

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 875, 1419; GBO § 46 – Aufgabe der Beteiligung an einem dinglichen Recht durch nur einen von mehreren Mitberechtigten

BGB § 912; WEG § 1 Abs. 4 – Einbeziehung eines fremden Grundstücks in die WEG-Aufteilung bei rechtmäßigem Überbau aufgrund schuldrechtlicher Gestattung

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

BGB §§ 1960, 1952 – (Keine) Erbausschlagung durch Nachlasspfleger bzgl. weiterer Erbschaft

GBO §§ 39 Abs. 1, 40 Abs. 1 – Voreintragungsgrundsatz bei Bestellung einer Finanzierungsgrundschuld durch transmortal Bevollmächtigten

Literaturhinweise

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 875, 1419; GBO § 46

Aufgabe der Beteiligung an einem dinglichen Recht durch nur einen von mehreren Mitberechtigten

I. Sachverhalt

Im Güterstand der Gütergemeinschaft verheiratete Eltern haben ihrem Sohn im Jahr 2000 ein Hausgrundstück geschenkt. In dem Übergabevertrag haben sie sich ein Wohnungsrecht und ein Rückübertragungsrecht zum Gesamtgut der Gütergemeinschaft und aufschiebend bedingt für den Längerlebenden alleine vorbehalten. Mittlerweile ist die Mutter dement und lebt in einem Heim. Der Vater möchte aus dem Objekt ausziehen und seine Rechte aufgeben.

II. Frage

Kann die Mitberechtigung des Vaters an den vorbehaltenen Rechten ohne Mitwirkung der Ehefrau aus dem Grundbuch gelöscht werden?

III. Zur Rechtslage

1. Vorbemerkungen

Für die Möglichkeit des einzelnen Mitberechtigten, seine Mitberechtigung hinsichtlich eines dinglichen Rechts ohne Mitwirkung der übrigen Mitberechtigten aufzugeben, ist nach dem gegenwärtig erkennbaren Stand von Rechtsprechung und Literatur zwischen der Aufgabe eines beschränkten dinglichen Grundstücksrechts einerseits und der Aufgabe des Grundstückseigentums andererseits zu unterscheiden. Außerdem spielt nach materiellem Recht die Art des bestehenden, nach § 47 GBO im Grundbuch zu vermerkenden Gemeinschaftsverhältnisses eine wesentliche Rolle (s. befürwortend zur Aufgabemöglichkeit durch einen einzelnen der nach § 428 BGB Gesamtberechtigten hinsichtlich eines Nießbrauchs bereits Gutachten DNotI-Report 2012, 25 ff.).

2. Rechtsprechung zur Aufgabe einer Mitberechtigung an einem dinglichen Vorkaufsrecht

Mit der **Aufgabemöglichkeit hinsichtlich eines beschränkten dinglichen Grundstücksrechts** hat sich vor allem das OLG München zweimal befasst (OLG München MittBayNot 2013, 231 ff. m. Anm. Heinze, 233 f.; OLG München MittBayNot 2010, 42 ff. m. Anm. Jeep, 44 f.). Beide Male ging es um ein **dingliches Vorkaufsrecht (§§ 1094 ff. BGB)**, das mehreren Berechtigten nach Maßgabe der **§§ 1098 Abs. 1 S. 1, 472 BGB** zustand. In der Entscheidung aus dem Jahre 2012 hat das OLG München hierzu – im Gegensatz zu seinem in der vorangehenden Entscheidung aus dem Jahre 2009 eingenommenen Standpunkt – entschieden, **das Ausscheiden eines Mitberechtigten aus dem Kreis der dinglich Vorkaufsberechtigten durch einseitige Aufhebung seiner Berechtigung sei ohne Mitwirkung der anderen Berechtigten möglich**. Im Einzelnen argumentierte das OLG in dieser Entscheidung, die Regelung des § 472 S. 2 BGB gehe ersichtlich von der Möglichkeit des Erlöschens des Vorkaufsrechts für nur einen der Berechtigten aus. Es dürfte mangels anderer zu berücksichtigender schutzwürdiger Interessen für die Mitberechtigung eines Vorkaufsberechtigten **§ 875 Abs. 1 S. 1 BGB entsprechend** anzuwenden sein. Dies habe zur Folge, dass der einzelne Mitberechtigte durch einseitige Aufhebung seines Rechts aus der Gemeinschaft der Berechtigten ausscheide. Insoweit sei die „Löschung“ zwar konstitutiv und § 22 GBO deshalb nicht anwendbar, wie auch § 46 Abs. 1 GBO nicht einschlägig sein solle. Die letztgenannte Regelung beschreibe indessen nur die Modalitäten der maßgeblichen Eintragung. Auf Antrag und aufgrund Bewilligung eines Mitberechtigten dürfte dieser daher aus dem Kreis der Mitberechtigten im Grundbuch zu „streichen“ sein – am ehesten durch Eintragung in den Veränderungsspalten 4/5, ohne dass das den übrigen Berechtigten verbliebene Recht als solches davon betroffen sei.

Die Literatur hat diesen neueren Standpunkt des OLG München zustimmend aufgenommen (etwa Heinze, MittBayNot 2013, 233, 234; jetzt auch Meikel/Böhringer, GBO, 12. Aufl. 2021, § 46 Rn. 20; für die Aufgabemöglichkeit bereits zuvor in Urteilsanmerkungen zur Entscheidung des OLG München aus dem Jahre 2009: Herrler, RNotZ 2010, 249, 253 f.; Jeep, MittBayNot 2010, 44, 45). Wesentlich für die Zulassung der hier erörterten Aufgabemöglichkeit dürfte die Erwägung sein, dass beim Vorkaufsrecht durch einen Wegfall der Mitberechtigung eines Berechtigten den übrigen Mitberechtigten keine Belastungen aufgedrängt werden können, sodass kein sachlicher Grund besteht, das in §§ 1098 Abs. 1 S. 1, 472 S. 2 BGB ohnehin angelegte Ergebnis nicht vorwegzunehmen (vgl. Heinze, MittBayNot 2013, 233, 234).

3. Vorliegender Sachverhalt

Der hier unterbreitete Sachverhalt liegt insofern anders als die Eheleute sich das Wohnungsrecht und den Rückübertragungsanspruch in einem **abweichenden Berechtigungsverhältnis**, nämlich ausdrücklich „**zum Gesamtgut der Gütergemeinschaft**“ vorbehalten haben. Die im Grundbuch eingetragene Vormerkung teilt als akzessorisches Nebenrecht i. S. d. § 401 BGB das Schicksal des durch sie gesicherten Rückübertragungsanspruchs (s. nur BGH NJW 2009, 356; Grüneberg/Grüneberg, BGB, 81. Aufl. 2022, § 401 Rn. 4). Auch ansonsten entspricht es der vorliegenden Rechtsprechung und Literatur, dass ein Wohnungsrecht, das für beide im Güterstand der Gütergemeinschaft verheiratete Eheleute gemeinschaftlich vereinbart wird, in das Gesamtgut der Gütergemeinschaft fällt (BayObLGZ 1967, 480 = DNotZ 1968, 493; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 1246).

Das Wohnungsrecht und der Rückübertragungsanspruch wurden also gemeinschaftliches Vermögen der Ehegatten (Gesamtgut; § 1416 Abs. 1 S. 1 BGB). Nach **§ 1419 Abs. 1 BGB** kann ein Ehegatte nicht über seinen Anteil an den einzelnen Gegenständen verfügen, die zum Gesamtgut gehören; er ist nicht berechtigt, Teilung zu verlangen. Die Kommentarliteratur (Staudinger/Thiele, BGB, 2018, § 1419 Rn. 14; BeckOGK-BGB/Mensch, Std.: 1.2.2022, § 1419 Rn. 9 f.) nimmt – noch über den Wortlaut des § 1419 Abs. 1 BGB hinausgehend – an, dass derartige Anteile des einzelnen Ehegatten an den Gegenständen des Gesamtguts schon gar nicht existieren. Die Annahme solcher Anteile widerspräche dem Gesamthandsprinzip. Verfügungen über einen solchen Anteil sind daher nichtig. Diese Würdigung entspricht der Rechtslage bei der ebenfalls eine Gesamthandsgemeinschaft bildenden Erbengemeinschaft (§§ 2032 ff. BGB). Das Recht der Erbengemeinschaft, in welchem das Gesamthandsprinzip im Hinblick auf die Zulassung von Verfügungen über den Erbteil im Ganzen (§ 2033 Abs. 1 BGB) insgesamt weniger streng ausgeformt ist als bei der Gütergemeinschaft, ordnet – in dieser Hinsicht parallel zur Gütergemeinschaft – ebenfalls an, dass ein Miterbe über seinen Anteil an den einzelnen Nachlassgegenständen nicht verfügen kann (§ 2033 Abs. 2 BGB). Hier wurde auch von der Rechtsprechung entschieden, dass der Miterbe mit seiner aus dem Erbteil folgenden Gesamtberechtigung am Nachlass von vornherein keine unmittelbare, selbstständig veräußerliche Berechtigung an dem einzelnen Gegenstand erwirbt, selbst wenn der Nachlass nur aus einer einzelnen Sache besteht (s. nur BGH NJW 2011, 2396, 2397; BGH ZEV 2006, 27, 29; Grüneberg/Weidlich, § 2033 Rn. 19).

Ist aber wegen § 1419 Abs. 1 BGB hinsichtlich des Gesamtgutzugehörigen Wohnungsrechts und des vormer-

kungsgesicherten Rückübertragungsanspruchs nichts existent, worüber der Ehemann alleine ohne Zustimmung seiner Ehefrau verfügen könnte, dann ist u. E. folgerichtig auch eine Aufgabe seiner Berechtigung entsprechend § 875 Abs. 1 S. 1 BGB **nicht möglich**, da es eine derartige abtrennbare Berechtigung des einzelnen Ehegatten nach dem Recht der Gütergemeinschaft nicht gibt. Auch die in § 875 Abs. 1 BGB geregelte Aufhebung eines Grundstücksrechts ist nach allgemeinem bürgerlich-rechtlichen Begriffsverständnis eine Verfügung über dieses (s. nur Grüneberg/Ellenberger, Überbl. Vor § 104 Rn. 16 m. w. N.). Eine derartige Verfügung scheidet aber – wie gesehen – an § 1419 Abs. 1 BGB. Insofern unterscheidet sich die Rechtslage bei einer gesamthänderischen Mitberechtigung aufgrund der Gesetzeslage u. E. von derjenigen bei anderen Formen des Berechtigungsverhältnisses gem. § 47 GBO, wie unter Ziffer 2. behandelt.

Bestätigt wird diese Einschätzung durch einen Beschluss des OLG Jena (NotBZ 2012, 455), der sich mit der Möglichkeit des Verzichts auf Grundstückseigentum gem. § 928 Abs. 1 BGB durch einen von mehreren Miterben zu befassen hatte. Das OLG verneinte eine derartige Möglichkeit: Gesamthandseigentümer könnten den Verzicht nach § 928 Abs. 1 BGB nur gemeinschaftlich erklären, weil hinsichtlich des einzelnen Anteils kein sachenrechtlich fassbarer Teil vorhanden sei. Der Zulassung eines Eigentumsverzichts stünde auch § 2033 Abs. 2 BGB entgegen, wonach ein Miterbe über seinen Anteil an den einzelnen Nachlassgegenständen nicht verfügen kann. Diese Begründung ist u. E. auf das Recht der Gütergemeinschaft mit der Parallelregelung des § 1419 Abs. 1 BGB übertragbar. Da das OLG Jena hier rein gesetzessystematisch mit Blick auf die gesamthänderische Berechtigung und ohne Rücksicht auf die für das Grundstückseigentum ansonsten spezifischen wirtschaftlichen Erwägungen (wie etwa Aufdrängung von Kosten und Lasten auf die verbleibenden Mitberechtigten, § 748 BGB) argumentiert, besteht u. E. an dieser Stelle auch zwischen dem Grundstückseigentum einerseits und einem beschränkten dinglichen Grundstücksrecht andererseits kein derartiger Unterschied, dass eine abweichende Antwort auf die aufgeworfene Rechtsfrage gerechtfertigt wäre.

Lediglich anhangsweise sei bemerkt, dass die Rechtslage für die **Aufgabe (Dereliktion) des Grundstückseigentums gem. § 928 BGB** durch einen von mehreren Mitberechtigten noch restriktiver, nämlich **ganz ablehnend beurteilt wird**. Steht das Eigentum mehreren Berechtigten in Gesamthandsgemeinschaft zu, so entspricht es der einhelligen Rechtsprechung und Literaturauffassung, dass **nur alle Gesamthänder gemeinsam** auf das Eigentum verzichten können (OLG Jena NotBZ 2012, 455,

aus der Literatur: Schöner/Stöber, Rn. 1030; Münch-KommBGB/Ruhwinkel, 8. Aufl. 2020, § 928 Rn. 5). Steht das Grundstückseigentum mehreren Berechtigten nach Bruchteilen gem. §§ 741 ff. BGB zu, so wird für diese Konstellation die Aufgabemöglichkeit hinsichtlich eines Miteigentumsanteils durch einen Miteigentümer alleine gem. § 928 Abs. 1 BGB vom BGH ebenfalls abgelehnt (BGH DNotZ 1992, 359 = NJW 1993, 2488; BGH DNotZ 2007, 840; hierzu auch Schöner/Stöber, Rn. 1031 m. w. N.), obwohl hier § 747 S. 1 BGB – anders als das Recht der Gesamthandsgemeinschaften – eine Verfügung des einzelnen Miteigentümers über seinen Miteigentumsanteil gerade zulässt. Im Wesentlichen hat der BGH gegen die Verzichtsmöglichkeit hinsichtlich eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück ins Feld geführt, dass sich das Miteigentum in der sachenrechtlichen Beziehung gerade nicht erschöpfe, sondern zugleich die Beteiligung an einer wechselseitige Rechte und Pflichten begründenden Miteigentümergeinschaft zum Inhalt habe (§§ 741 ff., 748 BGB). Diese Mitgliedschaft könne man sich nicht subjektlos vorstellen, sie müsse mit dem Verzicht zugleich erlöschen. Dies unterliefe indes die Regelungen, die das Gesetz für die Auflösung der Bruchteilsgemeinschaft bereithalte (nämlich einen Aufhebungsanspruch gem. § 749 BGB, der jedoch durch Teilungsversteigerung gem. §§ 180 ff. ZVG durchgesetzt werden müsse). Ein Verzicht eines Mitberechtigten könne folglich nicht angenommen werden. Die speziellen gesetzlichen Regelungen gingen vor. Danach sei jeder Teilhaber an die Gemeinschaft bis zu deren gesetzeskonformer Aufhebung gebunden (BGH DNotZ 2007, 840, 841 ff.).

4. Ergebnis

Im Ergebnis ist daher u. E. im geschilderten Sachverhalt eine **Aufgabe der Mitberechtigung des Ehemannes** am Wohnungsrecht und am vormerkungsgesicherten Rückübertragungsanspruch **ohne Mitwirkung der Ehefrau wegen der Eigenart des mit der Ehefrau bestehenden Berechtigungsverhältnisses der Gütergemeinschaft**, nämlich der gesamthänderischen Bindung (§ 1419 BGB), **nicht möglich**. Der Ehemann ist nicht Inhaber eines eigenen Anteils an diesen Vermögensgegenständen, über die er selbstständig verfügen könnte. Die von der jüngeren Rechtsprechung des OLG München im Bereich des § 472 BGB angenommene entsprechende Anwendung des § 875 Abs. 1 S. 1 BGB zugunsten der Verzichtsmöglichkeit eines einzelnen Berechtigten ist auf das Berechtigungsverhältnis der Gütergemeinschaft u. E. nicht übertragbar.

Denkbar wäre u. E. lediglich eine auf das Ableben der Ehefrau aufschiebend bedingte Aufgabeerklärung durch den Ehemann alleine gem. § 875 Abs. 1 S. 1 BGB für den Fall seines Überlebens, verbunden mit einer un-

bedingten Abgabe der Löschungsbewilligung und einer entsprechenden Vorlageanweisung an den Notar (Vorlage ans Grundbuchamt mit Sterbeurkunde der Ehefrau). Eine sofort wirksame Aufgabe der Mitberechtigung des Ehemannes wäre aber auch auf diesem Weg nicht möglich.

BGB § 912; WEG § 1 Abs. 4

Einbeziehung eines fremden Grundstücks in die WEG-Aufteilung bei rechtmäßigem Überbau aufgrund schuldrechtlicher Gestattung

I. Sachverhalt

Ein Bauträger möchte ein Grundstück bebauen und nach § 8 WEG aufteilen. Er hat zur Begrädigung der Grundstücksgrenze eine unvermessene Teilfläche von ca. 12 m² vom Nachbarn erworben und sich bis zur Vermessung und Übertragung ein schuldrechtliches Nutzungsrecht einräumen lassen. Der Wortlaut der Regelung lautet wie folgt:

„Der Käufer wird die Vermessung durchführen, behält sich jedoch vor, die Vermessung erst nach Errichtung des von ihm noch zu erstellenden Mehrfamilienhauses auf den beiden vereinigten Grundstücken Flst. X und Y (Grundstücke des Bauträgers), durchzuführen. Der Verkäufer gestattet dem Käufer, den heutigen Vertragsgegenstand – wie er im Lageplan eingezeichnet ist – zu nutzen und entsprechend seinem beabsichtigten Bauvorhaben mit einem Mehrfamilienhaus zu überbauen. Eine Überbau-rente ist vom Käufer nicht zu bezahlen, da dies mit dem Kaufpreis abgegolten ist. Die Vertragsteile verpflichten sich mit Weitergabeverpflichtung, sämtliche Rechtsnachfolger in die vorstehende Vereinbarung eintreten zu lassen.“

Bei Beurkundung des Ankaufsvertrages, wurde davon ausgegangen, dass die Eintragung einer Grunddienstbarkeit nicht notwendig ist. Der zuständige Rechtspfleger des Grundbuchamtes stellt sich nunmehr auf den Standpunkt, dass die Gestattung des Überbaus zugunsten des Nachbargrundstücks bzgl. der abverkauften Teilfläche durch eine Grunddienstbarkeit zu sichern ist.

II. Frage

Ist die Eintragung einer Überbaudienstbarkeit zur Aufteilung des Nachbargrundstückes nach dem Wohnungseigentumsgesetz erforderlich?

III. Zur Rechtslage

Wohnungs- und Teileigentum kann nur entstehen, wenn die betroffenen Räume Teil eines Gebäudes sind, das zum aufgeteilten Grundstück gehört (§ 1 Abs. 2

u. 3 WEG). Das WEG lässt es nicht zu, Miteigentum und Sondereigentum auf einem anderen Grundstück in die Aufteilung einzubeziehen (§ 1 Abs. 4 WEG). Wohnungs- und Teileigentum an, auf einem anderen Grundstück belegen, Räumen kann somit nur entstehen, wenn der auf dem Nachbargrundstück liegende Gebäudeteil nach allgemeinen sachenrechtlichen Grundsätzen zum Eigentum des Wohnungseigentumsgrundstücks gehört (vgl. Rapp, in: Beck'sches Notarhandbuch, 7. Aufl. 2019, § 3 Rn. 20).

In Betracht kommt dies in bestimmten Konstellationen eines Überbaus i. S. v. §§ 912 ff. BGB (vgl. hierzu OLG Karlsruhe, Beschl. v. 23.10.2012 – 14 Wx 7/11, BeckRS 2013, 14506; BWNNotZ 1986, 84; ZWE 2014, 23; OLG Hamm RPfeger 1984, 98; OLG Stuttgart OLGZ 1982, 402, 403; OLG Stuttgart FGPrax 2011, 285, 286; Staudinger/Roth, 2020, BGB § 912 Rn. 79; BeckOGK-WEG/M. Müller, Std.: 1.3.2022, § 1 Rn. 391 ff.; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 2817; Tersteegen, RNotZ 2006, 433, 452 ff.). Die eigentumsrechtliche Zuordnung des Überbaus zum Wohnungseigentumsgrundstück wird insbesondere im Fall eines sog. entschuldigten und beim sog. rechtmäßigen Überbau angenommen. Mit dem Begriff des rechtmäßigen Überbaus ist die Situation gemeint, in der der Eigentümer eines Grundstücks bei der Errichtung eines Gebäudes mit der Zustimmung des Eigentümers des Nachbargrundstücks über die Grenze baut (vgl. hierzu wiederum statt aller: Staudinger/Roth, § 912 Rn. 66 f.; Tersteegen, RNotZ 2006, 433, 434 jew. m. w. N.). Begründet wird die vorgenannte eigentumsrechtliche Zuordnung des Gebäudeteils auf dem rechtmäßig bzw. entschuldigt überbauten Grundstück zum Stammgrundstück damit, dass in beiden Fällen dem in § 94 Abs. 2 BGB zum Ausdruck kommenden Prinzip des Gebäudezusammenhangs der Vorrang vor dem Akzessionsprinzip gem. §§ 94 Abs. 1 S. 1, 93 BGB einzuräumen ist (statt aller: Staudinger/Roth, § 912 Rn. 71; Tersteegen, RNotZ 2006, 433, 434 jew. m. w. N.). Diese Eigentumszuordnung entspricht ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung (BGH DNotZ 2004, 373, 374).

Strittig ist, ob es im Falle einer Aufteilung nach WEG unter Einbeziehung eines Gebäudeteils, das auf einem rechtmäßig überbauten Grundstücks steht, ausreicht, dass dem Grundbuchamt die Zustimmung des Eigentümers des überbauten Grundstücks zum Überbau in der Form des § 29 GBO nachgewiesen wird oder ob die Zustimmung zwingend (auch) aus dem Grundbuch ersichtlich sein muss (etwa in Form einer Grunddienstbarkeit, einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit oder eines Erbbaurechtes, hierzu Grziwotz/Lüke/Saller, Praxishandbuch Nachbarrecht, 3. Aufl. 2020, Kap. 2 Rn. 319). Nach der herrschenden

Auffassung (zu dieser Einordnung als „herrschend“ BeckOK-WEG/Leidner, 48. Ed., Std.: 1.3.2022, § 3 Rn. 7) genügt der Nachweis einer schuldrechtlichen Gestattung in der Form des § 29 GBO (BGH NJW 1983, 2022, 2024; BGH NJW 1982, 756 f.; Hügel/Elzer, WEG, 3. Aufl. 2021, § 1 Rn. 36; BeckOK-BGB/Hügel, 61. Ed., Std.: 1.2.2022, § 1 Rn. 14; Grziwotz/Lüke/Saller, Kap. 2 Rn. 320; BeckOGK-BGB/M. Müller, § 1 Rn. 402; Staudinger/Rapp, WEG, 2018, § 1 WEG Rn. 30; Tersteegen, RNotZ 2006, 433, 453; Grüneberg/Wicke, BGB, 81. Aufl. 2022, § 1 WEG Rn. 7). Nach a. A. muss die Zustimmung aus dem Grundbuch ersichtlich sein (MünchKommBGB/Brückner, 8. Aufl. 2020, § 912 Rn. 62; BeckOKWEG/Leidner, § 3 Rn. 7; OLG Stuttgart, Beschl. v. 29.6.1982 – 8 W 226/82, OLGZ 1982, 402). Legt man die h. M. zugrunde, genügt vorliegend der Nachweis einer schuldrechtlichen Gestattung in der Form des § 29 GBO.

Wir verstehen den Sachverhalt so, dass der Überbau derzeit **noch nicht** erfolgt ist. In der Folge stellt sich die Frage, ob eine Aufteilung in Wohnungseigentum auch im Hinblick auf einen lediglich *geplanten*, das heißt noch nicht – auch nicht ansatzweise, etwa durch Teilarbeiten – tatsächlich ausgeführten Überbau zulässig ist (vgl. dazu Weber, in: Kölner Formularbuch WEG, 1. Aufl. 2020, Kap. 2 Rn. 105).

Grundsätzlich ist die Aufteilung nach dem Wohnungseigentumsgesetz von der tatsächlichen Bebauung unabhängig, was zunächst dafür spricht, auch eine antizipierte schuldrechtliche Gestattung genügen zu lassen.

Beim Überbau besteht jedoch insofern die Besonderheit, dass die Duldungspflicht gem. § 912 BGB auch den Einzelrechtsnachfolger trifft, wenn zum Zeitpunkt der Errichtung des Überbaus eine Gestattung vorlag (BeckOK-BGB/Fritzsche, 61. Ed. 1.2.2022, § 912 Rn. 29). Bis dahin besteht grundsätzlich das Risiko, dass die Gestattung vor Ausführung des Überbaus widerrufen wird (siehe zur grundsätzlichen Widerruflichkeit der Gestattung BeckOK-BGB/Fritzsche, § 912 Rn. 28; Brandenburgisches Oberlandesgericht (6. Zivilsenat), Urteil vom 16.9.2003 – 6 U 58/03, OLG-NL 2005, 35, 36). Dieses Risiko kann zwar durch eine unwiderrufliche schuldrechtliche Gestattung zwischen den beiden Eigentümern minimiert werden. Allerdings besteht das durch eine schuldrechtliche Vereinbarung nicht auszuschließende Risiko, dass der Überbau zu einem Zeitpunkt erfolgt, in dem der Gestattende nicht mehr Eigentümer des Grundstücks ist. Nach Eintritt einer Sonderrechtsnachfolge auf Seiten des Gestattenden wäre der danach durchgeführte Überbau nicht (mehr) durch den aktuellen Eigentümer des Grundstücks genehmigt (es sei denn, der Rechtsnachfolger tritt in die

Vereinbarung ein oder trifft eine neue Vereinbarung mit dem Überbauenden), sondern nur von dessen Rechtsvorgänger, was aber den Rechtsnachfolger – als rein schuldrechtliche, nur *inter partes* wirkende Vereinbarung – nicht bindet. Es bestünde dann kein Fall des rechtmäßigen Überbaus, so dass der einen Überbau darstellende Gebäudeteil nicht in das Eigentum des aufteilenden Eigentümers gelangen würde. Besteht eine dingliche Sicherung, so wäre auch der Rechtsnachfolger gebunden, so dass sich insoweit keine Zweifel ergeben. Die Richtigkeit des Wohnungsgrundbuchs würde ohne eine solche dingliche Sicherung allein vom Belieben des Bauträgers abhängen, ob und wann dieser den Bau ausführt.

Wir tendieren daher zu der Auffassung, dass ein lediglich geplanter, aber noch nicht ausgeführter Überbau nicht in das zu bildende Wohnungseigentum einbezogen werden kann, auch wenn eine schuldrechtliche Zustimmung in der Form des § 29 GBO vorliegt. Wir weisen allerdings darauf hin, dass die Rechtslage insoweit als unsicher zu bezeichnen ist. Nach unserer Auffassung ist es erforderlich, den Überbau entweder dinglich abzusichern (etwa durch eine Dienstbarkeit) oder die Einbeziehung des Überbaus in das aufzuteilende Eigentum erst zu einem Zeitpunkt durchzuführen, in dem der Überbau bereits errichtet ist. Es sollte dann vorsorglich eine erneute, aktuelle Bewilligung in der Form des § 29 GBO vom Eigentümer des überbauten Grundstücks eingeholt werden. Eine dingliche Absicherung wäre unseres Erachtens allerdings der sicherste Weg.

Gutachten im Abrufdienst

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

<http://www.dnoti.de>

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

GBO § 51

Wiedereintragung eines Nacherbenvermerks nach vorheriger Löschung aufgrund Löschungsbewilligung

Abruf-Nr.:

BGB § 1170

Löschung von Briefhypotheken bei unbekanntem Verbleib des Briefs

Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

BGB §§ 1960, 1952

(Keine) Erbausschlagung durch Nachlasspfleger bzgl. weiterer Erbschaft

Der Nachlasspfleger ist nicht berechtigt, mit Wirkung für die unbekannt Erben eine in den Nachlass des Erblassers gefallene weitere Erbschaft auszuschlagen. Das Recht zur Ausschlagung der Erbschaft ist ein allein dem Erben bzw. seinen Rechtsnachfolgern, den Erbeserben, persönlich zustehendes Recht.

BGH, Beschl. v. 16.03.2022 – IV ZB 27/21

Problem

Für die unbekannt Erben der Erblasserin wurde ein Nachlasspfleger mit dem Aufgabenkreis Ermittlung der Erben sowie Sicherung und Verwaltung des Nachlasses bestellt. Dieser begehrte die nachlassgerichtliche Genehmigung zur Ausschlagung einer der Erblasserin als gesetzlicher Miterbin angefallenen Erbschaft, nämlich derjenigen nach dem wenige Monate vor der Erblasserin verstorbenen Ehemann der Erblasserin (vgl. §§ 1962, 1915 Abs. 1 S. 1, 1822 Nr. 2 BGB). Der bestellte Verfahrenspfleger sprach sich mit dem Hinweis auf die Höchstpersönlichkeit des Ausschlagungsrechts gegen die Erteilung der Genehmigung aus. Das OLG Saarbrücken wies den Antrag auf Genehmigung der Ausschlagungserklärung zurück.

Entscheidung

Der BGH weist die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss des OLG zurück. Er führt zunächst aus, dass der Nachlasspfleger nach allgemeiner Auffassung nicht berechtigt sei, die Erbschaft für die unbekannt Erben anzunehmen oder auszuschlagen (s. etwa Grüneberg/Weidlich, BGB, 81. Aufl. 2022, § 1945 Rn. 2). Dies komme bereits unmittelbar im Wortlaut des § 1960 Abs. 1 S. 1 BGB zum Ausdruck („bis zur Annahme der Erbschaft“). Dagegen wird die Ausschlagungsberechtigung des Nachlasspflegers namens der unbekannt Erben hinsichtlich einer dem Erblasser noch vor seinem Tod angefallenen Erbschaft, die der Erblasser selbst weder angenommen noch ausgeschlagen hat (sog. Unternachlass), unterschiedlich beurteilt (bejahend: Staudinger/Mesina, BGB, 2017, § 1960 Rn 48; verneinend: MünchKommBGB/Leipold, 8. Aufl. 2020, § 1960 Rn. 70). Der BGH schließt sich für diese, ihm zur Entscheidung vorliegende Konstellation der verneinenden Ansicht an: Die Verlängerung der Ausschlagungsfrist hinsichtlich des Unternachlasses zugunsten der Erbeserben gem. § 1952 Abs. 2 BGB stelle sicher, dass ihnen kein Rechtsverlust drohe und daher kein Sicherungsbedürfnis für eine vorgreifende Entscheidung des

Nachlasspflegers über die Ausschlagung bestehe. Auch in der Sache sei eine Unterscheidung zwischen der Ausschlagung der Erbschaft nach dem Erblasser und derjenigen eines Unternachlasses nicht gerechtfertigt. Denn in beiden Fällen gehe es um eine persönliche Entscheidung der Erben bzw. Erbeserben, für die nicht allein wirtschaftliche Gesichtspunkte eine Rolle spielten. Den Zugriff von Gläubigern eines überschuldeten Unternachlasses auf den vom Nachlasspfleger verwalteten Nachlass könne dieser durch Erhebung der Dürftigkeitseinrede (§§ 1990, 1991 BGB) oder Geltendmachung des Vorbehalts der beschränkten Erbenhaftung (§ 780 ZPO) abwehren.

GBO §§ 39 Abs. 1, 40 Abs. 1

Voreintragungsgrundsatz bei Bestellung einer Finanzierungsgschuld durch transmortal Bevollmächtigten

Wird auf Grundlage einer transmortalen Vollmacht die Eintragung einer Finanzierungsgschuld bewilligt, kann in entsprechender Anwendung von § 40 Abs. 1 GBO von der Voreintragung der Erbengemeinschaft nach dem verstorbenen Grundstückseigentümer abgesehen werden.

(Leitsatz der DNotI-Redaktion)

OLG Hamburg, Beschl. v. 20.12.2021 – 13 W 162/21

Problem

Der Eigentümer eines Grundstücks ist verstorben und wurde von mehreren Personen beerbt, wobei im Grundbuch noch der Erblasser als Eigentümer eingetragen ist. Der Erblasser hatte zu Lebzeiten bereits einem seiner Erben mit notarieller Urkunde eine Generalvollmacht erteilt und dabei ausdrücklich bestimmt, dass diese nicht mit seinem Tod erlöschen soll. Nunmehr bevollmächtigte dieser Generalbevollmächtigte, handelnd im Namen des Erblassers und dessen Erben, im Rahmen eines Grundstückskaufvertrags einen Dritten, das Grundstück mit einem Grundpfandrecht zu belasten und die Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung nach § 800 ZPO zu erklären.

Das Grundbuchamt lehnte die Eintragung mit Rücksicht auf das Erfordernis der Voreintragung des Betroffenen gem. § 39 Abs. 1 GBO ab, mit der Begründung, dass eine Anwendung des § 40 Abs. 1 GBO nicht in Betracht komme.

Entscheidung

Hiergegen wendet sich die Rechtsbeschwerde mit Er-

folg. Vorliegend könne in analoger Anwendung von § 40 Abs. 1 GBO auf die noch nicht erfolgte Voreintragung der Berechtigten gem. § 39 Abs. 1 GBO verzichtet werden.

Im Ausgangspunkt sei dabei festzuhalten, dass der Wortlaut des § 40 Abs. 1 GBO den hier zu beurteilenden Sachverhalt zweifelsfrei nicht erfasse, da Gegenstand der begehrten Eintragung nicht eine Übertragung oder Aufhebung des betroffenen Rechts sei und die Bewilligung auch nicht vom Erblasser selbst oder einem Nachlasspfleger ausgehe bzw. auf einem gegen den Erblasser oder einen Nachlasspfleger bestehenden Titel beruhe. Es dürfte aber eine analoge Anwendung von § 40 Abs. 1 GBO auf derartige Konstellationen in Betracht kommen, obgleich dies in der obergerichtlichen Rechtsprechung umstritten sei.

Abgelehnt werde eine Analogie dabei mit dem Argument, dass § 40 Abs. 1 GBO als Ausnahme vom Grundsatz des § 39 Abs. 1 GBO von vornherein eng auszulegen sei. Auch könne – so die Vertreter der ablehnenden Ansicht weiter – eine Analogie nicht mit dem Argument gerechtfertigt werden, dass sich ein Beharren auf der Voreintragung als bloße Förmel darstelle. Anders als bei Sachverhalten, in denen der Voreinzutragende seine Rechtsposition (sicher) sofort wieder verliere und für den Rechtsverkehr damit kein Interesse an der Nachvollziehbarkeit seines Zwischenerwerbs bestehe, sei bei der Eintragung einer Finanzierungsgrundschuld keineswegs gesichert, dass es tatsächlich zu diesem Rechtsverlust komme. Damit könne es aber zu der Situation kommen, dass dauerhaft ein Grundpfandrecht im Grundbuch verbleibe, ohne dass nachvollzogen werden könne, auf wen es zurückzuführen sei. Insofern ließe sich auch nicht argumentieren, dass allgemein die Sicherung einer Übertragung durch Eintragung einer Vormerkung der Übertragung selbst gleichgestellt und in diesem Fall eine Voreintragung als verzichtbar angesehen werde; denn anders als die Eintragung der Finanzierungsgrundschuld unterliege die Eintragung der Auflassungsvormerkung nach Scheitern des Erwerbsvorganges einer Grundbuchberichtigung.

Dieser Argumentation vermag sich das OLG nicht anzuschließen. Im Ausgangspunkt sei bereits die Differenzierung zwischen der Eintragung einer Vormerkung und der Eintragung einer Finanzierungsgrundschuld in Frage zu stellen. Sicherlich treffe es zu, dass eine eingetragene Finanzierungsgrundschuld in ihrem dinglichen Bestand von dem Fortbestand des Veräußerungsgeschäfts unabhängig sei. Dies ändere jedoch nichts daran, dass auch hinsichtlich der Finanzierungsgrundschuld regelmäßige Ansprüche auf Löschung – aus der

Sicherungsabrede oder auch aus § 812 BGB – bestünden, die geeignet seien, die Richtigkeit des Grundbuchs wiederherzustellen. Vor allem aber sei die vorliegende Situation wertungsmäßig mit der Verfügung durch einen Nachlasspfleger i. S. d. § 40 Abs. 1, 2. Alt. GBO vergleichbar. Gerade durch die Erteilung einer transmortal wirkenden Generalvollmacht bringe der Vollmachtgeber sehr deutlich zum Ausdruck, dass die bevollmächtigte Vertrauensperson auch über seinen Tod hinaus umfassend für ihn handeln können soll. Die Rechtsmacht des transmortal Bevollmächtigten reiche – ebenso wie die des Nachlasspflegers – sogar deutlich weiter, als die Befugnisse der Erben aufgrund ihrer Erbenstellung. Dies rechtfertige im Ergebnis die analoge Anwendung des § 40 Abs. 1 GBO auf den vorliegenden Sachverhalt.

Praxishinweis

Die Rechtslage um die Eintragung einer auf Grundlage einer transmortalen Vorsorgevollmacht bewilligten Finanzierungsgrundschuld ohne Voreintragung der Erben bleibt in der obergerichtlichen Judikatur umstritten, wengleich sich die Mehrzahl der Stimmen im Ergebnis für einen Verzicht auf die Voreintragung der Erben ausspricht (so bspw. grds. OLG Frankfurt ZEV 2017, 719; OLG Köln FGPrax 2018, 106; OLG Stuttgart ZErB 2018, 337; OLG Celle RNotZ 2019, 633; KG Mitt-BayNot 2021, 245; OLG Karlsruhe FGPrax 2022, 5; dagegen aber bspw. OLG Oldenburg FGPrax 2021, 153). Bis zu einer höchstrichterlichen Klärung dieser Frage wird der Notar daher ein besonderes Augenmerk auf die Rechtsprechung des zuständigen Oberlandesgerichts zu richten haben und – jedenfalls im Zweifelsfall – den Beteiligten eine Voreintragung nahelegen.

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

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

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

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

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

Hinweis:

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

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

Redaktion: Notarassessorin Sabrina Hasenstab

Bezugsbedingungen:

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

Bezugspreis:

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

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

Verlag:

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

Druck:

Druckerei Franz Scheiner
Mainleite 5, 97340 Marktbreit