

BWNotZ

Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg

Herausgeber

Württembergischer Notarverein e.V.
in Verbindung mit dem
Badischen Notarverein e.V.

Kronenstraße 34
70174 Stuttgart

Schriftleitung

Notar Achim Falk,
Stuttgart

Notar a.D. Dr. Oliver Fröhler,
Titisee-Neustadt

www.notare-wuerttemberg.de
www.badischer-notarverein.de

4/2007

Juli/August
Seiten 73-96

Inhalt

Abhandlungen

Schmenger

Die Grunddienstbarkeit und die beschränkte
persönliche Dienstbarkeit, Grundsätze, neue
Entwicklungen und neue Rechtsprechung . . . 73

Rechtsprechung 91

Buchbesprechungen 95

Die Grunddienstbarkeit und die beschränkte persönliche Dienstbarkeit, Grundsätze, neue Entwicklungen und neue Rechtsprechung

(von Notariatsdirektor Wolfgang Schmenger, Heidelberg)

Vortrag auf der XXXVII Lautenbacher Fortbildungsveranstaltung des Badischen Notarvereins vom 13.03. bis 16.03.2007

I. Überblick, Abgrenzung zu anderen Rechten:

1. Grunddienstbarkeit, § 1018 BGB:

Die Grunddienstbarkeit gewährt dem jeweiligen Eigentümer des herrschenden Grundstücks gemäß § 1018 BGB ein subjektiv-dingliches Recht. Nach § 1018 BGB unterscheidet man drei Fallgruppen, die für die beschränkte persönliche Dienstbarkeit gemäß § 1090 BGB als subjektiv-persönliches Recht gleichermaßen gelten:

- 1. Alternative, Benutzungsdienstbarkeit

Recht, das dienende Grundstück „in einzelnen Beziehungen“ zu nutzen. (Beispiele: Wegerecht, Leitungsrecht, Entnahme von Bodenbestandteilen oder Wasser, Betretungsrechte, Errichtung einer Windkraftanlage¹, Ferienparkbetriebsrecht² usw.)

- 2. Alternative, Unterlassungsdienstbarkeit

Recht, dass auf dem dienenden Grundstück einzelne tatsächliche Handlungen nicht vorgenommen werden dürfen, somit ein Recht auf Unterlassung tatsächlicher Handlungen, die der Eigentümer kraft seines Eigentums (§ 903 BGB) ansonsten vornehmen dürfte

(Beispiele: Bebauungsbeschränkung³, Gestaltungs- und Farbgebungsbeschränkung⁴, Wohnungsbesetzungsbeschränkung⁵, Fensteröffnungsverbot zu Gunsten des jeweiligen Eigentümers einer anderen Eigentumswohnung⁶, Verbot, eine bestimmte Gewerbeart auszuüben⁷ oder Verbot, überhaupt kein Gewerbe auszuüben⁸, Sicherung von Wettbewerbsbeschränkungen durch Eintragung von Brauerei- und Tankstellendienstbarkeiten, Einhaltung von Grenzabständen, die über die nachbarrechtlichen Grenzabstände hinausgehen).

- 3. Alternative, Duldungsdienstbarkeit, Ausschluss der Rechtsausübung

Recht, einzelne aus dem Eigentum fließende Rechte nicht auszuüben. Der Eigentümer des dienenden Grundstücks darf gegenüber dem herrschenden Grundstück gewisse, sich aus dem Eigentum ergebende Abwehrrechte nicht ausüben. Damit sind in erster Linie Rechte gemeint, die sich aus dem Nachbarrecht ergeben⁹, z.B. der Ausschluss oder die Einschränkung nachbarrechtlicher Befugnisse aus § 906 BGB (Zuführung unwägbarer Stoffe¹⁰), § 907 BGB (Gefahr drohende Anlagen) oder § 910 BGB (Beseitigung von Überhang).

(Beispiele: Duldung von Immissionen¹¹ wie Lärm, Staub, Erschütterungen und Gerüchen nebst Verzicht auf Schadensersatzansprüche, Duldung einer geringeren Abstandsfläche des Gebäudes, Duldung der Einwirkungen durch Baumwurf nebst Verzicht auf Schadensersatzansprüche¹²).

Der Ausschluss von Rechten, die gegenüber jedermann bestehen oder nicht aus dem Eigentum am Grundstück erwachsen, also etwa von schuldrechtlichen Ansprüchen, kann nicht Gegenstand einer Grunddienstbarkeit sein.¹³ Eine Unterlassungs- und Duldungspflicht, die schon Kraft Gesetzes besteht, ist nicht eintragungsfähig; eintragbar ist nur eine Duldungspflicht, die über den gesetzlichen Inhalt hinaus geht, da es sich ansonsten um eine schlechthin überflüssige Eintragung handeln würde.¹⁴

Grundsatz der Vorteilhaftigkeit

Im Unterschied zur beschränkten persönlichen Dienstbarkeit, kann Berechtigter aus einer Grunddienstbarkeit immer nur jeweilige Eigentümer eines anderen („herrschenden“) Grundstücks sein. Sie steht dem Berechtigten nicht als Person zu, sondern knüpft an das Eigentum des herrschenden

¹ Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Urteil vom 18.12.2001, Juris;

² BGH, Urteil vom 14.03.2003, NJW RR 2003, 733 = DNotZ 2003, 533 = Rpfleger 2003, 410 (Ferienparkbetriebsrecht zu Gunsten der Gemeinde, wonach eine Wohnung nur als Ferienwohnung bewirtschaftet und einem wechselnden Personenkreis zur Erholung zur Verfügung gestellt werden darf, wobei allein dem Betreiber die Verwaltung und Vermietung der Wohnung, die Wärmeversorgung, der Betrieb einer Kabelfernseh- und einer Telefonanlage obliegt.)

³ BGH, Urteil vom 08.02.2002, NJW 2002, 1797 = DNotZ 2002, 718 (Beschränkung auf „eineinhalbgeschossige“ Bauweise zulässig; dies beinhaltet jedoch nicht zugleich das Recht auf Erhaltung des Ausblicks)

⁴ BGH, Urteil vom 24.09.1982, NJW 1983, 115 = Rpfleger 1983, 115;

⁵ BayObLG, Beschluss vom 22.05.2000, DNotZ 2001, 73 = NJW-RR 2001, 1022;

⁶ BGH, Urteil vom 19.05.1989, NJW 1989, 2391 = MittBayNot 1989, 272 = Rpfleger 1989, 452;

⁷ BGH Urteil vom 24.06.1983, NJW 1984, 924 = DNotZ 1985, 34; vgl. auch BGH Urteil vom 24.09.1982, NJW 1983, 115 = Rpfleger 1983, 15;

⁸ BGH Urteil vom 24.09.1982, NJW 1983, 115 = Rpfleger 1983, 15;

⁹ BayObLG, Beschluss vom 24.10.1989, NJW-RR 1990, 207 = DNotZ 1991, 253;

¹⁰ BayObLG, Beschluss vom 15.04.2004 = BWNNotZ 2006, 41 = NJW-RR 2004, 1460 = DNotZ 2004, 928 = Rpfleger 2004, 561;

¹¹ BayObLG, Beschluss vom 15.04.2004, NJW-RR 2004, 1460 = DNotZ 2004, 928 = Rpfleger 2004, 561;

¹² BayObLG, Beschluss vom 24.10.1989, NJW-RR 1990, 207 = DNotZ 1991, 253;

¹³ Bay OBLG, Beschluss vom 24.10.1989, NJW-RR 1990, 207 = DNotZ 1991, 253;

¹⁴ RGZ 119, 211, 213 sowie 130, 350, 354; OLG Köln, Beschluss vom 05.07.1982, Rpfleger 1982, 463; OLG Hamm, Beschluss vom 10.01.2006, DNotZ 2006, 623 = Rpfleger 2006, 462;

Grundstücks an. Hiervon sind die subjektiv-persönlichen Rechte zu unterscheiden, die einer bestimmten Person zustehen, wie z.B. der Nießbrauch oder die beschränkte persönliche Dienstbarkeit.

Außerdem muss die Grunddienstbarkeit gemäß § 1019 BGB für die Benutzung dieses Grundstücks, nicht für den einzelnen Eigentümer persönlich, vorteilhaft sein.¹⁵

Verbot der Begründung einer positiven Leistungspflicht

Inhalt einer Dienstbarkeit kann nicht eine positive Leistungspflicht und auch nicht ein positives Tun des Eigentümers sein.¹⁶ Leistungspflichten können sich jedoch als sekundäre Nebenverpflichtungen aus dem gesetzlichen Begleitschuldverhältnis ergeben.¹⁷ Darüber hinaus gehend sind Leistungspflichten nur über die Reallast regelbar, die auf eine aktive Handlung gerichtet ist. Es gibt kein Recht mit dem Doppelcharakter von Dienstbarkeit und Reallast.¹⁸

Keine Einschränkung der rechtlichen Verfügungsfreiheit

Eine Einschränkung der rechtlichen Verfügungsfreiheit des Eigentümers ist unzulässig.¹⁹

2. Beschränkte persönliche Dienstbarkeit, § 1090 BGB:

Auch hier muss der Eigentümer eines „dienenden“ Grundstücks

- einzelne Benutzungen des Grundstücks dulden oder
- darf einzelne tatsächliche Handlungen auf dem Grundstück nicht vornehmen oder
- einzelne aus dem Eigentum fließende Rechte nicht ausüben.

Insoweit besteht Übereinstimmung mit den oben dargelegten Alternativen 1-3 aus der Grunddienstbarkeit. Inhalt einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit kann alles sein, was auch als Inhalt einer Grunddienstbarkeit zulässig ist.²⁰ Auch kann eine positive Leistungspflicht oder ein positives Tun nicht zum Inhalt einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit gemacht werden. Berechtigter kann aber nur eine bestimmte natürliche oder juristische Person oder rechtsfähige Personengesellschaft sein.

Gemäß der Verweisung in § 1090 Abs. 2 findet § 1019 BGB (Grundstücksvorteil) keine Anwendung.

Die beschränkte persönliche Dienstbarkeit setzt einen wirtschaftlichen Vorteil des Berechtigten nicht voraus. Gemäß § 1091 BGB bestimmt sich der Umfang der Dienstbarkeit zwar im Zweifel nach den persönlichen Bedürfnissen des Berechtigten. Dies ist jedoch nur eine Auslegungsregel. Es ist nicht erforderlich, dass die Dienstbarkeit einem persönlichen Interesse des Berechtigten dient. Es genügt ein mit privatrechtlichen Mitteln verfolgbares eigenes oder zu förderndes fremdes schutzwürdiges wirtschaftliches oder ideelles Interesse des Berechtigten. Das Interesse kann somit auch ein ideelles fremdes sein.²¹

Beispiele: Öffentliches Interesse zur Benutzung als Verkehrsfläche, Veränderungsbeschränkung aus Gründen des Denkmalschutzes, Fernhaltung bestimmter Gewerbearten in einem Gewerbegebiet, Sicherung eines Gebietes als Villengebiet.²²

Gemäß § 1090 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 1061 BGB erlischt die beschränkte persönliche Dienstbarkeit mit dem Tod des Berechtigten oder dem Erlöschen der juristischen Person oder rechtsfähigen Personengesellschaft. Sie ist daher nicht vererblich.

Gemäß § 1092 BGB ist die beschränkte persönliche Dienstbarkeit nicht übertragbar, jedoch kann gemäß § 1092 Abs. 1 Satz 1 die Befugnis zur Ausübung einem anderen überlassen werden. Einem späteren Eigentümer gegenüber ist die Gestattung nur wirksam, wenn sie in das Grundbuch eingetragen ist.²³

Sonderregelungen bestehen bezüglich der Übertragbarkeit der einer juristischen Person oder rechtsfähigen Personengesellschaft zustehenden Dienstbarkeit gemäß §§ 1092 Abs. 2 und Abs. 3, 1059 a-1059 d BGB.

Indem der Gesetzgeber die beschränkte persönliche Dienstbarkeit im Grundsatz als nicht vererblich und übertragbar ausgestaltet hat, wird der Zweck verfolgt, einer Aushöhlung des Eigentums entgegenzuwirken und diese auf Lebensdauer zu begrenzen. Aus diesem Gesichtspunkt erscheint es rechtssystematisch und rechtspolitisch bedenklich, juristische Personen als Inhaber subjektiv-dinglicher Rechte zuzulassen und ihnen nach Maßgabe der §§ 1059 a, 1092 BGB zusätzlich ein Übertragungsrecht einzuräumen.²⁴ Damit ist nämlich die Möglichkeit begründet, Rechte auf unbestimmte Zeit zu schaffen²⁵ und mittels Bestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit anstatt einer Grunddienstbarkeit die Vorschrift des § 1019 BGB und den Grundsatz der Vorteilhaftigkeit zu umgehen.

Mit Entscheidung vom 22.05.2000 hatte sich das BayObLG²⁶ anlässlich der Bestellung eines zeitlich uneingeschränkten Wohnungsbesetzungsrechtes für eine juristische Person mit der Frage zu befassen, ob aus den vorstehend dargestellten Bedenken die Aufnahme einer Befristung zu erfolgen habe. Grundbuchamt und Landgericht hatten die Auffassung vertreten, dass die Bestellung eines solchen Rechtes auf unbegrenzte Zeit unzulässig und eine Befristung auf 25 Jahre erforderlich sei. Dieser Auffassung schloss sich das BayObLG nicht an. Das Gesetz lasse es zu, dass Berechtigter einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit auch eine juristische Person sein könne (§ 1092 Abs. 2 BGB). Damit scheidet von vornherein schon eine Begrenzung des Rechts auf einen bestimmten Zeitraum wie die Lebensspanne eines Menschen aus. Außerdem sei in diesem Fall, da die §§ 1059 a ff. BGB entsprechend anwendbar seien (§ 1092 Abs. 2 BGB), das Recht grundsätzlich auch übertragbar (vgl. § 1059 a Abs. 1 BGB). Aus dem Gesetz lasse sich damit nicht ableiten, dass eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit zugunsten einer juristischen Person immer zeitlich beschränkt sein müsse.²⁷

¹⁵ vgl. Palandt/Bassenge, 65. Aufl., Überblick vor § 1018, Rdn. 1; siehe hierzu unten II, 10;

¹⁶ BGH, Urteil vom 14.03.2003, NJW RR 2003, 733 = DNotZ 2003, 533 = Rpfleger 2003, 410 (Ferienparkbetriebsrecht); siehe hierzu unten II, 10;

¹⁷ Amann; DNotZ 1989, 531; BGH, Urteil vom 03.02.1989, NJW 1989, 1607 = DNotZ 1989, 565 – Verpflichtung zur Übernahme einer Baulast als Nebenpflicht aus der bereits bestellten Grunddienstbarkeit;

¹⁸ Palandt/Bassenge, 65. Aufl., Überblick vor § 1018, Rdn. 1;

¹⁹ BGH, Urteil vom 14.03.2003, NJW RR 2003, 733 = DNotZ 2003, 553 = Rpfleger 2003, 410; siehe hierzu unten II, 10;

²⁰ vgl. Palandt/Bassenge, 65. Aufl., § 1090, Rdn. 4;

²¹ BGH Urteil vom 11.03.1964, BGHZ 41, 209;

²² vgl. Palandt/Bassenge, 65. Aufl., § 1090, Rdn. 4

²³ RGZ 159, 193, 204;

²⁴ Münchener Kommentar, 4. Aufl., 2004, Falckenberg, vor § 1018 BGB, Rdn. 7;

²⁵ Münchener Kommentar, 4. Aufl., 2004, Falckenberg, vor § 1018 BGB, Rdn. 7;

²⁶ BayObLG, Beschluss vom 22.05.2000, DNotZ 2001, 73 = NJW-RR 2001, 1022;

²⁷ BayObLG, Beschluss vom 22.05.2000, DNotZ 2001, 73 = NJW-RR 2001, 1022; vgl. auch zur ablehnenden Haltung des BGH im Hinblick auf das Erfordernis einer Befristung, BGH, Urteil vom 14.03.2003, NJW RR 2003, 733 = DNotZ 2003, 533 = Rpfleger 2003, 410 (Ferienparkbetriebsrecht);

Auch wenn damit die Eintragung des zeitlich nicht begrenzten Rechts zulässig ist, schließt dies nicht aus, dass bei veränderten Umständen der Grundstückseigentümer einen Anspruch gegen den Dienstbarkeitsberechtigten auf Aufhebung und Löschung der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit haben kann.²⁸

Ein Sonderfall der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit ist das dingliche Wohnungsrecht gemäß § 1093 BGB, ein Unterfall hiervon ist wiederum das Dauerwohn- und Dauernutzungsrecht gemäß § 31.²⁹

3. Dauerwohn- und Dauernutzungsrechte, § 31 WEG

Das Dauerwohn- und Dauernutzungsrecht erlaubt das Bewohnen bzw. die Benutzung von bestimmten Räumen in einem Gebäude. Im Gegensatz zur beschränkten persönlichen Dienstbarkeit ist dieses vererblich und übertragbar. Für die Grundbucheintragung bedarf es u.a. einer Bauzeichnung und der Abgeschlossenheitsbescheinigung (vgl. § 32 WEG).

4. Nießbrauch, § 1030 BGB

Der Nießbrauch ähnelt der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit, da er ebenfalls als subjektiv-persönliches Recht ausgestaltet ist.

Abweichend von der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit sowie dem Wohnungsrecht und dem Recht gemäß § 31 WEG gewährt der Nießbrauch ein umfassendes Nutzungsrecht.

Gemäß § 1030 Abs. 2 BGB kann der Nießbrauch durch Ausschluss einzelner Nutzungen beschränkt werden.³⁰ Der Rechtssuchende kann zwischen Nießbrauch und der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit wählen, je nachdem, ob die Nutzung des Grundstücks in einzelnen Beziehungen (= Dienstbarkeit – unter Verbleib eines Nutzungsrestes für den Eigentümer) oder eine Gesamtnutzung (Nießbrauch) unter Ausschluss einzelner Nutzungen vereinbaren will.³¹

Beispiel:

Beim Nießbrauch muss stets die Rechtsnatur als umfassendes Nutzungsrecht erhalten bleiben. Ein Verbleib eines Nutzungsrestes für den Eigentümer ist nicht möglich. Zulässig ist aber z.B. die Vermietung als Nutzungsart auszuschließen. Die Bestellung eines Nießbrauchs für eine einzelne Nutzungsart, z.B. Holznutzungsrecht ist unzulässig.³²

Dies kann nur über die Dienstbarkeit erreicht werden, da noch ein Nutzungsrest für den Eigentümer verbleibt.

5. Reallast, § 1105 BGB

Die Reallast hat im Gegensatz zu den Dienstbarkeiten positive Leistungen des Eigentümers zum Gegenstand. Die Reallast gewährt keine tatsächliche Inanspruchnahme, sondern nur die Möglichkeit der Verwertung des belasteten Grundstücks. Dienstbarkeit und Reallast werden oftmals in der Praxis miteinander verbunden, wenn der Inhaber der Dienstbar-

keit eine Leistungspflicht zu erbringen hat (z.B. Dienstbarkeit zur Errichtung und Belassung eines Grenzzaunes auf dem dienenden Grundstück, Reallast auf Unterhaltung des Zaunes gegenüber dem Eigentümer des berechtigten Grundstücks).³³

II. Einzelfragen:

1. Belastungsgegenstand, insbesondere die Belastung von Wohnungs- und Teileigentum:

Belastungsgegenstand einer Dienstbarkeit kann ein Grundstück im Rechtssinne, ein Erbbaurecht und unter gewissen Voraussetzungen auch ein Wohnungseigentum sein.³⁴

Ein ideeller Miteigentumsanteil kann nicht mit einer Grunddienstbarkeit belastet werden. Nach umstrittener Auffassung soll jedoch eine Eintragung ausnahmsweise zulässig sein, wenn die Dienstbarkeit mit dem Inhalt bestellt wird, dass die Ausübung eines Rechts, nämlich der Anspruch auf eine Geldforderung ausgeschlossen ist (§ 1018 BGB, 3. Alternative, z.B. Geldforderung bei Bergschadenverzicht).³⁵

Ein Wohnungseigentum kann jedoch nur insoweit belastet werden, als die aus dem Sondereigentum fließenden Rechte eingeschränkt werden, die Nutzung somit auf den Gebrauch des Sondereigentums beschränkt ist.³⁶ Dies ist beispielsweise bei einem Fensterrecht zu Gunsten eines anderen Wohnungseigentümers der Fall, ein Fenster ständig geschlossen zu halten. Obwohl es sich bei dem zu schließenden Fenster um Gemeinschaftseigentum handelte, wurde die Belastung als zulässig angesehen, da der Wohnungseigentümer nur über ein ihm zustehendes Recht, nicht aber über das Gemeinschaftseigentum als solches verfügt.³⁷ Gleiches gilt bei der Bestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit als Wohnungsrecht an einem Wohnungseigentum. Hier sind zwar Rechte der anderen Wohnungseigentümer berührt, soweit das Gemeinschaftseigentum vom Berechtigten mitbenutzt wird. Der Sondereigentümer verfügt jedoch nur über ihm zustehende Rechte im Rahmen seines Sondereigentums.³⁸ Der Gebrauch der anderen Eigentümer ist nicht über das Maß des Mitbenutzungsrechtes des Sondereigentümers hinaus eingeschränkt.

Es entspricht somit zwischenzeitlich gefestigter Rechtsprechung, dass die aus dem Sondereigentum fließenden Befugnisse Gegenstand der Belastung eines Wohnungseigentums mit einer Dienstbarkeit sein können. Dies gilt auch dann, wenn der Bereich der Ausübungsberechtigung zum gemeinschaftlichen Eigentum gehört. Gegenstand des Ausübungsbereichs eines Wohnungsrechts an einem Wohnungseigentum können daher sämtliche Nutzungsbefugnisse sein, die nach dem gesetzlichen Gehalt bzw. der Regelung der

²⁸ BayObLG, Beschluss vom 22.05.2000, DNotZ 2001, 73 = NJW-RR 2001, 1022;

²⁹ Münchener Kommentar, 4. Aufl., 2004, Falckenberg, vor § 1018 BGB, Rdn. 5;

³⁰ BGH, Urteil vom 27.01.2006, NJW 2006, 1881 = Rpfleger 2006, 386; gemäß dieser Entscheidung kann das Nutzungsziehungsrecht bei einem bebauten Grundstück nicht auf einzelne Gebäudeteile (z.B. eine Wohnung) beschränkt werden;

³¹ Münchener Kommentar, 4. Aufl., 2004, Falckenberg, vor § 1018 BGB, Rdn. 6;

³² Palandt/Bassenge, 65. Aufl., § 1030, Rdn. 6;

³³ Münchener Kommentar, 4. Aufl., 2004, Falckenberg, vor § 1018 BGB, Rdn. 9; vgl. auch Schöner / Stöber, a.a.O., Rdn. 1285;

³⁴ vgl. zum Belastungsgegenstand Palandt/Bassenge, 65. Aufl., § 1018, Rdn. 1; Münchener Kommentar, a.a.O., § 1018 BGB, Rdn. 20 f; Schöner / Stöber, a.a.O., Rdn. 1117 ff und 2952 f;

³⁵ OLG Hamm, Beschluss vom 10.01.2006, DNotZ 2006, 623 = Rpfleger 2006, 462; OLG Hamm, Beschluss vom 02.09.1980, Rpfleger 1980, 468; a.A.: Schöner / Stöber, a.a.O., Rdn. 1117 mit weiteren Nachweisen;

³⁶ OLG Hamm, Beschluss vom 08.05.2000 = NJW RR 2000, 132 = DNotZ 2001, 216; OLG Zweibrücken, Beschluss vom 22.12.1998, NJW-RR 1999, 1389 = FGPrax 1999, 44;

³⁷ BGH, Urteil vom 19.05.1989, NJW 1989, 2391 = DNotZ 1990, 493; vgl. auch BGH, Urteil vom 14.03.2003, NJW RR 2003, 733 = DNotZ 2003, 553 = Rpfleger 2003, 410 – Einschränkung der Nutzung einer ETW im Rahmen eines Ferienparkbetriebsrechtes;

³⁸ vgl. BGH, Urteil vom 19.05.1989, NJW 1989, 2391 = DNotZ 1990, 493;

Teilungserklärung dem Miteigentümer nach dem Inhalt des Sondereigentums zustehen. Hierzu gehört auch ein mit dem Sondereigentum verbundenes Sondernutzungsrecht am gemeinschaftlichen Eigentum³⁹. Es ist somit stets eine inhaltliche Prüfung vorzunehmen, ob die Belastung über den Bereich der Rechtsmacht hinausgreift, den das zu belastende Wohnungs- oder Teileigentum tatsächlich und unabhängig von den anderen Miteigentümern gewährt.⁴⁰ Eine inhaltlich unzulässige Verfügung über das Gemeinschaftseigentum liegt z.B. vor, wenn eine Duldungspflicht bezüglich Einwirkungen aus dem Bergbau oder sonstiger Anlagen von einem Wohnungseigentümer begründet werden soll, da diese Duldungspflicht nur alle Grundstückseigentümer gemeinsam betreffen kann.⁴¹

Nicht zulässig ist nach bislang h.M. eine Dienstbarkeit, deren ausschließlicher Ausübungsbereich sich auf ein Sondernutzungsrecht am gemeinschaftlichen Eigentum beschränkt, wie z.B. die Einräumung eines Nutzungsrechtes als PKW-Stellplatz für den jeweiligen Eigentümer des Nachbargrundstücks am Sondernutzungsbereich des betreffenden Sondereigentümers.⁴² Denn der einem Wohnungseigentümer durch eine Gebrauchsregelung zur alleinigen Benutzung überlassene Bereich bleibt gemeinschaftliches Eigentum, über das nur alle Wohnungseigentümer gemeinsam verfügen können.

Gleiches gilt für eine Grunddienstbarkeit an einem Wohnungseigentum für den jeweiligen Eigentümer eines anderen Wohnungseigentums, einen im Sondernutzungsrecht stehenden Speicherraum zu gebrauchen.⁴³

Vorsicht ist geboten bei der Formulierung eines Wohnungsrechtes am Wohnungseigentum.

In dem der Entscheidung des BayObLG vom 11.09.1997⁴⁴ zugrunde liegenden Fall war wie folgt formuliert:

Die Beteiligten räumten sich gegenseitig jeweils auf Lebenszeit ein Wohnungs- und Benutzungsrecht an dem Wohnungseigentum ein, „bestehend in dem Recht, die gesamte vorbezeichnete Einheit Nr. 9 (Stadthaus, Tiefgaragenstellplatz, Garten) allein zu benutzen, ferner die übrigen, für den gemeinsamen Gebrauch der Hausbewohner bestimmten Anlagen und Einrichtungen, insbesondere das Gemeinschaftseigentum mitzubewohnen.“

Das BayObLG erachtete diese Regelung als unzulässig.

Das Gericht führte aus: „Belastungsgegenstand der Dienstbarkeit in der Form eines Wohnungsrechtes (§§ 1090, 1093 BGB) soll im vorliegenden Fall das Wohnungseigentum mit der Maßgabe sein, dass Inhalt des dinglichen Rechts auch das Recht auf alleinige Nutzung des gemeinschaftlichen Eigentums sein soll, soweit den Beteiligten daran ein Sondernutzungsrecht eingeräumt ist. Dies kann nicht zulässiger Inhalt einer Dienstbarkeit sein.“

Andererseits erklärt das BayObLG, dass vorbehaltlich einer abweichenden Vereinbarung mit der Einräumung des Wohnungsrechtes die alleinige Nutzungsbefugnis an dem zur Sondernutzung zugewiesenen Teil des gemeinschaftlichen Eigentums kraft Gesetzes auf den Wohnungsberechtigten mitübertragen werde. Dies sei gesetzliche Folge der Einräumung des Wohnungsrechtes. Eine Verlautbarung im Grundbuch sei nicht erforderlich.⁴⁵

Damit steht wirtschaftlich dem Wohnungsberechtigten die Nutzung an den Sondernutzungsrechten mit der Maßgabe zu, wie sie dem Sondereigentümer zustanden. Eine ausdrückliche alleinige Nutzung darf für ihn jedoch nicht eingeräumt werden.

Meines Erachtens hätte man in der gewählten Formulierung, die als Belastungsgegenstand lediglich die Beschreibung des Wohnungsrechtes mit seinen Sondernutzungsrechten wiedergibt, eine zulässige Belastung des Wohnungseigentums an sich sehen und zur Überzeugung kommen können, dass bereits mit dieser Formulierung eine Belastung des Wohnungseigentums nur insoweit gewollt war, wie dies Ausfluss des Sondereigentums ist. Es kann keinen Unterschied machen, ob man das zu belastende Wohnungsrecht lediglich mit der Grundbuchstelle und evtl. nur mit „Einheit Nr. 9“ bezeichnet oder den Beschrieb des Grundbuchs einschließlich der Sondernutzungsrechte wiederholt.⁴⁶

Um entsprechenden Bedenken, wie sie das BayObLG geäußert hat, zu begegnen, sollte man bei der Bestellung des Wohnungsrechtes hinzufügen, dass der Ausübungsbereich des Wohnungsrechtes auf das Sondereigentum in dem Maße beschränkt ist, wie dies dem Eigentümer zusteht.

Ein selbständiger als Teileigentum angelegter KFZ-Abstellplatz kann, wie auch sonstiges Sondereigentum, mit einem Nutzungsrecht belastet werden.⁴⁷ Ist dagegen der Garagenstellplatz trotz Sondereigentumsfähigkeit nur als Sondernutzungsrecht angelegt, ist eine entsprechende Belastung – wie oben ausgeführt – nicht möglich. Insoweit kann nur eine Dienstbarkeit am ursprünglichen Grundstück bzw. an allen Einheiten bestellt werden.

Eine Dienstbarkeit, die an allen Wohnungs- und Teileigentumseinheiten einzutragen ist, muss dort nicht zwingend die erste Rangstelle erhalten. Die erste Rangstelle ist jedoch empfehlenswert, um eine Gefährdung des Rechts auszuschließen. Erlischt nämlich die nachrangige Dienstbarkeit im Zwangsversteigerungsverfahren an einem einzelnen Wohnungs- oder Teileigentum, so ist sie nicht mehr an allen Einheiten einheitlich eingetragen und erlischt insgesamt.⁴⁸

³⁹ OLG Hamm, Beschluss vom 08.05.2000 = NJW RR 2000, 132 = DNotZ 2001, 216; BayObLG, Beschluss vom 11.09.1997, DNotZ 1998, 384 = Rpfleger 1998, 68;

⁴⁰ OLG Hamm, Beschluss vom 10.01.2006, DNotZ 2006, 623 = Rpfleger 2006, 462;

⁴¹ OLG Hamm, Beschluss vom 10.01.2006, DNotZ 2006, 623 = Rpfleger 2006, 462;

⁴² BayObLG, Beschluss vom 30.04.1997, NJW RR 1997, 1236 = DNotZ 1998, 125; OLG Zweibrücken, Beschluss vom 22.12.1998, NJW-RR 1999, 1389 = FGPrax 1999, 44; BayObLG, Beschluss vom 30.11.1989, DNotZ 1990, 496; vgl. hierzu auch Gutachten, DNotI-Report 1999, Heft 21, S. 165 ff mit weiteren Hinweisen auf die Gegenmeinung; vgl. insbesondere zur Gegenmeinung Amann, DNotZ 1990, 498, in seiner Anmerkung zu BayObLG, Beschluss vom 30.11.1989, DNotZ 1990, 496;

⁴³ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16.04.1986, DNotZ 1988, 31 = Rpfleger 1986, 376; vgl. hierzu auch Ertl, DNotZ 1988, 4, 13 mit weiteren Hinweisen auf die Gegenmeinung; vgl. hierzu auch Gutachten, DNotI-Report 1999, Heft 21, S. 165;

⁴⁴ BayObLG, Beschluss vom 11.09.1997, DNotZ 1998, 384 = Rpfleger 1998, 68;

⁴⁵ BayObLG, Beschluss vom 11.09.1997, DNotZ 1998, 384 = Rpfleger 1998, 68; vgl. hierzu auch Schöner / Stöber, a.a.O., Rdn. 2952;

⁴⁶ vgl. auch v. Oefele in seiner Anmerkung zum Beschluss des OLG Hamm vom 08.05.2000 = DNotZ 2001, 216, DNotZ 2001, 219, 222, der die Entscheidung des BayObLG vom 11.09.1997 = BayObLG, Beschluss vom 11.09.1997, DNotZ 1998, 384 = Rpfleger 1998, 68, als irreführend bezeichnet;

⁴⁷ BayObLG, Beschluss vom 03.11.1987, NJW-RR 1988, 594 = DNotZ 1988, 313 = Rpfleger 1988, 62;

⁴⁸ OLG Frankfurt, Beschluss vom 11.07.1978, Rpfleger 1979, 151; LG Freiburg, Beschluss vom 14.09.1978, BWNotZ 1980, 61;

2. Belastung eines Teiles eines Grundstücks / Ausübungsstelle

Soll nur ein Teil eines Grundstücks belastet werden, so bieten sich folgende Möglichkeiten:⁴⁹

- Es erfolgt die Teilung und Abschreibung gemäß § 7 Abs. 1 GBO sowie Buchung des zu belastenden Grundstücks als selbständiges reales Grundstück.
- Die Belastung kann auch ohne Abschreibung erfolgen, wenn Verwirrung nicht zu besorgen ist, § 7 Abs. 2 Satz 1 GBO. Größe und Lage des belasteten Grundstücksteils müssen in diesem Falle aus einer von der zuständigen Behörde beglaubigten Karte ersichtlich sein, § 7 Abs. 2 Satz 3 GBO in Verbindung mit § 2 Abs. 3 GBO. Bewilligung und Antrag müssen diesen Grundstücksteil genau bezeichnen.
- Das gesamte Grundstück wird mit der Grunddienstbarkeit belastet, jedoch wird deren Ausübung auf einen realen Grundstücksteil beschränkt, in der Praxis ein wohl gebräuchlicher Fall (vgl. § 1023 Abs. 1 Satz 2 BGB).⁵⁰ Die Ausübungsstelle (z.B. Leitungsrecht im Bereich des Fahrweges gemäß beigefügter Planzeichnung) muss von der Einigung, der Eintragungsbewilligung und dem Antrag umfasst und hinreichend bezeichnet sein.
- Die Festlegung der Ausübungsstelle kann aber auch dem Berechtigten in der Weise überlassen werden, dass eine Ausübungsstelle in der Bewilligung nicht festgelegt wird.⁵¹

Insbesondere schließt nach Auffassung des BGH das sachenrechtliche Bestimmtheitsgebot es grundsätzlich nicht aus, dass die Beteiligten die Bestimmung des Ausübungsbereichs einer Dienstbarkeit der tatsächlichen Ausübung überlassen.⁵²

In dem Sachverhalt, welcher der Entscheidung des BGH vom 03.05.2002⁵³ zu Grunde lag, räumte der Eigentümer „als beschränkte persönliche Dienstbarkeit, gemäß des abgeschlossenen Vertrages vom 4. Dezember 1969, das alleinige und ausschließliche Recht ein, an den Grundstücken ... Fl. Nr. 1452 und 1453 ... an einer Fläche von 7,50 Tagwerk auf für Bleicherde brauchbare Tonerde auszubenten ...“.

Der BGH gelangte zu der Auffassung, dass trotz der Beschränkung auf den Ausbau einer Fläche von 7,50 (bzw. nach entsprechender Erweiterung des Rechts auf 8 Tagwerk) eine Ausübungsstelle nicht festgelegt worden war und erachtete dies für hinreichend bestimmt.

Lage und Größe der Ausübungsstelle müssen somit auch bei einer das gesamte Grundstück belastenden Dienstbarkeit, z.B. auf Errichtung einer Netzstation oder einem Wegerecht mit der Berechtigung zur Verlegung von Versorgungsleitungen, nicht als rechtsgeschäftlicher Inhalt des Rechts vereinbart werden.⁵⁴

Eine weitere Besonderheit der Fallgestaltung, die der Entscheidung des BGH vom 03.05.2002 zu Grunde lag, war, dass trotz der nicht vereinbarten Ausübungsstelle, der Umfang der Ausübungsberechtigung flächenmäßig, und zwar mit einer Fläche von 7,5 bzw. 8 Tagwerk, bestimmt war. Der Grundstückseigentümer hatte nunmehr Grundstücksteile des mit der Dienstbarkeit belasteten Grundstücks veräußert. Die Käufer begeherten die Löschung der Grunddienstbarkeit auf dem erworbenen Kaufgegenstand.

Nach § 1026 BGB werden bei realer Teilung des belasteten Grundstücks in mehrere selbständige Grundstücke solche Teilflächen von der Dienstbarkeit frei, die außerhalb des Ausübungsbereichs liegen. Da die Berechtigte in Ausübung ihrer Dienstbarkeit die beanspruchten Flächen bereits bestimmt hatte, die Dienstbarkeit damit erschöpft war bzw. sich der Ausübungsbereich im Bereich der Altgrundstücke konkretisiert hatte, lagen die abgeteilten und veräußerten Grundstücke nicht mehr im Ausübungsbereich der Dienstbarkeit. Das Grundbuch war insoweit bezüglich der neuen Grundstücke unrichtig geworden, so dass die Dienstbarkeit an den verkauften Grundstücken zu löschen war.⁵⁵

3. Eintragungsvermerk / Schlagwortartige Bezeichnung

Immer wieder muss sich die Rechtsprechung mit Fällen befassen, in denen wegen der ungenügenden Fassung des Eintragungstextes versucht wird, sogar ordnungsgemäß bewilligte Dienstbarkeiten als inhaltlich unzulässig von Amts wegen gemäß § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO löschen zu lassen.⁵⁶ In einer Entscheidung des OLG Karlsruhe vom 15.07.2004⁵⁷ war der Antragsteller erfolgreich. Das Grundbuchamt hatte die Dienstbarkeit im Eintragungsvermerk wie folgt bezeichnet:

„Nutzungsrecht an einem Teil der Grundstücksfläche für den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks xy. Unter Bezugnahme auf die Bewilligung vom ... als Grunddienstbarkeit eingetragen am ...“

Bei der Formulierung des Eintragungstextes wurde nicht beachtet, dass die Eintragung gemäß § 874 BGB schlagwortartig das verlautbarte muss, was die in Bezug genommene Eintragungsbewilligung über die Art der Dienstbarkeit aussagt.⁵⁸

Zwar kann nach § 874 BGB bei der Eintragung eines Rechts, mit dem ein Grundstück belastet wird, zur näheren Bezeichnung des Inhalts des Rechts grundsätzlich auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden. Das Gleiche gilt bei der Eintragung einer Inhaltsänderung des Rechts (§ 877 BGB). Jedoch erlauben § 874 BGB in Verbindung mit § 44 Abs. 2 GBO nur die Bezugnahme auf den Inhalt des Rechts. Das Recht selbst muss aber im Eintragungsvermerk angegeben werden. Im Eintragungsvermerk selbst genügt die gesetzliche bzw. juristische Bezeichnung des Rechts,

⁴⁹ vgl. hierzu Schöner / Stöber, a.a.O., Rdn. 1118; vgl. auch hierzu BGH, Urteil vom 03.05.2002, NJW 2002, 3021 = DNotZ 2002, 721 = Rpfleger 2002, 511;

⁵⁰ vgl. zur Beschränkung des Nießbrauchs, der ebenfalls in der Ausübung auf eine Teilfläche beschränkt werden kann: Schöner / Stöber, a.a.O., Rdn. 1365 sowie BGH, Urteil vom 27.01.2006, NJW 2006, 1881 = Rpfleger 2006, 386; nach dieser Entscheidung kann das Nutzungsziehungsrecht beim Nießbrauch nicht auf einzelne Gebäudeteile beschränkt werden;

⁵¹ BGH, Urteil vom 03.05.2002, NJW 2002, 3021 = DNotZ 2002, 721 = Rpfleger 2002, 511;

⁵² BGH, Urteil vom 03.05.2002, NJW 2002, 3021 = DNotZ 2002, 721 = Rpfleger 2002, 511;

⁵³ BGH, Urteil vom 03.05.2002, NJW 2002, 3021 = DNotZ 2002, 721 = Rpfleger 2002, 511;

⁵⁴ Schöner / Stöber, a.a.O., Rdn. 1119; BGH, Urteil vom 03.05.2002, NJW 2002, 3021 = DNotZ 2002, 721 = Rpfleger 2002, 511;

⁵⁵ BGH, Urteil vom 03.05.2002, NJW 2002, 3021 = DNotZ 2002, 721 = Rpfleger 2002, 511;

⁵⁶ vgl. Beschluss vom 15.07.2004, OLG Karlsruhe Rpfleger 2005, 79 = MittBayNot 2005, 406; BGH Urteil vom 29.10.1965, NJW 1965, 2398; BGH Urteil vom 24.09.1982, NJW 1983, 115 = Rpfleger 1983, 15;

⁵⁷ OLG Karlsruhe, Beschluss vom 15.07.2004, Rpfleger 2005, 79 = MittBayNot 2005, 406;

⁵⁸ BGH, Urteil vom 29.10.1965, NJW 1965, 2398; BGH Urteil vom 24.09.1982, NJW 1983, 115 = Rpfleger 1983, 15; LG München, Urteil vom 04.05.2006, MittBayNot 2006, 502, 503;

wenn diese bereits eine hinreichende Vorstellung seines Inhalts vermittelt, also z.B. beim Nießbrauch, Vorkaufsrecht⁵⁹ oder Erbbaurecht⁶⁰. Bei Rechten dagegen, die – wie das bei einer Grunddienstbarkeit der Fall ist – einen verschiedenartigen Inhalt haben können, ist eine nähere, zumindest schlagwortartige Bezeichnung (z.B. als „Wegerecht“, „Wasserleitungsrecht“, „Baubeschränkung“) erforderlich.

Eine unzureichende Kennzeichnung der Dienstbarkeit im Eintragungsvermerk kann nicht durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung ersetzt oder durch Auslegung ergänzt⁶¹ oder durch einen Klarstellungsvermerk⁶² berichtigt werden.

Im konkreten Fall des OLG Karlsruhe⁶³ wurde die Eintragung als „Nutzungsrecht“ als unzulässig angesehen, da ihr lediglich zu entnehmen war, dass es sich bei dem eingetragenen Recht um eine Benutzungsdienstbarkeit (Fallgruppe 1 des § 1018 BGB) handeln sollte. Insbesondere war nicht erkennbar, in welchen einzelnen Beziehungen dem jeweiligen Eigentümer des herrschenden Grundstücks ein Benutzungsrecht zustehen sollte. Hinzu kam, dass auch die Eintragungsbewilligung das Nutzungsrecht in keiner Weise konkretisierte und lediglich wie folgt lautete:

„Eine Grunddienstbarkeit zu Lasten des Grundstücks Flst. Nr. 2657/7 für den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks Flst. Nr. 2659/1 des Inhalts, dass der jeweilige Eigentümer des Grundstücks Flst. Nr. 2659/1 die gesamte Grundstücksfläche des Grundstücks Flst. Nr. 2657/7 allein nutzen darf, die in dem angesiegelten Lageplan grün markiert ist.“⁶⁴

Eine derartige Dienstbarkeit ist schon deshalb unzulässig, weil sie eine beliebige Nutzung eröffnet, aber nach § 1018 BGB 1. Alternative nur eine Nutzung in einzelnen Beziehungen als Inhalt einer Dienstbarkeit möglich ist.⁶⁵

Der BGH hat in seiner Entscheidung vom 24.09.1982⁶⁶ den Eintragungsvermerk „Bebauungs- und Benutzungsbeschränkung“ nach § 1018 BGB noch als inhaltlich zulässig angesehen.

Mit diesem Eintragungsvermerk wurden folgende Maßnahmen der Bewilligung erfasst und der Zustimmung des Berechtigten unterworfen:

- a) Die Vornahme des Außenanstrichs zur Wahrung der Einheitlichkeit der Gesamtanlage,
- b) die Vornahme von Um-, An- oder Einbauten, die Errichtung von Neubauten insbesondere von Ställen, Lauben oder Einfriedigungen sowie die wesentliche Änderung der Außenanlagen,
- c) jede Art Vieh- und Kleinzuchtthaltung.

Der BGH war der Auffassung, dass mit dem Eintragungstext auch die Bestimmung über die Vornahme eines einheitlichen Außenanstrichs abgedeckt sei. Die Regelung habe den Sinn, jeden von der bisher einheitlichen Farbgestaltung der Siedlung abweichenden Außenanstrich zu verhindern. Zwar sei es üblich, eine solche Unterlassungspflicht als „Farbgebungsbeschränkung“ oder dergleichen im Grundbuch zu bezeichnen; sie lasse sich jedoch auch als Teil der eingetragenen Bebauungsbeschränkung verstehen, da der Außenanstrich eine Maßnahme der baulichen Gestaltung oder Umgestaltung eines Hauses darstelle und somit als bloße Einzelteil der Beschränkung bezugnahmefähig sei.⁶⁷

4. Grunddienstbarkeit als wesentlicher Bestandteil / Bedeutung des Herrschvermerks

Subjektiv-dingliche Rechte und damit die Grunddienstbarkeit gelten gemäß § 96 BGB als wesentliche Bestandteile des herrschenden Grundstücks. Im Interesse des Eigentümers, aber insbesondere auch der Gläubiger des herrschenden Grundstücks ist es, diese Rechte grundbuchmäßig zu verlautbaren. Deshalb gestattet § 9 GBO, diese auf Antrag am herrschenden Grundstück zu vermerken. Die Aufhebung eines subjektiv-dinglichen Rechts sowie eine Änderung seines Inhalts oder Ranges kann nach den sachenrechtlichen Vorschriften nur mit Zustimmung der dinglich Berechtigten, z.B. den Grundpfandrechtsgläubigern oder Vormerkungsberechtigten des herrschenden Grundstücks, erfolgen (§§ 876 Satz 2, 877, 880 Abs. 3 BGB). Durch die Eintragung des Vermerks sichern sich diese, soweit sie betroffen sind, vor einer Löschung, Änderung oder Rangverschlechterung von Rechten, die für das herrschende Grundstück von Bedeutung sind. Gemäß § 21 GBO ist deren Bewilligung für die Löschung im Grundbuch aber nur dann erforderlich, wenn das Recht auf dem herrschenden Grundstück vermerkt ist.⁶⁸ Ist ein Herrschvermerk nicht eingetragen, darf das Grundbuchamt die Löschung ohne deren Zustimmung vornehmen. Hierbei ist jedoch zu beachten, dass die Löschung in diesem Fall nur formell zwecks Erleichterung des Grundbuchverkehrs erlaubt ist, das Recht selbst aber materiell bestehen bleibt, falls es an der erforderlichen Zustimmung gemäß § 876 Abs. 2 BGB fehlt. Das Grundbuch ist nunmehr unrichtig geworden.⁶⁹ Etwaige dingliche Berechtigte könnten theoretisch die Wiedereintragung mit der Grundbuchberichtigungsklage erzwingen.⁷⁰

5. § 1019 BGB Vorteil für das herrschende Grundstück bei der Grunddienstbarkeit:

Die Grunddienstbarkeit muss gemäß § 1019 BGB für die Benutzung dieses Grundstücks, nicht für den einzelnen Eigentümer persönlich, vorteilhaft sein. Hierbei handelt es sich um eine zwingende Vorschrift. Fehlt es von Anfang an an dieser Voraussetzung, so ist die Grunddienstbarkeit nichtig. Fällt der Vorteil nachträglich dauerhaft weg, so erlischt die Grunddienstbarkeit.⁷¹

⁵⁹ OLG Hamm Rpfleger 1960, 154; OLG Frankfurt, Beschluss vom 25.08.1997, NJW-RR 1997, 1447;

⁶⁰ BayObLG Rpfleger 1986, 296

⁶¹ vgl. hierzu OLG Karlsruhe, Beschluss vom 15.07.2004, Rpfleger 2005, 79 = MittBayNot 2005, 406; Schöner / Stöber, a.a.O., Rdn. 1148; Demharter, Grundbuchordnung, 25. Aufl., 2005, § 44, Rdn. 17;

⁶² Hintzen, Rpfleger 2006, 466 in seiner Anmerkung zur Entscheidung des LG Chemnitz, Beschluss vom 25.01.2006 = Rpfleger 2006, 319;

⁶³ OLG Karlsruhe, Beschluss vom 15.07.2004, Rpfleger 2005, 79 = MittBayNot 2005, 406;

⁶⁴ OLG Karlsruhe, Beschluss vom 15.07.2004, Rpfleger 2005, 79 = MittBayNot 2005, 406 vgl. hierzu unten II, 6;

⁶⁵ 2005, 406 vgl. hierzu unten II, 6;

⁶⁶ BGH, Urteil vom 24.09.1982, NJW 1983, 1363 = Rpfleger 1983, 15;

⁶⁷ BGH, Urteil vom 24.09.1982, NJW 1983, 1363 = Rpfleger 1983, 15;

⁶⁸ vgl. hierzu, Demharter, Grundbuchordnung, 25. Aufl., 2005, § 21, Rdn. 3; Schöner / Stöber, a.a.O., Rdn. 1150;

⁶⁹ BayObLG, Beschluss vom 25.06.1998, NJW-RR 1998, 1389 = Rpfleger 1998, 468 = BWNotZ 1999, 170; Demharter, Grundbuchordnung, 25. Aufl., 2005, § 9, Rdn. 1 sowie § 21 Rdn.3; Schöner / Stöber, a.a.O., Rdn. 1150;

⁷⁰ Schöner / Stöber, a.a.O., Rdn. 1150;

⁷¹ vgl. Palandt/Bassenge, 65. Aufl., § 1019, Rdn. 1;

Der Vorteil muss für die Benutzung des herrschenden Grundstücks bestehen. Abgestellt wird auf die objektive Nützlichkeit, wobei ein wirtschaftlicher Vorteil für die Benutzung des herrschenden Grundstücks nach dessen Lage, Beschaffenheit und Zweckbestimmung gegeben sein muss.⁷² Hierbei genügt bereits ein mittelbarer Vorteil, z.B. wenn einer Häusergruppe ein bestimmter architektonischer Baustil erhalten bleiben soll.⁷³ Der BGH⁷⁴ hat selbst für ein Garagengrundstück eine Grunddienstbarkeit als vorteilhaft angesehen, die darauf gerichtet war, auf dem dienenden Hausgrundstück die Ausübung eines Gewerbes zu untersagen. Zur Begründung führt der BGH aus, dass eine Garagenvermietung dadurch verhindert oder erschwert werden könne, indem die belasteten Grundstücke für gewerbliche Zwecke genutzt würden. Denn die Ausübung von Gewerbebetrieben könne wiederum bewirken, dass die bisherige Nutzung der Hausgrundstücke als Wohnung völlig aufgegeben werde und damit kein Bedarf mehr für die Anmietung einer Garage bestehe.⁷⁵

Besondere Bedeutung kommt der Vorschrift § 1019 BGB im Rahmen der Prüfung des Bestands alter Dienstbarkeiten im Grundbuch zu.

So kann eine Grunddienstbarkeit erlöschen, wenn der Vorteil für das herrschende Grundstück infolge grundlegender Änderung der tatsächlichen Verhältnisse oder der rechtlichen Grundlage objektiv und endgültig weggefallen ist.⁷⁶ Dies wird damit begründet, dass zum Wesen der Grunddienstbarkeit die Vorteilhaftigkeit gehört.

Das OLG Zweibrücken hatte sich mit Urteil vom 18.12.2003⁷⁷ mit einer insoweit typischen Fallgestaltung zu befassen. Im Jahre 1920 wurde eine Grunddienstbarkeit an einem Grundstück in einer Villengegend bestellt, welche die Bebaubarkeit im Grenzbereich beschränken sollte. Das betreffende Stadtgebiet ist im Krieg völlig zerstört worden. Mittlerweile erfolgte eine Bebauung der betreffenden Straße in geschlossener Bauweise. Der Verpflichtete aus der Dienstbarkeit wollte auch sein Grundstück in geschlossener Bauweise bebauen, sah sich jedoch durch die Dienstbarkeit gehindert. Zwar hatte die Baubeschränkung – objektiv gesehen – nach wie vor noch einen Vorteil für das herrschende Grundstück, da hierdurch eine Grenzbebauung verhindert wurde. Im Wege der Auslegung gelangte das OLG Zweibrücken jedoch zu dem zutreffenden Ergebnis, dass der Gewährung der Dienstbarkeit die Absicht zu Grunde lag, den damaligen Charakter als Villengebiet mit entsprechenden Grenzabständen zu wahren; diese Voraussetzung war jedoch durch die Zerstörung im Krieg und den Wiederaufbau als Geschäftsstraße mit einem völlig veränderten Charakter entfallen. Mangels Vorteil im Sinne der vormals bestellten Dienstbarkeit für das herrschende Grundstück wurde deshalb dem Lösungsbegehren stattgegeben.

Der Grundsatz der Vorteilhaftigkeit gilt nicht für die beschränkte persönliche Dienstbarkeit. In Anbetracht der mittlerweile gefestigten Rechtsprechung, die ein Erfordernis für eine Befristung bei der Bestellung von beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten zu Gunsten einer juristischen Person

verneint⁷⁸, ist es möglich, eine zeitlich unbeschränkte Dienstbarkeit gemäß § 1090 BGB zu bestellen und damit den Grundsatz der Vorteilhaftigkeit gemäß § 1019 BGB zu umgehen.

6. Nutzungsdienstbarkeit – Nutzung nur in einzelnen Beziehungen.

Beliebige Nutzung?

In der Praxis kommt es vielfach zur Bestellung von Nutzungsdienstbarkeiten, bei denen der Wortlaut des § 1018 BGB, 1. Alternative, nicht genügend beachtet wird. Nach dieser Vorschrift kann der Eigentümer des herrschenden Grundstücks nur befugt werden, das dienende Grundstück in „einzelnen Beziehungen“ zu nutzen.

Somit kann ein alle Benutzungsarten umfassendes Recht zur beliebigen Benutzung unter völligem Ausschluss des Eigentümers nicht Inhalt einer Dienstbarkeit sein. Ein umfassendes Nutzungsrecht ohne Beschränkung auf einzelne Nutzungsarten würde nämlich ein Nießbrauchsrecht darstellen.⁸⁰

Fall: Beliebige Nutzung für den jeweiligen Eigentümer des herrschenden Grundstück

Mit Beschluss vom 15.10.2004 hatte das OLG Celle⁸¹ über folgenden Eintragungsantrag zu entscheiden:

„Als beschränkte persönliche Dienstbarkeit gem. § 1090 BGB erhält Herr J. M. auf Lebenszeit das Recht, miet- und pachtfrei, frei von allen denkbaren Kosten auf dem im Grundstück von I. Blatt ... eingetragenen Grundstück ... die auf dem anliegenden Lageplan orange schraffierte Fläche nach seinem Belieben unter Ausschluss des künftigen Eigentümers R. M. zu nutzen, und zwar ein schließlich aller dort etwaig befindlichen Gebäude“.

Das OLG Celle hat unter Berufung auf die Entscheidung des BayObLG vom 13.02.2003⁸² zu Recht festgestellt, dass eine Eintragung einer solchen Dienstbarkeit, die eine beliebige Nutzung eröffnet, nicht zulässig sei. Die Besonderheit der Fallgestaltungen aus den vorgenannten beiden Entscheidungen lag darin, dass sich die Dienstbarkeit nur auf einen Teilbereich des Grundstücks, nämlich, wie vorliegend, auf die im Lageplan orange schraffierte Fläche bezog.

In beiden Verfahren wurde von den Beschwerdeführern unter Berufung auf die Entscheidung des BGH vom 25.10.1991⁸³ die Meinung vertreten, eine lediglich auf eine Teilfläche beschränkte Dienstbarkeit zur beliebigen Nutzung sei auch dann gestattet, wenn sie den Eigentümer von jeder Nutzung an dieser Teilfläche ausschließe.

⁷² BGH, Urteil vom 24.09.1982, NJW 1983, 115 = Rpfleger 1983, 15;

⁷³ BGH, Urteil vom 17.03.1967, MDR 1967, 827;

⁷⁴ BGH, Urteil vom 24.09.1982, NJW 1983, 115 = Rpfleger 1983, 15;

⁷⁵ BGH, Urteil vom 24.09.1982, NJW 1983, 115 = Rpfleger 1983, 15;

⁷⁶ BGH, Urteil vom 24.02.1984, NJW 1984, 2157; OLG Zweibrücken, Urteil vom 18.12.2003, OLGR Zweibrücken, 2004, 399;

⁷⁷ OLG Zweibrücken, Urteil vom 18.12.2003, OLGR Zweibrücken, 2004, 399;

⁷⁸ siehe hierzu oben I, 2;

⁷⁹ OLG Celle, Beschluss vom 15.10.2004, NJW-RR 2005, 102; BayObLG, Beschluss vom 13.02.2003, MDR 2003, 684 = NotBZ 2003, 198;

⁸⁰ OLG Celle, Beschluss vom 15.10.2004, NJW-RR 2005, 102; vgl. auch BGH, Urteil vom 14.03.2003, NJW-RR 2003, 733 = DNotZ 2003, 533 = Rpfleger 2003, 410; BayObLG, Beschluss vom 03.11.1987, NJW-RR 1988, 594 = DNotZ 1988, 313 = Rpfleger 1988, 62;

⁸¹ OLG Celle, Beschluss vom 15.10.2004, NJW-RR 2005, 102;

⁸² BayObLG, Beschluss vom 13.02.2003, MDR 2003, 684 = NotBZ 2003, 198;

⁸³ BGH, Urteil vom 25.10.1991, NJW 1992, 1101 = DNotZ 1993, 55 = Rpfleger 1992, 338;

Der BGH hatte insoweit ausgeführt, eine Grunddienstbarkeit sei zulässig, die zwar auf dem ganzen Grundstück laste, deren Ausübung sich aber auf eine Teilfläche beschränke. Dies gelte auch, wenn die Dienstbarkeit zu einer Art der Nutzung berechtige, die den Eigentümer von jeglicher Mitbenutzung des betroffenen Grundstücksteils ausschließe; denn ihm verbleibe an dem von der Ausübung nicht erfassten Teil die volle Nutzung. Wenigstens in einem solchen Fall sei das für Dienstbarkeiten bestehende Erfordernis einer Gestattung der Nutzung nur in einzelnen Beziehungen gewahrt.⁸⁴

Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs betraf jedoch das streitige Problem, ob der Eigentümer von einer eigenen Nutzung ausgeschlossen werden kann oder ob ihm ein Mitnutzungsrecht verbleiben muss. Nur in dieser Streitfrage hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass bei einem auf eine Teilfläche bezogenen – jedoch näher bestimmten Nutzungsrecht als Überbau über die Grenze und Gartennutzung – auch eine Dienstbarkeit zulässig ist, die insoweit den Eigentümer von jeder Nutzung ausschließt. Danach sind also Dienstbarkeiten mit einem bestimmten Nutzungszweck zulässig, auch wenn sie in diesem Rahmen den Eigentümer von jeder eigenen gleichgerichteten Nutzung ausschließen (z.B. Wegerecht an einem Weg, den der Eigentümer selbst nicht nutzen darf, Biervertriebsrecht mit Ausschließlichkeitsklausel).⁸⁵

Aus der Entscheidung des Bundesgerichtshofs, wonach auch Dienstbarkeiten zulässig sind, die den Eigentümer von einer Mitbenutzung im Rahmen des jeweiligen bestimmten Nutzungsrechts ausschließen, folgt jedoch nicht etwa, dass entgegen dem Gesetzeswortlaut von der Voraussetzung der Nutzung „in einzelnen Beziehungen“ abgesehen werden kann und eine umfassende beliebige Nutzung zulässig ist.⁸⁶

So war in dem der Entscheidung des BGH zugrunde liegenden Fall die Voraussetzung des Merkmals in „einzelnen Beziehungen“ erfüllt, da ein Überbau über die Grenze und die Gartennutzung als Nutzungszweck angegeben waren.

Von der Einschränkung auf einen bestimmten Nutzungszweck ist somit die Frage zu unterscheiden, ob generell dem Eigentümer des dienenden Grundstücks eine **Restbefugnis** verbleiben muss, damit es sich noch um eine Dienstbarkeit und nicht um einen Nießbrauch handelt.

Hierbei wird teilweise danach abgegrenzt, ob ihm noch eine wirtschaftlich sinnvolle Nutzung möglich ist (**materielle Abgrenzung**), während es nach anderer Auffassung allein auf den Inhalt der Bestellsurkunde ankommt, also darauf, ob dort eine bestimmte Nutzungsart genannt ist, die wenigstens theoretisch eine anderweitige Nutzung durch den Eigentümer zulässt (**formelle Abgrenzung**). Vorzugswürdig ist die formelle Abgrenzung, da nur mit dieser eine Rechtsicherheit im Grundbuchverkehr erreicht werden kann.

Der BGH hat die Frage in einer neueren Entscheidung vom 14.03.2003⁸⁷ letztlich offen gelassen. Er hat jedoch entschieden, dass ein Ferienparkbetriebsrecht, wonach eine Eigentumswohnung nur als Ferienwohnung bewirtschaftet und einem wechselnden Personenkreis zur Erholung zur Verfügung gestellt werden darf und wonach allein dem Berechtigten die Verwaltung und Vermietung der Wohnung, die Wär-

meerversorgung, der Betrieb einer Kabelfernseh- und einer Telefonanlage obliegt, Inhalt einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit sein könne. Der Umstand, dass die Benutzung des Appartements ausschließlich als Ferienwohnung für Dritte gestattet sei und allein die Berechtigte aus der Dienstbarkeit die dafür erforderlichen Dienstleistungen erbringen dürfe, schließe die Eigentümerin nicht von jeglicher Nutzung ihres Wohnungseigentums aus, sondern berechtige lediglich zu dessen Nutzung in einzelnen Beziehungen (§§ 1090, 1018 1. Alternative BGB). So würden die Eigentümerrechte der Eigentümerin in Bezug auf ihr Gemeinschaftseigentum von der Dienstbarkeit nicht berührt; sie verblieben ihr uneingeschränkt. Hinsichtlich des Sondereigentums (Appartement) bestehe für die Klägerin die Möglichkeit, aus der Vermietung als Ferienwohnung einen wirtschaftlichen Vorteil zu ziehen, indem sie Mieterträge erziele.⁸⁸

Bereits in einer Entscheidung vom 03.11.1987 hatte das BayObLG⁸⁹ zu der Frage Stellung genommen, ob die Gewährung eines Nutzungsrechtes an einem Teileigentümerstellplatz zum Abstellen von Fahrzeugen deshalb nicht möglich sei, weil dem Eigentümer keine sinnvolle Nutzung mehr verbliebe. Das BayObLG führte aus, dass es nach dem Wortlaut des § 1018 BGB nur darauf ankomme, dass dem Berechtigten die Befugnis eingeräumt werde, das Grundstück „in einzelnen Beziehungen“ zu benutzen. Auch wenn im Einzelfall die dem Berechtigten eingeräumte „einzelne Beziehung“, in der er das Grundstück benutzen dürfe, eine anderweitige „sinnvolle“ Benutzung des Grundstücks unmöglich mache, so sei dem Berechtigten dadurch keineswegs die Befugnis eingeräumt, alle Nutzungen des Grundstücks zu ziehen; er dürfe das Grundstück vielmehr nur in den einzelnen, ihm gestatteten Beziehungen benutzen. Die Dienstbarkeit sei zulässig. Insbesondere verbleibe dem Eigentümer noch das Gemeinschaftseigentum, welches beispielsweise bezüglich einzelner Räume oder Reklameflächen vermietet werden könne.⁹⁰

7. Umfang der Ausübungsbefugnis / Änderungen des Nutzungsbedarfs oder der Verhältnisse

Insbesondere bei Nutzungsdienstbarkeiten besteht zwischen den Beteiligten oftmals Streit über den Umfang der Ausübungsbefugnis. Dies wird dadurch intensiviert, da sich entsprechend den Bedürfnissen des Berechtigten der Inhalt einer Dienstbarkeit im Lauf der Zeit aber auch unter Berücksichtigung der technischen und wirtschaftlichen Entwicklung und einem dadurch gesteigerten Nutzungsbedarf ändern, insbes. auch erweitern kann. Hier stellt sich die Frage, inwieweit diese Veränderungen noch vom Inhalt der Dienstbarkeit gedeckt sind und eine Berechtigung auch im Umfang der eingetretenen Änderung besteht.

In der Rechtsprechung findet sich eine Vielzahl von Entscheidungen zu diesem Themenbereich.

Geklärt ist, dass insbesondere bei Wege- und Durchfahrtsrechten auch solche Personen, die zum Eigentümer des herrschenden Grundstücks in einem besonderen Verhältnis stehen, nämlich Familienangehörige, Hausgenossen, Kunden, Besucher, Angestellte, Mieter und Pächter, gleichermaßen

⁸⁴ BGH, Urteil vom 25.10.1991, NJW 1992, 1101 = DNotZ 1993, 55 = Rpfleger 1992, 338;

⁸⁵ OLG Celle, Beschluss vom 15.10.2004, NJW-RR 2005, 102;

⁸⁶ OLG Celle, Beschluss vom 15.10.2004, NJW-RR 2005, 102; BayObLG, Beschluss vom 13.02.2003, MDR 2003, 684 = NotBZ 2003, 198;

⁸⁷ BGH, Urteil vom 14.03.2003, NJW RR 2003, 733 = DNotZ 2003, 553 = Rpfleger 2003, 410;

⁸⁸ BGH, Urteil vom 14.03.2003, NJW RR 2003, 733 = DNotZ 2003, 553 = Rpfleger 2003, 410;

⁸⁹ BayObLG, Beschluss vom 03.11.1987, NJW-RR 1988, 594 = DNotZ 1988, 313 = Rpfleger 1988, 62;

⁹⁰ BayObLG, Beschluss vom 03.11.1987, NJW-RR 1988, 594 = DNotZ 1988, 313 = Rpfleger 1988, 62;

zur Nutzung berechtigt sind.⁹¹ Einer besonderen Grundbucheintragung bedarf dies deshalb nicht.

Mit Urteil vom 11.04.2003 hatte der BGH⁹² über folgenden Sachverhalt zu entscheiden, welcher charakteristisch für die Problematik solcher eingetretenen Nutzungsänderungen in Folge eines größeren Zeitablaufs ist:

Fall: Veränderung des Nutzungsbedarfs für das herrschende Grundstück

BGH, Urteil vom 11.04.2003⁹³

Das herrschende Grundstück, Flurstück 92, verfügte über keinen eigenen Zugang zum öffentlichen Straßennetz. Deshalb wurde zu Lasten des dienenden Grundstücks (O.-L.-Straße 125 B) im Jahr 1931 eine Grunddienstbarkeit (Wegerecht) eingetragen, die den jeweiligen Eigentümer des Flurstücks 92 dazu berechtigt, das Grundstück „zu landwirtschaftlichen Zwecken zu überwegen und mit Fahrzeugen zu befahren“. Bei Bestellung der Grunddienstbarkeit wurde das Flurstück 92 als Ackerland genutzt. Der nunmehrige Eigentümer betreibt jetzt dort eine Gärtnerei, in der Blumen und Zierpflanzen aufgezogen und an Groß- und Einzelhändler veräußert werden. Zu diesem Zweck pachtete er weitere Grundstücke hinzu, erwarb ein weiteres Grundstück Flurstück Nr. 78 und errichtete auf diesem sowie auf Flurstück Nr. 92 jeweils ein Wohnhaus, außerdem errichtete er auf Flurstück Nr. 92 umfangreiche Gewächshäuser. Die Zuwegung zu den Baulichkeiten auf dem Flurstück 92 wurde durch die Eintragung von Grunddienstbarkeiten (Geh- und Fahrrechte mit Ausnahme der Benutzung zu gewerblichen Zwecken) zu Lasten der im Eigentum Dritter stehenden Flurstücke 60, 62 und 67 gesichert.

Der klagende Eigentümer des dienenden Grundstücks (O.-L.-Straße 125 B) hat die Auffassung vertreten, die Nutzung des über sein Grundstück verlaufenden Wegs für Zwecke des Gartenbaubetriebs und des auf dem Flurstück 92 befindlichen Wohnhauses sowie zugunsten der hinzugepachteten Grundstücke und des Flurstücks 78 sei durch die Grunddienstbarkeit nicht mehr gedeckt. Insoweit hat er die Beklagten auf Unterlassung in Anspruch genommen.

Der BGH führte im Grundsatz aus, dass Inhalt und Umfang einer zeitlich unbegrenzten Dienstbarkeit nicht in jeder Beziehung von vornherein für alle Zeiten fest lägen, sondern gewissen Veränderungen unterworfen seien, die sich aus der wirtschaftlichen und technischen Entwicklung ergäben. Maßgeblich sei nicht die augenblickliche, bei Bestellung der Grunddienstbarkeit gerade bestehende Nutzung; es komme vielmehr auf den allgemeinen, der Verkehrsauffassung entsprechenden und äußerlich für jedermann ersichtlichen Charakter des betroffenen Grundstücks an sowie auf das Bedürfnis, von dem Wegerecht in diesem Rahmen Gebrauch zu

machen. Dementsprechend könne der Umfang einer Dienstbarkeit mit dem Bedürfnis des herrschenden Grundstücks wachsen, wenn sich die Bedarfssteigerung in den Grenzen einer der Art nach gleich bleibenden Benutzung dieses Grundstücks halte und nicht auf eine zur Zeit der Dienstbarkeitsbestellung nicht vorhersehbare oder auf eine willkürliche Benutzungsänderung zurückzuführen sei.

Der BGH gelangte zu der Auffassung, dass sich der ursprüngliche Charakter des Ackergrundstücks nicht dadurch änderte, dass der Berechtigte, anstatt Feldfrüchte anzubauen, damit begonnen hatte, Blumen und Zierpflanzen auf den Freiflächen heranzuziehen.

Jedoch habe die Errichtung der Gewächshäuser und des Hauses eine grundlegende Änderung der landwirtschaftlichen Nutzung zur Folge, da hierdurch ein Gartenbaubetrieb mit vielfältigen Außenbeziehungen geschaffen worden sei, die eine erhebliche Steigerung des Verkehrsaufkommens mit sich brächten. Der umfangreiche Verkehrsbedarf des Gartenbaubetriebs sei in seiner jetzigen Form mit demjenigen einer landwirtschaftlichen Freifläche weder in quantitativer noch in qualitativer Hinsicht vergleichbar. Die Bedarfssteigerung beruhe damit nicht allein auf einer naturgemäßen Fortentwicklung der technischen oder wirtschaftlichen Verhältnisse, sondern wesentlich auch auf einer von den Dienstbarkeitsberechtigten vorgenommenen, im Zeitpunkt der Dienstbarkeitsbestellung nicht vorhersehbaren Intensivierung der Nutzung.

Nach Auffassung des BGH muss der Dienstbarkeitsberechtigte sämtliche Fahrten unterlassen, die ausschließlich durch die Bebauung des Flurstücks 92 mit einem Wohnhaus und Gewächshäusern veranlasst sind. Bereits in der ersten Instanz war entsprechendes Verbot der Zuwegung über Flurst. Nr. 92 zu dem Wohnhaus auf Flurst. Nr. 78 ausgesprochen worden.

Soweit der Dienstbarkeitsberechtigte das Grundstück des Klägers für Fahrten von und zu den Freilandflächen des Gartenbaubetriebs nutzen dürfe, müsse der Kläger grundsätzlich auch das Befahren mit Lkws selbst mit einem zulässigen Gesamtgewicht von mehr als 7,5 t hinnehmen. Der Dienstbarkeitsberechtigte sei jedoch wegen des Gebots der möglichst schonenden Ausübung des Wegerechts gemäß § 1020 BGB verpflichtet, Materialanlieferungen nach Möglichkeit auf mehrere kleinere Lastkraftwagen zu verteilen.

Insoweit war also vom Umfang der Dienstbarkeit gedeckt, dass nunmehr auch die Zufahrt mit modernen LKW's und nicht nur kleineren landwirtschaftlichen Fahrzeugen erfolgen durfte.

In einer Parallelenentscheidung zu diesem Sachverhalt hat der BGH mit Urteil vom 06.06.2003⁹⁴ darüber befunden, ob die Dienstbarkeit auch dem Betrieb auf den hinzugepachteten Flächen diene.

Der BGH führte in seinem Leitsatz folgendes aus: „Wird ein auf dem herrschenden Grundstück unterhaltener Betrieb durch Hinzupachten von Flächen erweitert, so erlaubt eine Grunddienstbarkeit in Form eines Wegerechts grundsätzlich keine Nutzung, die dem Betrieb auf den Pachtflächen dient. Nur soweit der durch die Erweiterung des Betriebs erhöhte Bedarf auch bei einer an sich möglich gewesenem Erweiterung auf dem herrschenden Grundstück entstanden wäre und dies auf eine zur Zeit der Dienstbarkeitsbestellung vor-

⁹¹ BGH, Urteil vom 21.05.1971, NJW 1971, 1454 = DNotZ 1971, 471; Bay-ObLG, Urteil vom 06.07.1992, Bay-ObLGZ 1992, 224;

⁹² BGH, Urteil vom 11.04.2003, NJW RR 2003, 412 = DNotZ 2003, 704 = Rpfleger 2003, 412;

⁹³ BGH, Urteil vom 11.04.2003, NJW RR 2003, 412 = DNotZ 2003, 704 = Rpfleger 2003, 412;

⁹⁴ BGH Urteil vom 06.06.2003, NJW-RR 2003, 1237 = Rpfleger 2003, 493;

hersehbare Bedarfssteigerung, in der Sache aber gleich bleibende Nutzung zurückzuführen ist, kann eine andere Betrachtung geboten sein.“

Weitere Beispiele, mit der sich die Rechtsprechung zur Auslegung des Inhalts von Dienstbarkeiten in neuerer Zeit zu befassen hatte, sind⁹⁵:

BGH, Urteil vom 07.07.2000:

Eine Dienstbarkeit, die dem Inhaber die unterirdische Verlegung, den Betrieb und die Unterhaltung einer Ferngasleitung mit Kabel und Zubehör (betriebsinterne Überwachungsleitung) gestattet, berechtigt nicht zu einer umfassenden telekommunikativen Nutzung der belasteten Grundstücke.⁹⁶

BGH, Urteil vom 08.02.2002:

Eine Baubeschränkung auf „eineinhalbgeschossige“ Bauweise kann Inhalt einer Grunddienstbarkeit sein. Dem eingetragenen Inhalt einer Grunddienstbarkeit (hier: „eineinhalbgeschossige“ Bauweise) kann jedoch nicht aufgrund von Schlußfolgerungen aus der Lage der beteiligten Grundstücke ein veränderter Inhalt (Verbot, den freien Blick auf die Landschaft zu verbauen) beigemessen werden.⁹⁷

BayObLG, Beschluss vom 16.10.2003:

Eine altrechtliche Grunddienstbarkeit, die zur Herstellung und Nutzung eines Eiskellers berechtigt, hat als Folge der wirtschaftlichen und technischen Entwicklung, die einen Eiskeller überflüssig macht, nicht dazu geführt, dass der Keller allgemein zu Brauereizwecken genutzt werden darf. Die Grunddienstbarkeit ist vielmehr erloschen, weil das Recht zur Nutzung als Eiskeller mehr als 10 Jahre nicht mehr ausgeübt wurde.⁹⁸

OLG München, Urteil vom 17.10.2002:

Das zu Gunsten eines Schulgeländes bestehende Geh- und Fahrrecht am dienenden Grundstück, darf der Schulbetreiber auch insoweit in Anspruch nehmen, als Personen das Geh- und Fahrrecht nutzen, die den Pausenverkauf in einem für diese Zwecke erstellten Pavillon auf dem Schulgrundstück tätigen, auch wenn dieser Verkaufspavillon nach Eintragung der Grunddienstbarkeit auf einem nachträglich hinzu gekauften Grundstücksteil errichtet wurde. Entscheidend ist insoweit, dass sich der Pavillon auf Schulgelände befindet, auf dem seit jeher ein Bedarf für die Versorgung von Schülern und Lehrern mit Pausenmahlzeiten und –getränken bestand.⁹⁹

Die vorgenannten Entscheidungen und Sachverhalte zeigen, dass es für den Berechtigten aus der Dienstbarkeit ratsam sein kann, künftige Entwicklungen zu bedenken und – soweit rechtlich zulässig – als Inhalt der Dienstbarkeit zu vereinbaren.

So hat es das BayObLG¹⁰⁰ als zulässig erachtet, bei einer Grunddienstbarkeit, nach der der jeweilige Eigentümer des dienenden Grundstücks entschädigungslos alle Einwirkun-

gen aus dem Betrieb der auf dem herrschenden Grundstück errichteten und betriebenen baulichen und sonstigen, insbesondere immissionsrechtlich genehmigungspflichtigen Anlagen zu dulden hatte, gleichzeitig zu bestimmen, dass dies auch dann gilt, wenn sich diese Einwirkungen künftig ihrem Umfang nach oder durch eine Änderung des Betriebs und der hierbei angewandten Verfahren ändern. Eine solche Bestimmung wahrt auch den Bestimmtheitsgrundsatz.¹⁰¹

8. Beschränkte persönliche Dienstbarkeit, Unterlassungsdienstbarkeit unter Zustimmungsvorbehalt

Die Eintragungsbewilligung einer Grunddienstbarkeit kann auch unter einem schuldrechtlichen Zustimmungsvorbehalt wie folgt formuliert werden¹⁰²:

„Folgende Maßnahmen des jeweiligen Eigentümers des Grundstücks unterliegen der Zustimmung des jeweiligen Eigentümers des Grundstücks

- a) die Ausübung eines Gewerbes auf dem Grundstück unbeschadet etwaiger gesetzlicher Bestimmungen,
- b) die Vornahme des Außenanstrichs zur Wahrung der Einheitlichkeit der Gesamtanlage.“

Auf die Wirksamkeit der beiden Grunddienstbarkeiten hat es keinen Einfluss, dass die Eintragungsbewilligung die Vornahme der untersagten Handlungen von der Zustimmung des jeweiligen Eigentümers des herrschenden Grundstücks abhängig macht.

Ein solcher Erlaubnisvorbehalt stellt den sachenrechtlichen Inhalt und Umfang der Grunddienstbarkeit, also das Bestimmtheitsanforderung, nicht in Zweifel, sondern lässt lediglich die Möglichkeit offen, auf schuldrechtlicher Grundlage eine abweichende Vereinbarung zu treffen.¹⁰³

So ist in der Rechtsprechung im Rahmen der Bierbezugsverpflichtungen und Gaststättendienstbarkeiten grundsätzlich anerkannt, dass ein Grundstückseigentümer ein dingliches Recht mit zulässigem Inhalt bestellen kann, während der Berechtigte gegenüber dem Eigentümer schuldrechtlich auf die Ausübung dieses dinglichen Rechts unter bestimmten Voraussetzungen verzichtet.¹⁰⁴

Eine typische Unterlassungsdienstbarkeit, die üblicherweise mit Zustimmungsvorbehalt formuliert wird, stellt das Wohnbesetzungsrecht dar.

Beispiel einer Formulierung:¹⁰⁵

„Die Wohnungen dürfen nur von Personen genutzt werden, die durch den jeweiligen Eigentümer des dienenden Grundstücks mit Zustimmung des Freistaates Bayern, ... bestimmt werden; die Zustimmung gilt als erteilt für Personen, die entweder Inhaber des auf dem dienenden Grundstück betriebenen Gewerbebetriebes sind oder hauptberuflich im Gewerbebetrieb des Bestimmungsberechtigten tätig sind oder zu dessen noch nicht selbständigen und

⁹⁵ vgl. hierzu auch Ricken, „Grunddienstbarkeiten bei Veränderungen der tatsächlichen Verhältnisse“, WM 2002, 979

⁹⁶ BGH, Urteil vom 07.07.2000, NJW 2000, 3206 = DNotZ 2001, 64 = Rpfleger 2000, 540;

⁹⁷ BGH, Urteil vom 08.02.2002, NJW 2002, 1797 = DNotZ 2002, 718 = Rpfleger 2002, 352;

⁹⁸ BayObLG, Beschluss vom 16.10.2003, Rpfleger 2004, 156 = MittBayNot 2004, 192;

⁹⁹ OLG München, 17.10.2002, MittBayNot 2003, 219, Erweiterung eines Schulgebäudes durch einen Verkaufspavillon;

¹⁰⁰ BayObLG, Beschluss vom 15.04.2004 = BWNotZ 2006, 41 = NJW-RR 2004, 1460 = DNotZ 2004, 928 = Rpfleger 2004, 561;

¹⁰¹ BayObLG, Beschluss vom 15.04.2004 = BWNotZ 2006, 41 = NJW-RR 2004, 1460 = DNotZ 2004, 928 = Rpfleger 2004, 561;

¹⁰² BGH, Urteil vom 24.09.1982, NJW 1983, 1363 = Rpfleger 1983, 15;

¹⁰³ BGH, Urteil vom 24.09.1982, NJW 1983, 1363 = Rpfleger 1983, 15; OLG Karlsruhe, Urteil vom 23.04.1986, NJW 1986, 3212; BGH, Urteil vom 25.03.1980, NJW 1981, 343;

¹⁰⁴ BGH, Urteil vom 18.05.1979, NJW 1979, 2150 = DNotZ 1980, 43;

¹⁰⁵ BayObLG, Beschluss vom 22.05.2000, DNotZ 2001, 73 = NJW-RR 2001, 1022;

wirtschaftlich oder durch andere Lebensumstände von ihm abhängigen Familienangehörigen gehören.“

9. Sicherung von Bezugsverpflichtungen zur Abnahme von Bier, Wärme, Treibstoffen und anderen Waren durch beschränkte persönliche Dienstbarkeit

Da Grunddienstbarkeiten nicht auf eine Leistungsverpflichtung oder ein positives Tun gerichtet sein können, kann eine Verpflichtung zur Abnahme von Bier, Wärme, Treibstoffen und anderen Waren nicht unmittelbar durch eine Dienstbarkeit gesichert werden.

Die Vertragspraxis löst diese Problematik über das vom BGH grundsätzlich gestattete Nebeneinander von Dienstbarkeit und schuldrechtlichem Nutzungsvertrag.¹⁰⁶ Mittels einer Unterlassungsdienstbarkeit wird ein grundsätzliches Verbot geschaffen, ohne Zustimmung des Berechtigten die betreffende Ware oder Leistung auf dem betreffenden Grundstück zu vertreiben. Daneben schließen der Grundstückseigentümer und das Lieferunternehmen einen schuldrechtlichen Bezugsvertrag, der dem Eigentümer gestattet, die Erzeugnisse des Unternehmens zu vertreiben.¹⁰⁷

Auf die Formulierung der Dienstbarkeit ist in diesen Fällen besonderen Wert zu legen. Der Inhalt der Dienstbarkeit darf nicht dazu führen, dass die rechtliche Verfügungsbefugnis des Eigentümers eingeschränkt wird. Eine Einschränkung der rechtlichen Freiheit im Hinblick auf die wirtschaftliche Führung des Gewerbebetriebs stellt es dar, wenn die Dienstbarkeit dahingehend formuliert ist, dass verboten wird, auf dem Grundstück andere Waren als eines bestimmten Herstellers oder Lieferanten zu vertreiben, z. B. Bierlieferungsverträge mit einer Getränkebezugsverpflichtung, Tankstellendienstbarkeiten mit ausschließlicher Bezugsverpflichtung.¹⁰⁸

Zulässig sind dagegen Dienstbarkeiten, die dem Eigentümer generell verbieten, auf dem Grundstück Bier und sonstige Getränke auszuschenken oder zu vertreiben¹⁰⁹, eine Gastwirtschaft zu betreiben¹¹⁰ oder eine Tankstelle zu errichten¹¹¹, auch wenn solche Dienstbarkeiten bezwecken, eine schuldrechtliche Bierbezugsverpflichtung zu sichern.

Formulierungsbeispiele:

- Unterlassungsdienstbarkeit

Es wird bewilligt und beantragt, zu Lasten des Grundstücks und zu Gunsten der Brauerei X eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit einzutragen, dass eine Gastwirtschaft oder Bierverkaufsstelle sonstiger Art nicht betrieben werden darf (bzw. Formulierung: „... nur mit Zustimmung der Brauerei ... in ... oder deren Rechtsnachfolger betrieben werden darf“).¹¹²

- Nutzungs- und Unterlassungsdienstbarkeit

Es wird bewilligt und beantragt, zu Lasten des Grundstücks und zu Gunsten der Brauerei X eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit einzutragen, dass

- a) die Brauerei ... das ausschließliche Recht erhält, auf dem Grundstück eine Gastwirtschaft zu errichten und Brauereierzeugnisse jeder Art zu betreiben.
- b) dass eine Gastwirtschaft oder Bierverkaufsstelle sonstiger Art nicht betrieben werden darf.¹¹³

Bei der zweiten Formulierung werden die Einräumung eines Nutzungsrechtes sowie die Verpflichtung zur Unterlassung gewisser Handlungen in einer Dienstbarkeit zusammengefasst. Dies ist zulässig.¹¹⁴

10. Verpflichtung zu einem positiven Tun / Einschränkung der rechtlichen Verfügungsbefugnis des Eigentümers - Ferienparkbetriebsrecht¹¹⁵

Die Thematik der Sicherung von Warenbezugsverpflichtungen macht deutlich, wie schwierig die Abgrenzung einer unzulässigen Einschränkung der Verfügungsbefugnis (z.B. Verbot des Vertriebs von Waren bestimmter Hersteller) von einer zulässigen Dienstbarkeit (z.B. generelles Verbot von Waren einer bestimmten Gattung) sein kann, obwohl wirtschaftlich mit der zweiten Variante und der Kombination mit schuldrechtlichen Verträgen das gleiche erreicht wird. Der Händler darf im Ergebnis nämlich nur bestimmte Waren auf seinem Grundstück veräußern. Gleichzeitig wird er mittelbar zu einem positiven Tun, nämlich zur Abnahme bestimmter Waren verpflichtet.

Eine neuere Entscheidung des BGH vom 14.03.2003¹¹⁶ befasst sich im Hinblick auf die Begründung von Ferienparkbetriebsrechten ebenfalls mit diesen Fragen.

Fall: Ferienparkbetriebsrecht

BGH, Urteil vom 14.03.2003¹¹⁷

Nach dem Inhalt der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit durfte ein Appartement nur als Ferienwohnung bewirtschaftet und einem wechselnden Personenkreis zur Erholung zur Verfügung gestellt werden. Weiterhin war geregelt, dass allein der Betriebsgesellschaft die Verwaltung und die Vermietung des Appartements, die Versorgung mit Wärme - Gasversorgung -, der Betrieb der Kabelfernsehanlage (eigene Antennenanlagen sind untersagt) und der Betrieb einer Hotel-Telefonanlage obliegt.

¹⁰⁶ BGH, Urteil vom 18.05.1979, NJW 1979, 2150 = DNotZ 1980, 43; BGH, Urteil vom 20.09.1974, NJW 1974, 1232;

¹⁰⁷ vgl. hierzu Schöner / Stöber, a.a.O., Rdn. 1221 ff mit weiteren Nachweisen;

¹⁰⁸ BGH, Beschluss vom 30.01.1959, NJW 1959, 670 = DNotZ 1959, 191; BGH, Urteil vom 03.05.1985, NJW 1985, 2474 = DNotZ 1986, 618;

¹⁰⁹ BGH, Urteil vom 25.03.1980, NJW 1981, 343, 344;

¹¹⁰ OLG Karlsruhe, Urteil vom 23.04.1986; NJW 1986, 3212;

¹¹¹ BGH, Beschluss vom 30.01.1959, NJW 1959, 670 = DNotZ 1959, 191;

¹¹² OLG Karlsruhe, Urteil vom 23.04.1986; NJW 1986, 3212; BGH, Urteil vom 25.03.1980, NJW 1981, 343;

¹¹³ vgl. hierzu auch ausführliche Formulierungsbeispiele bei Schöner / Stöber, a.a.O., Rdn. 1219 und Sandweg, Beck'sches Formularbuch, 8. Auflage 2003, 713 ff;

¹¹⁴ vgl. hierzu Schöner / Stöber, a.a.O., Rdn. 1222;

¹¹⁵ BGH, Urteil vom 14.03.2003, NJW RR 2003, 733 = DNotZ 2003, 553 = Rpfleger 2003, 410;

¹¹⁶ BGH, Urteil vom 14.03.2003, NJW RR 2003, 733 = DNotZ 2003, 553 = Rpfleger 2003, 410;

¹¹⁷ BGH, Urteil vom 14.03.2003, NJW RR 2003, 733 = DNotZ 2003, 553 = Rpfleger 2003, 410;

Der BGH hat entschieden, dass ein solches Ferienparkbetriebsrecht Inhalt einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit sein kann. Er hat die Regelungen sowohl als Nutzungsdienstbarkeit (§§ 1090, 1018, 1. Alternative BGB), als auch als Unterlassungsdienstbarkeit (Gebrauchsbeschränkung, §§ 1090, 1018, 2. Alternative BGB) für zulässig erachtet.

Verpflichtung zu einem positiven Tun

In vorstehender Entscheidung wurde gegen die Gültigkeit der Dienstbarkeit eingewandt, dass diese unzulässig sei, weil nunmehr eine Verpflichtung begründet werde, Verträge über die Verwaltung und Vermietung, über die Wärmeversorgung sowie über den Betrieb einer Kabelfernseh- und einer Hoteltelefonanlage mit dem Betreiber abzuschließen. Der BGH sah hierin jedoch keine Verpflichtung zu einem positiven Tun. Der BGH führte aus:

„Die Dienstbarkeit zugunsten der Beklagten verpflichtet die Klägerin nicht zu einem positiven Tun. Gegenstand des dinglichen Rechts ist auch nicht eine unmittelbare Leistungspflicht der Klägerin dahingehend, mit der Beklagten Verträge über die Verwaltung und Vermietung, über die Wärmeversorgung sowie über den Betrieb einer Kabelfernseh- und einer Hoteltelefonanlage abzuschließen. Die Grundbucheintragung und die darin in Bezug genommene Eintragungsbewilligung besagen lediglich, dass das Appartement nur als Ferienwohnung bewirtschaftet und einem wechselnden Personenkreis zur Erholung zur Verfügung gestellt werden und die Beklagte dafür die vorgenannten Leistungen erbringen darf. Somit ist die Dienstbarkeit auf die Benutzung des Sondereigentums der Klägerin gerichtet (§§ 1090, 1018, 1. Alt. BGB). Das hat für die Klägerin allerdings zur Folge, dass sie - sofern sie das Appartement nicht leer stehen lassen will - darauf angewiesen ist, die Leistungen der Beklagten in Anspruch zu nehmen. Die Bestellung der Dienstbarkeit diene aus Sicht der Beklagten somit der Absicherung künftiger schuldrechtlicher Verpflichtungen der Klägerin. Das begegnet nach der bisherigen Senatsrechtsprechung zu Tankstellen- und Brauereidienstbarkeiten und zur mittelbaren dinglichen Absicherung von Fernwärmebezugspflichten keinen rechtlichen Bedenken. Es besteht kein Anlass, den hier zu entscheidenden Fall anders zu beurteilen. Denn die Klägerin kann ihr Appartement zwar in wirtschaftlich sinnvoller Weise nur als an Dritte zu vermietende Ferienwohnung nutzen. Aber dieser mittelbare tatsächliche Druck führt nicht dazu, dass die Klägerin rechtlich zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet ist.“¹¹⁸

Im übrigen können schuldrechtliche Verpflichtungen, insbesondere Verpflichtungen, die auf ein positives Tun gerichtet sind, nicht Inhalt einer Dienstbarkeit sein.

Beispiele aus der Praxis:

Anspruch auf

- Ersterstellung der Anlage,
- Eingehung einer Haftpflichtversicherung,¹¹⁹
- Errichtung eines Zaunes.

Dagegen kann mit dem Anspruch auf Unterhaltung (vgl. §§ 1020 und 1021 BGB) im Einzelfall auch ein Anspruch auf Wiederherstellung abgedeckt sein.¹²⁰

¹¹⁸ BGH, Urteil vom 14.03.2003, NJW RR 2003, 733 = DNotZ 2003, 553 = Rpfleger 2003, 410;

¹¹⁹ Palandt/Bassenge, 65. Aufl., § 1021, Rdn. 2;

¹²⁰ LG Heilbronn, Beschluss vom 14.03.1975, BWNotZ 1975, 124; Palandt/Bassenge, 65. Aufl., § 1021, Rdn. 2;

Einschränkung der rechtlichen Verfügungsbefugnis des Eigentümers

Der BGH führte in seiner Entscheidung zum Ferienparkbetriebsrecht ferner aus, dass die Dienstbarkeit auch nicht die rechtliche Verfügungsbefugnis der Eigentümerin des Appartements beschränke, sondern diese habe - wie bei einer Wohnungsbesetzungsdienstbarkeit¹²¹ oder Fremdenverkehrsdienstbarkeit¹²² - eine zulässige Beschränkung im tatsächlichen Gebrauch des Appartements zum Inhalt (Unterlassungsdienstbarkeit). Die aus dem Eigentum der Klägerin fließende Befugnis, mit der Sache nach Belieben zu verfahren und andere von jeder Einwirkung auszuschließen (§ 903 BGB), werde dahin eingeschränkt, dass das Appartement nur als Ferienwohnung bewirtschaftet und an einen wechselnden Personenkreis vermietet werden könne und die Beklagte zur Verwirklichung dieses Zwecks bestimmte Leistungen erbringen dürfe. Das alles sei auf eine Beschränkung des tatsächlichen Gebrauchs gerichtet. Gegen einen solchen Inhalt der Dienstbarkeit bestünden keine rechtlichen Bedenken. Das gelte auch unter dem Gesichtspunkt, dass die Verwaltung und Vermietung des Appartements sowie das Erbringen weiterer Leistungen allein der Betreibergesellschaft obliege. Denn diese Handlungen hätten unmittelbare Wirkungen auf den Gebrauch des Wohnungseigentums; sie dienten der Sicherung der Nutzung als Ferienwohnung. Bedenken bestünden nur, wenn damit der Eigentümerin die Verwaltung auch insoweit entzogen wäre, als sie nicht der Bewirtschaftung und Vermietung als Ferienwohnung diene. Dies sei aber bei der gebotenen objektiven Auslegung der Eintragungsbewilligung nicht der Fall. Der Eigentümer werde von der Verwaltung nur insoweit ausgeschlossen, als es um die Nutzung als Ferienwohnung gehe. Im übrigen könne er wie ein Eigentümer weiter verfügen, also z.B. über die Ausstattung oder Modernisierung des Sondereigentums selbst bestimmen.¹²³

11. Teilung des herrschenden Grundstücks

Mit Teilung des herrschenden Grundstücks besteht die Grunddienstbarkeit gemäß § 1025 Satz 1 BGB als einheitliches Recht in Bruchteilsgemeinschaft für die einzelnen Teile fort. Es entstehen nicht mehrere Dienstbarkeiten.¹²⁴

Wird das Grundstück geteilt, für dessen jeweiligen Eigentümer eine Dienstbarkeit besteht, so ist das Grundbuchamt nach Auffassung des BayObLG¹²⁵ nicht verpflichtet, die Teilung des herrschenden Grundstücks auf dem Blatt des belasteten Grundstücks zu vermerken. Ein entsprechender Vermerk sei zwar zulässig; da es aber nur um eine Erleichterung der Lektüre des Grundbuchs gehe, gebe es keine Rechtsgrundlage dafür, das Grundbuchamt zu einer entsprechenden Eintragung anzuweisen.¹²⁶

Zuzustimmen ist jedoch der Gegenauffassung. Da sich mit der Grundstücksteilung nämlich die Bezeichnung des einge-

¹²¹ BGH, Urteil vom 14.03.2003, NJW RR 2003, 733 = DNotZ 2003, 553 = Rpfleger 2003, 410 unter Hinweis auf: RGZ 111, 384, 392 ff.; BayObLGZ 1982, 184, 186 ff.; 2000, 140; BayObLG MittBayNot 2001, 317; Staudinger/Mayer, BGB [2002], § 1090 Rdn. 18;

¹²² vgl. BayObLG, Beschluss vom 17.05.1985, NJW 1985, 2485 = DNotZ 1986, 228; Demharter, a.a.O., 25. Aufl., Anh. zu § 44 Rdn. 25;

¹²³ BGH, Urteil vom 14.03.2003, NJW RR 2003, 733 = DNotZ 2003, 553 = Rpfleger 2003, 410;

¹²⁴ Palandt/Bassenge, 65. Aufl., § 1025, Rdn. 1; Schöner / Stöber, a.a.O., Rdn. 1166;

¹²⁵ BayObLG, Beschluss vom 06.04.1995, DNotZ 1996, 24 = MittBayNot 1995, 286;

¹²⁶ BayObLG, Beschluss vom 06.04.1995, DNotZ 1996, 24 = MittBayNot 1995, 286;

tragenen „jeweiligen Eigentümers“ des herrschenden Grundstücks ändert, ist dessen unrichtige Angabe als unrichtige Tatsachenangabe richtig zu stellen (vergleichbar der Namensänderung).¹²⁷

Der Berichtigungsvermerk in der Spalte Veränderungen kann wie folgt gefasst werden:

Grundstück des Berechtigten nach Teilung jetzt BlattFlurst. Nr. und Blatt Flurst. Nr..... Berichtigt am ...¹²⁸

Gemäß § 1025 Satz 2 BGB erlischt die Dienstbarkeit kraft Gesetzes ohne Löschung an dem betreffenden Teilgrundstück, wenn sie nur noch dem anderen Teilgrundstück zum Vorteil gereicht (§ 1019 BGB). Grundbuchberichtigung kann nach §§ 894 BGB, 22 GBO erfolgen.¹²⁹

12. Teilung des dienenden Grundstücks

Nach Teilung des belasteten Grundstücks ist jedes Grundstück mit einer Dienstbarkeit belastet. Ist jedoch die Ausübung der Grunddienstbarkeit auf einen bestimmten Teil des belasteten Grundstücks beschränkt, sind gemäß § 1026 BGB die Teile, welche außerhalb des Bereichs der Ausübung liegen, von der Dienstbarkeit frei. Die Dienstbarkeit erlischt kraft Gesetzes an dem Teil, der außerhalb des Ausübungsbereichs liegt. Grundbuchberichtigung kann nach §§ 894 BGB, 22 GBO erfolgen.¹³⁰

13. Vereinigungen beim herrschenden Grundstück

Wird das herrschende Grundstück einer Grunddienstbarkeit mit einem Grundstück vereinigt, erstreckt sich die Berechtigung aus der Grunddienstbarkeit formal auf das Gesamtgrundstück. Die Ausübung der Berechtigung ist aber zu Gunsten des Teils des Gesamtgrundstücks beschränkt, der das ursprünglich herrschende Grundstück bildete. Wird die Vereinigung später rückgängig gemacht, erlischt die Berechtigung an der Grunddienstbarkeit für das durch Vereinigung mit dem ursprünglich herrschenden Grundstück verbundene Grundstück.¹³¹

Mit der Vereinigung eines Teileigentumsrechts (herrschendes „Grundstück“) mit einem weiteren Teileigentumsrecht hatte sich das BayObLG mit der nachfolgenden Entscheidung zu befassen:

Fall: Vereinigung von Teileigentumsrechten
BayObLG, Beschluss vom 15.12.2002¹³²

Mit zunächst erstellter notarieller Urkunde vereinigte die Beteiligte die Teileigentumseinheiten T1 und T16 und bewilligte und beantragte die Eintragung dieser Vereinigung im Grundbuch gemäß § 890 BGB. Für das Teileigentum T 16 bestand eine Dienstbarkeit/Nutzungsrecht an oberirdischen Stellplätzen. Außerdem bewilligte und beantragte sie im eigenen und im Namen der jeweiligen Eigentümer der übrigen Miteigentumsanteile des belasteten Grundstücks die Änderung der Dienstbarkeit in der Weise, dass künftig anstelle des jeweiligen Eigentümers des Teileigentums T16 nunmehr der jeweilige Eigentümer des vereinigten Teileigentums T1/T16 Berechtigter dieses Nutzungsrechts sei.

Mit weiterer Urkunde vom selben Tag teilte die Beteiligte wiederum das vereinigte Teileigentum T1/T16 in die vorherigen eigenständigen Teileigentumseinheiten T1 und T16 und bewilligte und beantragte die Änderung der Dienstbarkeit hinsichtlich des herrschenden Teileigentums in der Weise, dass anstelle des Eigentümers des vereinigten Teileigentums T1/T16 nunmehr der jeweilige Eigentümer des Teileigentums T1 Berechtigter dieses Nutzungsrechts ist.

Zustimmungen der nachträglich eingetragenen Berechtigten am belasteten Grundstück lagen nicht vor.

Kann den Anträgen entsprochen werden?

Den Anträgen konnte im Ergebnis nicht entsprochen werden.

Die Eintragungen scheiterten bereits daran, dass die Vereinigung der Teileigentumseinheiten T 1 und T 16 auf Grund der Vorschrift des § 5 Abs. 2 Satz 1 GBO (keine nebeneinander liegende Einheiten) nicht in das Grundbuch eingetragen werden durften.

Als subjektiv dingliches Recht war die Grunddienstbarkeit, wie sie hier als Nutzungsrecht zugunsten der Teileigentumseinheit T16 entstanden und eingetragen ist, nach § 96 BGB wesentlicher Bestandteil des herrschenden Teileigentums geworden. Sie konnte deshalb ohne Aufhebung und Löschung nicht von diesem getrennt werden. Demgemäß konnte die Berechtigung aus der Grunddienstbarkeit nur zusammen mit dem herrschenden Teileigentum übertragen werden.

Bei einer Vereinigung des herrschenden Teileigentums mit einem anderen Teileigentum erstreckt sich die Berechtigung zwar formal auf den jeweiligen Eigentümer des neuen Gesamtteileigentums. Die Ausübung der Berechtigung ist aber zu Gunsten des Teils des Gesamtteileigentums beschränkt, der früher das herrschende Teileigentum bildete. Dies hat zur Folge, dass dann, wenn später die Vereinigung rückgängig gemacht wird, Berechtigter der Grunddienstbarkeit nur der

¹²⁷ Schöner / Stöber, a.a.O., Rdn. 1166;

¹²⁸ Schöner / Stöber, a.a.O., Rdn. 1166;

¹²⁹ Palandt/Bassenge, 65. Aufl., § 1025, Rdn. 2;

¹³⁰ Palandt/Bassenge, 65. Aufl., § 1026, Rdn. 1 und 2; vgl. auch hierzu auch BGH, Urteil vom 03.05.2002, NJW 2002, 3021 = DNotZ 2002, 721 = Rpfleger 2002, 511 sowie oben unter II, 2; vgl. Schöner / Stöber, a.a.O., Rdn. 1189 zu den Einzelheiten des Nachweises der Grundbuchunrichtigkeit;

¹³¹ BayObLG, Beschluss vom 05.12.2002, NJW-RR 2003, 451 = DNotZ 2003, 352 = Rpfleger 2003, 241;

¹³² BayObLG, Beschluss vom 05.12.2002, NJW-RR 2003, 451 = DNotZ 2003, 352 = Rpfleger 2003, 241;

jeweilige Eigentümer des ursprünglich herrschenden Teileigentums bleibt. Weil die Ausübung der Berechtigung aus der Dienstbarkeit auf das früher herrschende Teileigentum beschränkt blieb, brachte die Grunddienstbarkeit dem durch Vereinigung hinzugefügten Teileigentum keinen Vorteil; für dieses ist die Grunddienstbarkeit daher wieder mit der Teilung (§ 1025 Satz 2 BGB) erloschen.

Eine Erstreckung der Grunddienstbarkeit einschließlich der Ausübung der Berechtigung auf das durch Vereinigung entstandene Gesamteigentum hätte eine Neubestellung der Grunddienstbarkeit zu Gunsten des jeweiligen Eigentümers auch des durch Vereinigung hinzu verbundenen Teileigentums zur Voraussetzung.

Diese Voraussetzung war im vorliegenden Fall zwar auf Grund der Mitwirkung aller Eigentümer des belasteten Grundstücks gegeben. Den Rang der ursprünglichen Grunddienstbarkeit hätte die Grunddienstbarkeit in diesem Fall aber nur dann erhalten können, wenn die Berechtigten derjenigen Rechte, die nach der ursprünglich eingetragenen Grunddienstbarkeit entstanden sind, der Rangänderung zugestimmt hätten (§ 880 Abs. 1 BGB). Da entsprechende Zustimmungen nicht vorlagen, wurden die Anträge zurückgewiesen.¹³³

14. Vereinigungen beim dienenden Grundstück

Wird ein mit einer Grunddienstbarkeit belastetes Grundstück mit anderen Grundstücken vereinigt (§ 890 Abs. 1 BGB), so erstreckt sich die bestehende Belastung nicht auf die anderen Teile des neuen Grundstücks.

Belastungen der bisherigen Einzelgrundstücke bleiben vielmehr bei der Vereinigung als Belastungen des jeweiligen Grundstücksteils weiterhin selbständig bestehen. Bestehende Belastungen des jeweiligen Grundstücksteils in Abteilung II des Grundbuchs erstrecken sich daher gesetzlich nicht auf den jeweils anderen Grundstücksteil des neuen Grundstücks.¹³⁴

Fall: Gutgläubiger Erwerb einer ursprünglich auf ein Flurstück beschränkten Grunddienstbarkeit.

OLG Hamm, Beschluss vom 21.01.2003¹³⁵

Das dienende Grundstück war mit einer Grunddienstbarkeit belastet. Es wurde sodann mit einem anderen Grundstück vereinigt. Nunmehr wurde ein Loseblattgrundbuch angelegt. Aus diesem war nicht mehr ersichtlich, dass die Grunddienstbarkeit ursprünglich nur auf einem Teilgrundstück lastete. Das herrschende Grundstück wurde sodann veräußert. Der Eigentümer des herrschenden Grundstücks beruft sich auf einen gutgläubigen Erwerb der Dienstbarkeit an dem nunmehrigen Gesamtgrundstück.

Das OLG Hamm führte zunächst aus, dass auch eine Grunddienstbarkeit kraft guten Glaubens erworben werden kann.

¹³³ BayObLG, Beschluss vom 05.12.2002, NJW-RR 2003, 451 = DNotZ 2003, 352 = Rpfleger 2003, 241;

¹³⁴ OLG Hamm, Beschluss vom 21.01.2003, DNotZ 2003, 355 = Rpfleger 2003, 349;

Beim Erwerb eines Grundstücks werden stets die für den jeweiligen Eigentümer dieses Grundstücks eingetragenen Grunddienstbarkeiten unbeschadet des Umstandes, dass bei dem Rechtsübergang eine Eintragung auf dem dienenden Grundstück nicht erfolgt, mit erworben, da Grunddienstbarkeiten als Bestandteil des Grundstücks gelten. Dies gilt unabhängig davon, ob ein Herrschvermerk eingetragen ist.

Das Gericht ging davon aus, dass infolge der Nichtübertragung der früheren Umstände (Grunddienstbarkeit am ursprünglichen Teilgrundstück) das Grundbuch unrichtig geworden sei. Bestehende Belastungen des jeweiligen Grundstücksteils in Abteilung II des Grundbuchs würden sich daher gesetzlich nicht auf den jeweils anderen Grundstücksteil des neuen Grundstücks erstrecken. Vielmehr bleibe nur das ursprüngliche Grundstück mitbelastet. Dies sei jedoch nunmehr aus dem Grundbuch nicht mehr ersichtlich, so dass das Grundbuch durch die entgegen den gesetzlichen Vorschriften vorgenommene Eintragung unrichtig geworden sei.

Bei Umschreibung der Grundbücher ist deshalb in solchen Fällen Vorsicht geboten, da die Nichtverlautbarung der ursprünglichen Sachlage zu einer Unrichtigkeit des Grundbuchs führt.

Im vorliegenden Fall hätte das Grundbuchamt dies vermeiden können, indem es bei der Dienstbarkeit „ursprünglich vor Vereinigung lastend auf Flurst. Nr.“ vermerkt hätte.

Derartige Fallkonstellationen des gutgläubigen Erwerbs werden selbstverständlich nur dann relevant, wenn die Dienstbarkeit am ursprünglich dienenden Grundstück insgesamt, also ohne Ausübungsbeschränkung eingetragen ist.

15. Erlöschen

Eine Grunddienstbarkeit erlischt gemäß § 875 Abs. 1 BGB durch materielle rechtsgeschäftliche Aufgabeerklärung des Berechtigten und Löschung im Grundbuch. Die Zustimmung der dinglich Berechtigten¹³⁶ des herrschenden Grundstücks ist dabei gemäß § 876 BGB bei der Grunddienstbarkeit erforderlich.

Sie erlischt auch, wenn ihre Ausübung aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen dauernd ausgeschlossen ist oder unmöglich wird oder der für das herrschende Grundstück gewährte Vorteil dauernd entfällt (§ 1019 Satz 1 BGB).¹³⁷ Soweit das Grundbuch nunmehr unrichtig geworden ist, erfolgt die Löschung aufgrund Löschungsbewilligung des Eigentümers des bisher herrschenden Grundstücks oder mittels Grundbuchberichtigung gemäß § 22 GBO. Bei Grundbuchberichtigung bedarf es des Nachweises durch öffentliche Urkunde (§ 29 GBO).¹³⁸ Das Grundbuchamt kann die Löschung einer gegenstandslosen Eintragung auch im Amtsverfahren gemäß §§ 84 ff. GBO vornehmen.¹³⁹

¹³⁵ OLG Hamm, Beschluss vom 21.01.2003, DNotZ 2003, 355 = Rpfleger 2003, 349;

¹³⁶ siehe hierzu oben II, 4 „Grunddienstbarkeit als wesentlicher Bestandteil / Bedeutung des Herrschvermerks“;

¹³⁷ BGH, Urteil vom 24.02.1984; NJW 1984, 2157 = MDR 1984, 1015; siehe hierzu auch oben II, 5; vgl. hierzu auch Schöner / Stöber, a.a.O., Rdn. 1188 mit weiteren Nachweisen;

¹³⁸ BayObLG, Beschluss vom 02.08.1989, NJW-RR 1989, 1495 = MittBayNot 1989, 314;

¹³⁹ vgl. hierzu auch BayObLG, Beschluss vom 02.08.1989, NJW-RR 1989, 1495 = MittBayNot 1989, 314; Demharter, Grundbuchordnung, 25. Aufl., 2005, § 84, Rdn. 1 ff;

Die Grunddienstbarkeit erlischt ferner, wenn sie aufgrund auflösender Bedingungen bestellt wurde oder eine Befristung angeordnet ist.

Eine Grunddienstbarkeit erlischt ferner kraft Gesetzes

- bei Teilung des herrschenden Grundstücks bezüglich der neuen Grundstücke, für die kein Vorteil besteht (§ 1025 Satz 2 BGB);
- in Folge Teilung des dienenden Grundstücks bezüglich der neuen Grundstücke, die nicht betroffen sind (§ 1026 BGB);¹⁴⁰
- falls der Anspruch auf Beseitigung einer die Dienstbarkeit beeinträchtigenden Anlage auf dem belasteten Grundstück verjährt ist (§ 1028 BGB) und zwar auch dann, wenn die Dienstbarkeit im Grundbuch eingetragen ist.

Die beschränkte persönliche Dienstbarkeit erlischt gemäß § 875 Abs. 1 BGB durch materielle Aufgabekündigung des Berechtigten sowie Löschung im Grundbuch sowie unter anderem

- durch den Tod des Berechtigten, wobei zur Löschung der Nachweis des Ablebens durch Sterbeurkunde genügt; bei juristischen Personen führt erst deren Erlöschen nach Beendigung der Liquidation, nicht bereits deren Auflösung zum Erlöschen der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit;¹⁴¹ da keine Rückstände möglich sind, kommt eine Löschungsklausel für den Todesfall nach § 23 Abs. 2 GBO nicht in Betracht, es sei denn, es ist eine Unterhaltungspflicht des Eigentümers nach § 1021 BGB vereinbart;
- durch Teilung des dienenden Grundstücks bezüglich der neuen Grundstücke, die von der Dienstbarkeit nicht berührt sind (§§ 1026, 1090 Abs. 2 BGB);
- mit Eintritt von auflösenden Bedingungen sowie Ablauf von Befristungen
- oder wenn aus tatsächlichen und rechtlichen Gründen die Ausübung für dauernd ausgeschlossen ist oder unmöglich wird (z.B. eine behördliche Genehmigung für den Bimsabbau im Wasserschutzgebiet wird nicht erteilt)¹⁴² oder überhaupt keinerlei Vorteil für den Berechtigten besteht.¹⁴³

III. Pflicht zur schonenden Ausübung und Unterhaltungspflichten

Die gesetzlichen Unterhaltungspflichten einer Anlage im Verhältnis des herrschenden und berechtigten Eigentümers zum dienenden Eigentümer ergeben sich aus den §§ 1020 – 1023 ff BGB. Die Regelungen sind Ausdruck der Verpflichtung zur gegenseitigen Rücksichtnahme beider Teile und zur schonenden Ausübung. Sie begründen neben dem dinglichen Recht ein gesetzliches Begleitschuldverhältnis, aus dem sich gegenseitige Rechte und Pflichten ergeben.¹⁴⁴

¹⁴⁰ vgl. hierzu auch Schöner / Stöber, a.a.O., Rdn. 1189;

¹⁴¹ Schöner / Stöber, a.a.O., Rdn. 1217;

¹⁴² BGH, Urteil vom 07.12.1984, NJW 1985, 1025 = Rpfleger 1985, 185 = DNotZ 1985, 549;

¹⁴³ BGH, Urteil vom 07.12.1984, NJW 1985, 1025 = Rpfleger 1985, 185 = DNotZ 1985, 549;

¹⁴⁴ BGH, Urteil vom 28.06.1985, DNotZ 1986, 25 = NJW 1985, 264; BGH, Urteil vom 03.02.1989, DNotZ 1989, 565 = NJW 1989, 1607; vgl. zum Begleitschuldverhältnis auch Amann, DNotZ 1989, 534 „Leistungspflichten und Leistungsansprüche aus Dienstbarkeiten“;

1. Pflicht zur schonenden Ausübung der Dienstbarkeit durch den Berechtigten:

§ 1020 Satz 1 BGB:

„Bei der Ausübung einer Grunddienstbarkeit hat der Berechtigte das Interesse des Eigentümers des belasteten Grundstücks tunlichst zu schonen.“

Sinn und Zweck dieser Vorschrift ist es, den Eigentümer in der Benutzung nur insoweit einzuschränken, als es zur sachgemäßen Rechtsausübung für den Berechtigten notwendig ist¹⁴⁵. Im Streitfall findet regelmäßig eine Interessenabwägung statt. Bei der Prüfung, ob eine Dienstbarkeit tunlichst schonend ausgeübt wird, sind einerseits das Interesse des Grundstückseigentümers an der ungehinderten Nutzung seines Grundstücks und andererseits das Interesse des Begünstigten an der sachgemäßen Ausübung seines Rechts gegeneinander abzuwägen.¹⁴⁶

So hat der Berechtigte unerhebliche Erschwernisse, z.B. Verschließen des Weges am Eingang zum dienenden Grundstück bei Nacht durch ein Tor¹⁴⁷ oder eine Verengung der Einfahrt durch einen überbauten Torweg,¹⁴⁸ hinzunehmen. Er muss berechnete Schutzvorkehrungen des Eigentümers gegen Eindringen, Beschädigen und Entwenden akzeptieren und damit verbundene Einschränkungen seines Ausübungsrechtes anerkennen.¹⁴⁹ Andererseits braucht er sein berechtigtes Interesse an einer wirtschaftlichen Nutzung nicht zurückstellen.¹⁵⁰

Der Eigentümer des dienenden Grundstücks kann gegen eine aus § 1020 Satz 1 BGB folgende Beeinträchtigung seines Eigentums mit der Klage gemäß § 1004 BGB auf Beseitigung oder bei Wiederholungsgefahr auf Unterlassung der Störung vorgehen.

Außerdem kann er im Falle einer schuldhaften Verletzung der Pflicht zur schonenden Ausübung vom Berechtigten Schadensersatz nach den Grundsätzen der positiven Forderungsverletzung aus §§ 280 Abs. 1, 241 BGB sowie aus §§ 823, 831 BGB verlangen. Ein Anspruch auf Aufhebung der Dienstbarkeit besteht jedoch nicht.¹⁵¹

Die Schonungspflicht nach 1020 Satz 1 BGB besteht ohne Rücksicht darauf, ob der Berechtigte die Anlage allein oder mit dem Grundstückseigentümer gemeinsam nutzt.

¹⁴⁵ Palandt/Bassenge, 65. Aufl., § 1020, Rdn 2;

¹⁴⁶ BGH, Urteil vom 06.02.2004, NotBZ 2004, 307 = WM 2004, 2171; vgl. auch BGH, Urteil vom 22.06.1990, NJW 1991, 176 = Rpfleger 1990, 454;

¹⁴⁷ OLG Frankfurt, Beschluss vom 29.11.1985, NJW-RR 1986, 763;

¹⁴⁸ vgl. RG SeuffA 64, 313, 314;

¹⁴⁹ OLG Frankfurt, Beschluss vom 29.11.1985, NJW-RR 1986, 763;

¹⁵⁰ Münchener Kommentar, 4. Aufl., 2004, Falckenberg, § 1020 BGB, Rdn. 4; vgl. dort auch mit weiteren Nachweisen Rdn. 5;

¹⁵¹ Münchener Kommentar, 4. Aufl., 2004, Falckenberg, § 1020 BGB, Rdn. 6; Palandt/Bassenge, 65. Aufl., § 1020, Rdn. 1; vgl. auch BGH, Urteil vom 23.11.2001, NJW 2002, 678 = Rpfleger 2002, 258; (der BGH verneinte im konkreten Fall die geltend gemachten Abwehr- und Schadensersatzansprüche des Eigentümers des dienenden Grundstücks (§§ 1004, 823 Abs. 1 BGB), weil dieser nach § 57 Abs. 1 Nr. 1 TKG verpflichtet war, die von der Berechtigten in dem von der Dienstbarkeit erfassten Schutzstreifen verlegten Schutzrohrbündel und das Einblasen von weiteren Kabeln in die Schutzrohre zu dulden.)

2. Gesetzliche Unterhaltungspflicht einer Anlage gemäß § 1020 Satz 2 BGB

§ 1020 Satz 2 BGB:

„Hält er (der Berechtigte) zur Ausübung der Dienstbarkeit auf dem belasteten Grundstück eine Anlage, so hat er sie in ordnungsmäßigem Zustand zu erhalten, soweit das Interesse des Eigentümers es erfordert.“

a) Anlage

Unter einer Anlage im Sinne dieser Vorschrift versteht man eine für eine gewisse Dauer bestimmte, von Menschenhand zur Benutzung des Grundstücks geschaffene Einrichtung.¹⁵² Der Begriff der Anlage ist jedoch nicht einengend auszulegen. So ist z.B. bei Kabelrechten von Versorgungsunternehmen auch der gesamte von der Dienstbarkeit für die unterirdische Verlegung von Erdgasleitungen und Zubehör geschützte Bereich, der sogenannte Schutzstreifen, einschließlich der verlegten Rohre und Zubehöreinrichtungen als Anlage zu verstehen.¹⁵³

Der BGH hat nunmehr sogar einen unbefestigten Weg, der nur aus zwei Fahrspuren bestand, als eine Anlage im Sinne des § 1020 Satz 2 BGB angesehen.¹⁵⁴ Für die Erfüllung des Merkmals Anlage genügt dem BGH, dass dieser bereits durch ständiges Befahren mit Kraftfahrzeugen entstanden war.¹⁵⁵

b) Halten einer Anlage

Das Merkmal des Haltens einer Anlage ist bereits erfüllt, wenn sich der Berechtigte diese wirtschaftlich nutzbar macht¹⁵⁶ oder er diese nicht nur vorübergehend im eigenen Interesse für Zwecke der Dienstbarkeit verwendet.¹⁵⁷ Es kommt nicht darauf an, wer die Anlage errichtet hat oder in wessen Eigentum diese steht.¹⁵⁸

c) Unterhaltungspflicht des Berechtigten bei Alleinbenutzung,

§ 1020 Satz 2 BGB statuiert eine Erhaltungspflicht bzw. Unterhaltungspflicht des Berechtigten für die von ihm gehaltene Anlage, soweit das Interesse des Eigentümers es erfordert.

§ 1020 Satz 2 BGB wählt den Begriff der Erhaltung, während § 1021 BGB von einer Unterhaltungspflicht spricht. Beide Begriffe haben den selben Inhalt.¹⁵⁹ Auch der BGH sowie die Kommentarliteratur verwenden im Rahmen des § 1020 Satz 2 BGB den Begriff der „Unterhaltung“ der Anlage.¹⁶⁰

§ 1020 Satz 2 BGB erweitert die Pflichten des Berechtigten aus Satz 1 und soll Beeinträchtigungen des Eigentümers durch den Zustand der Anlage vermeiden. Mit „Interesse des Eigentümers“ meint § 1020 Satz 2 BGB nicht jedes Interesse des Eigentümers, sondern nur sein Integritätsinteresse. Der Berechtigte ist deshalb nur verpflichtet, von der Anlage ausgehende Beeinträchtigungen des Eigentümers zu vermeiden, die Verkehrssicherheit sicherzustellen und gegebenenfalls auch für ein ordentliches Aussehen der Anlage zu sorgen.¹⁶¹ Den Gegensatz zur Unterhaltung bildet die Neuherstellung. Der Begriff der Unterhaltung darf jedoch nicht zu eng verstanden werden. Je nach den Umständen ist auch die Ausbesserung, Erneuerung und Wiederherstellung einer Anlage umfasst, und zwar unabhängig davon, ob sie durch Zufall oder infolge Verschuldens des Berechtigten beschädigt oder zerstört worden ist. Im Einzelfall kann dies sogar mit einer Pflicht zur Neuerrichtung verbunden sein, etwa dann, wenn die alte Anlage den Sicherheitsvorschriften nicht mehr entspricht.¹⁶²

Ein Benutzungsinteresse des Eigentümers an der Anlage ist durch diese Vorschrift nicht geschützt. Dies ergibt sich mittelbar aus § 1021 Abs. 1 Satz 2 BGB.¹⁶³

§ 1020 Satz 2 BGB regelt somit nur das Interesse des Eigentümers an dem „äußeren“ Zustand der Anlage, so z.B., dass von ihr keine unzumutbaren Geräusche oder sonstigen Immissionen ausgehen. Für den „inneren“ Zustand der Anlage, insbesondere für ihre Gebrauchsfähigkeit und Funktionstauglichkeit zu sorgen, obliegt dem Berechtigten im eigenen Interesse und ist keine Pflicht gegenüber dem Eigentümer.¹⁶⁴

d) Grundbucheintragung der gesetzlichen Unterhaltungspflicht?

Die gesetzliche Erhaltungs- bzw. Unterhaltungspflicht nach § 1020 Satz 2 BGB kann (nach bisheriger h.M.) nicht in das Grundbuch eingetragen werden.¹⁶⁵ Eine Regelung in der Eintragungsbewilligung hat daher nicht zu erfolgen.¹⁶⁶

e) Gesetzliche Unterhaltungspflicht bei Mitbenutzung des Eigentümers, Abweichung des BGH von der bislang h.M., Urteile vom 12.11.2004¹⁶⁷, 17.02.2006¹⁶⁸ und 07.07.2006¹⁶⁹

¹⁵² BGH, Urteil vom 17.02.2006, = NJW 2006, 1428 = DNotI-Report 2006, Heft 8, 64 f = DNotZ, 2006, 685; BGH, Urteil vom 23.11.2001, NJW 2002, 678 = Rpfleger 2002, 258;

¹⁵³ BGH, Urteil vom 23.11.2001, NJW 2002, 678 = Rpfleger 2002, 258;

¹⁵⁴ BGH, Urteil vom 17.02.2006, = NJW 2006, 1428 = DNotI-Report 2006, Heft 8, 64 f = DNotZ, 2006, 685;

¹⁵⁵ BGH, Urteil vom 17.02.2006, = NJW 2006, 1428 = DNotI-Report 2006, Heft 8, 64 f = DNotZ, 2006, 685; siehe hierzu unten III, 2, e;

¹⁵⁶ Schöner / Stöber, Grundbuchrecht, 13. Aufl., 2004, Rdn. 1153;

¹⁵⁷ Münchener Kommentar, a.a.O., § 1020 BGB, Rdn. 9;

¹⁵⁸ allgemeine Meinung; Münchener Kommentar, a.a.O., § 1020 BGB, Rdn. 9;

¹⁵⁹ Amann, DNotZ 2005, 621, 622;

¹⁶⁰ BGH, Urteil vom 12.11.2004, NJW 2005, 894 = DNotZ 2005, 617; Münchener Kommentar, a.a.O., § 1020 BGB, Rdn. 9; vgl. hierzu Amann, DNotZ 2005, 621, 622;

¹⁶¹ BGH, Urteil vom 12.11.2004, NJW 2005, 894 = DNotZ 2005, 617; Münchener Kommentar, a.a.O., § 1020 BGB, Rdn. 11;

¹⁶² Münchener Kommentar, a.a.O., § 1020 BGB, Rdn. 11;

¹⁶³ Münchener Kommentar, a.a.O., § 1020 BGB, Rdn. 11;

¹⁶⁴ Münchener Kommentar, a.a.O., § 1020 BGB, Rdn. 11 mit weiteren Nachweisen;

¹⁶⁵ Schöner / Stöber, a.a.O., Rdn. 1153; Münchener Kommentar, a.a.O., § 1020 BGB, Rdn. 7; Meikel, Grundbuchrecht, 9. Auflage, Morvilius, Rdn. C, 236 c; OLG Frankfurt, Beschluss vom 19.10.1982, Rpfleger 1983, 61, BayObLG DNotZ 1966, 174 = NJW 1966, 56 = Rpfleger 1966, 367;

¹⁶⁶ Schöner / Stöber, a.a.O., Rdn. 1153;

¹⁶⁷ BGH, Urteil vom 12.11.2004, NJW 2005, 894 = DNotZ 2005, 617;

¹⁶⁸ BGH, Urteil vom 17.02.2006, NJW 2006, 1428 = DNotI-Report 2006, Heft 8, 64 f = DNotZ, 2006, 685;

¹⁶⁹ BGH, Urteil vom 07.07.2006, MittBayNot 2006, 495;

Fall: Kostenbeteiligung für die Erneuerung der Einfahrt und Errichtung eines Hoftores

BGH, Urteil vom 12.11.2004, NJW 2005, 894 = DNotZ 2005, 617;

Die Grundstücke der Kläger haben einen gemeinsamen Innenhof, welcher durch eine Toreinfahrt auf dem Grundstück der Beklagten befahren werden darf. Die Durchfahrt auf dem Grundstück der Beklagten ist durch eine altrechtliche Dienstbarkeit zu Gunsten der jeweiligen Eigentümer der Klägergrundstücke gesichert, deren Bestand in einem früheren Verfahren gerichtlich festgestellt ist.

An der Hofdurchfahrt brachten die Beklagten ein Eisentor an. Sie wollen den Klägern die Schlüssel nur gegen Zahlung von 50 bzw. 100 Euro aushändigen.

Die Kläger verlangen von den Beklagten die Gestattung eines jederzeit (kosten-) freien Durchgangs sowie die Entfernung des Tors. Die Beklagten verlangen widerklagend von den Klägern anteiligen Ersatz der Kosten für die Errichtung des Eisentores, der Erneuerung der Hofdurchfahrt und der Entfernung von Graffiti sowie die Feststellung, dass diese verpflichtet sind, den Beklagten je 1/7 der zukünftigen Instandhaltungskosten zu ersetzen.

Die bislang überwiegende h.M. lehnte einen Anspruch des mitbenutzenden Eigentümers des dienenden Grundstücks gegenüber dem Berechtigten aus der Dienstbarkeit auf Beteiligung an den Kosten der Unterhaltung und Instandsetzung der Durchfahrt ab.

Nach dieser bis zur Entscheidung des BGH vom 12.11.2004 vertretenen herrschenden Meinung wird eine Anlage im Sinne von § 1020 Satz 2 BGB von dem Dienstbarkeitsberechtigten nur "gehalten", wenn dieser das alleinige Benutzungsrecht hat.¹⁷⁰

Nach einer Mindermeinung¹⁷¹ konnte eine Anlage im Sinne von § 1020 BGB dagegen auch von einem Dienstbarkeitsberechtigten gehalten werden, der eine Mitbenutzung durch den Eigentümer des dienenden Grundstücks zu dulden hat. Nach dieser Auffassung ist der Dienstbarkeitsberechtigte abweichend von § 1020 Satz 2 BGB nicht allein, sondern nur anteilig zur Unterhaltung verpflichtet.

Die Konsequenz der bislang herrschenden Meinung war, dass solche Fälle der gemeinsamen Benutzung einer Anlage, bei denen eine Vereinbarung nach § 1021 BGB nicht getroffen war, sich in einem rechtsleeren Raum bewegten.¹⁷² War nämlich eine Vereinbarung nicht getroffen, so konnte keiner vom anderen die Unterhaltung der Anlage verlangen. Vielmehr war jeder in seinem eigenen Interesse gehalten, die Anlage so zu unterhalten, wie es für seine Belange erforderlich war. Dem anderen gegenüber war er dazu aber nicht verpflichtet.¹⁷³

Der BGH schloss sich nunmehr der bisherigen Mindermeinung an.

Bei einem Recht des Eigentümers zur Mitbenutzung erfordere sein Interesse im Sinne von § 1020 Satz 2 BGB nicht, dass der Berechtigte die Kosten einer Erhaltung der Anlage in ordnungsgemäßem Zustand in vollem Umfang allein trage. Im Umfang seiner Nutzung müsse der Eigentümer solche Kosten vielmehr selbst tragen, wenn eine entsprechende Unterhaltungslast des Berechtigten nicht nach Maßgabe von § 1021 Abs. 1 Satz 2 BGB zum Inhalt der Grunddienstbarkeit gemacht worden sei. Wie die Kostenanteile des Berechtigten einerseits und des Eigentümers andererseits zu ermitteln seien, bestimme § 1020 Satz 2 BGB nicht. Diese planwidrige Lücke der Vorschrift könne durch eine entsprechende Anwendung des Gemeinschaftsrechts geschlossen werden. Die Kostenanteile bestimmten sich deshalb nach Gemeinschaftsrecht. Im Zweifel würden der Dienstbarkeitsberechtigte und der Eigentümer die Kosten nach §§ 748, 742 BGB je zur Hälfte zu tragen haben. Möglich sei auch, dass die Feststellungen im Einzelfall ergeben könnten, dass es den Interessen der Parteien eher entspreche, die Unterhaltungspflicht an dem Maß der jeweiligen Nutzung auszurichten.

Weigere sich der Berechtigte eine Unterhalts- oder Instandsetzungsmaßnahme durchzuführen, die das Interesse des Eigentümers erfordere, könne der Eigentümer die Maßnahme durchführen lassen und von dem Berechtigten im Umfang seiner Kostenbeteiligung Erstattung der Kosten als Schadensersatz statt der Leistung gemäß §§ 280 Abs. 1 und 3, 281 Abs. 2 BGB verlangen.

Der Bundesgerichtshof bejahte im konkreten Fall somit eine grundsätzliche anteilige Kostenerstattungspflicht der Dienstbarkeitsberechtigten. In der Sache selbst konnte jedoch noch nicht entschieden werden, da es weiterer Aufklärung bedurfte, ob die Errichtung des Tores notwendig war, um die Verkehrssicherheit herzustellen oder um eine Beschädigung des Eigentums der Beklagten durch die Durchfahrt zu verhindern.¹⁷⁴

Eine ähnliche Fallgestaltung lag der Entscheidung des OLG Frankfurt vom 29.11.1985¹⁷⁵ zu Grunde. In dieser Entscheidung brachte der Grundstückseigentümer des dienenden Grundstücks ebenfalls ein Tor am Eingang des gemeinsamen Weges auf seinem Grundstück an. Seiner Klage, wonach im Wege der schonenden Ausübung das Tor vom Berechtigten in der Nacht aus Sicherheitsgründen abzuschließen sei, gab das Gericht statt. Eine Verpflichtung zur Kostenbeteiligung für die Errichtung des Tores erachtete das Gericht in Ansehung der damals herrschenden Meinung dagegen als nicht begründet.¹⁷⁶

¹⁷⁰ BGH, Urteil vom 12.11.2004, NJW 2005, 894 = DNotZ 2005, 617, u.a. unter Hinweis auf folgende Rechtsprechung und Literatur: OLG Hamm MDR 2003, 737; OLG Köln NJW-RR 1996, 16; im Ergebnis auch: OLG Karlsruhe OLGZ 1985, 100, 102; AnwaltKom-BGB/Otto, BGB, § 1021 Rdn. 11; Bamberger/Roth/Wegmann, BGB, § 1020 Rdn. 9; MünchKomm-BGB/Falckenberg, 4. Aufl., § 1020 Rdn. 9; Palandt/Bassenge, BGB, 63. Aufl., § 1020 Rdn. 3; Planck, BGB, 5. Aufl., § 1021 Anm. 3; RGRK/Rothe, BGB, 12. Aufl., § 1021 Rdn. 4; Soergel/Stürner, 13. Aufl., § 1021 Rdn. 3; Staudinger/Mayer [2002], § 1020 Rdn. 14).

¹⁷¹ Erman/Grziwotz, BGB, 11. Aufl., § 1020 Rdn. 3; ähnlich schon Turnau/Förster, Liegenschaftsrecht, Bd. I, Sachenrecht des BGB, 3. Aufl., § 1021 BGB Erl. 1;

¹⁷² Amann, DNotZ 2005, 621;

¹⁷³ DNotl-Report 2000, Heft 14, 117, 118 mit weiteren Nachweisen;

¹⁷⁴ BGH, Urteil vom 12.11.2004, NJW 2005, 894 = DNotZ 2005, 617;

¹⁷⁵ OLG Frankfurt, Urteil vom 29.11.1985, NJW-RR 1986, 763;

In einer weiteren Entscheidung vom 17.02.2006 hat der BGH unter Zugrundelegung seiner jetzigen Rechtsprechung folgenden Fall zu entscheiden:

Fall: Verpflichtung des Berechtigten aus einer Dienstbarkeit zum Unterhalt eines unbefestigten Weges

BGH, Urteil vom 17.02.2006, NJW 2006, 1428 = DNotI-Report 2006, Heft 8, 64 f = DNotZ, 2006, 685;¹⁷⁷

Ein Grundstück ist mit einer Grunddienstbarkeit (Wegerecht) zu Gunsten des Nachbargrundstücks belastet. Die Bewohner des Nachbargrundstücks erreichen ihr Grundstück mit ihren Kraftfahrzeugen nur über den betreffenden Weg. Der Weg ist unbefestigt und besteht lediglich aus zwei Fahrspuren. Der Eigentümer des belasteten Grundstücks, der den Weg ebenfalls mitbenutzt, möchte diesen erneuern und verlangt vom Berechtigten aus der Dienstbarkeit die hälftige Beteiligung an den Instandsetzungskosten. Eine Kostenverteilung bzw. Kostenregelung ist nicht getroffen.

Hier war die Vorinstanz auf Grund der bisherigen überwiegenden h.M. der Auffassung, dass dem Eigentümer und Verpflichteten aus der Grunddienstbarkeit kein Anspruch auf eine Kostenbeteiligung gegenüber den Berechtigten aus dem Wegerecht nach § 1020 Satz 2 BGB zustehe; zum einen sei der Weg keine Anlage im Sinne der Vorschrift, zum anderen finde diese Vorschrift nur dann Anwendung, wenn dem Dienstbarkeitsberechtigten die alleinige Befugnis zur Benutzung einer Anlage zustehe.

Anders entschied der BGH im Anschluss an sein Urteil vom 12.11.2004.¹⁷⁸

Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts handele es sich bei dem Weg um eine Anlage im Sinne dieser Vorschrift. Darunter verstehe man eine für eine gewisse Dauer bestimmte, von Menschenhand zur Benutzung des Grundstücks geschaffene Einrichtung. Nichts anderes sei ein Weg, auch wenn er unbefestigt sei und nur aus zwei Fahrspuren bestehe. Denn er sei wenigstens durch ständiges Befahren mit Kraftfahrzeugen entstanden, falls er nicht irgendwann einmal angelegt worden sei. Spätestens seit dem Entstehen der Fahrspuren und sonstiger Veränderungen der Erdoberfläche, die mit der Benutzung der Fläche zum Betreten und Befahren zusammenhängen, sei der unbefestigte Weg eine vom Menschen geschaffene Einrichtung, die der Ausübung der für den jeweiligen Eigentümer des Hinterliegergrundstücks bestehenden Dienstbarkeit auf unbestimmte Dauer diene.

Der Berechtigte aus der Dienstbarkeit müsse die Unterhaltungs- und Instandsetzungskosten zur Hälfte in entsprechender Anwendung von §§ 748, 742 BGB tragen. Anhaltspunkte dafür, dass eine andere Kostenverteilung, etwa nach dem Maß einer unterschiedlichen Nutzung, angebracht sei, gebe es nicht.¹⁷⁹

¹⁷⁶ OLG Frankfurt, Urteil vom 29.11.1985, NJW-RR 1986, 763; vgl. auch Urteil des OLG Hamm vom 03.04.2003, MDR 2003, 737; das OLG Hamm lehnte den Anspruch auf anteilige Erstattung von Reparaturkosten an einer gemeinsam benutzten Treppe unter Hinweis auf die bisherige h.M. ab, wonach §1020 BGB nur zur Anwendung komme, wenn der Berechtigte die Anlage allein nutze.

¹⁷⁷ Vgl. weiterhin auch BGH, Urteil vom 07.07.2006, MittBayNot 2006, 495;

¹⁷⁸ BGH, Urteil vom 12.11.2004, NJW 2005, 894 = DNotZ 2005, 617;

¹⁷⁹ BGH, Urteil vom 17.02.2006, NJW 2006, 1428 = DNotI-Report 2006, Heft 8, 64 f = DNotZ, 2006, 685;

vgl. auch BGH, Urteil vom 07.07.2006, MittBayNot 2006, 495;

3. Vereinbarte Unterhaltungspflicht einer Anlage gemäß § 1021 BGB

§ 1021 BGB:

- (1) Gehört zur Ausübung einer Grunddienstbarkeit eine Anlage auf dem belasteten Grundstück, so kann bestimmt werden, dass der Eigentümer dieses Grundstücks die Anlage zu unterhalten hat, soweit das Interesse des Berechtigten es erfordert. Steht dem Eigentümer das Recht zur Mitbenutzung der Anlage zu, so kann bestimmt werden, dass der Berechtigte die Anlage zu unterhalten hat, soweit es für das Benutzungsrecht des Eigentümers erforderlich ist.
- (2) Auf eine solche Unterhaltungspflicht finden die Vorschriften über die Reallasten entsprechende Anwendung.

Vertraglich vereinbarte Unterhaltungspflichten gehören zum Inhalt der Dienstbarkeit und bedürfen gemäß § 873 BGB der Eintragung im Grundbuch. Sie können bei Bestellung der Grunddienstbarkeit oder nachträglich (§ 877 BGB) getroffen werden. Die vereinbarte Unterhaltungspflicht ist im Grundbucheintrag nicht besonders zu erwähnen, es genügt die Bezugnahme gemäß § 874 BGB.¹⁸⁰ Die Eintragung solcher Unterhaltungspflichten im Grundbuch als Reallast ist nicht erforderlich. Die Vereinbarungen haben gemäß § 1021 Abs. 2 BGB reallastartigen Charakter. Soll jedoch eine selbständige Unterhaltungspflicht eingetragen werden, so kann dies nur durch Reallast geschehen.¹⁸¹

Alleinbenutzung durch den Berechtigten

Gemäß § 1021 Abs. 1 BGB kann bestimmt werden, dass der Eigentümer des belasteten Grundstücks die Anlage zu unterhalten hat, soweit das Interesse des Berechtigten es erfordert. Wie bereits ausgeführt, kann bei Alleinbenutzungsrecht des Berechtigten seine gesetzliche Pflicht zur Unterhaltung nicht in das Grundbuch eingetragen werden.¹⁸²

Die Übertragung der Unterhaltungspflicht auf den Grundstückseigentümer hebt die gesetzliche Unterhaltungspflicht des Berechtigten aus § 1020 Satz 2 BGB auf. Es kann auch bestimmt werden, dass der Eigentümer nur einen Teil der Unterhaltungskosten zu bezahlen hat. Soll jedoch bezüglich des Restes der Kosten eine Unterhaltungspflicht des Berechtigten vereinbart werden, so ist dies nur bei Mitbenutzung möglich.¹⁸³

Mitbenutzung

Liegt eine Fallkonstellation der Mitbenutzung der Anlage vor, so kann gemäß § 1021 Satz 2 BGB bestimmt werden, dass der Berechtigte die Anlage zu unterhalten hat, und zwar auch insoweit, als es für das Benutzungsinteresse des Eigentümers erforderlich ist. Hierbei kann auch bestimmt werden, dass der Berechtigte nur einen Teil der Unterhaltungspflicht trägt. In der Praxis ist bei gemeinsamer Benutzung üblich, die Vereinbarungen nach § 1021 Satz 1 (Unterhaltungspflicht des Eigentümers) und Satz 2 (Unterhaltungspflicht des Berechtigten) zu verbinden und die Verteilung, in der Regel zu je ½, zu regeln.¹⁸⁴

¹⁸⁰ Schöner / Stöber, a.a.O., Rdn. 1153 a;

¹⁸¹ Schöner / Stöber, a.a.O., Rdn. 1153 c;

¹⁸² Schöner / Stöber, a.a.O., Rdn. 1153; Münchener Kommentar, a.a.O., § 1020 BGB, Rdn. 7; Meikel, Grundbuchrecht, 9. Auflage, Morvilius, Rdn. C, 236 c; OLG Frankfurt, Beschluss vom 19.10.1982, Rpfleger 1983, 61, BayObLG DNotZ 1966, 174 = NJW 1966, 56 = Rpfleger 1966, 367;

¹⁸³ Palandt/Bassenge, 65. Aufl., § 1021, Rdn. 2;

¹⁸⁴ vgl. hierzu Mustertexte bei: Schöner / Stöber, a.a.O., Rdn. 1113; Sandweg, Beck'sches Formularbuch, 8. Auflage 2003, 674;

Rechtsprechung

BGB § 1933

Das Eingreifen des § 1933 BGB setzt lediglich voraus, dass ein rechthängiger Scheidungsantrag zur Zeit des Erbfalls begründet ist. Die erst spätere Rücknahme des Scheidungsantrags, die nicht mehr auf dem eigenen Willen des Erblassers (hier: Tod des Erblassers) beruht, bleibt demgegenüber unerheblich (so auch OLG Frankfurt NJW 1997, 3099)

OLG Stuttgart, 8 W 52/06, Beschluss vom 11.08.2006

Aus den Gründen:

I.

Die Beteiligten streiten im Erbscheinerteilungs- bzw. -vorbescheidungsverfahren seit 1995 darüber, ob (gesetzliche) Erben des am 1.11.1994 verstorbenen Erblassers (nur) dessen Kinder aus erster Ehe - die Beteiligten Ziffer 2 und 3) geworden sind oder auch die Beteiligte Ziffer 1 als zweite Ehefrau des Erblassers, deren Ehe mit ihm bei seinem Ableben noch bestand. Der Erblasser hatte am 7.2.1994 beim Amtsgericht - Familiengericht - Bad Homburg die Scheidung seiner Ehe mit der Beteiligten Ziffer 1 mit der Begründung der Zerrüttung der Ehe bei zwischenzeitlich dreijährigem Getrenntleben beantragt und im Sommer 1994 die öffentliche Zustellung des Scheidungsantrags an die Beteiligte Ziffer 1 erwirkt (AZ: 9 F 64/94). Nach dem Ableben des Erblassers wurde der Scheidungsantrag von seinem Bevollmächtigten zurückgenommen.

Der Erblasser war deutscher Staatsangehöriger. Er hat in den letzten Jahren vor seinem Ableben überwiegend im Ausland gearbeitet. In Nigeria lernte er die in Russland geborene Beteiligte Ziffer 1 - eine ursprünglich sowjetische Staatsangehörige - kennen, die in erster Ehe mit einem Nigerianer verheiratet gewesen ist und Kinder in Nigeria hatte. In der Zeit seiner nachfolgenden beruflichen Tätigkeit in Paraguay hat der Erblasser am 5.1.1989 in Argentinien die dort an der Grenze zu Paraguay wohnhafte Beteiligte Ziffer 1 geheiratet. Im Anschluss an die Tätigkeit in Paraguay war der Erblasser jedenfalls seit 1990 bis etwa im Frühjahr 1994 in Spanien beruflich tätig, wo er auch eine Eigentumswohnung erworben hat. Eine weitere Eigentumswohnung in Bad Homburg war in dieser Zeit vermietet. Anlässlich von Aufenthalten des Erblassers in Deutschland wohnte dieser jedenfalls zeitweise in Bad Homburg bei seinem damals dort wohnhaften Bruder. Dort waren der Erblasser und bis Mai 1990 auch die Beteiligte Ziffer 1 polizeilich gemeldet.

Zwischen den Beteiligten ist streitig, ob das gesetzliche Erbrecht der Beteiligten Ziffer 1 als Ehefrau gemäß § 1933 BGB ausgeschlossen ist, weil der Scheidungsantrag des Erblassers begründet war. Dabei ist insbesondere auch streitig, ob sich der Erblasser von der Beteiligten Ziffer 1 bereits im Jahr 1990 getrennt hat, so dass die Vermutung des Scheiterns der Ehe nach dreijährigem Getrenntleben gemäß § 1566 Abs. 2 BGB eingreift.

1.) Die Beteiligten Ziffer 2 und 3 haben die Erteilung eines Erbscheins - zunächst beim für zuständig gehaltenen Amtsgericht / Nachlassgericht Bad Homburg - beantragt, der sie als gesetzliche Erben des Erblassers zu je ½ ausweisen sollte. Die Beteiligte Ziffer 1 hat ihrerseits später ebenfalls die Er-

teilung eines Erbscheins beantragt, der sie als Ehefrau als Miterbin ausweisen soll.

a) Für die Beteiligten Ziffer 2 und 3 wurde als gesetzlichen Erben zu je ½ auf ihren im November 1994 gestellten Antrag vom Rechtspfleger des Amtsgerichts Bad Homburg - Nachlassgericht - am 8.2.1995 ein Erbschein erteilt. Auf der Grundlage dieses Erbscheins wurde die Beteiligte Ziffer 2 im Grundbuch der Wohnung des Erblassers in Bad Homburg als neue Alleineigentümerin eingetragen, nachdem sich die Beteiligten Ziffer 2 und 3 im Innenverhältnis entsprechend geeinigt hatten. Die Eigentumswohnung in Spanien wurde von den Beteiligten Ziffer 2 und 3 veräußert.

Auf Rechtsmittel der Beteiligten Ziffer 1 hat der Richter des Amtsgerichts Bad Homburg mit Beschluss vom 16.4.1996 den Erbschein vom 8.2.1995 als unrichtig eingezogen und mit weiterem Beschluss vom 29.5.1996 für kraftlos erklärt, weil der Erbschein trotz Aufforderung nicht zurückgegeben worden war.

Die Beteiligte Ziffer 1 hat im Wege der einstweiligen Verfügung auch die Eintragung eines Widerspruchs im Grundbuch der früher dem Erblasser gehörenden Eigentumswohnung in Bad Homburg erreicht.

b) Auf die eingelegte Beschwerde der Beteiligten Ziffer 2 und 3, die der Richter des Amtsgerichts als Antrag auf Neuerteilung eines Erbscheins für diese Antragsteller zu je ½ ausgelegt hat, hat der Richter des Amtsgerichts Bad Homburg umfangreiche Ermittlungen vorgenommen und insbesondere die beiderseits benannten Zeugen zu den Lebensumständen des Erblassers vernommen bzw. - teilweise in Spanien - vernommen lassen.

Mit Beschluss vom 4.7.2000 hat der Richter des Amtsgerichts Bad Homburg im Rahmen seiner Abhilfepflicht angekündigt, dass er den Beteiligten Ziffer 2 und 3 (erneut) einen Erbschein erteilen werde, der sie als Erben des Erblassers zu je ½ ausweisen werde. Nach den erfolgten Ermittlungen sei für das anhängig gewesene Scheidungsverfahren von der Maßgeblichkeit deutschen Scheidungs- und Eherechts auszugehen. Der Scheidungsantrag des Erblassers sei begründet gewesen, so dass ein Erbrecht der Beteiligten Ziffer 1 als Ehefrau des Erblassers gemäß § 1933 BGB ausscheide. Nach den erfolgten Ermittlungen sei von der Maßgeblichkeit deutschen Scheidungsrechts auszugehen. Die öffentliche Zustellung des Scheidungsantrags des Erblassers habe zur Rechtshängigkeit im Sinn von § 1933 BGB geführt. Von einer Zerrüttung der Ehe sei als Vermutung gemäß § 1566 Abs. 2 BGB auszugehen. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme, insbesondere den Angaben der mit dem Erblasser näher bekannten Zeugen, habe der Erblasser bereits seit über drei Jahren vor Stellung des Scheidungsantrags von der Beteiligten Ziffer 1 getrennt gelebt und jeweils länger dauernde Beziehungen mit anderen Frauen gehabt. Wegen weiterer Einzelheiten wird auf den Beschluss vom 4.7.2000 (Bl. 359 ff. d. A.) Bezug genommen.

c) Die Beteiligte Ziffer 1 hat gegen den Beschluss vom 4.7.2000 Beschwerde eingelegt. Sie hat geltend gemacht, nicht vom Erblasser getrennt gelebt zu haben. Sie sei mit diesem von 1990 bis im Sommer 1994 in Deutschland und Spanien immer wieder zusammen getroffen. Über daneben bestehende Beziehungen des Erblassers zu anderen Frauen

habe dieser sie nicht zutreffend informiert. Das Landgericht Frankfurt hat als Beschwerdegericht mit Beschluss vom 3.1.2001 die Entscheidung des Richters des Amtsgerichts aufgehoben und die Sache zur Entscheidung einschließlich der Kosten an das Amtsgericht Stuttgart als örtlich zuständiges Nachlassgericht verwiesen (AZ: 2 / 13 T 169/00).

Auf die Beschwerde der Beteiligten Ziffer 2 und 3 hat das Oberlandesgericht Frankfurt mit Beschluss vom 31.5.2001 die Entscheidung des Landgerichts Frankfurt wieder aufgehoben und die Sache zu weiteren ergänzenden Ermittlungen an das Landgericht Frankfurt zurückverwiesen (AZ: 20 W 75/01 und 20 W 105/01).

Das Landgericht Frankfurt hat nach ergänzender Zeugenvernehmung und Anhörung der Beteiligten mit Beschluss vom 10.6.2002 den Beschluss des Richters des Amtsgerichts Bad Homburg vom 4.7.2000 (erneut) aufgehoben und die Sache an das Amtsgericht Bad Homburg zurückverwiesen. Es hat hierbei seine Auffassung aufrecht erhalten, das zuständige Nachlassgericht für den Erblasser sei das für Stuttgart - Hofen zuständige Nachlassgericht, weil der Erblasser bei seinem Ableben bereits dort - bei seiner dortigen Freundin, der Zeugin F... - einen neuen Wohnsitz begründet gehabt habe. Das Amtsgericht Bad Homburg hat die Sache hierauf an das Notariat - Nachlassgericht - Stuttgart - Mühlhausen abgegeben. Auf den Antrag dieses Gerichts, wegen der von ihm verneinten eigenen Zuständigkeit das zuständige Gericht zu bestimmen, hat das Oberlandesgericht Frankfurt mit Beschluss vom 4.10.2002 das Notariat Stuttgart - Mühlhausen als zuständiges Nachlassgericht bestimmt (AZ: 20 W 324/02).

d) Das Notariat Stuttgart-Mühlhausen hat unter dem obigen AZ AB 2002/220 mit Beschluss vom 15.6.2004 wiederum einen Erbscheinsvorbescheid mit der Ankündigung erlassen, den Beteiligten Ziffer 2 und 3 den von ihnen beantragten Erbschein zu erteilen.

Das Notariat ist hierbei im wesentlichen der Begründung des Richters des Amtsgerichts Bad Homburg vom 4.7.2000 gefolgt. Auf den Beschluss des Nachlassgerichts (Bl. 538 d.A.) wird Bezug genommen.

2.) Gegen diesen Beschluss hat die Beteiligte Ziffer 1 Beschwerde eingelegt.

Sie hat hierbei geltend gemacht, der Scheidungsantrag des Erblassers beim Amtsgericht - Familiengericht - Bad Homburg sei nicht begründet gewesen. Maßgebliches Scheidungsrecht sei argentinisches Recht gewesen, das eine streitige Scheidung nicht kenne. Jedenfalls habe der Erblasser die öffentliche Zustellung seines Scheidungsantrags aber erschlichen, da ihm der damalige Aufenthaltsort der Beteiligten Ziffer 1 im Jahr 1994 bekannt gewesen sei. Zumindest sei die Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags dadurch rückwirkend (ex tunc) wieder entfallen, dass der Antrag nach dem Ableben des Erblassers wieder zurückgenommen worden sei. Schließlich hätten der Erblasser und die Beteiligte Ziffer 1 auch nicht schon vor Stellung des Scheidungsantrags des Erblassers drei Jahre lang getrennt gelebt. Sie, die Beteiligte Ziffer 1, habe zwar nicht ständig beim Erblasser gelebt. Sie habe unter anderem auch ihre Mutter in Russland in der Nähe von St. Petersburg besucht. Auch bei Besuchen bei ihren Kindern in Nigeria sei dem Erblasser jedoch ihr dortiger Aufenthalt bekannt gewesen. Der Erblasser und sie hätten sich teilweise in Deutschland gesehen. Außerdem habe sie den Erblasser immer wieder in Spanien besucht.

Das Landgericht Stuttgart hat im Verfahren 2 T 493/04 mit

Beschluss vom 17.1.2006 die Beschwerde der Beteiligten Ziffer 1 gegen den Beschluss des Notariats - Nachlassgerichts - vom 15.6.2004 zurückgewiesen.

Es hat die Wirksamkeit des Scheidungsantrags des Erblassers und den deswegen bestehenden Ausschluss der Beteiligten Ziffer 1 von der Erbfolge gemäß § 1933 BGB bestätigt. In Übereinstimmung mit dem Nachlassgericht ist es von der Maßgeblichkeit deutschen Scheidungsrechts, der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags und der Unerheblichkeit der Rücknahme des Scheidungsantrags erst nach dem Ableben des Erblassers ausgegangen. Unter näherer Auseinandersetzung mit den vorliegenden Zeugenaussagen hat es schließlich auch die Würdigung des Notariats geteilt, dass der Erblasser und Beteiligte Ziffer 1 vor Stellung des Scheidungsantrags bereits drei Jahre lang getrennt gelebt hätten, so dass die Begründetheit des Scheidungsantrags gemäß § 1566 Abs. 2 BGB unwiderlegbar zu vermuten gewesen sei. Wegen weiteren Einzelheiten wird auf den Beschluss des Landgerichts (Bl. 585 d. A.) Bezug genommen.

3.) Die Beteiligte Ziffer 1 hat gegen den landgerichtlichen Beschluss mit Schriftsatz ihrer Bevollmächtigten vom 3.2.2006 weitere Beschwerde eingelegt. Sie hat zur Begründung mit Schriftsatz ihrer Bevollmächtigten vom 23.3.2006 ausgeführt, die rechtlichen Konsequenzen aus dem hinreichend bekannten Sachverhalt seien vom Landgericht falsch gezogen worden. Die erforderlichen Voraussetzungen für die Wirksamkeit des Scheidungsantrags hätten beim Ableben des Erblassers nicht vorgelegen. Eine dreijährige Trennung sei nicht erfolgt gewesen. Eine Zustimmung der Beteiligten Ziffer 1 zur Scheidung sei nicht erteilt gewesen.

Von einer Erschleichung der öffentlichen Zustellung des Scheidungsantrags durch den Erblasser hätte ausgegangen werden müssen. In diesem Fall sei die Berufung auf die öffentliche Zustellung als Tatbestand einer Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags treuwidrig. Es spreche nicht gegen eine Kenntnis des Erblassers vom damaligen Aufenthaltsort der Beteiligten Ziffer 1, dass der Erblasser durch die Mitteilung des Aufenthaltsorts als Zustellungsort eine Zustellung seines Scheidungsantrags wesentlich leichter hätte erreichen können. Er habe nämlich davon ausgehen müssen, dass die Beteiligte Ziffer 1 ihre Zustimmung zur Scheidung nicht erteilen werde. Mangels einer bereits dreijährigen Trennung, die nicht konkret dargelegt worden sei und auch nicht hätte dargelegt werden können, hätte dann keine Aussicht auf eine baldige Scheidung bestanden. Zumindest sei die Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags jedoch durch die Rücknahme nach dem Ableben des Erblassers wieder rückwirkend entfallen. Dass die Rechtshängigkeit bei Antragsrücknahme rückwirkend entfällt, sei auch in der Kommentarliteratur allgemein anerkannt.

Wegen weiterer Einzelheiten wird auf die Rechtsbeschwerdebegründung (Bl. 597 d.A.) Bezug genommen.

II.

Das Rechtsmittel der Beteiligten Ziffer 1 ist als weitere Beschwerde im Verfahren wegen Erlass eines Erbscheinsvorbescheids gemäß § 27 Abs. 1 FGG statthaft und auch sonst zulässig; insbesondere formgerecht durch Anwaltschriftsatz eingelegt. In der Sache hat das Rechtsmittel jedoch keinen Erfolg.

Das Landgericht ist bei seiner Entscheidung davon ausgegangen, dass das Erbrecht der Beteiligten Ziffer 1 als zur Zeit

des Erbfalls nicht vom Erblasser geschiedene Ehefrau wegen Begründetheit des beim Erbfall rechtshängigen Scheidungsantrags des Erblassers gemäß § 1933 BGB ausgeschlossen ist, so dass allein die Beteiligten Ziffer 2 und 3 als Kinder des Erblassers zu seinen Erben zu je ½ geworden sind.

Eine Änderung der hierauf gründenden Entscheidung durch den Senat setzt nach §§ 27 Abs. 1 FGG, 546 ZPO voraus, dass die Entscheidung an einem Rechtsfehler leidet. Als ein Rechtsfehler wäre es anzusehen, wenn das Landgericht gesetzliche Bestimmungen nicht oder nicht richtig angewendet, den maßgeblichen Sachverhalt nicht ausreichend ermittelt, sich bei der Beurteilung des Beweisstoffes nicht mit allen wesentlichen Umständen auseinandergesetzt oder hierbei gegen gesetzliche Beweisregeln und Verfahrensvorschriften oder gegen Denkgesetze oder zwingende Erfahrungssätze verstoßen hätte (vgl. KKW / Meyer-Holz, 15. Aufl., § 27 FGG, RN 21 und 42 m.w.N.; BayObLG, FamRZ 2005, 1015 m.w.N.). An rechts- und verfahrensfehlerfrei zustande gekommene Feststellungen der Tatsacheninstanzen ist der Senat als Rechtsbeschwerdegericht gebunden, selbst wenn auch eine andere Entscheidung ebenso nahe oder auch näher gelegen hätte. Eine ergänzende Beweisaufnahme ist im Rechtsbeschwerdeverfahren nicht mehr möglich.

Ein Rechtsfehler im dargelegten Sinn liegt jedoch nicht vor.

1.) In verfahrensrechtlicher Hinsicht sind die Vorinstanzen nach der Einziehung und Kraftloserklärung des ursprünglich den Beteiligten Ziffer 2 und 3 erteilten Erbscheins zutreffend davon ausgegangen, dass die im Rahmen des hiergegen eingelegten Rechtsmittels der Beteiligten Ziffer 2 und 3 gestellten Anträge als Antrag auf Wiedererteilung eines Erbscheins zu behandeln sind. Gegen diese Würdigung und Behandlung der Anträge haben die Beteiligten auch keine Einwendungen erhoben.

2.) Als Vorfrage, welches Recht bei der Würdigung der Wirksamkeit des Scheidungsantrags des Erblassers zugrunde zu legen ist, ist das Landgericht in Übereinstimmung mit dem Notariat rechtsfehlerfrei von der Anwendung deutschen Scheidungsrechts gemäß Art. 17, 14 Abs. 1 Nr. 2 und 3 EGBGB ausgegangen, weil die Ehegatten zuletzt in Deutschland ihren letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt hatten und der Erblasser seinen gewöhnlichen Aufenthalt dort auch noch zur Zeit der Stellung des Scheidungsantrags sowie weiter bis zum Eintritt des Erbfalls hatte.

Gegen die Anwendung deutschen Scheidungsrechts erhebt die weitere Beschwerde auch keine substantiierte Rüge mehr. Rechtliche Bedenken insoweit sind auch sonst nicht ersichtlich.

Gegen die Anwendung argentinischen Scheidungsrechts, das die Beteiligte Ziffer 1 ursprünglich als maßgeblich angesehen hat, spricht deren eigene Einlassung anlässlich ihrer Anhörung beim Landgericht Frankfurt am 28.1.2002 (Bl. 468 d.A.), wonach der Erblasser und sie nach der Rückkehr aus Südamerika zunächst in Deutschland bei polizeilicher Meldung in der Wohnung des Bruders des Erblassers in Bad Homburg, tatsächlich in verschiedenen Hotels gelebt hätten. Soweit die Beteiligte Ziffer 1 im Verfahren geltend gemacht hat, sie sei mit dem Erblasser in der Folgezeit auch immer wieder in Spanien zusammen getroffen, wo dieser Arbeit gefunden hatte, hat das Landgericht rechtsfehlerfrei festgestellt, dass es sich insoweit nicht mehr um einen gewöhnlichen gemeinsamen Aufenthalt gehandelt hat. Insoweit wird auf die nachstehenden näheren Ausführungen unter Ziffer 5.) Bezug genommen.

3.) Weiter ist das Landgericht in rechtlich nicht zu beanstandender Weise davon ausgegangen, dass der Scheidungsantrag des Erblassers aufgrund der vom Amtsgericht - Familiengericht - bewilligten und ausgeführten öffentlichen Zustellung des Scheidungsantrags an die Beteiligte Ziffer 1 rechtshängig im Sinn von § 1933 BGB war.

Wird die öffentliche Zustellung eines Antrags in einem gerichtlichen Verfahrens bewilligt, so tritt damit aus Gründen der Rechtssicherheit auch tatsächlich die Rechtshängigkeit in dem betreffenden Verfahren ein.

Ein Erschleichen der Zustellung, welche die Berufung - auch der Erbin - auf die Rechtshängigkeit als treuwidrig erscheinen lassen würde, hat das Landgericht ohne Rechtsfehler verneint. Die Beweis- bzw. Feststellungslast für ein Erschleichen trifft insoweit denjenigen der sich hierauf beruft (BGHZ 64, 5).

Das Landgericht ist insoweit unter eingehender Würdigung der vorliegenden Zeugenaussagen zu dem Schluss gelangt, dass die vom Erblasser im Scheidungsantrag seiner bevollmächtigten Rechtsanwälte vorgetragene Unkenntnis vom genauen Aufenthaltsort der Beteiligten Ziffer 1 zutraf. Diese lebte seit Mitte 1990 jedenfalls ganz überwiegend an anderen Orten als der Erblasser - teilweise in Deutschland, teilweise bei ihrer kranken Mutter im Raum Leningrad, teilweise bei ihren Kindern in Nigeria. Den Erblasser hat die Beteiligte Ziffer 1 nach den Feststellungen des Landgerichts überwiegend aufgesucht, um Geld für ihren eigenen Unterhalt zu erlangen. Die Führung von Telefonaten zwischen der Beteiligten Ziffer 1 und dem Erblasser ist nur in Form von Anrufen seitens der Beteiligten Ziffer 1 feststellbar. Der Erblasser hat auch gegenüber Zeugen in seinem Umfeld angegeben, er wisse nicht genau, wo die Beteiligte Ziffer 1 lebe. Unterkunftskosten anlässlich von Besuchen der Beteiligten Ziffer 1 bei ihren Kindern in Nigeria, die der Zeuge W. nach seiner von der Beteiligten Ziffer 1 im Beschwerdeverfahren vor dem Landgericht Stuttgart vorgelegten schriftlichen Aussage für diese vorgestretcht hatte, hat der Erblasser nur nachträglich wieder gegenüber dem Zeugen ausgeglichen, wobei die Beteiligte Ziffer 1 nach den Angaben des Zeugen W. in Nigeria lediglich in einem Gästehaus lebte. Schließlich hat die Beteiligte Ziffer 1 - worauf das Landgericht seine Entscheidung auch ausdrücklich gestützt hat - während des ganzen Verfahrens bis zur Entscheidung des Landgerichts auf Bl. 588 d. A. nie konkret vorgetragen, wann und wo sie sich im maßgeblichen Zeitraum zwischen 1990 bis zur Bewirkung der Zustellung des Scheidungsantrags im Juli 1994 aufgehalten hat und wie sie den Erblasser hierüber gegebenenfalls in Kenntnis gesetzt habe. Unter diesen Umständen bestand auch keine Veranlassung für das Notariat - Nachlassgericht - sowie im Beschwerdeverfahren für das Landgericht, insoweit von Amts wegen weiter zu ermitteln und insbesondere noch die Beteiligte Ziffer 1 hierzu persönlich anzuhören. Dies gilt auch insoweit, als die Beteiligte Ziffer 1 anlässlich ihrer Anhörung vor dem Landgericht Frankfurt am 28.1.2002 erklärt hat, sie sei „Ende Juli / Anfang September 1994 beim Erblasser in Spanien gewesen und habe sich mit ihm in der Wohnung getroffen; es könne auch „im August“ gewesen sein. Einen konkreten Zeitpunkt für ein Zusammentreffen der Beteiligten Ziffer 1 mit dem Erblasser noch vor der Bewirkung der öffentlichen Zustellung des Scheidungsantrags wurde von der Beteiligten Ziffer 1 insoweit schon selbst nicht hinreichend konkret mitgeteilt, so dass schon deshalb nicht festgestellt werden konnte, dass für den Erblasser vor Bewirkung der öffentlichen Zustellung noch eine Möglichkeit bestanden hätte, eine konkrete zustellfähige Adresse der Beteiligten Ziffer 1 in Erfahrung zu bringen.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist die Berufung auf eine öffentliche Zustellung bei zunächst fehlender Kenntnis des Antragstellers von einer zustellfähigen Adresse des Antragsgegners nur dann treuwidrig, wenn der Antragsteller noch vor Bewirkung der öffentlichen Zustellung Kenntnis von einer Zustellmöglichkeit erlangt hat (BGHZ 64, 5 = NJW 75, 827). Gemäß § 206 ZPO in der im Jahr 1994 geltenden Fassung wurde eine öffentliche Zustellung spätestens einen Monat nach der letzten Einrückung in die öffentlichen Blätter bewirkt. Die am 27.6.1994 bewilligte öffentliche Zustellung des Scheidungsantrags in der Terminladung der Beteiligten Ziffer 1 (Antragsgegnerin) wurde ausweislich der in Kopie in Bl. 525 befindlichen Scheidungsakten am 8.7.2006 im Bundesanzeiger eingerückt.

Ob der Erblasser nach dem 8.8.1994 noch anlässlich eines Besuchs der Beteiligten Ziffer 1 bei ihm in Spanien schuldhaft davon abgesehen hat, die Beteiligte Ziffer 1 vom laufenden Scheidungsverfahren zu unterrichten bzw. ihre ladungsfähige Anschrift noch in Erfahrung zu bringen, musste das Landgericht nicht näher klären. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (a.a.O.) änderte dies an der Wirksamkeit einer einmal bewilligten und ausgeführten öffentlichen Zustellung nichts mehr. Aus Pflichtverletzung des Erblassers insoweit konnten sich allenfalls Schadenersatzansprüche der Beteiligten Ziffer 1 gegen ihn und / oder die Erben ergeben - etwa, weil die Beteiligte Ziffer 1 in Unkenntnis des Scheidungsantrags ihrerseits davon abgesehen haben könnte, auch ihrerseits den Erblasser zu enterben oder anderweitig für eine eigene spätere finanzielle Absicherung zu sorgen. Über derartige Ansprüche, die die Beteiligte Ziffer 1 nicht näher substantiiert hat, ist im vorliegenden Verfahren auf Erteilung eines Erbscheins ohnehin nicht zu befinden.

4.) Zutreffend hat das Landgericht ausgeführt, dass die Rücknahme des Scheidungsantrags durch den Bevollmächtigten des Erblassers nach dessen Ableben im Fall der Wirksamkeit des Scheidungsantrags zum Zeitpunkt des Erbfalls nicht mehr am Ausschluss der Erbenstellung eines Ehegatten gemäß § 1933 BGB mehr ändert. Den diesbezüglichen Ausführungen des Oberlandesgerichts Frankfurt (NJW 97, 3099) tritt auch der Senat bei (so auch Soergel / Stein, 13. Aufl., RN 4 zu § 1933 BGB unter Berufung auf OLG Frankfurt). Das Eingreifen von § 1933 BGB setzt lediglich voraus, dass ein rechtshängiger Scheidungsantrag zur Zeit des Erbfalls begründet ist. Die erst spätere Rücknahme des Scheidungsantrags, die nicht mehr auf dem eigenen Willen des Erblassers beruhte, bleibt demgegenüber unerheblich.

Die demgegenüber von der Beteiligten Ziffer 1 angeführte Fallgestaltung, dass ein rechtshängiger Scheidungsantrag noch vor dem Tod des antragstellenden späteren Erblassers wieder zurückgenommen wird, lässt die Voraussetzung eines rechtshängigen Scheidungsantrags noch vor dem maßgeblichen Zeitpunkt des Todes wieder entfallen. In einem solchen Fall kommt es auf eine Rückwirkung der Antragsrücknahme nicht an.

5.) Schließlich ist es aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, dass das Landgericht aufgrund der durchgeführten Ermittlungen und insbesondere aufgrund der erhobenen Beweise von einer bei Stellung des Scheidungsantrags durch den Erblasser bereits über drei Jahre andauernden Trennung des Erblassers von der Beteiligten Ziffer 1 ausgegangen ist.

Die Eheleute haben auch nach dem Vorbringen der Beteiligten Ziffer 1 seit der Aufnahme von Arbeit durch den Erblasser

in Spanien ab 1990 nicht mehr ständig zusammen gewohnt, sondern sind lediglich noch gelegentlich anlässlich von Aufenthalten des Erblassers in Deutschland bzw. der Beteiligten Ziffer 1 in Spanien noch zusammen getroffen.

Bezüglich solcher Zusammentreffen hat das Landgericht aufgrund der Angaben insbesondere der dem Erblasser im alltäglichen Leben näher stehenden Zeugen - Bruder, Arbeitskollegen in Spanien und Freundin der Beteiligten Ziffer 2, die damals in der Wohnung des Erblassers in Spanien lebte - festgestellt, dass der Erblasser sich von der Beteiligten Ziffer 1 abgewandt hatte und ihr Geld nur auf massive Forderungen - wenn nicht sogar Drohungen (Angaben des Bruders des Erblassers) - überlassen hat. Dass die Trennung vom Erblasser gegenüber ihm weniger nahe stehenden Zeugen anlässlich von Zusammentreffen in Gegenwart der Beteiligten Ziffer 1 nicht deutlich offen gelegt wurde, hat das Landgericht nachvollziehbar damit erklärt, dass derartige persönliche Angelegenheiten nicht ohne weiteres jedem weniger nahe stehenden Bekannten offenbart werden, mit dem man nur selten und mehr oder weniger zufällig zusammen trifft. Anhaltspunkte dafür, dass der Erblasser mit der Beteiligten Ziffer 1 in seiner Wohnung in Spanien zusammen gelebt hat, waren für keinen der vernommenen Zeugen feststellbar.

Des Weiteren lebte der Erblasser schon ab 1990 mit einer anderen Frau - zunächst nur an Wochenenden, später ständig in Spanien zusammen und anschließend mit der Zeugin F..., wenn er diese in Stuttgart bzw. diese ihn in Spanien - auch länger, besuchte. Die Absicht, diese Zeugin zu heiraten hatte der Erblasser nicht nur gegenüber der Zeugin selbst sondern auch gegenüber Dritten bekundet.

Dagegen, dass eine - wenn auch im wesentlichen räumlich getrennte - eheliche Gemeinschaft mit der Beteiligten Ziffer 1 fortbestand, sprach schließlich auch der Umstand, dass der Erblasser nach den Angaben des Zeugen W... in dessen schriftlicher Aussage vom 20.9.1997 (Anlage zum Schriftsatz der Bevollmächtigten der Beteiligten Ziffer 1 im Erstbeschwerdeverfahren vom 1.10.2004 (Bl. 557 d.A.) Unterkunfts-kosten anlässlich von Besuchen der Beteiligten Ziffer 1 in Afrika nur nachträglich und unmittelbar gegenüber dem Zeugen ausglich, nachdem dieser die Kosten jeweils vorge-streckt hatte.

Dass das Landgericht die erfolgten Zusammentreffen nicht als Ausdruck einer fortbestehenden - wenn auch atypischen - ehelichen Lebensgemeinschaft sondern lediglich als Versuche der Beteiligten Ziffer 1 gewertet hat, vom Erblasser noch Leistungen zu erlangen, stellte unter den gegebenen Umständen eine nachvollziehbare und in sich schlüssige Würdigung dar, die die Beteiligte Ziffer 1 im Rechtsbeschwerdeverfahren nicht mehr mit Erfolg beanstanden kann. Insbesondere stellte es keine Aufklärungspflichtverletzung des Landgerichts dar, dass dieses die Beteiligte Ziffer 1 zu den näheren Umständen von Zusammentreffen mit dem Erblasser nicht noch persönlich anhörte. Die Beteiligte Ziffer 1 hatte insoweit trotz schon erstinstanzlich bestehender anwaltlicher Vertretung auch nach Zugang der Entscheidung des Notariats - Nachlassgerichts - mit für sie bereits ebenfalls nachteiligen Feststellungen keine substantiierten Angaben zu den näheren Umständen von Zusammentreffen mit dem Erblasser gemacht, die Anlass zu weiteren Aufklärungsmaßnahmen gegeben hätten.

Kein Rechtsfehler des Landgerichts liegt auch insoweit vor, als dieses nicht näher auf die Angaben des Zeugen N. in dessen am 11.5.1998 übersetzter schriftlicher Stellungnahme (Anlage zum Schriftsatz des Bevollmächtigten der Beteiligten Ziffer 1 vom 19.5.1998, Bl. 215 d.A.) eingegangen ist. In die-

ser Stellungnahme hatte der Zeuge zwar bekundet, er kenne den Erblasser und seine Frau seit 1990. Sie seien gute Nachbarn und Freunde gewesen, die sich oft gegenseitig besucht hätten. Das letzte Mal habe er den Erblasser und die Beteiligte Ziffer 1 im August 1994 bei einem Treffen zum Essen in einem Restaurant gesehen.

Mit Schreiben an das Generalkonsulat vom 3.6.1999 (Bl. 323) hat der Zeuge jedoch bekundet, dass er zu dem Fall nichts aussagen wolle. Er habe in einem unbedachten Augenblick eine Zusage gemacht. Nach reiflicher Überlegung sei er zu der Überzeugung gekommen, nicht mehr in der Lage zu sein, eine wahrheitsgemäße Aussage zu machen.

Selbst wenn der Zeuge damit noch keine unwahre frühere schriftliche Stellungnahme zum Ausdruck gebracht haben

sollte, so musste seinen früheren Bekundungen damit ersichtlich nicht mehr weiter nachgegangen werden.

Das vom Zeugen W... in der eingereichten schriftlichen Bestätigung bekundete Zusammentreffen zwischen dem Erblasser und der Beteiligten Ziffer 1 im August 1994 ging seinem Charakter nach nicht über die vom Landgericht festgestellte Art von entsprechenden Zusammentreffen hinaus. Eine förmliche Vernehmung dieses Zeugen, dessen Anschrift erstinstanzlich nicht ermittelt werden konnte, musste danach auch vom Landgericht nicht mehr veranlasst werden.

6.) Die weitere Beschwerde der Beteiligten Ziffer 1 war danach zurückzuweisen.

Mitgeteilt von der Veröffentlichungsstelle des OLG Stuttgart

Buchbesprechungen

Der Vorkaufsfall im Zivilrecht. Von Dr. Rainer Burbulla. Schriftenreihe der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung, Band 23. Herausgegeben von der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung. Carl Heymanns Verlag, 2006, 170 S., 42,00 €

Der Volksmund behauptet, ein Vorkaufsrecht sei nicht das Papier wert, auf dem es steht. Die Behandlung der für den Eintritt eines Vorkaufsfalles maßgeblichen Voraussetzungen ist Gegenstand der vorliegenden Arbeit, die im Wintersemester 2005/2006 von der Juristischen Fakultät der Ruhr-Universität Bochum als Dissertation angenommen wurde. Der Doktorand behandelt zuerst den Anwendungsbereich des § 463 BGB, die Umgehung von Vorkaufsrechten und die Erschleichung des Vorkaufsfalles. Danach stellt er die Anforderungen an den Drittvertrag dar und untersucht die darin enthaltenen einzelnen Vereinbarungen. In seiner Schlussbeurteilung empfiehlt der Autor klare Vereinbarungen (beim schuldrechtlichen Vorkaufsrecht), um den Problemen bereits im Vorfeld bei der Einräumung eines Vorkaufsrechts begegnen zu können. Richtig ist sein Rat, dass der ein Vorkaufsrecht bestellende Eigentümer sich schon bei der Einräumung über die Konsequenzen Gedanken machen und nicht erst im Nachhinein versuchen sollte, die rechtlichen Wirkungen des Vorkaufsrechts zu umgehen.

Notar Prof. Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz

Formularbuch Vertragsrecht. Verträge – Musterschriftsätze bei Vertragsstörungen. Herausgegeben von Prof. Dr. Hans Schulte-Nölke, Notar Dr. Norbert Frenz und Rechtsanwalt Dr. Eckhard Flohr. ZAP Verlag für die Rechts- und Anwaltspraxis, Münster. 2., überarbeitete und erweiterte Auflage, 2006. 1926 S., 102,- €.

In der Informationsgesellschaft ist die beratende und vertragsgestaltende Praxis mehr denn je auf Orientierungshilfen angewiesen. Bei dem ZAP-Formularbuch erhält der Leser jeweils als „Einführung“ ein „Wissens-Update“, in dem die Grundlagen und wichtige Neuerungen der letzten Zeit klar, prägnant und leicht verständlich dargestellt werden. Der Teil „Vertragsgestaltung“ enthält praxiserprobte und erläuterte Vertragsmuster. Das Kapitel „Ausübung von Rechten“ enthält die Besonderheit gegenüber den gewöhnlichen Formularbüchern, indem zahlreiche Musterschriftsätze für typische Ver-

tragsstörungen angeboten werden. Die einzelnen Kapitel behandeln das Verjährungsrecht, das Allgemeine Leistungsstörungsrecht, das Kauf- und Schenkungsrecht, Miet- und Pachtverträge, das Leasingrecht, das Darlehensrecht sowie das Familien- und Erbrecht. Dabei wird auf viele Detailfragen eingegangen, so z.B. auf mitzuübertragende Ansprüche auf Agrarförderung bei Veräußerungsverträgen über landwirtschaftlichen Grundbesitz, Rückforderungsrechte bei Schenkungen, das Ranking der Scheidungsfolgen, Pflichtteilsstrafklauseln und Stundungsabreden im Ehegattentestament. Das umfangreiche Werk ist ein wichtiges und zuverlässiges Arbeitsmittel für die juristische Rechtspraxis.

Notar Prof. Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz

MaBV. Kommentar zur Makler- und Bauträgerverordnung. Herausgegeben von Notar Prof. Dr. Dr. Herbert Grziwotz. RWS Verlag Kommunikationsforum GmbH, Köln. 2006, 324 S. 49,80 €.

Die Makler- und Bauträgerverordnung gehört zwar zum Gewerberecht, hat aber im Bereich des Bauträgervertrages auch zivilrechtliche Wirkungen. Der Kommentar richtet sich deshalb an Praktiker, die im Bereich des Bauträgerrechts tätig sind. Er bietet im Einzelnen neben der Kommentierung der MaBV praxisrelevante Aspekte des § 34c GewO, einen technischen Teil mit Erläuterung der technischen Begriffe und eine Kommentierung von Art. 244 EGBGB. Der Autor setzt den Schwerpunkt des Buches auf die praktische Umsetzung der MaBV mit vielen Mustern, Formulierungsvorschlägen, Beispielen und Übersichten. Wegen seiner praktischen Hilfestellungen wird jeder den Kommentar mit großem Gewinn in die Hand nehmen. Wer mit dem Bauträgerrecht zu tun, braucht diesen Kommentar.

Notar Prof. Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz

Handelsregisterrecht. Verfahren – Anmeldungsmuster – Erläuterungen. Herausgegeben von Dr. Jens Fleischhauer, Notar in Köln, und Dr. Nicola Preuß, Hochschuldozentin, mit Beiträgen der Herausgeber und von Dr. Heribert Heckschen, Dr. Marc Hermanns, Dr. Jürgen Kallrath, Dr. Gerhard Knechtel, Dr. Till Schemmann und Dr. Dirk Solveen. Erich Schmidt Verlag, Berlin, 2006. 1051 S., 98,00 €.

Das Handelsregisterrecht nimmt in der Notarpraxis einen immer breiteren Raum ein. Dieses neue Werk auf dem Gebiet des Handelsregisterrechts versteht sich als Verbindung von klassischem Handbuch und Formularbuch für die Praxis. Es gibt dem Rechtsanwender einen systematischen Überblick über die wesentlichen Fragen des Handelsregistervfahrens. Nach üblichem Schema wird zunächst ein Muster der Anmeldung aufgezeigt, dazu Erläuterungen gegeben und sodann das Gebührenrecht dargestellt. Muster für Anmeldungen werden gegeben beim Einzelkaufmann, bei der OHG, Kommanditgesellschaft, GmbH, Aktiengesellschaft, Partnerschaftsgesellschaft und Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung. Einen besonderen Schwerpunkt legen die Autoren auf das europäische Recht, wo mit der Europäischen Aktiengesellschaft (SE) eine supranationale Rechtsform geschaffen wurde, die erst allmählich Verbreitung finden wird. Viele Muster bereiten den Rechtsanwender auf die verschiedenen Anmeldevarianten vor. Fast zu üppig (fast 100 Seiten) sind die Erläuterungen und Mustertexte zur Österreichischen Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Auch die Errichtung der Zweigniederlassung einer ausländischen Kapitalgesellschaft (private company limited by shares) wird dargestellt. Besonders ausführlich sind die englischsprachigen Muster zur Private limited liability company (GmbH), zur Public limited liability company (Aktiengesellschaft), zu Partnerships (Personengesellschaften), zu Branch offices (Zweigniederlassungen) und Merger operations. Nicht mehr berücksichtigt werden konnten die Änderungen auf Grund des zum 1.1.2007 in Kraft getretenen EHUG. Das Werk ist ein wertvoller und zuverlässiger Ratgeber für jeden, der mit dem Handelsregisterrecht zu tun hat.

Notar Prof. Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz

Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann. Grundbuchrecht. Kommentar zur Grundbuchordnung und Grundbuchverfügung einschließlich Wohnungseigentumsgrundbuchverfügung. 6. neu bearbeitete Aufl., 2005. Verlag Walter de Gruyter Recht, Berlin, 1731 S., 148,- €.

Das Werk kommentiert das gesamte Grundbuchrecht zuverlässig und praxisnah. Formulierungsvorschläge geben dem Grundbuchamt eine wichtige Arbeitshilfe. Hin und wieder wird bei der Darstellung der Grundbuchprobleme von der herrschenden Ansicht abgewichen und eigene Lösungsansätze geboten. Die zunehmende internationale Verflechtung bedingt mehr und mehr grenzüberschreitendes Rechtshandeln; ein in die Einleitung eingefügter Teil U stellt den Einfluss ausländischen Rechts auf die notarielle und grundbuchamtliche Tätigkeit dar. Die Verwaltungsgemeinschaft der Wohnungseigentümer kann als Berechtigte eines dinglichen Rechts in das Grundbuch eingetragen werden, ohne die einzelnen Mitglieder zu bezeichnen (so auch BGH DNotZ 2005,

776). Dies wird auch dann bejaht, wenn im Titel die einzelnen Eigentümer aufgeführt worden sind (Einl. B 78). § 10 Abs. 6 WEG-Novelle 2007-E regelt, dass die Gemeinschaft die Bezeichnung „Wohnungseigentümergeinschaft“ gefolgt von der bestimmten Angabe des gemeinschaftlichen Grundstückes führen muss. Die Kennzeichnung aller Grundbuchblätter und der Angabe des Sitzes der Gemeinschaft bedarf es demnach nicht (noch anders Einl. B 79). Eindeutig bejaht wird die Frage, ob die Gesellschaft bürgerlichen Rechts Eigentum und beschränkte dingliche Rechte an Grundstücken erwerben kann (Einl. B 61), was das BayObLG (Rpfler 2004, 93) anders sieht. Die Eintragung der GbR als solche wird von den Autoren des Werks unterschiedlich beantwortet (§ 15 GBV Rn. 6; Einl. D 36a), der BGH (ZIP 2006, 2128) ließ dies neuerdings offen. Aus der Entscheidung des BGH zur Unfähigkeit der GbR für das Amt eines WEG-Verwalters (DNotZ 2006, 523) kann geschlossen werden, dass wegen mangelnder Publizität der GbR diese nicht allein nur mit Namen und Sitz im Grundbuch eingetragen werden kann. Zu Recht bejahen die Autoren die Frage, ob die Vormerkung Insolvenzsicherungswirkung hat (Einl. G 7; BGH DNotl-Report 2005, 94). Überholt sind die Ausführungen (Einl. R 16b) zur Angabe eines Höchstzinssatzes für Verzugszinsen bei Grundpfandrechten (vgl. jetzt BGH DNotl-Report 2006, 58). Ein Wirksamkeitsvermerk bei Eintragung eines Finanzierungsgrundpfandrechts mit Zustimmung des bisherigen vorrangigen Eigentumsvormerkungsberechtigten ist heute unbestritten (Einl. J 25; § 22 Rn. 68), uneinheitlich ist die Rechtspraxis, ob weiterhin anstelle eines Wirksamkeitsvermerks ein Rangrücktritt der Vormerkung hinter das Grundpfandrecht möglich ist, was zu bejahen ist. Nicht mehr berücksichtigt werden konnte die Entscheidung des BGH (Rpfler 2006, 253), wonach eine Eigentümergrundschuld aus einer Zwangshypothek nicht entsteht, wenn sie unter die Rückschlagsperre des § 88 InsO (§ 312 InsO) fällt (anders noch Einl. S 6). Ausführlich wird auf den Minderjährigenerwerb eingegangen (§ 19 Rn. 186) und die neuesten Entscheidungen des BGH (BGH DNotl-Report 2005, 21 und DNotZ 2005, 625) verwertet. In Abkehr der von der in der Voraufgabe vertretenen Auffassung wird nunmehr die Meinung vertreten, dass das Grundbuchamt nicht berechtigt ist, bei Kenntnis von der Unrichtigkeit des Grundbuchs den Grundbuchvollzug den Gutgläubenserwerb zu ermöglichen (§ 19 Rn. 99). Heiratet ein Rechtsinhaber und kommt es bei ihm zu einer anderen Namensführung, so verlangen viele Grundbuchämter als Nachweis dafür eine öffentliche Urkunde, was nicht richtig ist, weil reine Namensberichtigungen nicht unter § 22 GBO fallen (vgl. § 22 Rn. 15). Diese wenigen Beispiele sollen genügen und aufzeigen, dass das vorzügliche Werk die Probleme des Grundbuchrechts anspricht. Der Kommentar erfüllt die Bedürfnisse der Praxis und der Wissenschaft in hohem Maße.

Notar Prof. Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz

Impressum

Herausgeber: Württembergischer Notarverein e. V., Stuttgart in Verbindung mit dem Badischen Notarverein e. V., Karlsruhe. Schriftleiter: Notar Achim Falk, Kronenstraße 34, 70174 Stuttgart (Tel. 0711/2258650), verantwortlich für Gesamtbereich ohne Sparte Rechtsprechung und Notar Dr. Oliver Fröhler, Franz-Schubert-Weg 3, 79822 Titisee-Neustadt (Tel. 07651/203214), verantwortlich für Sparte Rechtsprechung. Die BWNotZ erscheint vierteljährlich zweimal. Bestellungen und Anzeigenwünsche sind an die Geschäftsstelle des Württ. Notarvereins e.V. in 70174 Stuttgart, Kronenstraße 34 (Tel. 0711/2237951, Fax 0711/2237956, E-Mail: wuertt.NotV@t-online.de) zu richten. Der Bezugspreis beträgt jährlich Euro 45,- ein-

schließlich USt und Versandkosten und wird am 31.05. des Bezugsjahres in Rechnung gestellt: Einzelhefte Euro 6,- einschließlich USt zuzüglich Versandkosten. Einzelhefte können nur von den letzten 5 Jahrgängen einschließlich des laufenden Jahrgangs bezogen werden.

Abbestellungen müssen 6 Wochen vor Ende eines Kalenderjahres erfolgen.

Gesamtherstellung: Gaiser Print Media GmbH, Im Spagen 5, 73527 Schwäbisch Gmünd (Tel. 07171/9702-0, Fax 07171/9702-30).