

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

ErbbauRG § 1; GBO § 7; BGB § 873 – Eintragung eines Erbbaurechts an einer Teilfläche eines Grundstücks ohne Abschreibung des belasteten Grundstücksteils

Gutachten im Abrufdienst

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

ErbbauRG § 1; GBO § 7; BGB § 873 Eintragung eines Erbbaurechts an einer Teil- fläche eines Grundstücks ohne Abschreibung des belasteten Grundstücksteils

I. Sachverhalt

Im Grundbuch ist an einem aus drei Flurstücken (Flst. Nrn. 204, 204/1 und 204/2) bestehenden Grundstück im Rechtssinne ein Erbbaurecht wie folgt in Abt. II eingetragen worden:

„An Flst. 204/1:

Erbbaurecht bis zum 31.12.2036 für Schützenverein H. e.V., A.; mit Bezug auf die Nr. 1 des Bestandsverzeichnisses des Erbbaugrundbuchs von H. Blatt ...“

Der Eintragung lag ein Erbbaurechtsvertrag aus dem Jahr 2006 zugrunde, mit dem das Erbbaurecht an einer noch nicht vermessenen Teilfläche des damaligen Grundstücks Flst. Nr. 204 bestellt werden sollte. In der Urkunde heißt es unter Ziff. II, das Erbbaurecht solle „an dem in Ziffer I.2. bezeichneten Erbbaugrundstück“

bestellt werden. An besagter Stelle heißt es weiter, aus dem Flst. Nr. 204 solle eine Teilfläche herausgemessen werden.

Später wurde das Grundstück Flst. Nr. 204 vermessen und katastermäßig in die Flst. Nrn. 204, 204/1 und 204/2 zerlegt. In einem Nachtrag zum Erbbaurechtsvertrag aus dem Jahr 2007 wurde die Vermessung anerkannt, das Flst. Nr. 204/1 als das mit dem Erbbaurecht zu belastende Grundstück benannt und vorsorglich die Einigung über die Bestellung des Erbbaurechts am Flst. Nr. 204/1 wiederholt. Eine Realteilung des aus den drei Flurstücken Nrn. 204, 204/1 und 204/2 zusammengesetzten Grundstücks wurde in keiner der Urkunden ausdrücklich beantragt; das Grundstück ist nach wie vor als zusammengesetztes Grundstück im Rechtssinne gebucht.

Das Grundbuchamt ist nun der Auffassung, dass diese Eintragung so nicht zulässig und daher das Erbbaurecht von Amts wegen zu löschen sei. Sodann solle die Eintragung des Erbbaurechts erneut beantragt werden. Die Teilung des Grundstücks möchte das Grundbuchamt in diesem Zuge als „notwendige Teilung“ (vgl. § 7 Abs. 1 GBO) vornehmen.

II. Fragen

1. Ist das Erbbaurecht wirksam entstanden?

2. Kann die Teilung des aus den Flst. Nrn. 204, 204/1 und 204/2 zusammengesetzten Grundstücks nachgeholt werden?

3. Ist das Erbbaurecht von Amts wegen zu löschen?

III. Zur Rechtslage

1. Wirksames Entstehen des Erbbaurechts

Zunächst ist zu prüfen, ob im vorliegenden Fall ein Erbbaurecht wirksam entstanden ist. Da es sich bei der Bestellung eines Erbbaurechts um die Belastung eines Grundstücks mit einem dinglichen Recht handelt, entsteht es gem. **§ 873 Abs. 1 BGB** durch **Einigung und Eintragung** (Winkler/Schlögel, Erbbaurecht, 7. Aufl. 2021, § 5 Rn. 41). Für die rechtliche Entstehung des Erbbaurechts ist die **Eintragung im Grundstücksgrundbuch** maßgebend, nicht aber im Erbbaurechtsgrundbuch (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 1725).

a) Auslegung der dinglichen Einigung

Vorliegend stellt sich die Frage, wie die Einigung i. S. v. **§ 873 BGB** betreffend die Bestellung des Erbbaurechts auszulegen ist, und zwar konkret im Hinblick auf die Frage, an welchem **Belastungsgegenstand** das Erbbaurecht bestellt werden sollte. Maßgebend für die Auslegung der Einigung ist – im Gegensatz zur Auslegung des Inhalts des Erbbaurechts, **§ 874 BGB i. V. m. § 11 Abs. 1 ErbbauRG** – der **subjektive Wille der Beteiligten** und nicht allein der Wortlaut und der Sinn der Grundbucheintragung (MünchKommBGB/Lettmaier, 9. Aufl. 2023, § 873 Rn. 65).

Zu der Frage nach dem von den Beteiligten gewollten Belastungsgegenstand verlaublich der Erbbaurechtsvertrag aus dem Jahr 2006, das Erbbaurecht solle „*an dem in Ziffer 1.2. bezeichneten Erbbaugrundstück*“ bestellt werden. An besagter Stelle ist allerdings davon die Rede, aus dem Flst. Nr. 204 solle eine **Teilfläche** herausgemessen werden. Dies könnte zum einen dahingehend zu verstehen sein, dass nach dem Willen der Beteiligten lediglich diese **Teilfläche belastet** werden soll. Möglicherweise wollten die Beteiligten aber auch ein Erbbaurecht am gesamten Grundstück Flst. Nr. 204 bestellen und den **Ausübungsbereich** des Erbbaurechts auf die bezeichnete Teilfläche beschränken.

Aus unserer Sicht liegt es nahe, dass die Beteiligten lediglich die Teilfläche mit dem Erbbaurecht belasten wollten. Dafür spricht insbesondere, dass diese Teilfläche nicht etwa nur in einem Lageplan gekennzeichnet war; sie sollte vielmehr **aus dem bestehenden Flst. Nr. 204 herausgemessen** werden. Wäre eine Belastung des Gesamtgrundstücks mit einem ausübungsbereichs-

beschränkten Erbbaurecht gewünscht gewesen, so hätte eine Einzeichnung in einen Lageplan genügt; eine katastermäßige Vermessung wäre hierfür nicht zwingend notwendig gewesen (vgl. Wilsch, NotarFormulare Erbbaurecht, 2. Aufl. 2021, § 4 Rn. 7ff.). Hinzukommt, dass die Teilfläche in der Urkunde **als „Erbbaugrundstück“ bezeichnet** wird. Damit wird u. E. zum Ausdruck gebracht, dass die Teilfläche den Belastungsgegenstand und nicht nur den Ausübungsbereich des Erbbaurechts bilden sollte. Hiervon wird im Folgenden ausgegangen.

b) Materiell-rechtliche Zulässigkeit der Bestellung eines Erbbaurechts an einer realen Grundstücksteilfläche

Mit Blick auf den dargestellten Inhalt der dinglichen Einigung stellt sich die Folgefrage, ob ein Erbbaurecht an einer sog. realen Teilfläche eines Grundstücks bestellt werden kann oder ob das Grundstück zunächst zu teilen, also die zu belastende Teilfläche grundbuchmäßig abzuschreiben ist.

aa) Realteilung bislang nicht erfolgt

Eine solche Realteilung ist vorliegend nicht erfolgt. Die Vermessung und **katastermäßige Zerlegung** des Flst. Nr. 204 in die Flst. Nrn. 204, 204/1 und 204/2 hat insoweit **keine Auswirkungen** (Grüneberg/Herrler, BGB, 82. Aufl. 2023, § 890 Rn. 8). Die katastermäßige Zerlegung führt nur dazu, dass ein sog. **zusammengesetztes Grundstück** entsteht, also ein einziges Grundstück im Rechtssinne, das aus mehreren Flurstücken besteht (vgl. Schöner/Stöber, Rn. 563).

Ob der Grundstückseigentümer im Rahmen der Bestellung des Erbbaurechts oder der Anerkennung der amtlichen Vermessung ggf. konkludent erklärt hat, das zusammengesetzte Grundstück in drei oder auch nur zwei rechtlich eigenständige Grundstücke teilen zu wollen, kann hier vorerst offen bleiben. Denn eine solche Realteilung setzt die Abschreibung der Teilfläche im Grundbuch voraus (Grüneberg/Herrler, § 890 Rn. 6 a. E.; BeckOGK-BGB/Hertel, Std.: 15.4.2021, § 890 Rn. 99). Diese ist **nicht erfolgt**; es ist vielmehr ein zusammengesetztes Grundstück im Grundbuch gebucht.

bb) Herrschende Literaturmeinung: Erbbaurecht an realer Teilfläche unzulässig

Der wohl deutlich überwiegende Teil der Literatur ist der Auffassung, dass eine **reale Grundstücksteilfläche nicht Belastungsgegenstand eines Erbbaurechts** sein kann. Argumentiert wird vereinzelt mit dem **Wortlaut des § 1 Abs. 1 ErbbauRG**. Nach dieser Vorschrift kann *ein Grundstück* in der Weise belastet werden, dass demjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, das veräußerliche und vererbliche Recht zusteht, auf oder

unter der Oberfläche des Grundstücks ein Bauwerk zu haben (Winkler/Schlögel, § 2 Rn. 90).

Überwiegend wird zur Begründung auf § 7 Abs. 1 GBO verwiesen, wonach ein zu belastender Grundstücksteil zunächst abzuschreiben ist (Grüneberg/Wicke, § 1 ErbbauRG Rn. 1; BeckOK-GBO/Otto, Std.: 28.4.2023, ErbbauRG Rn. 49; MünchKommBGB/Weiß, 9. Aufl. 2023, ErbbauRG § 1 Rn. 32; i. E. ohne Begründung auch BeckOK-BGB/Maaß, Std.: 1.5.2023, § 1 ErbbauRG Rn. 24; unklar Staudinger/Rapp, BGB, 2021, § 1 ErbbauRG Rn. 16).

cc) Keine Stütze für die herrschende Literaturmeinung in der Rechtsprechung

In der obergerichtlichen Rechtsprechung konnten wir **keine Entscheidung** ausfindig machen, die sich dafür ausspricht, ein Erbbaurecht könne materiell-rechtlich nicht wirksam an einer Teilfläche bestellt werden. Die unter lit. bb) genannten Literaturstimmen zitieren ausschließlich Entscheidungen, aus denen sich für diese Frage keine Erkenntnisse gewinnen lassen. Hierzu im Einzelnen:

In einer mehrfach als vermeintlicher Beleg vorgebrachten Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts führt das Gericht aus, ein Erbbaurecht könne „auch dann als materiellrechtliche **Belastung des ganzen Grundstücks** eingetragen werden, wenn sich seine **Ausübung tatsächlich nur auf einen Teil des belasteten Grundstücks beschränkt**“ (BayObLGZ 1957, 217, 220 f.; Hervorhebungen durch DNotI). Das BayObLG befasst sich in dieser Entscheidung also nicht mit der Frage, ob eine reale Teilfläche eines Grundstücks mit einem Erbbaurecht belastet werden kann, sondern führt vielmehr aus, dass es möglich ist, zwar ein Grundstück im Ganzen mit einem Erbbaurecht zu belasten, dessen **Ausübungsbereich aber auf einen Teil des Grundstücks zu beschränken**. Ein solches Auseinanderfallen von Belastungsgegenstand und Rechtsinhalt (in Gestalt eines Ausübungsbereichs) ist nach wohl allgemeiner Meinung zulässig (s. etwa Grüneberg/Wicke, § 1 ErbbauRG Rn. 5; Winkler/Schlögel, § 2 Rn. 69 m. w. N.), aber nicht Gegenstand der hier in Rede stehenden Rechtsfrage. Gleiches gilt für die gelegentlich zitierte Entscheidung des Kammergerichts (KG NJW-RR 1992, 214).

Ebenfalls unergiebig sind die Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichtes und des Kammergerichtes aus den Jahren 1907 und 1909, die sich mit dem *grundbuchverfahrensrechtlichen* Erfordernis befassen, die mit dem Erbbaurecht zu belastende Teilfläche abzuschreiben (BayObLG OLGE 20, 405, 406; KG

OLGE 18, 145, 146). Ob das Erbbaurecht auch wirksam entsteht, wenn diese Abschreibung unterbleibt, erörtern die vorgenannten Entscheidungen nicht.

dd) § 7 GBO als bloße Ordnungsvorschrift

Nach unserer Auffassung kann sich jedenfalls aus § 7 Abs. 1 GBO nicht ergeben, dass ein Erbbaurecht materiell-rechtlich nicht an einer realen Grundstücksteilfläche bestellt werden kann. Bei dieser Vorschrift handelt es sich nach allgemeiner Auffassung um eine **verfahrensrechtliche Ordnungsvorschrift** (statt aller Demharter, GBO, 32. Aufl. 2020, § 7 Rn. 34; a. A. wohl nur MünchKommBGB/Eickmann, 6. Aufl. 2013, § 1114 Rn. 9). Das **Grundbuchverfahrensrecht** ist aufgrund seiner lediglich **dienenden Funktion** nicht geeignet zu bestimmen, welche Belastungen nach dem **materiellen Recht** zulässig sind. Allein aus einer Verletzung des § 7 Abs. 1 GBO kann daher nicht geschlossen werden, dass ein Erbbaurecht materiell-rechtlich nicht an einer Teilfläche begründet werden kann (so auch BeckOGK-ErbbauRG/Toussaint, Std.: 1.6.2023, § 1 Rn. 43).

Auf diesem Standpunkt steht auch das Kammergericht in einem Beschluss vom 25.5.1905 (OLGE 14, 85 – Hervorhebungen und Einschub i. F. durch DNotI). Dort ist Folgendes ausgeführt:

„Soll nur ein Teil mit dem Erbbaurechte belastet werden, so ist er vom Grundstück abzuschreiben und als selbständiges Grundstück einzutragen (vgl. § 6 Satz 1 GrBO [entspricht § 7 Abs. 1 GBO]). (...) Der § 6 GrBO hat zwar nur die Bedeutung von Ordnungsvorschriften, und eine unter ihrer Verletzung erfolgte Eintragung ist nicht materiell ungültig, für den Grundbuchrichter sind sie aber gleichwohl maßgebend, und ihre Nichtanwendung kann von den Beteiligten nicht gefordert werden.“

Diese Ausführungen stützen somit zum einen den Befund, dass § 7 Abs. 1 GBO nicht als Begründung für die materiell-rechtliche Unzulässigkeit eines Erbbaurechts an einer Teilfläche herangezogen werden kann. Wirklich **bemerkenswert** an dieser Entscheidung ist allerdings, dass sie sich – als einzige uns bekannte obergerichtliche Entscheidung, die sich überhaupt mit dieser Frage befasst – **dafür ausspricht, dass nach dem materiellen Recht eine Teilfläche mit einem Erbbaurecht belastet werden könne**. Dass der Entscheidung die damaligen Regelungen zum BGB-Erbbaurecht zugrunde lagen (§§ 1012-1017 BGB a. F., abgedruckt bei BeckOGK-ErbbauRG/Toussaint, § 1 Rn. 11.1-11.7), spricht nicht dagegen, die Erwägungen auf die heutige Rechtslage zu übertragen, denn § 1012 BGB a.F. stimmt mit dem heutigen § 1 Abs. 1 ErbbauRG wörtlich überein.

ee) Grundsätzliche Zulässigkeit einer Teilflächenbelastung bei sonstigen dinglichen Rechten an Grundstücken

Den **Wortlaut des § 1 Abs. 1 ErbbauRG** wird man u. E. ebenfalls **nicht zwingend** dahingehend zu verstehen haben, dass ein Erbbaurecht nur an einem Grundstück im Ganzen bestellt werden kann. Die Formulierung „*Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, dass ...*“ findet sich in gleicher oder ähnlicher Weise bei einer Vielzahl dinglicher Rechte (etwa §§ 1018, 1090, 1094 Abs. 1, 1105 Abs. 1 S. 1, 1113 Abs. 1 BGB). **Ein allgemeiner Grundsatz, dass dingliche Rechte an Grundstücken nur am gesamten Grundstück und nicht an einer realen Teilfläche desselben bestellt werden könnten, existiert jedoch nicht.** Vielmehr dürfte eher das Gegenteil der Fall sein.

Zur Beurteilung der Frage, ob eine reale Teilfläche eines Grundstücks mit einem dinglichen Recht belastet werden kann, liegt auf den ersten Blick ein Rückgriff auf § 93 BGB nahe. Diese Vorschrift bestimmt, dass **wesentliche Bestandteile** einer Sache nicht Gegenstand besonderer Rechte sein können. Würde man also eine Teilfläche eines Grundstücks als wesentlichen Bestandteil desselben betrachten, so wäre eine Belastung dieser Teilfläche augenscheinlich nicht möglich. Nach herrschender und zutreffender Ansicht sollen allerdings reale **Grundstücksteilflächen** weder wesentliche noch unwesentliche Bestandteile des Grundstücks darstellen (BeckOGK-BGB/Mössner, Std.: 1.5.2021, § 93 Rn. 54; MünchKommBGB/Stresemann, 9. Aufl. 2021, § 93 Rn. 9; Staudinger/Stieper, 2021, § 93 Rn. 40).

Daraus wird zuweilen aber der unzutreffende Schluss gezogen, dass die Belastung von Grundstücksteilflächen mangels deren Sonderrechtsfähigkeit generell nicht möglich sei (Staudinger/Stieper, § 93 Rn. 40).

Nach unserem Dafürhalten kann § 93 BGB aber aus zweierlei Gründen keinen Aufschluss darüber geben, ob eine Grundstücksteilfläche als Belastungsgegenstand eines dinglichen Rechts in Betracht kommt. Zum einen sind Teilflächen keine Bestandteile des Grundstücks, da ein beliebiger Teil der Erdoberfläche bei natürlicher Betrachtung nicht aus mehreren Teilen zusammengesetzt ist. Demzufolge ist die sog. Zuordnungsfunktion des § 93 BGB (vgl. BeckOGK-BGB/Mössner, § 93 Rn. 5) nicht berührt. So wäre beispielsweise der Vergleich einer noch abzutrennenden Grundstücksteilfläche mit den Bestandteilen einer beweglichen Sache „abwegig, denn reale Flächenteile eines Grundstücks sind ja tatsächlich schon vorhanden“ (so zutreff. BayObLGZ 24, 293, 294). Ebenso wenig ist § 93 BGB nach seinem primären Normzweck einschlägig. Die Bestimmung will

verhindern, dass es infolge der Belastung von wesentlichen Bestandteilen einer Sache zu deren unwirtschaftlicher Zerschlagung kommt (vgl. BeckOGK-BGB/Mössner, § 93 Rn. 4). Diese normative Zielsetzung ist auf die Erdoberfläche nicht übertragbar, da sich diese auch dann nicht ändert, wenn eine Realteilung eines Grundstückes stattfindet. Somit kann die Belastung einer realen Teilfläche eines Grundstücks nicht mit dem Argument verneint werden, es handele sich hierbei nicht um einen sonderrechtsfähigen Bestandteil. Zur Beantwortung der hier interessierenden Frage ist der Blick vielmehr auf die Begriffsbestimmung betreffend die Sache „Grundstück“ zu richten. Insoweit wird regelmäßig der **formelle Grundstücksbegriff** zugrunde gelegt. Demnach ist unter einem Grundstück ein katastermäßig vermessener und bezeichneter Teil der Erdoberfläche zu verstehen, der im Grundbuch auf einem besonderen Grundbuchblatt oder unter einer besonderen Nummer eines gemeinschaftlichen Grundbuchblattes geführt wird (BeckOGK-BGB/Mössner, § 91 Rn. 13). Davon ausgehend wäre eine Grundstücksteilfläche mangels gesonderter Buchung nicht als eigenständige Sache im Rechtssinne anzusehen. Der formelle Grundstücksbegriff darf jedoch nicht als abschließende Sachdefinition verstanden werden. Dies zeigt die Existenz von sog. buchungsfreien Grundstücken (vgl. § 3 Abs. 2 GBO), bei denen man das Flurstück als Grundstück im rechtlichen Sinne ansieht (Bauer/Schaub/Waldner, GBO, 4. Aufl. 2018, § 3 Rn. 4). Darüber hinaus gab es natürlich auch Grundstücke im rechtlichen Sinne in jener Zeit, als die flächendeckende Kartierung der Erdoberfläche noch gar nicht vorhanden bzw. abgeschlossen war (zum historischen Grundstücksbegriff vgl. BeckOK-GBO/Holzer, Std.: 28.4.2023, § 2 Rn. 16). Aus der materiell-rechtlichen Sicht des BGB ist demnach eine grundbuchliche Abschreibung i. S. v. § 7 Abs. 1 GBO für die rechtliche Existenz des Verfügungsgegenstands „Grundstück“ nicht zwingend. Wieso also sollte die fehlende Abschreibung im vorliegenden Fall einer materiell-rechtlichen Belastung eines räumlich genau definierten Teils der Erdoberfläche (hier: Flurstück 204/1) entgegenstehen? – Es ergäbe sich jedenfalls ein schwer zu erklärender Widerspruch zu anderen dinglichen Rechten, bei denen eine Teilflächenbelastung für zulässig erachtet wird.

Für **Dienstbarkeiten** ist unstreitig, dass diese materiell-rechtlich ohne Weiteres auch an realen Grundstücksteilen bestellt werden können. § 7 Abs. 2 GBO lässt dies unter den dort genannten Voraussetzungen auch verfahrensrechtlich zu (vgl. Grüneberg/Herrler, § 1918 Rn. 2; BeckOGK-BGB/Kazele, Std.: 1.5.2023, § 1018 Rn. 53; Staudinger/Weber, 2017, § 1018 Rn. 63; Schöner/Stöber, Rn. 1118). Des Weiteren wird die Zulässigkeit der Belastung einer realen Teilfläche auch für den **Nieß-**

brauch bejaht (vgl. OLG München FGPrax 2021, 10; MünchKommBGB/Pohlmann, 9. Aufl. 2023, § 1030 Rn. 91). Ebenso wird etwa für ein dingliches **Vorkaufsrecht** die Bestellung an einer Teilfläche für materiell-rechtlich zulässig erachtet (so jedenfalls Grüneberg/Herrler, § 1094 Rn. 2; BeckOGK-BGB/Omlor, Std.: 1.1.2023, § 1094 Rn. 40.1).

Selbst für **Grundpfandrechte**, also für Rechte, die eine Zwangsvollstreckung nach sich ziehen können, wird zumindest diskutiert, ob diese auch an realen Teilflächen bestellt werden können. Auf materiell-rechtlicher Ebene lässt die wohl h. M. unter Berufung auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts eine Belastung realer Grundstücksteilflächen zu, soweit die belastete Teilfläche eindeutig bestimmt ist (MünchKommBGB/Lieder, 9. Aufl. 2023, § 1114 Rn. 8-10 m. w. N.). Die Gegenauffassung, die sich vor allem auf zwangsvollstreckungsrechtliche Erwägungen stützt, hält diese hingegen auch materiell-rechtlich für unwirksam (BeckOGK-BGB/Kern, Std.: 1.5.2023, § 1113 Rn. 48-48.4). Diese zwangsvollstreckungsrechtlichen Bedenken wird man auf die Bestellung eines Erbbaurechts an einer Teilfläche aber nicht übertragen können, weil es sich beim Erbbaurecht nicht um ein Verwertungsrecht handelt. Das Erbbaurecht ähnelt nicht einem Verwertungs-, sondern einem Nutzungsrecht, ist also – aus der maßgeblichen Perspektive des mit dem Recht belasteten Grundstückseigentums – eher mit einer Dienstbarkeit oder einem Nießbrauch wesensverwandt.

ff) Rechtslage bei Vereinigung oder Zuschreibung (§ 890 Abs. 1 oder 2 BGB)

Würde man ein Erbbaurecht nach dem materiellen Recht stets nur an einem Grundstück im Ganzen zu lassen, so ergäben sich nicht befriedigend lösbare Folgeprobleme, falls das mit dem Erbbaurecht belastete Grundstück mit einem anderen Grundstück vereinigt wird (§ 890 Abs. 2 BGB) oder eine Zuschreibung gem. § 890 Abs. 2 BGB stattfindet.

Für Belastungen eines der beteiligten Grundstücke gilt hier der **Grundsatz, dass jeder Teil wie bisher belastet bleibt**. Die bisher nur an einem Teil des vereinigten Grundstücks bestehenden Belastungen erstrecken sich also nicht auf die anderen Grundstücksteile (statt aller Grüneberg/Herrler, § 890 Rn. 4 m. w. N.). Eine Erstreckung auf diese würde vielmehr eine rechtsgeschäftliche Änderung der Belastung erfordern (vgl. OLG München NJOZ 2017, 397 Rn. 7).

Lediglich im Fall der Vereinigung (bei Zuschreibung gilt § 1131 BGB) von Grundstücken, die mit unterschiedlichen **Grundpfandrechten** belastet sind, wird

wiederum auf die daraus resultierenden zwangsvollstreckungsrechtlichen Probleme (Realteilung kraft Gesetzes mit dem Zuschlag?; vgl. KG NJW-RR 1989, 1360, 1362) hingewiesen (vgl. BeckOGK-BGB/Hertel, § 890 Rn. 71). Jedenfalls kann aus der grundbuchverfahrensrechtlichen Vorschrift des § 5 Abs. 1 S. 2 GBO, die eine Vereinigung bei unterschiedlicher Belastung mit Grundpfandrechten wegen drohender Verwirrung untersagt, kein materiell-rechtlicher Rückschluss gewonnen werden (BeckOGK-BGB/Hertel, § 890 Rn. 72).

Nach der vorstehend erörterten Grundregel bleibt bei der **Vereinigung oder Zuschreibung eines Erbbaugrundstücks** mit bzw. zu einem anderen Grundstück nur das ursprüngliche Grundstück mit dem Erbbaurecht belastet. Damit träte genau der Zustand einer **Teilflächenbelastung** ein, den die h. M. für materiell-rechtlich unzulässig hält. *Winkler/Schlögel* fordern daher, das **Erbbaurecht müsse vor der Vereinigung oder Zuschreibung auf das bisher unbelastete Grundstück ausgedehnt** werden (Erbbaurecht, § 5 Rn. 175). Dies mag zwar grundbuchverfahrensrechtlich wegen § 5 GBO nicht von der Hand zu weisen sein. In materiell-rechtlicher Hinsicht ist diesem Standpunkt u. E. zu **widersprechen**. Die Ausdehnung des Erbbaurechts auf das bislang nicht belastete Grundstück bzw. auf den hinzukommenden, aber bislang nicht belasteten Teil des künftig vereinigten Grundstücks erfordert eine **Mitwirkung des Erbbauberechtigten** (so auch *Winkler/Schlögel*, § 5 Rn. 176). Verweigert er diese, hätte er es in der Hand, dem Grundstückeigentümer die Möglichkeit der Vereinigung oder Zuschreibung seiner Grundstücke zu nehmen. Für eine derart weitreichende Einschränkung der in § 890 BGB zum Ausdruck kommenden Eigentümerbefugnisse gibt das Gesetz nichts her. Sie kann auch der Sache nach nicht geboten sein, denn für den Erbbauberechtigten ändert sich durch die Vereinigung oder Zuschreibung nichts. Somit **konstruieren** *Winkler/Schlögel* letztlich ein **Zustimmungserfordernis** für die Vereinigung oder Zuschreibung, ohne dass dies durch eine mögliche Beeinträchtigung des Erbbaurechtsinhabers zu rechtfertigen wäre. Ein solches **Zustimmungserfordernis eines Dritten** für die Vereinigung oder Bestandteilszuschreibung von Grundstücken ist dem **materiellen Zivilrecht** vielmehr **gänzlich fremd** (vgl. Mugdan, Die gesamten Materialien zum BGB für das Deutsche Reich, 1899, Bd. III, S. 494, wonach der Gesetzgeber sich ganz bewusst dagegen entschieden hat, die Zulässigkeit der Grundstücksvereinigung oder Bestandteilszuschreibung auf materiell-rechtlicher Ebene zu beschränken, wenn die Grundstücke mit den Rechten Dritter belastet sind. Etwaigen Schwierigkeiten, die sich im Falle der Zwangsvollstreckung ergeben könnten, sei vielmehr durch Vorschriften der Grundbuch-

ordnung – namentlich unseren heutigen § 5 GBO – vorzubeugen.).

gg) Zwischenergebnis

Im **Ergebnis** ist daher aus der Perspektive des materiellen Rechts ein **Erbbaurecht auch an einer Grundstücksteilfläche zuzulassen**. Das Postulat der herrschenden Literaturmeinung, Belastungsgegenstand könne nur ein Grundstück im Ganzen sein, ist u. E. allenfalls in grundbuchverfahrensrechtlicher Hinsicht haltbar. Dahingehend dürften insbesondere diejenigen Stimmen zu verstehen sein, die auf § 7 Abs. 1 GBO verweisen. Der Verweis auf den Wortlaut des § 1 Abs. 1 ErbbauRG überzeugt indes nicht, da das Gesetz auch bei sonstigen Rechten von „Grundstück“ spricht, aber die Rechtsprechung und Literatur vielfach dennoch eine Belastung einer realen Teilfläche zulässt. Im Übrigen konnten wir auch in der obergerichtlichen Rechtsprechung keine Entscheidung finden, aus der hervorgeht, dass ein an einer realen Teilfläche bestelltes Erbbaurecht materiell-rechtlich unzulässig ist. Vielmehr ist das Kammergericht bereits im Jahr 1905 davon ausgegangen, dass ein Erbbaurecht materiell-rechtlich auch an einer Grundstücksteilfläche wirksam bestellt werden kann.

c) Eintragung des Erbbaurechts

Als weiteres Tatbestandsmerkmal des § 873 Abs. 1 BGB ist für eine wirksame Entstehung des Erbbaurechts an der Teilfläche zu prüfen, ob eine **inhaltlich mit der Eintragung korrespondierende Eintragung** in das Grundbuch erfolgt ist.

Auf die Eintragungsbewilligung wird vorliegend nicht Bezug genommen, sodass **einzig auf Wortlaut und Sinn der Grundbucheintragung abzustellen** ist. Ohnehin kann nur wegen des *Inhalts* des Rechts auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden, vgl. § 874 BGB. Die Angabe des zu belastenden Grundstücks gehört hingegen nicht zum Inhalt des Rechts, so dass sich diese aus der Eintragung selbst ergeben muss (OLG München MittBayNot 2007, 50, 51; BeckOGK-BGB/Enders, Std.: 1.4.2023, § 874 Rn. 25). Zum Inhalt des Rechts könnte freilich die Festlegung eines Ausübungsbereichs gehören. Die Festlegung eines solchen Ausübungsbereichs lässt sich den hier maßgeblichen Bestellsurkunden indes nicht entnehmen (s. o.).

Fraglich ist, wie der Eintragungsvermerk im Grundbuchblatt verstanden werden kann. Grundsätzlich sind **Grundbucheintragungen der Auslegung** zugänglich. Maßgebend sind dabei Wortlaut und Sinn der Grundbucheintragung und der darin in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung, wie sie sich für den unbefan-

genen Betrachter als nächstliegende Bedeutung ergeben (vgl. Schöner/Stöber, Rn. 293 m. w. N. – diese Rn. ist zwischen Rn. 297 und Rn. 298 zu finden; KG BeckRS 2017, 157126).

Aus unserer Sicht spricht viel dafür, den **Eintragungsvermerk als Belastung der aus dem Flst. Nr. 204/1 bestehenden realen Teilfläche** zu verstehen und nicht als Belastung des gesamten (zusammengesetzten) Grundstücks unter Angabe eines Ausübungsbereichs. Die (ohnehin nicht erforderliche) schlagwortartige Verlautbarung eines Ausübungsbereichs dürfte vermutlich unter Verwendung des Begriffs „Ausübungsbereich“ stattfinden. Hingegen wird die kurze Formulierung „An Flst. 204/1“ wohl eher im Sinne von „Lastend an Flst. Nr. 204/1“ zu verstehen sein.

d) Zwischenergebnis

Das **Erbbaurecht ist als Belastung der realen Teilfläche Flst. Nr. 204/1** des zusammengesetzten Grundstücks (bestehend aus den Flst. Nrn. 204, 204/1 und 204/2) **entstanden**. Sowohl die Einigung als auch die Eintragung sind in diesem Sinne auszulegen. Das materielle Recht steht u. E. – entgegen anderslautenden Stimmen in der Literatur – der Belastung einer realen Teilfläche mit einem Erbbaurecht nicht entgegen. Dass das Grundbuchverfahrensrecht (§ 7 Abs. 1 GBO) eine solche Teilflächenbelastung eventuell nicht zulässt (denkbar erscheint zumindest eine analoge Anwendung von § 7 Abs. 2 GBO), ist in materiell-rechtlicher Hinsicht nicht von Bedeutung.

2. Grundbuchverfahrensrechtliche Rechtsfolgen

Gleichwohl verbleibt in grundbuchverfahrensrechtlicher Hinsicht zu klären, welche Folgen der Verstoß gegen § 7 Abs. 1 GBO hat.

a) Keine Löschung des Erbbaurechts von Amts wegen (§ 53 Abs. 1 S. 2 GBO)

Eine Löschung des Erbbaurechts von Amts wegen gem. § 53 Abs. 1 S. 2 GBO kommt nicht in Betracht.

Diese würde voraussetzen, dass sich die Eintragung des Erbbaurechts nach ihrem Inhalt als **unzulässig** erweist. Dies ist der Fall, wenn ein Recht mit dem Inhalt oder in der Ausgestaltung, wie es eingetragen ist, aus Rechtsgründen nicht bestehen kann oder wenn die Eintragung etwas Widersprüchliches verlautbart und ihre Bedeutung auch durch Auslegung nicht ermittelt werden kann (BGH FGPrax 2015, 5 Rn. 16; Demharter, § 53 Rn. 42).

Beides trifft auf das im Grundbuch bezeichnete Erbbaurecht nicht zu. Denn wie oben ausführlich erörtert,

kann ein Erbbaurecht sehr wohl auch an einer Teilfläche bestehen. Der Belastungsgegenstand kommt im Eintragungsvermerk auch hinreichend deutlich zum Ausdruck.

Gegen eine Amtslöschung spricht überdies, dass das Grundbuchamt gem. § 7 Abs. 1 GBO zugleich von Amts wegen die grundbuchliche Abschreibung vorzunehmen hätte. Wollte man also entgegen der hier vertretenen Ansicht von einer unzulässigen Eintragung ausgehen, so kollidierten zwei Amtspflichten des Grundbuchamts, die jeweils ein Tätigwerden von Amts wegen verlangen. Vor dem Hintergrund, dass die (vermeintlich) unzulässige Eintragung auf einer Pflichtverletzung des Grundbuchamts, nämlich der unterbliebenen grundbuchlichen Abschreibung gem. § 7 Abs. 1 GBO beruhen dürfte, wäre zunächst dieses Versäumnis von Amts wegen nachzuholen. Damit entfielen aber sogleich auch die vermeintlich unzulässige Eintragung i. S. v. § 53 Abs. 1 S. 2 GBO, sodass nach unserem Dafürhalten für eine Amtslöschung kein Raum ist.

b) Kein Amtswiderspruch (§ 53 Abs. 1 S. 1 GBO)

Ebenso wenig ist die Eintragung eines Amtswiderspruchs möglich. Dies würde gem. § 53 Abs. 1 S. 1 GBO voraussetzen, dass das Grundbuchamt unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften eine Eintragung vorgenommen hat, durch die das **Grundbuch unrichtig** geworden ist. Grundsätzlich vermag zwar auch der Verstoß gegen Ordnungsvorschriften einen Amtswiderspruch zu rechtfertigen (BeckOK-GBO/Holzer, Std.: 28.4.2023, § 53 Rn. 27). Hier fehlt es aber an der Unrichtigkeit des Grundbuchs, denn die aus dem Grundbuch verlautbarte Rechtslage und die wirkliche Rechtslage stimmen überein. Dies gilt jedenfalls dann, wenn man der hier vertretenen Ansicht folgt, dass ein Erbbaurecht an einer realen Teilfläche bestellt werden kann. Im Übrigen gelten die vorstehenden Ausführungen zu den „konkurrierenden“ Amtspflichten des Grundbuchamts sinngemäß, d. h., es ist vorrangig das Versäumnis gem. § 7 Abs. 1 GBO nachzuholen.

c) „Nachholung“ der Teilung

Es verbleibt schließlich die Möglichkeit, die verfahrensrechtlich gem. § 7 Abs. 1 GBO gebotene Teilung des zusammengesetzten Grundstücks nachträglich vorzunehmen und somit den Verstoß gegen diese Vorschrift zu beseitigen. Diese Pflicht zum Tätigwerden von Amts wegen ist u. E. vorrangig.

Die Kommentarliteratur lässt es zu, dass das **Grundbuchamt** die von § 7 Abs. 1 GBO gebotene **Teilung von Amts wegen nachholt** (Bauer/Schaub/Maaß, § 7 Rn. 62; Demharter, § 7 Rn. 34; BeckOK-GBO/Kral, § 7 Rn. 65). Diese Lösung hat im Übrigen auch das

Kammergericht in seinem oben bereits erörterten Beschluss vom 25.5.1905 für geboten gehalten:

„Der Grundbuchrichter hätte sich indes, wie er dies getan, nicht darauf beschränken dürfen, in den einzelnen Eintragungsvermerken der Abt. II die belasteten Parzellen nach ihrer Katasterbezeichnung aufzuführen, sondern er hätte in Beobachtung des § 6 GrBO die Parzellen von den Grundstücken abschreiben und sie als selbständige Grundstücke eintragen müssen. (...) Er wird, da die Voraussetzungen für die Abschreibung unbedenklich gegeben sind, das Versäumte nachzuholen haben.“

(KG OLGE 14, 85, 86 f.)

Selbst wenn man dem nicht folgen möchte, also eine Teilung *von Amts wegen* für nicht zulässig hielte, dürfte im vorliegenden Fall eine **Grundstücksteilung möglich** sein. Sowohl die nach h. M. hierfür erforderliche materiell-rechtliche Erklärung des Grundstückseigentümers (hierzu Grüneberg/Herrler, § 890 Rn. 6; a. A. Monreal, FS Heidinger, 2023, S. 369, 379 ff., der eine materiell-rechtliche Willenserklärung für nicht notwendig erachtet) als auch die grundbuchverfahrensrechtlich gem. §§ 13, 19 GBO erforderliche **Bewilligung nebst Antrag** (BeckOGK-BGB/Hertel, § 890 Rn. 100) dürften **konkudent in der Erbbaurechtsbestellungs-urkunde** nebst Nachtragsurkunden enthalten sein. Eine Gesamtwürdigung dieser Urkunden, namentlich die erklärte Absicht der Vermessung der Teilfläche sowie die spätere Anerkennung des Messergebnisses, ergibt mit hinreichender Deutlichkeit, dass die Beteiligten eine gegenständliche Verselbständigung des Flst. Nr. 204/1 beabsichtigten.

3. Gesamtergebnis

Das Erbbaurecht ist als Belastung der realen Teilfläche Flst. Nr. 204/1 des zusammengesetzten Grundstücks (bestehend aus den Flst. Nrn. 204, 204/1 und 204/2) entstanden. Es liegt lediglich ein verfahrensrechtlicher Verstoß gegen § 7 Abs. 1 GBO vor. Dieser ist jedoch materiell-rechtlich unschädlich und vermag die Wirksamkeit der Bestellung des Erbbaurechts nicht zu beeinflussen. Das Grundbuchamt hat gleichwohl eine Abschreibung des Flst. Nr. 204/1 vorzunehmen.

Hinzuweisen ist darauf, dass die wohl h. M. in der Literatur von einer inhaltlich unzulässigen Eintragung ausgehen würde. Doch auch in diesem Fall wäre u. E. das Nachholen des grundbuchamtlichen Versäumnisses betreffend die grundbuchliche Abschreibung der Teilfläche vorrangig vor einer Amtslöschung des Erbbaurechts oder einem Amtswiderspruch in Ansehung dieser Grundstücksbelastung.