

**letzte Aktualisierung:** 22.2.2019

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 5.12.2018 – 3 Wx 139/18

**BGB §§ 1094, 1097, 470**

**Löschung eines für den ersten Verkaufsfall bestellten dinglichen Vorkaufsrechts; Verkauf mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht; gemischte Schenkung**

1. Wird ein Grundbuchberichtigungsantrag ausschließlich darauf gestützt, dass der Unrichtigkeitsnachweis des Grundbuchs geführt sei (hier: infolge Erlöschens eines eingetragenen Vorkaufsrechts für den ersten Verkaufsfall), hält das Grundbuchamt dem gegenüber eine Berichtigungs- und Eintragungsbewilligung für erforderlich, so kann es deren Vorlage in Ermangelung eines auf diesem Wege behebbaren Hindernisses nicht mit der Zwischenverfügung verlangen.

2. Ein Veräußerungsgeschäft mit dem Inhalt einer (teilentgeltlichen) Übertragung des Grundbesitzes vom Vater auf den Sohn und künftigen gesetzlichen Erben gegen eine Einmalzahlung und Einräumung eines zeitlich und räumlich begrenzten Wohnrechts hat – gleich, ob man die Grundlage des Eigentumsübergangs in einem Verkauf mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht oder in einem sonstigen Veräußerungsgeschäft an dem Grundstück sieht – jedenfalls das Erlöschen des für den ersten Verkaufsfall bestellten Vorkaufsrechts zur Folge.

## Oberlandesgericht Düsseldorf, 3 Wx 139/18

**Datum:** 05.12.2018  
**Gericht:** Oberlandesgericht Düsseldorf  
**Spruchkörper:** 3. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Beschluss  
**Aktenzeichen:** 3 Wx 139/18  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGD:2018:1205.3WX139.18.00

**Vorinstanz:** Amtsgericht Geldern

**Tenor:** Die Zwischenverfügung wird aufgehoben.  
Das Grundbuchamt wird angewiesen, über den Berichtigungsantrag nach Maßgabe der nachstehenden Ausführungen erneut zu befinden.

### Gründe:

- I. 2
- Die Beteiligte zu 1 wurde am 02. November 1989 als Alleineigentümerin des im Grundbuch von A..., Amtsgericht Geldern, Blatt 120 unter den laufenden Nummern 27 und 31 verzeichneten Grundbesitzes eingetragen. Der mit einer Immobilie bebaute Grundbesitz ist belastet mit einem ebenfalls am 02. November 1989 im Grundbuch eingetragenen Vorkaufsrecht für den ersten Verkaufsfall zugunsten der Beteiligten zu 3 bis 12. 3
- Mit notarieller Urkunde vom 05. März 2018 schlossen die Beteiligte zu 1 und deren Sohn, der Beteiligte zu 2, einen als „gemischten Schenkungsvertrag“ bezeichneten Vertrag über die Übertragung des Grundbesitzes der Beteiligten zu 1 auf den Beteiligten zu 2, den Verkehrswert des Objektes gaben sie mit 210.000,- € an. Unter Ziffer I.4. des Vertrages wurde festgehalten, dass die Veräußerung nur teilentgeltlich und mit Rücksicht auf das künftige Erbe des Beteiligten zu 2 als gesetzlichem Erben erfolge. Der Beteiligte zu 2 verpflichtete sich zu einer Einmalzahlung in Höhe von 150.000,- €. Die Beteiligte zu 1 behielt sich für die Dauer von zwei Jahren ein Wohnrecht an einzelnen Räumen der Immobilie vor, den Jahreswert des Wohnrechts bezifferten die Beteiligten zu 1 und 2 mit 4.800,- €. Unter Ziffer I.3. hielten sie fest, dass weitere Gegenleistungen nicht geschuldet seien; die Übertragung erfolge im übrigen als Schenkung, deren Wert sie mit 50.400,- € festsetzten. Weiter wurde vereinbart, dass der Beteiligte zu 2 sich den vorgenannten Wert der Schenkung auf seinen Pflichtteil anrechnen lassen müsse, soweit die Übertragung als geschenkt gelte; unter Miterben sei die Schenkung aber nicht auszugleichen. In Ziffer V. 2. des Vertrages hielten die Beteiligten zu 1 und 2 fest, dass das im Grundbuch eingetragene Vorkaufsrecht erlösche, und beantragten insofern die Grundbuchberichtigung durch Löschung des Vorkaufsrechts. Unter Ziffer VI. des notariellen Vertrages vereinbarten sie 4

die Auflassung des Grundeigentums und bewilligten und beantragten die Eintragung die Wohnungsrechts sowie des Eigentumswechsels im Grundbuch und überdies die Grundbuchberichtigung hinsichtlich des Entfalls des Vorkaufsrechts.

Mit Antrag vom 06. März 2018 beantragte der Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten zu 1 und 2 unter anderem die Grundbuchberichtigung hinsichtlich des Entfalls des Vorkaufsrechts. 5

Mit dem angefochtenen Beschluss vom 04. Juni 2018 forderte das Grundbuchamt die Beteiligten zu 1 und 2 im Wege der Zwischenverfügung auf, Löschungsbewilligungen der Berechtigten des Vorkaufsrechts einzureichen. Das Vorkaufsrecht könne nicht im Wege der Grundbuchberichtigung gelöscht werden, da sich aus der Übertragungsurkunde nicht ergebe, dass der Rechtsgrund für die Übertragung kein Kaufvertrag sei. 6

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Beteiligten zu 1 und 2, mit welcher sie geltend machen, dass es sich bei dem Vertrag zwischen ihnen um eine sog. gemischte Schenkung handele, weshalb ein Vorkaufsfall nicht vorliege. Vielmehr handele es sich um eine Veräußerung mit Rücksicht auf das künftige Erbrecht des Beteiligten zu 2 und in einem solchen Fall erlösche das Vorkaufsrecht ohne Bewilligung der Berechtigten. 7

Das Grundbuchamt hat der Beschwerde nicht abgeholfen und sie dem Oberlandesgericht Düsseldorf mit Beschluss vom 12. Juli 2018 zur Entscheidung vorgelegt. Zur Begründung hat das Grundbuchamt ergänzend ausgeführt, die Übertragung erfolge nicht im Hinblick auf ein künftiges Erbrecht, denn die Anrechnung des Wertes der Schenkung erfolge nur auf einen eventuellen Pflichtteil, nicht aber auf das Erbe, da insofern angeordnet sei, dass eine Ausgleichung unter Miterben nicht erfolge. 8

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Akten verwiesen. 9

**II.** 10

Die gemäß § 71 Abs. 1 GBO statthafte und auch im übrigen zulässige Beschwerde ist nach der vom Grundbuchamt ordnungsgemäß erklärten Nichtabhilfe dem Senat zur Entscheidung angefallen, §§ 72, 75 GBO. 11

Unbefristet anfechtbar sind Entscheidungen des Grundbuchamtes, die eine Sache abschließen; zu diesen zählen auch Zwischenverfügungen gemäß § 18 Abs. 1 GBO. Gegenstand der Beschwerde gegen eine Zwischenverfügung ist allein das angenommene Eintragungshindernis, nicht jedoch die Entscheidung über den Eintragungsantrag selbst (Schönke/Stöber, HRP Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 469; Demharter, Grundbuchordnung, 30. Aufl. 2016, § 71 Rn. 34). 12

Die Beschwerde der Beteiligten zu 1 und 2 gegen die Zwischenverfügung vom 04. Juni 2018 hat auch in der Sache Erfolg, denn die angefochtene Zwischenverfügung hätte bereits in verfahrensrechtlicher Hinsicht nicht erlassen werden dürfen und ist daher schon aus formellen Gründen aufzuheben. 13

Stehen dem Vollzug eines Eintragungsantrages ein oder mehrere Hindernisse entgegen, so besteht gemäß § 18 Abs. 1 GBO die Möglichkeit dem Antragsteller deren Behebung innerhalb einer gesetzten Frist aufzuerlegen. Wegen ihrer rangwahrenden Wirkung ist der Erlass einer Zwischenverfügung nur dann zulässig, wenn das Hindernis mit Rückwirkung behebbar ist; anderenfalls erhielte die beantragte Eintragung einen ihr nicht gebührenden Rang (Senat, FGPrax 2017, 152; ZEV 2016, 707; BayObLGZ 1990, 6; Demharter, aaO., § 18, Rn. 8 m.w.N.). 14

Ein behebbares Hindernis in diesem Sinne liegt in der Regel bei Unklarheiten von 15

Eintragungsunterlagen vor oder wenn die Klarstellung oder Beschränkung eines Antrages erreicht werden soll. Im Wege der Zwischenverfügung kann aber nicht die Vorlage der vom Grundbuchamt für notwendig erachteten Berichtigungsbewilligung verlangt werden, wenn ein Berichtigungsantrag darauf gestützt ist, dass der Unrichtigkeitsnachweis geführt sei. Vielmehr ist in diesem Fall der Berichtigungsantrag sofort zurückzuweisen (OLG München ZEV 2016, 708; Demharter, aaO., § 22 Rn. 31 m.w.N.). Mit der Zwischenverfügung kann auch nicht die Vorlage einer nach Auffassung des Grundbuchamtes erforderlichen Berichtigungs- oder Eintragungsbewilligung aufgegeben werden; wird die Löschung einer Eintragung beantragt, ohne dass die Löschungsbewilligung des unmittelbar Betroffenen vorgelegt wird, leidet er Löschantrag an einem wesentlichen Mangel und kann rückwirkend nicht geheilt werden (BayObLG DNotZ 1990, 295 m.w.N.; Demharter, aaO., § 18 Rn. 12 m.w.N.). Auch in dieser Konstellation ist der Antrag sofort zurückzuweisen.

Dies vorausgeschickt hätte das Grundbuchamt den Berichtigungsantrag der Beteiligten zu 1 und 2, den diese ausschließlich darauf stützen, dass der Unrichtigkeitsnachweis geführt sei, auf der Grundlage seiner Rechtsauffassung, das Grundbuch sei nicht unrichtig, solange nicht Löschungsbewilligungen der durch das eingetragene Vorkaufsrecht begünstigten Beteiligten zu 3 bis 12 vorgelegt würden, sofort zurückweisen müssen. 16

Hinzu kommt, dass es sich bei dem vom Grundbuchamt angenommenen Mangel des Antrages der Beteiligten zu 1 und 2 – des Fehlens von Löschungsbewilligungen – um einen wesentlichen Antragsmangel handelt, der nicht mit rückwirkender Kraft geheilt werden kann. 17

Für das weitere Verfahren ist vorsorglich Folgendes zu bemerken: 18

Die Auffassung des Grundbuchamtes, die Löschung des im Grundbuch eingetragenen Vorkaufsrechts komme nur aufgrund entsprechender Löschungsbewilligungen der Berechtigten in Betracht, dürfte unzutreffend sein. Das zugunsten der Beteiligten zu 3 bis 12 im Grundbuch eingetragene Vorkaufsrecht dürfte vielmehr unabhängig von ihrer Bewilligung als Rechtsfolge des zwischen den Beteiligten zu 1 und 2 über den verfahrensgegenständlichen Grundbesitz geschlossenen Übertragungsvertrag erloschen sein. 19

Allgemein gilt, dass ein im Grundbuch eingetragenes, sog. dingliches Vorkaufsrecht nur dann ausgeübt werden kann, wenn der Eigentümer über das Grundstück einen Kaufvertrag abschließt, § 1097 BGB. Das dingliche Vorkaufsrecht mit gesetzlichem Inhalt beschränkt sich ausschließlich auf den Fall des Verkaufs durch den Vorkaufsrechtsbesteller, dessen Erben oder einen sonstigen Gesamtrechtsnachfolger. Nicht jede Veräußerung stellt also einen Verkaufsfall im Sinne des Vorkaufsrechts dar (vgl. Zeiß, DNotZ 1998, 308 ff.). Der Fall des „Verkaufs“, auf den § 1097 BGB für das dingliche Vorkaufsrecht abstellt, entspricht dem Verkaufsfall im Sinne von § 463 BGB, der das sog. schuldrechtliche Vorkaufsrecht regelt. Auch für das schuldrechtliche Vorkaufsrecht ist es anerkannt, dass dieses regelmäßig dann ausgeübt werden kann, sobald der Verpflichtete mit einem Dritten einen als Kaufvertrag zu qualifizierenden Vertrag abgeschlossen hat (vgl. Palandt – Bassenge, BGB, 75. Aufl. 2016, § 1097 Rn. 1 und Palandt – Weidlich, aaO., § 463 Rn. 5 m.w.N.). Der Verkauf, der mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht an einen gesetzlichen Erben erfolgt, § 470 BGB (sog. „Kindskauf“), stellt auch beim dinglichen Vorkaufsrecht im Zweifel keinen das Vorkaufsrecht auslösenden Verkaufsfall dar (vgl. Palandt – Bassenge, aaO., § 1097 Rn. 1; Schöner/Stöber, aaO., Rn. 1411). 20

Ist ein dingliches Vorkaufsrecht im Grundbuch mit dem Inhalt eingetragen, dass es für den ersten Verkaufsfall bestellt ist, vgl. § 1097 1. Halbsatz BGB, hat es die Bedeutung, dass es (ein einziges Mal) ausgeübt werden kann, wenn es zu einem Verkaufsfall gekommen ist. 21

Schließt aber der Eigentümer keinen Kaufvertrag ab, sondern ist ein anderes Veräußerungsgeschäft Grundlage für die Übereignung an den Sonderrechtsnachfolger, kann das Vorkaufsrecht nach der in Rechtsprechung und Literatur ganz herrschend vertretenen Auffassung nicht ausgeübt werden, sondern das Vorkaufsrecht erlischt. Ebenfalls zum Erlöschen des Vorkaufsrechts führt der Fall des Verkaufs mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht (Senat DNotZ 2013, 203 ff.; OLG Stuttgart DNotZ 1998, 305 ff.; OLG Zweibrücken NJW-RR 2000, 94 f.; Demharter, aaO., Anhang zu § 44 Rn. 83). In diesem Fall ist das Grundbuch unrichtig geworden (Schöner/Stöber, aaO., Rn. 1432a; Demharter, aaO., § 22 Rn. 18).

So liegen die Dinge hier: 22

Es kann dahingestellt bleiben, ob es sich bei dem zwischen den Beteiligten zu 1 und 2 geschlossenen Vertrag entsprechend der von ihnen vertretenen Auffassung und gemäß der ein dem Vertrag gewählten Bezeichnung um einen sog. gemischten Schenkungsvertrag handelt oder ob der vom Grundbuchamt vertretenen Auffassung, es liege ein Kaufvertrag vor, zu folgen ist. In beiden Fällen tritt dieselbe rechtliche Folge, nämlich das Erlöschen des im Grundbuch eingetragenen Vorkaufsrechts für den ersten Verkaufsfall ein. 23

Würde man entsprechend der vom Grundbuchamt vertretenen Auffassung den zwischen den Beteiligten zu 1 und 2 geschlossenen Vertrag vom 05. März 2018 als reinen Kaufvertrag ansehen, läge ein Fall des § 470 BGB vor. Denn bei der zwischen den Beteiligten zu 1 und 2 vereinbarten Übertragung des Grundstückseigentums handelt es sich um einen Fall der Übertragung im Wege vorweggenommener Erbfolge. Das Grundstück bleibt „in der Familie“. Ihren dahingehenden Willen haben die Beteiligten zu 1 und 2 in dem Vertrag vom 05. März 2018 eindeutig zum Ausdruck gebracht und unter Ziffern I.4, II.3. und V.2. ausdrücklich festgehalten, dass die Übertragung im Wege vorweggenommener Erbfolge bzw. mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht erfolge. Soweit das Grundbuchamt Bedenken an einer Übertragung im Wege vorweggenommener Erbfolge daraus herleitet, dass unter Ziffer II.3. Vorgaben der Beteiligten zu 1 in Bezug auf eine Anrechnung auf den Pflichtteil (§ 2315 BGB) und auf den Ausschluss der Ausgleichspflicht unter Miterben (2050 BGB) geregelt sind, ist dem nicht zu folgen. Die Fragen der Anrechnung von Zuwendungen auf den Pflichtteil bzw. der Ausgleichung von Zuwendungen in Verhältnis verschiedener Miterben untereinander können Einfluss auf die Frage haben, ob die vorweggenommene Erbfolge entgeltlich oder im Wege einer Schenkung erfolgt; von Bedeutung sind die Anordnungen des Erblassers über Anrechnung und Ausgleichung aber erst nach dem Erbfall (vgl. Palandt – Weidlich, aaO., Einl v § 1922 Rn. 6 f.). 24

Würde man den zwischen den Beteiligten zu 1 und 2 geschlossenen Vertrag in rechtlicher Hinsicht als gemischten Schenkungsvertrag bewerten, läge eine Grundstücksveräußerung nicht mittels Verkauf, sondern im Wege eines sonstigen Veräußerungsgeschäfts vor; letzteres löst indes den Vorkaufsfall ebenfalls nicht aus und führt beim für den ersten Verkaufsfall bestehenden Vorkaufsrecht zu dessen Erlöschen. 25

Ist also entweder ein Verkauf mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht anzunehmen, oder ist ein sonstiges Veräußerungsgeschäft die Grundlage des Eigentumsübergangs an dem Grundstück von der Beteiligten zu 1 auf den Beteiligten zu 2, hat das zwischen ihnen geschlossene Veräußerungsgeschäft jedenfalls das Erlöschen des für den ersten Verkaufsfall bestellten Vorkaufsrechts zur Folge. 26

Dementsprechend ist die Unrichtigkeit des Grundbuchs in Bezug auf das in Abteilung II eingetragene Vorkaufsrecht aufgrund des Inhaltes der notariellen Urkunde über den 27

zwischen den Beteiligten zu 1 und 2 geschlossenen Grundstücksübertragungsvertrag nachgewiesen.

**III.** 28

Eine Kostenentscheidung durch den Senat ist nicht veranlasst, §§ 22 Abs. 1, 25 Abs. 1 GNotKG; dementsprechend erübrigt sich auch eine Wertfestsetzung. 29

Für eine Zulassung der Rechtsbeschwerde bestand kein Anlass. 30