1021 Rn. 9.

182 Volmer MittBayNot 2000, 387 (388) mwN.

183 AG Aalen 15.10.1986 – 4 C 601/85-13 sowie in der Folgeinstanz LG Ellwangen 13.3.1987 – 1 S 343/86-10, BWNotZ 1987, 141 m. abl. Anm. Böhringer.

184 Staudinger/Weber, BGB (2016), § 1021 Rn. 14; MüKoBGB/Mohr, 7. Aufl. 2017, § 1021 Rn. 7; Amann DNotZ 1989, 531 (543 f.); Böhringer BWNotZ 1987, 142 (143); Volmer MittBayNot 2000, 387 (388 f.).

185 In Abt. II kommt eine Eintragung von vornherein nicht in Betracht, da die Dienstbarkeit als solche ja gerade nicht das herrschende Grundstück belastet (dazu MüKoBGB/Mohr, 7. Aufl. 2017, § 1021 Rn. 7 mit dortiger Fn. 25). Einen Anhaltspunkt könnte allenfalls ein im Bestandsverzeichnis des herrschenden Grundstücks eingetragener Herrschvermerk iSv § 9 GBO liefern, der jedoch nicht zwingend ist und auch in der Praxis nur selten zur Eintragung gebracht wird.

186 Volmer MittBayNot 2000, 387 (389).

187 Volmer MittBayNot 2000, 387 (388).

188 Vgl. auch § 1287 S. 2 BGB (Sicherungshypothek bei Verpfändung des Auflassungsanspruchs und anschließender Eigentumsumschreibung. Diese kann allerdings im Wege der Grundbuchberichtigung eingetragen werden.

189 Volmer MittBayNot 2000, 387 (388).

190 Zum Näheren s. o., Abschn. B. III.2.

191 Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 1293 mwN.

192 Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 1292 mwN.

tungsgläubigers führen.¹⁹³ Ein und dasselbe Verwertungsinteresse könne nicht mehrfach durch gleichartige und jeweils rangklassenfähige Rechte iSd ZVG abgesichert werden.¹⁹⁴ Nach meinem Dafürhalten dürfte jedoch ein wie auch immer geartetes – im Übrigen bereits in seiner gesamten Existenz zweifelhaftes¹⁹⁵ – Verbot der Doppelsicherung desselben wirtschaftlichen Interesses der Bestellung ergänzender Reallasten zumindest im vorliegend skizzierten Kontext nicht entgegenstehen. Wenn nämlich die dienstbarkeitsakzessorische Reallastwirkung nach §§ 1021 Abs. 2, 1105 ff. BGB zum einen mit dem Risiko einseitiger Rechtsaufgabe durch den Berechtigten behaftet ist und zum anderen dem dienenden Eigentümer in der Rolle des Erhaltungsgläubigers womöglich gar keine rangklassenfähige Rechtsposition verschafft,¹⁹⁶ kann sie von vornherein nicht dasselbe Niveau dinglicher Absicherung bieten, wie es bei Bestellung einer eigenständigen Reallast erreichbar ist. Die eigenständige Reallast hat für den Berechtigten also einen echten wirtschaftlichen Mehrwert.

Wer demgemäß eine flankierende Reallast bestellen möchte, muss allerdings ggf. einschränkendes Landesrecht beachten. Nach Art. 115 EGBGB sind diejenigen landesgesetzlichen Vorschriften, welche die Belastung eines Grundstücks mit Reallasten untersagen oder beschränken oder welche den Inhalt das Maß von Reallasten näher bestimmen, vom Inkrafttreten des BGB unberührt geblieben. Derartige beschränkende Vorschriften sind in den verschiedenen Bundesländern durchaus anzutreffen,¹⁹⁷ so dass erst eine nähere Einzelfallprüfung zeigen muss, welche Gestaltung möglich ist. In Nordrhein-Westfalen besteht bspw. eine Einschränkung dahingehend, dass diejenigen Reallasten, die nicht die Entrichtung einer Geldrente zum Inhalt haben, nur als zeitlich begrenzte Rechte bestellt werden können (Art. 30 Abs. 1 des Preußischen Ausführungsgesetzes zum BGB vom 20.9.1899).¹⁹⁸ Die Bestellung einer Reallast, die neben der Kostentragung auch die Wahrnehmung der Erhaltungspflichten als solche absichert, ist dort mithin nur als zeitlich begrenztes Recht möglich. Zur einfachen Vermeidung dieses Hindernisses kann die Reallast für einen ausreichend lang bemessenen begrenzten Zeitraum von zB 100 Jahren¹⁹⁹ eingeräumt werden.²⁰⁰

4. Formulierungsvorschlag

Die Abfassung des Inhalts der Reallasten wirft zumindest dann keine nennenswerten Probleme auf, wenn sie – was ohnehin zweckmäßig ist – gemeinsam mit den Grunddienstbarkeiten in ein und derselben Urkunde bewilligt werden. Man könnte wie folgt formulieren:

193 Volmer MittBayNot 2000, 387 (388) („vermutlich [...] unzulässig“).

194 Vgl. OLG Köln 23.10.1995 – 2 Wx 30/95, NJW-RR 1996, 1106; OLG München 6.2.2015 – 34 Wx 4/15, BeckRS 2015, 08320; MüKoBGB/Lieder, 7. Aufl. 2017, § 1113 Rn. 79 mwN; ähnlich für die mehrfache Hypothekensicherung Staudinger/Wolfsteiner, BGB (2015), § 1113 Rn. 44.

195 Vgl. zutreffend Staudinger/Wolfsteiner, BGB (2015), § 1113 Rn. 44.

196 S.o., Abschn. C. II.1. und C. II.2.

197 S. die Übersicht bei Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 1318 f.

198 Vgl. auch Lange-Parpart RNotZ 2008, 377 (383 f.).

199 Dies gilt – wie bereits gesagt – nur für Nordrhein-Westfalen. Bspw. im Saarland wäre zusätzlich eine zeitliche Höchstfrist von 30 Jahren zu beachten, vgl. § 26 des saarländischen AG-JustG v. 5.2.1997.

200 Vgl. Lange-Parpart RNotZ 2008, 377 (384).

„Der Eigentümer des Grundstücks [G1 / G2 / G3 / G4]²⁰¹ ist gegenüber den jeweiligen Eigentümern der Grundstücke [G2, G3 und G4 / G1, G3 und G4 / G1, G2 und G4 / G1, G2 und G3] – als Gesamtberechtigte gemäß § 428 BGB – verpflichtet, diejenigen Pflichten betreffend die Erhaltung einschließlich der Verkehrssicherung von Anlagen und Einrichtungen insoweit wahrzunehmen und dafür die Kosten zu tragen, wie er hierzu aufgrund der Grunddienstbarkeiten in Teil [...] dieser Urkunde verpflichtet ist.

Die mit dieser Reallast übernommenen Verpflichtungen sind in ihrem Bestand von den vorerwähnten Grunddienstbarkeiten unabhängig.

Die Reallast erlischt mit Ablauf von 100 Jahren seit dem Tage der Eintragung.“

III. Schaffung von Strukturen für effiziente Pflichtenwahrnehmung

Mit der Einräumung von Mitbenutzungsrechten und der Statuierung abgesicherter und wirkungsvoll durchsetzbarer Erhaltungs- und Verkehrssicherungspflichten trägt der Bauträger maßgeblich dazu bei, dass die grundstücksübergreifenden Gemeinschaftseinrichtungen in der Mehrhausanlage auf Dauer bestimmungsgemäß nutzbar bleiben. Dennoch könnte sich speziell im Hinblick auf die in – mehr oder wenig regelmäßig – wiederkehrenden Abständen notwendige Erfüllung jener Pflichten weiterer Gestaltungsbedarf ergeben.

Zur besseren Veranschaulichung der Problemlage sei wiederum von dem eingangs gebildeten Beispielfall einer auf real geteiltem Grundbesitz geplanten Mehrhausanlage mit gemeinsamen grundstücksübergreifenden Wege- und Spielplatzflächen²⁰² ausgegangen. Außerdem sei unterstellt, dass der Bauträger entsprechend der im Laufe dieses Beitrags entwickelten Überlegungen wechselseitige Mitbenutzungsrechte durch Grunddienstbarkeiten definiert sowie im Rahmen des Begleitschuldverhältnisses nach §§ 1020 ff. BGB auch Erhaltungs- und Verkehrssicherungs- neben Kostentragungspflichten zugewiesen hat.

Wenn entsprechende Erhaltungs- und Verkehrssicherungsmaßnahmen nun erforderlich werden – bei einer Wegfläche zB der Austausch beschädigter Bodenplatten und die Vornahme des Winterdienstes; bei einem Spielplatz zB die Reparatur und Pflege abgenutzter Spielgeräte –, bringt dies mitunter erheblichen Koordinationsaufwand mit sich. In jedem Einzelfall müsste allseits eine Entscheidung über die zu ergreifenden Maßnahmen herbeigeführt werden. Es liegt auf der Hand, dass dies wirtschaftlich ineffizient und schwerfällig wäre und nicht zuletzt auch erhebliches Streitpotenzial birgt. Deshalb erscheint es grds. überlegenswert, im Rahmen des Möglichen Vorkehrungen für eine zweckmäßigere Wahrnehmung der Erhaltungs- und Verkehrssicherungspflichten zu treffen. Das Ziel solcher Bemühungen muss es sein, durch Schaffung zentralisierter Wahrnehmungskompetenzen dafür zu sorgen, dass die einzelnen (Mit-)Eigentümer nicht immer wieder aufs Neue an

201 Es ist eine Reallast je Grundstück einzutragen. Aus Platzgründen wird der nachstehende Formulierungsvorschlag nur einmal wiedergegeben. Die in eckigen Klammern jeweils durch Schrägstriche getrennten Varianten zeigen, wie die im Übrigen gleichlautenden Eintragungsbewilligungen für alle Grundstücke G1 bis G4 „reihum“ formuliert werden müssten.

202 S.o., Abschn. A.

Entscheidungen über die Ausführung konkreter Einzelfallmaßnahmen mitwirken müssen.

1. Zuständigkeitskonzentration innerhalb einer jeden Eigentümergemeinschaft gem. § 10 Abs. 6 S. 3 WEG

Ein erster die effiziente Wahrnehmung von Rechten und Pflichten störender Faktor ist der Umstand, dass im Falle der Bildung von Wohnungs- und Teileigentumsrechten je Grundstück nicht nur ein (Allein-)Eigentümer involviert ist, sondern eine Vielzahl von Miteigentümern. Zum erwünschten Zentralisierungseffekt würde es beitragen, wenn die Wahrnehmungszuständigkeit je Grundstück stets bei nur einer Person läge. Möglicherweise hilft insoweit die bereits an früherer Stelle²⁰³ erörterte Vorschrift des § 10 Abs. 6 S. 3 WEG, indem sie im dort näher bestimmten Umfang eine Verlagerung der Wahrnehmungszuständigkeit für bestimmter Rechte und Pflichten von den einzelnen Wohnungseigentümern auf die Ebene des gegenständig beschränkt rechtsfähigen Verbands der Wohnungseigentümer bewirkt (1. Var. – „geborene“ Wahrnehmungszuständigkeit) oder vorbehaltlich einer dahingehenden Beschlussfassung bewirken kann (2. Var. – „gekorene“ Wahrnehmungszuständigkeit). Der BGH hat insoweit bereits entschieden, dass die den Wohnungs- und Teileigentümern eines Grundstücks zustehenden Erhaltungsansprüche aus § 1020 S. 2 BGB gemeinschaftsbezogen iSd § 10 Abs. 6 S. 3 1. Var. WEG sind und daher schon kraft gesetzlicher Prozessstandschaft allein vom Verband geltend zu machen sind.²⁰⁴ Für die gem. § 1021 Abs. 1 S. 2 BGB privatautonom vereinbarten Erhaltungspflichten dürfte nichts anderes gelten. Des weiteren hat der BGH entschieden, dass die Wahrnehmung der allgemeinen Verkehrssicherungspflicht eines Grundstückseigentümers eine geborene Zuständigkeit der Eigentümergemeinschaft begründen kann.²⁰⁵ Im Schrifttum sieht man das überwiegend genauso.²⁰⁶ Vereinzelt wird allerdings auch bezweifelt, dass eine gesetzliche Zuständigkeit des Verbands nach § 10 Abs. 6 S. 3 1. Var. WEG für die Wahrnehmung von Pflichten zur Erhaltung von Gemeinschaftseigentum²⁰⁷ sowie von Rechten und Pflichten aus Grunddienstbarkeiten in Ansehung grundstücksübergreifender Anlagen besteht.²⁰⁸ Im Hinblick auf die in einzelnen Teilbereichen noch nicht abschließend geklärte Rechtslage sollte der vorsichtige Rechtsgestalter daher nicht darauf vertrauen, dass die Wahrnehmung von Rechten und Pflichten im Rahmen der Erhaltung und Verkehrssicherung der grundstücksübergreifenden Gemeinschaftsanlagen in jeder Hinsicht als „geborene“ Zuständigkeit schon kraft Gesetzes umfassend Aufgabe des Verbands ist. Da es sich aber wenigstens um Fälle im Bereich der „gekorenen“ Zuständigkeiten (§ 10 Abs. 6 S. 3 2. Var. WEG) handeln dürfte,²⁰⁹ steht der Zuständigkeitsverlagerung auf den Verband kraft Mehrheitsbeschluss oder allseitiger Vereinbarung nichts im We-

ge. Davon kann der Bauträger Gebrauch machen, indem er anlässlich der Errichtung der Teilungserklärungen in alle Gemeinschaftsordnungen eine dies bereits von vornherein bewirkende Bestimmung aufnimmt. Diese könnte etwa wie folgt lauten:

„§ [...]

Wahrnehmung von Rechten und Pflichten aus dinglichen Rechten

Die aus den zugunsten und zulasten des Grundstücks bestehenden dinglichen Rechten (insb. Grunddienstbarkeiten) herrührenden Rechte und Pflichten werden, soweit sie im Rahmen der §§ 1020 ff. BGB die Erhaltung und Verkehrssicherung bestimmter Anlagen und Einrichtungen betreffen, als gemeinschaftliche Rechte und Pflichten gemäß § 10 Abs. 6 Satz 3 2. Var. WEG der Gemeinschaft der Wohnungs- und Teileigentümer zu deren ausschließlicher Wahrnehmung für die einzelnen Wohnungs- und Teileigentümer zugewiesen.“

Im Ergebnis bewirkt diese Gestaltung, dass sich bezüglich der Rechte und Pflichten aus dem Begleitschuldverhältnis (Wahrnehmung der Erhaltungs- und Verkehrssicherungspflichten) nicht mehr die einzelnen Miteigentümer in bestimmter Gruppierung, sondern nur noch die insoweit rechtsfähigen Eigentümergemeinschaften gegenüberstehen („Hochzonung“ der Wahrnehmungszuständigkeiten). Der jeweilige Verwalter handelt insoweit für „seine“ Eigentümergemeinschaft und vertritt sie im Rechtsverkehr.²¹⁰

2. Weitergehende Zuständigkeitskonzentration durch grundstücksübergreifende Wahrnehmungsvereinbarung („Verwaltungsordnung“)

Die Verlagerung von Zuständigkeiten auf die einzelnen Eigentümergemeinschaften nach § 10 Abs. 6 S. 3 WEG kann die eingangs dieses Abschnitts skizzierten Hemmnisse effizienter Verwaltung maßgeblich entschärfen, sie jedoch nicht vollends lösen. Denn es bliebe dabei, dass für jede zu ergreifende Maßnahme ein einzelfallbezogenes Tätigwerden der Grundstückseigentümer bzw. – wenn ein Grundstück nach WEG aufgeteilt ist – der Verwalter in Vertretung der jeweiligen Eigentümergemeinschaften vonnöten sein würde. Erstrebenswert ist daher eine nochmals weitergehende Aufgabenkonzentration dahingehend, dass die sich aus der Gesamtheit aller in der Mehrhausanlage wechselseitig eingeräumten Dienstbarkeiten ergebenden Erhaltungspflichten im laufenden Tagesgeschäft zentral durch eine einzige Stelle wahrgenommen werden.

a) Maßgeblicher Rechtsrahmen

Taugliche Rechtsgrundlage einer solchen Gestaltung kann nur eine grundstücksübergreifende Sonderverbindung derjenigen sein, die für die jeweiligen Grundstücke wahrnehmungszuständig sind. Woraus könnte sie sich ergeben? Die gesetzlichen Vorschriften zu Grunddienstbarkeiten geben keine Hilfestellung. Denn nach Maßgabe der §§ 1020 ff. BGB können als (weiterer) Inhalt des dinglichen Rechts nur Vereinbarungen über die Zuweisung der

203 S.o., Abschn. B. VI.3.

204 BGH 17.12.2010 – V ZR 125/10, ZWE 2011, 123 (124).

205 BGH 9.3.2012 – V ZR 161/11, ZWE 2012, 268 (269); ebenso auch OLG Oldenburg 13.2.2014 – 1 U 77/13, ZWE 2014, 313; LG München I 15.3.2017 – 1 S 10106/16 WEG, ZWE 2017, 325 (328).

206 Wenzel NZM 2006, 321 (323); Wenzel ZWE 2009, 57 (58 f.); Dötsch/Greiner ZWE 2014, 343 (344 f.); Schmid ZWE 2009, 295.

207 BeckOK WEG/Dötsch, 34. Ed., Stand 2.4.2018, § 10 Rn. 530.

208 Vgl. BeckOK WEG/Dötsch, 34. Ed., Stand 2.4.2018, § 10 Rn. 543.

209 So auch BeckOK WEG/Dötsch, 34. Ed., Stand 2.4.2018, § 10 Rn. 543.

210 Vgl. nur OLG Oldenburg 13.2.2014 – 1 U 77/13, ZWE 2014, 313; BeckOK WEG/Dötsch, 34. Ed., Stand 2.4.2018, § 10 Rn. 447; MüKoBGB/Commichau, 7. Aufl. 2017, § 10 WEG Rn. 186.

eigentlichen Erhaltungs- und Verkehrssicherungspflichten getroffen werden. Ebenso wenig kann man sich das Instrumentarium des Wohnungseigentumsrechts (konkret: § 10 Abs. 2 WEG) zunutze machen. Aufgrunddessen kann stets nur das Binnenrecht einer einzelnen Eigentümergemeinschaft geregelt werden, es lassen sich aber keine übergeordneten wechselseitigen Rechtsbeziehungen zwischen mehreren Eigentümergemeinschaften bzw. zwischen einer Eigentümergemeinschaft und dem/den Eigentümer(n) von benachbartem Grundbesitz begründen.²¹¹ Damit bleibt letzten Endes nur der Rückgriff auf schuldrechtliche, ggf. gesellschaftsrechtliche Gestaltungsinstrumente, um die gewünschte Struktur einer grundstücksübergreifenden Sonderverbindung (hier sog. „Verwaltungsordnung“) herbeizuführen. Es wird noch zu untersuchen sein, ob und inwieweit sich diese in die Vorschriften über die Gemeinschaft nach §§ 741 ff. BGB, insb. die §§ 745, 746 BGB, einbetten lassen könnte.²¹²

b) Beteiligte und deren Vertretung

Die notwendigen Beteiligten der Verwaltungsordnung sind vom Grundsatz her die jeweiligen Eigentümer aller in der Mehrhausanlage „zusammengeschlossenen“ Grundstücke.

Steht ein Grundstück im Alleineigentum (zB eines Investors, der die in seinem Haus errichteten Wohnungen gewinnbringend vermieten will), ist der Alleineigentümer direkt selbst beteiligt. Wenn ein Grundstück mehreren Personen zu Miteigentum (§ 1008 BGB) oder in gesamthänderischer Verbundenheit zusteht, wären grds. alle Miteigentümer bzw. Gesamthänder zu beteiligen. Um die Schaffung möglichst effizienter Verwaltungsstrukturen nicht zu gefährden, sollte die Verwaltungsordnung für diese letztgenannten Fälle vorsehen, dass sich die grundstücksbezogene Mitwirkungsbefugnis auf nur eine Person konzentriert, deren Auswahl den Grundstücksmiteigentümern oder den am Grundstück gesamthänderisch Berechtigten überlassen bleiben mag. Sind einzelne Grundstücke in Wohnungs- und Teileigentum aufgeteilt und ist die Aufgabe der Wahrnehmung der Rechte und Pflichten aus den Begleitschuldverhältnissen der Grunddienstbarkeiten gemäß § 10 Abs. 6 S. 3 1. oder 2. Var. WEG dem jeweiligen Verband zugewiesen,²¹³ ist anstelle der einzelnen Wohnungs- und Teileigentümer unmittelbar nur dieser, vertreten durch seinen jeweiligen Verwalter, beteiligt. Wer in diesem Bereich jegliche Zweifel an der erforderlichen Vertretungsmacht des Verwalters vermeiden will,²¹⁴ kann vorsorglich eine speziell darauf bezogene Ermächtigung nach § 27 Abs. 3 Nr. 7 WEG in die Gemeinschaftsordnung aufnehmen.

c) Inkraftsetzung

Die Inkraftsetzung der Verwaltungsordnung sollte einerseits nicht dem Belieben der späteren Eigentümer einzelner Grundstücke oder von Wohnungs- bzw. Teileigentumsrechten überlassen bleiben. Andererseits kann der Bauträger eine schuldrechtliche Vereinbarung nicht ohne weiteres auf Vorrat für seine zukünftigen Einzelrechtsnachfolger treffen. Er muss daher in allen abzuschließenden Ein-

zelkaufverträgen dafür sorgen, dass der Erwerber den Inhalt der – zu jenem Zeitpunkt bereits in finaler Fassung ausgearbeiteten – Verwaltungsordnung als für sich verbindlich anerkannt und in alle sich daraus für ihn ergebenden Rechte und Pflichten eintritt. Zur Entlastung der Beurkundungsverfahren dürfte es sich anbieten, die Verwaltungsordnung in die für das gesamte Bauvorhaben bestimmte Bezugs- und Grundlagenurkunde auszulagern, so dass in allen Kaufverträgen von der Verweisungsmöglichkeit des § 13 a Abs. 1 BeurkG Gebrauch gemacht werden kann.

Bei Verkauf von bereits gebildetem oder vom Bauträger noch zu bildendem Wohnungs- oder Teileigentum erscheint es zweckmäßig, den jeweiligen Erwerber im Kaufvertrag außerdem rein vorsorglich zu verpflichten, an allen ggf. erforderlichen Rechtshandlungen mitzuwirken, damit die (künftige) Gemeinschaft der Wohnungs- und Teileigentümer ihrerseits der Verwaltungsordnung beitrifft und der Verwalter zu deren Vertretung im Rahmen der Verwaltungsordnung ermächtigt wird.

Eine entsprechende Regelung, deren kumulierte Verwendung in allen Kaufverträgen für die Inkraftsetzung der Verwaltungsordnung sorgt, könnte folgenden Wortlaut haben:

„§ [...]

Anerkennung der Verwaltungsordnung

Der Käufer erkennt die der Bezugsurkunde²¹⁵ als Anlage [...] beigefügte Verwaltungsordnung mit allen darin begründeten Rechten, Pflichten, Aufgaben und Zuständigkeiten mit Wirkung ab Besitzübergang – spätestens jedoch ab Eigentumsumschreibung – als für sich verbindlich an. Er verpflichtet sich, im Rahmen der dort getroffenen Bestimmungen an allen zur Förderung des Verwaltungszwecks²¹⁶ erforderlichen Maßnahmen mitzuwirken.“

Nur bei Veräußerung von Wohnungs- oder Teileigentumsrechten zu ergänzen:

„Der Käufer verpflichtet sich außerdem rein vorsorglich, alle Rechtshandlungen vorzunehmen und an allen Rechtshandlungen mitzuwirken, die erforderlich sind, damit die Gemeinschaft der Wohnungs- und Teileigentümer, der er selbst angehört, sobald wie möglich²¹⁷ ihrerseits der Verwaltungsordnung beitrifft und damit die jeweilige Gemeinschaft im Rahmen der Verwaltungsordnung von ihrem jeweils bestellten Verwalter vertreten werden kann.“

d) Inhaltliche Eckpunkte und Formulierungsvorschlag

Da die Verwaltungsordnung immer auf die spezifischen Anforderungen des Einzelfalls, namentlich den objektiven Besonderheiten der Mehrhausanlage einerseits und etwaigen subjektiven Wünsche des Bauträgers andererseits, abgestimmt sein muss, können kaum allgemeingültige Aussagen dazu getroffen werden, wie sie zweckmäßigerweise inhaltlich auszugestalten ist. Eine auf alle Detailfragen eingehende Erörterung würde zudem den Rahmen dieses

211 Vgl. Drasdo ZWE 2017, 155 (157).

212 S.u., Abschn. C. III.3.a).

213 Vgl. oben, Abschn. C. III.1.

214 Meines Erachtens ist nicht sicher, dass sie sich aus § 27 Abs. 3 Nr. 7 WEG ergeben würde.

215 An anderer Stelle der Kaufvertragsurkunde ist ein Textbaustein „Verweisung nach § 13 a Abs. 1 BeurkG“ zu platzieren.

216 Vgl. § 1 des sogleich (Abschn. C. III.2.d) folgenden Musterentwurfs.

217 Gemeint ist hier der Beginn seiner gegenständlich beschränkten Rechtsfähigkeit nach § 10 Abs. 6 S. 1 WEG, dazu näher oben, Abschn. B. I.2.a).

Beitrags sprengen. Daher sei nur so viel gesagt: Die Verwaltungsordnung muss ihrem Sinn und Zweck nach diejenigen Regelungen enthalten, die bewirken, dass die Entscheidungen über die Erfüllung der iRd Begleitschuldverhältnisses der Grunddienstbarkeiten begründeten Erhaltung- und Verkehrssicherungspflichten von einer zentralen fachkundigen Instanz für die gesamte Mehrhausanlage und mit Wirkung für und gegen alle (Mit-)Eigentümer getroffen werden können und auch die Ausführung jener Entscheidungen in gleicher Weise zentralisiert ist. Der nachstehend abgedruckte Musterentwurf erhebt insoweit keinen Anspruch auf Vollständigkeit und Praxistauglichkeit, sondern soll nur die meines Erachtens vordringlich regelungsbedürftigen Aspekte mit möglichen Lösungsansätzen illustrieren.

„Verwaltungsordnung

§ 1

Zweckbestimmung

Diese Verwaltungsordnung dient der koordinierten und konzentrierten Wahrnehmung aller Rechte und Pflichten, die sich aus den durch Eintragungsbewilligung vom [...] – Anlage [...] zur UR-Nr. [...] des Notars [...] mit Amtssitz in [...] – bestellten Grunddienstbarkeiten und Reallasten im Verhältnis zwischen allen oder einzelnen Eigentümern der in den Grundbüchern des Amtsgerichts [...] von [...] Blätter [...] bis [...] verzeichneten Grundstücke bzw. Fortschreibungsstellen im Rahmen der Erhaltung und Verkehrssicherung gemeinschaftlicher Anlagen und Einrichtungen ergeben („Verwaltungszweck“).

§ 2

Bildung eines Verwaltungsrats, Zusammensetzung

Zur Erfüllung des Verwaltungszwecks wird ein gemeinsames grundstücksübergreifendes Beschlussgremium gebildet („Verwaltungsrat“).

Der Verwaltungsrat hat entsprechend der Anzahl der im Grundbuch des Amtsgerichts [...] von [...] Blätter [...] bis [...] verzeichneten Grundstücke [...] Mitglieder. Jedes Mitglied vertritt die Interessen eines Grundstücks.

Mitglied des Verwaltungsrats in Ansehung eines Grundstücks ist

a) der Eigentümer des Grundstücks, wenn das Grundstück im Alleineigentum steht,

b) der Verwalter, wenn das Grundstück nach Maßgabe des Wohnungseigentumsgesetzes aufgeteilt ist, ein Verwalter bestellt ist und die Wahrnehmung der Rechte und Pflichten aus den in § 1 genannten Grunddienstbarkeiten und Reallasten gemäß § 10 Abs. 6 Satz 3 WEG Aufgabe des Verbands ist,

c) die von den Wohnungs- und Teileigentümern aus ihrer Mitte bestimmte Person, wenn das Grundstück nach Maßgabe des Wohnungseigentumsgesetzes aufgeteilt ist, aber kein Verwalter bestellt ist und/oder die Wahrnehmung der Rechte und Pflichten aus den in § 1 genannten Grunddienstbarkeiten und Reallasten gemäß § 10 Abs. 6 Satz 3 WEG keine Aufgabe des Verbands ist,

oder

d) die von den Bruchteils- bzw. Gesamthandseigentümern aus ihrer Mitte bestimmte Person, wenn das Grundstück

im Bruchteils- bzw. Gesamthandseigentum Mehrerer steht.

§ 3

Aufgaben, Beschlusskompetenzen

Aufgabe des Verwaltungsrats ist es, zur Förderung des Verwaltungszwecks durch Beschlussfassung Entscheidungen zu treffen. Die Entscheidungen sollen insbesondere darauf abzielen, dem Gesamtverwalter (vgl. § 5 dieser Verwaltungsordnung) die notwendigen Befugnisse einzuräumen, damit er wenigstens die gewöhnlichen im Rahmen des Verwaltungszwecks erforderlichen Maßnahmen dauerhaft in eigener Verantwortung ausführen oder ausführen lassen kann.

Der Verwaltungsrat kann jedoch nichts beschließen, was entweder

a) innerhalb des Ausübungsbereichs der Grunddienstbarkeiten zu wesensmäßigen baulichen Veränderungen der auf einem Grundstück befindlichen Anlagen und Einrichtungen führen würde,

oder

b) außerhalb des Ausübungsbereichs einer Grunddienstbarkeit ein Grundstück in welcher Weise auch immer betreffen würde.

§ 4

Zusammentreten, Beschlussfassung

Der Verwaltungsrat tritt wenigstens einmal in jedem Kalenderjahr zusammen. Die Einberufung hat durch den Gesamtverwalter rechtzeitig schriftlich oder in Textform an die Anschrift oder E-Mail-Adresse zu erfolgen, die ihm das betreffende Mitglied des Verwaltungsrats zuletzt mitgeteilt hat.

Der Verwaltungsrat ist, sofern er ordnungsgemäß einberufen wurde, ohne Rücksicht auf die Anzahl der vertretenen Grundstücke beschlussfähig.

Der Verwaltungsrat fasst seine Beschlüsse mit einfacher Mehrheit, soweit in dieser Verwaltungsordnung nichts anderes geregelt ist.

Nicht abgegebene Stimmen werden als Enthaltung gewertet.

Jedes Mitglied des Verwaltungsrats hat für jedes von ihm vertretene Grundstück eine Stimme.

Die im Rahmen des Verwaltungszwecks gefassten Beschlüsse sind für alle Grundstückseigentümer bindend, ohne dass es einer gesonderten Beschlussfassung auf Ebene der einzelnen Grundstücke bedarf.

Außerhalb einer Präsenzversammlung kann der Verwaltungsrat seine Beschlüsse auch im schriftlichen Verfahren fassen. Beschlussanträge können hierzu von jedem Mitglied des Verwaltungsrats schriftlich oder in Textform gegenüber dem Gesamtverwalter gestellt werden. Dieser ist verpflichtet, innerhalb von drei Monaten eine Entscheidung herbeizuführen. Eine innerhalb der vom Gesamtverwalter vorgegebenen Frist nicht erfolgte Stimmabgabe wird als Enthaltung gewertet.

Über alle getroffenen Beschlüsse hat der Gesamtverwalter ein Beschlussprotokoll zu fertigen und den Mitgliedern des Verwaltungsrats auszuhändigen.

§ 5

Gesamtverwalter

Der Verwaltungsrat wählt aus der Mitte seiner Mitglieder und mit einfacher Mehrheit eine Person, der die Ausführung der vom Verwaltungsrat gefassten Beschlüsse obliegt („Gesamtverwalter“).

Sofern nicht zwingende Gründe dagegen sprechen, hat der Gesamtverwalter die vom Verwaltungsrat gefassten Beschlüsse innerhalb eines Monats auszuführen bzw. zur Ausführung in Auftrag zu geben.

Sofern und solange der Posten des Gesamtverwalters vakant ist, werden die ihm aufgrund dieser Verwaltungsordnung zugewiesenen Aufgaben vorübergehend vom Verwalter des Grundstücks [...] wahrgenommen. Dieser hat gemeinsam mit den Mitgliedern des Verwaltungsrats unverzüglich darauf hinzuwirken, dass der Verwaltungsrat sobald wie möglich einen neuen Gesamtverwalter wählt.

Der Gesamtverwalter erhält für seine Tätigkeit eine angemessene, im Einzelnen durch Beschluss des Verwaltungsrats festgesetzte Vergütung.

Der Gesamtverwalter kann von den Mitgliedern des Verwaltungsrats verlangen, dass ihm zum Zwecke der Wahrnehmung der ihm aufgrund dieser Verwaltungsordnung zugewiesenen Aufgaben eine Vollmacht erteilt und eine Vollmachtsurkunde ausgehändigt wird, aus der seine Vertretungsberechtigung hervorgeht.

§ 6

Wirtschaftsjahr, Wirtschaftsplan

Das Wirtschaftsjahr entspricht dem Kalenderjahr.

Der Gesamtverwalter hat jeweils für ein Wirtschaftsjahr einen Wirtschaftsplan aufzustellen, der durch Beschluss des Verwaltungsrats zu verabschiedet ist.

§ 7

Instandhaltungsrücklage

Zur ordnungsgemäßen Erfüllung und Förderung des Verwaltungszwecks sind die Grundstückseigentümer zur Ansammlung einer angemessenen jährlichen Instandhaltungsrücklage verpflichtet, über deren Höhe der Verwaltungsrat beschließt.

Der Gesamtverwalter hat jedem Mitglied des Verwaltungsrats für jedes Wirtschaftsjahr bis spätestens zum 30. Juni des Folgejahres eine grundstücksbezogene Abrechnung für die erbrachten Leistungen und der auf die Instandhaltungsrücklage geleisteten Zahlungen vorzulegen. Sollten sich nach der Abrechnung die geleisteten Zahlungen als zur Erfüllung und Förderung des Verwaltungszwecks nicht ausreichend erweisen, sind die Mitglieder des Verwaltungsrats zur unverzüglichen Nachzahlung verpflichtet.

§ 8

Änderung der Verwaltungsordnung

Änderungen dieser Verwaltungsordnung bedürfen einer Mehrheit von 2/3 der Stimmen der Mitglieder des Verwaltungsrats.

Solange [Bauträger] noch Eigentümer wenigstens eines Grundstücks oder wenigstens einer Wohnungs- oder Teileigentumseinheit auf dem gesamten in § 1 bezeichneten

Grundbesitz ist, ist dieser auch alleine berechtigt, die Verwaltungsordnung zu ändern, sofern dies unter angemessener Berücksichtigung der Interessen der übrigen Eigentümer zur Förderung des Verwaltungszwecks erforderlich ist.

§ 9

Anwendung von Rechtsvorschriften

Zur Ausfüllung etwa verbleibender Regelungslücken in dieser Verwaltungsordnung sind ergänzend die gesetzlichen Vorschriften über die Gemeinschaft (§§ 741 ff. BGB) sowie hilfsweise die Vorschriften über die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (§§ 705 ff. BGB), entsprechend anzuwenden.“

3. Wirkung der Verwaltungsordnung ggü. Rechtsnachfolgern

Von entscheidender Bedeutung für den Erfolg der Verwaltungsordnung ist deren dauerhafte Geltung zwischen allen – auch künftigen – Eigentümern in der Mehrhausanlage. Während Gesamtrechtsnachfolger kraft gesetzlicher Anordnung ohne weiteres in unveränderter Weise an die Pflichten des verstorbenen oder anderweitig untergegangenen Rechtsträgers gebunden bleiben,²¹⁸ stellt sich die Wirkung gegenüber Einzelrechtsnachfolgern als problematisch dar. Denn die Verwaltungsordnung ist weder Inhalt eines subjektiv-dinglichen Sachenrechts noch kann sie als grundstücksübergreifende Vereinbarung von der Spezialregelung in § 10 Abs. 3 WEG profitieren.²¹⁹

a) Gesetzliche Sukzessionswirkung durch §§ 745, 746 BGB?

Als „Rettungsanker der Sukzessionswirkung“ könnte allerdings die Vorschrift des § 746 BGB fungieren. Hiernach wirkt, wenn die Teilhaber einer Gemeinschaft iSv § 741 BGB die Verwaltung und Benutzung des gemeinschaftlichen Gegenstands gem. § 745 BGB geregelt haben, die getroffene Bestimmung auch für und gegen jeden Sondernachfolger. Dies bewirkt eine Quasi-Verdinglichung der in diesem vergleichsweise eng umrissenen Bereich getroffenen schuldrechtlichen Vereinbarungen.²²⁰ Ist eine Verwaltungsordnung mit dem dargestellten Inhalt aber als Verwaltungs- und Benutzungsregelung iSd §§ 745, 746 BGB zu qualifizieren?

Über die Eingangsvoraussetzung dieser Vorschriften, nämlich das Vorliegen eines mehreren gemeinschaftlich zustehenden Rechts (§ 741 BGB), könnte man möglicherweise noch hinwegkommen. Die Beteiligten der Verwaltungsordnung ließen sich als „Gemeinschaft der zur Mitbenutzung bestimmter grundstücksübergreifender Anlagen Berechtigten“ umreißen. Zum Anwendungsbereich der §§ 741 ff. BGB hat der BGH bereits entschieden, dass die Vorschriften über die Gemeinschaft auf das Innenrechtsverhältnis derjenigen zumindest entsprechend anzuwenden sind, die gemeinsam – wenn auch aus unterschiedlichen Rechtsgründen²²¹ – zur Mitbenutzung eines Grundstücks berech-

218 Vgl. etwa § 1922 BGB (Erbfall) oder § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG (Verschmelzung).

219 S. bereits oben, Abschn. C. III.2.a).

220 Tschon RNotZ 2006, 205 (209).

221 Im konkreten Fall war der eine kraft beschränkten dinglichen Rechts, der andere kraft seines verbleibenden Eigentumsrechts, mitbenutzungsberechtigt.

tigt sind.²²² In der Literatur hält insbesondere *K. Schmidt* eine analoge Anwendbarkeit der §§ 742 ff. BGB auf von einem gemeinsamen dinglichen Recht entkoppelte „Rechtsverhältnis- bzw. Schuldverhältnismgemeinschaften“ für durchaus möglich.²²³ Lediglich eine reine Verpflichtungs- bzw. Verbindlichkeitengemeinschaft sei dem Anwendungsbereich der §§ 741 ff. BGB entzogen.²²⁴

Unterstellt man einmal die direkte oder analoge Anwendbarkeit der §§ 741 ff. BGB, müsste die Verwaltungsordnung ihrem Inhalt nach aber auch als Verwaltungs- und Benutzungsregelung iSd § 745 BGB qualifiziert werden können, damit ihr die in § 746 BGB angeordnete Sukzessionswirkung zukommt. Das OLG Hamm hat hierzu erst jüngst unter Fortführung seiner eigenen bisherigen Rechtsprechung²²⁵ eine restriktive Auffassung vertreten.²²⁶ Regelungen gem. §§ 745, 746 BGB sind nur solche, die die Verwaltung und Benutzung des gemeinschaftlichen Gegenstands unmittelbar betreffen oder mit ihnen in einem zwingenden Zusammenhang stehen.²²⁷ Das ist nach Ansicht des OLG Hamm bei Regelungen, welche die eigentlichen, gesondert zu treffenden Entscheidungen über die Verwaltung oder Nutzung lediglich ordnen oder erleichtern sollen, nicht der Fall.²²⁸ Insbesondere Regelungen mit satzungsähnlichem Charakter, die zwar im weitesten Sinne auf die Verwaltung des gemeinschaftlichen Gegenstands abzielen, aber nicht die Verwaltung des gemeinschaftlichen Gegenstands selbst betreffen, liegen außerhalb des Spektrums der §§ 745, 746 BGB.²²⁹ Auch wenn die Reaktionen des Schrifttums auf diese Rechtsprechung gemischt ausgefallen sind,²³⁰ wird der eine Verwaltungsordnung konzipierende Notar vor diesem Hintergrund nicht von automatischer Sukzessionswirkung nach §§ 745, 746 BGB ausgehen können.

b) Mittelbare Sukzessionswirkung für Erwerber von Wohnungs- und Teileigentum infolge Beteiligung der Eigentümergemeinschaft an der Verwaltungsordnung?

Eine Sukzessionswirkung könnte sich auf anderem Wege letztlich doch zumindest in jenen Fällen ergeben, in denen Wohnungs- oder Teileigentum weiterveräußert wird. Wie bereits gezeigt wurde, lässt sich in der Gemeinschaftsordnung festschreiben, dass für die Wahrnehmung aller Rechte und Pflichten betreffend die Erhaltung und Verkehrssicherung von grundstücksübergreifenden Gemeinschaftsanlagen auf jedem Grundstück nicht die einzelnen Wohnungs- und Teileigentümer, sondern ausschließlich die jeweilige Eigentümergemeinschaft – diese vertreten durch ihren Verwalter – zuständig sein soll.²³¹ Dahin-

gehende Regelungen wirken – Grundbucheintragung unterstellt – nach § 10 Abs. 3 WEG gegen jeden Sondernachfolger in das Wohnungs- oder Teileigentum. Mithin muss jeder künftige Erwerber einer Einheit hinnehmen, dass in Ansehung „seines“ Grundstücks nicht er selbst, sondern allein die ihm übergeordnete Eigentümergemeinschaft die Erhaltungs- und Verkehrssicherungspflichten im Verhältnis zu den anderen Grundstückseigentümern bzw. Eigentümergemeinschaften wahrnimmt und die korrespondierenden Rechte ausübt. Dem entspricht es, dass die jeweilige Eigentümergemeinschaft selbst originär an der Verwaltungsordnung beteiligt ist.²³² Auf diese Weise könnte sich im Ergebnis also doch eine zumindest faktische Bindung von Einzelrechtsnachfolgern an die Verwaltungsordnung ergeben.

c) Steuerung der Rechtsnachfolge durch selektive Verwalterzustimmung?

Zu untersuchen ist auch, ob sich ggf. die Verwalterzustimmung nach § 12 Abs. 1 WEG bei Veräußerungen von Wohnungs- oder Teileigentumseinheiten als Steuerungsinstrument für die Weitergabe von Verpflichtungen aus schuldrechtlichen Sonderbeziehungen wie u.a. der Verwaltungsordnung nutzbar machen lässt. Man könnte auf die Idee kommen, anlässlich der Errichtung der Teilungserklärungen in jeder Gemeinschaftsordnung zu regeln, dass die Wirksamkeit der Veräußerung von der Zustimmung des Verwalters abhängen soll und ein die Versagung der erforderlichen Zustimmung rechtfertigender wichtiger Grund gegeben ist, wenn der entsprechende (Zweit-)Erwerber bestimmte Rechte und Pflichten des Veräußerers/Ersterwerbers nicht wie im Ursprungskaufvertrag vorgesehen übernimmt. Es ist allerdings zweifelhaft, ob der Eintritt künftiger Erwerber in die Verpflichtungen seines Veräußerers auf diese Weise sichergestellt werden kann. § 12 Abs. 2 S. 1 WEG, der die Versagung der Zustimmung an einen wichtigen Grund knüpft, steht als zwingendes Recht nicht zur Disposition des Urhebers der Teilungserklärung.²³³ Ebenso wenig können die Wohnungseigentümer später durch Vereinbarung verbindlich festlegen, was sie als wichtigen Grund ansehen wollen.²³⁴ Ein die Versagung der Zustimmung rechtfertigender Grund ist nach der Rechtsprechung nur gegeben, wenn im Einzelfall und im Hinblick auf die Person des Erwerbers²³⁵ objektive Umstände vorliegen, die erwarten lassen, dass sein Eintritt in die Eigentümergemeinschaft zu einer gemeinschaftswidrigen Gefährdung für die übrigen Eigentümer führen wird.²³⁶ Nach Ansicht des OLG Düsseldorf liegt ein die Versagung rechtfertigender Grund nicht allein darin, dass es der Zweiterwerber unterlässt, in Rechte und Pflichten seines Veräußerers (Ersterwerber) einzutreten, obwohl sich der Veräußerer zur Weitergabe verpflichtet hatte.²³⁷ Diese

222 BGH 4.8.2010 – XII ZR 14/09, NJW-RR 2010, 1585. Es kommt also nicht darauf an, dass das gemeinschaftliche (Mitbenutzungs-) Recht gleichartig ist bzw. den gleichen rechtlichen Ursprung hat, vgl. auch MüKoBGB/K. Schmidt, 7. Aufl. 2017, § 741 Rn. 10.

223 MüKoBGB/K. Schmidt, 7. Aufl. 2017, § 741 Rn. 18 f.; in dieselbe Richtung auch Staudinger/v.Proff, BGB (2015), § 741 Rn. 124.

224 MüKoBGB/K. Schmidt, 7. Aufl. 2017, § 741 Rn. 23; Staudinger/v.Proff, BGB (2015), § 741 Rn. 123.

225 OLG Hamm 16.1.1973 – 15 W 21/72, DNotZ 1973, 549.

226 OLG Hamm 12.10.2016 – I-15 W 182/16, RNotZ 2017, 306 m. Einordn. d. Schriftl.

227 OLG Hamm 12.10.2016 – I-15 W 182/16, RNotZ 2017, 306 (309).

228 OLG Hamm 12.10.2016 – I-15 W 182/16, RNotZ 2017, 306 (309).

229 OLG Hamm 12.10.2016 – I-15 W 182/16, RNotZ 2017, 306 (309); OLG Hamm 16.1.1973 – 15 W 21/72, DNotZ 1973, 549 (550 f.).

230 Zustimmend: MüKoBGB/K. Schmidt, 7. Aufl. 2017, § 1010 Rn. 9; krit. Staudinger/Eickelberg, BGB (2015), § 746 Rn. 21.

231 S.o., Abschn. C. III.1.

232 S. dazu auch § 2 des oben (Abschn. C. III.2.d) erarbeiteten Vorschlags einer grundstücksübergreifenden Verwaltungsordnung.

233 BeckOK WEG/Hogenschurz, 34. Ed., Stand 2.4.2018, § 12 Rn. 50 mwN.

234 BeckOK WEG/Hogenschurz, 34. Ed., Stand 2.4.2018, § 12 Rn. 50 mwN.

235 OLG Frankfurt 27.7.2005 – 20 W 493/04, NZM 2006, 380 (380) mwN; OLG Zweibrücken 8.11.2005, 3 W 142/05, DNotZ 2006, 295; BeckOK WEG/Timme, 34. Ed., Stand 2.4.2018, § 12 Rn. 52.

236 OLG Zweibrücken 18.2.1994 – 3 W 200/93, NJW-RR 1994, 1103 (1103); BayObLG 16.11.1972 – BReg. 2 Z 68/72, NJW 1973, 152 (153).

237 OLG Düsseldorf 10.5.2005 – I-3 Wx 321/04, MittBayNot 2006, 232 (233). Es sei allerdings darauf hingewiesen, dass es sich in jenem Fall nicht um eine im engeren Sinne gemeinschaftsbezogene, sondern eine anderweitige Weitergabepflicht handelte

Würdigung erscheint nachvollziehbar, zumal man die unterbliebene Weitergabe schwerlich als Versäumnis des Zweiterwerbers bzw. Indiz für eine gerade in seiner Person wurzelnde gemeinschaftswidrige Gefährdung werten kann.²³⁸ Auch wenn zu der hier angerissenen Frage eine höchstrichterliche Klärung noch aussteht, kann im Interesse einer rechtssicheren Gestaltung keine Empfehlung ausgesprochen werden, als Instrument zur Steuerung der Weitergabe von Rechten und Pflichten auf das Zustimmungserfordernis nach § 12 WEG zurückzugreifen.

d) Sukzessionswirkung durch Errichtung einer „Wahrnehmungs-GbR“?

Schließlich bleibt daran zu denken, das Problem einer etwa fehlenden automatischen Sukzessionswirkung der Verwaltungsordnung für Einzelrechtsnachfolger in das Grundstücks- bzw. Wohnungs- und Teileigentum mit gesellschaftsrechtlichen Instrumenten, namentlich durch Errichtung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, in den Griff zu bekommen. Gesellschafter dieser GbR wären bei alleinigem Grundstückseigentum die jeweiligen Eigentümer und bei in Wohnungs- und Teileigentumsrechten aufgeteilten Grundstücken die jeweiligen Eigentümergemeinschaften. Zweck einer solchen GbR wäre die gebündelte zentralisierte Ausübung der den jeweiligen Grundstückseigentümern kraft Grunddienstbarkeit oder Reallast zugewiesenen Ansprüche auf und Pflichten zur Erhaltung von Anlagen und Einrichtungen bzw. – im Fall von gebildetem Wohnungs- und Teileigentum – die den Eigentümergemeinschaften aufgrund der Regelungen in § 10 Abs. 6 S. 3 WEG gesetzlich oder rechtsgeschäftlich zugewiesenen Ausübungsbefugnisse in Ansehung jener aus den Grunddienstbarkeiten oder Reallasten herrührenden Ansprüche und Pflichten.

Ob und inwieweit eine solche Gestaltung möglich und praktikabel ist, ist allerdings ungeklärt und wird auch im Schrifttum – soweit ersichtlich – nirgends vertieft erörtert. Insbesondere stellt sich die Frage, ob eine Gemeinschaft von Wohnungs- und Teileigentümern im Rahmen ihrer ja nur gegenständlich beschränkten Rechtsfähigkeit²³⁹ die ihr nach § 10 Abs. 6 S. 3 WEG zustehenden Ausübungsbefugnisse auf eine GbR auslagern kann. Der hier aufgezeigte Gedanke der Errichtung einer „Wahrnehmungs-GbR“ ist daher im Hinblick auf die Umsetzung in der Kautelarpraxis einstweilen mit Vorsicht zu genießen und soll an dieser Stelle nicht empfohlen werden.

e) Im Übrigen und zumindest vorsorglich: Schuldrechtliche Weitergabepflichtung

Soweit sich nach allen bis hierhin angestellten Überlegungen eine automatische Sukzessionswirkung wegen der Verwaltungsordnung nicht konstruieren lässt – also insbesondere dann, wenn ein Grundstück nicht nach Maßgabe des WEG aufgeteilt ist, sondern in schlichtem Allein- oder Miteigentum steht – dürfte dem Bauträger nichts anderes übrig bleiben, als den Eintritt künftiger Einzelrechtsnachfolger in das Grundstücks- oder Wohnungs- bzw. Teileigentum auf schuldrechtlicher Grundlage im Verhältnis zu seinen Ersterwerbern zu ordnen. Jeder Ersterwerber muss im Rahmen seines Kaufvertrages dazu verpflichtet

werden, im Falle der (Weiter-)Veräußerung des Grundstücks oder Eigentumsrechts dafür zu sorgen, dass der jeweilige Zweiterwerber alle bisher den Ersterwerber treffenden Rechte und Pflichten aus der Verwaltungsordnung künftig als für sich verbindlich anerkennt bzw. inhaltsgleich übernimmt. Der Ersterwerber muss ferner angehalten werden, den Zweiterwerber für den Fall dessen Weiterveräußerung seinerseits in gleicher Weise zu verpflichten. Derartige Weiterreichungsklauseln²⁴⁰ sind auch zwecks Überleitung anderer Verpflichtungen in der Gestaltung von Bauträgerkaufverträgen über Wohnungen in Mehrhausanlagen häufig anzutreffen. Bezogen auf den Inhalt der Verwaltungsordnung könnte sie folgendermaßen lauten:

„§ [...]

Rechtsnachfolge

Der Käufer verpflichtet sich, alle ihn aus oder im Zusammenhang mit der Verwaltungsordnung (Anlage [...] der Bezugsurkunde) treffenden Verpflichtungen seinem Rechtsnachfolger aufzuerlegen und diesen im Sinne einer Kettenklausel ebenfalls zur Weitergabe zu verpflichten.“

D. Absicherung grundstücksübergreifender Versorgungsbeziehungen

Nicht immer erschöpft sich bei Mehrhausanlagen das beabsichtigte Maß der Verflechtung in wechselseitigen Mitbenutzungsrechten am grundstücksübergreifenden Gemeinschaftseigentum. Manchmal sollen sich die Grundstücke auch untereinander mit bestimmten vor Ort erzeugten Leistungen (zB Heizwärme und elektrische Energie aus einem Blockheizkraftwerk oder elektrische Energie aus einer Photovoltaikanlage) versorgen. Diesbezüglich stellt sich die Frage nach Maßnahmen zur Absicherung der vorgesehenen wechselseitigen Versorgungsbeziehungen.

I. Absicherung von Versorgungspflichten

Zunächst kann derjenige, der bestimmte Versorgungsleistungen von einem anderen Grundstück beziehen darf („Versorgungsempfänger“), ein Interesse an der Absicherung seines Belieferungsanspruchs gegenüber dem Versorger haben. Da es sich um wiederkehrend zu erfüllende positive Leistungspflichten handelt, ist die Bestellung einer Reallast das Mittel der Wahl. Als subjektiv-dingliche Reallast gem. § 1105 Abs. 1 und 2 BGB kann ihr Inhalt in der Verpflichtung des jeweiligen Eigentümers des dienenden Versorgergrundstücks bestehen, den jeweiligen Eigentümer des herrschenden Empfängergrundstücks auf die Dauer des Bestehens des Rechts mit den im Einzelfall näher zu bezeichnenden Leistungen (Wärme, Gas, Elektrizität, Wasser usw.) zu beliefern.²⁴¹ Sollte der Verpflichtete einmal die weitere Belieferung verweigern, kann der Versorgungsempfänger als Reallastberechtigter wegen des Geldwerts der im Einzelnen geschuldeten Leistungen gem. §§ 1107, 1147 BGB die Zwangsvollstreckung in das belastete Grundstück betreiben.²⁴² Hinsichtlich der mögli-

240 Dazu eingehend *Flik* BWNNotZ 1989, 139.

241 Vgl. BayObLG 9.12.1992 – 2Z BR 106/92, DNotZ 1993, 595 (597).

242 MüKoBGB/Mohr, 7. Aufl. 2017, § 1105 Rn. 74 und § 1107 Rn. 13.

238 Vgl. OLG Düsseldorf 10.5.2005 – I-3 Wx 321/04, MittBayNot 2006, 232 (233).

239 S.o., Abschn. B. I.2.a).

chen Formulierung der Eintragungsbewilligung sei auf einschlägige Formularbuchliteratur verwiesen.²⁴³ Es kommt nicht darauf an, ob die Reallast als „Recht auf den Bezug“ oder als „Verpflichtung zur Erbringung“ von jeweils näher bezeichneten Leistungen gefasst wird. Es handelt sich nur um eine sprachliche Abweichung ohne Einflussnahme auf den (jeweils identischen) Rechtsinhalt.²⁴⁴

Wiederum sind im Hinblick auf Art. 115 EGBGB etwaige landesrechtliche Restriktionen zu beachten.²⁴⁵ Interessant ist die Frage, wie der Versorgungsempfänger mit seinem Bezugsinteresse abgesichert werden kann, wenn eine auf Versorgungsleistungen gerichtete Reallast aufgrunddessen im Einzelfall nicht darstellbar sein sollte.²⁴⁶ Hier kann man sich mit auf (Mit-)Benutzung des Versorgergrundstücks abzielenden Grunddienstbarkeiten gem. § 1018 1. Var. BGB behelfen. Eine solche Grunddienstbarkeit könnte etwa den Inhalt haben, dass der jeweiligen Eigentümer des (herrschenden) Empfängergrundstücks berechtigt ist, die näher zu bezeichnende auf dem (dienenden) Versorgergrundstück belegene Erzeugungsanlage insoweit mitzubeneutzen und die dort erzeugten Leistungen auf das eigene Grundstück durchzuleiten, wie dies zur Deckung des Versorgungsbedarfs des herrschenden Grundstücks erforderlich ist. Auf diesem Wege wird zwar nicht das eigentliche Belieferungsinteresse, immerhin aber das Interesse des eigenen Zugriffs auf die fremden Versorgungseinrichtungen abgesichert. Die Unterschiede dieser Gestaltungsvariante zur Versorgungsreallast treten hierbei (erst) dann deutlich zu Tage, wenn die vom Mitbenutzungsrecht erfasste Versorgungsanlage gewartet werden muss oder reparaturbedürftig wird. Zur Vornahme dieser Maßnahmen ist der dienende Eigentümer des Versorgergrundstücks nur bei der Reallast, nicht hingegen bei der Grunddienstbarkeit, primär verpflichtet. Eine Pflicht des dienenden Eigentümers zur Anlagenerhaltung nebst Tragung der hierfür anfallenden Kosten kann im Ergebnis allerdings auch bei der Grunddienstbarkeit mit dinglicher Wirkung geregelt werden, und zwar wiederum im Rahmen des bereits angesprochenen Begleitschuldverhältnisses gem. §§ 1020 ff. BGB.²⁴⁷ Insbesondere ist es möglich, die Pflichten nach einem im Einzelfall geeigneten Verteilungsschlüssel zwischen den Beteiligten aufzuteilen, wenn es – wie es häufig der Fall sein dürfte – mehrere Versorgungsempfänger gibt und/oder auch der dienende Eigentümer die auf seinem eigenen Grundstück befindliche Erzeugungsanlage mitbenutzen darf. Eine bemerkenswerte Randnotiz ist, dass – wie sich aus Art. 116 EGBGB unmissverständlich ergibt – etwaige landesrechtliche Vorbehalte hinsichtlich der Bestellung selbständiger Reallasten der sich im Rahmen von Grunddienstbarkeiten aus § 1021 Abs. 2 BGB ergebenden unselbständigen Reallastwirkung nicht entgegenstehen.²⁴⁸ Im Zusammenhang mit den Erhaltungs- und Verkehrssicherungspflichten aus dem Begleitschuldverhältnis ist allerdings zu berücksichtigen, dass die unselbständige Reallastwirkung aus § 1021 Abs. 2 BGB nach einer im Schrifttum vertretenen Ansicht kein rangfähiges Verwertungsrecht

für den dienenden Eigentümer wegen seiner Erhaltungsansprüche ggü. dem herrschenden Eigentümer vermittelt.²⁴⁹

II. Absicherung von Abnahmeverpflichtungen

Anders liegen die Dinge, wenn nicht das Bezugsinteresse des Versorgungsempfängers, sondern umgekehrt das Interesse des Versorgers an der Abnahme der auf seinem Grundstück erzeugten Versorgungsleistungen durch den oder die benachbarten Versorgungsempfänger abgesichert werden soll. Früher wurde im Schrifttum teilweise die Auffassung vertreten, es könne deswegen zulasten des Abnehmergrundstücks eine Reallast bestellt werden.²⁵⁰ Die heute ganz hM hält die Bestellung einer Reallast zur Sicherung von Abnahmeverpflichtungen allerdings für grundsätzlich unzulässig, weil die Abnahme als solche – von eher seltenen Ausnahmen wie der Abnahme von Müll, Schadstoffen oder ähnlichem einmal abgesehen – keine geldwerte Leistung darstellt.²⁵¹ Einen Ausweg bietet die Bestellung einer Unterlassungsgrunddienstbarkeit (§ 1018 2. Var BGB), die es dem jeweiligen Eigentümer des Abnehmergrundstücks bspw. untersagt, auf seinem Grundstück Anlagen beliebiger Art zu errichten oder zu betreiben oder errichten oder betreiben zu lassen, die der Erzeugung der im Einzelfall relevanten Versorgungsleistungen dienen.²⁵² Dass der auf diese Weise zur Unterlassung Verpflichtete im Ergebnis faktisch einer der Grunddienstbarkeit an sich wesensfremden Bezugsverpflichtung unterworfen sein könnte, ändert nach Ansicht der Rechtsprechung nichts an der Zulässigkeit einer solchen Gestaltung.²⁵³ Der die Eintragungsbewilligung entwerfende Notar wird allerdings darauf achten müssen, dass die Unterlassungsgrunddienstbarkeit nicht dahingehend formuliert wird, dass es dem Verpflichteten untersagt ist, bestimmte Leistungen von allen anderen als nur einem bestimmten Versorger zu beziehen. Dies wäre mangels Einschränkung einer grundstücksbezogenen Befugnis des Verpflichteten kein zulässiger Dienstbarkeitsinhalt.²⁵⁴

III. Absicherung von Vergütungspflichten

Unabhängig davon, ob zugunsten des Versorgergrundstücks eine Unterlassungsdienstbarkeit wie beschrieben bestellt werden soll, kann dessen Eigentümer im Einzelfall ein Interesse an der Absicherung seiner Vergütungsansprüche aus der Lieferung von Wärme usw. haben. Diesbezüglich ist – da es um wiederkehrende Geldzahlungen geht – die Bestellung einer Reallast die richtige Gestaltung.²⁵⁵

243 Vgl. etwa Beck'sches Formularb. Bürgerl., Handels- und Wirtschaftsrecht/*Dieckmann*, 12. Aufl. 2016, IV. A.21 (Reallast zwecks Versorgung mit Heizwärme).

244 BayObLG 9.12.1992 – 2Z BR 106/92, DNotZ 1993, 595 (597).

245 Dazu bereits oben, Abschn. C. II.3.

246 So bspw. in Schleswig-Holstein, vgl. DNotI, Gutachten Nr. 91044 v. 15.5.2009, S. 3 (im Internet frei abrufbar).

247 S.o., Abschn. C. I.

248 Vgl. auch Staudinger/*Weber*, BGB (2016), § 1021 Rn. 18.

249 S.o., Abschn. C. II.2.

250 *Reimann* MittBayNot 1974, 1; *Linde* BWNNotZ 1980, 29 (33).

251 MüKoBGB/*Mohr*, 7. Aufl. 2017, § 1105 Rn. 13; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 1300; *Lange-Parpart* RNotZ 2008, 377 (392). Zum Erfordernis der Umrechenbarkeit in Geld bei durch Reallast abzusichernden Naturalverpflichtungen *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 1296.

252 *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 1134.

253 BGH 2.3.1984 – V ZR 155/83, BeckRS 1984, 31074126 mwN; OLG München 25.1.2005 – 32 Wx 003/05, MittBayNot 2006, 43 f.

254 BGH 3.5.1985 – V ZR 55/84, NJW 1985, 2474; BGH 30.1.1959 – V ZB 31/58, NJW 1959, 670; *Staudinger/Weber*, BGB (2016), § 1018 Rn. 113 mwN.; DNotI, Gutachten Nr. 91044 v. 15.5.2009, S. 2 (im Internet frei abrufbar).

255 *Lange-Parpart* RNotZ 2008, 377 (392). Wiederum sind nach Art. 115 EGBGB etwaige landesrechtliche Vorbehalte zu beachten.

IV. Versorgungsbeziehungen mit Dritten („Contracting“)

Ein eigenständiges wirtschaftsrechtliches Problemfeld bildet die Gestaltung schuldrechtlicher Verträge zur Belieferung von Wärme o. ä. mit Drittunternehmen (sog. „Contracting“) nebst dinglicher Absicherung der Versorgerinteressen. Speziell in der Betreuung von Bauträgern – und somit auch bei der Konzeption von Mehrhausanlagen – kommt die notarielle Praxis hiermit verstärkt in Berührung. Die sich insoweit stellenden Fragen sollen in diesem Beitrag allerdings ausgeklammert werden, da sie über die Gestaltung des reinen wechselseitigen Innenrechts zwischen den Eigentümern der Mehrhausanlage hinausreichen. Insoweit sei an dieser Stelle auf die speziell das Contracting betreffenden, mit engem Bezug zur notariellen Praxis verfassten Publikationen verwiesen.²⁵⁶

E. Gestaltungsfragen zur gemeinsamen Tiefgarage und zu den Pkw-Stellplätzen

Speziell in innerstädtischen Lagen mit dem dort vorherrschenden Mangel an oberirdischen Parkflächen ist in Mehrhausanlagen die Errichtung einer Tiefgarage mit einer für die künftigen Bewohner ausreichenden Anzahl an Pkw-Stellplätzen regelmäßig unerlässlich. Wenn sich diese – wie es schon aus nutzungspraktischen Gründen häufig der Fall ist – als einheitlicher Baukörper unterhalb der zu errichtenden Häuser über alle beteiligten Grundstücke erstrecken soll, drängen sich besondere Fragen auf, die in diesem Abschnitt adressiert werden sollen.

I. Eigentumsrechtliche Zuordnung der Tiefgarage

Als Erstes stellt sich die Frage danach, wie der grundstücksübergreifend errichtete Tiefgaragenbaukörper sachen- und eigentumsrechtlich den Grundstücken zuzuordnen ist.

1. Die Tiefgarage als Eigengrenzüberbau

Die Tiefgarage stellt sich zunächst als Überbau und – wenn alle betroffenen Grundstücke im Zeitpunkt der Bebauung noch ein und demselben Eigentümer gehören – als sog. Eigengrenzüberbau²⁵⁷ dar. Die eigentumsrechtlichen Konsequenzen des Überbaus werden im Gesetz nur mittelbar durch die Vorschrift des § 912 BGB angesprochen. Die für die Anwendung dieser Vorschrift maßgebliche Klärung etwa der Fragen, ob es sich um einen rechtmäßigen (gestatteten) oder rechtswidrigen²⁵⁸ bzw. entschuldigenden oder unentschuldigenden²⁵⁹ Überbau handelt, ist beim Eigengrenzüberbau von vornherein nicht relevant. Es ist allein von In-

teresse, wie die Tiefgarage den betroffenen Grundstücken sachenrechtlich zuzuordnen ist. Nach den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen ist entweder der Überbaukörper als Ganzes einem bestimmten Grundstück – dem Stammgrundstück²⁶⁰ – zuzuordnen (Prinzip des Gebäudezusammenhangs, vgl. § 94 Abs. 2 BGB) oder es kommt zur vertikalen Spaltung der Eigentumsverhältnisse am Überbaukörper entlang der Grundstücksgrenzen (Akzessionsprinzip, vgl. §§ 93, 94 Abs. 1 S. 1 BGB) mit dem Ergebnis, dass jedem vom Überbau betroffenen Grundstück der auf ihm errichtete Teil des Bauwerks zuzuordnen ist.²⁶¹

Für die Fälle des Eigengrenzüberbaus räumen die Gerichte ganz überwiegend dem Prinzip des einheitlichen Gebäudezusammenhangs den Vorrang ein, so dass das Bauwerk als Ganzes und ungeachtet der Überschreitung von Grundstücksgrenzen wesentlicher Bestandteil des Stammgrundstücks ist.²⁶² Damit verlagert sich der Fokus auf die Ermittlung des Stammgrundstücks. Die Rechtsprechung stellt hierzu in erster Linie auf die Absichten bzw. wirtschaftlichen Interessen des Bauträgers ab, hilfsweise auch auf die objektiven Gegebenheiten vor Ort.²⁶³ Bei Mehrhausanlagen ergibt sich hier allerdings das Problem, dass bei Anwendung dieser Kriterien ein konkretes Stammgrundstück oft gar nicht feststellbar ist, weil die mit je einem Haus zu bebauenden Grundstücke für das Gesamtbauvorhaben untereinander sowohl aus Sicht des Bauträgers als auch objektiv eine (zumindest annähernd) gleiche Bedeutung haben. In diesem Fall – wenn also die Anwendung des Prinzips des einheitlichen Gebäudezusammenhangs mangels eindeutiger Zuordnung des Bauwerks zu einem Stammgrundstück versagt²⁶⁴ – soll es nach hM zur vertikalen Trennung der Eigentumsverhältnisse an der Tiefgarage entlang der Grundstücksgrenzen („vertikale Eigentumsspaltung“) kommen.²⁶⁵

2. Potentielle Maßnahmen zur sachenrechtlichen Isolierung der Tiefgarage

Die vertikale Eigentumsspaltung steht einer einheitlichen Rechtszuständigkeit für die Tiefgarage als Ganzes zunächst entgegen. Insbesondere kann man sie nicht einheit-

²⁶⁰ Staudinger/Roth, BGB (2009), § 912 Rn. 13 mwN.

²⁶¹ Dazu grundlegend BGH 12.7.1984 – IX ZR 124/83, NJW 1985, 790 f.; s. a. Tersteegen RNotZ 2006, 433 (442); Brünger MittRhNotK 1987, 269 (270 ff.).

²⁶² BGH 15.2.2008 – V ZR 222/06, NJW 2008, 1810 (1811); BGH 12.10.2001 – V ZR 268/00, DNotZ 2002, 290 (292); BGH 23.2.1990 – V ZR 231/88, NJW 1990, 1791 (1791 f.); BGH 20.6.1975 – V ZR 206/74, NJW 1975, 1553 (1555); BGH 4.12.1987 – V ZR 274/86, DNotZ 1988, 570 (572); s. a. Tersteegen RNotZ 2006, 433 (446).

²⁶³ BGH 12.10.2001 – V ZR 268/00, DNotZ 2002, 290 (292); BGH 23.2.1990 – V ZR 231/88, NJW 1990, 1791 (1792); BGH 12.7.1984 – IX ZR 124/83, NJW 1985, 789 (790); BGH 22.2.1974 – V ZR 103/73, NJW 1974, 794; s. a. Staudinger/Roth, BGB (2009), § 912 Rn. 54; Tersteegen ZNotP 2008, 21 (23); Brünger MittRhNotK 1987, 269 (273).

²⁶⁴ Ähnlich gelagert und daher auch entsprechend zu beurteilen ist der Fall der erst nachträglichen Realteilung des Grundstücks, durch die die neu gezogenen Grenzlinien das schon errichtete Gebäude durchschneiden, vgl. BGH 20.6.1975 – V ZR 206/74, NJW 1975, 1553.

²⁶⁵ Vgl. BGH 12.7.1984 – IX ZR 124/83, NJW 1985, 789 (791); Staudinger/Roth, BGB (2009), § 912 Rn. 55; Oppermann DNotZ 2015, 662 (665 f.); aA OLG Karlsruhe 31.10.1990 – 4 U 165/89, NJW 1991, 926 (926) und OLG Karlsruhe 17.2.1989 – 14 M 235/87, OLGZ 1989, 341 (343 f.) (Überbau als wesentlicher Bestandteil aller überbauten Grundstücke und Übergang des gesamten Gebäudes in anteiliges Bruchteileigentum der Grundstückseigentümer); insoweit unentschieden Tersteegen RNotZ 2006, 433 (447).

²⁵⁶ S. etwa Kruse RNotZ 2011, 65; Reymann DNotZ 2015, 883.

²⁵⁷ Dazu näher MüKoBGB/Brückner, 7. Aufl. 2017, § 912 Rn. 50 ff.; Staudinger/Roth, BGB (2009), § 912 Rn. 54 ff.; Tersteegen RNotZ 2006, 433 (446).

²⁵⁸ Näher zur Unterscheidung im Hinblick auf die Anwendbarkeit von § 912 BGB MüKoBGB/Brückner, 7. Aufl. 2017, § 912 Rn. 24 und 41 ff.; BeckOK BGB/Fritzche, 45. Ed., Stand 1.11.2017, § 912 Rn. 3 ff.

²⁵⁹ Vgl. Brünger MittRhNotK 1987, 269 (271).

lich in Teileigentumsrechte aufteilen. Dies mag allerdings je nach Lage des Einzelfalls mit den Wünschen des Bauträgers kollidieren. Für die notarielle Praxis stellt sich deshalb die Frage, ob es zwingend bei diesem Ergebnis bleiben muss oder ob man nicht durch gestalterischen Eingriff eine sachenrechtliche Isolierung der Tiefgarage von den überbauten Grundstücken im Übrigen erreichen kann, so dass sie letztlich doch einer einheitlichen Konzeption zugänglich sein würde.

a) Bestellung einer Überbaugrunddienstbarkeit

Möglicherweise ist eine sachenrechtliche Isolierung der Tiefgarage von den einzelnen Hausgrundstücken mithilfe der Bestellung einer entsprechenden „Überbaugrunddienstbarkeit“ durchführbar. Vertiefte Überlegungen in diese Richtung hat insbesondere *Tersteegen* angestellt.²⁶⁶ Sein Ansatz basiert auf der in Rechtsprechung und Schrifttum anerkannten Möglichkeit, die nach Überbaugrundsätzen womöglich unerwünschte vertikale Eigentumsspaltung dadurch zu vermeiden, dass zulasten des einen Grundstück eine Grunddienstbarkeit mit dem Inhalt eingetragen wird, dass der jeweilige Eigentümer eines anderen Grundstücks (nämlich des vorgesehenen Stammgrundstücks) die näher zu bezeichnenden Gebäudeteile auf dem dienenden Nachbargrundstück auf Dauer haben darf.²⁶⁷ Die von *Tersteegen* beschriebene Idee ist nun, als herrschendes Grundstück dieser Grunddienstbarkeit nicht eines der in der Wohnanlage ohnehin gebildeten Hausgrundstücke zu definieren, sondern dazu ein weiteres Grundstück herauszumessen, nämlich jenes, auf dem bzw. in dessen Erdreich sich die Ein- und Ausfahrt der gemeinsamen Tiefgarage befindet. Anschließend könne zugunsten des jeweiligen Eigentümers dieses herausgemessenen Rampengrundstücks und zulasten aller mit der Tiefgarage überbauten Hausgrundstücke die vorerwähnte Überbaugrunddienstbarkeit als Gesamtrecht bestellt werden.²⁶⁸ Da der Tiefgaragenüberbau in dieser Konstellation iSv § 95 Abs. 1 S. 2 BGB „in Ausübung eines Rechts an einem fremden Grundstück“ mit dem überbauten Grundstück verbunden wird und die Grunddienstbarkeit selbst gem. § 96 BGB als wesentlicher Bestandteil des herrschenden Grundstücks gilt, wäre im Ergebnis auch der überbaute Teil der Tiefgarage als wesentlicher Bestandteil des herrschenden Grundstücks einzustufen.²⁶⁹ Auf dieser Grundlage könne schlussendlich das um die gesamte Tiefgaragensubstanz gewissermaßen „unterirdisch erweiterte“ Rampengrundstück in Ansehung der einzelnen Pkw-Stellplätze nach § 8 WEG in Teileigentumsrechte – und zwar ohne Verstoß gegen § 1 Abs. 4 WEG²⁷⁰ – aufgeteilt werden.²⁷¹ Die Bestellung der Dienstbarkeit muss nicht bereits vor Ausführung des Überbaus bestellt sein, sondern kann der Errichtung des Überbaus auch zeitlich nachfolgen.²⁷²

So verlockend sich die von *Tersteegen* vorgeschlagene Gestaltung zur Isolierung des Tiefgaragenbaukörpers anhören mag, ist in erheblichem Maße unsicher, ob in den typischen Fällen der Mehrhausanlage die erforderliche Überbaugrunddienstbarkeit in zulässiger Weise bestellt werden kann bzw. zum gewünschten Ergebnis führt. Zunächst stellt sich die Frage, ob man sich hinsichtlich des für die Grunddienstbarkeit vorgesehenen herrschenden Grundstücks mit der flächenmäßigen Herausmessung etwa der Tiefgaragenrampe begnügen kann. Grundbuchämter sehen offenbar gelegentlich ein Problem in der Bestellung von Grunddienstbarkeiten, durch die ein großer, weit überwiegend außerhalb der räumlichen Grenzen des herrschenden Grundstücks liegender Baukörper einem vergleichsweise kleinen Grundstück sachenrechtlich zugewiesen werden soll.²⁷³ Entsprechende Bedenken sind erst vor Kurzem durch eine speziell zur Tiefgaragenproblematik ergangene Entscheidung des OLG Stuttgart²⁷⁴ relativiert worden. Sofern die Rampe mit dem übrigen Tiefgaragenbaukörper nur – wie es meistens der Fall ist – bautechnisch und funktional ein einheitliches Bauwerk bildet, sind Größe und wirtschaftliche Bedeutung des überbauten Gebäudeteils im Verhältnis zu dem auf dem herrschenden Grundstück liegenden Teil unerheblich und können nach allgemeinen Grundsätzen per Grunddienstbarkeit „zum herrschenden Grundstück gezogen“ werden.²⁷⁵ Es bleibt allerdings ungewiss, wie insbesondere der BGH dies mit Blick auf das zwingende Erfordernis aus § 1019 BGB (die Grunddienstbarkeit muss dem herrschenden Grundstück einen Nutzungsvorteil bieten) beurteilen würde, zumal sich das OLG Stuttgart nicht ausdrücklich, sondern allenfalls zwischen den Zeilen²⁷⁶ mit den Anforderungen aus dieser Vorschrift auseinandergesetzt hat.

Ein zweites Problemfeld – das in dem vom OLG Stuttgart entschiedenen Einzelfall entweder keine Rolle spielte oder schlichtweg übersehen wurde – eröffnet sich im Hinblick auf § 93 BGB. Nach dieser Vorschrift können diejenigen Bestandteile einer Sache, die voneinander nicht getrennt werden können, ohne dass der eine oder der andere zerstört oder in seinem Wesen verändert würde, nicht Gegenstand besonderer Rechte sein. Es handelt sich um eine auch bei anderweitiger Vorstellung aller Beteiligten zwingende und somit nicht abdingbare Rechtsfolge.²⁷⁷ In der Anwendung des § 93 BGB speziell auf Bauwerke und Gebäude legt die Rechtsprechung – dem Wortlaut der Norm entsprechend – vorrangig eine körperlich-bautechnische bzw. baustatische Betrachtungsweise zugrunde.²⁷⁸ Nur in ganz wenigen Einzelfällen hat man ergänzend auf das Kriterium der sog. funktionalen Einheit abgestellt²⁷⁹ bzw. eine natürlich-wirtschaftliche Betrachtungsweise zugrunde gelegt,²⁸⁰ wobei die bautechnische Betrachtungsweise auch in diesen

266 *Tersteegen* RNotZ 2006, 433; *Tersteegen* ZNotP 2008, 21.

267 BGH 15.11.2013 – V ZR 24/13, NJW 2014, 311 (312); OLG Hamm 28.11.1983 – 15 W 172/83, OLGZ 1984, 54 (59); implizit auch OLG Düsseldorf 10.10.1977 – 3 W 157/77, OLGZ 1978, 19 (20); ebenso *Tersteegen* RNotZ 2006, 433 (449); *Brünger* MittRhNotK 1987, 269 (274).

268 Vgl. *Tersteegen* ZNotP 2008, 21 (23 f.).

269 *Tersteegen* RNotZ 2006, 433 (448).

270 Vgl. OLG Stuttgart 5.7.2011 – 8 W 229/11, ZWE 2011, 410 (411).

271 Riecke/Schmid/Schneider, WEG, 4. Aufl. 2015, § 1 Rn. 203; *Tersteegen* RNotZ 2006, 433 (455) mwN; *Brünger* MittRhNotK 1987, 269 (272 f.).

272 Vgl. BGH 16.1.2004 – V ZR 243/03, DNotZ 2004, 373 (376); OLG Hamm 28.11.1983 – 15 W 172/83, OLGZ 1984, 54 (59 f.); *Tersteegen* RNotZ 2006, 433 (449 ff.).

273 So zB geschehen im Vorfeld in der Entscheidung OLG Stuttgart 5.7.2011 – 8 W 229/11, ZWE 2011, 410.

274 OLG Stuttgart 5.7.2011 – 8 W 229/11, ZWE 2011, 410

275 OLG Stuttgart 5.7.2011 – 8 W 229/11, ZWE 2011, 410 (411).

276 Vgl. OLG Stuttgart 5.7.2011 – 8 W 229/11, ZWE 2011, 410 (411) (= Rn. 24 f. in BeckRS 2011, 19281).

277 S. dazu im Kontext von § 946 BGB RG 13.10.1930 – IV 688/29, RGZ 130, 310 (311 f.); Prütting/Wegen/Weinreich/Prütting, BGB, 12. Aufl. 2017, § 946 Rn. 1.

278 BGH 22.5.1981 – V ZR 102/80, NJW 1982, 756 (756); BGH 25.2.1983 – V ZR 299/81, NJW 1983, 2022 (2023); *Tersteegen* RNotZ 2006, 433 (439).

279 BGH 2.6.1989 – V ZR 167/88, NJW-RR 1989, 1039 (1039); eingehend zur „funktionalen Einheit“ *Tersteegen* RNotZ 2006, 433 (439 ff.).

280 BGH 15.2.2008 – V ZR 222/06, NJW 2008, 1810 (1811).

Fällen nie ganz in den Hintergrund getreten ist. Nach diesen Grundsätzen dürfte bei Mehrhausanlagen die Bestellung einer Überbaugrunddienstbarkeit nur in seltenen Fällen möglich sein. Wenn die Häuser unmittelbar auf der Tiefgarage errichtet sind, dient Letztere als gemeinsames Fundament und Stützkörper. Hinzu kommt eine – je nach Lage des Einzelfalls unterschiedlich stark ausgeprägte, aber immer vorhandene – Verzahnung durch gemeinsame Treppenhäuser, Rettungswege und Aufzüge, welche die wechselseitige Zugänglichkeit von Häusern und Tiefgarage sicherstellen. Womöglich sind auch für die Häuser funktionsnotwendige Versorgungseinrichtungen und die Haustechnik in Räume der Tiefgaragenebene ausgelagert. Für weitere Verflechtung sorgen Kellerräume, die den oberirdischen Wohnungen entweder als sondereigentumsfähige Räume oder kraft Sondernutzungsrecht zugeordnet sind. Führt man sich diese weithin verbreitete Bauausführung von Mehrfamilienwohnhäusern mit gemeinsamer Tiefgarage vor Augen, dürfte leicht erkennbar sein, dass jedenfalls die bautechnische bzw. baustatische Betrachtungsweise einer Sonderrechtsfähigkeit der Tiefgarage entgegenstehen dürfte. Denn ohne den Tiefgaragenbaukörper könnten die darüberliegenden Wohnhäuser in ihrer konkret angedachten Ausführung weder bestehen noch sinnvoll nutzbar sein. Ob sich nun – wie es zB *Tersteegen* für möglich hält²⁸¹ – die Sonderrechtsfähigkeit einer gemeinsamen Tiefgarage auf Grundlage des von der Rechtsprechung gelegentlich herangezogenen²⁸² Kriteriums der funktionalen Einheit begründen lässt, erscheint zweifelhaft. Zum einen dürften Tiefgarage und Wohnhausbebauung – wie dargestellt – in vielen Fällen sogar eine funktional untrennbare Einheit bilden.²⁸³ Zum anderen würde das Kriterium der bautechnischen Beschaffenheit insgesamt hinfällig sein, wollte man iRd Anwendung des § 93 BGB eine vor allem funktional geprägte Betrachtungsweise an den Tag legen.²⁸⁴ So weit ist die Rechtsprechung aber bislang nicht gegangen. Für die körperlich-bautechnische Betrachtungsweise spricht neben dem Wortlaut des § 93 BGB nicht zuletzt der Umstand, dass der Begriff der funktionalen Einheit weitgehend konturlos ist und ein hohes Maß an Rechtsunsicherheit erzeugen würde.²⁸⁵

b) Bestellung eines Tiefgaragen-Gesamterbbaurechts

Alternativ könnte man erwägen, sich das Instrument des Erbbaurechts als Mittel zur sachenrechtlichen Isolierung des Tiefgaragenbaukörpers zunutze zu machen. Die Idee ist, zulasten aller Grundstücke in Ansehung der (noch zu errichtenden) Tiefgarage ein einheitliches Gesamterbbaurecht zu bestellen.²⁸⁶ Dessen Inhalt wäre das Recht, auf den belasteten Erbbaugrundstücken die – nach Lage und

räumlicher Ausdehnung näher zu bezeichnende – Tiefgarage als grenzübergreifendes Bauwerk zu haben (vgl. § 1 Abs. 1 ErbbauRG). Das Recht könnte auf unbefristete Dauer („ewiges Erbbaurecht“) und unter Verzicht auf die Festlegung eines Erbbauzinses eingeräumt werden. Dass der Bauträger zunächst noch alleiniger Eigentümer aller betroffenen Grundstücke ist und man es daher vorübergehend mit einem Eigentümergesamterbbaurecht zu tun hätte, steht der Zulässigkeit nicht entgegen.²⁸⁷ Infolge eines auf diese Weise gebildeten Erbbaurechts wäre die Tiefgarage in ihrem rechtlichen Schicksal von den Grundstücken im Übrigen entkoppelt. Insbesondere ließe sich das Tiefgaragenerbbaurecht gem. §§ 8, 30 Abs. 2 WEG durch eigenständige Teilungserklärung in Ansehung der in ihr einzurichtenden Pkw-Stellplätze in selbständig verkäufliche Teilerbbaurechte aufteilen.²⁸⁸

Letzten Endes dürften auch dieser Gestaltung vergleichbare Hindernisse wie im bereits geschilderten Modell der Überbaugrunddienstbarkeit entgegenstehen.²⁸⁹ Nach § 1 Abs. 3 ErbbauRG ist nämlich die Beschränkung des Erbbaurechts auf einen Teil eines Gebäudes unzulässig. Das Erbbaurecht muss sich auf ein selbständiges Gebäude erstrecken und dieses in seiner Gesamtheit umfassen.²⁹⁰ Die Rechtsprechung beurteilt die Selbständigkeit von Gebäuden auch in diesem Kontext seit jeher primär anhand bautechnischer und statischer Gesichtspunkte: Wenn Teile eines Bauwerks bei nachträglicher Trennung die Zerstörung oder Wesensveränderung des einen oder anderen Teils zur Folge haben, ist von einem einheitlichen Gebäude auszugehen.²⁹¹ Aus den vorstehend²⁹² bereits entwickelten Erwägungen dürfte daher die Zulässigkeit der Einräumung eines Tiefgaragen-Erbbaurechts in den allermeisten Mehrhausanlagen hochgradig zweifelhaft sein.²⁹³

3. Zwischenergebnis

Der vorsichtige Kautelarjurist wird nicht darauf vertrauen, dass sich mithilfe einer Überbaugrunddienstbarkeit eine sachenrechtliche Isolierung von Tiefgarage und aufstehenden Häusern bewerkstelligen lässt.²⁹⁴ Im Interesse des sichersten Gestaltungsweges kann dieses Modell daher nicht zur Verwendung in der Praxis empfohlen werden. Bei alledem muss bedacht werden: Selbst wenn sich die notwendigen Grundbucheintragungen im Einzelfall erreichen ließen, würden sie keine Rechtssicherheit bieten. Es bliebe stets die Gefahr, dass ein Gericht womöglich Jahre oder Jahrzehnte später ein anderes Verständnis von § 93 BGB bzw. § 1 Abs. 3 ErbbauRG an den Tag legt und die vorhandenen Grundbucheintragungen als rechtlich unzulässig einstuft. Speziell in großen Wohn-

281 Vgl. *Tersteegen* RNotZ 2006, 433 (439 f.); *Tersteegen* ZNotP 2008, 21 (23).

282 BGH 2.6.1989 – V ZR 167/88, NJW-RR 1989, 1039; BGH 12.10.2001 – V ZR 268/00, DNotZ 2002, 290; LG Hamburg 8.10.2002 – 321 T 53/2002, frei abrufbar in der Online-Entscheidungsdatenbank des DNotI.

283 *Tersteegen* (ZNotP 2008, 21 [23]) betrachtet dies offenbar als einen eher atypischen und seltenen Ausnahmefall.

284 Es ist kaum denkbar, dass beide Kriterien gleichwertig nebeneinanderstehen könnten.

285 *Oppermann* (DNotZ 2015, 662 [664]) hat im Übrigen zutreffend herausgearbeitet, dass die Rechtsprechung das Kriterium der funktionalen Einheit genau in die andere Richtung herangezogen hat, nämlich um bautechnisch an sich voneinander getrennte Bauwerke als einheitlichen Sachbestandteil iSv § 93 BGB zu qualifizieren.

286 Eingehend zum Gesamterbbaurecht v. Oefele/*Winkler/Schlögel*, Handbuch Erbbaurecht, 6. Aufl. 2016, § 3 Rn. 37 ff; *Heckscher* RNotZ 2016, 1 (15 ff.).

287 Die Bestellung eines Eigentümererbbaurechts ist nach heute einheitlicher Ansicht zulässig, vgl. nur BGH 11.12.1981 – V ZR 222/80, NJW 1982, 2381; MüKoBGB/*Heinemann*, 7. Aufl. 2017, § 1 ErbbauRG Rn. 61 mwN; v. Oefele/*Winkler/Schlögel*, Handbuch Erbbaurecht, 6. Aufl. 2016, § 3 Rn. 9.

288 Unter Beachtung der §§ 3 Abs. 2 S. 2, 8 Abs. 2 S. 1, 30 WEG.

289 Vgl. *Oppermann* DNotZ 2015, 662 (665).

290 MüKoBGB/*Heinemann*, 7. Aufl. 2017, § 1 ErbbauRG Rn. 14; v. Oefele/*Winkler/Schlögel*, Handbuch Erbbaurecht, 6. Aufl. 2016, § 2 Rn. 28.

291 BGH 22.5.1981 – V ZR 102/80, NJW 1982, 756; s. a. v. Oefele/*Winkler/Schlögel*, Handbuch Erbbaurecht, 6. Aufl. 2016, § 2 Rn. 29.

292 S.o., Abschn. E. I.2.a).

293 *Oppermann* DNotZ 2015, 662 (665).

294 Ohne entsprechende Bedenken hingegen *Tersteegen* ZNotP 2008, 21 (22 ff.).

anlagen dürften die hierdurch eintretenden wirtschaftlichen Verwerfungen immens sein. Ob sich die sachenrechtlichen Grundlagen einer Mehrhauswohnanlage dann noch mit vertretbarem Aufwand korrigieren lassen, darf bezweifelt werden.

Aus diesen Gründen basieren alle nachfolgenden Überlegungen zur Gestaltung der Rechtsverhältnisse an einzelnen Pkw-Stellplätzen auf der Prämisse, dass es zur vertikalen Spaltung des Tiefgarageneigentums entlang der Grundstücksgrenzen kommt. Um hinsichtlich dieser Zuordnung allen erdenklichen Zweifeln aus dem Weg zu gehen und einen sicheren Rechtsboden zu legen, kann sich die vorsorgliche Bestellung wechselseitiger Grunddienstbarkeiten iSv § 1018 3. Var. BGB anbieten, die dafür sorgen, dass zulasten jedes beteiligten Grundstücks die Ausübung etwaiger Überbaurechte in Bezug auf die jeweils anderen Grundstücke ausgeschlossen ist.²⁹⁵ Diese könnte – wiederum beispielhaft für das Grundstück G1 – wie folgt formuliert sein:

„Der [Bauträger] als alleiniger Eigentümer des Grdst. [G1] bewilligt und beantragt zulasten des vorgenannten Grundstücks die Eintragung einer Grunddienstbarkeit folgenden Inhalts:

Ausschluss der Ausübung von Überbaurechten:

Zulasten des jeweiligen Eigentümers des Grundstücks [G1] ist die Ausübung von Überbaurechten aller Art auf den Grundstücken [G2, G3 und G4] ausgeschlossen.“

II. Gestaltung der Rechtsverhältnisse an einzelnen Pkw-Stellplätzen

Wendet man sich nunmehr der Gestaltung der Stellplatzrechtsverhältnisse im Einzelnen zu, steht regelmäßig der Wunsch des Bauträgers im Raum, dass – schon im Hinblick auf die wohlverstandenen Interessen der künftigen Bewohner und Nutzer der Mehrhausanlage – eine feste Zuordnung erfolgen soll. Jeder von ihnen soll auf Dauer über denselben („seinen“) Stellplatz verfügen.

1. Zuweisung der Stellplätze durch Sondernutzungsrechte

Dem lässt sich bei WEG-rechtlicher Aufteilung des jeweiligen Grundstücks zunächst durch Zuweisung entsprechender Sondernutzungsrechte Rechnung tragen. Hierbei sind aber gewisse Restriktionen zu beachten. Sondernutzungsrechte können als Gebrauchsregelungen gem. § 15 Abs. 1 WEG nach allgemeinen Grundsätzen stets nur am Gemeinschaftseigentum des „eigenen“ Grundstücks, nicht aber an Teilen eines benachbarten Grundstücks eingeräumt werden.²⁹⁶ Es wäre im hier besprochenen Realteilungsmodell daher im Ausgangspunkt nicht möglich, dem Eigentümer der in einem Haus belegenen Wohnung das Sondernutzungsrecht an einem Stellplatz zuzuweisen, der sich räumlich außerhalb der vertikal gezogenen Grenzen „seines“ Grundstücks befindet. Dies kann sich als Problem erweisen, weil es je nach den baulichen Gegebenheiten des Einzelfalls nicht immer machbar sein wird, jeden

Tiefgaragenausschnitt mit exakt der für das jeweilige aufstehende Haus benötigten Zahl an Stellplätzen auszustatten. Diesem Problem kann man zwar dadurch entgehen, dass zulasten eines benachbarten Grundstücks wegen einer im dortigen Bereich der Tiefgarage angelegten Stellplatzfläche eine Grunddienstbarkeit bestellt wird, wonach der jeweilige Eigentümer einer bestimmten Wohnungseinheit diese als Pkw-Stellplatz auf Dauer haben und ausschließlich nutzen darf,²⁹⁷ jedoch steigert dies nochmals die ohnehin hohe Komplexität der gesamten rechtlichen Konzeption. Davon abgesehen würde beim Rückgriff auf Sondernutzungsrechte stets der Nachteil bleiben, dass einzelne Stellplätze nicht isoliert an Außenstehende veräußert werden könnten.

2. Zuweisung der Stellplätze durch Bildung von Teileigentum

Die mit Sondernutzungsrechten einhergehende nur unvollkommene Verkehrsfähigkeit der Stellplätze lässt sich allerdings vermeiden, wenn an den Tiefgaragenstellplätzen unter Beachtung der Vorgaben aus § 3 Abs. 2 S. 2 WEG Teileigentum gebildet würde. Die in den räumlichen Grenzen jedes Grundstücks belegenen Stellplätze nehmen also an der WEG-rechtlichen Aufteilung des jeweiligen oberirdischen Wohnungseigentums teil. Entscheidender Vorteil dieser Gestaltung ist die hohe Flexibilität im Vermarktungsstadium: Jedes Teileigentumsrecht ist selbständig veräußerlich, kann also dem Erwerber einer Wohnung auf demselben oder einem benachbarten Grundstück²⁹⁸ oder auch jedem außenstehenden Dritten zum Kauf angeboten werden.

Vereinzelt wird in der Literatur unter Verweis auf die Entscheidungspraxis einiger Gerichte²⁹⁹ bezweifelt, ob man an einem zu mindestens einer räumlichen Seite offenen Tiefgaragenausschnitt zulässigerweise Teileigentum an Pkw-Stellplätzen bilden kann.³⁰⁰ Meines Erachtens befasst sich jene Rechtsprechung – soweit sie die Bildung von Teileigentum für unwirksam erklärt – aber mit einer anders gelagerten Fallkonstellation. In der Entscheidung des OLG Celle aus dem Jahr 1991 stand der Begründung von Teileigentum an Garagenstellplätzen der Umstand entgegen, dass die Garage über eine dauerhaft offenstehende Einfahrt verfügte und damit nicht in vollem Umfang mit baulichen Zugangshindernisse nach außen hin ausgestattet war.³⁰¹ Damit konnte man im Rahmen der Prüfung des § 3 Abs. 2 S. 2 WEG zu der – wenngleich zweifelhaften – Beurteilung kommen, dass es am erforderlichen Gebäudebezug in ähnlicher Weise fehle, wie dies bspw. auch bei Stellplätzen im Freien gesehen wird.³⁰² Wenn die Tiefgaragenzufahrt aber – wie es heutzutage in großen Wohnanlagen fast ausnahmslos der Fall ist – durch eine verschließbare Toranlage nach außen hin abgrenzbar ist, dürfte der Ge-

297 Die Bestellung einer Grunddienstbarkeit zugunsten einer Wohnungs- oder Teileigentumseinheit ist zulässig, vgl. Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 1123.

298 In diesem Fall wird der Erwerber in Ansehung von Wohnung einerseits und Stellplatz andererseits zwingend Mitglied in zwei Eigentümergemeinschaften.

299 OLG Celle 13.6.1991 – 4 W 61/91, DNotZ 1992, 231; LG Nürnberg-Fürth 21.10.1987 – 13 T 7256/87, DNotZ 1988, 322 mAnm Röll.

300 So zuletzt Oppermann DNotZ 2015, 662 (666 f.); s. a. Meikel/Schneider, GBO, 11. Aufl. 2015, § 53 Rn. 293.

301 Vgl. OLG Celle 13.6.1991 – 4 W 61/91, DNotZ 1992, 231.

302 Vgl. BeckOK WEG/Gerono, 34. Ed., Stand 2.4.2018, § 3 Rn. 60 mwN aus der Rspr.

295 Vgl. zur Zulässigkeit BGH 16.1.2004 – V ZR 243/03, DNotZ 2004, 373 (376); Tersteegen RNotZ 2006, 433 (451).

296 Vgl. nur Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 2910.

bäudebezug für alle in der Tiefgarage angelegten Stellplätze gegeben sein. Dass innerhalb dieser insgesamt „abgeschlossenen“ Tiefgarage ggf. einzelne, lediglich durch die Grundstücksgrenzen gebildete Garagenausschnitte zu ihren Seiten hin offen sind, kann meines Erachtens im Rahmen von § 3 Abs. 2 S. 2 WEG keine entscheidende Rolle spielen.

In jedem Fall sind bei der Bildung von Teileigentum an den Stellplätzen die allgemeinen Anforderungen aus § 1 Abs. 4 WEG zu beachten, der eine grundstücksübergreifende Aufteilung in Wohnungs- und Teileigentumsrechte verbietet. In der grundstücksübergreifend geplanten Tiefgarage können Stellplätze, die Gegenstand von Teileigentum sein sollen, nicht in der Weise ausgewiesen werden, dass die Fläche eines einzelnen Stellplatzes die Grundstücksgrenzen überschreitet. Erforderlich ist daher schon im Zeitpunkt der Herausmessung der einzelnen Hausgrundstücke eine präzise Vorstellung von der Tiefgaragenplanung. Ggf. sind die Grundstücksgrenzen dem Verlauf der Grenzen zwischen Stellplätzen anzupassen.

3. Ergänzende funktionsnotwendige Grunddienstbarkeiten

Schließlich bleibt zu bedenken, dass bei vertikaler Zersplitterung der Rechtsverhältnisse an der Tiefgarage die einzelnen Teileigentümer als Nutzer der gesamten Tiefgarage jeweils eine sichere Rechtsposition benötigen, damit sie auch die nicht im Bereich „ihres“ Grundstücks befindlichen Wege sowie die ggf. auf einem anderen Grundstück belegenen Ein- und Ausfahrtseinrichtungen mitbenutzen dürfen. Da es sich insoweit wiederum um grundstücksübergreifende Gemeinschaftsanlagen handelt, können und sollten auch diesbezüglich wechselseitige Grunddienstbarkeiten bestellt werden, für deren nähere Ausgestaltung auf die weiter oben gemachten Ausführungen Bezug genommen werden kann.³⁰³ Hier daher nur folgender Formulierungsvorschlag auf Basis des eingangs³⁰⁴ dargestellten Beispielsfalls für die zulasten des Grundstücks G1 zu bestellenden Grunddienstbarkeiten unter der Annahme, dass sich dort auch die Ein- und Ausfahrtsrampe zur gemeinsamen Tiefgarage befindet:

„Der [Bauträger] als alleiniger Eigentümer des Grdst. [G1] bewilligt und beantragt zulasten des vorgenannten Grundstücks die Eintragung einer Grunddienstbarkeit folgenden Inhalts:

Gehrecht, Fahrrecht, Ein- und Ausfahrtsanlagenrecht:

Die jeweiligen Eigentümer der Grundstücke [G2, G3 und G4] – als Gesamtberechtigte nach § 428 BGB – sind berechtigt, die im Zuge der Baumaßnahme innerhalb der Tiefgarage auf dem Grundstück [G1]

- *angelegte Verkehrsflächen sowie Flucht- und Rettungswege, die in dem als Anlage [...] dieser Eintragungsbewilligung beigefügten Plan grün markiert sind, zum Gehen und Fahren,*
- *errichteten Ein- und Ausfahrtsanlagen der Tiefgarage einschließlich der Ein- und Ausfahrtsrampe nebst allen baulichen und technischen Sicherheitsvorrichtungen, die sich in dem als Anlage [...] dieser Eintragungsbewil-*

ligung beigefügten Plan gelb markierten Bereich befinden,

mitzubenzutzen und durch Dritte mitbenutzen zu lassen.

Zur Erhaltung (Unterhaltung, Instandhaltung, Instandsetzung und Erneuerung) sowie zur Verkehrssicherung

- *der Verkehrsflächen sowie Flucht- und Rettungswege,*
- *der Ein- und Ausfahrtsanlagen,*

wozu jeweils auch die die Gewährleistung einer ausreichenden Beleuchtung und Stromversorgung gehört, sind die Eigentümer des dienenden und jedes herrschenden Grundstücks [gemeinsam verpflichtet].³⁰⁵ Die Kosten der Erhaltung und Verkehrssicherung tragen die Eigentümer des dienenden und jedes herrschenden Grundstücks untereinander [zu gleichen Teilen].³⁰⁶“

F. Zusammenfassung der Ergebnisse

- Es kann sich aus unterschiedlichen Gründen als zweckmäßig erweisen, eine Mehrhauswohnanlage nicht auf einheitlichem, sondern auf real geteiltem Grundbesitz zu verwirklichen. Wenn – wie es aus wirtschaftlichen Gründen häufig der Fall sein dürfte – grundstücksübergreifende Gemeinschaftsanlagen geplant sind, bedarf es zur Gewährleistung der beabsichtigten allseitigen Mitbenutzungsrechte gesonderter gestalterischer Eingriffe.³⁰⁷
- Das zweckmäßige Gestaltungsinstrument für die Einräumung wechselseitiger Mitbenutzungsrechte ist die Grunddienstbarkeit. Bei einer Mehrheit von zu begünstigten Grundstücken ist bei jedem dienenden Grundstück die gebündelte Bestellung eines einheitlichen Rechts im Gemeinschaftsverhältnis der Gesamtberechtigung nach § 428 BGB sinnvoll und zielführend. Im Hinblick auf die dienenden Grundstücke handelt es sich auch bei inhaltlich „verwandten“ Grunddienstbarkeiten aus Gründen der Zulässigkeit notwendigerweise um Einzelrechte (keine Gesamtbelastung mehrerer Grundstücke mit ein und demselben Recht).³⁰⁸
- Erhaltungs- und Verkehrssicherungspflichten sowie dazugehörige Kostentragungspflichten können im Verhältnis zwischen Berechtigtem und Verpflichtetem weitgehend frei definiert werden. Gem. §§ 1020 ff.

³⁰⁵ Die Zuweisung gemeinsamer Erhaltungszuständigkeiten dürfte in den meisten Fällen der sachgerechte Weg sein. Wer hier alternativ festlegt, dass bspw. der jeweilige Eigentümer eines jeden Grundstücks für die Erhaltung der auf seinem Grundstück belegenen Teile der Wegeflächen zuständig sein soll, würde von vornherein nebeneinanderstehende partikuläre Verantwortungsbereiche schaffen. Das ist aber regelmäßig unerwünscht und für eine effiziente Verwaltung der Gesamtanlage kontraproduktiv (dazu näher mit Gestaltungsvorschlägen oben, Abschn. C. III).

³⁰⁶ An dieser Stelle (Wahl des Verteilungsschlüssels) sind beliebige Variationen denkbar, u. a. eine Verteilung (1) im Verhältnis der Anzahl der auf den Grundstücken jeweils angelegten Anzahl an Stellplätzen, (2) im Verhältnis der Größe der jeweiligen Grundstücke, (3) im Verhältnis der in den Aufbauten der Grundstücken jeweils geplanten Wohn- oder Nutzfläche (diese müsste zur Gewährleistung der Bestimmtheit in der Bewilligungsurkunde für jedes Haus konkret angegeben werden), (4) dergestalt, dass jeder Eigentümer die Kosten für die auf seinem Grundstück ergriffenen Erhaltungs- und Verkehrssicherungsmaßnahmen trägt.

³⁰⁷ S. Abschn. A.

³⁰⁸ S. Abschn. B.

³⁰³ S.o., Abschn. B. II. bis B. V.

³⁰⁴ S.o., Abschn. A.

BGB erhalten derartige Festlegungen im gesetzlichen Begleitschuldverhältnis dingliche Wirkung. Wer verbleibende Schwächen – ua im Mechanismus der Durchsetzung solcher Erhaltungspflichten – vermeiden will, kann ergänzende Absicherung durch Bestellung eigenständiger Reallasten schaffen.³⁰⁹

- Die aus den jeweiligen Begleitschuldverhältnissen der bestellten Grunddienstbarkeiten herrührenden Erhaltung- und Verkehrssicherungspflichten bringen einen hohen, weil immer wiederkehrenden und eine Vielzahl von Personen betreffenden Koordinationsaufwand mit sich. Die in der Praxis meist wünschenswerte Konzentration lässt sich erreichen, indem zunächst bei Wohnungseigentümergeinschaften die Wahrnehmungszuständigkeit nach § 10 Abs. 6 S. 3 WEG auf den Verband verlagert wird und darüber hinaus für die gesamte Mehrhausanlage eine gemeinsame „Verwaltungsordnung“ in Kraft gesetzt wird, die die Erledigung des Tagesgeschäfts auf einen „Gesamtverwalter“ delegiert. Die Verwaltungsordnung kann allerdings nur schuldrechtliche Wirkung haben.³¹⁰
- Wenn im Einzelfall die Absicherung grundstücksübergreifender Versorgungsbeziehungen gewünscht ist, kann dies in zweierlei Richtung geschehen: Das Versorgungsinteresse des Abnehmers kann auf direktem Wege

durch Bestellung von Reallasten oder auf indirektem Wege über Mitbenutzungsgrunddienstbarkeiten abgesichert werden. Im umgekehrten Fall, wenn also der Versorger sein auf Abnahme gerichtetes Interesse gegenüber dem Versorgungsempfänger sichern will, kann regelmäßig keine Reallast, sondern nur eine entsprechende Unterlassungsgrunddienstbarkeit bestellt werden.³¹¹

- Besondere Gestaltungsprobleme wirft die als einheitlicher Baukörper geplante grundstücksübergreifende Tiefgarage auf. Ob diese durch Überbaugrunddienstbarkeit oder Gesamterbbaurecht von den aufstehenden Gebäuden sachenrechtlich isoliert werden kann, ist nicht abschließend geklärt und mag vom Einzelfall abhängen. Daher ist zweifelhaft, ob die Tiefgarage einer eigenständigen und einheitlichen Aufteilung in Teileigentumsrechte zugänglich ist. Die Bildung von Teileigentumsrechten an den Pkw-Stellplätzen im grundstückseigenen Tiefgaragenausschnitt bei vertikaler Spaltung der Eigentumsverhältnisse entlang der gebildeten Grundstücksgrenzen dürfte zumindest dann in rechtssicherer Weise möglich und zulässig sein, wenn flankierend durch Grunddienstbarkeit die Ausübung etwaiger Überbaurechte ausgeschlossen wird.³¹² ■

309 S. Abschn. C. I. und C. II.

310 S. Abschn. C. III.

311 S. Abschn. D.

312 S. Abschn. E.

1. Liegenschaftsrecht – Zum Erfordernis der Klauselumschreibung bei nach § 800 Abs. 1 ZPO vollstreckbaren Grundpfandrechten

(BGH, Beschluss vom 12.4.2018 – V ZB 212/17)

BGB §§ 242, 780

ZPO §§ 325, 727, 750 Abs. 1 u Abs. 2, 795 Abs. 1 Nr. 5, 800 Abs. 1

ZVG § 83 Nr. 6

Die im Grundbuch eingetragene dingliche Unterwerfungserklärung nach § 800 Abs. 1 ZPO macht, wenn die Vollstreckung aus einer Hypothek, einer Grundschuld oder einer Rentenschuld gegen den späteren Eigentümer des Grundstücks betrieben werden soll, eine Rechtsnachfolgeklausel nach § 727 ZPO nicht entbehrlich.

Zur Einordnung

Wenn Notare anlässlich der gewerblichen Darlehensvergabe sofort vollstreckbare Grundpfandrechtsbestellungsurkunden errichten, verlangt das Gläubigerinstitut regelmäßig, dass sich ihr Darlehensnehmer nicht nur im Hinblick auf seine eigene Stellung als Eigentümer, sondern auch dergestalt der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwirft, dass diese gegen den *jeweiligen* Eigentümer des belasteten Grundbesitzes zulässig ist. Diese spezielle – in § 800 Abs. 1 S. 1 ZPO ausdrücklich zugelassene – Variante der Vollstreckungsunterwerfung bedarf zu ihrer Wirksamkeit gem. § 800 Abs. 1 S. 2 ZPO der gesonderten Grundbucheintragung, was in Abt. III beim in Bezug genommenen Grundpfandrecht etwa durch den Vermerk "vollstreckbar nach § 800 ZPO" erfolgen kann. Für den Gläubiger hat dies nach der gesetzlichen Konzeption zur Folge, dass er beim Vorgehen aus dem Grundpfandrecht gegen einen späteren Eigentümer nicht die den Eigentumsübergang nachweisende Urkunde zustellen lassen muss (§ 800 Abs. 2 ZPO).

Welche tatsächlichen Auswirkungen sich aus dieser Norm für den vollstreckungswilligen Gläubiger im Einzelnen ergeben, ist umstritten. Dies betrifft insbesondere ihr Verhältnis zu den §§ 325, 727, 795 ZPO, die als allgemeine Vorschriften schon aus sich heraus die Fortgeltung des vorhandenen Titels gegen den Rechtsnachfolger im Eigentum anordnen (vgl. BeckOK ZPO/Hoffmann, 29. Ed., Stand 1.7.2018, § 800 Rn. 1). Eine Mindermeinung sieht – gewissermaßen zur Vermeidung redundanter Gesetzgebung – § 800 ZPO als eine die §§ 325, 727, 795 ZPO verdrängende Spezialvorschrift an, so dass eine Klauselerteilung gegen den neuen Eigentümer überhaupt nur unter den Voraussetzungen des § 800 Abs. 1 ZPO zulässig sei (Gaul/Schilken/Becker-Eberhardt/Becker-Eberhardt, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl. 2010, § 13 Rn. 65; Wieczorek/Schützel/Paulus, ZPO, 4. Aufl. 2018, § 800 Rn. 5). Nach der überwiegend vertretenen Ansicht sind die genannten Vorschriften hingegen beliebig nebeneinander anwendbar (vgl. nur OLG Schleswig BeckRS 2014, 05597; BeckOK ZPO/Hoffmann, 29. Ed., Stand 1.7.2018, § 800 Rn. 4; Musielak/Voit/Lackmann, ZPO, 15. Aufl. 2018, § 800 Rn. 2; Zöller/Geimer, ZPO, 32. Aufl. 2018, § 800 Rn. 14; Armbrüster/Preuß/Renner/Preuß, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 52 Rn. 29).

Ungeachtet des dargestellten Streitstands besteht in Schrifttum und bisheriger Rechtsprechung jedenfalls insoweit Einigkeit, als dass eine Unterwerfung iSv § 800 ZPO den Gläubiger nicht davon entbindet, im Falle des späteren Eigentumswechsels eine ihm erteilte, noch gegen den ehemaligen Eigentümer lautende Vollstreckungsklausel auf den neuen Eigentümer umschreiben zu lassen (vgl. nur LG Frankfurt am Main ZIP 1983, 1516 [1517]; DNotl-Report 2003, 45 [46]; BeckOK ZPO/Hoffmann, 29. Ed., Stand 1.7.2018, § 800 Rn. 8; Zöller/Geimer, ZPO, 32. Aufl., § 800 Rn. 13; Armbrüster/Preuß/Renner/Preuß, BeurkG, 7. Aufl. 2015, § 52 Rn. 29; Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 3. Aufl. 2011, Rn. 28.11; Müller RNotZ 2010, 167 [184 f.]). Mit der nachstehend berichteten Entscheidung hat der BGH diese Sichtweise nun erstmals auch höchstrichterlich bestätigt. Der Gesetzgeber habe – so die wesentliche Begründung des BGH – mit der Einführung des § 800 ZPO nicht das Ziel verfolgt, Grundpfandrechtsgläubigern die Vollstreckung auch ohne eine den Schuldner namentlich bezeichnende Klausel (vgl. § 750 Abs. 1 ZPO) zu ermöglichen. In diesem Zusammenhang stellt der BGH außerdem klar, dass sich der neue Eigentümer auch nicht iSv § 242 BGB treuwidrig verhält, wenn er sich gegen die Vollstreckung mit dem Einwand der fehlerhaften Klausel verteidigt, obwohl der Gläubiger ebensogut auch aufgrund eines anlässlich des Eigentumserwerbs erklärten sofort vollstreckbaren abstrakten Schuldversprechens gegen ihn vorgehen könnte.

Aufgrund der Entscheidung des BGH gewinnt die Vollstreckungspraxis dahingehend Klarheit, dass bei nach § 800 ZPO vollstreckbaren Grundpfandrechtsurkunden eine notarielle Klauselumschreibung auf den neuen Eigentümer stets erforderlich ist. Vor diesem Hintergrund ist allerdings zweifelhaft, welcher spürbare Vorteil einem Grundpfandrechtsgläubiger aus der Vorschrift überhaupt erwachsen könnte. Ein kraft Einzelrechtsnachfolge vollzogener Eigentumswechsel lässt sich ohnehin aus dem Grundbuch ersehen und ist daher beim Vollstreckungsgericht offenkundig. In der Rechtswirklichkeit dürfte § 800 Abs. 2 ZPO dem Gläubiger daher wohl nur scheinbare Erleichterungen bringen (vgl. zur rechtspolitischen Kritik: MüKoZPO/Wolfsteiner, 5. Aufl. 2016, § 800 Rn. 1; BeckOK ZPO/Hoffmann, 29. Ed., Stand 1.7.2018, § 800 Rn. 8). Hinzu kommt, dass die üblichen Grundschuldbestellungsformulare institutioneller Gläubiger meist eine Erklärung des Schuldners vorsehen, wonach dieser für die Klauselerteilung auf den Nachweis des Eigentumswechsels verzichtet. Die vorhandene Unsicherheit bzgl. des – wie dargestellt umstrittenen – Verhältnisses zu den §§ 325, 727, 795 ZPO bleibt dagegen einstweilen bestehen, weil die Streitfrage im vorliegenden Verfahren nicht entscheidungserheblich war.

Die Schriftleitung (JHB)

Zum Sachverhalt:

I.

[1] Die Beteiligte zu 1 betreibt die Zwangsversteigerung der im Eingang dieses Beschlusses genannten Grundstücke der Beteiligten zu 2 und 3 aus einer im Grundbuch mit ei-

nem Vermerk „vollstreckbar nach § 800 Abs. 1 ZPO“ eingetragenen Grundschuld über 220.000 €. Grundlage dieser Eintragung war die Grundschuldbestellungsurkunde vom 28. März 2007, in der sich der Voreigentümer des Grundstücks der sofortigen Zwangsvollstreckung in das mit der Grundschuld belastete Eigentum in der Weise unterworfen hatte, dass die Zwangsvollstreckung gegen den jeweiligen Eigentümer wegen aller Ansprüche an Kapital und Zinsen aus der Grundschuld zulässig sein soll. Die gegen den Voreigentümer des Grundstücks erteilte vollstreckbare Ausfertigung der Grundschuldbestellungsurkunde wurde den Beteiligten zu 2 und 3 vor Beginn der Zwangsvollstreckung zugestellt, eine Vollstreckungsklausel gegen sie wurde nicht erteilt.

[2] In dem Versteigerungstermin am 23. Februar 2017 ist die Beteiligte zu 4 Meistbietende geblieben. Durch Beschluss vom selben Tag hat ihr das Vollstreckungsgericht den Zuschlag erteilt. Auf die hiergegen gerichtete Beschwerde der Beteiligten zu 2 und 3 hat das Landgericht den Zuschlagsbeschluss aufgehoben und die Erteilung des Zuschlags versagt. Dagegen richtet sich die zugelassene Rechtsbeschwerde der Beteiligten zu 1.

II.

[3] Das Beschwerdegericht meint, es liege ein von Amts wegen zu berücksichtigender Versagungsgrund nach § 83 Nr. 6 ZVG vor. Die Zwangsversteigerung der Grundstücke hätte nach § 795, § 750 Abs. 1, § 727 ZPO nur angeordnet werden dürfen, wenn die vollstreckbare Ausfertigung der Grundschuldbestellungsurkunde gegen die Beteiligten zu 2 und 3 als Rechtsnachfolger des in der Urkunde bezeichneten Schuldners erteilt und zugestellt worden wäre. Daran fehle es. Eine Rechtsnachfolgeklausel sei nicht nach § 800 ZPO entbehrlich. Die Vorschrift schließe die allgemeinen Vorschriften der §§ 727, 325 ZPO nicht aus und stehe auch nicht alternativ neben ihnen. Sie enthalte eine Ausnahmeregelung lediglich zu § 750 Abs. 2 ZPO und bezwecke, die Durchsetzung des Rechts des Gläubigers zu erleichtern, indem auch eine Vollstreckung gegen den Rechtsnachfolger des Eigentümers ermöglicht werde. Dass vor diesem Hintergrund § 800 Abs. 1 ZPO praktisch funktionslos sei, weil die Vorschriften der §§ 795, 727, 325 ZPO dies bereits ermöglichten, könne nicht dazu führen, der Regelung einen Sinn beizumessen, der ihr nicht entnommen werden könne.

Aus den Gründen:

III.

Das Beschwerdegericht hat den Zuschlag zu recht versagt, weil es an einer Vollstreckungsvoraussetzung gem. § 750 Abs. 1 ZPO fehlt

[4] Die nach § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ZPO statthafte und auch im Übrigen zulässige (§ 575 ZPO) Rechtsbeschwerde ist unbegründet. Rechtsfehlerfrei hat das Beschwerdegericht den Zuschlag auf das in dem Versteigerungstermin am 23. Februar 2017 abgegebene Meistgebot nach § 83 Nr. 6 ZVG versagt. Es fehlt an den Vollstreckungsvoraussetzungen gemäß § 750 Abs. 1 ZPO, weil eine die Beteiligte zu 1 zur Vollstreckung gegen die Beteiligten zu 2 und 3 aus der Grundschuld legitimierende Vollstreckungsklausel nicht erteilt und zugestellt worden ist.

Dem neuen Eigentümer hätte eine ihn namentlich bezeichnende Vollstreckungsklausel zugestellt werden müssen

[5] 1. Nach § 750 Abs. 1 ZPO darf die Zwangsvollstreckung aus einer notariellen Urkunde (§ 794 Abs. 1 Nr. 5, § 795 ZPO) nur beginnen, wenn die Personen, für und gegen die sie stattfinden soll, in der Urkunde oder in der ihr beigefügten Vollstreckungsklausel namentlich bezeichnet sind. Daran fehlt es im hier gegebenen Fall der Rechtsnachfolge. Die Grundschuldbestellungsurkunde vom 28. März 2007 erlaubt zwar die Vollstreckung in das Grundstück der Beteiligten zu 2 und 3. Denn die Grundschuld, die der Voreigentümer des Grundstücks bestellt hat, ist nach § 800 ZPO vollstreckbar. Die Grundschuldbestellungsurkunde hätte aber nach § 727, § 795 ZPO mit einer Rechtsnachfolgeklausel gegen die Beteiligten zu 2 und 3 versehen werden müssen. Diese Klausel hätte ihnen vor der Vollstreckung zusammen mit der notariellen Urkunde zugestellt werden müssen (§ 750 Abs. 1 ZPO). Etwas anderes folgt nicht aus § 800 ZPO.

Zwar kann der Eigentümer nach § 800 ZPO den jeweiligen Eigentümer der sofortigen Zwangsvollstreckung wegen eines Grundpfandrechts unterwerfen

[6] a) Nach § 800 Abs. 1 Satz 1 ZPO kann sich der Eigentümer in einer notariellen Urkunde (§ 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO) in Ansehung einer Hypothek, einer Grundschuld oder einer Rentenschuld der sofortigen Zwangsvollstreckung in der Weise unterwerfen, dass die Zwangsvollstreckung aus der Urkunde gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks zulässig sein soll. Die Unterwerfung bedarf in diesem Fall der Eintragung in das Grundbuch (§ 800 Abs. 1 Satz 2 ZPO). Die Norm soll es Berechtigten einer Unterwerfungserklärung hinsichtlich der genannten Grundpfandrechte ermöglichen, auch gegen einen Rechtsnachfolger des Eigentümers des Grundstücks zu vollstrecken. Die Grundbucheintragung hat Bedeutung für die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen gegen den Erwerber des Grundstücks im Falle der Einzelrechtsnachfolge eine vollstreckbare Ausfertigung der Urkunde erteilt werden kann (Senat, Beschluss vom 28. September 1989 – V ZB 17/88, BGHZ 108, 372, 375).

Die Vollstreckbarerklärung nach § 800 ZPO macht aber im Zusammenhang mit einem Eigentumswechsel die Erteilung einer Rechtsnachfolgeklausel nicht entbehrlich

[7] b) Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde macht die im Grundbuch eingetragene dingliche Unterwerfungserklärung nach § 800 Abs. 1 ZPO, wenn die Vollstreckung aus einer Hypothek, einer Grundschuld oder einer Rentenschuld gegen den späteren Eigentümer des Grundstücks betrieben werden soll, eine Rechtsnachfolgeklausel nach § 727 ZPO nicht entbehrlich.

Das Verhältnis von § 800 ZPO zu den §§ 325, 727, 795 ZPO ist umstritten

[8] aa) Allerdings ist das Verhältnis von § 800 ZPO zu den Vorschriften der §§ 325, 727, 795 ZPO umstritten.

[9] Teilweise wird angenommen, eine Klauselerteilung gegen den neuen Eigentümer sei nur unter den Voraussetzungen des § 800 Abs. 1 ZPO zulässig, da die „dingliche Wirkung“ des Titels die Eintragung der Unterwerfungserklärung voraussetze (Gaul/Schilken/Becker-Eberhardt, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl., § 13 Rn. 65; Wieczorek/Schütze/Paulus, ZPO, 4. Aufl., § 800 Rn. 5). Die

überwiegende Ansicht geht davon aus, dass § 800 ZPO und die Vorschriften der §§ 325, 727 ZPO nebeneinander stehen. Die Vollstreckungsklausel könne gegen den Rechtsnachfolger im Eigentum unabhängig davon erteilt werden, ob die Unterwerfung nach § 800 ZPO erklärt und eingetragen sei oder nicht (OLG Schleswig, SchlHA 2014, 403, 404; Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 22. Aufl., § 800 Rn. 1, 8; Saenger/Kindl, ZPO, 7. Aufl., § 800 Rn. 1; Musielak/Voit/Lackmann, ZPO, 15. Aufl., § 800 Rn. 2; Prütting/Scheuch, ZPO, 7. Aufl., § 800 Rn. 1; Musielak/Voit/Lackmann, ZPO, 15. Aufl., § 800 Rn. 2; Prütting/Scheuch, ZPO, 7. Aufl., § 800 Rn. 1; Preuß in Armbrüster/Preuß/Renner, Beurkundungsgesetz, 7. Aufl., § 52 Rn. 29). Die Bedeutung des § 800 Abs. 1 ZPO bestehe darin, die Vollstreckung des dinglichen Anspruchs aus einem Grundpfandrecht zu erleichtern, indem die Vollstreckung gegen einen späteren Eigentümer, abweichend von § 750 Abs. 2 ZPO, nicht die Zustellung der den Erwerb des Eigentums nachweisenden Urkunden erfordere (Zöller/Geimer, ZPO, 32. Aufl., § 800 Rn. 13; HK-ZPO/Kindl, 7. Aufl., § 800 Rn. 1; Schuschke/Walker/Walker, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, 6. Aufl., § 800 Rn. 1; vgl. aber auch Senat, Beschluss vom 13. Oktober 2016 – V ZB 174/15, BGHZ 212, 264 Rn. 15). Wolfsteiner sieht unter Hinweis darauf, dass es einer Zustellung der Nachweisurkunden nach § 799 ZPO ohnehin nicht bedürfe, die Vorschrift des § 800 ZPO als bedeutungslos an und schlägt vor, sie ersatzlos zu streichen (Wolfsteiner, DNotZ 1999, 306, 232; ders., Die vollstreckbare Urkunde, 3. Aufl., § 28 Rn. 28.4 ff.; MüKo/Wolfsteiner, ZPO, 5. Aufl., § 800 Rn. 1).

Jedenfalls entbindet § 800 ZPO nach einhelliger und richtiger Ansicht nicht vom Erfordernis der Erteilung einer Rechtsnachfolgeklausel

[10] bb) Der Senat muss diesen Meinungsstreit hier nicht entscheiden. Von der Frage, ob die Vollstreckung aus der Urkunde nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO gegen den späteren Eigentümer die – hier gegebene – Erklärung und Eintragung der Unterwerfung nach § 800 ZPO in das Grundbuch voraussetzt, ist die Frage zu trennen, ob die Vollstreckungsunterwerfung nach § 800 ZPO von den weiteren Voraussetzungen nach § 750 Abs. 1 ZPO und damit von der Rechtsnachfolgeklausel gemäß § 727 ZPO entbindet. Das ist nicht der Fall.

[11] (1) Nach einhelliger Ansicht bedarf es für eine Zwangsvollstreckung aus einer nach § 800 ZPO vollstreckbaren Urkunde über die Bestellung eines Grundpfandrechts gegen den späteren Eigentümer des Grundstücks nach § 750 Abs. 1 u. 2 ZPO der Erteilung und Zustellung einer Rechtsnachfolgeklausel nach § 727 ZPO (vgl. BayObLG, DNotZ 1959, 402, 403; LG Frankfurt, ZIP 1983, 1516, 1517; DNotI-Report 1995, 68, 69; DNotI-Report 2003, 45, 46; Zöller/Geimer, ZPO, 32. Aufl., § 800 Rn. 13; Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 22. Aufl., § 800 Rn. 8; Preuß in Armbrüster/Preuß/Renner, Beurkundungsgesetz, 7. Aufl., § 52 Rn. 29; Gaul/Schilken/Becker-Eberhardt, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl., § 13 Rn. 65; Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 3. Aufl., § 28 Rn. 28.11; ders., DNotZ 1999, 307, 320; Scheel, NotBZ 2001, 248, 253).

[12] (2) Diese Ansicht ist richtig. Der spätere Eigentümer ist vollstreckungsrechtlich Rechtsnachfolger. Die Zwangsvollstreckung aus der Unterwerfungserklärung nach § 800 ZPO kann gegen ihn nur erfolgen, wenn die Rechtsnach-

folgeklausel gemäß § 727 ZPO erteilt und ihm zugestellt wurde. Das folgt aus dem Wortlaut sowie dem Sinn und Zweck der Vorschrift des § 800 Abs. 1 ZPO.

[13] § 800 ZPO soll dem Gläubiger des dinglichen Anspruchs aus einem Grundpfandrecht die Vollstreckung gegen den im Grundbuch eingetragenen späteren Eigentümer ermöglichen, indem dem Grundstückseigentümer gestattet wird, sich wegen dieser Ansprüche der sofortigen Zwangsvollstreckung zulasten des jeweiligen Eigentümers des Grundstücks zu unterwerfen. Der historische Gesetzgeber sah es als ungeklärt an, inwieweit die Vorschriften, welche für die Vollstreckbarkeit des Urteils gegen einen Sondernachfolger des Schuldners gelten, gemäß § 703 CPO (§ 795 Satz 1 ZPO) bei anderen vollstreckbaren Titeln, insbesondere bei einer nach § 702 Nr. 5 CPO (§ 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO) aufgenommenen Hypothekenurkunde, zur entsprechenden Anwendung gelangen. Aus diesem Grund wurde die Unterwerfungserklärung nach § 705 b Abs. 1 CPO (§ 800 Abs. 1 Satz 1 ZPO) geschaffen. Mit dem Erfordernis einer entsprechenden Eintragung in das Grundbuch soll der Erwerber davor geschützt werden, das Grundstück ohne Kenntnis von der Unterwerfungserklärung zu erwerben (vgl. Hahn/Mugdan, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, Bd. 8, 1898, S. 150). An den allgemeinen Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung nach § 750 ZPO hat der Gesetzgeber, anders als die Rechtsbeschwerde meint, nichts geändert, mit der Ausnahme, dass nach § 800 Abs. 2 ZPO die Zwangsvollstreckung gegen einen späteren Eigentümer abweichend von § 750 Abs. 2 ZPO nicht der Zustellung der den Erwerb des Eigentums nachweisenden Urkunden bedarf. Er hat zudem für die in § 797 Abs. 5 ZPO bezeichneten, die Erteilung der Vollstreckungsklausel betreffenden Klagen eine ausschließliche Zuständigkeit des Gerichts, in dessen Bezirk das Grundstück belegen ist, angeordnet (§ 800 Abs. 3 ZPO). Daraus folgt, dass § 750 Abs. 1 ZPO weiter gilt. Das erfordert die namentliche Bezeichnung des neuen Grundstückseigentümers als Rechtsnachfolger in der Klausel nach § 727 ZPO und deren Zustellung.

Auf die Frage, ob dem Gläubiger aus anderer Urkunde ein Vollstreckungstitel zusteht, kommt es hier nicht an

[14] 2. Auf die Frage, ob die Beteiligten zu 2 und 3 sich in der notariellen Kaufvertragsurkunde vom 28. April 2011, aufgrund derer sie die Grundstücke von dem Voreigentümer erwarben, wegen des dinglichen Anspruchs aus der Grundschuld der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen haben, kommt es, anders als die Rechtsbeschwerde meint, nicht an. Denn auf dieser Grundlage ist die Zwangsversteigerung nicht angeordnet worden.

Der Einwand des Schuldners, es fehle an einer ihn namentlich bezeichnenden Klausel, ist nicht gem. § 242 BGB unbeachtlich

[15] 3. Die Rechtsbeschwerde macht auch ohne Erfolg geltend, der Einwand, es fehle in Bezug auf die notarielle Unterwerfungserklärung (§ 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO) an einer titelumschreibenden Klausel gegen den Schuldner als Rechtsnachfolger (§ 727 ZPO), verstoße gegen § 242 BGB, wenn – wie hier – der Schuldner in einer anderen Urkunde für dieselbe Schuld die persönliche Haftung übernommen und sich insoweit der sofortigen Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen unterworfen habe, so dass jedenfalls auf dieser Grundlage die durchgeführte

Vollstreckung ohne Weiteres hätte betrieben werden können.

Der Einwand des Verstoßes gegen Treu und Glauben kann zwar auch im Zwangsvollstreckungsverfahren beachtlich sein

[16] a) Zwar kann die Berufung auf ein Recht den – auch im Zwangsvollstreckungsverfahren geltenden – Grundsätzen von Treu und Glauben widersprechen und damit rechtsmissbräuchlich sein. Dies kommt insbesondere in Betracht, wenn ein berechtigtes Eigeninteresse an der Durchsetzung der in Anspruch genommenen Rechtsposition fehlt, etwa weil diese nur (noch) formal besteht (vgl. Senat, Beschluss vom 10. Juni 2010 – V ZB 192/09, WM 2010, 1703 Rn. 12; Beschluss vom 12. Juli 2012 – V ZB 130/11, WM 2012, 1867 Rn. 11; BGH, Beschluss vom 14. August 2008 – I ZB 39/08, WM 2008, 2026 Rn. 10; Beschluss vom 17. Mai 2017 – VII ZB 64/15, WM 2017, 1261 Rn. 16).

Wer als Schuldner im Vollstreckungsverfahren einen Mangel der dem Gläubiger erteilten Klausel geltend macht, beruft sich aber nicht auf eine nur formale Rechtsstellung

[17] b) Eine Person, gegen die die Zwangsvollstreckung stattfinden soll, beruft sich jedoch nicht auf eine nur formale Rechtsstellung, wenn sie geltend macht, die Zwangsvollstreckung sei nach § 750 Abs. 1 Satz 1 ZPO unzulässig, weil sie in dem Titel oder der Klausel namentlich nicht bezeichnet sei. Die Bestimmung des § 750 Abs. 1 Satz 1 ZPO sichert nicht lediglich die Einhaltung einer Formalität, sondern gewährleistet, dass staatlicher Zwang nur zur Durchsetzung eines urkundlich bereits ausgewiesenen Anspruchs gegen die in dem Titel oder der Klausel genannten Personen ausgeübt wird (vgl. BGH, Beschluss vom 25. Juni 2004 – IXa ZB 29/04, BGHZ 159, 383, 385 f.; Beschluss vom 29. Mai 2008 – IX ZB 102/07, BGHZ 177, 12 Rn. 14; Beschluss vom 14. August 2008 – I ZB 39/08, NZM 2008, 805 Rn. 10). So ist es auch hier. Dass die Beteiligte zu 1 die Zwangsvollstreckung aus der notariellen Kaufvertragsurkunde gegen die Beteiligten zu 2 und 3 wegen der persönlichen Haftung aus dem abstrakten Schuldnererkenntnis (§ 780 BGB) hätte betreiben können, führt nicht dazu, dass sich das Erfordernis einer Vollstreckungsklausel für die Vollstreckung aus dem dinglichen Recht als rechtsmissbräuchlich erweist. Das würde zu einem unzulässigen Austausch des Vollstreckungstitels und damit des Anspruchs führen, dessentwegen die Zwangsversteigerung in die Grundstücke der Beteiligten zu 2 und 3 angeordnet wurde.

IV.

Prozessuale Nebenentscheidungen

[18] Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst, weil sich die Beteiligten in dem Verfahren über die Zuschlagsbeschwerde grundsätzlich, und so auch hier, nicht als Parteien im Sinne der Zivilprozessordnung gegenüberstehen (Senat, Beschluss vom 25. Januar 2007 – V ZB 125/05, BGHZ 170, 378, 381 mwN). Der Gegenstandswert für die Gerichtsgebühren bestimmt sich nach dem Wert des Zuschlags (§ 47 Abs. 1 Satz 1, § 54 Abs. 2 Satz 1 GKG). Die Wertfestsetzung für die anwaltliche Vertretung der Beteiligten zu 1 beruht auf § 26 Nr. 1 RVG. ■

2. Liegenschaftsrecht – Zur Zwangsvollstreckung aus einem gemeinsam mit der Bestellung einer Sicherungsgrundschuld erklärten vollstreckbaren Schuldversprechen

(*OLG München*, Beschluss vom 25.6.2018 – 34 Wx 144/18)

BGB §§ 307 Abs. 1, 780, 1193 Abs. 1 u Abs. 2 S. 2, 1234 ZPO §§ 724, 725, 726, 794 Abs. 1 Nr. 5, 795, 797 Abs. 2, 866, 867
GBO §§ 53 Abs. 1, 71

Der Senat hält daran fest, dass im Verfahren der Eintragung einer Zwangshypothek aufgrund eines vollstreckbaren notariellen Schuldversprechens das Grundbuchamt auch dann, wenn sich das Bestehen einer Sicherungsabrede aus der Urkunde ergibt, nicht zu prüfen hat, ob die Vollstreckung mindestens sechs Monate vor Antragstellung angedroht worden ist (Fortsetzung zu *OLG München*, Beschlüsse vom 23.6.2016 – 34 Wx 189/16 und vom 13.4.2018 – 34 Wx 381/17; Abgrenzung zu *BGH*, Beschluss vom 30.3.2017 – V ZB 84/16).

Zur Einordnung

Im Rahmen der Beurkundung sofort vollstreckbarer Sicherungsgrundschulden und der Klauselerteilung kommt die notarielle Praxis immer wieder mit denjenigen Rechtsfragen in Berührung, die durch das im Jahr 2008 in Kraft getretene Risikobegrenzungs-gesetz (BGBl. I, S. 1666) erstmals aufgetreten sind.

Diese konnten von der Rechtsprechung bislang nur teilweise aufgegriffen und beantwortet werden. So ist zwischenzeitlich geklärt, dass die seinerzeit im Grundschuldrecht vorgenommenen Gesetzesänderungen nicht dazu führen, dass – nach Abtretung einer Sicherungsgrundschuld – der Notar bei Erteilung einer Rechtsnachfolgeklausel für den neuen Gläubiger zu prüfen hätte, ob dieser auch in den bestehenden Sicherungsvertrag zwischen Darlehensnehmer und Altgläubiger eingetreten ist (*BGH* [VII. Senat] DNotZ 2011, 751 mAnm *Everts* DNotZ 2011, 724, anders zuvor noch *BGH* [XI. Senat] RNotZ 2010, 390). Erst kürzlich hat der *BGH* außerdem entschieden, dass die für die Vollstreckung aus Sicherungsgrundschulden geltende Kündigungs- bzw. Warte-frist von sechs Monaten (§ 1193 Abs. 1 S. 3 BGB) auch bei der Vollstreckung von Grundschuldzinsen zu beachten ist und nicht – wie der Gesetzeswortlaut vermuten lässt – nur bei der Vollstreckung des Grundschuldkapitals (*BGH* DNotZ 2018, 211).

Eine weitere, bislang höchstrichterlich nicht entschiedene Frage in diesem Zusammenhang ist, ob die Sechsmonatsfrist zulasten des vollstreckungswilligen Gläubigers auch greift, wenn er nicht aus Grundschuldkapital oder -zinsen, sondern aus einem in der notariellen Grundschuldbestellungsurkunde miterklärten sofort vollstreckbaren abstrakten Schuldversprechen ("persönliche Haftungsübernahme") die Zwangsvollstreckung in das mit der Grundschuld belastete Pfandobjekt oder anderen Grundbesitz des Darlehensnehmers betreibt. In der zitierten Entscheidung zur Vollstreckung der Grundschuldzinsen hatte der *BGH* diese seinerzeit nicht entscheidungserhebliche Frage nur am Rande in einem obi-

ter dictum aufgegriffen: Auch in dieser Konstellation könne – so der BGH – vor einer Zwangsversteigerung nicht auf die Kündigung des Grundschuldkapitals und das Verstreichen einer sechsmonatigen Wartefrist verzichtet werden (BGH DNotZ 2018, 211 [217 = Rn. 31]; aA etwa Schmid/Voss DNotZ 2008, 740 [751 f.], die unmittelbar nach Inkrafttreten des Risikobegrenzungsgesetzes noch davon ausgegangen sind, dass die Sechsmonatsfrist ohne jeden Einfluss auf die Verwertbarkeit des abstrakten Schuldversprechens bleibe).

In der nachstehend abgedruckten Entscheidung sowie in einer nur zwei Monate zuvor ergangenen Parallelentscheidung (NJW 2018, 2134 mAnm Kessler) ist genau jene Fragestellung nunmehr gleich zweifach vor dem OLG München virulent geworden. Das Gericht kommt jeweils zum Ergebnis, dass die Vollstreckung aus dem abstrakten Schuldversprechen jedenfalls dann unabhängig von den Anforderungen des § 1193 Abs. 1 BGB – dh ohne vorherige Kündigung der Grundschuld und Abwarten von sechs Monaten – zulässig ist, wenn sie auf die Eintragung einer Sicherungshypothek (§§ 866 Abs. 1 1. Alt., 867 ZPO) abzielt. Denn unter den in § 866 Abs. 1 ZPO aufgeführten Modalitäten der Immobiliervollstreckung hat die Eintragung einer Sicherungshypothek zunächst nur rangsichernde Funktion und setzt den Vollstreckungsschuldner deswegen weniger stark unter Druck, als wenn das zum endgültigen Eigentumsverlust führende Zwangsversteigerungsverfahren in Gang gesetzt wird. Das Gericht sieht hierbei keinen Konflikt mit dem zitierten obiter dictum des BGH, weil nach dessen Ausführungen nur die Vollstreckung aus dem abstrakten Schuldversprechen im Wege der *Zwangsversteigerung* der Kündigungs- und Wartefrist des § 1193 Abs. 1 BGB unterliegt.

Die vom BGH getätigten Aussagen konfrontieren die notarielle Praxis mit neuen Rechtsfragen, die auch nach den neuerlichen Entscheidungen des OLG München einstweilen ungeklärt bleiben. Möglicherweise sind nämlich die in den Grundschuldformularen mancher Institute vorgesehenen Klauseln, wonach der Darlehensschuldner aus dem abstrakten Schuldversprechen – und zwar ungeachtet der im Einzelfall gewählten Vollstreckungsmodalität – *sofort* in Anspruch genommen werden kann, gem. § 307 Abs. 1 BGB kritisch zu sehen. Denn auf deren Basis könnte der Gläubiger (auch) die sofortige Zwangsversteigerung des mit der Grundschuld belasteten Pfandobjekts betreiben. Ähnliche Zweifel können dem Notar im Stadium der Klauselerteilung begegnen: Wenn der Gläubiger unmittelbar nach der Beurkundung eine (auch) bzgl. des (vermeintlich) sofort fälligen abstrakten Schuldversprechens vollstreckbare Ausfertigung verlangt, kann der Notar zu diesem Zeitpunkt ja nicht wissen, ob die von ihm zu erteilende Klausel zwecks Eintragung einer Zwangshypothek oder Zwangsversteigerung Verwendung finden wird. Insoweit dürfte jedoch der vom Darlehensnehmer regelmäßig miterklärte Verzicht auf den Nachweis der die Fälligkeit der Grundschuld begründenden Tatsachen helfen (dieser ist gem. hM auch nach Inkrafttreten des Risikobegrenzungsgesetzes grundsätzlich zulässig, vgl. nur OLG München DNotZ 2017, 371; Dnotl-Report 2008, 161 [162 ff.]; Schindeldecker RNotZ 2016, 440 [442 ff.]; Volmer MittBayNot 2009, 1 [8]).

Die Schriftleitung (JHB)

Zum Sachverhalt:

I.

[1] Der Beteiligte zu 1 ist im Grundbuch als Eigentümer von Grundbesitz eingetragen. Am 4.1.2018 beantragte die Beteiligte zu 2, ein Kreditinstitut mit Sitz in Deutschland, die Eintragung einer Zwangshypothek über 50.000 € nebst 15 % Jahreszinsen seit 9.3.2013 zu ihren Gunsten.

[2] Sie übergab die ihr am 11.3.2013 erteilte (zweite) vollstreckbare Ausfertigung der notariellen Urkunde vom 9.3.2013. Darin sind als vom Beteiligten zu 1 persönlich abgegebene Erklärungen beurkundet:

– die Bestellung und Bewilligung einer Buchgrundschuld im Betrag von 90.000 € nebst Jahreszinsen von 15 % ab Eintragungsbewilligung zu Gunsten der Beteiligten zu 2 und lastend auf einem vom Beteiligten zu 1 erworbenen Wohnungseigentum in Berlin nebst Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung (Ziff. I.),

– die persönliche Haftungsübernahme zur Zahlung eines Geldbetrages in Höhe der Grundschuld zuzüglich der Zinsen und Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung wegen dieser persönlichen Haftung in das gesamte Vermögen (Ziff. II.),

– Bewilligung und Antrag, der Gläubigerin sofort eine vollstreckbare Ausfertigung der Urkunde in vollem Umfang zu erteilen, auch für den Grundschuldbetrag und die Zinsen ohne Fälligkeitsnachweis.

[3] Mit dieser Ausfertigung waren als Zustellnachweis die Postübergabeurkunde des Gerichtsvollziehers vom 9.1.2017 und die entsprechende Postzustellungsurkunde verbunden.

[4] Am 10.1.2018 nahm das Grundbuchamt die Eintragung wie beantragt vor (Abt. III/2).

[5] Mit Anwaltsschreiben vom 22.3.2018 hat der Beteiligte zu 1 unter Bezugnahme auf die Eintragungsbekanntmachung die Löschung dieser Zwangshypothek beantragt mit der Begründung, es liege kein tauglicher Vollstreckungstitel vor. Die notariell erteilte Vollstreckungsklausel sei nämlich offensichtlich unwirksam, weil im Zeitpunkt ihrer Erteilung die sechsmonatige Wartefrist des § 1193 BGB offenkundig noch nicht abgelaufen gewesen sei. Die offensichtlich fehlerhaft erteilte Klausel könne nicht Grundlage einer Vollstreckung sein, selbst wenn diese aus dem persönlichen Schuldanerkenntnis betrieben werde.

[6] Diesem mit dem Einverständnis des Beteiligten zu 1 als Beschwerde gegen die Eintragung behandelten Rechtsbehelf hat das Grundbuchamt nicht abgeholfen.

Aus den Gründen:

II.

Das zulässige Rechtsmittel ist unbegründet

[7] Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg.

[8] 1. Gegen eine vollzogene und am öffentlichen Glauben des Grundbuchs teilnehmende Eintragung kann der Betroffene nach § 11 Abs. 1 RPflG, § 71 Abs. 2 GBO Beschwerde nur mit dem Ziel einlegen, gemäß § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO die Eintragung eines Widerspruchs gegen die Richtigkeit der beanstandeten Eintragung oder gemäß

§ 53 Abs. 1 Satz 2 GBO deren Löschung wegen inhaltlicher Unzulässigkeit herbeizuführen (Demharter GBO 31. Aufl. § 71 Rn. 36 f. mit Rn. 49). Die in diesem Sinne beschränkte Beschwerde nach § 71 GBO ist daher auch dann der zutreffende Rechtsbehelf gegen eine Zwangshypothek, wenn der Eigentümer Vollstreckungsmängel geltend macht (Hügel/Kramer GBO 3. Aufl. § 71 Rn. 71; Schöner/Stöber Grundbuchrecht 15. Aufl. Rn. 2199; Demharter § 71 Rn. 51).

[9] Soweit darüber hinaus die Eintragung einer Zwangshypothek ausnahmsweise gemäß § 71 Abs. 1 GBO mit dem Ziel der (berichtigenden) Löschung anfechtbar ist, ist für einen derartigen Ausnahmefall, sofern er nicht ohnehin von § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO erfasst wird (siehe zu 2.; vgl. OLG Frankfurt FGPrax 1998, 205; BayObLG Rpfleger 1986, 372; Becker in Musielak/Voit ZPO 15. Aufl. § 867 Rn. 7), nichts ersichtlich.

[10] Das auf entsprechenden Hinweis des Grundbuchamts als „Beschwerde nach § 71 GBO“ bezeichnete Rechtsmittel ist somit als beschränkte Beschwerde nach § 71 Abs. 2 GBO auszulegen (vgl. auch Demharter § 71 Rn. 55) und in diesem Rahmen statthaft.

[11] Es erweist sich auch im Übrigen als zulässig (§ 73 GBO; § 10 Abs. 2 Satz 1, § 11 FamFG), aber unbegründet.

Die Eintragung der Zwangshypothek ist nicht iSv § 53 Abs. 1 S. 2 GBO unzulässig

[12] 2. Eine Amtslöschung kommt nicht in Betracht.

[13] Unzulässig im Sinne von § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO wäre die Eintragung nur, wenn sie nach ihrem Inhalt einen Rechtszustand oder -vorgang verlautbaren würde, den es aus Rechtsgründen nicht geben kann (Senat vom 23.6.2016, 34 Wx 189/16 = Rpfleger 2017, 23 m. w.Nachw.). Dabei muss sich die Unzulässigkeit aus dem Eintragungsvermerk selbst oder den zulässig in Bezug genommenen Eintragungsunterlagen ergeben (BayObLGZ 1975, 398/403).

[14] Die angegriffene Eintragung ist nicht in diesem Sinne unzulässig. Das Gesetz sieht Zwangshypotheken mit dem verlautbarten Inhalt vor, §§ 866, 867 Abs. 1 und 2 ZPO. Die als Titel im Eintrag (§ 1115 Abs. 1 BGB) in Bezug genommene notarielle Urkunde (vgl. § 794 Abs. 1 Nr. 5, § 795 ZPO), die in vollstreckbarer Ausfertigung erteilt ist (vgl. § 797 Abs. 2 ZPO), eignet sich ihrem bestimmten Inhalt nach (vgl. BGH NJW 1997, 2887) grundsätzlich für die Vollstreckung.

Es ist auch kein Amtswiderspruch im Grundbuch einzutragen

[15] 3. Auch die mit dem Ziel der Eintragung eines Amtswiderspruchs verfolgte Beschwerde hat keinen Erfolg.

[16] Die Eintragung eines Amtswiderspruchs setzt gemäß § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO voraus, dass das Grundbuchamt unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften eine Eintragung vorgenommen hat, durch die das Grundbuch unrichtig geworden ist (Hügel/Holzer § 53 Rn. 15 f. und 24). Dabei müssen die Gesetzesverletzung feststehen und die Unrichtigkeit des Grundbuchs glaubhaft sein (Demharter § 53 Rn. 28).

Bei der Eintragung hat das Grundbuchamt gegen keine gesetzliche Vorschriften verstoßen – die Eintragung einer Zwangshypothek war zulässig

[17] a) Bei der Eintragung hat das Grundbuchamt nicht gegen gesetzliche Vorschriften, seien es solche grundbuchrechtlicher Art (vgl. Schöner/Stöber Rn. 2180-2183; Demharter Anh. zu § 44 Rn. 69), seien es solche auf vollstreckungsrechtlicher Ebene (Schöner/Stöber Rn. 2169-2179; Demharter Anh. zu § 44 Rn. 68 ff.), verstoßen.

[18] Erörterungsbedürftig ist – auch aus der Sicht des Beschwerdeführers – lediglich, ob die Urkundenlage, wie sie sich dem Grundbuchamt auf Grund des Eintragungsantrags bot, die Eintragung der Sicherungshypothek als Akt der Zwangsvollstreckung erlaubte. Dies allerdings ist der Fall. Der erhobene Einwand greift nicht durch.

Die Eintragung einer Zwangshypothek aufgrund des abstrakten Schuldversprechens setzt nicht die vorherige Androhung der Vollstreckungsmaßnahme unter Einhaltung einer Sechsmonatsfrist voraus

[19] b) Die notarielle Urkunde vom 9.3.2013 enthält eine persönliche Haftungsübernahme für eine bestimmte, durch die bewilligte Grundschuld definierte Geldsumme sowie die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung in das gesamte Vermögen. Eine der Gläubigerin notariell erteilte vollstreckbare Urkundenausfertigung (vgl. § 795 Satz 1, § 797 Abs. 2 ZPO) lag vor.

[20] Dass die vollstreckbare Ausfertigung der Gläubigerin bereits am 11.3.2013 erteilt worden war, mithin zu einem Zeitpunkt, als das Kapital der Grundschuld mit Blick auf die sechsmonatige Frist gemäß § 1193 Abs. 1 BGB in zeitlicher Hinsicht nicht fällig sein konnte, bedingt keine Gesetzesverletzung des Grundbuchamts bei seiner Eintragungstätigkeit. Die Eintragung einer Zwangssicherungshypothek aufgrund des abstrakten Schuldversprechens setzt nicht die vorherige Androhung der Vollstreckungsmaßnahme unter Einhaltung einer Sechsmonatsfrist voraus, so dass das Vorliegen einer qualifizierten Vollstreckungsklausel nicht für den Vollzug der Maßnahme verlangt werden kann. Unabhängig davon hatte das Grundbuchamt als Vollstreckungsgericht nicht zu prüfen, ob anstelle der erteilten und vorgelegten einfachen Vollstreckungsklausel eine qualifizierte Klausel nach § 726 ZPO erforderlich gewesen wäre. Dazu im Einzelnen:

Die Frage der Fälligkeit des Grundschuldkapitals ist für die Fälligkeit des abstrakten Schuldversprechens irrelevant

[21] aa) Ob das Grundschuldkapital zu dem Zeitpunkt fällig war, als die Beteiligte zu 2 die Eintragung der Zwangshypothek beantragt hat, musste das Grundbuchamt nicht prüfen.

[22] Die Beteiligte zu 2 vollstreckt vorliegend nicht aus der Sicherungsgrundschuld, sondern aus der persönlichen Forderung nebst Vollstreckungsunterwerfung. Die Forderung aus dem persönlichen Schuldversprechen gemäß § 780 BGB (vgl. BGH WM 2007, 588 Rn. 12) aber ist – ohne Kündigung – mangels abweichender Vereinbarung sofort fällig (§ 271 BGB). Deshalb bedarf es keines gesonderten Fälligkeitsnachweises nach § 751 ZPO.

[23] Die für das Grundschuldkapital geltende Fälligkeitsbestimmung des § 1193 Abs. 1 BGB, die gemäß § 1193 Abs. 2 Satz 2 BGB bei Sicherungsgrundschulden nicht ab-

dingbar ist, gilt nach dem ausdrücklichen Gesetzeswortlaut nicht für ein zusätzlich gegebenes, abstraktes Schuldversprechen.

[24] bb) Unerheblich und deshalb von der Prüfungspflicht des Grundbuchamts nicht umfasst ist des Weiteren die Frage, ob die Beteiligte zu 2 die Vollstreckung aus dem abstrakten Schuldversprechen vor Beantragung der Zwangshypothek unter Einhaltung einer sechsmonatigen Wartefrist angedroht hat, denn die Frage der „Verwertungsreife“ des abstrakten Schuldversprechens stellt sich hier nicht.

Zwar kann die Vollstreckung aus den dinglichen Zinsen einer Sicherungsgrundschuld erst nach Ablauf einer Wartefrist von sechs Monaten betrieben werden

[25] (1) Zwar setzt die Zwangsversteigerung wegen der fälligen dinglichen Grundschuldzinsen in Rechtsanalogie zu §§ 1234, 1193 Abs. 1 Satz 3 BGB die Kündigung des Grundschuldkapitals oder die Androhung der Zwangsversteigerung und das Verstreichen einer Wartefrist von sechs Monaten bis zur Antragstellung des Gläubigers zum Versteigerungsgericht voraus (BGH NJW 2017, 2469). Auch hat der Bundesgerichtshof obiter dicta ausgeführt, von dem Erfordernis einer Versteigerungsandrohung bzw. einer Kündigung des Kapitals und des Verstreichens der Wartefrist könne nach § 307 Abs. 1 BGB nicht durch die Vereinbarung eines vollstreckbaren abstrakten Schuldanerkenntnisses zugunsten des Grundschuldgläubigers abgewichen werden; diese Erfordernisse gälten mithin auch dann, wenn der Gläubiger einer Grundschuld die Zwangsversteigerung (Hervorhebung durch den Senat) wegen einer persönlichen Forderung auf Grund eines vollstreckbaren abstrakten Schuldversprechens zu seinen Gunsten betreibt (BGH NJW 2017, 2469 Rn. 31). Denn der Gläubiger kann wegen seines durch den Titel ausgewiesenen persönlichen Anspruchs mit der Zwangsversteigerung oder -verwaltung in das Grundstück des Schuldners vollstrecken (§ 866 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO; Zöller/Seidel ZPO 32. Aufl. § 867 Rn. 21).

Bei der Vollstreckung eines fälligen abstrakten Schuldversprechens im Wege der Eintragung einer Zwangshypothek gilt diese Wartefrist allerdings nicht

[26] (2) Daraus kann allerdings nicht abgeleitet werden, dass bereits die Eintragung einer Sicherungshypothek zugunsten des aus der fälligen persönlichen Forderung vollstreckenden Gläubigers eine Vollstreckungsandrohung unter Einhaltung einer 6-monatigen Frist voraussetze.

[27] Während die Zwangsversteigerung dem Gläubiger Befriedigung aus dem Verwertungserlös und die Zwangsverwaltung Befriedigung aus den Erträgen des Grundstücks verschafft, bewirkt die Zwangshypothek lediglich eine (Rang-)Sicherung zugunsten des Gläubigers (Becker in Musielak/Voit ZPO 15. Aufl. § 866 Rn. 2). Zwar kann auch der Gläubiger einer Zwangshypothek – jedenfalls ab Verwertungsreife (BGH NJW 2017, 2469 Rn. 31; Clemente ZfIR 2008, 589/596) – gemäß § 867 Abs. 3 ZPO die Zwangsversteigerung des Grundstücks auf der Grundlage des persönlichen Titels betreiben, ohne sich zusätzlich einen dinglichen Duldungstitel verschaffen zu müssen. Denn nach dieser Vorschrift genügt zur Befriedigung aus dem Grundstück durch Zwangsversteigerung der vollstreckbare (Zahlungs-)Titel, auf dem die Eintragung der Zwangshypothek vermerkt ist. Ein gesonderter Duldungstitel gegen den Grundstückseigentümer ist – von Ausnahmefällen abgesehen – nicht erforderlich (vgl. BGH NJW

2008, 1599 Rn. 12). Die Zwangshypothek selbst stellt sich aber nur als Vorstufe einer möglichen, nicht zwingenden, späteren Gläubigerbefriedigung durch Verwertung dar.

[28] Schon deshalb ist die Eintragung einer Zwangshypothek nicht vergleichbar mit einer Verwertung der Pfandsache durch Verkauf, die der Pfandgläubiger gemäß § 1233 Abs. 1, § 1234 BGB unter Einhaltung einer Wartefrist anzudrohen hat. Die auf die Versteigerung wegen fälliger Grundschuldzinsen zur Schließung einer Gesetzes- und Schutzlücke herangezogene Vorschrift des § 1234 BGB ist daher bereits wegen der grundlegenden Unterschiedlichkeit der Sachverhalte nicht auf die nur auf Sicherung, nicht bereits auf Verwertung gerichtete Vollstreckungsmaßnahme der Zwangssicherungshypothek anwendbar.

[29] Zudem erzeugt eine eingetragene Zwangshypothek für den Schuldner keinen vergleichbaren Handlungsdruck wie ein eingetragener Zwangsversteigerungsvermerk. Die Verwertbarkeit des Grundstücks wird durch die eingetragene Zwangshypothek nicht beeinträchtigt. Der sich um eine Umfinanzierung bemühende Schuldner ist ohnehin verpflichtet, potentielle Finanzierungsgeber umfassend und zutreffend über seine finanziellen Verhältnisse zu informieren. Während ein eingetragener Versteigerungsvermerk allerdings dazu führen kann, dass Kaufinteressenten von ihrem marktgerechten Angebot wegen der Aussicht auf die Möglichkeit eines günstigen Erwerbs im Rahmen einer Zwangsversteigerung Abstand nehmen (vgl. Volmer MittBayNot 2017, 560/564), werden die wirtschaftlichen Handlungsmöglichkeiten des Schuldners durch die Zwangshypothek nicht in vergleichbarer Weise beeinträchtigt.

[30] Aus den parlamentarischen Unterlagen zum Entwurf eines Gesetzes zur Begrenzung der mit Finanzinvestitionen verbundenen Risiken (Risikobegrenzungsgesetz; BT-Drs. 16/9821) ergibt sich schließlich nicht, dass mit Blick auf die hier in Rede stehende Zwangsvollstreckungsmaßnahme nach § 867 ZPO eine vom Gesetzgeber übersehene Schutz- und Gesetzeslücke bestehe; deshalb liegen die Voraussetzungen für eine Analogie nicht vor. Mit § 1193 Abs. 2 Satz 2 BGB sollte vielmehr nach dem Willen des Gesetzgebers sichergestellt werden, dass dem Schuldner einer Sicherungsgrundschuld die Kündigungsfrist von sechs Monaten ungeschmälert erhalten bleibt und er diesen Zeitraum nutzen kann, um sich ohne den zusätzlichen Druck eines laufenden Zwangsversteigerungsverfahrens und unabhängig von den Rechtsbehelfen im Zwangsversteigerungsverfahren auf die durch die Kündigung des Kapitals der Grundschuld entstandene Situation einzustellen (vgl. auch BGH NJW 2017, 2469 Rn. 17). Zu seinem Schutz vor unberechtigter Zwangsvollstreckung wurde darüber hinaus mit § 769 Abs. 1 Satz 2 ZPO die gesetzliche Grundlage für eine einstweilige Einstellung ohne Sicherheitsleistung erweitert (BT-Drs. 16/9821 Seite 18).

[31] Die vom Beteiligten zu 1 vertretene Rechtsmeinung geht weit über den mit der Gesetzesnovellierung verfolgten Rahmen hinaus. Müsste bereits die Vollstreckung durch Eintragung einer Zwangshypothek mit einer sechsmonatigen Vorlaufzeit angedroht werden, so wäre unabhängig von den Voraussetzungen des § 769 Abs. 1 Satz 2 ZPO ein vollstreckungsfreier Zeitraum von sechs Monaten garantiert. Dem Schuldner würde die Möglichkeit eröffnet, Vermögen durch Übertragung oder Beleihung zum Nachteil des Titelgläubigers beiseite zu schaffen, so dass der Gläubiger auf die Durchführung von Anfechtungsprozes-

sen mit den damit verbundenen Risiken und Erschwernissen angewiesen wäre. Die titulierte und fällige persönliche Forderung, die dem Gläubiger den Vollstreckungszugriff auf das Vermögen des Schuldners eröffnet und zur Sicherheitenverstärkung neben die Grundschuld tritt (vgl. BGH WM 1990, 1927/1929; WM 2000, 1058/1059; WM 2007, 588 Rn. 14), würde dadurch in ihrem Wert erheblich beeinträchtigt.

Außerdem wäre der Einwand der nicht abgewarteten Sechsmonatsfrist grundsätzlich nur in dem der Vollstreckung vorgelagerten Klauselerteilungsverfahren beachtlich

[32] cc) Davon unabhängig obliegt nicht dem als Vollstreckungsorgan befassten Grundbuchamt die der Sache nach dem Klauselerteilungsverfahren zugeordnete Prüfung, ob die – einfache – Vollstreckungsklausel nach §§ 724, 725 ZPO zu Recht erteilt wurde oder als qualifizierte Klausel nach § 726 Abs. 1 ZPO (vgl. MüKo/Lieder § 1193 Rn. 6 a. E.; Staudinger/Wolfsteiner § 1193 Rn. 11; Derleder ZIP 2009, 2221/2226; Böttcher NJW 2010, 1647/1650 f.; Clemente ZfIR 2017, 523/525) hätte erteilt werden müssen verbunden mit dem Hinweis, dass die Zwangsvollstreckung erst nach Ablauf einer datumsmäßig bestimmten oder bestimmbaren Frist zulässig sei (eingehend zur eingeschränkten Prüfungscompetenz des Grundbuchamts als Vollstreckungsorgan bei Eintragung einer Zwangshypothek: Senat vom 23.6.2016, 34 Wx 189/16 = Rpfleger 2017, 23 m. Anm. Wagner EWiR 2017, 255 und Everts DNotZ 2017, 343). Das Vollstreckungsorgan hat im Allgemeinen nur nachzuprüfen, ob eine Klausel vorhanden ist und ob sie ordnungsgemäß erteilt wurde, nicht hingegen, ob sie erteilt werden durfte. Nur in ganz besonders gelagerten Ausnahmefällen kann eine Nichtigkeit der Klausel anzunehmen und dies auch vom Grundbuchamt oder sonstigen Vollstreckungsorgan zu beachten sein (BGH NJW-RR 2012, 1146 Rn. 15-17 sowie 1148 Rn. 12; NJW-RR 2013, 437 Rn. 9; NJW-RR 2017, 510 Rn. 13; Senat vom 13.4.2018, 34 Wx 381/17, juris Rn. 43 m. w. Nachw.).

[33] Wenn der Bundesgerichtshof ausführt (NJW 2017, 2469 Rn. 32 a. E.), dass bei einer Vollstreckung wegen der Grundschuldzinsen das Versteigerungsgericht als Vollstreckungsorgan trotz erteilter – einfacher – Klausel die Verwertungsreife, nämlich die fristgerechte Androhung der Versteigerung, zu prüfen und zu beachten hat, betrifft dies einen anderen und aus den unter bb) dargestellten Gründen nicht vergleichbaren Sachverhalt.

Sonstige Vollstreckungsmängel sind weder behauptet noch ersichtlich

[34] dd) Sonstige Vollstreckungsmängel sind weder behauptet noch ersichtlich.

[35] c) Darüber hinaus ist nicht glaubhaft gemacht, das heißt erheblich wahrscheinlich (Demharter § 53 Rn. 28 a. E. mit § 29 a Rn. 3), dass das Grundbuch durch die Eintragung unrichtig geworden ist.

[36] Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich – unabhängig von der materiellen Richtigkeit – die Wirksamkeit der Titulierung. Zudem wurde der Antrag auf Eintragung der Zwangshypothek erst deutlich später als sechs Monate nach der Grundschuldbestellung gestellt. In den in Kopie beigelegten, im Zwangsversteigerungs- und Zwangsverwaltungsverfahren ergangenen Entscheidungen ist zudem ausgeführt, dass die Gläubigerin (die Betei-

ligte zu 2) die Grundschuld mit Schreiben vom 7.7.2016 gekündigt und der Schuldner (der Beteiligte zu 1) den Zugang der Grundschuldkündigung mit Anwaltsschreiben vom 22.8.2016 bestätigt habe. Danach war schon nach dem Vorbringen des Beteiligten zu 1 die sechsmonatige Wartefrist bei Beantragung der Zwangshypothek am 4.1.2018 längst abgelaufen. Dann ist es aber überwiegend wahrscheinlich, dass mit der Eintragung die Hypothek entstanden ist (vgl. § 867 Abs. 1 Satz 2 ZPO; Zöller/Seibel § 867 Rn. 25) und das Grundbuch die materielle Rechtslage zutreffend wiedergibt.

III.

Prozessuale Nebenentscheidungen

[37] Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst. Die Pflicht des Beteiligten zu 1, die Gerichtskosten für sein erfolgloses Rechtsmittel zu tragen, folgt unmittelbar aus § 22 Abs. 1 GNotKG i. V. m. Nr. 14510 KV GNotKG. Für eine Kostenerstattungsanordnung zugunsten der Beteiligten zu 2 besteht kein Anlass.

[38] Der Geschäftswert entspricht gemäß §§ 36, 53 GNotKG dem Betrag der Zwangshypothek.

[39] Die Rechtsbeschwerde ist nicht zuzulassen. Das obiter dictum des Bundesgerichtshofs zum Wartegebot betrifft die aus einer persönlichen Haftungsunterwerfung betriebene Zwangsversteigerung und eine insoweit ausfüllungsbedürftige Schutzlücke. Für die Vollstreckung durch Eintragung einer Zwangshypothek ergibt sich daraus kein Klärungsbedarf (§ 78 Abs. 2 Nr. 1 GBO; vgl. auch Everts DNotZ 2017 343/347). Weil der Senat bei der Beurteilung dieser Rechtsfrage mit dem Oberlandesgericht Nürnberg (FGPrax 2018, 14) übereinstimmt und abweichende Rechtsprechung nicht ersichtlich ist, besteht auch unter dem Gesichtspunkt der Einheitlichkeit der Rechtsprechung kein Zulassungsgrund (§ 78 Abs. 1 Nr. 2 GBO). ■

3. Liegenschaftsrecht – Zu den Voraussetzungen der Löschung einer altrechtlichen (Grund-)Dienstbarkeit

(*OLG Düsseldorf*, Beschluss vom 9.5.2018 – I-3 Wx 60/17, mitgeteilt durch Richter am OLG a. D. Peter von Wnuck-Lipinski)

GBBerG § 5
EGBGB Art. 184 S. 1

1. Der Hinweis des Grundbuchamts, es handele sich bei einem eingetragenen Wegerecht nicht um eine beschränkt persönliche Dienstbarkeit im Sinne der §§ 1090 ff. BGB, sondern um eine Grunddienstbarkeit im Sinne der §§ 1018 ff. BGB, weshalb es nur gelöscht werden dürfe, wenn der Antragsteller Löschungsbewilligungen aller Eigentümer der herrschenden Grundstücke entsprechend der Identitätserklärung vorlege, zielt nicht auf die Beseitigung eines behebbaren Eintragungshindernisses und kann daher im Verfahren auf Löschung nicht Gegenstand einer Zwischenverfügung sein.
2. Eine Zwischenverfügung darf auch nicht ergehen, wenn – was hier hinzutritt – die nach Auffassung des Grundbuchamtes zur Eintragung erforderliche Eintragungsbewilligung der unmittelbar Betroffenen noch nicht erklärt war.
(Amtliche Leitsätze)

3. Bei Grundgerechtigkeiten (insb. Wegegerechtigkeit) handelt es sich nicht um beschränkt persönliche Dienstbarkeit, sondern um Grunddienstbarkeiten, die nicht der in § 5 GBBerG vorgesehenen Erlöschensfiktion unterliegen (RNotZ-Leitsatz)

Zur Einordnung

Bei der Lastenfreistellung von Grundstücken stellen altrechtliche Dienstbarkeiten die notarielle Praxis vor besondere Herausforderungen.

Art. 184 S. 1 EGBGB bestimmt den allgemeinen Grundsatz, dass Rechte, mit denen eine Sache oder ein Recht bereits zur Zeit des Inkrafttretens des Bürgerlichen Gesetzbuchs am 1.1.1900 belastet war, mit dem sich aus den vorher maßgeblichen Gesetzen ergebenden Inhalt und Rang bestehen geblieben sind. Hiervon abweichend ordnet Art. 184 S. 2 EGBGB für Grunddienstbarkeiten die Anwendung der §§ 1020-1028 BGB an. Ferner sieht Art. 187 Abs. 1 S. 1 EGBGB speziell für Grunddienstbarkeiten, die bereits bei Anlegung des Grundbuchs bestanden, vor, dass diese – vorbehaltlich abweichender landesrechtlicher Regelungen (Art. 187 Abs. 2 EGBGB) – zur Erhaltung ihrer Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs nicht der Eintragung bedürfen. Vor dem Hintergrund, dass nach vielen Partikularrechten die Grundbucheintragung keine notwendige Voraussetzung für die Entstehung einer Grunddienstbarkeit war (Überblicke bei Schöner/Stöber, GrundbuchR, 15. Aufl. 2012, Rn. 1172; BeckOK GBO/Zeiser, 32. Ed. Stand 1.5.2018, Sonderbereiche: Alte Rechte, Rn. 106, 116; MüKoBGB/Mohr, 7. Aufl. 2017, § 1018 Rn. 72), besteht daher bei jeder Grundstücksveräußerung für den Erwerber das latente Risiko, unerkannt solch eine Belastung zu übernehmen (vgl. Krauß, Immobilienkaufverträge, 8. Aufl. 2017, Rn. 2825; MüKoBGB/Säcker, 5. Aufl. 2010, Art. 187 EGBGB Rn. 3; MüKoBGB/Mohr, 7. Aufl. 2017, § 1018 Rn. 78), sofern am Belegenheitsort des Grundstücks keine landesrechtlichen Sonderbestimmungen gelten (insb. in NRW nicht der Fall: MüKoBGB/Säcker, 5. Aufl. 2010, Art. 187 EGBGB Rn. 5 f.; MüKoBGB/Mohr, 7. Aufl. 2017, § 1018 Rn. 78; Schöner/Stöber, GrundbuchR, 15. Aufl. 2012, Rn. 1171 [in Fn. 281]). Für beschränkt persönliche Dienstbarkeiten gilt Art. 187 Abs. 1 S. 1 EGBGB hingegen schon tatbestandlich nicht, so dass insoweit mangels Eintragung ein gutgläubiger lastenfreier Erwerb in Betracht kommt (MüKoBGB/Säcker, 5. Aufl. 2010, Art. 187 EGBGB Rn. 1 f.).

Ist eine altrechtliche Dienstbarkeit im Grundbuch eingetragen oder sonst bekannt, scheidet ein gutgläubiger lastenfreier Erwerb auf jeden Fall aus. Dann stellt sich die Frage, ob und wie diese Grundstücksbelastung beseitigt werden kann. Insoweit kommt es gem. Art. 189 Abs. 3 EGBGB darauf an, ob das Recht (auf Antrag des Berechtigten oder des Eigentümers des belasteten Grundstücks, vgl. für Grunddienstbarkeiten Art. 187 Abs. 1 S. 2 EGBGB) in das Grundbuch eingetragen wurde oder nicht. Wurde es nicht eingetragen, unterliegt seine Aufhebung weiterhin dem „alten“ Recht (MüKoBGB/Mohr, 7. Aufl. 2017, § 1018 Rn. 78; MüKoBGB/Säcker, 5. Aufl. 2010, Art. 184 EGBGB Rn. 4), im Falle einer Eintragung ist dagegen das „neue“ Recht, insb. das BGB, maßgeblich (Schöner/Stöber, GrundbuchR, 15. Aufl. 2012, Rn. 1173 aE; MüKoBGB/Säcker, 5. Aufl. 2010, Art. 184 EGBGB

Rn. 4; vgl. BeckOK GBO/Zeiser, 32. Ed. Stand 1.5.2018, Sonderbereiche: Alte Rechte, Rn. 115). Dementsprechend gilt eine zugunsten einer natürlichen Person eingetragene beschränkt persönliche Dienstbarkeit gem. § 5 GBBerG, der im gesamten Bundesgebiet anwendbar ist (hierzu Böhlinger ZfIR 2017, 721 [722]; Holzer NJW 1994, 481 [458 f.]; Schaal RNotZ 2008, 569 [595 f.]), mit dem Ablauf von 110 Jahren von dem Geburtstag des Berechtigten an als erloschen. Für Grunddienstbarkeiten gilt dies nicht.

In der nachfolgend abgedruckten Entscheidung hat das OLG Düsseldorf vor diesem Hintergrund in einem Beschwerdeverfahren ausführlich zur Abgrenzung zwischen altrechtlichen beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten und altrechtlichen Grunddienstbarkeiten (hierzu auch mwN BeckOK GBO/Zeiser, 32. Ed. Stand 1.5.2018, Sonderbereiche: Alte Rechte, Rn. 105) Stellung genommen. Es hat sich dabei unmittelbar an die Rechtsprechung des Reichsgerichts angelehnt, die vor allem auf der Dogmatik des prALR beruht (das für die preußische Rheinprovinz freilich nicht galt). Im Ergebnis hat es eine „Wegegerechtigkeit zum Gehen und Schieben“, die nach dem Eintragungstext „für die Besitzung“ einer namentlich benannten Person bestand, als Grunddienstbarkeit qualifiziert, für welche die Erlöschensfiktion des § 5 GBBerG nicht gilt.

Die notarielle Praxis kann der Entscheidung Auslegungsgrundsätze für die Qualifikation von „Grundgerechtigkeiten“ entnehmen und sich darauf einstellen, dass die Löschung solcher altrechtlichen Grunddienstbarkeiten formell die Löschungsbewilligung des Begünstigten oder den Nachweis erfordert, dass der für die Wirksamkeit der Grunddienstbarkeit notwendige Vorteil für das herrschende Grundstück nachträglich dauerhaft weggefallen und das Recht deshalb erloschen ist.

Die Schriftleitung (TK)

Zum Sachverhalt:

[1] I.

Die Beteiligte ist Eigentümerin der wie oben im Grundbuch eingetragenen 13 Flurstücke. Zu Lasten ihres Grundbesitzes ist in Abteilung II Nr. 2 eingetragen

„Eine Wegegerechtigkeit zum Gehen und Schieben für die Besitzung des A. (Band 1 S. 121 des Hypothekenbuchs) nach näherer Anleitung des Vertrages vom 24. Februar 1854 eingetragen zufolge Verfügung vom 15. April 1854.“

[2] Die Beteiligte hat am 30. Aug. 2016 beantragt, das Wegerecht auf der Grundlage von § 5 Abs. 1 Grundbuchbereinigungsgesetz (GBBerG) zu löschen. Sie hat die Identitätsbescheinigung des Katasteramts der Stadt M. an der ... vom 17. Febr. 2017 vorgelegt, in der alle diejenigen aktuellen Flurstücke aufgeführt sind, in denen das ursprünglich herrschende Grundstück (die „Besitzung des A.“) enthalten ist. Auf die achtseitige Auflistung in den Akten wird Bezug genommen. Den Löschantrag hat die Beteiligte damit begründet, es sei ausweislich der Grundbucheintragung nicht erkennbar, dass das Wegerecht vererblich oder veräußerbar sei. Da auch der Geburtstag des Berechtigten nicht aus dem Grundbuch oder den Grundakten ersichtlich sei, sei der Tag der Eintragung des Wegerechts, nämlich der 15. April 1854 maßgeblich und die nach § 5

GBBerG maßgebende Frist von 110 Jahren seit geraumer Zeit verstrichen und die mithin überholte Dienstbarkeit zu löschen.

[3] Das Grundbuchamt hat sich zur Aufklärung des Sachverhaltes an das Landesarchiv Nordrhein-Westfalen, Abteilung Rheinland, gewandt. Ausweislich des in der dortigen Hypothekenbuchakte enthaltenen Vertrages vom 24. Febr. 1854 hat der Bergmann B. als damaliger „Besitzer und Eigenthümer“ des dienenden Grundbesitzes – und damit als Rechtsvorgänger der Beteiligten – die Wegegerechtigkeit dem „W.“ „A. für dessen zu Heißen gelegene, im Hypothekenbuch von ... ingressirte Besitzung“ eingeräumt und mit diesem bewilligt und beantragt, „daß diese so eingeräumte und constituirte Wegegerechtigkeit im Hypothekenbuch am angeführten Orte auf der dienenden Besitzung des B. für A. respective dessen Besitzung“ vermerkt werde.

[4] Das Grundbuchamt hat mit der angefochtenen Zwischenverfügung darauf hingewiesen, dass es sich bei dem eingetragenen Wegerecht nicht um eine beschränkt persönliche Dienstbarkeit im Sinne der §§ 1090 ff. BGB, sondern um eine Grunddienstbarkeit im Sinne der §§ 1018 ff. BGB handele. Daher könne es nur gelöscht werden, wenn die Beteiligte Löschungsbewilligungen aller Eigentümer der herrschenden Grundstücke entsprechend der Identitätserklärung vom 17. Febr. 2017 vorlege. In Anbetracht des erheblichen Umfangs der zu beschaffenden Löschungsbewilligungen werde eine großzügige Erledigungsfrist gewährt.

[5] Die Beteiligte macht in ihrer Beschwerde geltend, die Eintragung sei rechtlich als beschränkt persönliche Dienstbarkeit zu qualifizieren. Grundbucheintragungen seien grundsätzlich der Auslegung fähig. Die Wegegerechtigkeit sei vor Inkrafttreten des BGB im Hypothekenbuch eingetragen worden. Aus den Bewilligungsurkunden – soweit vorhanden – sei nicht erkennbar, dass sie als Grunddienstbarkeit bestellt worden sei. Vielmehr sei eine bestimmte Person benannt, die den Vorteil für die Benutzung eines anderen Grundstückes habe. Vor Inkrafttreten des BGB sei nicht zwischen Grunddienstbarkeit und beschränkt persönlicher Dienstbarkeit unterschieden worden. Wäre eine reine Grunddienstbarkeit gewollt gewesen, so hätte die Formulierung gewählt werden müssen, dass der Berechtigte nur der jeweilige Eigentümer eines anderen Grundstückes sein müsse. Mangels Eindeutigkeit des Wortlauts sei zugunsten des belasteten Grundbesitzes eine beschränkt persönliche Dienstbarkeit anzunehmen. Gegen eine Grunddienstbarkeit spreche im Übrigen auch, dass kein Lageplan im Hypothekenbuch existiere, in dem der Weg eingezeichnet sei.

[6] Das Grundbuchamt hat der Beschwerde durch weiteren Beschluss vom 22. März 2017 nicht abgeholfen und die Sache dem Oberlandesgericht zur Entscheidung vorgelegt.

[7] Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Grundbuchakten Bezug genommen.

Aus den Gründen:

[8] II.

Die Beschwerde ist schon deshalb begründet, weil keine Zwischenverfügung hätte ergehen dürfen

Die gemäß §§ 18 Abs. 1, 71 Abs. 1, 72, 73 GBO zulässige Beschwerde ist nach der vom Amtsgericht ordnungsgemäß erklärten Nichtabhilfe dem Senat zur Entscheidung ange-

fallen, § 75 GBO. Sie hat in der Sache – vorläufigen – Erfolg, weil die Zwischenverfügung nicht hätte ergehen bzw. durch Nichtabhilfe nicht hätte bestätigt werden dürfen und daher schon aus formellen Gründen aufzuheben ist.

Eine Zwischenverfügung darf nur ergehen, wenn der Eintragung ein behebbares Eintragungshindernis entgegensteht

[9] Die Zwischenverfügung ist ein Mittel, um einer beantragten Eintragung den nach dem Eingang des Antrages bestimmten Rang zu sichern, der bei sofortiger Zurückweisung nicht gewahrt bliebe. Sie darf nur ergehen, wenn der Eintragung ein behebbares Eintragungshindernis entgegensteht, und ist demgemäß nicht zulässig, wenn der Mangel des Antrags nicht mit rückwirkender Kraft geheilt werden kann, denn andernfalls erhielte die beantragte Eintragung einen ihr nicht gebührenden Rang (Senat, FGPrax 2017, 152; ZEV 2016, 707; BayObLGZ 1990, 6).

Dies wäre vorliegend nicht der Fall, wenn die Ansicht des GBA zuträfe, dass das zu löschende Recht keine beschränkte persönliche Dienstbarkeit und § 5 GBBerG daher nicht anwendbar ist

[10] So liegen die Dinge hier. Denn nach dem vom Grundbuchamt vertretenen Standpunkt fehlt es gerade deshalb an den Voraussetzungen für die hier beantragte Löschung der Wegegerechtigkeit nach § 5 GBBerG, weil das eingetragene Recht eine Grunddienstbarkeit und eben keine beschränkt persönliche Dienstbarkeit enthält. Eine Heilung ist insoweit nicht denkbar.

Erforderlich ist ggf. eine Löschungsbewilligung, ohne die der Löschantrag nicht die Wahrung des nach seinem Eingang bestimmten Rangs verdient

[11] Eine Zwischenverfügung hätte zudem auch deshalb nicht ergehen dürfen, weil die nach Auffassung des Grundbuchamtes zur Eintragung erforderliche Eintragungsbewilligung der unmittelbar Betroffenen noch nicht erklärt war. Denn wird die Löschung der Eintragung beantragt, ohne dass die Löschungsbewilligungen der unmittelbar Betroffenen vorgelegt werden, leidet der Löschantrag an einem wesentlichen Mangel; später vorgelegte Löschungsbewilligungen können nicht zurückwirken (BayObLG DNotZ 1990, 295 m. w. N.).

Auch nach Auffassung des Beschwerdegerichts ist das betreffende Wegerecht richtigerweise als Grunddienstbarkeit zu qualifizieren

[12] Vorsorglich sei – ohne Bindungswirkung – bemerkt:

[13] In der Sache dürfte die Auffassung des Grundbuchamtes zutreffend sein. Auch der Senat erachtet die Voraussetzungen für eine Löschung der hier eingetragenen Wegegerechtigkeit nach § 5 GBBerG für nicht gegeben.

[14] Nach § 5 GBBerG gelten – unbeschadet anderer Erlöschensstatbestände – im Grundbuch zugunsten natürlicher Personen eingetragene nicht vererbliche und nicht veräußerbare Rechte (genannt sind Nießbrauche, beschränkt persönliche Dienstbarkeiten und Wohnungsrechte) mit dem Ablauf von 110 Jahren unter bestimmten Voraussetzungen als erloschen. Die Fiktion des § 5 GBBerG gilt also nur für höchstpersönliche dingliche Rechte (Böhringer, ZfR 2017, 721, 722).

[15] Um ein solches höchstpersönliches dingliches Recht handelt es sich aber bei dem hier in Rede stehenden Nutzungsrecht offenbar nicht.

Der Wortlaut der Grundbucheintragung spricht dafür, dass der jeweilige Grundstückseigentümer eines anderen Grundstücks berechtigt ist

[16] Schon der Wortlaut der Grundbucheintragung spricht dafür, dass die eingetragene Wegegerechtigkeit nicht dem A. als Person und unabhängig von seiner Eigenschaft als Grundstückseigentümer eingeräumt worden ist und von Vorteil sein, sondern sich vielmehr auf dessen Besitzung beziehen und damit der jeweilige Grundstückseigentümer der Berechtigte sein und das Nutzungsrecht einen Vorteil gerade für die Nutzung dieses Grundstücks („für die Besitzung des...“) darstellen sollte.

Der Inhalt der der Eintragung zugrundeliegenden Vereinbarung bestätigt diese Auslegung

[17] Diese Auslegung wird durch den Inhalt der vertraglichen Vereinbarung vom 24. Febr. 1854 bestätigt. Danach hat der Bergmann B. als damaliger „Besitzer und Eigenthümer“ des dienenden Grundbesitzes die Wegegerechtigkeit dem „W.“ „A. für dessen ... [näher bezeichnete] Besitzung“ eingeräumt und mit diesem bewilligt und beantragt, „daß diese so eingeräumte und constituirte Wegegerechtigkeit im Hypothekenbuch am angeführten Orte auf der dienenden Besitzung des B. für A. respective dessen Besitzung“ vermerkt wird. Hätte die Wegegerechtigkeit nur ein höchstpersönliches dingliches Recht für A. sein sollen, wäre die wiederholte Erwähnung, die Wegegerechtigkeit sei für dessen Besitzung bzw. für A. respective dessen Besitzung eingeräumt, nicht nur überflüssig, sondern als widersprüchlich nicht zu erklären.

Die vorstehende Auslegung entspricht auch der Rechtsdogmatik

[18] Darüber hinaus entspricht die vorstehende Auslegung der (damaligen und heutigen, Art. 184 Satz 1 EGBGB) Rechtsdogmatik.

Der Begriff der (eigentlichen) Grundgerechtigkeit des prALR war mit dem der römischen Präsidialservitut identisch

[19] Die 1854 im Grundbuch eingetragene Wegegerechtigkeit ist als Nutzungsrecht die Ausgestaltung einer damals sog. Grundgerechtigkeit. Ob ein Nutzungsrecht als eine eigentliche Grundgerechtigkeit anzusehen ist, beantwortet sich nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts (RGZ 8, 207 ff.) aus dem Begriff, den das Allgemeine Preussische Landrecht von einer solchen aufstellt. Dieser Begriff ist mit dem der römischen Präsidialservitut identisch. Der Begriff der Servitut, namentlich die Unterscheidung zwischen Personal- und Präsidialservituten war dem deutschen Recht fremd und die römische Theorie musste daher auf diesem Gebiet vor allem in der Feststellung der Begriffe einen entscheidenden Einfluss gewinnen. Wo daher von Grundgerechtigkeiten gesprochen wird, ist darunter stets der Begriff der römischen Präsidialservitut im Gegensatz zu den Personalservituten zu verstehen.

Nach der gemeinrechtlichen Doktrin war für eine Präsidialservitut die Beziehung auf den Vorteil des herrschenden Grundstückes wesentlich

In der gemeinrechtlichen Doktrin war aber unumstritten, dass dem Begriff der Präsidialservitut die Beziehung auf den Vorteil des herrschenden Grundstückes als etwas so wesentlich innewohnt, dass die Berechtigung ohne solche Beziehung gar nicht gedacht werden konnte und dass daher weder das Recht noch auch dessen bloße Ausübung

von dem herrschenden Grundstück zu trennen ist. Ein dingliches Recht hingegen, dass der Person Vorteil bringen würde, auch wenn sie gar kein Grundstück besäße, konnte niemals als Grundgerechtigkeit aufgefasst werden. (vgl. zu allem Vorstehenden RGZ 8, 207, 208 ff).

Dem entspricht in der Dogmatik der Dienstbarkeiten des BGB der Begriff der Grunddienstbarkeit

[20] Dienstbarkeiten nach dem Recht des BGB lassen sich u. a. unterscheiden in Grunddienstbarkeiten (§§ 1018–1020 BGB), bei denen der Eigentümer eines („dienenden“) Grundstücks einzelne Benutzungen des Grundstücks dulden oder einzelne tatsächliche Handlungen auf dem Grundstück nicht vornehmen oder einzelne aus dem Eigentum fließende Rechte nicht ausüben darf, wobei Berechtigter nur der jeweilige Eigentümer eines anderen („herrschenden“) Grundstücks sein und die Grunddienstbarkeit für die Benutzung dieses Grundstücks vorteilhaft sein muss. Eine beschränkt persönliche Dienstbarkeiten hat den gleichen Rechtsinhalt wie eine Grunddienstbarkeit; allerdings kann Berechtigter nur eine bestimmte Person sein und ein Vorteil für die Benutzung eines anderen Grundstücks ist nicht notwendig (Palandt/Herrler, BGB, 77. Aufl., Überbl. 1 vor § 1018).

[21] Aus alledem folgt, dass Grundgerechtigkeiten und damit auch die hier in Rede stehende Wegegerechtigkeit keine beschränkt persönliche Dienstbarkeit im Sinne von § 5 GBBerG sind und daher der dort vorgesehenen Erlöschensfiktion nicht unterliegen.

Eine Grunddienstbarkeit erlischt, wenn der Vorteil des herrschenden Grundstückes nachträglich dauerhaft wegfällt

[22] Ob die Wegegerechtigkeit inzwischen wegen dauerhaften, nachträglichen Wegfalls des Vorteils aus tatsächlichem oder rechtlichem Grund für den herrschenden Grundbesitz erloschen ist (vgl. dazu Palandt/Herrler, a. a. O., § 1019, 1 m. N.), ist ebensowenig Gegenstand des vorliegenden Verfahrens wie die Frage, ob eine amtswegige Löschung der Wegegerechtigkeit gem. §§ 84 ff. GBO in Betracht kommt. ■

4. Liegenschaftsrecht – Zur Richtigstellung der fehlerhaften Eintragung einer Pfarrgemeinde im Grundbuch

(*OLG Düsseldorf*, Beschluss vom 23.3.2018 – I-3 Wx 128/14, mitgeteilt durch Richter am OLG a. D. Peter von Wnuck-Lipinski)

GG Art. 140

WRV Art. 137 Abs. 3

GBO §§ 13, 22 Abs. 1, 29, 71 Abs. 1, 72, 73 Abs. 1, Abs. 2 S. 1

BGB § 133

Gesetz über die Verwaltung des Kirchenvermögens vom 24. Juli 1924 § 1

Codex Iuris Canonici (C. I. C.) Canon 515 §§ 1, 3; Can 99, 1409

Diözesanstatuten des Bistums Aachen Art. 686 § 3 Satz 1

1. Zur Auslegung eines vom „Kirchenvorstand der Kirchengemeinde ...“ eingelegten Rechtsmittels als sowohl für die Kirchengemeinde als auch für einen Fonds in der Kirchengemeinde als selbständige Rechtsperson („Fabrikfonds A“) erhobene Beschwerde.

2. Ergibt die gebotene Auslegung der zugunsten der Pfarrgemeinde A abgegebenen Grundbucheintragungen, dass als Grundstückseigentümer derjenige Rechtsträger bezeichnet werden sollte, der Träger des Kirchenvermögens und damit auch Eigentümer der kircheneigenen Grundstücke ist, so kann die ungenau gefasste Eigentümerbezeichnung im Grundbuch („Pfarrgemeinde A“) dahin richtig gestellt werden, dass als Grundstückseigentümer ein nach Kirchenrecht wie nach weltlichem Recht gleichermaßen als rechtsfähig anerkannter selbständiger Träger kirchlichen Vermögens („Fabrikfonds A“) einzutragen ist.

Zum Sachverhalt:

I.

[1] Gegenstand der Beschwerde ist die „Berichtigung“ bzw. „Richtigstellung“ der im Grundbuch verzeichneten Eigentümerbezeichnung des og. Grundstücks.

[2] Das Grundstück wurde mit notariellem Kaufvertrag vom 18. Juni 1976 (AG Erkelenz WE-0884, Bl. 70 ff.) veräußert. Erwerberin war laut Kaufvertrag die „Pfarrgemeinde A“. In Teil VI der Urkunde (AG Erkelenz WE-0884 Bl. 73R) heißt es, die Vertragsbeteiligten seien darauf hingewiesen worden, dass Veräußerer wie Erwerber für die den Grundbesitz treffenden Steuern und auch die Grunderwerbssteuer als Gesamtschuldner in Anspruch genommen werden könnten. Sodann ist Folgendes aufgenommen:

„Hierzu erklärt der Erwerber, daß er den Grundbesitz aus Mitteln erwirbt, die er aus einem Verkauf für Gelände aus seinem Stiftungsfond erzielt hat, und daß der erworbene Grundbesitz wieder dem Stiftungsfond zugeführt wird. Er beantragt deshalb Befreiung von der Grunderwerbssteuer.“

[3] Im Grundbuch wurde am 7. Dezember 1976 als Eigentümerin die „Katholische Pfarrgemeinde A“ eingetragen (Bl. 21 d. A.).

[4] Mit Urkunde vom 3. September 2009 (Bl. 32 d. A.) ordnete der Bischof von Aachen mit Wirkung zum 1. Januar 2010 an, dass die Pfarreien und Kirchengemeinden A, B, C, D und E in Stadt 1 zusammengelegt werden. Dabei wurden diese Pfarreien und Kirchengemeinden zum 31. Dezember 2009 aufgehoben und deren Gebiete der Pfarrei und Kirchengemeinde A zum 1. Januar 2010 zugewiesen. Rechtsnachfolgerin, auf die alle Rechte und Pflichten der aufgehobenen Pfarreien und Kirchengemeinden übergehen sollten, ist die „Pfarrei und Kirchengemeinde A“. Weiter wurde bestimmt, dass mit der Aufhebung der Kirchengemeinden kirchliche Institutionen mit eigener Rechtspersönlichkeit (sog. Fonds-Vermögen) bestehen bleiben und ab dem 1. Januar 2010 vom Kirchenvorstand der erweiterten Kirchengemeinden verwaltet werden.

[5] Der Kirchenvorstand der neuen Kirchengemeinde hat mit Schreiben vom 18. November 2013 (Bl. 29 d. A.) geltend gemacht, bei der Umsetzung der Neuordnung sei aufgefallen, dass bei einer ganz überwiegenden Anzahl von Grundstücken, die sog. Fonds als eigenständigen Rechtspersonen gehörten, die Eigentümerbezeichnung im Grundbuch nicht korrekt sei; es sei dort jeweils die inzwischen aufgehobene Kirchengemeinde als Eigentümerin eingetragen. Deshalb stelle der Kirchenvorstand in seiner Eigenschaft als „Verwalter so genannter Fonds in der Kirchen-

gemeinde als selbständige Rechtsperson“ den Antrag gem. § 22 GBO.

[6] Auf Bitten des Kirchenvorstands gab der Bischöfliche Generalvikar der Diözese Aachen gegenüber dem Grundbuchamt mit Schreiben vom 19. Februar 2014 (Bl. 43 d. A.) eine Erklärung darüber ab, wer Eigentümer des Grundstücks sei. Die Kirchengemeinden seien öffentlich-rechtliche Körperschaften, in denen diverse Grundvermögen geführt und verwaltet würden. Diese seien jedoch nicht Eigentum der jeweiligen Katholischen Kirchengemeinde, sondern stünden im Eigentum kirchlicher Institutionen mit eigener Rechtspersönlichkeit. Bei dem in Rede stehenden Grundstück handele es sich um Vermögen des Fabrikfonds der Katholischen Kirchengemeinde. Vor dem Hintergrund, dass im notariellen Kaufvertrag versehentlich nicht präzise vermerkt worden sei, aus welchem Geldvermögen der Ankauf getätigt worden sei und welchem Vermögen das Grundstück in dieser Folge hätte zugeschrieben werden müssen, verweise er auf seine Bestätigung und auf das kirchliche Selbstbestimmungsrecht. Die hier in Rede stehende Vermögensverwaltung in Form der Zuordnung der einzelnen Grundvermögen zu den Fonds bedürfe somit keiner staatlichen Genehmigung.

[7] Das Grundbuchamt hat den Antrag aufgefasst als Antrag auf Umschreibung des Eigentums von der Katholischen Pfarrgemeinde auf den (rechtlich selbständigen) Fabrikfonds der Kirchengemeinde. Diesen Antrag hat es mit dem angefochtenen Beschluss (Bl. 44 d. A.) zurückgewiesen. Nach dem Kaufvertrag sei der Grundbesitz an die Pfarrgemeinde A übertragen und aufgelassen worden. Eigentümerin des Grundstücks sei damit eindeutig die Katholische Kirchengemeinde A. Die seinerzeit auf Veräußerer- wie Erwerberseite übereinstimmend erklärte dingliche Einigung lasse keine anderweitige Auslegung zu. Diese Eigentumsverhältnisse hätten sich durch die Kirchenneuordnung zum 1. Januar 2010 nicht geändert. Dadurch habe nur die eingetragene Grundstückseigentümerin weiteres Vermögen früherer selbständiger Kirchengemeinden übernommen. Das Eigentum sei auch nicht durch die Erklärung des Bischöflichen Generalvikariats A. auf den Fabrikfonds übergegangen. Die Kirchenverwaltung unterliege den Schranken des für alle geltenden Gesetzes und die sachenrechtliche Frage, unter welchen Voraussetzungen das Eigentum vom einen auf den anderen kirchlichen Rechtsträger übergehe, betreffe den Bereich, der dem Staat zur Ordnung zugewiesen sei.

[8] Dagegen richtet sich die vom „Kirchenvorstand der Kirchengemeinde A“ eingelegte Beschwerde, mit der geltend gemacht wird, es sei nicht der eingetragene Rechtsträger zu berichtigen, sondern eine Ungenauigkeit im Sinne einer fehlerhaften sprachlichen Differenzierung zu korrigieren. Die Pfarrgemeinde bestehe aus mindestens drei Bestandteilen: der Kirchengemeinde als Gebietskörperschaft, der Kirchenfabrik bzw. dem Fabrikfonds als Rechtsträger des Vermögens der Pfarrgemeinde und der Pastoral als Gesamtheit des seelsorgerischen Personals, die kein Rechtssubjekt darstelle. Als Rechtsträger könne mithin nur die Katholische Kirchengemeinde oder die Kirchenfabrik / der Fabrikfonds eingetragen sein. Da im Grundbuch als Eigentümerin die – nicht grundbuchfähige – Pfarrgemeinde eingetragen sei, die in der allgemeinen Verwaltung von der Kirchengemeinde und in der Vermögensverwaltung durch den Fabrikfonds repräsentiert werde, sei die Bezeichnung im Grundbuch nicht eindeutig und deshalb zu ändern bzw. klarzustellen. In der Urkunde

sei zum Ausdruck gebracht, dass das Grundstück dem Stiftungsfonds – einer unselbständigen Vermögensmasse innerhalb des Fabrikvermögens – zugeführt werde, also zu dessen Gunsten erworben und in dessen Namen die Auflassung erklärt werde. Auch die kirchenaufsichtliche Genehmigung des Erwerbs habe unter dem Vorbehalt gestanden, dass das Grundstück an den Fonds aufgelassen werde.

[9] Wenn man das anders sehe, so sei dennoch dem Antrag zu entsprechen. Denn der Kirchenvorstand habe qua gesetzlicher Vertretungsmacht auch für die Kirchengemeinde deren Bewilligung des Berichtigungsantrages erklärt. Bei einer Berichtigung bedürfe es lediglich der Bewilligung des Berechtigten und nicht der Einigung über die Auflassung. Die Bewilligung sei auch formwirksam, weil der Antrag des Kirchenvorstandes unter Verwendung des Siegels der Kirchengemeinde gestellt worden sei. Der Kirchenvorstand sei nach Staatsrecht Behörde und berechtigt zur Führung eines Amtssiegels (Art. 22 § 2 Diözesanstatute).

[10] Das Grundbuchamt hat der Beschwerde nicht abgeholfen und sie dem Oberlandesgericht zur Entscheidung vorgelegt (Bl. 60 d. A.). Es hat ausgeführt, im Kaufvertrag sei als Erwerberin die Pfarrgemeinde A bezeichnet, die als seelsorgerisches Gebilde nicht Rechtsträgerin des Eigentums sein könne. Aus dem allgemeinen Sprachgebrauch lasse sich hierzu jedoch nur auf einen Irrtum dahingehend schließen, dass als Erwerberin die Kirchengemeinde A gemeint gewesen sei. Die Bezeichnung der Erwerberin in der Urkunde enthalte keinerlei Hinweis auf einen Fabrikfonds oder Stiftungsfonds. Allein die Tatsache, dass es sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit handele, reiche nicht aus, um eine Grundstücksübertragung an den Fonds anzunehmen. Denn auch eine Kirchengemeinde könne Rechtsträgerin des Eigentums an einem Grundstück sein. Soweit es in der Urkunde heiße, der Grundbesitz solle dem Stiftungsfonds zugeführt werden, deute dies auf einen weiteren Rechtsübergang hin. Eine Grundbuchberichtigung aufgrund einer Berichtigungsbevolligung sei ebenfalls nicht möglich. Denn diese müsse nicht nur von dem Buchberechtigten in der Form des § 29 GBO abgegeben werden, sondern in der Bewilligung müsse die Unrichtigkeit des Grundbuches auch schlüssig dargelegt werden, was hier aufgrund der vorgetragenen Tatsachen nicht der Fall sei.

[11] Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

Aus den Gründen:

II.

Statthaftigkeit des Rechtsbehelfs

[12] Das Rechtsmittel ist gem. §§ 71 Abs. 1, 72, 73 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 GBO als Grundbuchbeschwerde zulässig und nach der vom Amtsgericht ordnungsgemäß erklärten Nichtabhilfe dem Senat zur Entscheidung angefallen, § 75 GBO.

[13] Die Beschwerde ist gem. § 71 Abs. 1 GBO statthaft. Mit der Beschwerde wird vorrangig geltend gemacht, die als Eigentümerin eingetragene Pfarrgemeinde stelle kein Rechtssubjekt dar; als Rechtsträger könne daher nur die Katholische Kirchengemeinde oder die Kirchenfabrik / der Fabrikfonds eingetragen sein. Deshalb sei die Bezeichnung im Grundbuch nicht eindeutig, so dass sie richtiggestellt

werden müsse. Damit ist das Begehren – entgegen der in der Beschwerde vertretenen Rechtsauffassung – in erster Linie nicht als Antrag auf Berichtigung des Grundbuchs nach § 22 Abs. 1 GBO zu verstehen. Vielmehr geht es nach dem Beschwerdevorbringen um die Richtigstellung einer ungenau gefassten Eigentümerbezeichnung. Lediglich hilfsweise wird die Unrichtigkeit der Eintragung wegen Verletzung rechtlicher Vorschriften bei der Eintragung geltend gemacht. Bei einer Richtigstellung der Bezeichnung des Berechtigten, die die Identität unberührt lässt, ist § 22 GBO nicht anwendbar. Vielmehr erfolgt die Richtigstellung von Amts wegen, wobei ein Nachweis in der Form des § 29 GBO nicht erforderlich, sondern der Freibeweis zulässig ist (OLG München, Beschluss vom 28. Juli 2014, 34 Wx 286/14 – juris; OLG Frankfurt FGPrax 2011, 221 m. w. Nw.; Holzer, in: BeckOK GBO, Stand: 1. Februar 2018, § 22 Rn. 92 m. Nw.). „Anträge“ der Beteiligten sind nicht als Eintragungsanträge im Sinne von § 13 GBO zu verstehen, sondern als Anregungen für ein Tätigwerden vom Amts wegen auszulegen (Holzer a. a. O., Rn. 97 m. Nw.). Unklar gefasste Eintragungsvermerke können auf formlose Anregungen Beteiligten klargestellt werden; wird die Klarstellung abgelehnt, ist die unbeschränkte Beschwerde nach § 71 Abs. 1 GBO ohne die Einschränkungen des § 71 Abs. 2 GBO statthaft (OLG München NJOZ 2015, 361; Demharter, § 15 Rn. 20).

Beschwerdeführer sind beide Beteiligte (Kirchengemeinde A und Fabrikfonds A)

[14] Beschwerdeführer der vom „Kirchenvorstand der Kirchengemeinde A“ eingelegten Beschwerde sind beide Beteiligte. Der Kirchenvorstand vertritt gem. § 1 des Gesetzes über die Verwaltung des Kirchenvermögens vom 24. Juli 1924 sowohl die Kirchengemeinde als auch das Vermögen (vgl. Senat NJW-RR 2016, 141), so dass die Frage aufgeworfen werden kann, für wen das Vertretungsorgan handelt (vgl. Post, in: Walz, Religiöse Stiftungen in Deutschland, Beiträge und Diskussionen des Workshops in der Bucerius Law School am 9. Juni 2006, S. 137). Der Schriftsatz vom 18. November 2013, mit dem die Richtigstellung der Grundbucheintragung beantragt worden ist, sowie die Beschwerdeschrift sind insoweit nicht eindeutig und daher auslegungsbedürftig. Während die Bezeichnung als „Kirchenvorstand der Kirchengemeinde“ auf eine Beschwerdeeinlegung durch die Beteiligte zu 1 hindeutet, hat der Kirchenvorstand den vorausgegangenen Antrag auf Richtigstellung der Grundbucheintragung ausdrücklich in seiner Eigenschaft als „Verwalter so genannter Fonds in der Kirchengemeinde als selbständige Rechtsperson“ und damit offensichtlich für den Beteiligten zu 2 gestellt. Im Hinblick auf das in der Beschwerdeschrift zum Ausdruck gebrachte Interesse beider Beteiligter an einer Richtigstellung der Eigentümerbezeichnung dürfte die Beschwerde in dem Sinne zu verstehen sein, dass sie vom Kirchenvorstand für beide Beteiligte eingelegt wurde. Der Beteiligte zu 2 ist schon deshalb an einer Richtigstellung interessiert, weil er für sich in Anspruch nimmt, der „wahre“ Grundstückseigentümer zu sein. Daneben besteht aber auch ein Interesse der Beteiligten zu 1 an der Korrektur der Eintragung. Denn die Eintragung der Pfarrgemeinde als Eigentümerin im Grundbuch kann in dem Sinne verstanden werden, dass die Beteiligte zu 1 als Kirchengemeinde Eigentümerin ist, was sie in Abrede stellt. Jedenfalls hat das Grundbuchamt in der angefochtenen Entscheidung diese Auffassung vertreten. Es kommt danach in Betracht, dass die Beteiligte zu 1 zu Unrecht als Eigentümerin im Grundbuch verzeichnet ist, so dass sie ein Interesse an der Richtigstellung der Ein-

tragung haben kann. Im Hinblick darauf sind beide Beteiligte im Rahmen des hier maßgeblichen „Richtigstellungsverfahrens“ beschwerdeberechtigt. Insoweit korrespondiert das Beschwerderecht mit dem ursprünglichen Antragsrecht nach § 13 GBO (vgl. OLGR München 2008, 705; NJOZ 2015, 361 m. Nw.; Demharter, § 71 Rn. 63). Beide Beteiligte sind als rechtlich verselbständigte Rechtsträger beteiligtenfähig; insoweit wird auf die nachfolgenden Ausführungen – insbesondere zur Rechtsfähigkeit des Beteiligten zu 2 – Bezug genommen.

Die Beschwerde hat in der Sache Erfolg

[15] Die Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg. Die im Grundbuch verzeichnete Angabe des Grundstückseigentümers ist antragsgemäß richtigzustellen.

Abgrenzung von Richtigstellung und Berichtigung nach § 22 GBO

[16] Voraussetzung einer derartigen Korrektur im Rahmen des hier vorliegenden Richtigstellungsverfahrens ist, dass der Berechtigte im Grundbuch unzutreffend bezeichnet ist, seine Identität aber unberührt bleibt. Insoweit ist die Richtigstellung von der Berichtigung nach § 22 GBO abzugrenzen (OLG Frankfurt, Beschluss vom 28. Juli 2014, 34 Wx 286/14 – juris; FGPrax 2011, 221). Die Richtigstellung einer Grundbucheintragung kommt danach nur in Betracht, wenn das Grundbuch die Rechtslage zutreffend, jedoch nur unzulänglich ausgedrückt wiedergibt, weil Umfang und Inhalt eines eingetragenen Rechts nicht in einer Weise verlaublich werden, die Zweifel ausschließt. Darüber hinaus muss der Vermerk geeignet sein, auch tatsächlich eine Klarstellung herbeizuführen und nicht etwa zusätzliche oder neue Unsicherheiten in das Grundbuch zu bringen. Dabei muss sichergestellt sein, dass durch die Eintragung auf keinen Fall eine sachliche Änderung oder Berichtigung bewirkt wird. Ein Klarstellungsvermerk kommt hingegen dann nicht in Betracht, wenn auch nur die Gefahr, das heißt die Möglichkeit, besteht, dass durch eine vermeintliche – bloße Klarstellung in Wirklichkeit in das Recht selbst eingegriffen wird, insbesondere auch dadurch, dass dessen Abgrenzung und damit dessen Inhalt verändert wird (Senat NJW-RR 2009, 1095; BayObLGZ 1988, 124).

Die „Pfarrgemeinde A“ konnte kein Eigentum erwerben

[17] Zunächst ist festzustellen, dass die derzeitige Grundbucheintragung, die die „Pfarrgemeinde A“ als Eigentümerin des Grundstücks ausweist, zumindest der Richtigstellung bedarf. Denn die Pfarrgemeinde konnte bei Abschluss des Kaufvertrages und Eintragung des neuen Eigentümers im Grundbuch im Jahre 1976 kein Grundeigentum erwerben, weil sie zu diesem Zeitpunkt keine eigene Rechtspersönlichkeit besaß. Die „Pfarrei“ im Sinne des Canon 515 §§ 1,3 Codex Iuris Canonici (C. I. C.) hat erstmals durch die Umsetzung der Beschlüsse des II. Vatikanischen Konzils in das Kirchenrecht im Jahre 1983 Rechtspersönlichkeit verliehen bekommen.

Der „Fabrikfonds A“ ist ein selbstständiger Rechtsträger

[18] Die von den Beteiligten beantragte Richtigstellung der Eintragung in dem Sinne, dass der Grundstückseigentümer als „Fabrikfonds A“ zu bezeichnen ist, setzt allerdings voraus, dass es sich bei dem Fonds um einen rechtlich verselbständigten Rechtsträger handelt, der als solcher Grundstückseigentümer sein kann. Die Rechtsfähigkeit einer organisatorischen Einheit einer Religionsgesellschaft richtet sich einerseits nach dem Kirchenrecht, das be-

stimmt, welche Institutionen Subjekte des Kirchenvermögens sein können. Zum anderen muss die Rechtsfähigkeit auch im staatlichen Rechtskreis gegeben sein (vgl. OLG Köln NJW 1995, 170).

[19] Die Rechtsfähigkeit der sog. Fabrikfonds bzw. Kirchenfabriken nach Kirchenrecht ist anerkannt (vgl. can. 99, 1409 C. I. C. 1917). Auch nach weltlichem Recht stellen die Fonds selbständige Rechtspersönlichkeiten dar. Die historischen Wurzeln der Fabrikfonds gehen weit zurück. Bis 1875 waren Kirchengemeinden ein bloßer Zusammenschluss von Gläubigen ohne eigene Rechtspersönlichkeit. Daraus hat sich die Besonderheit ergeben, dass die Kirchenvermögen nicht im Eigentum der Religionsgemeinschaften (Landeskirchen und Kirchengemeinden) stehen, sondern Vermögensmassen bilden, die der Verwaltung der Religionsgesellschaften unterstehen, aber doch selbständige Vermögensträger darstellen. Deren Rechtsfähigkeit nach staatlichem Recht ist von der Gesetzgebung immer anerkannt worden. Dies ergibt sich insbesondere aus § 1 S. 1 des Gesetzes über die Verwaltung des katholischen Kirchenvermögens vom 24. Juli 1924, der bestimmt, dass der Kirchenvorstand der Katholischen Kirchengemeinde sowohl diese als auch deren Vermögen verwaltet. Daraus folgt, dass nach staatlichem Recht sowohl die Kirchengemeinden als auch die sog. Fabrikfonds bzw. Kirchenfabriken rechtsfähig sind (vgl. BGHZ 39, 299; Senat, Beschluss vom 15. Juni 2012, Az. I-3 Wx 318/11; NJW-RR 2016, 141; zustimmend Fröhlich RNotZ 2016, 161; vgl. auch LG Düsseldorf Kirche 18, 481).

Auslegung der Auflassung und Eintragungsbewilligung

[20] Nachdem feststeht, dass es sich bei dem Fabrikfonds um einen rechtlich verselbständigten Rechtsträger handelt, lässt sich darüber hinaus auch feststellen, dass sich die Eintragung im Grundbuch auf den – lediglich unzutreffend bezeichneten – Fabrikfonds A bezieht. Zwar lässt sich sprachlich nicht ohne Weiteres von der „Pfarrgemeinde“ auf den Fabrikfonds schließen. Auf den ersten Blick scheint es näher zu liegen, dass mit der Bezeichnung „Pfarrgemeinde“ tatsächlich die Kirchengemeinde gemeint war, wie es das Grundbuchamt in der angefochtenen Entscheidung und dem Nichtabhilfebeschluss vertreten hat. Es ist aber davon auszugehen, dass als Grundstückseigentümer derjenige Rechtsträger bezeichnet werden sollte, der Träger der Kirchenvermögens und damit auch Eigentümer der kircheneigenen Grundstücke ist, im vorliegenden Fall also der Fabrikfonds A. Die Eintragung eines Rechtsträgers, der – wie die Kirchengemeinde – mit dem Kirchenvermögen nicht befasst ist, dürfte dagegen nicht beabsichtigt gewesen sein.

[21] In diesem Sinne sind auch die Auflassung und Eintragungsbewilligung zu verstehen. Soweit die Erklärungen zu Gunsten der Pfarrgemeinde A abgegeben wurden, sind sie auslegungsbedürftig und -fähig, § 133 BGB. Bei der Auslegung von Grundbucheintragungen sind der das Grundbuchverfahren beherrschende Bestimmtheitsgrundsatz und das grundsätzliche Erfordernis urkundlich belegter Eintragungsunterlagen (§ 29 GBO) zu berücksichtigen. Deshalb kommt eine Auslegung nur in Betracht, wenn sie zu einem zweifelsfreien und eindeutigen Ergebnis führt, wobei auf Wortlaut und Sinn der Erklärung abzustellen ist, wie sie sich für einen unbefangenen Beobachter als nächstliegende Bedeutung der Urkunde ergibt (Pfälz. OLG Zweibrücken a. a. O.; OLG Celle a. a. O.; Joost, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2013, § 1093

Rn. 5; Mayer, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2009, § 1093 Rn. 2; OLG Frankfurt, Beschluss vom 7. Februar 2011, Az. 20 W 59/11 – juris).

[22] Die nach diesen Grundsätzen und allgemeinen Auslegungsregeln gebotene Auslegung führt zu dem Ergebnis, dass der Fabrikfonds A als Eigentümer des Grundstücks im Grundbuch eingetragen werden sollte. Auch insoweit ist davon auszugehen, dass unter den in Frage kommenden kirchlichen Rechtsträgern derjenige Grundstückseigentümer werden sollte, der als Träger des Kirchenvermögens das Eigentum und die Verwaltung der kircheneigenen Grundstücke innehat. Dies folgt auch aus Teil VI. des zugrunde liegenden Grundstückskaufvertrages, in dem die Erklärung abgegeben wurde, dass „der erworbene Grundbesitz wieder dem Stiftungsfond zugeführt wird.“ Bei dem Stiftungsfonds handelt es sich nach den Ausführungen der Beteiligten im Schriftsatz vom 14. September 2015 nicht um eine eigenständige Stiftung im Sinne des staatlichen Stiftungsrechts, sondern um die Gesamtheit aller Vermögensgegenstände im Eigentum der Kirchenfabrik, die im Sinne unselbständiger Stiftungen mit Auflagen der jeweiligen Zuwender belastet sind. Dies folgt insbesondere aus Art. 686 § 3 S. 1 der Diözesanstatuten des Bistums Aachen, in denen es heißt, dass die Kirchenfabrik Trägerin des Stiftungsvermögens ist. Daraus folgt, dass Grundstückseigentümerin die Kirchenfabrik bzw. der Fabrikfonds werden sollte. Soweit im Kaufvertrag das Verb „zugeführt“ verwendet worden ist, bedeutet dies nicht, dass die Beteiligten einen weiteren Übertragungsakt auf den Fabrikfonds als erforderlich angesehen haben. Vielmehr folgt aus der Formulierung die Zuordnung des Grundstücks zum Fabrikfonds als einem von verschiedenen kirchlichen Rechtsträgern, die im Rahmen einer Gesamtbetrachtung als Einheit angesehen werden.

[23] Die vorgenommene Auslegung wird auch dem im Grundbuchverfahren zu beachtenden Bestimmtheitsgrundsatz gerecht. Zwar dürfte es sich um eine – gerade für den Bereich des Grundbuchsrechts – großzügige Auslegung handeln. Dabei ist aber Folgendes zu bedenken: Eine Richtigstellung der Eintragung ist schon deshalb geboten, weil die als Eigentümerin eingetragene Pfarrgemeinde – wie dargelegt – nicht Grundstückseigentümerin sein kann. Neben der beantragten Richtigstellung kommt lediglich eine solche in Betracht, die anstelle der Pfarrgemeinde die Beteiligte zu 1 als Grundstückseigentümerin bezeichnet. Eine derartige Auslegung erscheint aber im Hinblick auf das kirchliche Vermögensrecht und die damit korrespondierende Willensrichtung der Beteiligten nicht veranlasst. Die hier vorgenommene Auslegung, die die historisch gewachsene Zuordnung des Kirchenvermögens zu den Kirchenfabriken/ Fabrikfonds berücksichtigt, erscheint demgegenüber vorzugswürdig. Das gilt auch im Hinblick darauf, dass – da es sich um Vorgänge im innerkirchlichen Bereich handelt – Verkehrsschutzgesichtspunkte nicht betroffen sind.

[24] Im Hinblick darauf kann dahinstehen, ob die Erklärung des bischöflichen Generalvikars vom 19. Februar 2014 (Bl. 43 d.A.) im Hinblick auf das kirchliche Selbstbestimmungsrecht nach Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV geeignet war, das Eigentum an dem Grundstück mit dinglicher Wirkung zu regeln, was angesichts der Tatsache, dass die Religionsgesellschaften ihre Angelegenheiten zwar selbständig ordnen, dies jedoch nur innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes, zweifelhaft sein dürfte.

III.

[25] Da das Rechtsmittel Erfolg hat, besteht für eine Kostenentscheidung ebenso wenig Anlass wie für eine Wertfestsetzung oder eine Zulassung der Rechtsbeschwerde. Der Senat verkennt dabei nicht, dass der vorliegende Fall Anlass geben könnte, eine Überprüfung der vertretenen Rechtsauffassung im Rechtsbeschwerdeverfahren zu ermöglichen. Allerdings könnte eine Rechtsbeschwerde mangels Beschwer der Beteiligten zulässigerweise nicht eingelegt werden.

Anmerkung:

I. Sachverhalt

Gegenstand der vorstehend abgedruckten Entscheidung ist der Antrag eines Kirchenvorstands auf Richtigstellung bzw. Berichtigung der im Grundbuch verzeichneten Eigentümerbezeichnung.

Im Grundbuch als Eigentümerin vermerkt war die „Pfarrgemeinde A“, die in der notariellen Kaufvertragsurkunde aus dem Jahr 1976 auch als Erwerberin bezeichnet war. Die Kaufvertragsurkunde enthielt einen Passus, in dem die Erwerberin erklärte, sie erwerbe den Grundbesitz aus Mitteln des Stiftungsfonds und werde den Grundbesitz insofern wieder dem Stiftungsfonds zuführen. Nachdem im Zuge innerkirchlicher Umstrukturierungsmaßnahmen aufgefallen war, dass der Grundbesitz richtigerweise dem Fabrikfonds der Kirchengemeinde A zugehörig war, beehrte der Kirchenvorstand der Kirchengemeinde A die Korrektur der Eintragung.

Das Grundbuchamt wies den Antrag zurück. In der Erwerbsurkunde finde sich kein Hinweis auf den Fabrikfonds. Für eine Berichtigungsbewilligung sei kein Raum, da die Unrichtigkeit des Grundbuchs nicht schlüssig dargelegt sei.

II. Entscheidungsgründe

Die von dem Kirchenvorstand eingelegte Beschwerde hatte vor dem Oberlandesgericht Düsseldorf Erfolg. Die Bezeichnung im Grundbuch sei nicht eindeutig, so dass sie von Amts wegen richtiggestellt werden müsse. Die Pfarrgemeinde habe im Jahr 1976 nicht Eigentum erwerben können, weil Pfarreien erst im Jahr 1983 Rechtspersönlichkeit verliehen bekommen haben. Die Rechtsfähigkeit des sog. Fabrikfonds sei anerkannt. Auflassung und Eintragungsbewilligung seien – großzügig – so auszulegen, dass derjenige Eigentümer werde, der auch Träger des Kirchenvermögens sei.

III. Abgrenzung von Richtigstellung und Grundbuchberichtigung

Grundbuchverfahrensrechtlich gibt die Entscheidung Anlass, sich den Unterschied zwischen Richtigstellung und Grundbuchberichtigung vor Augen zu führen (Vgl. zur Abgrenzung und zu den Voraussetzungen ausführlich BeckOK GBO/Holzer, Stand 1.5.2018, § 22 Rn. 92 mwN). Die Grundbuchberichtigung gemäß § 22 GBO erfolgt aufgrund Berichtigungsbewilligung oder Unrichtigkeitsnachweis in der Form des § 29 GBO. Sie kommt immer dann in Betracht, wenn die fehlerhafte Eintragung aus einer materiellen Unrichtigkeit des Grundbuchs herrührt. Die Richtigstellung – insbesondere der Bezeichnung eines Berechtigten – ist dagegen gesetzlich nicht ausdrücklich geregelt; sie ist aber allgemein anerkannt (BeckOK GBO/Holzer, Stand 1.5.2018, § 22 Rn. 92). Sie kommt zum Zu-

ge, wenn das Grundbuch die Rechtslage zutreffend, wenn auch ungenau wiedergibt. Entscheidend ist, dass durch die Richtigstellung kein Identitätswechsel des Berechtigten stattfindet (OLG Frankfurt FGPrax 2011, 221 [222]). Gerade bei der Zuordnung von Vermögensgegenständen innerhalb ein und desselben Rechtsträgers des öffentlichen Rechts (innerkörperschaftliche Umstrukturierung) ist die Richtigstellung häufig die richtige Verfahrensweise (Baur/Schaub/Kössinger, GBO, 4. Aufl. 2018, § 20 Rn. 160). Das Grundbuchamt bringt dann lediglich einen Klarstellungsvermerk an. Vorteil gegenüber dem Verfahren nach § 22 GBO ist, dass die Unrichtigkeit nicht in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden muss, sondern das Grundbuchamt die fehlerhafte Bezeichnung im Wege des Freibeweises von Amts wegen feststellen darf (OLG Frankfurt FGPrax 2011, 221 [222]; BeckOK GBO/Holzer, Stand 1.5.2018, § 22 Rn. 97).

Für den kirchlichen Bereich hat das Oberlandesgericht in der vorgenannten Entscheidung durch seine großzügige Auslegung eine Grundlage dafür geschaffen, in der Vergangenheit fehlerhaft vorgenommene Eigentümerbezeichnungen ohne großen Verfahrensaufwand richtigzustellen. Möglich ist dies freilich nur dann, wenn sich im Wege der Auslegung Anhaltspunkte dafür finden lassen, dass tatsächlich der „richtige“ Rechtsträger – wenn auch mit fehlerhafter Bezeichnung – im Grundbuch eingetragen ist.

IV. Bedeutung für den Umgang mit kirchlichen Rechtsträgern

Die Entscheidung des Oberlandesgerichts führt einmal mehr vor Augen, dass die kirchlichen Rechtsträger klar auseinanderzuhalten sind. Dies bereitet deswegen immer wieder Schwierigkeiten, weil die Zuordnung der Vermögenswerte teils weit in die Vergangenheit zurückreicht und für die Bestimmung des richtigen Rechtsträgers sowohl – schwer zugängliche – kirchliche als auch staatliche Rechtsquellen heranzuziehen sind. Der Praktiker droht nicht selten im „Normenwirrwarr“ unterzugehen und muss sich auf die Angaben der kirchlichen Akteure verlassen.

Träger des Kirchenvermögens sind zumeist nicht die Kirchengemeinden selbst, sondern eigenständige Vermögensmassen, deren Rechtsfähigkeit auch nach staatlichem Recht anerkannt ist (Vgl. § 1 des Gesetzes über die Verwaltung des katholischen Kirchenvermögens vom 24.7.1924). Die Bezeichnung der Vermögensmassen variiert und lässt sich kaum auf einen einheitlichen Nenner bringen. Im Zusammenhang mit Grundbesitz kontrahiert häufig der sog. Fabrikfonds (das ursprünglich dem Kirchengebäude zugehörige Immobilienvermögen). Zuständiges Vertretungsorgan sowohl für die Kirchengemeinden als auch für die Vermögensmassen innerhalb der Gemeinden ist der Kirchenvorstand.

Im Rahmen der Auslegung der Auflassung und Eintragungsbewilligung stützt sich das Oberlandesgericht im Kern auf das kirchliche Vermögensrecht. Zwei Argumentationslinien der Entscheidung seien in diesem Zusammenhang zumindest mit einem Fragezeichen versehen:

Das Oberlandesgericht begründet seine Entscheidung im Wesentlichen damit, dass die im Grundbuch eingetragene „Pfarrgemeinde A“ im Jahr 1976 gar kein Grundeigentum habe erwerben können, da sie zu diesem Zeitpunkt keine eigene Rechtspersönlichkeit besaß. Erst im Jahre 1983 sei durch Umsetzung der Beschlüsse des II. Vatikanischen

Konzils der „Pfarrei“ Rechtspersönlichkeit verliehen worden.

Richtig ist zunächst, dass die Eintragung der „Pfarrgemeinde“ insofern unglücklich ist, als sie eine Terminologie verwendet, die dem staatlichen Recht fremd ist. In staatlichem Kontext wird die kleinste Organisationseinheit innerhalb der katholischen Kirche in der Regel als „Kirchengemeinde“ bezeichnet. Der Terminus „Pfarrei/Pfarrgemeinde“ ist dagegen dem kirchlichen Sprachgebrauch entlehnt (*Schlieff*, Die Organisationsstruktur der katholischen Kirche, HdbStKirchR, I, 1. Aufl. 1974, S. 299 [321 f.]; *de Wall/Muckel*, Kirchenrecht, 5. Aufl. 2017, § 18 Rn. 51).

Nach (im Grundbuchverkehr maßgeblichem) staatlichem Recht wurden die Kirchengemeinden jedoch bereits Ende des 19. Jahrhunderts durch das preußische Recht als Rechtsträgerin eingeführt. Der vorkonstitutionelle Körperschaftsstatus der Kirchengemeinden ist allgemein anerkannt (*Emsbach/Seeberger*, Rechte und Pflichten des Kirchenvorstandes, 11. Aufl. 2012, Rn. 6; *Marx*, Staatskirchenrechtliche Bestimmungen zum Kirchenvermögens- und Stiftungsrecht im Bereich der katholischen Kirche, HdbStKirchR, II, 1975, S. 117 [132]; *Schlieff*, Die Organisationsstruktur der katholischen Kirche, HdbStKirchR, I, 1. Aufl. 1974, S. 299 [322]). Der in Nordrhein-Westfalen immer noch geltende § 1 des Gesetzes über die Verwaltung des katholischen Kirchenvermögens vom 24. Juli 1924 regelt ausdrücklich, dass der Kirchenvorstand „die Gemeinde und das Vermögen“ vertrete. Lediglich kirchenrechtlich wurde die Rechtsfähigkeit der Pfarrei/Kirchengemeinde mit Geltung für die Gesamtkirche erst später durch die Änderung des Codex Iuris Canonici nachvollzogen. Ob sich im Rahmen der Auslegung der Auflassung und Eintragungsbewilligung die Klauseln des Codex Iudex Canonic aus dem Jahr 1976 fruchtbar machen lassen, ist vor dem Hintergrund des zu diesem Zeitpunkt geltenden staatlichen Rechts insofern zweifelhaft.

Sehr weit spannt das Oberlandesgericht den Bogen der Auslegungstechnik auch, wenn es aus den urkundlichen Angaben zum Stiftungsfonds herzuleiten versucht, der Grundbesitz sei dem Fabrikfonds zuzuordnen. Stiftungsfonds und Fabrikfonds sind immerhin unterschiedliche Vermögensmassen. Zum Stiftungsvermögen zählt kirchenrechtlich das Vermögen, das ursprünglich aus Schenkungen und testamentarischen Verfügungen herrührt (*Emsbach/Seeberger*, Rechte und Pflichten des Kirchenvorstandes, 11. Aufl. 2012, Rn. 129;). Der Fabrikfonds umfasst dagegen das dem Kirchengebäude zugehörige Vermögen. Im vorliegenden Fall ging der Kirchenvorstand nach dem Sachverhalt selbst davon aus, dass es sich bei dem Stiftungsfonds lediglich um einen unselbstständigen und nicht rechtsfähigen Teilbereich innerhalb des Fabrikfonds handele. Das Oberlandesgericht sieht dies durch die Diözesanstatuten des Bistums Aachen bestätigt. Gerade vor dem Hintergrund, dass der Stiftungsfonds jedenfalls in anderen Konstellationen aber sehr wohl rechtsfähig sein kann (Vgl. OLG Düsseldorf NJW-RR 2016, 141), ist fraglich, ob ein objektiver Empfänger in der Position des damaligen Vertragspartners diese kircheninternen Zuordnungsfeinheiten tatsächlich hätte zugrunde legen müssen.

V. Fazit und Bedeutung für die Praxis

Die Entscheidung des Oberlandesgerichts ist aus Sicht der Praxis zu begrüßen. Sie erleichtert die Präzisierung wesentlich ungenau erfolgter Bezeichnungen kirchlicher

Rechtsträger. Die umfangreichen – und äußerst wohlwollenden – Auslegungserwägungen des Gerichts machen jedoch deutlich, dass bei der Bezeichnung eines kontrahierenden kirchlichen Rechtsträgers in der Urkunde äußerste Sorgfalt an den Tag zu legen ist. Hilfestellung hierbei können letztlich nur die kirchlichen Ansprechpartner bieten, die als einzige in der Lage sind zu beurteilen, zu welcher Vermögensmasse der Vertragsgegenstand gehört. Auch für den Kirchenvorstand dürfte die Entscheidung des Oberlandesgerichts somit ein Appell für gründliche Vorarbeit sein.

Notarassessorin Hanna Bamberger, Alfter

5. Liegenschaftsrecht – Zur internationalen Zuständigkeit für die Genehmigung der Erbausschlagung eines Minderjährigen

(EuGH, Urteil vom 19.4.2018 – C-565/16)

AEUV Art. 267
Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 Art. 12 Abs. 3 Buchst. b

In einer Situation wie der des Ausgangsverfahrens, in der die Eltern eines minderjährigen Kindes, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt mit diesem Kind in einem Mitgliedstaat haben, bei einem Gericht eines anderen Mitgliedstaats im Namen dieses Kindes eine Genehmigung zur Ausschlagung einer Erbschaft beantragt haben, ist Art. 12 Abs. 3 Buchst. b der Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 des Rates vom 27. November 2003 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1347/2000 dahin auszulegen, dass

– in der gemeinsamen Antragstellung der Eltern des Kindes beim Gericht ihrer Wahl ihre eindeutige Anerkennung dieses Gerichts liegt;

– ein Staatsanwalt, der nach nationalem Recht kraft Gesetzes Partei des von den Eltern eingeleiteten Verfahrens ist, eine Partei des Verfahrens im Sinne des Art. 12 Abs. 3 Buchst. b der Verordnung Nr. 2201/2003 ist. Der Einspruch dieser Partei gegen die von den Eltern des Kindes getroffene Wahl des Gerichtsstands nach dem Zeitpunkt der Anrufung des Gerichts steht einer Bejahung der Anerkennung der Zuständigkeit durch alle Parteien des Verfahrens zu diesem Zeitpunkt entgegen. Ohne einen solchen Einspruch kann das Einverständnis dieser Partei als stillschweigend gegeben angenommen werden, und die Voraussetzung, wonach die Zuständigkeit durch alle Parteien des Verfahrens zum Zeitpunkt der Anrufung des Gerichts auf eindeutige Weise anerkannt worden sein muss, kann als erfüllt angesehen werden;

– der Umstand, dass der Erblasser seinen letzten Wohnsitz in dem Mitgliedstaat, dessen Gericht angerufen wurde, hatte, der Nachlass dort belegen ist und die Nachlassverbindlichkeiten dort bestehen, in Ermangelung von Anhaltspunkten dafür, dass die Vereinbarung über die Zuständigkeit die Gefahr nachteiliger Auswirkungen auf die Lage des Kindes birgt, die Annahme erlaubt, dass eine solche Vereinbarung über die Zuständigkeit in Einklang mit dem Wohl des Kindes steht.

Aus den Gründen:

[1] Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung von Art. 12 Abs. 3 Buchst. b der Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 des Rates vom 27. November 2003 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1347/2000 (ABl. 2003, L 338, S. 1).

[2] Es ergeht im Rahmen eines Verfahrens über einen Antrag, den Herr Alessandro Saponaro und Frau Kalliopi-Chloi Xylina im Namen ihres minderjährigen Kindes gestellt haben und mit dem sie die richterliche Genehmigung zur Ausschlagung einer Erbschaft für dieses Kind begehren.

Rechtlicher Rahmen Unionsrecht

[3] Der zwölfte Erwägungsgrund der Verordnung Nr. 2201/2003 lautet:

„Die in dieser Verordnung für die elterliche Verantwortung festgelegten Zuständigkeitsvorschriften wurden dem Wohle des Kindes entsprechend und insbesondere nach dem Kriterium der räumlichen Nähe ausgestaltet. Die Zuständigkeit sollte vorzugsweise dem Mitgliedstaat des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes vorbehalten sein außer in bestimmten Fällen, in denen sich der Aufenthaltsort des Kindes geändert hat oder in denen die Träger der elterlichen Verantwortung etwas anderes vereinbart haben.“

[4] Art. 1 dieser Verordnung sieht vor:

„(1) Diese Verordnung gilt, ungeachtet der Art der Gerichtsbarkeit, für Zivilsachen mit folgendem Gegenstand:

...

b) die Zuweisung, die Ausübung, die Übertragung sowie die vollständige oder teilweise Entziehung der elterlichen Verantwortung.

(2) Die in Absatz 1 Buchstabe b) genannten Zivilsachen betreffen insbesondere:

...

e) die Maßnahmen zum Schutz des Kindes im Zusammenhang mit der Verwaltung und Erhaltung seines Vermögens oder der Verfügung darüber.

(3) Diese Verordnung gilt nicht für

...

f) Trusts und Erbschaften,

...“

[5] Art. 8 („Allgemeine Zuständigkeit“) der Verordnung bestimmt:

„(1) Für Entscheidungen, die die elterliche Verantwortung betreffen, sind die Gerichte des Mitgliedstaats zuständig, in dem das Kind zum Zeitpunkt der Antragstellung seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.

(2) Absatz 1 findet vorbehaltlich der Artikel 9, 10 und 12 Anwendung.“

[6] Art. 12 („Vereinbarung über die Zuständigkeit“) der Verordnung Nr. 2201/2003 bestimmt in seinen Abs. 1 bis 3:

„(1) Die Gerichte des Mitgliedstaats, in dem nach Artikel 3 über einen Antrag auf Ehescheidung, Trennung ohne Auflösung des Ehebandes oder Ungültigerklärung einer Ehe zu entscheiden ist, sind für alle Entscheidungen zuständig, die die mit diesem Antrag verbundene elterliche Verantwortung betreffen, wenn

...

b) die Zuständigkeit der betreffenden Gerichte von den Ehegatten oder von den Trägern der elterlichen Verantwortung zum Zeitpunkt der Anrufung des Gerichts ausdrücklich oder auf andere eindeutige Weise anerkannt wurde und im Einklang mit dem Wohl des Kindes steht.

(2) Die Zuständigkeit gemäß Absatz 1 endet,

a) sobald die stattgebende oder abweisende Entscheidung über den Antrag auf Ehescheidung, Trennung ohne Auflösung des Ehebandes oder Ungültigerklärung einer Ehe rechtskräftig geworden ist,

b) oder in den Fällen, in denen zu dem unter Buchstabe a) genannten Zeitpunkt noch ein Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung anhängig ist, sobald die Entscheidung in diesem Verfahren rechtskräftig geworden ist,

c) oder sobald die unter den Buchstaben a) und b) genannten Verfahren aus einem anderen Grund beendet worden sind.

(3) Die Gerichte eines Mitgliedstaats sind ebenfalls zuständig in Bezug auf die elterliche Verantwortung in anderen als den in Absatz 1 genannten Verfahren, wenn

a) eine wesentliche Bindung des Kindes zu diesem Mitgliedstaat besteht, insbesondere weil einer der Träger der elterlichen Verantwortung in diesem Mitgliedstaat seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat oder das Kind die Staatsangehörigkeit dieses Mitgliedstaats besitzt und

b) alle Parteien des Verfahrens zum Zeitpunkt der Anrufung des Gerichts die Zuständigkeit ausdrücklich oder auf andere eindeutige Weise anerkannt haben und die Zuständigkeit in Einklang mit dem Wohl des Kindes steht.“

Griechisches Recht

[7] Nach Art. 797 des Kodikas Politikis Dikonomias (Zivilprozessgesetzbuch) ist im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit für den Genehmigungsantrag, den ein Träger der elterlichen Verantwortung für einen Minderjährigen stellt, das Friedensgericht des gewöhnlichen Aufenthaltsorts des Minderjährigen zuständig.

[8] Aus Art. 748 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 750 des Zivilprozessgesetzbuchs ergibt sich, dass eine Abschrift des Antrags mit einem Aktenvermerk über die Anberaumung des Sitzungstermins an den für den Gerichtsbezirk zuständigen Eisangeleas Protodikon (Staatsanwalt) zu übermitteln ist, der befugt ist, an der mündlichen Verhandlung vor dem Friedensgericht teilzunehmen.

[9] Der Staatsanwalt ist „Partei“ in Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit und befugt, jede Verfahrenshandlung vorzunehmen, wie die Einlegung eines Rechtsbehelfs, und zwar unabhängig davon, ob er zur mündlichen Verhandlung geladen wurde und ob er daran teilgenommen hat.

Ausgangsrechtsstreit und Vorlagefrage

[10] Herr Saponaro und Frau Xylina beantragen im Namen ihres minderjährigen Kindes griechischer Staatsangehörigkeit beim Eirinodikeio Lerou (Friedensgericht Leros, Griechenland) die Genehmigung, das Erbe nach dem Großvater mütterlicherseits (im Folgenden: Erblasser) dieses Kindes auszuschlagen.

[11] Der Erblasser verstarb am 10. Mai 2015, ohne ein Testament hinterlassen zu haben. Zum Zeitpunkt seines Todes wohnte er in Griechenland. Sein Nachlass bestand aus einem Auto und einem Boot im Gesamtwert von 900 Euro, die sich beide in diesem Mitgliedstaat befinden. Der Erblasser war wegen versuchten Betrugs strafrechtlich verurteilt worden, und für seine Erben besteht die Gefahr, dass die Geschädigte eine zivile Schadensersatzklage gegen sie erhebt.

[12] Aus diesem Grund haben die Ehefrau und die Töchter des Erblassers – oder die Großmutter, die Mutter und die Tante des minderjährigen Kindes – die Erbschaft bereits ausgeschlagen, und der Vater und die Mutter dieses Kindes beantragten in seinem Namen die Genehmigung zur Ausschlagung der Erbschaft, die bei ihm anfiel.

[13] Herr Saponaro und Frau Xylina sowie ihr minderjähriges Kind haben ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Rom (Italien).

[14] Das Eirinodikeio Lerou (Friedensgericht Leros) stellt sich die Frage nach der Zuständigkeit der griechischen Gerichte für die Entscheidung über den Antrag der Eltern und insbesondere nach der Möglichkeit einer Zuständigkeitsvereinbarung auf der Grundlage des Art. 12 Abs. 3 der Verordnung Nr. 2201/2003.

[15] Unter diesen Umständen hat das Eirinodikeio Lerou (Friedensgericht Leros) beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof folgende Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen:

Ist in dem Fall, dass die Eltern eines minderjährigen Kindes, das seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Italien hat, bei einem griechischen Gericht eine Genehmigung zur Ausschlagung einer Erbschaft beantragen, im Hinblick darauf, ob eine wirksame Vereinbarung über die Zuständigkeit nach Art. 12 Abs. 3 Buchst. b der Verordnung Nr. 2201/2003 vorliegt, davon auszugehen, dass

a) in der bloßen Antragstellung bei dem griechischen Gericht eine eindeutige Vereinbarung über die Zuständigkeit seitens der Eltern liegt,

b) der Staatsanwalt, der nach griechischem Recht kraft Gesetzes Partei des betreffenden Verfahrens ist, eine der Parteien ist, die zum Zeitpunkt der Antragstellung die Zuständigkeit anerkennen müssen,

c) die Zuständigkeitsvereinbarung im Einklang mit dem Wohl des Kindes steht, wenn dieses und seine antragstellenden Eltern ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Italien haben, der Erblasser seinen letzten Wohnsitz aber in Griechenland hatte und der Nachlass dort belegen ist?

Vorbemerkungen

[16] Vorab ist zu prüfen, ob die Verordnung Nr. 2201/2003 zur Bestimmung des zuständigen Gerichts in einem Fall wie dem des Ausgangsverfahrens anwendbar ist. Den Rahmen dafür bildet nämlich eine Erbschaft, und in Art. 1 Abs. 3 Buchst. f der Verordnung Nr. 2201/2003 ist geregelt, dass sie nicht für Erbschaften gilt.

Abgrenzung des Anwendungsbereichs der EuEheVO vom Anwendungsbereich der EuErbVO

[17] Der Gerichtshof hat insoweit im Urteil vom 6. Oktober 2015, *Matoušková* (C-404/14, EU:C:2015:653, Rn. 31), bereits entschieden, dass die Tatsache, dass eine Maßnahme – wie die Genehmigung einer für minderjährige Kinder geschlossenen Erbauseinandersetzungvereinbarung durch das Vormundschaftsgericht – im Rahmen eines Nachlassverfahrens beantragt worden ist, nicht als entscheidend dafür angesehen werden kann, dass diese Maßnahme unter das Erbrecht fällt. Die Notwendigkeit, eine Genehmigung des Vormundschaftsgerichts einzuholen, ist eine unmittelbare Folge des Personenstands und der Rechts-, Geschäfts- und Handlungsfähigkeit der minderjährigen Kinder und stellt eine Maßnahme zum Schutz des Kindes dar, die mit der Verwaltung und Erhaltung seines Vermögens oder der Verfügung darüber im Rahmen der Ausübung der elterlichen Verantwortung im Sinne von Art. 1 Abs. 1 Buchst. b und Abs. 2 Buchst. e der Verordnung Nr. 2201/2003 in Zusammenhang steht.

[18] In gleicher Weise ist davon auszugehen, dass ein von Eltern im Namen ihres minderjährigen Kindes gestellter Antrag auf Genehmigung der Ausschlagung einer Erbschaft den Personenstand und die Rechts-, Geschäfts- und Handlungsfähigkeit der Person betrifft und nicht dem Erbrecht unterfällt.

[19] Folglich fällt ein solcher Antrag nicht unter das Erbrecht, sondern gehört zur elterlichen Verantwortung, weshalb die vorgelegte Frage anhand der Verordnung Nr. 2201/2003 zu prüfen ist.

Zur Vorlagefrage

[20] Mit seiner Frage möchte das vorliegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob in einer Situation wie der des Ausgangsverfahrens, in der die Eltern eines minderjährigen Kindes, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt mit diesem Kind in einem Mitgliedstaat haben, bei einem Gericht eines anderen Mitgliedstaats im Namen dieses Kindes eine Genehmigung zur Ausschlagung einer Erbschaft beantragt haben, Art. 12 Abs. 3 Buchst. b der Verordnung Nr. 2201/2003 dahin auszulegen ist, dass die Vereinbarung über die Zuständigkeit des Gerichts dieses anderen Mitgliedstaats dem Wortlaut dieser Bestimmung und insbesondere dem Kindeswohl gerecht wird, wenn der Antrag von den Eltern dieses Kindes gemeinsam bei dem genannten Gericht gestellt wurde, der Staatsanwalt, der nach dem anwendbaren nationalen Recht kraft Gesetzes Partei des betreffenden Verfahrens ist, keine Einwände gegen diese Zuständigkeitsvereinbarung erhoben hat, der Erblasser seinen letzten Wohnsitz in diesem anderen Mitgliedstaat hatte und auch der Nachlass dort belegen ist.

Voraussetzungen für Anerkennung der gerichtlichen Zuständigkeit gem. Art. 12 Abs. 3 EU EHeVO

[21] Diese Frage betrifft somit erstens den Begriff der „ausdrücklich oder auf andere eindeutige Weise anerkannten“ Zuständigkeit, zweitens die Wendung „alle Parteien des Verfahrens zum Zeitpunkt der Anrufung des Gerichts“ und drittens den Begriff „Wohl des Kindes“ in Art. 12 Abs. 3 Buchst. b der Verordnung Nr. 2201/2003.

Zum Begriff „ausdrücklich oder auf andere eindeutige Weise anerkannt“

[22] Gemäß Art. 12 Abs. 3 Buchst. b der Verordnung Nr. 2201/2003 muss die Zuständigkeit eines Gerichts im

Sinne dieser Bestimmung ausdrücklich oder auf andere eindeutige Weise anerkannt werden.

[23] Wie der Gerichtshof in seinem Urteil vom 12. November 2014, L (C-656/13, EU:C:2014:2364, Rn. 56), befunden hat, muss nach dieser Bestimmung das Bestehen einer ausdrücklichen oder zumindest eindeutigen Vereinbarung über die Zuständigkeit zwischen allen Parteien des Verfahrens nachgewiesen werden.

[24] Eine solche Vereinbarung besteht nicht, wenn nur eine Partei ein Gericht anruft und eine andere Partei sich später vor demselben Gericht einlässt, aber um dessen Zuständigkeit zu bestreiten (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 12. November 2014, L, C-656/13, EU:C:2014:2364, Rn. 57).

[25] Wenn dagegen beide Eltern eines minderjährigen Kindes einen gemeinsamen Antrag bei demselben Gericht stellen, ist festzustellen, dass sie den gleichen Willen zur Anrufung dieses Gerichts und damit ihr Einverständnis mit der Wahl des zuständigen Gerichts zum Ausdruck bringen. In Ermangelung sonstiger, dieser Feststellung widersprechender Fakten ist die Anerkennung als „eindeutig“ im Sinne des Art. 12 Abs. 3 Buchst. b der Verordnung Nr. 2201/2003 zu betrachten.

Zur Wendung „alle Parteien des Verfahrens zum Zeitpunkt der Anrufung des Gerichts“

[26] Was die Wendung „alle Parteien des Verfahrens zum Zeitpunkt der Anrufung des Gerichts“ betrifft, ist zu prüfen, ob der Staatsanwalt, der nach dem nationalen Recht kraft Gesetzes Partei des Verfahrens ist, auch eine „Partei“ im Sinne des Art. 12 Abs. 3 Buchst. b der Verordnung Nr. 2201/2003 ist. Das vorliegende Gericht stellt fest, dass der Staatsanwalt als Vertreter des Staates und im Allgemeininteresse handelt und dass im Fall eines Antrags auf Genehmigung der Ausschlagung einer Erbschaft im Namen eines minderjährigen Kindes das Allgemeininteresse dem Interesse des Kindes entspricht.

[27] Hierzu ist in Ansehung des zwölften Erwägungsgrundes der Verordnung Nr. 2201/2003 darauf hinzuweisen, dass die in Art. 12 Abs. 3 dieser Verordnung vorgesehene Zuständigkeit eine Ausnahme zu dem in Art. 8 Abs. 1 der Verordnung zum Ausdruck kommenden Kriterium der räumlichen Nähe bildet, wonach es vorzugsweise Sache der Gerichte des Mitgliedstaats des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes ist, über die dieses Kind betreffenden Klagen auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung zu entscheiden. Diese Ausnahme zielt darauf ab, den Parteien auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung eine gewisse Autonomie einzuräumen, wobei hervorgehoben wird, dass die Voraussetzung, dass sämtliche Parteien des Verfahrens die Zuständigkeit der besetzten Gerichte auf eindeutige Weise anerkennen müssen, eng auszulegen ist (Urteil vom 21. Oktober 2015, *Gogova*, C-215/15, EU:C:2015:710, Rn. 41).

[28] Wie der Generalanwalt in Nr. 46 seiner Schlussanträge ausgeführt hat, ist herauszustellen, dass in dem Ausdruck „alle Parteien des Verfahrens“ das Wort „alle“ verwendet wird, das den genaueren Begriffen „Ehegatten“ oder „Träger der elterlichen Verantwortung“ in Art. 12 Abs. 1 der Verordnung Nr. 2201/2003 gegenüberzustellen ist. Der Unionsgesetzgeber hat somit mit Bedacht einen Begriff verwendet, der sämtliche Parteien des Verfahrens im Sinne des nationalen Rechts umfasst.

Einer Zuständigkeitsvereinbarung muss auch ein Staatsanwalt zustimmen, der nach dem vereinbarten Recht Partei des Verfahrens ist

[29] Daher ist ein Staatsanwalt, der nach nationalem Recht in Verfahren wie dem des Ausgangsverfahrens die Eigenschaft einer Partei des Verfahrens hat und für das Kindeswohl eintritt, als Partei des Verfahrens im Sinne des Art. 12 Abs. 3 Buchst. b der Verordnung Nr. 2201/2003 anzusehen. Folglich kann sein Einspruch gegen eine Zuständigkeitsvereinbarung nicht außer Acht gelassen werden.

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Anerkennung der Zuständigkeit

[30] In Bezug auf den Zeitpunkt, zu dem die Anerkennung durch die Parteien des Verfahrens erfolgt sein muss, d. h. den Zeitpunkt der Anrufung des Gerichts, ergibt sich aus Art. 16 der Verordnung Nr. 2201/2003, dass dieser Zeitpunkt grundsätzlich der ist, zu dem das verfahrenseinleitende Schriftstück oder ein gleichwertiges Schriftstück bei Gericht eingereicht wurde (Urteile vom 1. Oktober 2014, E., C-436/13, EU:C:2014:2246, Rn. 38, und vom 12. November 2014, L, C-656/13, EU:C:2014:2364, Rn. 55).

[31] Der Eintritt bestimmter Sachverhalte nach dem Zeitpunkt der Anrufung des Gerichts kann jedoch zeigen, dass es zu diesem Zeitpunkt an der Anerkennung nach Art. 12 Abs. 3 Buchst. b der Verordnung Nr. 2201/2003 gefehlt hat. So hat der Gerichtshof im Urteil vom 12. November 2014, L (C-656/13, EU:C:2014:2364, Rn. 56 und 57), befunden, dass das Bestehen einer ausdrücklichen oder zumindest eindeutigen Vereinbarung im Sinne dieser Bestimmung offensichtlich nicht erwiesen sein kann, wenn das fragliche Gericht nur von einer der Parteien des Verfahrens angerufen wird und eine andere Partei dieses Verfahrens später ab der ersten ihr in diesem Verfahren obliegenden Handlung die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts bestreitet.

[32] Entsprechend verhindert, wenn ein Staatsanwalt nach dem anwendbaren nationalen Recht kraft Gesetzes als Partei eines Verfahrens betreffend die elterliche Verantwortung angesehen wird, sein Einspruch gegen die Wahl des Gerichtsstands durch die Eltern des betroffenen Kindes nach dem Zeitpunkt der Anrufung des Gerichts, dass die Anerkennung der Zuständigkeit durch alle Parteien des Verfahrens zu diesem Zeitpunkt bejaht werden kann. Ohne einen solchen Einspruch kann hingegen das Einverständnis dieser Partei als stillschweigend gegeben angenommen werden, und die Voraussetzung, wonach die Zuständigkeit durch alle Parteien des Verfahrens zum Zeitpunkt der Anrufung des Gerichts auf eindeutige Weise anerkannt worden sein muss, kann als erfüllt angesehen werden.

Zum Begriff „Wohl des Kindes“

Zur Kindeswohlprüfung bei Zuständigkeitsvereinbarung zugunsten der Gerichte des Staats, in welchem der Nachlass belegen ist

[33] Aus Art. 12 Abs. 3 der Verordnung Nr. 2201/2003 ergibt sich, dass der Rückgriff auf eine Zuständigkeitsvereinbarung in keinem Fall dem Kindeswohl zuwiderlaufen darf und die Einhaltung dieser Voraussetzung in jedem Einzelfall zu prüfen ist (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 12. November 2014, L, C-656/13, EU:C:2014:2364, Rn. 49 und 58).

[34] Im Urteil vom 27. Oktober 2016, D. (C-428/15, EU:C:2016:819, Rn. 58), das die Auslegung des Art. 15 der

Verordnung Nr. 2201/2003 betrifft, der die Verweisung an ein Gericht, das den Fall besser beurteilen kann, regelt, hat der Gerichtshof entschieden, dass die Anforderung, dass die Verweisung dem Kindeswohl entsprechen muss, voraussetzt, dass sich das zuständige Gericht anhand der konkreten Umstände des Falles vergewissert, dass die von ihm erwogene Verweisung an ein Gericht eines anderen Mitgliedstaats nicht die Gefahr nachteiliger Auswirkungen auf die Lage des Kindes birgt.

[35] Hierzu ist darauf hinzuweisen, dass im zwölften Erwägungsgrund der Verordnung Nr. 2201/2003, nach dem die in dieser Verordnung festgelegten Zuständigkeitsvorschriften dem Wohle des Kindes entsprechend ausgestaltet wurden, ausdrücklich die Möglichkeit genannt wird, dass die Zuständigkeit bei einem anderen Mitgliedstaat als dem des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes liegt, wenn die Träger der elterlichen Verantwortung eine entsprechende Vereinbarung geschlossen haben.

[36] Im vorliegenden Fall wurde eine solche Vereinbarung zwischen den Eltern des Kindes getroffen. Das vorlegende Gericht stellt zudem fest, dass nicht nur das Kind die Staatsangehörigkeit des Mitgliedstaats hat, dessen Gericht angerufen wurde, sondern auch der Erblasser seinen letzten Wohnsitz in diesem Mitgliedstaat hatte und der Nachlass dort belegen ist. Weiter ergibt sich aus der Vorlageentscheidung, dass das Gleiche auch für die Nachlassverbindlichkeiten gilt.

[37] Diese Gesichtspunkte verstärken die Verbindung zwischen dem Kind und dem Mitgliedstaat, dessen Gericht angerufen wurde, und dieses kann dann, wie der Generalanwalt in Nr. 72 seiner Schlussanträge ausgeführt hat, den Kontext der Ausschlagung der Erbschaft im Namen des Kindes gut beurteilen.

[38] Zudem hat das vorlegende Gericht keinen Hinweis gegeben, aus dem sich ergäbe, dass die Befassung des von den Eltern gewählten Gerichts zu irgendeiner Beeinträchtigung des Wohls des Kindes führen würde. Aus der Vorlageentscheidung ergibt sich insbesondere, dass der Staatsanwalt selbst, der verpflichtet ist, das Kindeswohl zu schützen, keine Einwände gegen diese Wahl erhoben hat.

[39] In einem solchen Zusammenhang erlauben die Angaben des vorlegenden Gerichts, die die Verbindung zwischen dem Kind und dem Mitgliedstaat, zu dem dieses Gericht gehört, unterstreichen, die Annahme, dass die Voraussetzung der Berücksichtigung des Kindeswohls erfüllt ist.

[40] Nach alledem ist auf die Vorlagefrage zu antworten, dass in einer Situation wie der des Ausgangsverfahrens, in der die Eltern eines minderjährigen Kindes, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt mit diesem Kind in einem Mitgliedstaat haben, bei einem Gericht eines anderen Mitgliedstaats im Namen dieses Kindes eine Genehmigung zur Ausschlagung einer Erbschaft beantragt haben, Art. 12 Abs. 3 Buchst. b der Verordnung Nr. 2201/2003 dahin auszulegen ist, dass

– in der gemeinsamen Antragstellung der Eltern des Kindes beim Gericht ihrer Wahl ihre eindeutige Anerkennung dieses Gerichts liegt;

– ein Staatsanwalt, der nach nationalem Recht kraft Gesetzes Partei des von den Eltern eingeleiteten Verfahrens ist, eine Partei des Verfahrens im Sinne des Art. 12 Abs. 3 Buchst. b der Verordnung

Nr. 2201/2003 ist. Der Einspruch dieser Partei gegen die von den Eltern des Kindes getroffene Wahl des Gerichtsstands nach dem Zeitpunkt der Anrufung des Gerichts steht einer Bejahung der Anerkennung der Zuständigkeit durch alle Parteien des Verfahrens zu diesem Zeitpunkt entgegen. Ohne einen solchen Einspruch kann das Einverständnis dieser Partei als stillschweigend gegeben angenommen werden, und die Voraussetzung, wonach die Zuständigkeit durch alle Parteien des Verfahrens zum Zeitpunkt der Anrufung des Gerichts auf eindeutige Weise anerkannt worden sein muss, kann als erfüllt angesehen werden;

– der Umstand, dass der Erblasser seinen letzten Wohnsitz in dem Mitgliedstaat, dessen Gericht angerufen wurde, hatte, der Nachlass dort belegen ist und die Nachlassverbindlichkeiten dort bestehen, in Ermangelung von Anhaltspunkten dafür, dass die Vereinbarung über die Zuständigkeit die Gefahr nachteiliger Auswirkungen auf die Lage des Kindes birgt, die Annahme erlaubt, dass eine solche Vereinbarung über die Zuständigkeit in Einklang mit dem Wohl des Kindes steht.

Kosten

[41] Für die Parteien des Ausgangsverfahrens ist das Verfahren Teil des beim vorliegenden Gericht anhängigen Verfahrens; die Kostenentscheidung ist daher Sache dieses Gerichts. Die Auslagen anderer Beteiligter für die Abgabe von Erklärungen vor dem Gerichtshof sind nicht erstattungsfähig.

Anmerkung:

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hatte hier vornehmlich zu der Frage der internationalen Zuständigkeit bei Anrufung mitgliedstaatlicher Gerichte (hier: Griechenland) im Rahmen eines Genehmigungsverfahrens zu entscheiden, nämlich welches nationale Gericht für die Genehmigung einer Erbausschlagung durch die Eltern als gesetzliche Vertreter für ihr minderjähriges Kind zuständig ist.

Die internationale Zuständigkeit der Gerichte innerhalb der europäischen Union (mit Ausnahme Dänemarks) in Ehe- und Kindschaftsachen bestimmt sich vorrangig nach der Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 (kurz: EuEheVO oder Brüssel IIa-Verordnung), die insoweit der Regelung des § 99 FamFG vorgeht. Dabei gilt die EuEheVO zwar nach § 1 Abs. 3 Buchst. f ausdrücklich nicht für Erbschaften, da hier als *lex specialis* die Erbrechtsverordnung (EU) Nr. 650/2012 (kurz EuErbVO) anwendbar ist. Allein durch die Tatsache, dass eine familiengerichtliche Genehmigung im Zusammenhang mit einem Nachlassverfahren beantragt wird, führt dennoch nicht dazu, dass diese Maßnahme unter die Regelungen zum Erbrecht fällt, da sie vielmehr Ausfluss des Personenstands und der Rechts-, Geschäfts- und Handlungsfähigkeit sowie des Rechts der elterlichen Verantwortung ist, die von der EuEheVO nach dessen Art. 1 Abs. 1 Buchst. b) sowie Abs. 2 Buchst. e) erfasst wird. Dies gilt also zB sowohl für die Genehmigung eines Erbaueinsetzungsvertrages als auch die Erklärung einer Erbausschlagung.

Nach Art. 8 Abs. 1 der EuEheVO sind für Entscheidungen, die die elterliche Verantwortung betreffen, grundsätzlich die Gerichte des Mitgliedstaats zuständig, in dem das Kind zum Zeitpunkt der Antragstellung seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Jedoch kann davon abweichend nach Art. 12 der EuEheVO eine Vereinbarung über die Zustän-

digkeit getroffen werden – hier im Rahmen eines Genehmigungsverfahrens aufgrund der elterlichen Verantwortung nach dessen Abs. 3 – nämlich wenn zum einen eine wesentliche Bindung des Kindes zu diesem Mitgliedstaat besteht und zum anderen alle Parteien des Verfahrens zum Zeitpunkt der Anrufung des Gerichts die Zuständigkeit ausdrücklich oder auf andere eindeutige Weise anerkannt haben und die Zuständigkeit in Einklang mit dem Wohl des Kindes steht. Dies setzt nach der Auslegung des EuGH jedenfalls voraus, dass eine gemeinsame Antragstellung durch beide Eltern vorliegt, da jene nur in diesem Fall einverständlich die Zuständigkeit dieses Gerichtes anerkennen. Weitere Voraussetzung ist jedoch, dass weitere Verfahrensparteien, wie Vertreter des Staates nach dem dortigen nationalen Recht, keine Einwände gegen die Zuständigkeitsvereinbarung erhoben haben und damit tatsächlich von einer stillschweigenden Anerkennung aller beteiligten Parteien ausgegangen werden kann. Hinsichtlich des Zeitpunkts der Anerkennung kommt es dabei zwar grundsätzlich auf den Zeitpunkt an, in dem das verfahrenseinleitende Schriftstück bei Gericht eingereicht wurde. Allerdings ist eine Vereinbarung der Zuständigkeit nicht erwiesen, wenn die weitere Partei des Verfahrens, hier der Staatsanwalt, dies in der ersten ihr in diesem Verfahren obliegenden Handlung bestreitet. Die dadurch später nachgewiesene Uneinigkeit wirkt quasi auf den Zeitpunkt der Rechtshängigkeit zurück.

Außerdem muss aber die Anrufung des Gerichts stets im Einklang mit dem Kindeswohl stehen und darf daher nicht die Gefahr nachteiliger Auswirkungen auf die Lage des Kindes in sich bergen. Dies setzt eine gewisse Verbindung der Umstände des Falles zu dem angerufenen Gericht voraus, die sich in der vorliegenden Erbangelegenheit zB aus dem letzten Wohnsitz des Erblassers und der Belegenheit des Nachlasses sowie der Nachlassverbindlichkeiten in dem dortigen Mitgliedstaat ergeben kann. Nach dem EuGH liegen damit keine konkreten Anhaltspunkte vor, dass die Vereinbarung der Zuständigkeit dem Wohl des Kindes widerspricht.

In der Zusammenschau führt dies aus meiner Sicht zu einem widersprüchlichen Ergebnis: Obwohl nämlich in diesem Fall

- die Anerkennung der Zuständigkeit eigentlich dem Wohl des Kindes entspricht, weil es sich ohnehin um das für die Ausschlagung und den Erbfall zuständige Nachlassgericht handelt,

- die Eltern durch ihren Antrag gemeinsam die Entscheidung getroffen haben, die Genehmigung für die Ausschlagung bei diesem Gericht einzuholen, und

- das vertretene Kind durch seine Staatsangehörigkeit eine wesentliche Bindung zu diesem Mitgliedstaat aufweist,

steht letztlich der Einspruch des dortigen Staatsanwaltes der Vereinbarung bzw. Anerkennung der internationalen Zuständigkeit des mitgliedstaatlichen Gerichts entgegen. Dabei ist offenbar auch nicht entscheidend, aus welchen Gründen der Zuständigkeit widersprochen wird und dass dies mit Erwägungen zum Kindeswohl oder den sonstigen Umständen des Falles in Verbindung steht. Die internationale Zuständigkeit des angerufenen Gerichts konnte in dem Ausgangsverfahren allein wegen des Einwands der staatlichen Verfahrenspartei nicht bejaht werden.

Gleichzeitig stellt sich aber die Frage, nach welchem Recht sich die Genehmigungsbedürftigkeit des Rechtsgeschäfts –

hier der Erbausschlagung – richtet, wenn ein Minderjähriger bei der Erklärung von seinen gesetzlichen Vertretern, regelmäßig den Eltern, vertreten wird. Dies ist zu trennen von der Bestimmung, welches Recht für die Erbausschlagung selbst anwendbar ist. Hinsichtlich des Erbstatuts gilt wegen des Vorrangs europäischer Rechtssetzungsakte iSd Art. 3 EGBGB für alle Mitgliedstaaten die EuErbVO, die für alle Erbfälle seit dem 16.8.2015 das anwendbare Erbrecht nach dem letzten gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers bestimmt, wenn dieser keine Rechtswahl (Art. 22 EuErbVO) zugunsten seines Heimatrechtes getroffen hat. Unter das Erbstatut fallen nach Art. 23 Abs. 2 lit. e EuErbVO auch die Voraussetzungen für eine Ausschlagung der Erbschaft durch den berufenen Erben sowie die Ausschlagungsfrist. Welche Form für die Ausschlagung gilt, bestimmt sich nach deren Formstatut gem. Art. 28 EuErbVO: Danach ist die Erklärung formwirksam, wenn sie entweder dem Erbstatut entspricht oder dem Recht des Staates, in dem der Erklärende seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.

Ob aber für die Ausschlagung bei gesetzlicher Vertretung für Minderjährige eine gerichtliche Genehmigung erforderlich ist und welches Recht für die Vertretungsmacht der Eltern entscheidend ist, richtet sich dagegen aus deutscher Sicht seit dem 1.1.2011 (in Griechenland seit dem 1.6.2012, in Italien seit dem 1.1.2016) nach dem Haager Kinderschutzübereinkommen (kurz: KSÜ), das dem autonomen deutschen Kollisionsrecht und damit Art. 21 EGBGB vorgeht. Nach Art. 16 Abs. 1, 17 KSÜ ist auf Fragen der gesetzlichen Vertretung das Recht am gewöhnlichen Aufenthaltsort des Kindes angewendet, und zwar – zwischen Vertragsstaaten – jeweils im Sinne einer Sachnormverweisung (Art. 21 Abs. 1 KSÜ), im vorliegend entschiedenen Fall also aufgrund des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes in Italien das italienische Recht. Das KSÜ gilt, wie genannt, auch für Griechenland und Italien, so dass aus deren Sicht das Gleiche gilt.

Die internationale Zuständigkeit für die Entgegennahme der Erbausschlagung dagegen beurteilt sich nach Art. 13 EuErbVO. Danach ist das nach Art. 4 EuErbVO für Nachlasssachen zuständige Gericht am letzten gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers auch für die Entgegennahme einer Ausschlagungserklärung zuständig. Daher war es in dem hiesigen Fall zum einen möglich, die Ausschlagungserklärung gegenüber dem griechischen Nachlassgericht abzugeben. Daneben normiert Art. 13 EuErbVO aber zum anderen speziell für die Ausschlagung einer Erbschaft eine Sonderregelung für eine weitere internationale Zuständigkeit. Danach kann eine Ausschlagungserklärung stets auch bei den Gerichten eines Mitgliedstaats, in dem eine Person ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat, abgegeben werden, wenn nach dem anwendbaren Erbrecht und nach dem Recht des Mitgliedstaats, in dem die Ausschlagungserklärung erfolgt, eine Erbausschlagungserklärung vor einem Gericht abgegeben werden kann oder muss.

Weitere Voraussetzung ist dabei, dass nach der *lex fori* des Erklärungsstaats eine entsprechende örtliche Zuständigkeit besteht, dies bestimmt sich nach dem nationalen Recht (vgl. Art. 2 EuErbVO). Auf der Grundlage der EuErbVO bestimmt dabei § 31 S. 1 IntErbRVG für das deutsche Recht, dass für die Entgegennahme der Ausschlagungserklärung das Nachlassgericht örtlich zuständig ist, in dessen Bezirk die erklärende Person ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat. Streitig ist jedoch in diesem Zusammenhang, ob auch die Erklärung gegenüber der nach Art. 13 EuErb-

VO zuständigen Stelle zur Wahrung der Ausschlagungsfrist ausreicht oder ob der Zugang der Erklärung beim nach Art. 4 EuErbVO zuständigen Gericht innerhalb der Ausschlagungsfrist erforderlich ist. Meines Erachtens kann nur die erste Auffassung überzeugen: Mit der Abgabe der Erklärung vor den eigenen Gerichten des Aufenthaltsstaates soll schließlich jedermann die Möglichkeit eröffnet werden, ohne nähere Kenntnis des ausländischen Rechts die nach dem auf den Erbfall anwendbaren Erbrecht geltenden Fristen auch in grenzüberschreitenden Fällen zu wahren. Eine abschließende Entscheidung steht hier jedoch noch aus, so dass aus Gründen der notariellen Vorsicht bisher noch die Zuleitung der Ausschlagungserklärung an das international und örtlich zuständige Nachlassgericht innerhalb der Ausschlagungsfrist anzuraten ist.

Notarin Katharina Tschernoster, LL. M. oec., Düren ■

6. Erbrecht – Zur Zulässigkeit der Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung im Erbscheinsverfahren durch einen Vorsorgebevollmächtigten

(*OLG Celle*, Beschluss vom 20.6.2018 – 6 W 78/18)

BGB §§ 1896 Abs. 2 S. 2, 2354 Abs. 1, 2356 Abs. 2 S. 1 EGBGB Art. 229 § 36

Ist der Vertretene in einem Erbscheinsverfahren nicht mehr zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung in der Lage, kann sein gesetzlicher Vertreter, z. B. ein Betreuer, die Erklärung abgeben, jedoch als eigene Erklärung und nicht für den Vertretenen. Dabei steht ein Vorsorgebevollmächtigter einem gesetzlichen Vertreter gleich.

Zur Einordnung

Bedarf ein geschäftsunfähiger Erbe eines Erbscheins, kann er diesen nicht selbst beantragen, so dass jemand anderes für ihn handeln muss. Während eine Stellvertretung bei der Antragsstellung ohne weiteres zulässig ist, steht die Praxis vor der Frage, ob auch die eidesstattliche Versicherung, die zum notwendigen Inhalt des Erbscheinantrags gehört (§ 352 Abs. 3 S. 3 FamFG), durch einen anderen als den (vertretenen) Antragssteller abgegeben werden kann.

Wegen ihrer Rechtsnatur als höchstpersönliche Wissensklärung und der möglichen Strafbarkeitsfolgen kann eine eidesstattliche Versicherung keinesfalls in fremdem Namen abgegeben werden. Ein Betreuer soll solch eine Erklärung aufgrund der gesetzlich bestimmten bzw. gerichtlich angeordneten Aufgaben, die seiner gesetzlichen Vertretungsbefugnis zugrunde liegen (vgl. zur Kongruenz von gesetzlicher Vertretungsmacht und übertragenem Aufgabenkreis beim Betreuer: Palandt/Götz, 77. Aufl. 2018, § 1902 BGB Rn. 3), allerdings im eigenen Namen für den Betreuten abgeben können, während einem General- und Vorsorgebevollmächtigten als gewillkürtem Stellvertreter und Beauftragtem diese Befugnis nach nahezu einhelliger Ansicht nicht zusteht (HK-BGB/Hoeren, 9. Aufl. 2017, § 352 FamFG Rn. 11; BeckOK FamFG/Schlögel, 27. Ed. Stand 1.7.2018, § 352 Rn. 28; Kreidel/Zimmermann, FamFG, 19. Aufl. 2017, § 352 Rn. 78; Haußleiter/Schemmann, FamFG, 2. Aufl. 2017, § 352 Rn. 24; MüKoBGB/J. Mayer, 6. Aufl. 2013, § 2356 Rn. 49; BeckOK BGB/Siegmann/Höger, 37. Ed. Stand 1.11.

2013, § 2356 Rn. 7; Burandt/Rojahn/Gierl, ErbR, 2. Aufl. 2014, § 2356 BGB Rn. 19; Zimmer ZEV 2013, 307 [310]; BeckFormB FamR/Winkler, 5. Aufl. 2017, Form, S.V.1. [Anm. 10]; Münchner Vertragshandbuch/Heinze, VI, 7. Aufl. 2016, Form VIII.53 a [Anm. 11]; vgl. Litzemberger ZEV 2004, 450 mwN). Nur vereinzelt wird auch insoweit eine Gleichstellung des Vorsorgebevollmächtigten mit dem Betreuer verlangt (Staudinger/Herzog, BGB, Bearb. 2010, § 2356 Rz. 58). Bedarf ein geschäftsunfähiger Erbe, der nicht unter Betreuung steht, eines Erbscheins, behilft die Praxis sich vor diesem Hintergrund damit, dass der geschäftsunfähige Erbe bei der Beantragung des (ggf. gemeinschaftlichen) Erbscheins möglichst nicht als Antragsteller mitwirkt (insbesondere bei einer Mehrheit von Erben), dass das Nachlassgericht ersucht wird, von einer eidesstattlichen Versicherung gem. § 354 Abs. 3 S. 4 FamFG ausnahmsweise abzusehen, oder dass ausschließlich für die Beantragung des Erbscheins ein Betreuer bestellt wird, wozu die übliche Regelung in Vorsorgevollmachten, dass bei Bedarf der Bevollmächtigte zum Betreuer bestellt werden und die Vollmacht im Übrigen in Kraft bleiben soll, ihren guten Sinn hat (BeckFormB FamR/Winkler, 5. Aufl. 2017, Form S.V.1. [Anm. 10]; Münchner Vertragshandbuch/Heinze, VI, 7. Aufl. 2016, Form VIII.53 a [Anm. 11]).

In der nachfolgend abgedruckten Entscheidung hat das OLG Celle entschieden, dass auch die Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung durch einen Vorsorgebevollmächtigten zulässig ist, weil nach § 1896 Abs. 3 S. 2 BGB durch die Erteilung einer Vorsorgevollmacht die Anordnung einer Betreuung gerade ersetzt werden soll. Dabei hat es hervorgehoben, dass die Abgabe der eidesstattlichen Versicherung durch den Vorsorgebevollmächtigten nicht Gegenstand der („im Außenverhältnis“ üblicherweise ohne Weiteres wirksamen) Generalvollmacht in Vermögensangelegenheiten ist, sondern eine Angelegenheit der in nicht-vermögensrechtlichen Angelegenheiten erteilten Vorsorgevollmacht ist, deren Wirksamkeit jedenfalls insoweit davon abhängt, dass der Vollmachtgeber selbst nicht mehr handeln kann.

Für die notarielle Praxis liegt es aufgrund der Entscheidung des OLG Celle nahe, künftig in geeigneten Fällen zu versuchen, das Nachlassgericht mittels einer eidesstattlichen Versicherung des Vorsorgebevollmächtigten von der Richtigkeit der zur Begründung des Erbscheinsantrags gemachten Angaben zu überzeugen. Hierzu muss das Gericht aber auch davon überzeugt werden, dass der (vertretenen) Antragsteller selbst nicht mehr handeln kann (zu den Anforderungen Litzemberger FD-ErbR 2018, 407258). Ob andere Gerichte der Ansicht des OLG Celle folgen werden, dass die Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung durch einen Vorsorgebevollmächtigten nicht von vorneherein unzulässig ist, ist offen. Ggf. bleibt es selbstverständlich eine Frage des Einzelfalls, ob das Gericht die im Antrag enthaltenen Angaben hierdurch als nachgewiesen erachtet oder nicht.

Die Schriftleitung (TK)

Zum Sachverhalt:

I.

[1] Die 95-jährige an Demenz erkrankte Beteiligte zu 1 hat, vertreten durch den mit notarieller General- und Vor-

sorgevollmacht (vgl. Bl. 8 ff. d. A.) versehenen Bevollmächtigten W. P. am 6. März 2018 vor dem Amtsgericht – Nachlassgericht – Ottweiler (als Rechtshilfegericht) einen Antrag auf Erteilung eines Erbscheins aufgrund gesetzlicher Erbfolge gestellt, der sie als Alleinerbin des Erblassers, ihres Ehemannes, ausweist.

[2] Der Bevollmächtigte hat vor dem Nachlassgericht an Eides statt versichert, dass ihm nicht bekannt ist, was der Richtigkeit seiner zur Begründung des Erbscheinsantrags gemachten Angaben entgegensteht. Das für die Entscheidung über den Erbscheinsantrag zuständige Amtsgericht Hannover hat den Antrag auf Erteilung des Erbscheins mit dem angefochtenen Beschluss mit der Begründung abgelehnt, der Bevollmächtigte sei zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung als gewillkürter Vertreter nicht berechtigt. Er sei nicht ausdrücklich dazu bevollmächtigt worden, sondern im Wege der Vorsorgevollmacht nur zur Vertretung in nicht-vermögensrechtlichen Angelegenheiten berechtigt, sofern eine Stellvertretung rechtlich zulässig ist, was hinsichtlich der Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung nicht der Fall sei. Es bedürfe zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung eines gesetzlichen Vertreters, also eines Betreuers.

[3] Dagegen wendet die Beteiligte sich mit ihrer Beschwerde. Das Betreuungsgericht habe es abgelehnt, für die Beteiligte eine Betreuung mit dem Aufgabenkreis der Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung einzurichten, weil die Beteiligte eine Vorsorgevollmacht erteilt hat und der Bevollmächtigte die Angelegenheiten für die Betroffene regeln könne. Zudem könne ein Fremdbetreuer zu dem vorliegenden Fall keine konkreten Angaben machen oder entsprechende Informationen auch nur bei dem Bevollmächtigten einholen.

Aus den Gründen:

II.

[4] Die Beschwerde ist begründet.

[5] 1. Auf Verfahren zur Erteilung von Erbscheinen nach einem Erblasser, der vor dem 17. August 2015 verstorben ist, sind das Bürgerliche Gesetzbuch und das FamFG in der bis zu diesem Tag geltenden Fassung weiterhin anzuwenden (Art. 229 § 36 EGBGB).

Ein Vorsorgebevollmächtigter kann die Richtigkeit der Angaben zur Begründung eines Erbscheinsantrags an Eides statt versichern, wenn der vertretene Antragsteller hierzu nicht mehr selbst in der Lage ist

[6] 2. Der Bevollmächtigte der Beteiligten ist berechtigt, die Richtigkeit der zur Begründung des Erbscheinsantrags erforderlichen Angaben an Eides statt zu versichern (§ 2354 Abs. 1 Nr. 3-5, § 2356 Abs. 2 Satz 1 BGB a. F.).

[7] a) Grundsätzlich hat der Antragsteller die Richtigkeit seiner im Erbscheinsantrag gemachten Angaben selbst an Eides statt zu versichern. Es handelt sich bei der Abgabe einer Versicherung an Eides statt um eine höchstpersönliche Erklärung, bei der eine Vertretung durch einen gewillkürten Vertreter unzulässig ist (Staudinger/Herzog, BGB, Kommentierung zu § 2356 a. F. Stand April 2010, Rn. 56, 58). Ist der Vertretene jedoch nicht mehr zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung in der Lage, kann sein gesetzlicher Vertreter, z. B. ein Betreuer, die Erklärung abgeben, jedoch als eigene Erklärung und nicht für den Vertre-

tenen (Litzenburger, ZEV 2004, 450, 451, zit. nach beck-online).

Ein Vorsorgebevollmächtigter steht auch insoweit einem Betreuer als gesetzlichem Vertreter gleich

Dabei steht ein Vorsorgebevollmächtigter einem gesetzlichen Vertreter gleich, weil nach § 1896 Abs. 2 Satz 2 BGB durch die Vorsorgevollmacht gerade die Anordnung einer Betreuung ersetzt werden soll (Staudinger/Herzog, ebenda Rn. 58 m. w. N.; Palandt/Götz, BGB, 77. Aufl., § 1902 Rn. 3).

[8] b) Der Bevollmächtigte ist aufgrund der ihm von der Beteiligten vor dem Notar D. in H. am 29. Juli 2010 erteilten General- und Vorsorgevollmacht zur Abgabe der Versicherung an Eides statt berechtigt. Ihm ist nach § 2 der „in allen vermögensrechtlichen Angelegenheiten, bei denen eine Stellvertretung rechtlich zulässig ist,“ erteilten Generalvollmacht gestattet „c) Erklärungen aller Art abzugeben und entgegenzunehmen sowie Anträge zu stellen, abzuändern, zurückzunehmen“ und „k) den Vollmachtgeber gegenüber Gerichten zu vertreten, ...“. Ferner ist er nach § 1 der vorgenannten ihm für alle „nicht vermögensrechtlichen Angelegenheiten, bei denen eine Stellvertretung rechtlich zulässig ist“ notariell erteilten Vorsorgevollmacht, die „alle Erklärungen, Entscheidungen, Maßnahmen etc. erfassen (soll), zu denen gemäß § 1896 I BGB ein gerichtlich bestellter Betreuer berechtigt ist“ handlungsbefugt und insoweit einem Betreuer gleichzusetzen.

[9] c) Zweifel an der Wirksamkeit der dem Bevollmächtigten am 29. Juli 2010 erteilten notariellen General- und Vorsorgevollmacht sind vom Amtsgericht im angefochtenen Beschluss nicht geäußert worden und auch sonst nicht ersichtlich.

Diese Befugnis beruht auf der Vorsorgevollmacht betreffend die nicht-vermögensrechtlichen Angelegenheiten, deren Wirksamkeit davon abhängt, dass der Vollmachtgeber handlungsunfähig ist

[10] Für die Generalvollmacht ist in Teil 3, § 1 der vorgenannten notariellen Urkunde ausdrücklich geregelt, dass diese mit Unterzeichnung der Urkunde wirksam wird. Die Vorsorgevollmacht sollte hingegen zwar mit Ausnahme von Postangelegenheiten und Erteilung von Schweigepflichtsentscheidungen erst dann Wirksamkeit erlangen, wenn der Vollmachtgeber selbst nicht mehr handeln kann. Die letztgenannte Voraussetzung hat der Bevollmächtigte durch Vorlage des fachärztlich neurologisch-psychiatrischen Gutachtens der Fachärztin für Neurologie, Psychiatrie und Psychotherapie Dr. med. C. K. vom 8. Dezember 2017 (Bl. 44 ff. d. A.), wonach bei der Beteiligten eine „Demenzielle Entwicklung, ggw. mittelschwer, mit ausgeprägten Merkfähigkeitsstörungen sowie erheblich beeinträchtigter Kritik- und Urteilsfähigkeit“ vorliegt, nach Ansicht des Senats hinreichend nachgewiesen.

Ob die betreffenden Tatsachenangaben durch die eidesstattliche Versicherung des Vorsorgebevollmächtigten nachgewiesen ist, entscheidet das Nachlassgericht im Einzelfall nach pflichtgemäßem Ermessen

Letztlich obliegt die Entscheidung über die Frage, ob der Antragsteller selbst oder sein Vorsorgebevollmächtigter die eidesstattliche Versicherung betreffend die Richtigkeit der im Erbscheinsantrag gemachten Angaben, insbesondere die negativen Tatsachen, gegenüber dem Nachlass-

gericht abzugeben hat, jedoch dem Nachlassgericht nach pflichtgemäßem Ermessen (vgl. zur entsprechenden Frage für die Abgabe einer Vermögensauskunft (früher Offenbarungsversicherung) durch den Betreuer: BGH, Beschluss vom 14. August 2008 – I ZB 20/08 = WM 2008, 2264, Rn. 11/12, zit. nach juris).

7. Erbrecht – Zur Mitwirkung an der Vermächtniserfüllung durch einen Testamentsvollstrecker auf Seiten des Vermächtnisnehmers

(OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 2.1.2018 – 20 W 331/17)

GBO §§ 18, 20, 71 Abs. 2
BGB §§ 2147, 2203, 2223

Ist in einer letztwilligen Verfügung der mit der Erfüllung von Grundstücksvermächtnissen beauftragte Testamentsvollstrecker ausdrücklich von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit, so spricht dies für die Auslegung, dass der Erblasser ihm nicht nur zur Erklärung der Auflassung für die Erben, sondern auch zur Annahme der Auflassung auf Seiten der Vermächtnisnehmer die Befugnis erteilen wollte.

Zur Einordnung

Die nachfolgend abgedruckte Entscheidung des OLG Frankfurt befasst sich mit der Frage, ob ein hinsichtlich eines Grundstücksvermächtnisses eingesetzter Testamentsvollstrecker im Rahmen der Auflassung des Vermächtnisgegenstandes auch für den Vermächtnisnehmer die Auflassungserklärung abgeben und entgegennehmen kann. Darauf kommt es an, wenn allein der Testamentsvollstrecker Beteiligter eines Vermächtniserfüllungsvertrages sein soll, zB um im Falle eines minderjährigen oder geschäftsunfähigen Vermächtnisnehmers das Vermächtnis ohne Einbindung des Familien- oder Betreuungsgerichts zu erfüllen (vgl. *Tschernoster* RNotZ 2017, 125 [144]).

Ordnet der Erblasser in seiner letztwilligen Verfügung Testamentsvollstreckung im Hinblick auf ein Vermächtnis an, kann er unterschiedliche Aufgabenkreise für den Testamentsvollstrecker vorsehen (vgl. zusammenfassend *Bengel/Reimann/Bengel/Dietz*, HdB Testamentsvollstreckung, 6. Aufl. 2017, § 5 Rn. 354 ff.; *Staudinger/Reimann*, BGB, 2016, § 2223 Rn. 2 ff.). Zunächst kann reine Abwicklungsvollstreckung (vgl. § 2203 BGB) gewollt sein, so dass der Testamentsvollstrecker lediglich den Vermächtnisanspruch des Bedachten aus § 2174 BGB zu erfüllen hat (*MüKoBGB/Zimmermann*, 7. Aufl. 2017, § 2203 Rn. 9). Weiter ist anerkannt, dass auch entsprechend § 2209 BGB eine Dauertestamentsvollstreckung in Bezug auf ein Vermächtnis zulässig ist (vgl. *Muscheler* ZEV 2011, 230 mwN) und damit die dauerhafte Verwaltung des Vermächtnisgegenstandes dem Testamentsvollstrecker überantwortet werden kann. Schließlich sieht § 2223 BGB die Testamentsvollstreckung zur Durchsetzung der Beschwerden des Vermächtnisnehmers vor, also zB zur Ausführung von Untervermächtnissen (*BeckOGK BGB/Tolksdorf*, Stand 1.5.2018, § 2223 Rn. 11; *Staudinger/Reimann*, BGB, 2016, § 2223 Rn. 8). Auch Kombinationen dieser Ausgestaltungsmöglichkeiten sind denkbar (*Staudinger/Reimann*, BGB, 2016, § 2223 Rn. 7).

Besteht die Aufgabe des Testamentsvollstreckers in der Erfüllung eines Grundstücksvermächtnisses, stellt sich die Frage, ob er in notarieller Urkunde zugleich die Auflassungserklärung für den Vermächtnisnehmer abgeben kann. Das OLG Hamm (RNotZ 2010, 587 m. Einordn. d. Schrftl.) hat ebenso wie später das OLG München (MittBayNot 2013, 393 mAnm *Reimann*) dem Testamentsvollstrecker diese Kompetenz zuerkannt. In beiden Fällen beschränkte sich die Testamentsvollstreckung nicht allein auf die Vermächtniserfüllung, sondern wurde durch eine Dauertestamentsvollstreckung bzw. die Anordnung der Ausführung von Untervermächtnissen ergänzt. In der Literatur wird es zwar kritisch beurteilt, die Zuständigkeit des Testamentsvollstreckers ohne besondere Anhaltspunkte auf Erklärungen des Vermächtnisnehmers zu erstrecken (*Muscheler* ZEV 2011, 230 [232]; *Reimann* MittBayNot 2013, 394 [395]). Eine solche Erstreckung könne jedoch dann naheliegen, wenn die Vermächtniserfüllung notwendige Vorstufe einer späteren Dauertestamentsvollstreckung oder Untervermächtniserfüllung sei (vgl. BeckOK BGB/Lange, Stand 1.5.2018, § 2223 BGB Rn. 6 a; *Lehmann/Hahn* ZEV 2013, 577 [579]).

Das OLG Frankfurt schließt sich (für die Entscheidung allerdings nicht tragend) im Ergebnis der bisherigen obergerichtlichen Rechtsprechung an und spricht dem Testamentsvollstrecker auch die Befugnis zu, auf Seiten des Vermächtnisnehmers die Auflassung zu erklären. Im Beschlussfall lag – im Gegensatz zu den bisherigen Entscheidungen – eine reine Abwicklungsvollstreckung vor. Das OLG stützt sich argumentativ auf die vom Erblasser angeordnete Befreiung des Testamentsvollstreckers von § 181 BGB, die für eine Handlungskompetenz auf beiden Seiten (Nachlass und Vermächtnisnehmer) spreche.

Für die notarielle Praxis ist beim Entwurf des Vermächtniserfüllungsvertrages weiterhin Vorsicht geboten, weil eine höchstrichterliche Klärung bislang aussteht. Nach Möglichkeit sollte daher der Vermächtnisnehmer mitwirken (*Reimann* MittBayNot 2013, 394 [395]). Im Übrigen besteht – jedenfalls nach einer in der Literatur vertretenen Auffassung – bei der Gestaltung der Verfügung von Todes wegen die Möglichkeit, dem Testamentsvollstrecker ausdrücklich die Befugnis zur Vornahme der Erfüllungshandlung auf Seiten des Vermächtnisnehmers zuzuweisen (Bengel/*Reimann/Schaub*, HdB Testamentsvollstreckung, 6. Aufl. 2017, § 5 Rn. 90; *Reimann* MittBayNot 2013, 394 [395]; *Staudinger/Reimann*, BGB, 2016, § 2223 Rn. 4; aA wohl *Muscheler* ZEV 2011, 230 [232]).

Die Schriftleitung (TH)

Zum Sachverhalt:

I.

[1] Als Eigentümer des Eingangs bezeichneten Grundbesitzes sind im Grundbuch seit 24. Mai 2017 die Beschwerdeführer zu 1 bis 3 in Erbengemeinschaft aufgrund des notariellen Testaments vom 19. Juni 2008 eingetragen.

[2] Die Voreigentümerin A (im Folgenden: Erblasserin) hatte mit diesem notariellen Testament vom 19. Juni 2008 (UR-Nr. .../2008 des Notars B) die Beschwerdeführer zu 1 bis 3 zu ihren Erben zu gleichen Teilen eingesetzt.

[3] Außerdem hatte sie dort Vorausvermächtnisse des Inhalts angeordnet, dass der Beschwerdeführer zu 3 das Grundstück Flur ... Flurstück ... und die Beschwerdeführer zu 1 und 2 als Miteigentümer zu je 1/2 das Grundstück Flur ... Flurstück ... erhalten sollten. Zusätzlich hatte sie Testamentsvollstreckung angeordnet und dem Testamentsvollstrecker als Aufgabe die Durchführung der Erbauseinandersetzung zwischen den Miterben und die Erfüllung der angeordneten Vermächtnisse unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB zugewiesen. In einem weiteren privatschriftlichen Testament vom selben Tage hatte sie den Urkundsnotar B zum Testamentsvollstrecker ernannt.

[4] Unter dem 27. September 2017 reichte der hier verfahrensbevollmächtigte Notar seine UR-Nr. .../2017 mit näher bezeichneten Vollzugsanträgen bei dem Grundbuchamt ein. In dieser Urkunde hat der Testamentsvollstrecker in dieser Eigenschaft die beiden vorgenannten Grundstücke auf den Beschwerdeführer zu 3 bzw. die beiden Beschwerdeführer zu 1 und 2 als Miteigentümer übertragen, wobei er auch die Annahme der Eigentumsübertragung ausdrücklich jeweils für die Beschwerdeführer zu 1 bis 3 als Vermächtnisnehmer erklärte. Außerdem erklärte er als Testamentsvollstrecker die Auflassung und beantragte die Eigentumsumschreibung.

[5] Der Rechtspfleger des Grundbuchamtes beanstandete mit Zwischenverfügung vom 16. Oktober 2017 – soweit hier verfahrensgegenständlich – in Ziffer 1 und 2, die jeweils vom Testamentsvollstrecker allein erklärte Auflassung sei unwirksam, weil §§ 873, 925 BGB eine Einigung von Veräußerer und Erwerber, hier also von dem Testamentsvollstrecker einerseits und dem Beschwerdeführer zu 3 bzw. den Beschwerdeführern zu 1 und 2 andererseits erfordere.

[6] Gegen diese Beanstandungen in Ziffer 1 und 2 der Zwischenverfügung vom 16. Oktober 2017 hat der verfahrensbevollmächtigte Notar mit Schriftsatz vom 8. November 2017, auf dessen Inhalt wegen der Einzelheiten Bezug genommen wird, Beschwerde eingelegt. Zur Begründung wird unter Verweis auf im einzelnen zitierte Rechtsprechung im Wesentlichen geltend gemacht, der Testamentsvollstrecker habe die Auflassung nicht einseitig erklärt, sondern für die Erbengemeinschaft auf der einen und für die jeweiligen Vermächtnisnehmer auf der anderen Seite, so dass tatsächlich beiderseitige Einigungserklärungen über den Eigentumsübergang vorlägen. Die vom Testamentsvollstrecker erklärte Auflassung zur Erfüllung der Vorausvermächtnisse sei von dessen Verfügungsbefugnis gedeckt, so dass er in seiner Person auf beiden Seiten des Rechtsgeschäftes habe mitwirken können. Bei einer anderen Handhabung würden Sinn und Zweck sowie der Aufgabenkreis der angeordneten Testamentsvollstreckung vollkommen unterlaufen. Bei der vom Testamentsvollstrecker erklärten Auflassung handele es sich auch nicht um ein unzulässiges In-Sich-Geschäft gemäß § 181 BGB.

[7] Der Rechtspfleger des Grundbuchamtes hat der Beschwerde mit Beschluss vom 11. Dezember 2017, auf dessen Inhalt wegen der Einzelheiten Bezug genommen wird, nicht abgeholfen. Zur Begründung hat er im Wesentlichen ausgeführt, eine Kompetenz des Testamentsvollstreckers zur Vertretung des Vermächtnisnehmers bei der Entgegennahme der Auflassung bestehe nur, wenn der Testamentsvollstrecker nicht nur für die Vollziehung des Vermächtnisses zu sorgen habe, sondern auch auf Seiten des Vermächtnisnehmers eine entsprechende Aufgabe wahrneh-

men müsse, so dass die Erfüllung des Vermächtnisses nur eine Art „zwingende Vorstufe“ sei. Eine solche beidseitige Erfüllungskompetenz sei in den von der Beschwerde zitierten Entscheidungen der Oberlandesgerichte Hamm und München gegeben, nicht aber im vorliegenden Fall. Denn hier bestehe der Aufgabenbereich des Testamentsvollstreckers ausschließlich in der Erbauseinandersetzung und der Erfüllung der angeordneten Vermächtnisse.

Aus den Gründen:

II.

[8] Die Beschwerde, über welche nach der hier erfolgten Nichtabhilfeentscheidung des Grundbuchrechtspflegers gemäß §§ 72, 75 GBO der Senat als Beschwerdegericht zu entscheiden hat, ist zulässig.

Die Berechtigung zur Beschwerdeeinlegung für die Beteiligten folgt aus § 15 GBO

[9] Dabei ist zunächst klarzustellen dass es sich entgegen der Formulierung im Beschwerdeschriftsatz nicht um eine Beschwerde des Notars handelt, dem zur Einlegung dieses Rechtsmittels im eigenen Namen die Beschwerdebefugnis fehlen würde, sondern im Wege der gebotenen Auslegung davon ausgegangen werden muss, dass der Notar die Beschwerde – auch wenn die allerdings wünschenswerte diesbezügliche Klarstellung fehlt – hier im Namen der eingangs bezeichneten Beschwerdeführer aufgrund der Ermächtigung des § 15 GBO eingelegt hat (vgl. Demharter, GBO, 30. Aufl., § 15 Rn. 20 m. w. N.).

Die Entscheidung des Grundbuchamtes ist als Zwischenverfügung anfechtbar

[10] Der Anfechtung durch die Beschwerde unterliegen gemäß § 71 Abs. 1 GBO nur die Entscheidungen des Grundbuchamtes. Anfechtbar sind deshalb grundsätzlich nur die in der Sache ergehenden Entschlüsse. Bezogen auf einen Eintragungsantrag handelt es sich hierbei entweder um eine Zwischenverfügung im Sinne des § 18 Abs. 1 GBO oder eine sonstige abschließende Sachentscheidung, also eine Zurückweisung des Eintragungsantrages oder die Eintragung selbst, wobei für Letztere die Einschränkung des § 71 Abs. 2 GBO gilt. Sonstige Verfügungen des Grundbuchamtes, insbesondere bloße Vorbescheide oder Hinweise auf die Rechtslage, sind nicht mit der Grundbuchbeschwerde anfechtbar, weil es sich hierbei nicht um Entscheidungen im Sinne des § 71 GBO handelt (vgl. Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rn. 470 ff m. w. N.; OLG München Rpfleger 2011, 495 [OLG München 11.4.2011 – 34 Wx 160/11]; OLG Frankfurt NJW-RR 1997, 401 [OLG Frankfurt am Main 4.9.1996 – 20 W 299/96] sowie Senatsbeschlüsse vom 25. August 2010 – 20 W 282/10 und 2. April 2012, – 20 W 108/12 n. v.).

[11] Zwar sind grundsätzlich Verfügungen, welche keine Zwischenverfügungen im Sinne des § 18 GBO darstellen, nicht mit der Beschwerde anfechtbar. Ob eine anfechtbare Zwischenverfügung vorliegt, ist aufgrund des objektiven Erklärungsinhalts der Verfügung zu beurteilen, wobei nicht allein maßgeblich ist, ob das Grundbuchamt seine Verfügung als Zwischenverfügung bezeichnet hat oder behandelt wissen will (vgl. hierzu die Nachweise bei Demharter, a. a. O., § 71 Rn. 19). Der Senat geht im vorliegenden Fall von einer Zwischenverfügung aus, weil der Rechtspfleger in der hier teilweise angefochtenen Verfügung vom 16. Oktober 2017 eingangs die für eine Zwi-

schenverfügung ganz typische Formulierung, dass dem Vollzug mehrere Hindernisse entgegenstünden, gewählt hat, zu deren Behebung eine Frist von einem Monat gesetzt hat, sodann nummeriert die von ihm angenommenen Hindernisse aufgezählt hat, sowohl in der nachfolgenden Rechtsmittelbelehrung – als auch in seinem Nichtabhilfebeschluss die Verfügung ausdrücklich als Zwischenverfügung bezeichnet und durch die Vorlage an das Oberlandesgericht verfahrensmäßig auch so behandelt hat.

[12] Die somit zulässige Beschwerde führt auch in der Sache zum Erfolg, weil die Zwischenverfügung in dem hier angefochtenen Umfang betreffend deren Ziffern 1 und 2 schon aus formellen Gründen keinen Bestand haben kann.

Die Zwischenverfügung ist formell rechtswidrig, weil keine Wege zur Behebung der der Eintragung entgegenstehenden Hindernisse aufgezeigt werden

[13] Gegenstand einer Zwischenverfügung kann nach § 18 GBO nur die dem jeweiligen Antragsteller gegenüber ergehende Angabe von Eintragungshindernissen sein, verbunden mit der Fristsetzung zu deren Beseitigung und der Ankündigung der Antragszurückweisung bei nicht fristgemäßer Beseitigung. Die Zwischenverfügung hat demnach die Angabe sämtlicher Hindernisse zu enthalten, die der Eintragung entgegenstehen, ferner die Bezeichnung sämtlicher Mittel oder Wege zur Beseitigung der Hindernisse, die klar aufgezeigt werden müssen und schließlich die Setzung einer Frist zur Beseitigung der konkret aufgezeigten Hindernisse (vgl. die Nachweise bei OLG Frankfurt Rpfleger 1994,204; BayObLG 1997, 129; Meikel/Böttcher, GBO, 11. Aufl., § 18 Rn. 104 ff). Wegen der rangwahren Wirkung, die der Zwischenverfügung nach § 18 Abs. 2 GBO zukommt, darf sie nur dann erlassen werden, wenn das Grundbuchamt nach Beseitigung der Hindernisse von der Eintragungsfähigkeit ausgeht (vgl. BGH FGPrax 2014, 192 [BGH 26.6.2014 – V ZB 1/12]; BayObLG FGPrax 2001, 13 [BayObLG 30.11.2000 – 2 Z BR 120/00] und NJW-RR 1991, 465 [KG Berlin 22.10.1990 – 24 W 4800/90]; OLG Hamm MittRhNotK 1996, 225; OLG Schleswig FGPrax 2010, 282; OLG Düsseldorf RNotZ 2009, 238; OLG Frankfurt NJW-RR 1990, 1042 [OLG Frankfurt am Main 16.1.1990 – 20 W 501/89] und Beschluss vom 14. Oktober 2005 – 20 W 405/04 – dok. bei juris; Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 9. Juli 2010 – 2 W 94/10- dok. bei juris; Demharter, a. a. O., § 18 Rn. 8, 12, 32 und § 22 Rn. 31; Meikel/Böttcher, a. a. O., § 18 Rn. 36/37; Zeiser in BeckOK GBO, Stand 1.5.2017, § 18 Rn. 17 jeweils m. w. N.).

[14] Diesen Anforderungen entspricht die hier angefochtene Zwischenverfügung bezüglich der hier allein verfahrensgegenständlichen Ziffern 1 und 2 nicht. Der Grundbuchrechtspfleger legt in den Ziffern 1 und 2 seiner Zwischenverfügung zwar jeweils dar, aus welchen materiellrechtlichen Gründen aus seiner Sicht die vom Testamentsvollstrecker erklärte Auflassung unwirksam sei. Es fehlt jedoch als zwingendem weiterem Bestandteil einer Zwischenverfügung an der Darlegung, auf welchem Weg und mit welchen Mitteln die angenommenen Hindernisse mit der Folge der sodann gegebenen Eintragungsfähigkeit des Antrages ausgeräumt werden könnten.

[15] Bereits aufgrund dieses formellen Mangels können die angefochtenen Ziffern 1 und 2 der angefochtenen Zwischenverfügung keinen Bestand haben und waren deshalb aufzuheben.

[16] Gegenstand des Beschwerdeverfahrens ist nur die Zwischenverfügung im angefochtenen Umfang, nicht jedoch der Eintragungsantrag selbst, über welchen nunmehr zunächst das Grundbuchamt in eigener Verantwortung zu entscheiden haben wird. Insoweit weist der Senat allerdings zunächst ohne zwingende Bindungswirkung für das Grundbuchamt darauf hin, dass das vom Grundbuchrechtspfleger in Ziffer 1 und 2 der Zwischenverfügung angenommene Hindernis der Unwirksamkeit der von dem Testamentsvollstrecker jeweils erklärten Auflassung nicht gegeben sein dürfte.

Es ist umstritten, ob ein Testamentsvollstrecker bei der Erfüllung eines Grundstücksvermächtnisses auch auf Seiten des Vermächtnisnehmers mitwirken kann

[17] In Rechtsprechung und Literatur werden – allerdings zu inhaltlich jeweils unterschiedlichen Sachverhaltsausgestaltungen – verschiedene Auffassungen zu der Rechtsfrage vertreten, ob bei einem Grundstücksvermächtnis und angeordneter Testamentsvollstreckung sich die Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers, zu dessen Aufgabe die Erfüllung von Vermächtnissen gehört, auch auf die Entgegennahme der Auflassung durch den Vermächtnisnehmer erstreckt. Teilweise wird dies unter Hinweis darauf angenommen, dass der Anfall des Vermächtnisses keine Annahmeerklärung erfordere und eine Ausschlagung des Vermächtnisses dem Bedachten auch nach dessen Erfüllung durch den Testamentsvollstrecker noch möglich sei, ohne dass hierfür eine Frist bestehe (so wohl OLG München NJW-RR 2013, 1231 [OLG München 25.2.2013 – 34 Wx 30/13]; OLG Hamm NJW-RR 2011, 11 = ZEV 2011, 198 [OLG Hamm 27.7.2010 – I-15 Wx 374/09]). In der Literatur wird diese Auffassung teilweise als zu weitgehend abgelehnt (sowohl Staudinger/Reimann, BGB, Neubearb. 2016, § 2223 BGB Rn. 3; Muscheler ZEV 2011, 1231; zweifelnd Mayer in Beck OK-BGB § 2223 BGB Rn. 6 a; Zimmermann, Die Testamentsvollstreckung, 4. Aufl. 2014, dok. bei Juris Rn. 157).

Zur Bestimmung der Befugnisse des Testamentsvollstreckers ist die Auslegung der letztwilligen Verfügung maßgeblich

[18] Der Senat ist der Auffassung, dass diese Rechtsfrage nicht generell beantwortet werden kann, sondern es einer Entscheidung im jeweiligen Einzelfall bedarf.

[19] Dabei kommt es entscheidend darauf an, welche Aufgaben und Befugnisse dem Testamentsvollstrecker in der letztwilligen Verfügung durch den Erblasser eingeräumt wurden. Hierzu bedarf es zunächst der Auslegung der letztwilligen Verfügung, in welcher sowohl das Vermächtnis als auch die Testamentsvollstreckung angeordnet wurden. Bei dieser Auslegung kann zwar nicht außer Acht gelassen werden, dass es grundsätzlich allein in der Entscheidungskompetenz des Vermächtnisnehmers und nicht des Testamentsvollstreckers liegt, ob er das ihm vom Erblasser zugedachte Vermächtnis annimmt oder nicht. In diesem Zusammenhang spricht einiges für die von dem Grundbuchrechtspfleger in seiner Zwischenverfügung geäußerte Rechtsauffassung, dass eine im Testament angeordnete Testamentsvollstreckung dahingehend auszulegen ist, dass sie den Testamentsvollstrecker nicht nur zur Erklärung der Auflassung auf Seiten der Erbengemeinschaft berechtigt, sondern zugleich auch zur Annahme der Auflassung auf Seiten des jeweiligen Vermächtnisnehmers, wenn der als Vermächtnis zugewandte Vermögensgegenstand dem Be-

denken nicht zur freien Verfügung überlassen werden soll, sondern diesbezüglich weitere Beschränkungen oder Belastungen durch das Testament angeordnet sind, etwa in Gestalt einer Dauertestamentsvollstreckung oder eines Nach- oder Untervermächtnisses. Denn in derartigen Fallgestaltungen kann nur bei einer solchen weiteren Auslegung der dem Testamentsvollstrecker eingeräumten Befugnisse für eine baldige und vollständige Umsetzung des Willens des Erblassers gesorgt werden.

Die Befreiung des Testamentsvollstreckers von § 181 BGB spricht für die Befugnis, auch die für den Vermächtnisnehmer nötigen Erklärungen abzugeben

[20] Entgegen der Auffassung des Grundbuchrechtspflegers ist dies jedoch nicht die einzige Sachverhaltsgestaltung, in welcher eine solche Auslegung der letztwilligen Verfügung im Sinne einer Ermächtigung des Testamentsvollstreckers zur Erklärung der Auflassung nicht nur auf Seiten der Erbengemeinschaft, sondern zugleich auch für den Empfänger des durch Vermächtnis zugewandten Gegenstandes in Betracht kommen kann. Vielmehr ist im vorliegenden Fall für die Auslegung auch von Bedeutung, dass der Testamentsvollstrecker in § 3 Absatz 4 des notariellen Testamentes vom 19. Juni 2008 ausdrücklich von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit wurde. Der Senat sieht hierin einen deutlichen Hinweis darauf, dass der Testamentsvollstrecker zur Erfüllung der hier angeordneten Vorausvermächtnisse für die Erben ohne deren Mitwirkung bei der Entgegennahme der Auflassung ermächtigt werden sollte. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der hier als Testamentsvollstrecker eingesetzte Rechtsanwalt und Notar in der letztwilligen Verfügung selbst weder als Erbe noch als Vermächtnisnehmer bedacht wurde, so dass es aus diesem Blickwinkel der Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB nicht bedurfte, im Unterschied zu der hier nicht gegebenen Sachverhaltsgestaltung, dass ein Miterbe zum Testamentsvollstrecker eingesetzt ist. Zu beachten ist weiterhin, dass vorliegend gerade keine Dauertestamentsvollstreckung angeordnet wurde, sondern die Aufgabe des Testamentsvollstreckers sich in der Durchführung der Erbauseinandersetzung zwischen den Miterben und der Erfüllung der angeordneten Vermächtnisse erschöpft. In diesem Zusammenhang macht die Befreiung des Testamentsvollstreckers von den Beschränkungen des § 181 BGB nur dann einen Sinn, wenn diesem damit die Möglichkeit der zügigen Erledigung seiner Aufgaben gerade auch bei der von der Erblasserin beabsichtigten Zuweisung der Grundstücke an die einzelnen Miterben als Vorausvermächtnisnehmer eingeräumt wird. Deshalb ist im vorliegenden Fall das notarielle Testament vom 19. Juni 2008 nach Auffassung des Senates dahingehend auszulegen, dass hier zu den Aufgaben des Testamentsvollstreckers im Rahmen der Erfüllung der Vorausvermächtnisse auch die Erklärung der Auflassung auf Seiten der jeweiligen Miterben und Vorausvermächtnisnehmer gehört.

Im Übrigen ist die Mitwirkung der Vermächtnisnehmer an der notariellen Urkunde als Annahme der Vermächtnisse anzusehen

[21] Ohne dass es rechtlich hierauf noch entscheidend ankäme, weist der Senat ergänzend darauf hin, dass von einer Annahme des Vorausvermächtnisses durch die Beschwerdeführer zu 1 und 2 bereits deshalb auszugehen ist, weil sie in Abschnitt D der notariellen Urkunde vom 19. September 2017 über das ihnen als Vorausvermächtnis zugewandte Grundstück als Nachlassgegenstand durch Verkauf und

Übertragung an den Beschwerdeführer zu 3 verfügt haben. Der Beschwerdeführer zu 3 hat zwar in der notariellen Urkunde bezüglich des ihm als Vorausvermächtnis zugewandten Grundstückes selbst ausdrücklich keine rechtsgeschäftlichen Erklärungen abgegeben. Er hat jedoch ausweislich des Inhaltes der notariellen Urkunde bei deren Errichtung mitgewirkt und hierbei eigene rechtsgeschäftliche Erklärungen in Abschnitt D als Erwerber des den Beschwerdeführern zu 1 und 2 zugewandten Grundstückes abgegeben. In diesem Kontext wäre es bei lebensnaher Betrachtung schwer nachvollziehbar, dass er der in seiner Anwesenheit erfolgten Erklärung der Annahme der Auffassung des ihm durch Vorausvermächtnis zugewandten Grundstückes durch den Testamentsvollstrecker nicht widersprochen hat, wenn er zu einer Annahme dieses Vorausvermächtnisses nicht bereit gewesen wäre.

[22] Im Hinblick auf den Erfolg der Beschwerde war weder eine Kostenentscheidung noch eine Wertfestsetzung oder eine Entscheidung über die Zulassung der Rechtsbeschwerde veranlasst. ■

8. Erbrecht – Zum notariellen Auseinandersetzungszeugnis gemäß § 36 GBO

(OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 10.10.2017 – 20 W 72/16)

FamFG §§ 28, 344 Abs. 4a

BGB §§ 2048, 2113 Abs. 1, 2175, 2232

GBO §§ 22, 35, 36 Abs. 1, 2 u. 2a

GNotKG §§ 22, 25

1. § 36 Abs. 2 a GBO begründet eine Zuständigkeit zur Erteilung eines Zeugnisses im Sinne des § 36 GBO für den Notar, der eine notarielle Nachlassauseinandersetzung im Nachlassvermittlungsverfahren im Sinne der §§ 363 ff. FamFG vermittelt hat.
2. Grundsätzlich hat das Grundbuchamt die inhaltliche Richtigkeit des Zeugnisses im Sinne des § 36 GBO – auch bezüglich der weiteren Erklärungen wie etwa einer Auffassung – ebenso wenig wie bei einem Erbschein zu prüfen. Wenn dem Grundbuchamt jedoch positiv bekannt ist, dass das Zeugnis unrichtig ist, darf und muss es die Eintragung verweigern.

Zur Einordnung

In der nachfolgend abgedruckten Entscheidung befasst sich das OLG Frankfurt mit den Grenzen der Nachweiswirkung eines notariellen Auseinandersetzungszeugnisses gem. § 36 Abs. 1, 2 a GBO im Grundbuchverfahren.

Nachlassgerichtliche Auseinandersetzungszeugnisse haben in der Kautelarpraxis eine gewisse Relevanz. Ist ein Grundstück Gegenstand einer Erbauseinandersetzung, kann bei fehlendem notariellem Testament der Erbschein erhebliche Kosten auslösen, da sich die Gebühren gem. § 40 GNotKG nach dem Wert des Gesamtnachlasses richten (vgl. Bsp. bei *Rupp* notar 2014, 96 f.). Einen kostengünstigeren Nachweis kann in diesem Fall ein Zeugnis des Nachlassgerichts gem. § 36 Abs. 1 u. 2 GBO bieten, für das gem. § 41 GNotKG als Geschäftswert der Wert des Nachlassgrundstückes heranzuziehen ist. Ein solches Zeugnis weist die Rechtsnachfolge und die zur Eintragung des Eigentumsübergangs erforderlichen Erklärungen der Be-

teiligten aus (§ 36 Abs. 1 GBO) und soll dadurch die grundbuchmäßige Durchführung der Auseinandersetzung einer Erben- oder Gütergemeinschaft erleichtern (Firsching/Graf/Graf, NachlassR, 10. Aufl. 2014, Teil 4 Rn. 4.378; vgl. auch Bauer/Schaub/Schaub GBO 4. Aufl. 2018, § 36 Rn. 1; Kersten ZNotP 2004, 93 [94]). § 36 Abs. 1 GBO verlangt für die Erteilung eines solchen Zeugnisses im Rahmen einer Erbauseinandersetzung, dass bei einem zum Nachlass gehörenden Grundstück oder Erbbaurecht einer der Erben als Eigentümer oder Erbbauberechtigter eingetragen werden soll (*Demharter* GBO 31. Aufl. 2018 §§ 36, 37 Rn. 6). Erforderlich ist daher, dass es sich um eine aus mehreren Personen bestehende Erbengemeinschaft handelt (BeckOK GBO/Zeiser, 32. Ed., Stand 1.5.2018, § 36 Rn. 3). Auch über die Auseinandersetzung des zwischen Vor- und Nacherben bestehenden gesetzlichen Schuldverhältnisses kann ein solches Zeugnis errichtet werden (BeckOK GBO/Zeiser, 32. Ed., Stand 1.5.2018, § 36 Rn. 3; vgl. auch Bauer/Schaub/Schaub GBO 4. Aufl. 2018, § 36 Rn. 12 und Meikel/Krause GBO 11. Aufl. 2015 § 36 Rn. 18: entsprechende Anwendung). Die Vorschrift ist dagegen nicht auf die Eintragung nach Eigentums-erwerb kraft Gesetzes anwendbar und damit nicht auf die Eintragung einer ungeteilten Erbengemeinschaft (Firsching/Graf/Graf, NachlassR, 10. Aufl. 2014, Teil 4 Rn. 4.379) oder des Alleinerben oder alleinigen Vorerben (Bauer/Schaub/Schaub GBO 4. Aufl. 2018, § 36 Rn. 11; Meikel/Krause GBO 11. Aufl. 2015 § 36 Rn. 17; sa BeckOK-GBO/Zeiser, 32. Ed., Stand 1.5.2018, § 36 Rn. 3). Weist das Zeugnis die Erbfolge aus, sind auch Angaben zu Nacherbfolge und Testamentsvollstreckung zu machen (Bauer/Schaub/Schaub GBO 4. Aufl. 2018, § 36 Rn. 37; KEHE/Volmer GrundbuchR 7. Aufl. 2015, § 36 Rn. 13). Das Nachlassgericht darf das Zeugnis nur ausstellen, wenn es geprüft hat, dass die Voraussetzungen für die Erteilung eines Erbscheins vorliegen und die Abgabe der Erklärungen der Beteiligten in einer den Vorschriften der GBO entsprechenden Weise nachgewiesen ist (§ 36 Abs. 2 GBO; vgl. auch DNotI Gutachten Nr. 143525 v. 17.8.2015).

Seit Inkrafttreten des Gesetzes zur Übertragung von Aufgaben im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit auf Notare im Jahr 2013 kann auch ein Notar, der mit der Vermittlung der Nachlassauseinandersetzung gem. §§ 363 ff. FamFG befasst war, ein entsprechendes Auseinandersetzungszeugnis gem. § 36 Abs. 1, 2 a GBO ausstellen. Erteilt ein Notar das Zeugnis nach einer Nachlassvermittlung, bedarf er jedoch – neben der in diesem Fall von ihm vorzunehmenden Prüfung der vorgenannten Voraussetzungen – zusätzlich gem. § 36 Abs. 2 a GBO eines Erbscheins über das Erbrecht sämtlicher Erben. In der Literatur ist die Zweckmäßigkeit der Erteilung eines Auseinandersetzungszeugnisses durch den Notar bisher nicht erörtert worden. Bei der Schaffung des § 36 Abs. 2 a GBO hat sich der Gesetzgeber an einer vergleichbaren Regelung in Art. 39 Abs. 1 S. 1 BayAGGVG orientiert (BT-Drs. 17/1469, S. 19). Aufgrund der vorverlagerter Prüfung der Voraussetzungen für die Eintragung des Eigentumswechsels durch das Nachlassgericht bzw. den Notar prüft das Grundbuchamt nur noch die sachliche Zuständigkeit des Ausstellers, die Form des Zeugnisses und ob das Zeugnis inhaltlich die Erbfolge und die Abgabe der zur Eigentumsumschreibung erforderlichen Erklärungen ausweist (Bauer/Schaub/Schaub GBO 4. Aufl. 2018, § 36 Rn. 43). Die sachliche Richtigkeit des Zeugnisses ist grundsätzlich nicht Gegenstand der Prüfung (KE-

HE/Volmer GrundbuchR 7. Aufl. 2015, § 36 Rn. 18 f.; Bauer/Schaub/Schaub GBO 4. Aufl. 2018, § 36 Rn. 44, § 35 Rn. 71 ff.).

In dem der vorliegenden Entscheidung zugrundeliegenden Fall war die Beteiligte befreite Vorerbin nach ihrem Vater geworden und hatte später als unbeschränkte Alleinerbin der Mutter auch den einzigen anderen Erbteil am Nachlass des Vaters geerbt. In einer fiktiven Erbausensetzungsvereinbarung hat sie sodann den im Nachlass befindlichen Grundbesitz dem unbeschränkten Erbteil zugewiesen und unter Vorlage eines notariellen Auseinandersetzungszeugnisses die Löschung des Nacherbenvermerks beantragt. Das OLG Frankfurt kommt in seinem Beschluss aufgrund einer Auslegung des § 36 GBO zu dem Ergebnis, dass das Auseinandersetzungszeugnis nur für die Eigentumseintragung geeignet ist, nicht für andere Eintragungen wie die Löschung eines Nacherbenvermerks. Das Grundbuchamt war zudem zur Zurückweisung des Antrags auf Eigentumseintragung unter Löschung des Nacherbenvermerks durch ein die Vor- und Nacherbfolge nicht ausweisendes Zeugnis aufgrund positiver Kenntnis der Unrichtigkeit des Zeugnisses befugt. Das OLG Frankfurt hat ferner die Rechtsbeschwerde zugelassen, da insbesondere zu Inhalt und Reichweite des § 36 GBO keine höchstrichterliche Rechtsprechung existiere und eine Klärung der verschiedenen, in einer Vielzahl von Fällen auftretenden Fragen zur Auslegung der Vorschrift der Fortbildung des Rechts diene. Die Rechtsbeschwerde wurde eingelegt und wird beim BGH unter dem Aktenzeichen V ZB 228/17 geführt.

Nach der in der Literatur vertretenen Auffassung soll für die Erteilung eines notariellen Auseinandersetzungszeugnisses keine Gebühr anfallen (Keller/Munzig, Grundbuchrecht, 7. Aufl. 2015, § 36 GBO Rn. 1; Heinemann, FGPrax 2013, 139). Weitere Anwendungsfälle dieser Zeugnisse betreffen die Fortsetzung einer Gütergemeinschaft (ebenfalls § 36 GBO) und die Eintragung eines neuen Gläubigers einer zum Nachlass gehörenden Hypothek, Grund- oder Rentenschuld (§ 37 GBO; Muster finden sich bei Firsching/Graf/Graf, NachlassR, 10. Aufl. 2014, Teil 4 Rn. 4.377 ff.).

Die Schriftleitung (IK)

Zum Sachverhalt:

I.

[1] Die Antragstellerin ist seit dem 26.5.1983 „zufolge Erbfolge und Berichtigung“ im Grundbuch von Stadt 1, Blatt ..., als Eigentümerin eingetragen. In Abt. ... ist als lfd. Nr. ... ein Nacherbenvermerk mit folgendem Inhalt eingetragen:

„Frau A ist bezüglich der ideellen Hälfte im Fall eines kinderlosen Todes nur befreite Vorerbin. Nacherbe ist insoweit die „Familie“ des am ...1976 verstorbenen A1 (Vater der jetzigen Eigentümerin). Die Nacherbfolge tritt mit dem kinderlosen Tode der Vorerbin ein. Gemäß Erbschein des Amtsgerichts L. vom 5. Oktober 1979 (.../79) eingetragen am 26. Mai 1983.“

[2] Gleichlautende Nacherbenvermerke sind auch in Abt. ..., lfd. Nr. ... des Grundbuchs von Stadt1, Blatt ..., bezüglich des hälftigen im Eigentum der Antragstellerin stehenden Anteils I/1 a und im Grundbuch von Stadt1, Blatt ...,

wo die Antragstellerin als Alleineigentümerin eingetragen ist, gebucht.

[3] Der Erbschein vom 5.10.1979 (.../79, Amtsgericht L.), der sich in beglaubigter Abschrift in der nicht foliierten Grundakte des Grundbuchs von Stadt1, Blatt ..., befindet, weist die Antragstellerin und ihre am ...1978 verstorbene Mutter als Erbinnen ihres am ...1976 verstorbenen Vaters A1 zu 1/2 aus, die Antragstellerin (Erbin zu 2.) als befreite Vorerbin. Weiter heißt es in dem Erbschein:

„Soweit Vor- und Nacherbfolge (bezüglich der Erbin zu 2.) angeordnet ist, tritt die Nacherbfolge ein mit dem kinderlosen Tod der Vorerbin.

Nacherbe ist die „Familie“ des Erblassers.“

[4] In dem privatschriftlichen Testament vom 17.10.1973, das dem Erbschein vom 5.10.1979 zugrunde lag und das sich in beglaubigter Abschrift in der Aktenlasche der Grundakte des Grundbuchs von Stadt1, Blatt ..., befindet, hatte der Erblasser u. a. bestimmt, dass die Antragstellerin das Anwesen ...straße1 Anwesen mit Garten und die Ehefrau das Haus ... Straße2 und alle ihm gehörigen Grundstücke erhält. Laut einem weiteren Erbschein des Amtsgerichts L. vom 5.10.1979 (.../78), der sich ebenfalls in beglaubigter Abschrift in der nicht foliierten Grundakte des Grundbuchs von Stadt1, Blatt ..., befindet, ist die Antragstellerin die Alleinerbin ihrer Mutter.

[5] Mit Schriftsatz ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 21.1.2013 hat die Antragstellerin die Löschung der Nacherbenvermerke im Grundbuch von Stadt1, Blatt ..., ... und ..., beantragt. Sie hat dies im Wesentlichen damit begründet, dass sich die Anordnung der Vor- und Nacherbschaft nur auf die Vermögenswerte erstrecken könnte, die nach der von dem Erblasser getroffenen Teilungsanordnung an die Antragstellerin fallen sollten, nämlich das (inzwischen verkaufte) Anwesen ...straße1 in Stadt1. Dagegen seien die weiteren im Eigentum bzw. Miteigentum des Erblassers stehenden Grundstücke auf Grund der im Testament getroffenen Teilungsanordnung auf die Mutter der Antragstellerin als Vollerbin und von dieser aufgrund deren Testaments vom Dezember 1977 auf die Antragstellerin als alleinige Vollerbin übergegangen.

[6] Mit Zwischenverfügung vom 23.1.2013 hat die Rechtspflegerin beim Grundbuchamt im Grundbuch von Stadt1, Blatt ..., für die beantragte Löschung die Vorlage entweder der Löschungsbewilligung der Nacherben, eventuell vertreten durch einen Ergänzungspfleger, in der Form des § 29 GBO sowie die rechtskräftige betreuungsgerichtliche Genehmigung nebst Wirksamkeitsnachweis verlangt oder eine Ausfertigung eines neu erteilten Erbscheins nach dem Vater der Antragstellerin, der keinen Nacherbenvermerk mehr enthält. Auf die Beschwerde der Antragstellerin hat der Senat durch Beschluss vom 12.11.2013 in dem Beschwerdeverfahren 20 W 47/2013 diese Zwischenverfügung aus formellen Gründen aufgehoben, soweit darin die Löschungsbewilligung der Nacherben bzw. Ersatznacherben verlangt wurde. Die weitergehende Beschwerde der Antragstellerin hat er zurückgewiesen. Wegen der Begründung dieser Senatsentscheidung wird auf die sich in der Grundakte des Grundbuchs von Stadt1, Blatt ..., befindliche beglaubigte Abschrift dieses Beschlusses verwiesen.

[7] Nach Rückgabe der Akten an das Amtsgericht hat die Rechtspflegerin beim Grundbuchamt auf die Beschwerde der Antragstellerin durch Verfügung vom 28.11.2013 die

Zwischenverfügung vom 23.1.2013 insoweit abgeändert, dass sich diese nicht nur auf Blatt ..., sondern auch auf die Grundbuchblätter ... und ... des Grundbuchs von Stadt1 bezieht, soweit ein neuer Erbschein nach dem Vater der Antragstellerin verlangt worden war. Hinsichtlich der alternativ geforderten Löschungsbewilligung der Nacherben in der Form des § 29 GBO hat die Rechtspflegerin beim Grundbuchamt die Zwischenverfügung in eine Hinweisverfügung gemäß § 28 FamFG geändert.

[8] Unter dem 18.12.2013 hat der Verfahrensbevollmächtigte seine Urkunde vom 16.12.2013, UR-Nr. .../2013 ..., unter Hinweis auf Abschnitt ... und ... mit der Bitte um Vollzug der Anträge beim Grundbuchamt eingereicht. Darin hat die Antragstellerin eine Auseinandersetzungserklärung abgegeben, wonach sie das in den betroffenen Grundbüchern für sie eingetragene Allein- bzw. Miteigentum als Alleinerbin ihrer Mutter erhalte. Als Miterbin nach ihrem Vater und als Alleinerbin der weiteren Miterbin, ihrer Mutter, sei sie über den Eigentumsübergang des betroffenen Grundbesitzes auf sich als Alleinerbin ihrer Mutter einig. Weiter hat die Antragstellerin in diesen Urkunden einen Antrag auf Erteilung eines Auseinandersetzungszeugnisses nach § 36 GBO gestellt. Die Antragstellerin hat weiter bewilligt und beantragt, sie unter Löschung des im Grundbuch eingetragenen Nacherbenvermerks als Miteigentümerin bzw. Alleineigentümerin in der Rechtsnachfolge nach A2 im Grundbuch einzutragen.

[9] Mit Schreiben vom 19.12.2013 hat die Rechtspflegerin beim Grundbuchamt u. a. darauf hingewiesen, dass die Antragstellerin infolge Grundbuchberichtigung nach mehreren Erbfällen bereits als Allein- bzw. Miteigentümerin eingetragen sei und für eine nochmalige Eintragung das Rechtsschutzbedürfnis fehle. Außerdem bestehe kein Gesamtgut bzw. keine Gesamthandsgemeinschaft, die auseinandergesetzt werden könne. Für die Erteilung eines Auseinandersetzungszeugnisses sei das Nachlassgericht, nicht das Grundbuchamt zuständig.

[10] Durch Beschluss vom 23.1.2014 hat Rechtspflegerin beim Grundbuchamt die Anträge vom 21.1.2013 und 18.12.2013 auf Eintragung der Löschung von Nacherbenvermerken sowie einer Eigentumsumschreibung zurückgewiesen, da die in den Zwischenverfügungen vom 23.1./28.11.2013 aufgezeigten Hindernisse nicht innerhalb der gesetzten Frist behoben worden seien. Die hiergegen gerichtete Beschwerde der Antragstellerin hat der Senat durch Beschluss vom 8.9.2015 in dem Beschwerdeverfahren .../2014 zurückgewiesen. Zur Begründung hat der Senat im Wesentlichen ausgeführt, dass die Zurückweisung der von der Antragstellerin beantragten Löschung der in den betroffenen Grundbuchblättern eingetragenen Nacherbenvermerke im Ergebnis zu Recht erfolgt sei, da es keine Eintragungsgrundlage für diese Löschung gebe. Weder sei eine Löschungsbewilligung der durch die Nacherbenvermerke geschützten Berechtigten vorgelegt worden, noch habe die Antragstellerin die Unrichtigkeit im Sinn des § 22 Abs. 1 Satz 1 GBO hinsichtlich der Eintragung der Nacherbenvermerke in der Form des § 29 GBO nachgewiesen. Der Antragstellerin sei es in dem Nachlassverfahren .../79, Amtsgericht L. = 20 W 161/14, Oberlandesgericht Frankfurt am Main nicht gelungen, einen Erbschein zu erlangen, der sie als unbeschränkte Vollerbin ihres Vaters ausweise, und die Einziehung des gemeinschaftlichen Erbscheins vom 5.10.1979, wonach sie lediglich befreite Vorerbin ihres Vaters zu 1/2 neben ihrer Mutter geworden sei, zu erreichen. Demnach sei die Unrichtig-

keit des Grundbuchs hinsichtlich der auf dem Erbschein vom 5.10.1979 beruhenden Grundbuchberichtigung durch Eintragung der Antragstellerin als Allein- bzw. Miteigentümerin in Verbindung mit der Eintragung der jeweiligen Nacherbenvermerke nicht nachgewiesen. Außerdem habe die Antragstellerin kein Auseinandersetzungszeugnis gemäß § 36 GBO vorgelegt, aus dem sich der von ihr gewünschte Nachweis einer Rechtsnachfolge von Todes wegen ohne Beschränkung entsprechend dem Erbschein vom 5.10.1979, .../79 Amtsgericht L., ergebe. In diesem Zusammenhang hat der Senat auf seinen Beschluss vom 14.7.2015, 20 W 116/14, hingewiesen. Darin hatte der Senat eine Beschwerde gegen einen Beschluss des Amtsgerichts L. – Nachlassgericht – vom 12.2.2014 zurückgewiesen, durch den das Nachlassgericht zuvor einen auf die notarielle Urkunde des Verfahrensbevollmächtigten vom 16.12.2013, UR-Nr. .../2013 ..., ergänzt durch den Nachtrag vom 27.1.2014, UR-Nr. .../2014 ... des Verfahrensbevollmächtigten, gestützten Antrag auf Erteilung eines Auseinandersetzungszeugnisses nach § 36 GBO zurückgewiesen hatte. Wegen der Einzelheiten der Begründung der Senatsentscheidung vom 8.9.2015 wird auf die sich in der Grundakte des Grundbuchs von Stadt1, Blatt ..., befindliche beglaubigte Abschrift dieses Beschlusses verwiesen.

[11] Unter dem 7./8.9.2015 hat der Verfahrensbevollmächtigte sodann einen Grundbucheintragungsantrag in öffentlich beglaubigter Form vom 1.9.2015, UR-Nr. .../2015 ..., beim Grundbuchamt eingereicht. Ausweislich dieses Antrages, auf dessen Einzelheiten verwiesen wird, hat die Antragstellerin beantragt, sie unter Löschung des Nacherbenvermerks als Miteigentümerin zu 1/2 an dem im Grundbuch von Stadt1, Blatt ..., und als Alleineigentümerin an dem im Grundbuch von Stadt1, Blatt ... und Blatt ..., eingetragenen Grundbesitz einzutragen. Dazu hat er beglaubigte Abschriften des Antrags der Antragstellerin auf Erteilung eines Auseinandersetzungszeugnisses nach § 36 GBO vom 16.12.2013, UR-Nr. .../2013 ... des Verfahrensbevollmächtigten, und des Nachtrags zu diesem Antrag vom 27.1.2014, UR-Nr. .../2014 ... des Verfahrensbevollmächtigten, eingereicht, sowie eine Ausfertigung des daraufhin vom Verfahrensbevollmächtigten erteilten Zeugnisses nach § 36 Abs. 1, 2 a GBO vom 1.9.2015. In der letztgenannten Urkunde ist unter anderem (Ziffer 1.) ausgeführt, dass Erben des A1 dessen Ehefrau A2 sowie die Antragstellerin – die Tochter des A1 – je zur Hälfte geworden seien, die Ehefrau als Vollerbin, die Antragstellerin als Vorerbin. Eine Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft nach A1 sei zu Lebzeiten der A2 nicht erfolgt. Unter Ziffer 4. ist ausgeführt, dass die Antragstellerin in den vorgenannten Urkunden eine Auseinandersetzungserklärung dahingehend abgegeben habe, dass der hier verfahrensgegenständliche Grundbesitz, der zum Nachlass des A1 gehöre (Ziffer 3. der Urkunde), auf sie als Alleinerbin ihrer Mutter A2 zum Alleineigentum in der Rechtsnachfolge auf Frau A2 übergegangen sei. Sie habe als Miterbin nach ihrem Vater A1 und als Alleinerbin der weiteren Miterbin A2 die Einigung über den Übergang des Eigentums an dem vorstehend bezeichneten Grundbesitz auf sich als Alleinerbin nach ihrer Mutter A2 erklärt und ihre Eintragung als Alleineigentümerin bzw. Miteigentümerin als Vollerbin nach A2, diese als Vollerbin nach A1 bewilligt und beantragt. Auf die Einzelheiten und den genauen Wortlaut der genannten Urkunden, die sich in der Grundakte des Grundbuchs von Stadt1, Blatt ..., befinden, wird insgesamt Bezug genommen.

[12] Durch Verfügung vom 14.10.2015 hat die Rechtspflegerin beim Grundbuchamt zunächst darauf hingewiesen, dass für die Erteilung eines Zeugnisses nach § 36 GBO das Nachlassgericht funktionell zuständig sei. Ein entsprechender Antrag sei bereits durch Beschluss des Nachlassgerichts vom 12.2.2014 zurückgewiesen worden, ebenso die hiergegen gerichtete Beschwerde durch den Senat mit Beschluss vom 14.7.2015 im Verfahren 20 W 116/14. Auch seien die bisherigen Anträge im Grundbuchverfahren rechtskräftig zurückgewiesen worden. Nach wie vor sei demgemäß eine Bewilligung der Nacherben in der Form des § 29 GBO nebst Nachweis der Nacherbenstellung oder der Nachweis der Grundbuchunrichtigkeit vorzulegen.

[13] Nach Verweis des Verfahrensbevollmächtigten auf § 36 Abs. 2 a GBO hat die Rechtspflegerin beim Grundbuchamt sodann durch weitere Verfügung vom 21.10.2015 darauf hingewiesen, dass das Zeugnis nicht den Vorschriften des § 36 GBO entspreche und zur Löschung der Nacherbenvermerke die öffentlich beglaubigte Zustimmung der Nacherben fehlen würde. Ein Zeugnis nach § 36 GBO setze grundsätzlich voraus, dass eine Mehrheit von Erben vorhanden sei. Für einen Alleinerben gelte § 36 GBO nicht; er könne sein Erbrecht nur nach § 35 GBO nachweisen. Ein Zeugnis nach § 36 GBO habe zu dokumentieren, dass die zur Übertragung erforderlichen Erklärungen materiell wirksam seien. Eine Auflassung zwischen Vorerben und Nacherben habe nicht in der gebotenen Form nach § 29 GBO nachgewiesen werden können.

[14] Der Verfahrensbevollmächtigte hat hierzu mit Schriftsatz vom 16.11.2015 Stellung genommen. Darin hat er unter anderem darauf hingewiesen, dass eine Erbengemeinschaft grundsätzlich auch dann fortbestehe, wenn von zwei Miterben ein Miterbe den anderen Miterben beerbe. Dies gelte jedenfalls dann, wenn der Erbteil des einen Miterben belastet sei und dieser „belastete Miterbe“ den unbelasteten Erbteil des anderen Miterben erbe. So liege der Fall hier. Auf den Tod von A1 sei die Antragstellerin durch Nacherbschaft belastete Miterbin geworden, A2 unbelastete Miterbin. Auf deren Tod habe die Antragstellerin deren (unbelasteten) Erbteil im Erbwege erhalten. Dieser Erbteil könne nicht durch Nacherbschaft belastet sein. Zum unbelasteten Erbe von A2 würde sämtlicher Grundbesitz von A1 mit Ausnahme des Grundstücks ...straße1 samt Garten gehören. Habe ein Erblasser in seinem Testament zwei Erben eingesetzt, von denen nur einer mit Nacherbschaft belastet sei, und habe er durch Teilungsanordnung dem nicht durch Nacherbschaft belasteten Erben bestimmte Vermögenswerte zugeordnet, könne sich die Nacherbenbelastung nicht dadurch auf das Gesamtvermögen erstrecken, dass der unbelastete Erbe vor der Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft sterbe und von dem durch Nacherbschaft belasteten Miterben beerbt werde. Der überlebende Erbe halte zwei Erbteile, einen mit Nacherbschaft belasteten und einen unbelasteten. Er müsse in der Lage sein, das durch Teilungsanordnung des Erblassers Zugewendete dem durch Nacherbschaft nicht belasteten verstorbenen Miterben bzw. dessen Rechtsnachfolger zuzuordnen. Die entsprechende Zuordnungserklärung sei in notarieller Form von der Antragstellerin in den bezeichneten Urkunden vom 16.12.2013 und 27.1.2014 abgegeben worden. Nach dem jetzigen Grundbucheintrag sei Grundbesitz mit einem Nacherbenvermerk versehen, den der Erblasser – von Nacherbschaft unbelastet – seiner Ehefrau A2 zugedacht habe, und diese – als unbeschränkte Vollerbin – ihrer Tochter, der Antragstellerin. Erklärun-

gen der Nacherben seien nicht erforderlich, da sich die Auseinandersetzung auf Immobilienvermögen beziehe, das von der angeordneten Nacherbfolge gerade nicht erfasst sei, sondern nach dem Willen des Erblassers seiner Ehefrau A2 als uneingeschränkter Vollerbin zugeordnet worden sei. Auf die Einzelheiten dieses Schriftsatzes und der weiteren genannten Schriftstücke wird ebenfalls Bezug genommen.

[15] Durch den angefochtenen Beschluss, auf dessen Einzelheiten verwiesen wird, hat die Rechtspflegerin beim Grundbuchamt auch den Antrag der Antragstellerin vom 7.9.2015 auf Eintragung als Alleineigentümerin sowie als Miteigentümerin in den bezeichneten Grundbüchern unter gleichzeitiger Löschung der eingetragenen Nacherbenvermerke zurückgewiesen. Zur Begründung hat sie im Wesentlichen darauf Bezug genommen, dass für die Eintragung der Antragstellerin das Rechtsschutzbedürfnis fehle, da diese bereits als Alleineigentümerin bzw. Miteigentümerin zu 1/2 im Grundbuch eingetragen sei. Voraussetzung einer Auseinandersetzung nach § 36 GBO sei, dass eine Mehrheit von Erben vorhanden sei und der Empfänger ebenso ein Mitglied der Erbengemeinschaft sein müsse. Dies sei hier nicht der Fall. Nach dem zweiten Erbfall existiere keine Erbengemeinschaft mehr, Erbin sei alleine die Antragstellerin. Eine Auseinandersetzung mit sich unter gleichzeitiger Unterscheidung von „belasteten“ und „nicht belasteten“ Erbteilen sei nicht mehr möglich. Formal hätte das Auseinandersetzungzeugnis nach § 36 GBO ebenso im Fall der vorliegenden Vor- und Nacherbschaft die Umstände zu verlautbaren gehabt, aufgrund deren die gegenständlichen Grundstücke bzw. Grundstücksanteile nicht mehr zum Nachlass gehören würden; dies fehle hier. Damit fehle der Nachweis, dass der eingetragene Nacherbenvermerk unrichtig sei. Es werde weiterhin die Auffassung vertreten, dass hier für eine Auseinandersetzung im Sinne des § 36 GBO kein Raum sei, da die Eigentumsverhältnisse rechtskräftig durch die Vorlage von Erbscheinen nach § 35 GBO nachgewiesen worden seien.

[16] Gegen diesen Beschluss hat die Antragstellerin mit Schriftsatz ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 1.12.2015, auf dessen Einzelheiten Bezug genommen wird, Beschwerde eingelegt. Zur Begründung wiederholt und vertieft sie ihr Vorbringen und weist unter anderem darauf hin, dass ein Rechtsschutzbedürfnis für den gestellten Antrag bestehe, da die Antragstellerin lediglich belastet mit einem Nacherbenvermerk im Grundbuch eingetragen sei. Es sei unrichtig, dass im gegebenen Zusammenhang eine Mehrheit von Erben vorhanden sein müsse. Das Auseinandersetzungzeugnis enthalte entgegen der Rechtsauffassung des Grundbuchamts die Umstände, aus denen sich ergäbe, dass die gegenständlichen Grundstücke bzw. Grundstücksanteile nicht mehr zum Nachlass gehören würden. Die zwischen der Antragstellerin und ihrer Mutter A2 entstandene Erbengemeinschaft nach A1 sei nicht dadurch beendet worden, dass die Antragstellerin Alleinerbin nach ihrer verstorbenen Mutter geworden sei. Auch aus dem Rechtsgedanken des § 2175 BGB folge, dass ein nicht durch Konsolidierung erloschener Anspruch der Antragstellerin als Alleinerbin ihrer Mutter auf Übertragung des verfahrensgegenständlichen Grundbesitzes ohne Nacherbenvermerk bestehe. Den Nacherben habe nach dem Testament des A1 lediglich der inzwischen untergegangene Anspruch auf Erwerb des Grundstücks ...straße1 mit Garten im Wege der Nacherbfolge zugestanden. Der Umfang der Nacherbschaft könne sich nicht dadurch erhöhen und auf sämtliche im Nachlass des A1 befindlichen Immobilien

erstrecken, dass seine Erben die Erbengemeinschaft zu Lebzeiten von A2 nicht auseinandergesetzt hätten. Die vom Amtsgericht vertretene Rechtsauffassung führe zu einem Ergebnis, das mit dem Testament des A1 nicht in Einklang zu bringen sei, nämlich zur Erstreckung der Nacherbschaft auf Grundstücke bzw. Miteigentumsanteile an Grundstücken, die A1 eindeutig nicht der Nacherbschaft habe unterwerfen wollen. Sie hat vorsorglich beantragt, die Rechtsbeschwerde zuzulassen.

[17] Durch Beschluss vom 4.12.2015, auf den verwiesen wird, hat die Rechtspflegerin beim Grundbuchamt der Beschwerde nicht abgeholfen und hat sie dem Senat zur Entscheidung vorgelegt. Zur Begründung hat sie im Wesentlichen ausgeführt, dass das vorliegende Auseinandersetzungszeugnis zwar nicht nach Form und Zuständigkeit, allerdings inhaltlich zu beanstanden sei. Ein solches dürfe nur erstellt werden, wenn die Voraussetzungen für die Erteilung eines Erbscheins und die zur Eintragung erforderlichen Erklärungen der Beteiligten vorliegen würden, wenn also eventuelle nachlassgerichtliche Genehmigungen vorlägen und sämtliche Nacherben zugestimmt hätten. Eine Zustimmung der Nacherben liege hier aber nicht vor. Alleine deshalb hätte das Auseinandersetzungszeugnis nicht erteilt werden dürfen. In diesem Zusammenhang hat sie auf den Beschluss des Senats vom 14.7.2015 im Verfahren 20 W 116/14 Bezug genommen, durch den der Antrag auf Erteilung eines Auseinandersetzungszeugnisses nach § 36 GBO rechtskräftig zurückgewiesen worden sei.

[18] Der Verfahrensbevollmächtigte hat im Beschwerdeverfahren ergänzend Stellung genommen und insbesondere darauf hingewiesen, dass die Nacherben der Grundstücksübertragung und dem vom Verfahrensbevollmächtigten erstellten (gemeint wohl) Auseinandersetzungszeugnis nicht hätten zustimmen müssen. Befinde sich in einer Erbengemeinschaft bei der Auseinandersetzung ein Grundstück, könne dieses Grundstück einem Miterben ohne Zustimmung der für einen anderen Miterben ernannten Nacherben übertragen werden. Das Auseinandersetzungszeugnis befasse sich mit der Erbfolge nach A2; ein Widerspruch zu dem Erbschein nach A1 liege schon aus diesem Grund nicht vor.

[19] Wegen des Vorbringens der Antragstellerin im Übrigen und dessen Einzelheiten wird ergänzend auf den Akteninhalt verwiesen.

Aus den Gründen:

II.

Die Beschwerde ist zulässig, aber unbegründet

[20] Die Beschwerde ist gemäß den §§ 71, 73 GBO statthaft und auch ansonsten zulässig, zu insbesondere formgerecht eingelegt worden. Sie hat jedoch in der Sache keinen Erfolg.

Das vorgelegte Zeugnis rechtfertigt nicht den Antrag auf Eintragung der Antragstellerin als Alleineigentümerin unter Löschung der Nacherbenvermerke

[21] Es ist nicht zu beanstanden, dass das Grundbuchamt den Antrag auf Eintragung der Antragstellerin als Alleineigentümerin des im Grundbuch von Stadt1, Blatt ... und Blatt ..., eingetragenen Grundbesitzes, sowie als Miteigentümerin zu 1/2 an dem im Grundbuch von Stadt1, Blatt ..., eingetragenen Grundbesitzes unter (gleichzeitiger) Löschung der jeweiligen Nacherbenvermerke – wie bereits

die vorangegangenen diesbezüglichen Anträge durch Beschluss vom 23.1.2014 – zurückgewiesen hat. Dabei ist das Grundbuchamt im Ergebnis zu Recht davon ausgegangen, dass das vorgelegte Zeugnis nach § 36 GBO vom 1.9.2015 diesen Antrag (Ziffer I. des Grundbuchantrags vom 1.9.2015) nicht rechtfertigt.

Ein Notar kann gem. § 36 Abs. 2 a GBO für die Erteilung eines Auseinandersetzungszeugnisses zuständig sein, wenn er eine notarielle Nachlassauseinandersetzung im Nachlassvermittlungsverfahren iSd §§ 363 ff. FamFG vermittelt hat

[22] Wie bereits im vom Grundbuchamt in Bezug genommenen und sich in der Aktenlasche der Grundakte des Grundbuchs von Stadt1, Blatt ..., befindlichen Beschluss des Senats vom 14.7.2015 im Verfahren 20 W 116/14 ausgeführt (dort Seite 5), genügt nach § 36 Abs. 1 GBO im Falle, dass bei einem zum Nachlass gehörenden Grundstück einer der Beteiligten als Eigentümer eingetragen werden soll, zum Nachweis der Rechtsnachfolge und der zur Eintragung des Eigentumsübergang erforderlichen Erklärungen der Beteiligten ein Zeugnis des Nachlassgerichts. Unter den Voraussetzungen des § 36 Abs. 2 a GBO ist auch ein Notar für die Erteilung des Zeugnisses zuständig. Das Grundbuchamt hat dabei ein von dem Notar ausgestelltes Zeugnis daraufhin nachzuprüfen, ob dieser zur Erteilung sachlich zuständig war, das Zeugnis in der gehörigen Form ausgestellt worden ist und inhaltlich die Erbfolge und die Abgabe der zur Umschreibung erforderlichen Erklärungen ausweist (vgl. dazu Meikel/Krause, GBO, 11. Aufl., § 36 Rz. 27; Volmer in KEHE, Grundbuchrecht, 7. Aufl., § 36 GBO Rz. 11 ff.; Bauer/von Oefele/Schaub, GBO, 3. Aufl., § 36 Rz. 42, je m. w. N.).

[23] Ausweislich des Nichtabhilfebeschlusses hat das Grundbuchamt die beiden erstgenannten formalen Voraussetzungen ausdrücklich bejaht; die Beschwerde rügt dies als ihr günstig nicht. Allerdings können – entgegen der Annahme des Grundbuchamts – durchaus Bedenken an der Zuständigkeit des Verfahrensbevollmächtigten als Notar zur Erteilung des Zeugnisses bestehen. Soweit sich die Antragstellerin zur Frage der Zuständigkeit ausweislich der Überschrift des Zeugnisses und der Schriftsätze vom 20.10.2015 und 16.11.2015 erklärtermaßen auf § 36 Abs. 2 a GBO stützt, begründet diese Vorschrift lediglich eine Erteilungszuständigkeit für den Notar, der eine notarielle Nachlassauseinandersetzung im Nachlassvermittlungsverfahren im Sinne der §§ 363 ff. FamFG vermittelt hat (vgl. Volmer in KEHE, a. a. O., § 36 GBO Rz. 15; Demharter, GBO, 30. Aufl., §§ 36, 37 Rz. 12; Schüßler/Najdecki ErbR 2014, 367, 371, vgl. dazu auch Schulte-Burnert/Weinreich/Burandt, FamFG, 5. Aufl., § 371 Rz. 2; Keidel/Zimmermann, FamFG, 19. Aufl., § 371 Rz. 8; Heinemann FGPrax 2013, 139, 140). Dass ein solches Nachlassvermittlungsverfahren vorliegend vor dem Verfahrensbevollmächtigten als Notar – ungeachtet der Frage seiner örtlichen Zuständigkeit (vgl. dazu § 344 Abs. 4 a FamFG) – durchgeführt worden wäre, lässt sich den vorgelegten notariellen Urkunden vom 16.12.2013 und 27.1.2014, auf deren Grundlage die Antragstellerin zunächst die Erteilung eines Nachlasszeugnisses durch das Nachlassgericht beantragt hatte (vgl. dazu den Beschluss des Senats vom 14.7.2015 im Verfahren 20 W 116/14), nicht entnehmen. Dessen Voraussetzungen hätten auch kaum vorgelegen, da dies – für das Vorliegen einer Vermittlung naturgemäß – das Vorliegen mehrerer Erben vorausgesetzt hätte, § 363 Abs. 1 FamFG (vgl. dazu auch Keidel/Zimmer-

mann, a. a. O., § 363 Rz. 24; Münchener Kommentar/Mayer, FamFG, 2. Aufl., § 363 Rz. 12; Holzer ZEV 2013, 656 m. w. N.).

Hier lagen bereits die inhaltlichen Voraussetzungen für die Erteilung des Zeugnisses nicht vor

[24] Hierauf kommt es aber nicht entscheidend an, so dass der Senat diese Frage offenlassen kann, da die inhaltlichen Voraussetzungen für die Erteilung des Auseinandersetzungszeugnisses und damit für die darauf gründenden Eintragungen erkennbar nicht vorliegen. Insoweit ist dem Grundbuchamt zu folgen.

Ist dem Grundbuchamt positiv bekannt, dass das Zeugnis unrichtig ist, darf und muss es die Eintragung verweigern

[25] Wie vom Grundbuchamt zutreffend angenommen, hat es grundsätzlich die inhaltliche Richtigkeit des Zeugnisses – auch bezüglich der weiteren Erklärungen wie etwa einer Auflassung – ebenso wenig wie bei einem Erbschein zu prüfen. Soweit bei einer notariellen Vermittlung das Rechtskraftzeugnis zum Bestätigungsbeschluss vom Notar erteilt wird – diese Voraussetzungen liegen wie gesagt hier offensichtlich nicht vor –, hat das Grundbuchamt, dem auf dieser Grundlage ein Auseinandersetzungs- bzw. Überweisungszeugnis des Notars vorgelegt wird, auch die Einzelheiten der Gestaltung des Vermittlungsverfahrens nicht zu prüfen (so Volmer in KEHE, a. a. O., § 36 GBO Rz. 16). Wenn dem Grundbuchamt jedoch positiv bekannt ist, dass das Zeugnis unrichtig ist, darf und muss es die Eintragung verweigern (vgl. Zeiser in BeckOK GBO, Stand 1.5.2017, § 36 Rz. 10; Meikel/Krause, a. a. O., § 36 Rz. 29; Bauer/von Oefele/Schaub, a. a. O., § 36 Rz. 43). Von Letzterem ist mit dem Grundbuchamt hier auszugehen.

[26] Wie erwähnt hatte der Senat durch Beschluss vom 14.7.2015 im Verfahren 20 W 116/14 eine Beschwerde der Antragstellerin gegen einen Beschluss des Nachlassgerichts vom 12.2.2014 zurückgewiesen, durch den das Nachlassgericht einen auf die auch hier vorgelegten notariellen Urkunden vom 16.12.2013 und 27.1.2014 gestützten Antrag auf Erteilung eines Nachlasszeugnisses zurückgewiesen hatte, weil die gesetzlichen Voraussetzungen für die Erteilung des begehrten Zeugnisses nicht vorlagen (vgl. Seite 5 dieses Beschlusses). Daran hält der Senat fest.

Die Erleichterung des § 36 GBO gilt nur für Eigentumsbeschreibungen, nicht für Eintragungen anderer Art

[27] Vorab ist darauf hinzuweisen, dass der Senat bereits in diesem zuletzt genannten Beschluss (vgl. dort Seite 5) Zweifel daran geäußert hatte, ob die Voraussetzungen des § 36 Abs. 1 GBO zur Verwendung eines Auseinandersetzungszeugnisses beim Grundbuchamt vorliegen. Das Grundbuchamt hat diese Erwägung im vorliegenden Verfahren offensichtlich unter dem rechtlichen Gesichtspunkt des Rechtsschutzinteresses an der beantragten Eintragung der Antragstellerin als Eigentümerin bzw. Miteigentümerin gewürdigt. Nach der genannten Vorschrift muss nämlich (das Eigentum) auf Beteiligte umgeschrieben werden; hinreichend ist auch – was hier ebenfalls eine Rolle spielt – die Umschreibung eines Miteigentumsanteils (vgl. Bauer/von Oefele/Schaub, a. a. O., § 36 Rz. 9; Volmer in KEHE, a. a. O., § 36 GBO Rz. 4, m. w. N.). Für Eintragungen anderer Art gilt die Erleichterung des § 36 GBO hingegen nicht (vgl. Volmer in KEHE, a. a. O., § 36 GBO Rz. 10; Demharther, a. a. O., §§ 36, 37 Rz. 6; Bauer/von Oefele/

Schaub, a. a. O., § 36 Rz. 17; vgl. auch Meikel/Krause, a. a. O., § 36 Rz. 22 ff.). Die Antragstellerin ist hier jedoch jeweils in Abt. I der aufgeführten Grundbücher bereits als (Mit-)Eigentümerin des bezeichneten Grundbesitzes eingetragen; im Ergebnis geht es ihr erkennbar um die Beseitigung der eingetragenen Nacherbenvermerke (vgl. Ziffern B. III. der notariellen Urkunden vom 16.12.2013 und 27.1.2014). Dieser Fall ist auch nicht mit der Eintragung einer bloßen Inhaltsänderung gleichzusetzen, die gleichzeitig mit einer Übertragung vereinbart worden wäre und mit der Auseinandersetzung zusammenhängen könnte, wofür vereinzelt die entsprechende Anwendung des § 36 GBO befürwortet wird (vgl. dazu Demharther, a. a. O., §§ 36, 37 Rz. 6; Meikel/Krause, a. a. O., § 36 Rz. 26; Volmer in KEHE, a. a. O., § 36 GBO Rz. 10).

Das Zeugnis muss inhaltlich die Erbfolge und die Auflassung, Berichtigungsbewilligung oder Übertragung des Grundstücks bezeugen

[28] Nach § 36 Abs. 2 GBO darf das Zeugnis jedenfalls nur ausgestellt werden, wenn a) die Voraussetzungen für die Erteilung eines Erbscheins vorliegen und b) die Abgabe der Erklärung der Beteiligten in einer den Vorschriften der Grundbuchordnung entsprechenden Weise dem Nachlassgericht nachgewiesen ist. Das Zeugnis hat mithin inhaltlich erstens die Erbfolge und zweitens die Auflassung, Berichtigungsbewilligung oder Übertragung des Grundstücks zu bezeugen (vgl. dazu Demharther, a. a. O., §§ 36, 37 Rz. 13; Meikel/Krause, a. a. O., § 36 Rz. 10; Bauer/von Oefele/Schaub, a. a. O., § 36 Rz. 35; Volmer in KEHE, a. a. O., § 36 GBO Rz. 13 ff.). Dabei können in dem Zeugnis auch mehrere Erbfälle bezeugt werden, sind jedoch einzeln anzugeben (Volmer in KEHE, a. a. O., § 36 GBO Rz. 13). Wie der Senat bereits im Beschluss vom 14.7.2015 im Verfahren 20 W 116/14 ausgeführt hatte, hat das Zeugnis, wenn es eine Erbfolge ausweist, wie ein Erbschein auch die Anordnung einer Nacherbfolge zu enthalten (dort Seite 6 unter Hinweis auf Meikel/Krause, a. a. O., § 36 Rz. 15 ff.; Demharther, a. a. O., §§ 36, 37 Rz. 13; Bauer/von Oefele/Schaub, a. a. O., § 36 Rz. 35 ff.; Firsching/Graf, Nachlassrecht, 10. Aufl., Rz. 4.382).

Der Senat hat aufgrund der fehlenden Angaben zur Vor- und Nacherbschaft Bedenken hinsichtlich der inhaltlichen Richtigkeit des Auseinandersetzungszeugnisses

[29] Im nunmehr vorgelegten notariellen Zeugnis vom 1.9.2015 wird unter Ziffer 1. bezeugt, dass A1 von seiner Ehefrau A2 und der Antragstellerin je zur Hälfte beerbt worden ist, von der Ehefrau als Vollerbin und der Antragstellerin als Vorerbin. Nähere Angaben zur Vor- und Nacherbschaft ergeben sich daraus nicht. Anders als im Schriftsatz vom 21.3.2016 aufgeführt, befasst sich das Auseinandersetzungszeugnis mithin – entsprechend den Anträgen vom 16.12.2013/27.1.2014, Ziffern B. IV. – der Sache nach auch nicht ausschließlich mit der Erbfolge nach der verstorbenen A2 (anders demgemäß auch die Antragstellerin selbst in ihrer Beschwerdeschrift vom 1.12.2015, Ziffer 5.); es ist auch nicht ohne weiteres ersichtlich, wie dieses ansonsten nach Sachlage für den begehrten Grundbuchberichtigungsantrag betreffend die Nacherbenvermerke nach A1 hätte hinreichend sein können. Wer die ebenfalls bereits verstorbene A2 beerbt hat, wird lediglich unter Ziffer 4. des Zeugnisses am Rande erwähnt, wonach die Antragstellerin Alleinerbin geworden sei. Insoweit existieren allerdings, wie von § 36 Abs. 2 a GBO auch vorausgesetzt, bereits Erbscheine über das Erbrecht der ge-

nannten Erben. Diese finden im vorgelegten notariellen Zeugnis allerdings keine Erwähnung, im Antrag der Antragstellerin vom 16.12.2013, dort unter Ziffer B. I., lediglich unvollständig insoweit, als darin die angeordnete Vor- und Nacherbschaft keine Erwähnung findet. Demzufolge hat die Antragstellerin in den Urkunden vom 16.12.2013 und 27.1.2014 (jeweils unter Ziffer B. IV.) auch die Erteilung eines Auseinandersetzungszeugnisses nach § 36 GBO dahingehend beantragt, dass A1 von seiner Ehefrau A2 und der Antragstellerin zu je 1/2 beerbt worden sei. Unter anderem dieser Umstand hatte dazu geführt, dass der Senat seinerzeit die Erteilung eines Auseinandersetzungszeugnisses auf dieser Basis abgelehnt hatte, weil diese Erbfolge dem gemeinschaftlichen Erbschein des Amtsgerichts L. vom 5.10.1979 widersprach. Darin ist die Antragstellerin lediglich als befreite Vorerbin aufgeführt, was auch im Auseinandersetzungszeugnis ausgewiesen werden müsste. Soweit das hier vorgelegte notarielle Zeugnis vom 1.9.2015 die oben aufgeführte Erbfolge bezeugt – wie dargelegt sind darin Erbscheine nicht aufgeführt –, ist mithin festzuhalten, dass es dem von der Antragstellerin insoweit gestellten Antrag widerspricht. Es mag also – wie im Schriftsatz vom 21.3.2016 ausgeführt – ein Widerspruch des Zeugnisses zu dem Erbschein nach A1 nicht vorliegen, wohl aber ein solcher zum gestellten Antrag. Schon daraus ergeben sich im Hinblick auf § 36 Abs. 2 GBO Bedenken an der inhaltlichen Richtigkeit des vorgelegten Zeugnisses (vgl. dazu auch Schäfer NotBZ 1997, 94 unter II. 3.).

§ 36 GBO gilt nur bei einer Erbausinandersetzung zwischen einer Mehrheit von Erben

[30] Dem Nachlassgericht ist dann weiter dahingehend zu folgen, dass § 36 GBO nur dann gilt, wenn eine Auseinandersetzung vorliegt. Das bedeutet grundsätzlich, dass eine Mehrheit von Erben vorhanden sein muss. Für den Alleinerben gilt die Vorschrift nicht, er kann sein Erbrecht nur nach § 35 GBO nachweisen (Zeiser in BeckOK GBO, a. a. O., § 36 Rz. 3; Rupp notar 2014, 96, 98; vgl. auch Demharter, a. a. O., §§ 36, 37 Rz. 4; Volmer in KEHE, a. a. O., § 36 GBO Rz. 5, je m. w. N.; Schäfer NotBZ 1997, 94). Ungeachtet der von der Beschwerde aufgeworfenen Frage, ob bei der hier vorliegenden besonderen Konstellation eine Auseinandersetzung einer aus einer einzigen natürlichen Person bestehenden „Erbengemeinschaft“ rechtlich zulässig wäre – worauf in der Folge noch einzugehen sein wird –, könnte eine solche jedenfalls nicht Gegenstand eines Auseinandersetzungszeugnisses im Sinne des § 36 GBO sein. Der Erbschein nach A1 weist Vor- und Nacherbschaft aus. Etwaige Nacherben waren an der Auseinandersetzung nicht beteiligt (vgl. zu dieser Möglichkeit Meikel/Krause, a. a. O., § 36 Rz. 18; Bauer/von Oefele/Schaub, a. a. O., § 36 Rz. 12); deren etwaige Rechte – die jeweils durch Nacherbenvermerke im Grundbuch gesichert werden – können dadurch aber beeinträchtigt werden. Ungeachtet der Frage, ob den sich im vorliegenden Grundbuchverfahren vorgetragenen materiell-rechtlichen Würdigungen zu folgen wäre, nach denen eine Auseinandersetzung der „Erbengemeinschaft“ auch ohne Mitwirkung etwaiger Nacherben rechtlich zulässig wäre, beruhen diese doch auf einer Auslegung eines privatschriftlichen Testaments, die ohne deren Mitwirkung erfolgte. Die Nachweiserleichterungen der §§ 36, 37 GBO beruhen aber auch auf der Überlegung, dass die von einer Erbausinandersetzung betroffenen (Mit-)Erben an dieser mitgewirkt haben. Bei der hier gewählten Vorgehensweise könnten Rechte etwaiger Nacherben, die an der Ausein-

dersetzung nicht beteiligt waren, beeinträchtigt werden. Es muss mithin dabei verbleiben, dass der Nachweis der Unrichtigkeit der Nacherbenvermerke nach § 22 GBO geführt werden muss und dieser Nachweis vorliegend nicht mit der Vorlage des eingereichten Auseinandersetzungszeugnisses geführt werden kann.

[31] Hier kommt hinzu, dass die maßgeblichen Erklärungen der Antragstellerin in den vorgelegten Antragsunterlagen, aufgrund deren das hier vorgelegte Nachlasszeugnis erteilt worden ist, auf einer fehlerhaften Rechtsgrundlage beruhen. Die Antragstellerin ging danach – wie erwähnt – offensichtlich davon aus (je Ziffer B. IV.), dass eine Vor- und Nacherbfolge gar nicht existiere. Diesem Gesichtspunkt kommt für das vorliegende Verfahren aber auch vor dem Hintergrund Bedeutung zu, dass in dem Zeugnis alle zur Eintragung erforderlichen Erklärungen der Beteiligten – hier lediglich der Antragstellerin – in der Form des § 29 GBO bezeugt werden müssten (vgl. hierzu Volmer in KEHE, a. a. O., § 36 GBO Rz. 14, m. w. N.). Daran fehlt es in der Bezugnahme in Ziffer 4. des Zeugnisses.

Die Zurückweisung bezog sich ausdrücklich nur auf die Anträge auf Eigentumseintragung unter Löschung des Nacherbenvermerks, ist aber dahingehend auszulegen, dass sie sich auch auf den Berichtigungsantrag bezog

[32] Ausweislich des Tenors des angefochtenen Beschlusses hat das Grundbuchamt offensichtlich nur über den Antrag in Ziffer I. des Grundbuchantrags vom 1.9.2015 entschieden, ausweislich dessen unter Bezugnahme auf das Zeugnis gemäß § 36 GBO die Eigentumseintragungsanträge unter Löschung des Nacherbenvermerks beantragt worden war. Ausführungen zu der unter Ziffer II. des Grundbuchantrags vorsorglich beantragten Berichtigung der betroffenen Grundbücher dahingehend, dass der Nacherbenvermerk gelöscht wird, finden sich im angefochtenen Beschluss nicht. Dieser Antrag findet lediglich im Nichtabhilfebeschluss vom 4.12.2015 Erwähnung. Am Ende der Gründe dieses Nichtabhilfebeschlusses hat das Grundbuchamt klarstellend ausgeführt, dass weder eine formgerechte Bewilligung des Nacherben vorgelegt noch die Unrichtigkeit der Grundbücher nachgewiesen worden sei. Zwar ist Gegenstand des Beschwerdeverfahrens grundsätzlich nur der (Eintragungs-)Antrag, über den das Grundbuchamt entschieden hat; ein Nichtabhilfevermerk ist für sich genommen noch keine Entscheidung (vgl. dazu Demharter, a. a. O., § 74 Rz. 6; Meikel/Schmidt-Räntsch, a. a. O., § 74 Rz. 4, 6). Der Senat legt den angefochtenen Beschluss aber ausweislich der genannten Ausführungen des Nichtabhilfebeschlusses dahingehend aus, dass damit auch die unter Ziffer II. des Grundbuchantrags vorsorglich beantragte Berichtigung zurückweisend entschieden worden ist.

[33] Zur diesbezüglichen Grundbuchberichtigung hat der Senat bereits in den Beschlüssen vom 12.11.2013 im Beschwerdeverfahren 20 W 47/2013 und vom 8.9.2015 im Beschwerdeverfahren 20 W 62/2014 Ausführungen gemacht. Daran hält der Senat – ungeachtet einer insoweit bestehenden Bindungswirkung (vgl. dazu Demharter, a. a. O., § 77 Rz. 39 ff.; Meikel/Schmidt-Räntsch, a. a. O., § 77 Rz. 54) – fest. Die Erklärungen der Antragstellerin in den notariellen Urkunden des Verfahrensbevollmächtigten vom 16.12.2013 und vom 27.1.2014, die zur Grundlage des nunmehr wiederholt gestellten Berichtigungsantrages gemacht werden, haben bereits im letztgenannten Senatsbeschluss – dort Seite 8 – Berücksichtigung gefun-

den. Sie rechtfertigen die Löschung der Nacherbenvermerke danach und auch heute nicht.

Die Auseinandersetzungserklärungen können im vorliegenden Grundbuchverfahren den Nachweis der Unrichtigkeit der Nacherbenvermerke nicht führen

[34] Zum einen ist an dieser Stelle wiederholt darauf hinzuweisen, dass die Auseinandersetzungserklärungen in den beiden genannten notariellen Urkunden davon ausgehen, dass die Antragstellerin und ihre Mutter je zur Hälfte als Erben eingesetzt worden waren, was – wie dargelegt – nicht uneingeschränkt der Fall ist. Diese Erklärungen erfolgten offensichtlich vor dem Hintergrund, dass die Antragstellerin seinerzeit noch vor dem Nachlassgericht versucht hatte, den Erbschein nach A1 als unrichtig einzuziehen zu lassen und die Erteilung eines anderweitigen Erbscheins anstrebte. Mit diesem Begehren ist sie jedoch sowohl vor dem Nachlassgericht, als auch im vom Grundbuchamt in Bezug genommenen Beschwerdeverfahren 20 W 161/14 vor dem Senat gescheitert, wie der sich in Abschrift in der Aktenlasche der Grundakte des Grundbuchs von Stadt1, Blatt ..., befindliche Beschluss vom 14.7.2015 zeigt. Die diesen entscheidenden Gesichtspunkt nicht berücksichtigenden Auseinandersetzungserklärungen der Antragstellerin können mithin im vorliegenden Grundbuchverfahren den Nachweis der Unrichtigkeit der Nacherbenvermerke im Sinne des § 22 GBO nicht führen.

Für die Auseinandersetzung einer „Erbengemeinschaft“ bedarf es mehrerer Erben

[35] Zum anderen wäre nach Auffassung des Senats die Auseinandersetzung eine lediglich aus einer Person bestehenden „Erbengemeinschaft“ schon generell, insbesondere aber auch im vorliegenden Verfahren nicht ohne Mitwirkung etwaiger Nacherben zulässig.

[36] Voraussetzung für eine Erbengemeinschaft und damit deren Auseinandersetzung ist grundsätzlich, dass der Erblasser mehrere Erben hinterlässt, §§ 2032 Abs. 1, 2042 Abs. 1 BGB (vgl. Staudinger/Löhnig, BGB, Neub. 2016, § 2032 Rz. 1; Münchener Kommentar/Gergen, BGB, 7. Aufl., Vorb. zu §§ 2032 ff. Rz. 1; § 2032 Rz. 1). Davon kann nach dem Ableben der einzigen Miterbin nach A1, nämlich dessen Ehefrau A2, nicht mehr ausgegangen werden, nachdem jene durch die einzige weitere Miterbin nach A1, nämlich die hiesige Antragstellerin, beerbt worden ist. Die Gemeinschaft erlischt, wenn ein Miterbe sämtliche Anteile am Nachlass erwirbt; für die Anwendung der §§ 2033 ff. besteht dann kein Bedürfnis mehr (Münchener Kommentar/Gergen, a. a. O., § 2032 Rz. 5; vgl. zu einer mit dem vorliegenden Sachverhalt vergleichbaren Konstellation BayObLGZ 1958, 109, 112/113). Der Herbeiführung einer Einigung unter den Miterben über die Verteilung des Nachlasses, die das Ziel der Auseinandersetzung im Sinne des § 2042 Abs. 1 BGB darstellt (vgl. dazu Münchener Kommentar/Ann, a. a. O., § 2042 Rz. 1), bedarf es nicht mehr. Hier sind alle Miterbenanteile bereits in einer Person – der Antragstellerin – vereinigt worden; dass ein ursprünglicher Miterbenanteil durch eine Nacherbschaft belastet worden ist, ändert hieran mit dem Grundbuchamt nichts. Letzteres mag für das Verhältnis zwischen Vor- und Nacherben von Bedeutung sein, begründet jedoch kein Bedürfnis für eine Auseinandersetzung einer nicht mehr bestehenden Erbengemeinschaft. Zu dieser besonderen Sachverhaltskonstellation äußert sich auch das von der Antragstellerin in Bezug genommene Gutachten des Deutschen Notarinstituts (DNotI-Report 2014, 25 ff.) nicht;

dort geht es um eine Mehrheit von Miterben (vgl. dazu auch bereits die Senatsverfügung vom 28.4.2015 im Beschwerdeverfahren 20 W 62/2014). Insoweit ist auch die von der Antragstellerin herangezogene Parallele zum Personengesellschaftsrecht unbehelflich. Etwaige Friktionen zwischen Erb- und Gesellschaftsrecht und deren (erb- und/oder gesellschaftsrechtlichen) Lösungsmöglichkeiten für den Fall, dass zum Nachlass Gesellschaftsanteile gehören, spielen hier keine Rolle. Eine Auseinandersetzung des Nachlasses soll denn hier auch erkennbar lediglich zu dem Zweck durchgeführt werden, um Rechte Dritter – der daran nicht mitwirkenden Nacherben – in Wegfall geraten zu lassen; dies ist aber nicht Sinn und Zweck einer Auseinandersetzung im Sinne des § 2042 Abs. 1 BGB und kann auch nicht deren alleiniges Ziel sein. Daran ändert der Umstand nichts, dass eine solche Auseinandersetzung nicht vor dem Ableben der A2 durchgeführt worden ist. Dies mag seine Gründe gehabt haben, die im gegebenen Grundbuchverfahren nicht zu überprüfen sind und auch nicht überprüft werden können. Eine derart weitreichende und in Rechte Dritter – der Nacherben – eingreifende Rechtsfolge kann entgegen der Rechtsauffassung der Beschwerde auch nicht dem Rechtsgedanken oder einer analogen Anwendung des § 2175 BGB entnommen werden.

Für die Löschung des Nacherbenvermerks im Zuge einer Verfügung des Vorerben bedarf es entweder der Bewilligung durch die (Ersatz-)Nacherben oder des Unrichtigkeitsnachweises

[37] Selbst wenn man insoweit anderer Auffassung wäre, ergäbe sich für den vorliegenden Fall nichts anderes. Zwar scheidet grundsätzlich ein Nachlassgegenstand aus dem Nachlass aus, wenn der Vorerbe darüber mit Wirksamkeit für den Nacherben verfügt hat. Soll der Nacherbenvermerk im Zuge einer Verfügung des Vorerben gelöscht werden, ist entweder eine Bewilligung sämtlicher Nacherben bzw. etwaiger Ersatznacherben oder der Unrichtigkeitsnachweis im Sinne des § 22 Abs. 1 GBO erforderlich (Demharter, a. a. O., § 51 Rz. 37; vgl. Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rz. 3510). Nachträglich unrichtig ist das Grundbuch, wenn feststeht, dass das Grundstück endgültig aus dem Nachlass ausgeschieden ist, die Nacherbfolge sich somit nicht mehr darauf erstreckt. Dies ist zum einen der Fall, wenn das Nachlassgrundstück mit Zustimmung sämtlicher Nacherben veräußert worden ist. Zum anderen wird der Nacherbenvermerk nachträglich gegenstandslos, wenn der Vorerbe endgültig wirksam im Sinne des § 2113 BGB verfügt hat (vgl. die Nachweise bei Ivo ZEV 2003, 297 OLG Düsseldorf 7.3.2003 – 3 Wx 162/02).

[38] Es ist anerkannt, dass es bei der Erbauseinandersetzung unter Beteiligung von Nacherben möglich ist, eine endgültige Auseinandersetzung vorzunehmen mit der Folge, dass die dem Vorerben übertragenen Gegenstände aus dem Nachlass ausscheiden und damit von der Nacherben-Einsetzung nicht mehr erfasst werden (vgl. dazu OLG München Rpfleger 2014, 491 m. w. N.; vgl. auch BayObLGZ 1958, 109, 113). Wäre dies der Fall, könnte auch der Nacherbenvermerk gelöscht werden (vgl. zu den grundbuchrechtlichen Voraussetzungen Demharter, a. a. O., Rz. 37 ff., 42). Davon kann hier aber nicht ausgegangen werden. Etwaige Nacherben haben an der Auseinandersetzung nicht mitgewirkt. Die in den Schriftsätzen vom 11.3.2016 und 21.3.2016 zitierte Entscheidung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 171, 350 = NJW 2007, 2114) ist nicht einschlägig. Dort ist lediglich ausgesprochen, dass

die den Vorerben in seiner Verfügungsbefugnis beschränkende Vorschrift des § 2113 BGB sich nur auf Verfügungen über Grundstücke bezieht, die zu der Erbschaft gehören, bezüglich deren eine Nacherbfolge angeordnet worden ist, jedoch dann keine Anwendung findet, wenn die Vorerbschaft Anteile an einem Gesamthandsvermögen umfasst, zu welchem ein Grundstück gehört (vgl. Tz. 6 bei juris). Um Letzteres geht es hier ersichtlich nicht. Gegenstand der Auseinandersetzung sind hier gerade die Grundstücke bzw. Miteigentumsanteile an solchen (vgl. jeweils die Ziffern B. III. der Urkunden vom 16.12.2013 und 27.1.2014), die aus dem Nachlass des A1 stammen. Die ausweislich des für das vorliegende Grundbuchverfahren maßgeblichen Erbscheins angeordnete Vor- und Nach[erb]folge, die durch die hier verfahrensgegenständlichen Nacherbenvermerke gesichert werden soll, bezieht sich nicht auf Anteile an einem Gesamthandsvermögen. An den Inhalt des Erbscheins ist das Grundbuchamt hier aber gebunden; darauf hat der Senat bereits im Beschluss vom 12.11.2013 im Beschwerdeverfahren 20 W 47/2013, dort Seiten 5/6, hingewiesen.

Die Vor- und Nacherbfolge umfasst auch den verfahrensgegenständlichen Grundbesitz

[39] Ausweislich des Erbscheins nach A1 bezieht sich die Vor- und Nacherbfolge nicht lediglich auf eine Immobilie in der ...straße 1 mit Hausgarten, sondern auf den im Erbschein genannten Bruchteil von 1/2, umfasst also den hier verfahrensgegenständlichen Grundbesitz (vgl. dazu auch den Beschluss des Senats vom 14.7.2015, 20 W 161/14, Seiten 8/9, vgl. auch Beschluss des Senats vom 12.11.2013, 20 W 47/2013, Seite 7). Aus diesen Überlegungen heraus konnte der Senat im Grundbuchverfahren mit dem Grundbuchamt auch bisher schon eine Unrichtigkeit der eingetragenen Nacherbenvermerke (von Anfang an) nicht feststellen (vgl. dazu den Beschluss des Senats vom 12.11.2013, 20 W 47/2013, Seiten 5 und 7).

Der Nachweis, dass eine Teilungsanordnung erfüllt wird, ist gem. § 29 GBO durch öffentliche Urkunde zu führen

[40] Nichts anderes ergibt sich aus der Überlegung, dass nach herrschender Auffassung der Vorerbe zur Übereignung eines Nachlassgegenstandes an einen hiermit bedachten Vermächtnisnehmer nicht der Zustimmung des Nacherben benötigt, was sich damit begründen lässt, dass der Vorerbe in Bezug auf den fraglichen Nachlassgegenstand von der Beschränkung des § 2113 Abs. 1 BGB durch den Erblasser befreit ist, § 2136 BGB, und die Erfüllung des Vermächtnisanspruchs sich nicht als unentgeltliche Verfügung im Sinne des § 2113 Abs. 2 BGB darstellt (vgl. etwa BayObLGZ 2001, 118, zitiert nach juris). Entsprechende Erwägungen mögen bei einer Verfügung (auch im Rahmen eine Nachlassauseinandersetzung) über ein Nachlassgrundstück gelten, die lediglich der Erfüllung einer vom Erblasser bestimmten Teilungsanordnung im Sinne des § 2048 BGB dient (vgl. hierzu OLG Hamm RPfleger 1995, 209, zitiert nach juris; vgl. insgesamt Ivo ZEV 2003, 297). Der diesbezügliche Nachweis, dass ein fälliger Vermächtnisanspruch bzw. eine Teilungsanordnung erfüllt wird, ist jedoch nach § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO durch öffentliche Urkunden zu führen (vgl. die Nachweise bei BayObLGZ 2001, 118, Tz. 12 bei juris, zum Vermächtnisanspruch, dort auch – Tz. 13 bei juris – zur Gegenauffassung; vgl. zum Streitstand auch Meikel/Böhringer, a. a. O., § 51 Rz. 58; Schöner/Stöber, a. a. O., Rz. 3520 a; Ivo

ZEV 2003, 297 [OLG Düsseldorf 7.3.2003 – 3 Wx 162/02]). Wollte man insoweit überhaupt die Vorlage eines Testaments für hinreichend erachten (ablehnend etwa noch OLG Hamm RPfleger 1984, 312), so liegt jedenfalls kein öffentliches Testament im Sinne des § 2232 BGB vor. Die hier maßgeblichen Anordnungen des Erblassers A1, auf die die Antragstellerin sich stützen will, beruhen auf einem privatschriftlichen Testament vom 17.10.1973.

Aus dem Testament ergibt sich nicht eindeutig, dass die Voraussetzungen einer Befreiung der Antragstellerin von bestehenden Beschränkungen tatsächlich vorliegen

[41] Selbst wenn man auch insoweit anderer Auffassung wäre, ließen sich die Voraussetzungen für ein nachträgliches Ausscheiden des verfahrensgegenständlichen Grundbesitzes aufgrund der Erklärungen der Antragstellerin in den notariellen Urkunden vom 16.12.2013 und 27.1.2014 hieraus noch nicht entnehmen. Zum einen ist bereits zweifelhaft, ob diese Erklärungen, ausweislich deren die Antragstellerin sich über den Übergang des Eigentums am betroffenen Grundbesitzes auf sich einig ist (vgl. jeweils Ziffer B. III. der Urkunden), überhaupt die Voraussetzungen einer Verfügung im Sinne des Gesetz darstellen, die ein Ausscheiden des Grundbesitzes aus dem Nachlass zur Folge haben könnte (vgl. zu den Voraussetzungen einer Verfügung Palandt/Ellenberger, BGB, 76. Aufl., Überbl v § 104 Rz. 16); sie ist und bleibt (Mit-)Eigentümerin des Grundbesitzes. Zum anderen ergäbe sich aus dem privatschriftlichen Testament nicht mit hinreichender Deutlichkeit, dass die Voraussetzungen einer Befreiung der Antragstellerin von bestehenden Beschränkungen im oben genannten Sinne, die sie nunmehr auf die Erfüllung einer Teilungsanordnung des Erblassers stützen will, tatsächlich vorliegen. Bereits der bezeichnete Senatsbeschluss vom 14.7.2015 im Beschwerdeverfahren 20 W 161/14 zeigt eine Mehrzahl von denkbaren Auslegungsmöglichkeiten des privatschriftlichen Testaments auf. Danach hat der Senat – weil für das dortige Verfahren von Bedeutung – ausweislich der Gründe lediglich festgestellt, dass die ursprünglich von der Antragstellerin vertretene Auffassung, das Testament enthalte einen bloßen Hinweis ohne Bindungswirkung für die Antragstellerin, wie diese über die ihr aus dem Nachlass ihres Vaters zu gefallen Vermögensgegenstände testamentarisch verfügen solle, nicht vorliegt. Anderenfalls hätte der Erbschein im dortigen Verfahren gegebenenfalls als unrichtig eingezogen werden müssen. Darüber hinaus hatte der Senat zur rechtlichen Einordnung der Anordnungen des Erblassers und den insoweit wechselnden rechtlichen Würdigungen durch die Antragstellerin im genannten Verfahren keine Entscheidung treffen müssen, weil es darauf dort nicht ankam (vgl. Seite 9 des Beschlusses vom 14.7.2015, 20 W 161/14). Derartige bereits im Nachlassverfahren nicht geklärte und zu klärende Rechtsfragen, deren Würdigung für Rechte Dritter (hier: etwaige Nacherben) von Bedeutung sind, können angesichts dessen zur Überzeugung des Senats nicht im hiesigen Grundbuchverfahren mit den dort lediglich eingeschränkten Möglichkeiten im Rahmen eine freien Beweiswürdigung geklärt werden.

[42] Der Senat vermag angesichts dessen die Unrichtigkeit des Grundbuchs im Sinne des § 22 Abs. 1 GBO, an deren Nachweis grundsätzlich strenge Anforderungen zu stellen sind, weil er eine Grundbucheintragung ohne Bewilligung des Betroffenen ermöglicht und sichergestellt sein muss, dass am Verfahren nicht Beteiligte nicht geschädigt werden (vgl. dazu Demharter, a. a. O., § 22 Rz. 37, und Senat,

Beschluss vom 13.2.2017, 20 W 338/16, zitiert nach juris), noch nicht aufgrund der von der Antragstellerin nunmehr vorgenommenen Auslegung des privatschriftlichen Testaments im Hinblick auf die Anordnungen des Erblassers festzustellen.

[43] Einer Entscheidung über die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens bedarf es nicht, da sich die Kostentransportpflicht der Antragstellerin aus dem Gesetz ergibt, §§ 22, 25 GNotKG.

[44] Der Geschäftswert für das Beschwerdeverfahren beruht auf den §§ 61 Abs. 1, 36 Abs. 3 GNotKG. Der Senat hat ihn an der Festsetzung im Beschluss vom 8.9.2015 im Beschwerdeverfahren 20 W 62/2014 orientiert. Auch dort ging es bereits um eine Beschwerde gegen die Zurückweisung des Antrags auf Eintragung der Löschung der auch hier verfahrensgegenständliche Nacherbenvermerke sowie der Eigentumsumschreibung. Dies ist auch nunmehr wieder verfahrensgegenständlich, so dass eine Differenzierung hinsichtlich der Festsetzung des Geschäftswerts für das Beschwerdeverfahren nicht angezeigt erscheint.

Die Rechtsbeschwerde ist zuzulassen

[45] Die Rechtsbeschwerde gegen diese Entscheidung ist entsprechend dem Antrag/der Anregung der Antragstellerin nach § 78 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 GBO zuzulassen. Insbesondere zu Inhalt und Reichweite der Verfahrensvorschrift des § 36 GBO existiert – soweit hier ersichtlich – höchstrichterliche Rechtsprechung nicht. Wie das vorliegende Verfahren zeigt, gibt sie jedoch zu unterschiedlichen Auslegungen Anlass. Die höchstrichterliche Klärung dieser Fragen, die eine unbestimmte Vielzahl von Fällen betrifft, dient der Fortbildung des Rechts. ■

9. Familienrecht – Zur Kraftloserklärung einer Vollmachtsurkunde

(OLG München, Beschluss vom 27.6.2018 – 34 Wx 438/17)

BGB §§ 168 S. 2 u. 3, 172 Abs. 1 u. 2, 175, 176 Abs. 1 S. 1 u. 2 u. Abs. 2
ZPO §§ 185, 186
FamFG §§ 10 Abs. 2 S. 1, 28 Abs. 2, 38, 58 Abs. 1, 63 Abs. 1, 69 Abs. 1 S. 1

Infolge der einer Vollmachtsurkunde innewohnenden Legitimationswirkung besteht in der Regel ein Rechtsschutzinteresse des Vollmachtgebers an der Kraftloserklärung der Urkunde, für die er der Mitwirkung des Gerichts durch Bewilligung der öffentlichen Bekanntmachung seiner rechtsgestaltenden Erklärung bedarf.

Zur Einordnung

Die nachfolgend abgedruckte Entscheidung des OLG München befasst sich mit den Voraussetzungen der Kraftloserklärung einer notariellen Vollmachtsurkunde.

Möchte ein Vollmachtgeber eine von ihm erteilte notarielle Generalvollmacht widerrufen, erfordert dies zunächst die Erklärung des Widerrufs gegenüber dem Bevollmächtigten oder dem Geschäftsgegner (§§ 168 S. 3, 167 Abs. 1 BGB), wobei es nicht darauf ankommt, wem gegenüber die Vollmacht erteilt wurde (MüKoBGB/Schubert, 7. Aufl. 2015, § 168 Rn. 18; Staudinger/Schilken, BGB, 2014, § 168 Rn. 5). Der Widerruf gegenüber dem

Bevollmächtigten kann sich insbesondere konkludent aus der Rückforderung der Vollmachtsurkunde ergeben (HansOLG BeckRS 2005, 02407; MüKoBGB/Schubert, 7. Aufl. 2015, § 168 Rn. 17). Trotz Widerrufs ergeben sich Gefahren für den Vollmachtgeber aus dem Rechtsscheinatbestand der §§ 172, 171 BGB: der Geschäftsgegner wird bei Vorlage der Vollmachtsausfertigung (vgl. § 47 BeurkG) oder der Urschrift bei unterschiftsbeglaubigten Vollmachten in seinem guten Glauben an den Fortbestand der Vollmacht geschützt (Staudinger/Schilken, BGB, 2014, § 172 Rn. 6; Kurze/Kurze, Vorsorgerecht, 2017, § 172 BGB Rn. 4). Daher sollte sich der Vollmachtgeber nach Widerruf sämtliche in Umlauf befindlichen Ausfertigungen wieder aushändigen lassen und vernichten. Ein solcher Anspruch ergibt sich aus § 175 BGB, wobei unklar ist, ob er sich auch gegen andere Besitzer als den Bevollmächtigten richtet (dafür: Palandt/Ellenberger, BGB, 74. Aufl. 2015, § 175 Rn. 1; BeckOK BGB/Schäfer, Stand 1.5.2018, § 175 Rn. 6; dagegen: Staudinger/Schilken, BGB, 2014, § 175 Rn. 5). Insoweit kann es sich zu regeln anbieten, dass der Vollmachtgeber Eigentümer der Ausfertigungen ist (Mehler/Braun DNotZ 2008, 810 [822 f.]). Schließlich sollte der beurkundende Notar vom Widerruf in Kenntnis gesetzt werden, damit dem Bevollmächtigten keine weiteren Ausfertigungen erteilt werden (vgl. die Formulierung bei Beck'sche Online-Formulare Vertrag/Schervier, Stand 1.6.2018, Nr. 24.3, dort: § 5).

Der Rechtsschein der Bevollmächtigung wird allerdings auch durch die Kraftloserklärung nach § 176 BGB zerstört. Auf Antrag des Vollmachtgebers wird die Kraftloserklärung nach Maßgabe der §§ 186 f. ZPO öffentlich bekanntgemacht und einen Monat später wirksam (§ 176 Abs. 1 BGB). Das nach § 176 Abs. 2 BGB zuständige Amtsgericht prüft dabei lediglich, ob der Antrag zulässig ist; eine materielle Prüfung findet nicht statt (BeckOK BGB/Schäfer, Stand 1.5.2018, § 175 Rn. 3; Erman/Maier-Reimer, BGB, 15. Aufl. 2017, § 176 Rn. 2). Denn im Gegensatz zum Aufgebotsverfahren handelt es sich bei der Kraftloserklärung um ein privates Gestaltungsgeschäft des Vollmachtgebers, der dazu lediglich auf die Mitwirkung des Gerichts angewiesen ist (MüKoBGB/Schubert, 7. Aufl. 2015, § 176 Rn. 2; Staudinger/Schilken, BGB, 2014, § 176 Rn. 2). Eine Unzulässigkeit des Antrags wegen mangelnden Rechtsschutzbedürfnisses wird nur in Ausnahmesituationen erwogen, etwa wenn eine befristete Vollmacht unzweifelhaft durch Zeitablauf erloschen ist (vgl. BeckOGK BGB/Deckenbrock, Stand 1.6.2018, § 176 Rn. 13.1, der allerdings eher dazu tendiert, dies als materiell-rechtlichen Aspekt anzusehen). Mit Wirksamwerden der Kraftloserklärung kann der die Ausfertigung vorlegende frühere Bevollmächtigte den Vollmachtgeber auch dem gutgläubigen Geschäftsgegner gegenüber nicht mehr vertreten (BeckOK BGB/Schäfer, Stand 1.5.2018, § 176 Rn. 5).

Im vom OLG München zu entscheidenden Sachverhalt beantragten die Erben eines Vollmachtgebers die Kraftloserklärung der notariellen Vorsorgevollmacht. Die transmortale Bevollmächtigte hatte nach eigenen Angaben niemals die erteilte Ausfertigung erhalten. Das Gericht stützt sich auf die sehr eingeschränkte Prüfungsdichte des Amtsgerichts und geht daher vom Vorliegen des Rechtsschutzbedürfnisses aus.

Für die notarielle Praxis ruft die Entscheidung die nur geringen Anforderungen an die Kraftloserklärung in Erinnerung. Im Fall eines Vollmachtswiderrufs kann die

Kraftloserklärung daher eine praktikable Option sein, wenn die Ausfertigung vom Bevollmächtigten nicht oder nur schwerlich wiederzuerlangen ist.

Die Schriftleitung (TH)

Zum Sachverhalt:

I.

[1] Das Verfahren betrifft die öffentliche Bekanntmachung einer von den Beteiligten zu 1 und 2 bei Gericht eingereichten Erklärung, mit der sie als Rechtsnachfolger des Vollmachtgebers eine zu notarieller Urkunde erteilte Vollmacht für kraftlos erklären.

[2] Die Beteiligten zu 1 und 2 sind die alleinigen Erben des am 8.10.2015 verstorbenen Vollmachtgebers. Dieser hatte zu notarieller Urkunde vom 18.9.2014, überschrieben als „Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung“, dort Abschnitt „I. Vollmacht“, seiner Ehefrau die nicht übertragbare Vollmacht erteilt, ihn in allen persönlichen, vermögensrechtlichen und sonstigen Angelegenheiten uneingeschränkt gegenüber jedermann zu vertreten. Ausdrücklich ist angeordnet, dass die Vollmacht über den Tod des Vollmachtgebers hinaus wirksam bleibt. Gemäß Unterabschnitt „1. Vermögensangelegenheiten“ ist die Bevollmächtigte von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit und in Vermögensangelegenheiten zur Erteilung von Untervollmachten berechtigt. Laut Unterabschnitt „3. Widerruf“ ist die Vollmacht jederzeit widerruflich.

[3] Die Abschnitte II. und III. der Urkunde enthalten sodann Regelungen zum Innenverhältnis zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigter sowie eine Betreuungsverfügung. Abschnitt IV. der Urkunde betrifft die Patientenverfügung.

[4] Eine notarielle Ausfertigung der Vorsorgevollmacht wurde für die Bevollmächtigte erteilt und am 23.9.2014 an den Vollmachtgeber übergeben oder übersandt.

[5] Nachdem die Beteiligten zu 1 und 2 mit Schreiben vom 27.4.2016 von der Bevollmächtigten unter gleichzeitigem Vollmachtswiderruf erfolglos die Herausgabe sämtlicher, der Bevollmächtigten vorliegenden schriftlichen Vollmachten verlangt hatten, stellten sie mit Anwaltsschriftsatz vom 28.4.2017 beim Amtsgericht, in dessen Zuständigkeitsbezirk die Bevollmächtigte wohnt, unter Verweis auf § 176 BGB den Antrag, folgende Kraftloserklärung öffentlich bekannt zu machen:

Die Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung des zwischenzeitlich verstorbenen Herrn ... (= Vollmachtgeber) zu Gunsten der ehemals Bevollmächtigten ... (= Beteiligte zu 3) des Notars ... vom 18.9.2014, Urkundennummer ..., wird für kraftlos erklärt.

Weiter beantragten sie, die Verfahrenskosten der (ehemals) Bevollmächtigten als Antragsgegnerin aufzuerlegen, weil diese die Herausgabe der Vollmachtsurkunde verweigere.

[6] Die hierzu angehörte Bevollmächtigte führte zum Verfahrensgegenstand aus und stellte den Antrag,

die Kosten des Verfahrens den Antragstellern aufzuerlegen.

[7] Eine Urkundsausfertigung sei zu Händen des Vollmachtgebers erteilt worden. Hingegen habe sie zu keiner

Zeit eine Ausfertigung erhalten oder besessen. Der Verbleib der einzigen Ausfertigung sei ihr nicht bekannt. Sie sei daher zur Herausgabe unverschuldet nicht in der Lage. Hierüber habe sie die Beteiligten zu 1 und 2 informiert. Weil sie den Vollmachtswiderruf zu keiner Zeit angezweifelt und außerdem von der Vollmacht keinen Gebrauch gemacht habe, habe sie die Antragstellung nicht veranlasst.

[8] Mit Beschluss vom 22.8.2017 hat das Amtsgericht ausgesprochen:

[9] Der Antrag auf Kraftloserklärung der Vollmachtsurkunde des Notariats ... UR-Nr. ... vom 18.9.2014 wird zurückgewiesen.

[10] Die Kosten des Verfahrens hat es den Antragstellern auferlegt. Zur Begründung ist ausgeführt, ein Rechtsschutzbedürfnis der Antragsteller sei nicht zu erkennen. Der Vollmachtgeber sei verstorben. Eine missbräuchliche Verwendung der Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung drohe nicht. Der zwischen den Beteiligten fortdauernde Streit wegen des Nachlasses könne Anlass für ein Verfahren geben, in dem materielle Prüfungen vorzunehmen sind, nicht jedoch für das hier von den Antragstellern gewählte formelle Verfahren.

[11] Gegen die ihnen am 28.8.2017 zugestellte Entscheidung wenden sich die Beteiligten zu 1 und 2 mit der am 20.9.2017 beim Ausgangsgericht eingegangenen Beschwerde, mit der sie beantragen, unter Aufhebung der erstinstanzlichen Entscheidung (Ziff. 1 des Antrags) „folgende“ Kraftloserklärung öffentlich bekannt zu machen (Ziff. 2 des Antrags); die im Beschwerdeschriftsatz formulierte Kraftloserklärung bleibt allerdings insofern hinter der erstinstanzlichen Erklärung zurück, als sie nur die in der Urkunde enthaltene „Verfügung“ bezeichnet.

[12] Das Amtsgericht hat nicht abgeholfen.

[13] Das Beschwerdegericht hat darauf hingewiesen, dass der Beschwerdeantrag versehentlich unvollständig formuliert sein dürfte. Daraufhin haben die Beteiligten zu 1 und 2 mit Schriftsatz vom 19.6.2018 ihren Antrag korrigiert. Sie beantragen nunmehr nur noch unter Zurücknahme des weitergehenden Antrags, folgende Kraftloserklärung öffentlich bekannt zu machen:

[14] Die Vorsorgevollmacht des zwischenzeitlich verstorbenen Herrn ... (= Vollmachtgeber) zu Gunsten der ehemals Bevollmächtigten ... (= Beteiligte zu 3) des Notars ... vom 18.9.2014, Urkundennummer ..., wird für kraftlos erklärt.

[15] Die (ehemals) Bevollmächtigte hat im Beschwerdeverfahren Gelegenheit zur Stellungnahme auf die ihr übersandten Schriftsätze der Beteiligten zu 1 und 2 erhalten, hiervon jedoch keinen Gebrauch gemacht.

Aus den Gründen:

II.

[16] Das Rechtsmittel hat Erfolg und führt unter Aufhebung der erstinstanzlichen Entscheidung zu der Anweisung an das hierfür zuständige Amtsgericht, über die Bewilligung der öffentlichen Zustellung der von den Antragstellern formulierten Kraftloserklärung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Beschwerdegerichts neu zu entscheiden.

Die Beschwerde gegen den die Kraftloserklärung ablehnenden Beschluss ist zulässig

[17] 1. Das Rechtsmittel ist zulässig.

[18] Gegen den die Kraftloserklärung verweigernden Beschluss ist nach § 58 Abs. 1 FamFG die Beschwerde statthaft (vgl. Deckenbrock in BeckOGK BGB Stand 1.3.2018 § 176 Rn. 16).

[19] Diese ist in zulässiger Weise, insbesondere innerhalb der Monatsfrist des § 63 Abs. 1 FamFG, von den gemäß § 10 Abs. 2 Satz 1 FamFG vertretenen Beteiligten zu 1 und 2 als Beschwerdeberechtigten (§ 59 FamFG) eingelegt. Mit der Beschwerde ist zunächst der gesamte Gegenstand des erstinstanzlichen Verfahrens beim Beschwerdegericht zur Entscheidung angefallen. Dem steht nicht entgegen, dass die in der Beschwerdeschrift erneut ausformulierte Kraftloserklärung hinter der erstinstanzlichen Erklärung zurückgeblieben ist, denn insoweit handelt es sich ausweislich des unbeschränkten Aufhebungsantrags sowie der Beschwerdebegründung um eine offenkundig versehentliche Unrichtigkeit. Das Rechtsmittel war deshalb dahingehend auszulegen, dass die öffentliche Bekanntmachung der bereits zum Amtsgericht formulierten Kraftloserklärung unverändert und vollständig weiterverfolgt werde. Die erstinstanzliche Entscheidung ist somit aufgrund des unbeschränkten Beschwerdeangriffs nicht in Teilrechtskraft erwachsen. Deshalb ist auch unschädlich, dass erst nach Ablauf der Einlegungsfrist ausdrücklich die öffentliche Bekanntmachung der auf die Vorsorgevollmacht bezogenen Kraftloserklärung – unter Antragsrücknahme im Übrigen – beantragt worden ist.

[20] 2. Das Rechtsmittel hat auch in der Sache Erfolg. Es führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und Rückgabe der Sache an das erstinstanzliche Gericht zur erneuten Entscheidung unter Beachtung der nachfolgend dargelegten Rechtsauffassung des Senats. Einer mündlichen Erörterung der Angelegenheit bedarf es nicht (vgl. Deckenbrock in BeckOGK § 176 Rn. 10).

[21] a) Dahinstehen kann, ob die erstinstanzliche Entscheidung schon deshalb keinen Bestand haben kann, weil das Amtsgericht den Antrag „auf Kraftloserklärung“ der Vollmachtsurkunde zurückgewiesen hat (vgl. allerdings auch die Formulierung bei Deckenbrock in BeckOGK § 176 Rn. 16), obwohl der Antrag dahin geht, die öffentliche Zustellung der in der Antragschrift ausformulierten Kraftloserklärung (durch Beschluss, vgl. Deckenbrock in BeckOGK § 176 Rn. 15) zu bewilligen (und entsprechend durchzuführen).

Zu Unrecht hat das Gericht ein Rechtsschutzbedürfnis für das Verfahren zur Kraftloserklärung verneint

[22] b) Die Entscheidung ist jedenfalls deshalb aufzuheben, weil das Amtsgericht zu Unrecht ein Rechtsschutzbedürfnis für die Durchführung des Verfahrens nach § 176 BGB verneint hat, soweit sich die Kraftloserklärung auf die zu notarieller Urkunde erteilte Vollmacht bezieht. Soweit das Verfahren infolge der wirksam erklärten Teilrücknahme des Antrags (§ 23 FamFG) nicht mehr die ebenfalls beurkundete Patientenverfügung betrifft, ist die erstinstanzliche Entscheidung nachträglich wirkungslos geworden und wird deklaratorisch aufgehoben.

[23] aa) Die Beteiligten zu 1 und 2 haben ein Rechtsschutzbedürfnis an der mit dem Verfahren noch erstrebten Bewilligung der öffentlichen Bekanntmachung der Kraftloserklärung. Deshalb ist die erstinstanzliche Entschei-

dung aufzuheben und nicht nur dahingehend abzuändern, dass der Antrag als unzulässig verworfen wird, wie bei fehlendem Rechtsschutzbedürfnis auszusprechen gewesen wäre.

Durch die Aushändigung der Vollmachtsurkunde ist ein Rechtsscheintatbestand geschaffen

[24] bb) Hat der Vollmachtgeber dem Vertreter eine Vollmachtsurkunde ausgehändigt, so ergeben sich hieraus nach § 172 BGB Rechtsscheinwirkungen. Unabhängig von der Frage, ob die Vollmacht durch Widerruf (§ 168 Sätze 2 und 3 BGB) materiell-rechtlich erloschen ist, gilt die Vertretungsmacht gegenüber Dritten als fortbestehend, wenn die Urkunde dem Dritten bei Vertragsabschluss in Urschrift oder Ausfertigung vorgelegen hat (vgl. Palandt/Grüneberg BGB 77. Aufl. § 172 Rn. 3). Diese Rechtsscheinwirkung gilt so lange, bis die Urkunde dem Vollmachtgeber zurückgegeben oder für kraftlos erklärt wird (§ 172 Abs. 2 BGB).

Aus dem Rechtsscheintatbestand folgt in der Regel das Rechtsschutzinteresse für die Kraftloserklärung

[25] Aus dieser gesetzlichen Fiktion folgt in der Regel ein Rechtsschutzinteresse des Vollmachtgebers an der Kraftloserklärung, für die er gemäß § 176 BGB der Mitwirkung des Gerichts durch Bewilligung der öffentlichen Bekanntmachung seiner rechtsgestaltenden Erklärung bedarf. Wird – wie hier – die Urkunde nicht zurückgegeben, dann zerstört gemäß § 172 Abs. 2 BGB erst die Kraftloserklärung mit ihrem Wirksamwerden durch Ablauf der Monatsfrist ab öffentlicher Bekanntmachung, § 176 Abs. 1 Satz 2 BGB, die Rechtsscheinwirkung der Urkunde (Deckenbrock in BeckOGK § 176 Rn. 2 mit 2.1 und 27). Nichts anderes gilt, wenn der Bevollmächtigte nach eigenen Angaben zur Herausgabe nicht in der Lage ist, weil die Urkunde nicht in Besitz hat. Gerade in diesen Fällen steht dem Vollmachtgeber ein alternativ möglicher Weg zur Zerstörung des kraft Gesetzes von der Urkunde ausgehenden Rechtsscheins, insbesondere die Herausgabeklage auf der Grundlage von § 175 BGB, nicht zur Verfügung.

Ein Rechtsschutzbedürfnis besteht auch dann, wenn der Vollmachtgeber die Urkunde nicht ausgehändigt hat

[26] Ob der Vollmachtgeber die an ihn hinausgegebene Ausfertigung der Urkunde an die Bevollmächtigte weitergegeben hat, ist für die Entscheidung nicht erheblich. Ein Rechtsschutzbedürfnis an einer wirksamen Kraftloserklärung der Urkunde ist nämlich auch dann anzuerkennen, wenn die Urkunde dem Bevollmächtigten nicht im Sinne des § 172 Abs. 1 BGB „ausgehändigt“ worden ist. Ist eine schriftliche Vollmachtsurkunde im Umlauf, kann der (vermeintliche) Vollmachtgeber auch dann in Darlegungs- und Beweislastschwierigkeiten geraten, wenn er die Urkunde nicht ausgehändigt hat, der angebliche Berechtigte die Urkunde aber missbraucht (Deckenbrock in BeckOGK § 176 Rn. 7.4 mit § 175 Rn. 9). Hier steht aufgrund der Auskunft des Notars fest, dass eine Ausfertigung für die Bevollmächtigte erteilt wurde; nur das weitere Schicksal dieser Ausfertigung ist ungeklärt.

Wegen fehlender Anhaltspunkte für Vollmachtsmissbrauch kann das Rechtsschutzbedürfnis nicht in Abrede gestellt werden

[27] cc) Ein Rechtsschutzbedürfnis kann nicht schon deshalb verneint werden, weil Anhaltspunkte für einen bereits

erfolgten oder auch nur beabsichtigten Missbrauch der Vollmachtsurkunde fehlen (Deckenbrock in BeckOGK § 176 Rn. 13).

Nur ausnahmsweise fehlt das Rechtsschutzbedürfnis, wenn von der Urkunde keine Legitimationswirkung mehr zu erwarten ist

[28] Für die Durchführung eines Verfahrens nach § 176 BGB fehlt ein Rechtsschutzbedürfnis vielmehr nur in besonderen Ausnahmekonstellationen, in denen der Vollmachtgeber in vergleichbar sicherer Weise wie durch eine öffentlich bekannt gemachte Kraftloserklärung vor Haftungsrisiken geschützt ist, weil eine von der Vollmachtsurkunde im Rechtsverkehr ausgehende Legitimationswirkung nicht (mehr) zu erwarten ist. Dies kann der Fall sein, wenn die Rückgabe der Urkunde positiv feststeht oder wenn aufgrund einer aus der Urkunde hervorgehenden zeitlichen Befristung der Vollmacht deren Unwirksamkeit im Zeitpunkt der Verfahrenseinleitung feststeht (Deckenbrock in BeckOGK § 176 Rn. 13.1).

Ein solcher Ausnahmefall liegt nicht vor

[29] Eine solche Ausnahmesituation liegt hier nicht vor. Zwar ist die Vollmacht als Vorsorgevollmacht bezeichnet und in der Urkunde festgehalten, dass die Vollmacht der Vermeidung einer Betreuung diene. Gleichzeitig ist aber ausdrücklich angeordnet, dass die Vollmacht transmortale Wirkung entfalte. Die somit nicht auf die Lebenszeit des Vollmachtgebers befristete Vollmacht ermöglicht daher auch die Vertretung der Erben hinsichtlich des zum Nachlass gehörenden Vermögens. In dieser Situation können sich die Beteiligten zu 1 und 2 als Erben des Vollmachtgebers vor der Legitimationswirkung der Urkunde nur durch die öffentliche Bekanntmachung der Kraftloserklärung schützen, weil der Bevollmächtigte nach eigenen Angaben eine Herausgabe der Ausfertigung nicht möglich ist. Ob die Bevollmächtigte in den Besitz der Urkunde gelangt ist und hiervon Gebrauch gemacht hat oder irgendwann in der Zukunft Gebrauch machen würde, kann bei dieser Sachlage dahinstehen.

Die Sache war an das Amtsgericht zurückzuverweisen

[30] c) Der Senat verweist die Sache an das für die Bewilligung der Veröffentlichung nach § 176 Abs. 2 BGB zuständige Amtsgericht zurück. Dieses hat über den Antrag nun in der Sache unter Beachtung der dargestellten Rechtsauffassung des Senats zu entscheiden.

[31] aa) Zwar hat das Beschwerdegericht nach § 69 Abs. 1 Satz 1 FamFG grundsätzlich selbst in der Sache zu entscheiden.

[32] Nach § 69 Abs. 1 Satz 2 FamFG ist das Beschwerdegericht jedoch befugt, die Sache unter Aufhebung des angefochtenen Beschlusses an das Gericht des ersten Rechtszugs zurückzuverweisen, wenn dieses in der Sache noch nicht entschieden hat. Diese Voraussetzung liegt hier vor, weil das Amtsgericht bereits die Zulässigkeit des Antrags wegen fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses verneint hat.

[33] Die Zurückverweisung ist auch sachgerecht, weil nach § 176 Abs. 2 BGB das Amtsgericht für die Bewilligung der Veröffentlichung zuständig ist, in dessen Bezirk der Vollmachtgeber seinen allgemeinen Gerichtsstand hat oder welches für die Klage auf Rückgabe der Urkunde (örtlich) zuständig wäre, mithin in der Regel das Amtsgericht am allgemeinen Gerichtsstand des Bevollmächtig-

ten (Deckenbrock in BeckOGK § 176 Rn. 6). Die Bewilligung erfolgt gemäß § 176 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 BGB dadurch, dass das nach § 176 Abs. 2 BGB zuständige Amtsgericht durch Beschluss nach § 38 FamFG die Veröffentlichung der Kraftloserklärung nach Maßgabe der für die öffentliche Zustellung einer Ladung geltenden Vorschriften der ZPO, somit nach §§ 185 ff. ZPO, anordnet, ohne dass die besonderen Voraussetzungen des § 185 ZPO erfüllt sein müssten (vgl. Deckenbrock in BeckOGK § 176 Rn. 15 und 17; MüKo/Schubert BGB 7. Aufl. § 176 Rn. 2). Die Veröffentlichung selbst wird sodann gemäß § 186 Abs. 2 Satz 1 Alt. 1 ZPO unter anderem (vgl. § 176 Abs. 1 Satz 2 BGB; Weinland in jurisPK-BGB 8. Aufl. § 176 Rn. 6; Deckenbrock in BeckOGK § 176 Rn. 20 und 24: zusätzlich Veröffentlichung im elektronisch geführten Bundesanzeiger oder in einem anderen öffentlichen Blatt) durch Aushang der Kraftloserklärung (vgl. Deckenbrock in BeckOGK § 176 Rn. 22: nicht lediglich einer Benachrichtigung) an der Gerichtstafel des Amtsgerichts (hier: Deggendorf) durchgeführt (vgl. Auch OLG Frankfurt BtPrax 2014, 179). Dieser mit der gesetzlichen Zuständigkeitsregelung geschaffene örtliche Bezug würde aufgehoben, wenn die Veröffentlichung aufgrund einer in der Beschwerdeinstanz ausgesprochenen Bewilligung durch Aushang an der Gerichtstafel des Oberlandesgerichts München erfolgen würde.

Die Kraftloserklärung muss sich auf die Vollmachtsurkunde, nicht auf die Vollmacht als solche beziehen

[34] bb) Darüber hinaus dürfte es angezeigt sein, vor einer Bewilligung der öffentlichen Bekanntmachung der im Antragsschriftsatz erklärten Kraftloserklärung (vgl. Weinland in jurisPK-BGB § 176 Rn. 3; Staudinger/Schilken BGB [2014] § 176 Rn. 3) – soweit sie nicht durch Teilrücknahme gegenstandslos geworden ist – gemäß § 28 Abs. 2 FamFG darauf hinzuwirken, dass sich die Kraftloserklärung ihrem Wortlaut nach nicht auf die Vollmacht, sondern auf die Vollmachtsurkunde und deren Ausfertigung bezieht (vgl. Deckenbrock in BeckOGK § 176 Rn. 7, 7.1 und 29). Denn gemäß § 172 BGB geht die Legitimationswirkung von der Vollmachtsurkunde und der das Original im Rechtsverkehr vertretenden Urkundsausfertigung aus. Auf die Urkunde – nicht auf die Vollmacht – hat sich daher auch die Kraftloserklärung nach § 176 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 1 BGB zu beziehen.

III.

[35] Die Kostenentscheidung beruht auf § 81 Abs. 1 Sätze 1 und 2 FamFG.

Die Verfahrenskosten können der Bevollmächtigten nicht auferlegt werden, weil sie die gerichtliche Tätigkeit nicht veranlasst hat

[36] Unabhängig von der Frage, ob die Bevollmächtigte formal überhaupt nach § 7 Abs. 2 FamFG Beteiligte im Verfahren nach § 176 BGB ist (verneinend: Deckenbrock in BeckOGK § 176 Rn. 10 und 23.1), entspricht die Kostenentscheidung der Billigkeit. Ist die Bevollmächtigte gemäß § 7 Abs. 2 FamFG nicht als Verfahrensbeteiligte, sondern als Dritte anzusehen (vgl. KG FGPrax 2015, 95; a. A. OLG Frankfurt BtPrax 2014, 179), so können ihr gemäß § 81 Abs. 4 FamFG die Kosten des Verfahrens nur auferlegt werden, soweit sie die gerichtliche Tätigkeit veranlasst hat und ihr grobes Verschulden zur Last fällt. An beiden Voraussetzungen fehlt es. Aber auch unter Zugrundelegung einer anderen Rechtsmeinung zur Beteiligtenstel-

lung der Bevollmächtigten (inzident OLG Düsseldorf FGPrax 2014, 44; Staudinger/Schilken § 176 Rn. 11) entspricht es billigem Ermessen, dass die Beteiligten die bei ihnen im Rechtsmittelzug angefallenen Kosten jeweils selbst tragen. Ein Regelbeispiel nach § 81 Abs. 2 FamFG ist nicht erfüllt. Am Beschwerdeverfahren hat sich die Bevollmächtigte nicht durch Antragstellung oder in sonstiger Weise beteiligt. Sie war bereits erstinstanzlich der beantragten Veröffentlichung nicht entgegen getreten. Mit ihrem allein gegen die beantragte Kostenentscheidung gerichteten Verteidigungsvorbringen hat sie keine Ursache für das Beschwerdeverfahren gesetzt. Über das Bestehen eines materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruchs ist nicht im vorliegenden Verfahren zu entscheiden (vgl. auch Deckenbrock in BeckOGK § 176 Rn. 23.2; MüKo/Schubert § 176 Rn. 6; Staudinger/Schilken § 176 Rn. 11).

[37] Wegen der im Beschwerdeverfahren angefallenen Gerichtskosten hat der Senat von der Möglichkeit des § 81 Abs. 1 Satz 2 FamFG Gebrauch gemacht, da das Rechtsmittel allein durch die fehlerhafte Behandlung des erstinstanzlichen Antrags erforderlich geworden ist.

[38] Die Festsetzung des Geschäftswerts (§ 79 Abs. 1 GNotKG) beruht auf einer an den Angaben der Beteiligten zu 1 und 2 ausgerichteten Schätzung (§ 36 Abs. 1 GNotKG).

[39] Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Rechtsbeschwerde gemäß § 70 Abs. 2 Satz 1 FamFG liegen nicht vor. ■

10. Steuerrecht – Zur Bedeutung der Kaufpreisangabe für mitverkaufte bewegliche Gegenstände für die Grunderwerbsteuer

(FG Köln, Urteil vom 8.11.2017 – 5 K 2938/16, mitgeteilt von Notar a. D. Ickenroth, Rheinbach)

GrEStG §§ 2, 8 Abs. 1, 9 Abs. 1 Nr. 1

1. Werden in einem Grundstückskaufvertrag zugleich weitere, nicht der Grunderwerbsteuer unterliegende Gegenstände mitverkauft, ist der Aufwand für diesen Erwerb regelmäßig nicht zur Grunderwerbsteuerlichen Gegenleistung zu rechnen.
2. Eine von den Beteiligten vorgenommene Kaufpreisaufteilung ist grundsätzlich auch der Besteuerung zu Grunde zu legen, wenn an der Ausgeglichenheit der jeweiligen Leistungen und Gegenleistungen keine Zweifel bestehen.
3. Es obliegt dem Finanzamt, eine fehlende Angemessenheit darzulegen und nachzuweisen.
(RNotZ-Leitsätze)

Zur Einordnung

Die nachfolgend abgedruckte Entscheidung des FG Köln befasst sich mit der Frage, inwieweit ein auf eine mitverkaufte Einbauküche entfallender Kaufpreisteil aus der Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer herauszurechnen ist.

Der Grunderwerbsteuer unterliegen nach §§ 1 Abs. 1 Nr. 1, 2 Abs. 2 GrEStG u. a. Kaufverträge über Grundstücke und den Grundstücken gleichgestellte Gegenstände.

Bemessungsgrundlage ist die Gegenleistung des Käufers, also regelmäßig der Kaufpreis (§§ 8 Abs. 1, 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG). Die Gegenleistung ist dabei abhängig vom Grundstücksbegriff: nur dasjenige, was für den Erwerb des Grundstücks geleistet wird, zählt zur Grunderwerbsteuerlich relevanten Gegenleistung (BFH II R 114/90, juris, Rn. 14; Boruttau/Loose, GrEStG, 18. Aufl. 2016, § 9 Rn. 105). Dementsprechend kann der Kaufpreisteil, der auf mitverkaufte sonstige Gegenstände entfällt, nicht in die Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer einfließen (vgl. Schulte-Thoma RNotZ 2004, 61 [83]). Entscheidend ist daher, ob diese Gegenstände als Bestandteil des Grundstücks anzusehen sind, anderenfalls sind sie von der Grunderwerbsteuer nicht erfasst (vgl. FG Köln BeckRS 2003, 13232; Boruttau/Viskorf, GrEStG, 18. Aufl. 2016, § 2 Rn. 26 sowie Boruttau/Loose, GrEStG, 18. Aufl. 2016, § 9 Rn. 106). Daher fällt bspw. für den Mitverkauf handelsüblicher Markisen keine Grunderwerbsteuer an (BeckOK BGB/Fritzsche, Stand 1.5.2018, § 94 Rn. 21; FG Köln BeckRS 2003, 13232). Schwieriger ist die Einordnung von Einbauküchen. Wenn erst ihre Einfügung dem Gebäude nach der Verkehrsanschauung eine besondere Eigenart, ein bestimmtes Gepräge gibt, ohne das es nicht als fertiggestellt gilt, oder wenn die Einbauküche dem Baukörper besonders angepasst ist und deswegen mit ihm eine Einheit bildet, handelt es sich um einen wesentlichen Bestandteil iSd § 94 Abs. 2 BGB (BGH NJW-RR 1990, 914 [914 f.]; MüKoBGB/Stresemann, 7. Aufl. 2015, § 94 Rn. 30). Im Hinblick auf serienmäßige Einbauküchen existieren örtlich unterschiedliche Verkehrsanschauungen: in Nordrhein-Westfalen werden sie weder als wesentlicher Bestandteil, noch als Zubehör des Grundstücks aufgefasst (OLG Düsseldorf NJW-RR 1994, 1039; OLG Hamm NJW-RR 1989, 333).

Steht fest, dass mitverkaufte Gegenstände der Grunderwerbsteuer nicht unterfallen, ist im Anschluss zu klären, in welcher Höhe die Bemessungsgrundlage gemindert wird. Legen die Beteiligten im Kaufvertrag die zwischen ihnen getroffene Preisabrede bzgl. solcher Gegenstände nieder, sind diese Kosten nach allgemeiner Rechtsprechung des BFH grundsätzlich auch der Besteuerung zu Grunde zu legen (BFH BeckRS 2006, 25010158 für die Eigenheimzulage; BFH DStR 2009, 1193 [1194] für Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung; BFH RNotZ 2016, 205 m. Einordn. d. Schrftl. für die AfA bei Aufteilung in Gebäude sowie Grund und Boden). Das gilt allerdings nur, wenn an der Ausgeglichenheit der jeweiligen Leistungen und Gegenleistungen keine Zweifel bestehen und die Aufteilung von den Beteiligten nicht lediglich aus Gründen der Steuerersparnis vereinbart wurde (BFH BeckRS 1971, 22000892; BFH BeckRS 1998, 30018583).

Das FG Köln überträgt in seinem Urteil diese Rechtsprechungsgrundsätze auf die Grunderwerbsteuerliche Aufteilung des Kaufpreises. Der Nachweis der Unangemessenheit der Aufteilung des Kaufpreises obliegt der Finanzverwaltung. Im Ergebnis sah das Gericht nach eigener Sachverhaltsermittlung keine Veranlassung, die Angemessenheit in Zweifel zu ziehen. Insbesondere kann aus der Tatsache, dass die beweglichen Gegenstände ertragsteuerlich bereits abgeschrieben wären, nicht auf deren Wertlosigkeit geschlossen werden.

Im Hinblick auf Wertobergrenzen bei der Bemessung des Kaufpreises für mitverkaufte Gegenstände ist für die Finanzämter ein Erlass des NRW-Finanzministeriums maß-

geblich (VV NW FinMin S 4521-3-V A 2, juris). Danach hat die Steuerbehörde von besonderen Ermittlungen der Werte abzusehen, wenn der angegebene Preis für die sonstigen Gegenstände angemessen erscheint und 15 % der Gegenleistung, höchstens jedoch 50.000 € nicht übersteigt. Allerdings kann der Preisansatz von beweglichen Gegenständen dazu führen, dass aus Bankensicht der Beleihungswert des Erwerbsobjektes sinkt. Daher sollten die Werte im Vorfeld von den Beteiligten mit ihrem Finanzierer abgestimmt werden.

Die Frage der teilweisen Grunderwerbsteuerfreiheit stellt sich zudem immer insoweit, als beim Verkauf von Wohnungs- oder Teileigentum ein Teil des Kaufpreises auf die anteilige Instandhaltungsrückstellung entfällt (vgl. Boruttau/Loose, GrEStG, 18. Aufl. 2016, § 9 Rn. 506). Nachdem bereits höchstrichterlich entschieden wurde, dass ein Abzug von der Bemessungsgrundlage bei einem Erwerb in der Zwangsversteigerung nicht in Betracht kommt (BFH BeckRS 2016, 94688), soll nach Ansicht des FG Köln auch bei rechtsgeschäftlichem Erwerb kein Abzug möglich sein (BeckRS 2017, 141831). Gegen diese Entscheidung ist die Revision beim BFH anhängig (II R 49/17).

Die Schriftleitung (TH)

Zum Sachverhalt:

I.

[1] Streitig ist der Wert der Gegenleistung i. S. d. §§ 8, 9 des Grunderwerbsteuergesetzes (GrEStG).

[2] Die Kläger erwarben mit notariellem Vertrag vom 6.6.2016 ein mit einem Einfamilienhaus bebautes Grundstück in A, B-Straße

[3] In III. des notariellen Kaufvertrages ist ein Kaufpreis von 392.500 € vereinbart worden. Weiterhin ist dort bestimmt, dass auf die mitverkauften beweglichen Gegenstände ein Teilbetrag von insgesamt 9.500,00 € (7.500,00 € für die Einbauküche und 2.000,00 € für die Markisen) entfällt.

[4] In II. des notariellen Kaufvertrages ist bestimmt, dass mitverkauft und aufschiebend bedingt durch die vollständige Zahlung des Kaufpreises neben dem Zubehör übereignet werden

die Einbauküche

die beiden Markisen.

[5] Mit Schreiben vom 13.6.2016 bat der Beklagte die Kläger darum, eine Inventarliste zu erstellen und Belege über die ursprünglichen Anschaffungskosten der übernommenen Möbel und Gegenstände vorzulegen.

[6] Die Kläger füllten eine Inventarliste aus, die dem Beklagten mit Schreiben vom 7.7.2016 übersandt worden ist. Dort sind keine Kaufpreise/Anschaffungsdaten des Verkäufers aufgeführt worden. Wegen der übrigen Angaben wird auf die Inventarliste Bezug genommen. Weiterhin führten die Kläger in diesem Schreiben aus, dass als Kaufpreis nicht der ursprüngliche Kaufpreis vereinbart worden sei, sondern der Preis, der unter den gegebenen marktüblichen Umständen für diese Gegenstände üblicherweise erzielbar gewesen sei. Der Verkäufer habe den Klägern zwar keine Rechnungen mehr übergeben können, jedoch sei für die Kläger und deren Berater ohne weiteres

erkennbar gewesen, dass es sich um hochwertige Gegenstände ohne Abnutzungserscheinungen gehandelt habe und die Kläger bei einer Neuanschaffung sicherlich das Doppelte hätten zahlen müssen. Davon könne sich der Beklagte aufgrund der eingereichten Bilder aber auch bei einer Ortsbesichtigung einen Eindruck machen. Es handle sich um eine hochwertige deckenhohe Einbauküche mit eingebauten Strahlern nebst Tischen und Stühlen und Markenelektrogeräten. Die Spülmaschine sei von ... und der Kühlschrank von ... (ca. eineinhalb Jahre alt) sowie Herd mit Ceranfeld von Die Markisen seien von der Firma ..., weit ausfahrbar über die großen Terrassen im Obergeschoss und im Erdgeschoss zum Garten hin. Zwei weitere Markisen, die noch angebracht werden müssten bzw. können, gehörten auch dazu und wurden mitverkauft. Weiter sei das Zubehör mitverkauft worden. Hier seien insbesondere zu nennen die Gartenlampe, die Hausingangslampe und die speziell für das Wohnzimmer angefertigte Deckenbeleuchtung, deren Einzelbenennung die Kläger nicht für nötig halten, da das Zubehör im Sinne des § 97 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) ausdrücklich mitverkauft sei. Da der Verkäufer den Klägern keine Belege übergeben habe bzw. besorgen konnte, könnten die Kläger keine Angaben zu Anschaffungsdatum und Anschaffungspreis machen.

[7] Daraufhin setzte der Beklagte mit Bescheiden vom 13.7.2016 die Grunderwerbsteuer pro Ehegatten auf einen Betrag von 12.756 € fest. Den Wert der Gegenleistung ermittelte der Beklagte indem er pro Ehegatte einen Wert von 196.250 € (=392.500 / 2) ansetzte.

[8] Der hiergegen erhobene Einspruch blieb ohne Erfolg.

[9] Mit der vorliegenden Klage machen die Kläger weiterhin geltend, dass zu Unrecht auch der Kaufpreis von 9.500 € für die mitverkauftete Einbauküche und die Markisen in die Gegenleistung bei der Ermittlung der Grunderwerbsteuer einbezogen worden sei. Im Streitfall seien die Kaufgegenstände in zwei inhaltlich getrennten und unterschiedlichen Kaufvereinbarungen zu im Einzelnen aufgeführten Kaufpreisen gekauft worden, die nur in einer Urkunde enthalten seien, damit deren rechtlicher Bestand bzw. Nichtbestand aneinander gekettet sei. Keine der Vereinbarungen sollte ohne die andere durchgeführt werden, jede sei aber getrennt ausgehandelt und vereinbart worden. Die Grundsätze über die Aufteilung einer Gesamtgegenleistung seien deshalb hier nicht anwendbar. Der Beklagte unterstelle weiterhin, dass die Kaufvereinbarung über das Zubehör/bewegliche Sachen trotz der gegenseitigen Abhängigkeit voneinander unabhängig von dem Grundstückskaufvertrag und außerhalb des notariellen Vertrages getroffen werden könne und leite hieraus sogar eine unterschiedliche steuerliche Behandlung ab. Privatschriftliche Vereinbarungen seien grunderwerbsteuerfrei, notariell beurkundete dagegen der Grunderwerbsteuer zu unterwerfen. Wer also den sich vom Gesetzgeber in § 311 Buchst. b BGB vorgeschriebenen Weg gehe, werde vom Finanzamt mit höheren Steuern belegt. Dieser fragwürdige Ratschlag des Beklagten, sich in die Grauzone einer unsicheren und streitträchtigen privatschriftlichen Vereinbarung zu begeben, sei kaum im Sinne des Gesetzes und dürfe nach dem Sinn und Zweck der Gesetze nicht zu unterschiedlichen rechtlichen Behandlungen führen. Ausgehend von der – nicht zutreffenden – These, dass in dem Kaufvertrag eine einheitliche Kaufvereinbarung mit einer Gesamtgegenleistung vereinbart worden sei, wolle der Beklagte den Gesamtkaufpreis nach

dem Verhältnis des gemeinen Werts des Grundstücks zum gemeinen Wert der anderen Gegenstände aufteilen. Da es sich hier um zwei unterschiedliche Verträge handle, sei dies der falsche Ansatz. Das Verhältnis der Kaufgegenstände zueinander sei hier nicht entscheidend, sondern nur der Wert des Zubehörs/der beweglichen Sachen. Der gemeine Wert lasse sich nach Ansicht des Beklagten nur durch Vorlage der Rechnungen des Verkäufers ermitteln. Andere Beweismittel lasse der Beklagte nicht zu. Angeblich wäre es dem Beklagten ansonsten nicht möglich, die erforderliche Wertermittlung vorzunehmen. Hier zeigten sich die Folgen des falschen Ansatzes. Statt zu überprüfen, ob die konkreten Einzelpreise ernstlich gemeint, d. h. objektiv nachvollziehbar und wirtschaftlich angemessen seien, erklärte der Beklagte die Vorlage der Rechnungen zur einzigen Beweismöglichkeit, wohl wissend, dass diese Vorlage den Klägern nicht möglich sei. Der Beklagte hätte vielmehr prüfen und begründen müssen, ob der Einzelpreisvereinbarung unter dem Gesichtspunkt des § 42 der Abgabenordnung (AO) als Gestaltungsmissbrauch die steuerliche Anerkennung zu versagen sei. Nur wenn Gestaltungsmissbrauch vorliege, müsse – wie bei einer Gesamtgegenleistung – eine verhältnismäßige Aufteilung vorgenommen werden (vergleiche Urteil des BFH vom 17. Juni 1998 II R 95/96, BFH/NV 1998, 1527). Stattdessen habe der Beklagte eine Aufteilung 100 : null vorgenommen, obwohl es ihm ein leichtes gewesen wäre, festzustellen, dass eine hochwertige Küche gekauft worden sei und gegebenenfalls einen Wert zu schätzen. Für einen Gestaltungsmissbrauch jedoch lägen keinerlei Anhaltspunkte vor. Für den Kauf des Zubehörs/der beweglichen Gegenstände seien nach dem Vertrag nur einige Bestimmungen des Grundstückskaufvertrages für entsprechend anwendbar erklärt worden (Sachmängel, wirtschaftlicher Übergang). Schon hieraus ergebe sich, dass es sich um zwei verschiedene Verträge handle. Dementsprechend sei im Abschnitt III ausdrücklich erklärt worden, dass auf die beweglichen Gegenstände ein Kaufpreisteil von insgesamt 9.500 € (7.500 € für die Einbauküche und 2.000 € für die Markisen) entfielen. Damit seien alle notwendigen Bestandteile des Zubehör-Kaufvertrages beschrieben und ausdrücklich eine Einzelpreisvereinbarung getroffen worden. Die genannten vertraglichen Formulierungen machten deutlich, dass es sich um zwei Kaufverträge handle, die nur in einer Urkunde zusammengefasst seien, deren rechtliches Schicksal aber aneinander gekettet sei. Keiner der beiden Kaufverträge sollte getrennt durchgeführt werden, ein Rücktritt oder eine Aufhebung oder Ähnliches solle beide erfassen. In der Einspruchsentscheidung werde behauptet, es sei möglich, die Übernahme von Zubehör/beweglichen Gegenständen außerhalb des notariellen Vertrages mit dem Veräußerer zu vereinbaren. Das sei aber nur denkbar, wenn die beiden Kaufverträge nicht voneinander abhängen sollten, denn es gelte der rechtliche Grundsatz: „Alle Vereinbarungen, die nach dem Willen der Parteien nicht für sich allein gelten sollen, sondern miteinander stehen und fallen sollen, seien beurkundungsbedürftig“. Dies sei aber genau hier der Fall gewesen: Die Kläger wollten das Zubehör nicht ohne Hausgrundstück kaufen, der Verkäufer wollte das Hausgrundstück nur mit dem Zubehör verkaufen. Kein Verantwortungsbewusstsein würde bei dieser Sachlage dazu raten, das Zubehör außerhalb der notariellen Urkunde zu verkaufen, nicht nur wegen der möglichen Nichtigkeitsfolge aus § 311b BGB, sondern auch deshalb, weil – wenn trotz der Nichtbeurkundung des Zubehörvertrages beide Verträge rechtswirksam werden, aber einer dieser

Verträge notleidend würde – ein Ergebnis erreicht werde, welches den Parteienstreit geradezu herausfordere. Hier sei die vorsorgende notarielle Beratung und Beurkundung geradezu gefordert. Der Beklagte gebe dagegen mit seinen Ausführungen den Rat, sich in eine Grauzone des Beurkundungsrechts zu begeben und darauf zu hoffen, dass alles gut gehe, und dies bei einem Rechtsgeschäft, welches für die überwiegende Mehrzahl der Bürger das finanziell wichtigste ihres ganzen Lebens sei. Unabhängig von den Formfragen werde jedoch vom Ergebnis her deutlich: Die steuerliche Folge könne nicht davon abhängen, ob die Vereinbarung privatschriftlich oder notariell vereinbart werde, entscheidend könne nur der Inhalt sein.

[10] Einer Einzelpreisvereinbarung wäre dann die Anerkennung zu versagen, wenn ein Gestaltungsmissbrauch (§ 42 AO) vorliegen würde. Hierfür gebe es jedoch nicht den geringsten Hinweis. Die Kläger hätten den Preis für das Zubehör bezahlt, der nach ihrer Meinung und der Meinung ihrer Berater (unter anderem des Architekten) angemessen gewesen sei. Weil das gekaufte Zubehör hochwertig und in hervorragend gutem Zustand gewesen sei, beabsichtigten die Kläger dieses noch lange zu nutzen, mindestens noch 10-15 Jahre. Für eine vergleichbare neue Küche hätten die Kläger sicherlich das Doppelte bezahlen müssen, ebenfalls für die Markisen. Rechnungen habe der Verkäufer nicht mehr vorlegen können. Das Küchenstudio, in dem dieser die Einbauküchen gekauft habe, existiere nicht mehr. Aber letztlich sei aus der Sicht der Kläger für den Wert des gekauften Zubehörs nicht der Kaufpreis, den der Verkäufer gezahlt habe, und dessen Nutzungsdauer entscheidend, sondern der Zustand, die Wertigkeit, das Aussehen und die noch vorhandene voraussichtliche Nutzungsdauer, aber auch die Kosten einer vergleichbaren neuen Küche. Deshalb gehe auch der Gedanke, den gemeinen Wert entsprechend dem Alter und nach Abschreibungsgesichtspunkten zu bestimmen, am Kern des Problems vorbei. Dies seien Verkäufer-Gesichtspunkte, die für einen Käufer zweitrangig seien. Diese Gesichtspunkte seien sicher nicht außer Acht zu lassen, bestimmten aber nicht allein den gemeinen Wert von schönen, alten Sachen. Wenn es sich um schöne, gut aussehende Dinge in gutem Zustand handle, und man letztlich noch erhebliches Geld gegenüber einer Neuanschaffung spare, spreche alles dafür, diese Zubehörteile auch zu kaufen. Letztlich hätten die Kläger hier genau nach den Grundsätzen des § 9 des Bewertungsgesetzes (BewG) gehandelt. Sie hätten sich mit ihrem Architekten und anderen fachkundigen Personen und natürlich auch Personen aus dem Familienkreis beraten, hätten sich in Möbelhäusern die Küchen angesehen und hätten sodann den Preis geboten und vereinbart, der ihrer Prüfung nach angemessen gewesen sei und den sicherlich auch ein anderer Käufer bereit wäre zu zahlen. Verkäuferrechnungen könnten die Kläger zwar nicht vorlegen, weil diese nicht mehr existierten. Jedoch sei aufgrund der vorgelegten Fotos nachgewiesen, dass die Kläger wertvolles Zubehör gekauft hätten. Die Handhabung des Beklagten, wegen der nicht vorhandenen Rechnungen überhaupt keine Prüfung der vorgelegten und angebotenen Beweise vorzunehmen und so zu tun, als ob überhaupt kein Zubehör gekauft worden sei, habe keinerlei rechtliche Grundlage und sei im Übrigen auch nicht nachzuvollziehen. Da für einen Gestaltungsmissbrauch keinerlei Anhaltspunkte gegeben seien, vielmehr die Einzelpreisvereinbarungen ernsthaft gewollt, objektiv nachvollziehbar und wirtschaftlich angemessen seien, seien diese der Grunderwerbsteuerfestsetzung zugrunde zu legen.

[11] Die Kläger beantragen,

die Grunderwerbsteuerbescheide vom 13.7.2016 insoweit zu ändern als eine Gegenleistung von mehr als 191.500 € (= 383.000 : 2) je Miteigentümer angesetzt worden ist.

[12] Der Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen,

im Unterliegensfalle die Revision zuzulassen.

[13] Nach der Darstellung der Kläger solle die Übertragung des Grundstücks mit dem darin befindlichen Inventar nicht zu einem einheitlichen Gesamtpreis erfolgt sein, sondern stattdessen seien Einzelpreisvereinbarungen getroffen worden. Im Kaufvertrag vom 6.6.2016 werde hierzu auf Seite 3 unter II.1 angeführt, dass die Einbauküche samt Elektrogeräten und die beiden Markisen mitverkauft wurden. Auf Seite 4 unter III. 1. werde der darauf entfallende Teilbetrag von 9.500 € genannt, von dem 7.500 € auf die Einbauküche und 2.000 € auf die Markisen entfallen solle. Eine Gesamtgegenleistung sei im Falle des einheitlichen Verkaufs mehrerer Sachen dann anzunehmen, wenn für diese ein Gesamtpreis gebildet worden sei, aus dem sich kein genauer Einsatzpreis für einzelne verkaufte Sachen ergebe, die Vertragsbeteiligten somit bewusst darauf verzichtet hätten, den verkauften Einzelstücken jeweils einen konkreten Preis zuzuordnen und die Folgen hieraus in Kauf nehmen. Ob in diesem Sinne ein Gesamtpreis vereinbart worden sei oder aber nicht, könne nur durch Auslegung der abgeschlossenen Verträge unter Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere ihres Zustandekommens und der durch die Vereinbarung erkennbar gewordenen Interessen der Vertragsschließenden ermittelt werden. Von Einzelpreisen könne ausgegangen werden, wenn die Beteiligten die jeweiligen Einzelpreise nach objektiven Maßstäben durch unparteiische Dritte hätten ermitteln lassen (z. B. durch ein Sachverständigengutachten). Seien zwar nach dem Wortlaut Einzelpreise vereinbart worden, erschienen diese jedoch in ihrer Zuordnung zu den einzelnen Gegenständen objektiv unangemessen, so könne dies ein Indiz dafür darstellen, dass bereits zivilrechtlich in Wirklichkeit eine Gesamtgegenleistung vereinbart worden sei. Selbst wenn nach der Auslegung des Vertrages eine Vereinbarung von Einzelpreisen zivilrechtlich vorliege, sei jedoch stets zu prüfen, ob die Einzelpreise in der Zuordnung zu den einzelnen Gegenständen objektiv angemessen erscheinen und auch unter dem Gesichtspunkt des Gestaltungsmissbrauchs anerkannt werden können. Im Streitfall könne der Beklagte die – angebliche – Einzelpreisvereinbarung nicht überprüfen, da keine Angaben zu den ursprünglichen Anschaffungskosten und Anschaffungsdaten der übernommenen Gegenstände vorlägen. Außer den Fotos seien keine Unterlagen vorhanden, aus denen die von den Vertragsparteien angeblich durchgeführte Wertfindung deutlich werde und für den Beklagten – oder einen anderen objektiven Dritten – nachvollziehbar wäre. Ob die Preise objektiv angemessen seien, bleibe damit ungeklärt. Die im Vorverfahren eingereichte Inventarliste enthalte zudem diverse Beleuchtungsmittel mit einem Wert von 500 €. Gleichzeitig werde bei der Einbauküche dieser Betrag abgezogen, so dass dort nur ein Wert von 7.000 € erscheine. Dies spreche gegen eine Vereinbarung von Einzelpreisen, da sich der geschuldete Gesamtpreis nicht verändert habe. Die von den Klägern vorgeschlagene Wertfindung nach dem Urteil des BFH vom 6.9.2016 IX R 44/14 teile der Beklagte nicht.

[14] Werde ein Grundstück zusammen mit anderen Wirtschaftsgütern, die nicht als Teil des Grundstücks anzusehen seien, einheitlich zu einem Gesamtpreis erworben, so sei die Grunderwerbsteuer nur von dem Teil der Gesamtgegenleistung zu erheben, die auf das Grundstück entfalle. So gehöre das Entgelt für Zubehör, das zusammen mit einem Grundstück erworben werde, nicht zur Gegenleistung. Als Zubehör sei insbesondere das Inventar im Sinne des § 98 BGB anzusehen. Es sei möglich, die Übernahme von sonstigen beweglichen Gegenständen außerhalb des notariellen Vertrages mit dem Veräußerer zu vereinbaren. Eine Übernahme dieser Klausel in den notariellen Vertrag sei daher nicht erforderlich. In solchen Fällen komme eine Prüfung des dafür vereinbarten Kaufpreises durch das Finanzamt nicht in Betracht. Werde die Vereinbarung jedoch – wie im Streitfall – in den notariellen Kaufvertrag übernommen und der Erwerber beantrage im Rahmen der Festsetzung der Grunderwerbsteuer eine Minderung der Bemessungsgrundlage, sei die Behörde verpflichtet, den gemeinen Wert/Zeitwert der sonstigen beweglichen Gegenstände zu überprüfen. Das Finanzamt müsse die Gesamtgegenleistung grundsätzlich nach dem Verhältnis des gemeinen Werts des Grundstücks zum gemeinen Wert der anderen Gegenstände (z. B. des Inventars) aufteilen. Liege eine Vereinbarung von Einzelpreisen vor, habe die Behörde zu prüfen, ob diese objektiv angemessen erscheinen und unter dem Gesichtspunkt des Gestaltungsmissbrauchs (§ 42 AO) anerkannt werden könnten (vergleiche hierzu Urteil des BFH vom 17. Juni 1998 II R35/96). An die Vorgaben im Kaufvertrag bestehe insofern keine Bindung, weil auch der Notar die Vereinbarungen der Parteien nicht auf ihre Angemessenheit überprüfe. Der gemeine Wert (§ 9 BewG) werde durch den Preis bestimmt, der im gewöhnlichen Geschäftsverkehr erzielbar wäre. Es handele sich um den Betrag, den ein Außenstehender bereit wäre im Zeitpunkt des Kaufvertrages für die Übernahme der Gegenstände zu bezahlen. Der gemeine Wert sei nötigenfalls im Schätzwege zu ermitteln. Dabei sei für Möbel eine Absetzung für Abnutzung vorzunehmen (Beschluss des FG Hamburg vom 19.1.2006 Az. III 163/05). Die Schätzung nach § 162 AO müsse insgesamt in sich schlüssig und das Ergebnis wirtschaftlich vernünftig sowie möglich sein. Den allgemeinen, im Steuerrecht wurzelnden Vorschriften, wie z. B. den §§ 88, 89 AO, sei der Grundsatz zu entnehmen, dass für die wahrheitsgemäße und vollständige Aufklärung abgabenrechtlich bedeutsamer Tatsachen die Finanzbehörde und der Steuerpflichtige gemeinsam verantwortlich seien. Unter Hinweis auf die §§ 90 und 92 AO bediene sich die Finanzbehörde der Beweismittel, die sie nach pflichtgemäßem Ermessen zur Ermittlung des Sachverhalts für erforderlich halte. Sie könne insbesondere Auskünfte jeder Art von den Beteiligten und anderen Personen einholen und sich zur Ermittlung des steuerrelevanten Sachverhalts aller Beweismittel bedienen, die sie nach pflichtgemäßem Ermessen zur Ermittlung des Sachverhalts für erforderlich halte. Nach den Regeln der objektiven Beweislast (Feststellungslast) gehe die Unerweislichkeit entscheidungserheblicher steuerbefreiender bzw. steuermindernder Tatsachen zu Lasten der Steuerpflichtigen. Im Streitfall sei im Kaufvertrag die Übernahme des Inventars zu einem Betrag von 9.500 € vereinbart worden. Unter dem Gesichtspunkt des Gestaltungsmissbrauchs sei das Finanzamt berechtigt, den im Vertrag genannten Wert auf seine Angemessenheit zu überprüfen und gegebenenfalls auch seine steuerliche Anerkennung zu versagen. Der Umstand, dass sich Käufer und Verkäufer über die Höhe der „Ablöse“ einig gewesen seien und dies im Kaufvertrag so

festgehalten worden sei, stelle keine unabhängige Ermittlung des Verkehrswertes dar. Zwar existierten keine amtlichen Abschreibungstabellen für Einrichtungsgegenstände in Privathaushalten, aber das niedersächsische Finanzgericht gebe in seinem Urteil vom 21.10.2014 (Az. 12 K 79/13) die betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer einer Einbauküche im Privathaushalt mit zehn Jahren vor. Andere Finanzgerichte würden zu den darin enthaltenen Elektrogeräten bei der Abschreibung abweichen und schätzten die betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer auf fünf Jahre. Selbst wenn man davon ausgehen sollte, dass die Vorschrift des § 7 Abs. 1 des Einkommensteuergesetzes (EStG) keine Anwendung finden dürfte, stelle die Abnutzung eines Wirtschaftsgutes innerhalb eines bestimmten Zeitraumes einen nicht außer Acht zu lassenden Umstand dar, der bei der Verkehrswertermittlung nicht unberücksichtigt bleiben könne. Schon mit einfachen Recherchen in den Kleinanzeigen entsprechender Internetanbieter lasse sich feststellen, dass die von den Klägern in der Inventarliste aufgeführten Werte nicht dem entsprechen, was auf dem Markt für diese Gegenstände erzielbar wäre bzw. von einem Außenstehenden hierfür aufgewendet werden würde. In seiner Erörterung mit Schreiben vom 26.10.2016 habe der Beklagte nicht bestritten, dass auch das abgeschriebene Inventar für die Kläger noch einen Zeitwert besitzen könne, nicht jedoch in der von den Klägern begehrten Höhe. Den von den Klägern in Ansatz gebrachten Verkehrswerten könne der Beklagte nicht folgen, weil diese nicht hinreichend glaubhaft gemacht worden seien. Dass der streitige Sachverhalt somit nicht abschließend aufgeklärt werden konnte, gehe aufgrund des steuermindernden Umstands zu Lasten der Kläger, so dass der Klage nicht stattgegeben werden könne.

Aus den Gründen:

II.

[15] Die Klage ist begründet.

[16] Der Beklagte hat zu Unrecht die im notariellen Kaufvertrag vereinbarten 9.500 € für die im Vertrag bezeichneten beweglichen, gebrauchten Gegenstände in die Gegenleistung miteinbezogen.

Zur grunderwerbsteuerlichen Gegenleistung zählen nur Leistungen, die als Entgelt für die Grundstücksveräußerung gewährt werden

[17] Zur Gegenleistung i.S. des § 8 Abs. 1, § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG rechnet jede Leistung, die der Erwerber als Entgelt für die Veräußerung des Grundstücks gewährt (ständige Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs -BFH-, zuletzt Urteile vom 19. Juli 1989 II R 95/87, BFHE 157, 248, BStBl II 1989, 685, und vom 13. Dezember 1989 II R 115/86, BFHE 159, 362, BStBl II 1990, 440, jeweils mit Nachweisen). Aus der Gegenleistung scheiden solche Leistungen des Erwerbers aus, die nicht den der Grunderwerbsteuer unterliegenden Rechtsvorgang betreffen, insbesondere also für eine andere Leistung aufgewendet werden als für die Verpflichtung, Besitz und Eigentum an dem Grundstück zu verschaffen (vgl. hierzu Urteil vom 16. Februar 1994 II R 114/90, BFH/NV 1995, 65). Hierbei ist vom grunderwerbsteuerrechtlichen Gegenleistungsbegriff auszugehen (vgl. Senatsurteil vom 25. November 1992 II R 67/89, BFHE 169, 533, BStBl II 1993, 308, 311, m. w. N.).

Der Aufwand für den Erwerb sonstiger Gegenstände zählt nicht dazu

[18] Werden zusammen mit einem Grundstück weitere Gegenstände (körperliche Gegenstände oder Rechte) gegen Entgelt veräußert, die nicht unter den Grundstücksbegriff des § 2 GrEStG fallen, ist der Aufwand für diesen Erwerb regelmäßig nicht zur Gegenleistung zu rechnen, weil insoweit keine Leistung für den Erwerb eines Grundstücks vorliegt.

[19] Im Streitfall sind mit dem Grundstück unstreitig gebrauchte, bewegliche Gegenstände veräußert worden, was sich eindeutig aus dem notariellen Vertrag ergibt. Da es sich um erkennbar werthaltige bewegliche Gegenstände handelt, konnte der Beklagte nicht den vereinbarten Gesamtkaufpreis als Gegenleistung für den Grunderwerb ansetzen. Vielmehr hätte er ermitteln müssen, welcher Teil der vereinbarten Gegenleistung auf die zusammen mit dem Grundstück erworbenen Gegenstände entfällt.

Die Aufteilung des Kaufpreises auf das Grundstück und die sonstigen Gegenstände ist grundsätzlich der Besteuerung zu Grunde zu legen

[20] Wird in einem Kaufvertrag eine Aufteilung des Kaufpreises auf die erworbenen Gegenstände vorgenommen, so sind diese vereinbarten und bezahlten Anschaffungskosten grundsätzlich auch der Besteuerung zu Grunde zu legen (ständige Rechtsprechung, vgl. Urteile des BFH vom 1. April 2009 IX R 35/08, BFHE 224, 533, BStBl II 2009, 663; vom 18. Januar 2006 IX R 34/05, BFH/NV 2006, 1634; BFH-Beschlüsse vom 4. Dezember 2008 IX B 149/08, BFH/NV 2009, 365; vom 24. Januar 2007 IX B 84/06, BFH/NV 2007, 1104; zum Ertragsteuerrecht vgl. Urteil des BFH vom 16. September 2015 IX R 12/14, BStBl. II 2016, 397).

Dies gilt nicht, wenn der Kaufpreis nur zum Schein bestimmt wurde oder Gestaltungsmissbrauch vorliegt

[21] Vereinbarungen der Vertragsparteien über Einzelpreise für Einzelwirtschaftsgüter binden allerdings nicht, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Kaufpreis nur zum Schein bestimmt wurde (vgl. Urteil des BFH vom 28. Oktober 1998 X R 96/96, BFHE 187, 450, BStBl II 1999, 217) oder die Voraussetzungen eines Gestaltungsmissbrauchs i.S. von § 42 AO gegeben sind (vgl. Urteile des BFH vom 1. April 2009 IX R 35/08, BFHE 224, 533, BStBl II 2009, 663 und vom 18. Januar 2006 IX R 34/05, BFH/NV 2006, 1634, m. w. N.; Beschluss des BFH vom 4. Dezember 2008 IX B 149/08, BFH/NV 2009, 365).

Eine Kaufpreisaufteilung ist nicht ernstlich gewollt, wenn sie in erster Linie aus Gründen der Steuerersparnis getroffen wurde

[22] Werden mehrere Wirtschaftsgüter nicht zu Einzelpreisen, sondern zu einem Gesamtkaufpreis veräußert, so kann sich die Höhe des Kaufpreises für die einzelnen Wirtschaftsgüter aus den getroffenen vertraglichen Vereinbarungen ergeben, wenn die Vertragsparteien eine Aufteilung vorgenommen haben und an der Ausgeglichenheit der jeweiligen Leistungen und Gegenleistungen keine Zweifel bestehen (z. B. Urteil des BFH vom 31. Januar 1973 I R 197/70, BFHE 108, 509, BStBl II 1973, 391; ständige Rechtsprechung). Einer einvernehmlichen Aufteilung durch die Vertragsparteien ist nicht zu folgen, wenn sie nicht ernstlich gewollt ist und den wirtschaftli-

chen Gegebenheiten nicht entspricht, weil in erster Linie Gründe der Steuerersparnis für sie maßgebend waren (BFH-Urteile vom 21. Januar 1971 IV 123/65, BFHE 102, 464, BStBl II 1971, 682; vom 17. September 1987 III R 272/83, BFHE 151, 58, BStBl II 1988, 441; vom 13. April 1989 IV R 204/85, BFH/NV 1990, 34, BFH-Beschluss vom 8. Juli 1998 VIII B 80/97, BFH/NV 1999, 37). Erweist sich die vertragliche Zuordnung eines Entgelts als nicht angemessen, kann der von den am Vertrag Beteiligten vorgenommenen Aufteilung nicht gefolgt werden. Denn es kann nicht dem Steuerpflichtigen überlassen bleiben, je nach der Auswirkung der Aufteilung auf die Besteuerung dem einen oder anderen Wirtschaftsgut innerhalb eines Gesamtentgelts ein Gewicht beizumessen, das es bei einer Wertbemessung nach zwar nur schätzbaren, aber objektiven Größen nicht hat (vgl. Urteil des BFH vom 19. Dezember 1972 VIII R 124/69, BFHE 108, 168, BStBl II 1973, 295).

[23] Dementsprechend ist bei vertraglichen Vereinbarungen unter fremden Dritten, unabhängig davon, ob eine Einzelpreisvereinbarung oder die Vereinbarung eines Gesamtkaufpreises mit einer Kaufpreisaufteilung vorliegt, dieser Aufteilung grundsätzlich zu folgen, sofern nicht Anhaltspunkte bestehen dafür, dass die Vereinbarung der Entgelte bzw. deren Aufteilung nicht angemessen ist (vgl. auch Erlass des Finanzministeriums des Landes Nordrhein-Westfalen vom 1.4.1997 VV NW FinMin 1997-04-01 S 4521-3-V A 2).

Dem Finanzamt obliegen Darlegung und Nachweis der Unangemessenheit der Kaufpreisaufteilung

[24] Bestehen Anhaltspunkte, dass die Vereinbarung der Entgelte bzw. deren Aufteilung nicht angemessen ist, obliegt es der Finanzverwaltung darzulegen und ggfls. nachzuweisen, inwieweit die Angemessenheit zu verneinen ist, da es sich insoweit um steuerbegründende Umstände handelt.

Für eine Unangemessenheit der Kaufpreisaufteilung bestehen hier keine Anhaltspunkte

[25] Entgegen der Auffassung des Beklagten bestehen aber keine Anhaltspunkte dafür, an der Angemessenheit des vereinbarten Kaufpreises für die gebrauchten, beweglichen Gegenstände zu zweifeln. Es handelt sich nach dem Vertrag um eine Einbauküche mit Elektrogeräten und zwei Markisen, deren vereinbarter Wert lediglich 2,42 % des vereinbarten Gesamtkaufpreises ausmacht. Der erkennende Senat konnte sich aufgrund der übersandten Fotos einen Eindruck von den mitverkauften beweglichen Gegenständen machen. Danach erscheint der vereinbarte Preis für die mitverkauften Gegenstände nicht unangemessen, da es sich um hochwertige Gegenstände handelt, die gut erhalten, gepflegt und offensichtlich uneingeschränkt funktionstüchtig sind.

[26] Soweit der Beklagte für die Unangemessenheit des vereinbarten Kaufpreises anführt, dass ein nach ertragsteuerlichen Grundsätzen abgedrucktes Wirtschaftsgut im Regelfall keinen Wert mehr habe, kann dem nicht gefolgt werden. Auch ein gebrauchtes, ertragsteuerlich abgedrucktes Wirtschaftsgut hat noch einen Wert, was sich schon daraus ergibt, dass die Finanzbehörde bei Veräußerung eines betrieblich genutzten Gegenstandes den hierbei

erzielten Gewinn (Verkehrswert abzüglich Buchwert) bei der Einkommensbesteuerung berücksichtigt.

[27] Auch der Verweis des Beklagten auf Verkaufsplattformen für gebrauchte Gegenstände, insbesondere für ausgebaut gebrauchte Küchen führt nicht zu Anhaltspunkten für eine Unangemessenheit der vereinbarten Kaufpreise. Zutreffend ist, dass auf solchen Plattformen für gebrauchte Gegenstände häufig äußerst geringe Preise zu finden sind. Anders als bei separat verkauften gebrauchten Gegenständen, insbesondere bei ausgebauten Küchen, verkörpern die bei Erwerb eines Grundstücks mit übernommenen, insbesondere eingebauten gebrauchten Gegenstände schon deshalb einen anderen Wert für den Erwerber, weil er bei Übernahme von voll funktionstüchtigen gebrauchten Gegenständen nicht dafür Sorge tragen muss, entsprechende Gegenstände selbst von dritter Seite erwerben und einbauen zu müssen.

Das Finanzamt hätte den Sachverhalt zB durch Inaugenscheinnahme ermitteln können

[28] Es war für den Beklagten auch nicht unmöglich die Angemessenheit der Wertfindung zu überprüfen. Zwar ist die Wertfindung für gebrauchte Wirtschaftsgüter ungleich schwieriger als bei Neuanschaffungen oder auch bei gebrauchten Kraftfahrzeugen, für die es Listen und Bewertungsportale gibt, zumal bei Kraftfahrzeugen das Kaufdatum und regelmäßig der ursprüngliche Kaufpreis bekannt sind. Aber auch ohne Angaben zum ursprünglichen Kaufdatum und ohne den Nachweis des ursprünglichen Kaufpreises und ohne solche Listen kann und muss die Finanzbehörde den Einzelwert der angeschafften gebrauchten Gegenstände schätzen, insbesondere aufgrund einer Inaugenscheinnahme oder – so wie durch den erkennenden Senat geschehen – durch Heranziehung von Fotos. Der Steuerpflichtige ist insoweit nur verpflichtet, die zur Feststellung der angemessenen Wertfeststellung erforderlichen Angaben und Belege nach seinen Möglichkeiten und aus seiner Sphäre beizusteuern, z. B. die Zulassung der Inaugenscheinnahme, die Anfertigung von Fotos und die Zurverfügungstellung vorhandener Belege. Von dem Steuerpflichtigen kann dagegen nicht verlangt werden, dass er Belege über die Anschaffung der Gegenstände beibringt, die ihm nicht vorliegen. Sofern die Inaugenscheinnahme und vorgelegte Fotos und weitere Angaben und Belege nach Auffassung der Finanzbehörde nicht zu einer sachgerechten Schätzung führen können, muss gegebenenfalls ein Sachverständiger herangezogen werden, um darlegen zu können, dass bzw. warum die Wertfindung unter fremden Dritten keine Berücksichtigung finden soll.

[29] Jedenfalls hat der Beklagte es im Streitfalle unterlassen, eine objektbezogene Ermittlung des Wertes der übernommenen Gegenstände vorzunehmen, die geeignet gewesen wäre, die vertragliche Aufteilungsvereinbarung als unangemessen zu behandeln.

[30] Damit war die Grunderwerbsteuer auf 12.447 € (=383.000 : 2 x 6,5 %) je Miteigentümer festzusetzen (Art. 105 Abs. 2 a Satz 2 des Grundgesetzes i. V. m. § 1 Abs. 1 des Gesetzes über die Festsetzung des Steuersatzes für die Grunderwerbsteuer vom 25. Juli 2011).

[31] Die Revision war nicht zuzulassen, da die Voraussetzungen des § 115 Abs. 2 FGO nicht vorliegen. ■

Rechtsprechung in Leitsätzen

1. Liegenschaftsrecht – Zur Auslegung der Kostentragungsregelung in einer Teilungserklärung

(BGH, Urteil vom 4.5.2018 – V ZR 163/17)

WEG §§ 1 Nr. 6, 2 Nr. 1, 5 Abs. 2, 10 Abs. 2 S. 2, 13, 16 Abs. 2, 21

Eine Regelung in der Teilungserklärung, wonach Einrichtungen, Anlagen und Gebäudeteile, die nach der Beschaffenheit oder dem Zweck des Bauwerks oder gemäß dieser Teilungserklärung zum ausschließlichen Gebrauch durch einen Wohnungseigentümer bestimmt sind (z. B. Balkon, Loggia), auf dessen Kosten instandzuhalten und instandzusetzen sind, ist nächstliegend dahin auszulegen, dass sie auch einzelnen Wohnungen zugeordnete Terrassen im Dach der Anlage erfasst und dass sie die Instandsetzung sowohl der im Sonder- als auch der im Gemeinschaftseigentum stehenden Teile solcher Terrassen betrifft (Fortführung von Senat, Urteil vom 16. November 2012 – V ZR 9/12, NJW 2013, 681).

(Fundstellen: beck-online, Bundesgerichtshof) ■

2. Liegenschaftsrecht – Zur Ersetzung der Auflassungserklärung durch Urteil

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21.2.2018 – I-3 Wx 4/18)

BGB §§ 133, 873 Abs. 1, 925 Abs. 1 S. 1
GBO §§ 18 Abs. 1, 19, 20, § 71 Abs. 1, 72, 73, 75
GNotKG §§ 22 Abs. 1, 25 Abs. 1
ZPO § 894

1. Im Grundbuchverfahren auf Eigentumsumschreibung ist (wird) eine Zwischenverfügung auf Nachweis der dinglichen Einigung inhaltlich unzulässig, wenn der Adressat ernsthaft und endgültig zu erkennen gegeben hat, dass er nicht gewillt ist, die geforderte Auflassungserklärung beizubringen; in diesem Fall hat das Grundbuchamt über den Eintragungsantrag zu entscheiden.
2. Ist der Inhaber eines Miteigentumsanteils verurteilt, der Übertragung an den Erwerber zuzustimmen und dessen Eintragung im Grundbuch zu bewilligen, so ersetzt das Urteil die abzugebende Auflassungserklärung des Schuldners gemäß § 894 Satz 1 ZPO. Der erwerbende Gläubiger hat dem Erfordernis des § 925 Abs. 1 Satz 1 BGB dadurch Rechnung zu tragen, dass er seinerseits unter Vorlage des Urteils die Auflassung vor dem Notar erklärt und die nach § 873 BGB erforderlichen Einigung i. S. d. § 925 BGB gegenüber dem Grundbuchamt als Voraussetzung für die – hier vom Grundbuchamt im Ergebnis zu Recht verweigerte – Eigentumsumschreibung urkundlich nachweist.

(Fundstellen: beck-online, Jurion, juris, Rechtsprechungsdatenbank NRW) ■

3. Liegenschaftsrecht – Zur Eintragung einer Vornamensänderung gem. § 1 TSG im Grundbuch

(KG, Beschluss vom 8.3.2018 – 1 W 439/17)

GBV § 43
TSG §§ 1, 5

Wird der Vorname eines im Grundbuch eingetragenen Berechtigten gemäß §§ 1 ff. TSG geändert, ist bei der Berichtigung des Namenseintrags (§ 12 c Abs. 2 Nr. 4 GBO) kenntlich zu machen, dass es sich um eine bloße Namensänderung und nicht einen Wechsel des Berechtigten handelt. Klare und eindeutige Grundbucheintragungen sind durch besondere Gründe des öffentlichen Interesses i. S. v. § 5 Abs. 1 TSG erfordert.

(Fundstellen: beck-online, Entscheidungsdatenbank Berlin-Brandenburg, Jurion, juris) ■

4. Liegenschaftsrecht – Zum Bestimmtheitsgrundsatz bei Vorbehalt der Zuweisung von Sondernutzungsrechten in der Teilungserklärung

(OLG Nürnberg, Beschluss vom 6.2.2018 – 15 W 1753/17)

WEG §§ 5 Abs. 4, 7 Abs. 3, 8, 10 Abs. 3, 13
BGB § 158 Abs. 1
GBO §§ 12 Abs. 1 S. 2, 19, 29

1. Allein daraus, dass ein unter der aufschiebenden Bedingung der Zuweisung bestelltes Sondernutzungsrecht weit gefasst ist, also große Teile des Gemeinschaftseigentums umfasst, folgt noch nicht seine Unbestimmtheit. Dem Bestimmtheitsgrundsatz ist genügt, wenn zweifelsfrei feststeht, welche Teile der Gemeinschaftsfläche zur Begründung von Sondernutzungsrechten herangezogen werden können.
2. Der Umstand, dass sich die Bereiche des Gemeinschaftseigentums, in denen der Ausschluss der übrigen Miteigentümer vom Mitgebrauch infolge von entsprechenden Zuweisungen letztlich zum Tragen kommt, weder aus der Teilungserklärung noch aus den darin in Bezug genommenen Plänen entnehmen lassen, steht der Eintragung eines Sondernutzungsrechts nicht entgegen, wenn die Zuweisungsentscheidung die betroffene Fläche nach Lage und Umfang eindeutig bestimmt.
3. Bei der Eintragung eines Sondernutzungsrechts kann – jedenfalls in entsprechender Anwendung von § 7 Abs. 3 WEG – auf die Zuweisungsentscheidung Bezug genommen werden.

(Fundstellen: beck-online, Bayern.Recht, juris) ■

5. Liegenschaftsrecht – Zur Abgrenzung zwischen schuldrechtlicher und dinglicher Festlegung des Ausübungsbereichs einer Grunddienstbarkeit

(*OLG München*, Beschluss vom 29.5.2018 – 34 Wx 97/18)

GBO §§ 13, 22, 29, 71 Abs. 1, 73, 85 Abs. 2 S. 2
RPfG § 11 Abs. 2
BGB §§ 133, 1025 S. 1, S. 2, 1026

Voraussetzung des Teilerlöschens einer Dienstbarkeit in Bezug auf die durch Teilung des herrschenden Grundstücks entstandenen neuen Grundstücke ist die rechtliche Beschränkung der Dienstbarkeit in der Bewilligung auf einen räumlich abgegrenzten Teil des herrschenden Grundstücks. Eine rein schuldrechtliche Vereinbarung, die nur zu einem schuldrechtlichen Anspruch auf eine beschränkte Ausübung des Rechts aus der Dienstbarkeit führt, genügt nicht.

(Fundstellen: *beck-online*, *Bayern.Recht*, *Jurion*, *juris*) ■

6. Liegenschaftsrecht – Zur Rechtskraftwirkung des Urteils über einen Grundbuchberichtigungsanspruch

(*BGH*, Urteil vom 9.2.2018 – V ZR 299/14)

BGB §§ 273 Abs. 2, 280 Abs. 1, 346 Abs. 1, 780, 873 Abs. 1, 883, 885 Abs. 1 S. 2, 891, 892, 894, 894, 895, 896, 985, 900, 901, 1004 Abs. 1
RVG § 4 Abs. 1 S. 1
ZPO §§ 256 Abs. 1 u. 2, 322 Abs. 1, 561
GBO §§ 19, 29

Mit dem Urteil über den Grundbuchberichtigungsanspruch nach § 894 BGB wird die dingliche Rechtslage weder im Sinne des erfolgreichen Klägers noch im Sinne des erfolgreichen Beklagten festgestellt.

(Fundstellen: *beck-online*, *Bundesgerichtshof*, *juris*) ■

7. Liegenschaftsrecht – Zum gesetzlichen Erwerb der Miteigentümerstellung des Ehegatten gem. Art. 233 § 11 Abs. 5 EGBGB

(*OLG Jena*, Hinweisbeschluss vom 16.4.2018 – 1 UF 251/17)

FamFG §§ 68 Abs. 3 S. 2, 117 Abs. 3, 266
ZPO § 114

1. Voraussetzung des Miteigentums der Ehegatten ist nach Art. 233 § 11 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 EGBGB, dass der Eigentümer im maßgeblichen Zeitpunkt am 15.3.1990 verheiratet war und die Ehe dem gesetzlichen Güterstand der Eigentums- und Vermögensgemeinschaft des § 13 FGB der DDR unterlag und dass der andere Ehegatte den 22.7.1992 erlebt (Abs. 5 S. 1).
2. Der Erwerb der Miteigentümerstellung des Ehegatten unterliegt nicht der Verjährung gemäß Art. 233 § 14 EGBGB, da sie kraft gesetzlicher Regelung eintritt („so sind diese Person und ihr Ehegatte ...“, § 11 Abs. 5 S. 1).

(Fundstellen: *beck-online*, *Jurion*, *juris*, *Thüringer Oberlandesgericht*) ■

8. Liegenschaftsrecht – Zum Erlöschen der Bewilligungsvollmacht des Notars bei Liquidation einer GbR wegen Insolvenz eines Gesellschafters

(*OLG München*, Beschluss vom 9.7.2018 – 34 Wx 223/17)

BGB §§ 164 Abs. 1, 182 Abs. 1, 184, 709 Abs. 1, 710, 728 Abs. 1 u. 2, 736 Abs. 1
GBO §§ 15 Abs. 1, 18 Abs. 1 S. 1, 19, 47 Abs. 2
InsO §§ 80 Abs. 1, 117 Abs. 1
ZPO §§ 56 Abs. 1, 579 Abs. 1 Nr. 4, 894 S. 1

Wird eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts mangels abweichender Vereinbarung durch die Insolvenz eines Gesellschafters aufgelöst, geht mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über dessen Vermögen die Befugnis, über im Grundbuch eingetragene Rechte der GbR zu verfügen, von dem Gesellschafter auf den Insolvenzverwalter über. Die dem Notar im Kaufvertrag erteilte Vollmacht zur Vertretung der GbR bei Abgabe der Eintragungsbewilligung erlischt.

(Fundstellen: *beck-online*, *Bayern.Recht*) ■

9. Erbrecht – Zur Grundbuchberichtigung in Österreich mit deutschem Erbschein

(*OGH der Republik Österreich*, Beschluss vom 21.12.2017 – 5Ob186/17i)

EuErbVO Art. 62 Abs. 2
BGB § 2353

Die Verbücherung des Eigentumsrechts nach einem Erbfall im österreichischen Grundbuch kann durch Vorlage eines deutschen Erbscheins erfolgen

(RNotZ-Leitsatz)

(Fundstellen: *DNotI*) ■

10. Erbrecht – Zur Berücksichtigung des vor einem österreichischen Gericht geschlossenen Vergleichs über die Erbquoten im Erbscheinsverfahren

(*OLG Köln*, Beschluss vom 2.1.2018 – 2 Wx 269/18)

FamFG § 26

1. Einigen sich die Erbprätendenten in einem österreichischen Außerstreitverfahren über die Erbquoten, bindet dies ein deutsches Nachlassgericht nicht. Vielmehr ist für den in Deutschland beantragten Erbschein die Erbenstellung von Amts (§§ 26 FamFG) zu ermitteln.
2. Ein deutsches Nachlassgericht ist hinsichtlich der Feststellung der Erbfolge für ein in Deutschland belegenes Grundstück nicht an den Einantwortungsbeschluss eines österreichischen Gerichts gebunden.

(Fundstelle: *beck-online*) ■

11. Handels-/Gesellschaftsrecht – Zur Übernahme der Kosten der Kapitalerhöhung bei Übergang von der UG zur Voll-GmbH

(OLG Celle, Beschluss vom 12.12.2017 – 9 W 134/17)

AktG § 26 Abs. 5
FamFG § 70 Abs. 2

1. Der Übergang von der UG zur Voll-GmbH durch Kapitalerhöhung stellt keinen Fall der Gründung eines Rechtsträgers dar, weil das Rechtssubjekt bereits existiert.
2. Daher können die mit der Kapitalerhöhung verbundenen Kosten nicht als „Gründungs“-aufwand auf die GmbH abgewälzt werden.

(Fundstellen: beck-online, Entscheidungsdatenbank Niedersachsen, juris) ■

12. Kostenrecht – Zur Inanspruchnahme des Verwalters für die Kosten der Verwaltergenehmigung

(LG Düsseldorf, Beschluss vom 28.5.2018 – 19 OH 7/17, mitgeteilt durch Bezirksrevisor bei dem Landgericht Düsseldorf Joachim Volpert)

GNotKG §§ 29 Nr. 1, 30 Abs. 3, 127
BGB §§ 164 Abs. 2, 675

1. Die Kosten für die Beglaubigung der Unterschrift der Verwalterin unter der Genehmigung der Veräußerung schuldet diese als Auftraggeberin gem. § 29 Nr. 1 GNotKG jedenfalls dann, wenn nicht deutlich gemacht wird, dann im Namen und im Auftrag der Beteiligten des Kaufvertrags gehandelt wird. In einem solchen Fall ist es nicht zu beanstanden, wenn die Verwalterin seitens des Notars in Anspruch genommen wird, weil sie als Ermächtigte der Wohnungseigentümergeinschaft angesehen wird.
2. Die im Kaufvertrag enthaltene Kostenübernahmeerklärung iSv § 30 Abs. 3 GNotKG ändert daran nichts, weil die Kosten für die Verwaltergenehmigung in dem Kaufvertrag ausdrücklich übernommen werden müssen.

(RNotZ-Leitsätze)

(Fundstellen: beck-online, Rechtsprechungsdatenbank NRW) ■

13. Kostenrecht – Zur kostenrechtlichen Behandlung der notariellen „Reparaturvollmacht“

(LG Offenburg, Beschluss vom 27.4.2018 – 4 OH 14/16)

GNotKG §§ 110 Nr. 1, 111 Nr. 3

1. Eine Vollmacht von Notaren zugunsten von Notariatsangestellten (sog. „Reparaturvollmacht“) löst bei gesellschaftsrechtlichen Beurkundungen entgegen § 110 Nr. 1 GNotKG keine zusätzlichen, separaten Gebühren aus, da es sich um unselbstständige Vollmachten mit dem Ziel des Urkundenvollzuges handelt. Insoweit ist § 110 Nr. 1 GNotKG einschränkend auszulegen.
2. § 110 Nr. 1 GNotKG findet nur auf Beschlüsse der Gesellschaft im engeren Sinne Anwendung, nicht auf Willenserklärungen wie z. B. Gründungsakte von Gesellschaften oder Erklärungen im Rahmen von Umwandlungen nach dem Umwandlungsgesetz, soweit es sich nicht um Beschlüsse der Gesellschafterversammlung in diesem Zusammenhang handelt.
3. Im Rahmen des § 19 Abs. 2 Nr. 1 GNotKG reicht für die Abrechnung des Entwurfes einer Handelsregisteranmeldung in der Gebührenrechnung des Notars der Beschrieb „Entwurfsgebühr (Fertigung, Überprüfung, Ergänzung)“ jedenfalls dann, wenn kein weiteres Dokument (Urkunde oder Entwurf) gebührenrechtlich abgerechnet wird oder weiter abgerechnete Dokumente hinreichend bestimmt bezeichnet wurden („Subtraktionsprinzip“).
4. Eine Vollzugsvollmacht für den Notar oder seinen Vertreter in einer Handelsregistervollmacht löst entgegen § 111 Nr. 3 GNotKG keine Gebühren nach dem GNotKG aus, da die Vollzugsvollmacht einerseits nur eine Klarstellung und Präzisierung von § 378 Abs. 2 FamFG darstellt und Vorbemerkung 2.4.1 Abs. 4 Nr. 3 KV zum GNotKG als Spezialregelung der ansonsten anwendbaren Vorschrift des § 111 Nr. 3 GNotKG vorgeht.

(Fundstellen: DNotI) ■

14. Kostenrecht – Zur kostenrechtlichen Behandlung der Wirksamkeitsbescheinigung nach § 40 Abs. 2 S. 2 GmbHG

(LG Düsseldorf, Beschluss vom 11.6.2018 – 25 T 858/16, mitgeteilt durch Bezirksrevisor bei dem Landgericht Düsseldorf Joachim Volpert)

GmbHG § 40 Abs. 2 S. 2
GNotKG § 130 Abs. 2

Die notarielle Überwachung des Eintritts eines bestimmten Datums für die Erteilung der Wirksamkeitsbescheinigung nach § 40 Abs. 2 S. 2 GmbHG stellt keine Prüfung von Umständen außerhalb der Urkunde iSv Nr. 22200 KV GNotKG dar.

(Fundstellen: beck-online, Rechtsprechungsdatenbank NRW) ■