

Zur Wirksamkeit eines gewerblichen

Nutzungsrechts

ein Rechtsgutachten

vorgelegt von

Prof. Dr. Volker Emmerich

Bayreuth

im März 1990

Sachverhalt.

Die Gesellschaft bürgerliches Recht Kurfürstendamm 12-15 (im folgenden immer BGB-Gesellschaft genannt) war Eigentümerin der Grundstücke Kurfürstendamm Nr. 12, 13 und 14 bis 15, die einheitlich mit Wohn- und Geschäftshäusern bebaut sind. Der rückwärtige Teil des Grundstücks ist durch verschiedene Passagen erschlossen, die durch alle drei Grundstücke in den Hofraum und durch die rückseitige Bebauung zur nächsten Straße führen. Durch Vertrag vom 6.6.1985 (UrkR Nr. 247/85 des Notars Pattberg in Berlin) verkaufte die BGB-Gesellschaft zwei Trennstücke der Grundstücke, nämlich einmal das Grundstück Kurfürstendamm Nr. 13 in einer Größe von 582 qm sowie zum anderen den gesamten Hofraum in einer Größe von 2.258 qm, so daß der BGB-Gesellschaft im Grunde nur die vorderen Geschäftsgrundstücke Nrn. 12 und 14 bis 15 verblieben. Der Kaufpreis betrug 15 Mio. DM. Käuferin war die Gädecke und Landsberg GmbH u. Co Passage am Kurfürstendamm 13 KG, im folgenden immer Passage-KG genannt.

In der Nr. III Abs. 1 dieses Vertrages räumte die BGB-Gesellschaft der Passage-KG an den ihr verbliebenen Gebäuden auf den Restgrundstücken Kurfürstendamm Nr. 12 und 14 bis 15 ein "entgeltliches Dauernutzungsrecht unter Ausschluß des Eigentümers" ein. Weiter ist folgendes bestimmt:

"Das Recht erstreckt sich auf sämtliche Räume im Erdgeschoß der Gebäude ... Das Recht wird auf unbegrenzte Zeit bestellt ... Als Inhalt des Dauernutzungsrechts wird vereinbart, daß der Käufer (die Passage-KG) die ihm überlassenen Räume in jeder für seinen Geschäftszweck zweckmäßigen Form nutzen darf".

Zugleich wurde der Passage-KG durch die Nr. III Abs. 2 des Vertrages unentgeltlich das Recht eingeräumt, auf den der BGB-Gesellschaft verbliebenen Grundstücken Passagen anzulegen, zu unterhalten und zu nutzen. Schließlich heißt es noch in der Nr. III Abs. 7 des Vertrages, daß

die genannten Grunddienstbarkeiten an rangerster Stelle einzutragen sind.

Der Durchführung dieses Kaufvertrages diene ein weiterer Vertrag zwischen der BGB-Gesellschaft und der Gädecke und Landsberg Vermietungs-KG Kurfürstendamm 224, im folgenden immer Vermietungs-KG genannt, vom 24.4.1986. In diesem Vertrag heißt es unter der Nr. 1 wörtlich:

In dem ... Kaufvertrag hat die Vermieterin (BGB-Gesellschaft) mit der Mieterin (Vermietungs-KG) unter III des Kaufvertrages eine entgeltliche Grunddienstbarkeit eingeräumt. Die Entgeltlichkeit der Grunddienstbarkeit wird zwischen den Vertragsparteien gemäß den nachfolgenden Bestimmungen vereinbart ...

Im folgenden wird sodann der monatliche Mietzins für die Nutzung des Erdgeschosses der Häuser Kurfürstendamm 14/15 und 12 auf 90.000,-- DM zuzüglich Mehrwertsteuer festgesetzt. Nach der Nr. 2 des Vertrages kommt für die Nutzung weiterer Flächen ein monatliches Entgelt in Höhe von 4.250,-- DM hinzu, so daß der Nettomietzins insgesamt 94.250,-- DM betrug. Außerdem übernahm die "Mieterin" sämtliche Nebenkosten. In der Nr. 4 des Vertrages ist für das "vereinbarte Entgelt für die Grunddienstbarkeit" eine Wertsicherungsklausel vorgesehen. Zusätzliche Bestimmungen des Vertrages regeln die Verteilung weiterer Nebenkosten, den Ausbau der Räumlichkeiten und die Reparaturkosten.

Es folgte am 23.2.1988 ein weiterer Vertrag zwischen der BGB-Gesellschaft und der Passage-KG sowie zwei Banken, der Württembergischen Hypothekenbank-AG in Stuttgart (WHB) und der Deutschen Kreditbank für Baufinanzierung-AG (DKB), durch den die Banken zu einem Randrücktritt veranlaßt wurden, um den vorgesehenen Grunddienstbarkeiten den ersten Rang zu verschaffen. In der Nr. I dieses Vertrages ist bestimmt, daß die BGB-Gesellschaft der Passage-KG Grunddienstbarkeiten bestellt zur Sicherung der entgelt-

lichen Nutzung von Teilflächen der auf den Grundstücken Kurfürstendamm 12 und 15 errichteten Gebäude und zur Sicherung der unentgeltlichen Anlage, Nutzung und Unterhaltung von Passagen auf diesen Grundstücken. Nach der Nr. II ist "Gegenleistung für die durch die Grunddienstbarkeit gesicherte Nutzung ... eine monatlich wiederkehrende Vergütung in der Höhe, wie sie in dem Mietvertrag zwischen der BGB-Gesellschaft und der Vermietungs-KG vom 24.4.1986 ... vereinbart ist." Weiter heißt es:

Die G + L Passage-KG übernimmt neben der G + L Vermietungs-KG für die in dem genannten Generalmietvertrag von 24.4.1986 ... eingegangenen Zahlungsverpflichtungen ... der BGB-Gesellschaft gegenüber die gesamtschuldnerische Haftung (Schuldbeitritt). Die vorgenannten Mietzinsen stellen das Entgelt für das durch die Grunddienstbarkeit gesicherte Nutzungsrecht dar ...

III. Bei Zahlungsverzug der G + L Passage-KG sowie der G + L Vermietungs-KG in Höhe von mindestens 3 Monatsmieten ist die BGB-Gesellschaft berechtigt, den hier abgeschlossenen Vertrag und die entgeltliche Grunddienstbarkeit fristlos zu kündigen"

Die Grunddienstbarkeiten wurden am 22. Juli 1988 im Grundbuch von Stadt Charlottenburg Band 341 Blatt 11003 für die jeweiligen Eigentümer von Stadt Charlottenburg Blatt 24634 und 24635, d. h. für die Passage-KG eingetragen. In der Eintragungsbewilligung des Notars Pattberg vom 10.5.1988 heißt es:

Es wird bewilligt:

1. Die Eintragung je einer entgeltlichen Grunddienstbarkeit des Inhalts, daß der jeweilige Eigentümer des herrschenden Grundstücks (Passage-KG) berechtigt ist, die in den Anlagen I, II und III (Untergeschoß, Erdgeschoß, erstes Obergeschoß) rot schraffierten Flächen gegen Entgelt gewerblich zu nutzen oder durch Dritte nutzen zu

lassen, wobei die Nutzung im Erdgeschoß und im ersten Obergeschoß unter Ausschluß des jeweiligen Eigentümers des dienenden Grundstücks ausschließlich dem jeweiligen Eigentümer des herrschenden Grundstückes zusteht, während hinsichtlich der Räume im Untergeschoß nur ein Mitbenutzungsrecht besteht.

Die Grunddienstbarkeit ist auflösend bedingt durch die Kündigung seitens des Eigentümers, welche ausgesprochen werden kann, wenn der Nutzungsberechtigte mit dem Entgelt in Höhe von mindestens drei Monatsbeträgen in Verzug ist. Die Höhe des Entgelts wird gesondert schuldrechtlich vereinbart ...

Die Eintragung hat folgenden Wortlaut:

1. Je eine auflösend bedingte Grunddienstbarkeit (gewerbliches Nutzungsrecht)... für den jeweiligen Eigentümer ... gemäß Bewilligungen ...
2. Je eine Grunddienstbarkeit (Passage-Recht).

Ich bin von der BGB-Gesellschaft um die Erstattung eines Rechtsgutachtens gebeten worden. Gegenstand des Rechtsgutachtens sollen vor allem folgende Fragen sein,

1. Ob die Grunddienstbarkeit wirksam ist,
2. Ob der Mietvertrag kündbar ist und
3. Welche Auswirkungen eine etwaige Kündigung des Mietvertrages auf die Grunddienstbarkeit hat.

Rechtliche Würdigung.

Im Vordergrund des Interesses steht die Frage nach der Wirksamkeit der Grunddienstbarkeit, die im Grundbuch als "auflösend bedingte Grunddienstbarkeit (gewerbliches Nutzungsrecht) für die jeweiligen Eigentümer von Stadt Charlottenburg Blatt 24634 und 24635" (jetzt die Passage-KG) bezeichnet ist. Die Frage nach der Kündbarkeit des Mietvertrages und den Auswirkungen einer etwaigen Kündigung des Mietvertrages auf die Grunddienstbarkeit stellt sich nur, wenn sich die Grunddienstbarkeit als wirksam erweisen sollte.

I. Wirksamkeit der Grunddienstbarkeit.

1. Voraussetzungen gewerblicher Nutzungsrechte.

1. Nach den §§ 1018 und 1019 BGB kann ein Grundstück zu Gunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks in der Weise belastet werden, daß dieser das Grundstück in einzelnen Beziehungen benutzen darf, sofern dies für die Benutzung seines Grundstücks vorteilhaft ist. Aus der Formulierung des § 1018 BGB wird überwiegend gefolgert, daß als Inhalt einer Grunddienstbarkeit auch die Gewerbeausübung auf einem Grundstück vereinbart werden kann(1). Beispiele sind Grunddienstbarkeiten zum Betrieb einer Tankstelle(2), einer Gastwirtschaft(3), eines Schotterwerks(4), einer Mischanlage zur Herstellung von Straßenbaustoffen(5) oder einer Geflügelfarm(6). We-

1) Z. B. Falckenberg in MünchKomm z. BGB, 2. Aufl. (1986), § 1018 Rdnr. 29; Soergel-Baur, BGB, 11. Aufl. (1978), § 1018 Rdnr. 18; Baur, Sachenrecht, 15. Aufl. (1989), § 33 II 4 b (S. 299).

2) Grdlg. BGHZ 35, S. 378 (381).

3) BGH, NJW 1980, S. 179 = LM Nr. 30 zu § 1018 BGB; BayOblG, MittBayNot 1981, S. 188; vgl. auch BGH, NJW 1985, S. 2474 = LM Nr. 22 zu § 1090 BGB (Vertrieb von Bier).

4) KG, OLGE 15 (1907 III), S. 359.

5) BayOblG, NJW-RR 1990, S. 208.

gen des näheren Inhalts des Nutzungsrechts kann dabei ohne weiteres auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden (§ 874 BGB), die dann als Inhalt des Grundbuchs gilt(7). Wenn jedoch die Grunddienstbarkeit von einer Bedingung abhängig sein soll, so muß sich dies aus dem Grundbuch selbst ergeben(8).

Gewerbliche Nutzungsrechte sind jedoch nicht unbeschränkt zulässig, weil § 1018 BGB Grunddienstbarkeiten nur mit dem Inhalt zuläßt, daß der Berechtigte das Grundstück "in einzelnen Beziehungen benutzen darf", zumal andernfalls die Grenze zum Nießbrauch (§ 1030 BGB) flüchtig würde. Es ist jedoch umstritten, welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit noch i. S. des § 1018 BGB von einer Benutzung des Grundstücks "in einzelnen Beziehungen" die Rede sein kann, so daß eine Grunddienstbarkeit zulässig ist. Vor allem zwei Meinungen werden heute vertreten(9). Während die eine Meinung ganz formal darauf abstellt, ob eine Festlegung auf eine bestimmte Nutzungsart oder einzelne konkrete Nutzungsmöglichkeiten erfolgt, kommt es nach der herrschenden Meinung darauf an, ob die eingeräumte Nutzungsbefugnis dem Eigentümer noch eine sinnvolle Nutzungsmöglichkeit läßt. Unzulässig sind daher Dienstbarkeiten, die zwar ihrer Formulierung nach nur einzelne Nutzungen oder gar nur eine einzige Art der Nutzung des Grundstücks umfassen, tatsächlich aber damit die Möglichkeit zur Nutzung des Grundstücks praktisch ausschöpfen, so daß dem Eigentümer daneben eine sinnvolle Nutzungsmöglichkeit nicht mehr verbleibt(10).

6) LG Kleve, MDR 1963, S. 218.

7) BGHZ 21, S. 34 (40 f.); insbes. 35, S. 378 (381 ff.); BayOblGZ 1981, S. 119; 1986, S. 513 (516 f.) = NJW-RR 1987, S. 789 (790); BayOblG, NJW-RR 1989, S. 907 (908).

8) OLG Düsseldorf, OLGZ 1983, S. 352 f.

9) S. im einzelnen Dietzel, Rpfl. 1987, S. 296 f.; Kanzleiter, DNotZ 1986, S. 624; Schöner, DNotZ 1982, S. 416; Soergel-Baur, § 1018 Rdnr. 12; sowie allgemein G. Walter-A. Maier, NJW 1988, S. 377.

10) So z. B. KGJ 39 (1910) A, S. 215 (217) (Bau einneer Kirche) NJW 1973, S. 1128; BayOblGZ 965, S. 180 (181);

Die herrschende Meinung ist bisher insbes. auch vom KG(11) und vom BayOblG(12) vertreten worden. In jüngster Zeit hat jedoch das BayOblG seine Meinung geändert und will sich jetzt wegen der unsicheren Abgrenzungskriterien der bisherigen Mindermeinung anschließen(13). Gleichwohl ist an der mit guten Gründen bisher überwiegend vertretenen Meinung festzuhalten, weil allein sie eine sachliche Abgrenzung der Grunddienstbarkeiten von dem Nießbrauch ermöglicht. Eine Grunddienstbarkeit kann mithin nur angenommen werden, wenn die konkrete Ausgestaltung des dem Berechtigten, hier im Augenblick der Passage-KG eingeräumten Rechts der Sache nach dem Eigentümer noch eine sinnvolle Nutzungsmöglichkeit beläßt, so daß er nicht nur wie im Falle des Nießbrauchs das "nackte Recht" zurückbehält.

Folgt man dem, so muß man weiter unterscheiden, wenn sich das Recht lediglich auf Grundstücksteile bezieht: Wird hinsichtlich dieser Grundstücksteile der Eigentümer von jeder Nutzung ausgeschlossen, so ist wiederum allein ein Nießbrauch möglich, nicht hingegen eine Grunddienstbarkeit(14). Lediglich dann, wenn nicht die gesamten Nutzungen übertragen werden sollen, ist ergänzend zu prüfen, ob dem Eigentümer noch nicht nur unwesentlichen Nutzungsmöglichkeiten verbleiben, wobei in diesem Fall auf das Gesamtgrundstück abzustellen ist(15).

-
- 1979, S. 444 (448 f.); 1986, S. 54; OLG Hamm, Rpfl. 1981, S. 105; OLG Köln, DNotZ 1982, S. 442 = Rpfl. 1982, S. 61; LG Regensburg, Rpfl. 1987, S. 295; Dietzel und Kanzleiter a.a.O.; Falckenberg, a.a.O., § 1018 Rdnr. 28; Palandt-Bassenge, BGB, 49. Aufl. 1990, § 1018 Anm. 5b; Staudinger-Ring, BGB, 12. Aufl. 1981, § 1018 Rdnr. 44; Soergel-Baur, § 1018 Rdnr. 12.
- 11) KGJ 39 (1910) A 215 (217); NJW 1973, S. 1128.
- 12) BayOblGZ 1965, S. 180 (181); 1979, S. 444 (448 f.); 1986, S. 54.
- 13) BayOblGZ 1987, S. 359 = NJW-RR 1988, S. 594; NJW-RR 1990, S. 208.
- 14) Grdlg. BayOblGZ 1986, S. 54 (56) mit Anm. Kanzleiter DNotZ 1986, S. 624 (625 f.); LG Regensburg, Rpfl. 1987, S. 295 (296) m. Anm. Dietzel; OLG Zweibrücken, Rpfl. 1982, S. 98.
- 15) BayOblG, MittBayNot 1985, S. 127; LG Regensburg,

Das OLG Köln(16) hat aus dieser Praxis in einem Beschluß vom 16.11.1981 den Schluß gezogen, daß eine Grunddienstbarkeit nicht mit dem Inhalt bestellt werden könne, daß der Berechtigte das gesamte Grundstück zum Betrieb eines Freizeitzentrums benutzen dürfe. In diesem Fall sollte der Berechtigte nach dem Inhalt der Eintragungsbewilligung "den Grundbesitz gewerblich nutzen dürfen". Das OLG hält eine Grunddienstbarkeit mit diesem Inhalt für unzulässig, weil der Eigentümer durch eine derartige Grunddienstbarkeit von jeder wirtschaftlich sinnvollen Nutzung des Grundstückes ausgeschlossen werde; die Zulässigkeit von Tankstellendienstbarkeiten stehe nicht entgegen, weil sie ebenfalls voraussetze, daß dem Besteller der Dienstbarkeit trotz des Betriebs der Tankstelle auf seinem Grundstück noch andere sinnvolle Nutzungsmöglichkeiten verblieben.

2. Folgerungen.

Wendet man diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall an, so bestehen durchgreifende Bedenken gegen die Wirksamkeit der Grunddienstbarkeit.

Das Recht ist im Grundbuch als "auflösend bedingte Grunddienstbarkeit (gewerbliches Nutzungsrecht)" unter Bezugnahme auf verschiedene Eintragungsbewilligungen bezeichnet. In der letzten Eintragungsbewilligung, die dem Antrag des Notars vom 10.5.1988 zugrundeliegt und die nach dem Gesagten ebenfalls als Inhalt des Grundbuchs gilt (§ 874 BGB), heißt es ergänzend, der Berechtigte, im Augenblick die Passage-KG dürfe das Erdgeschoß und das erste Obergeschoß unter Ausschluß des jeweiligen Eigentümers des dienenden Grundstücks ausschließlich gewerblich nutzen, während ihm hinsichtlich der Räume im Untergeschoß nur ein Mitbenutzungsrecht zustehe. Der Sache nach läuft dies darauf hinaus, daß dem Eigentümer

a.a.O.; Kanzleiter und Dietzel, a.a.O.
16) Rpfl. 1982, S. 61 = DNotZ 1982, S. 442.

der dienenden Grundstücke, der BGB-Gesellschaft, hier irgendeine wirtschaftlich sinnvolle Nutzung des größten Teils ihrer Grundstücke nicht mehr möglich ist, da inso- weit ohnehin nur eine gewerbliche Nutzung in Betracht kommt. Die verbleibenden Nutzungsmöglichkeiten sind so geringfügig, daß sie nicht ins Gewicht fallen. Der Sache nach handelt es sich daher hier in Wirklichkeit um einen Nießbrauch und nicht mehr um eine auf einzelne Nutzungsarten (§ 1018 BGB) beschränkte Grunddienst- barkeit. Die Situation ist hier letztlich nicht anders als in dem Fall, der dem erwähnten Beschluß des OLG Köln vom 16.11.1981(17) zugrundelag. Das muß zur Unwirksamkeit der Grunddienstbarkeit führen.

Es handelt sich freilich um einen Grenzfall. Ohnehin sind die Zulässigkeitsgrenzen von Grunddienstbarkeiten noch keineswegs endgültig geklärt und vielfach umstritten(18). Deshalb mag im folgenden unterstellt werden, daß die Grunddienstbarkeit wegen verbleibender, substantieller Nutzungsmöglichkeiten für die Grundstückseigentümer als wirksam anzusehen ist. In diesem Falle stellt sich die weitere Frage, ob die Grundstückseigentümer die Grund- dienstbarkeit, etwa nach Kündigung des Mietvertrages, kondizieren könne.

II. Bereicherungsansprüche.

1. Grunddienstbarkeit und Grundgeschäft.

a) Grunddienstbarkeiten sind wie sämtliche dinglichen Rechte abstrakt, beruhen aber in aller Regel auf einem Kausalgeschäft, aus dem sich die Verpflichtung zu ihrer Bestellung ergibt, weil sie andernfalls kondizierbar sind(19). In diesem Grundgeschäft können insbes. der In-

17) RpfL. 1982, S. 61.

18) S. für die besonders problematischen Sicherungs- dienstbarkeiten zuletzt eingehend m. Nachw. G. Walter-A.Maier, NJW 1988, S. 377.

19) § 812 Abs. 1 S. 1 BGB; Falckenberg, in: MünchKomm, § 1018 Rdnr. 4; Baur, SachenR, § 33 III 1a (S. 302);

halt des Rechts und die Gegenleistung geregelt werden. Die Verknüpfung des Grundgeschäftes mit der Grunddienstbarkeit erfolgt dabei grundsätzlich über § 812 BGB, ist jedoch auch in der Form eines Bedingungszusammenhangs sowie in Ausnahmefällen nach § 139 BGB möglich. So kann z. B. vereinbart werden, daß die Grunddienstbarkeit auflösend bedingt durch eine Kündigung des Grundgeschäftes sein soll(20)

Neben dem Grundgeschäft, aus dem sich die Verpflichtung zur Bestellung der Grunddienstbarkeit, d. h. ihr Rechtsgrund ergibt, können auf dem Boden der Vertragsfreiheit (selbstverständlich) weitere schuldrechtliche Abreden der Parteien bestehen, die ebenfalls mit der Grunddienstbarkeit verknüpft werden können(21). Insbes. ist der ergänzende Abschluß eines Miet- oder Pachtvertrages möglich. Jedoch kann ein solcher Vertrag grundsätzlich nur ausnahmsweise angenommen werden. Voraussetzung ist neben dem ausdrücklichen Abschluß des Miet- oder Pachtvertrages vor allem, daß dem Berechtigten durch ihn zusätzliche, über den Inhalt der Grunddienstbarkeit nach dem Kausalgeschäft hinausgehende Rechte eingeräumt werden(22). Die bloße Verdinglichung eines Miet- oder Pacht-

 Soergel-Baur, § 1018 Rdnr. 40; grdlg. BGH, LM Nr. 68 zu § 139 BGB = NJW-RR 1989, S. 519 m. Anm. K. Schmidt, JuS 1989, S. 667; w. Nachw. s. folgende Fußn.

- 20) BGHZ 54, S. 10 (18) = NJW 1970, S. 1371 (1373); BGH, LM Nr. 10 zu § 1018 BGB = NJW 1963, S. 1247; LM Nr. 20 zu § 398 BGB = BB 1968, S. 765; LM Nr. 68 zu § 139 BGB = NJW-RR 1989, S. 519; LM Nr. 22 zu § 1018 BGB = NJW 1974, S. 2123; LM Nr. 56 zu § 138 (Bb) BGB = NJW 1988, S. 2362; LM Nr. 34 zu § 1018 BGB = NJW 1988, S. 2364; LM Nr. 34 zu § 1018 BGB = NJW 1988, S. 2364; BayObLGZ 1979, S. 273 (277 f.); Palandt-Bassenge, BGB, 49. Aufl., § 1018 Anm. 4 f.; Falckenberg, in: MünchKomm, § 1018 Rdnrn. 7, 65; Staudinger-Ring, § 1018 Rdnr. 34; Soergel-Baur, § 1018 Rdnr. 45.
- 21) §§ 305, 812 BGB; insbes. BGH, LM Nr. 34 zu § 1018 BGB = NJW 1988, S. 2364 = WM 1988, S. 765 = BB 1988, S. 1283.
- 22) S. BGHZ 54, S. 10 (18) = NJW 1970, S. 1371 (1373); BGH, LM Nr. 10 zu § 1018 BGB = NJW 1963, S. 1247; LM Nr. 7 zu § 1090 BGB = NJW 1963 S. 2319; LM Nr. 22 zu

vertrages durch Eintragung einer Grunddienstbarkeit ist hingegen unzulässig(23).

b) Die Besonderheit des vorliegenden Falles besteht darin, daß neben der Grunddienstbarkeit für die Passage-KG auf unbestimmte Zeit, auflösend bedingt durch die Kündigung im Falle des Zahlungsverzugs ein Mietvertrag mit der Vermietungs-KG besteht, dessen Inhalt sich aus den beiden Verträgen von 1986 und 1988 ergibt und aufgrund dessen die Räume der Vermietungs-KG bereits vor Bestellung der Grunddienstbarkeiten übergeben worden sind. Vermietungs-KG und Passage-KG sind zwar offenbar eng miteinander verflochten, müssen aber rechtlich getrennt werden, wovon auch der Vertrag von 1988 ausgeht, weil in diesem Vertrag die Passage-KG den Schuldbeitritt zu den Verpflichtungen der Vermietungs-KG erklärt hat. Damit stellt sich hier die Frage, wie die verschiedenen Verträge untereinander und mit der Grunddienstbarkeit verknüpft sind, namentlich ob im Falle einer etwaigen Kündigung des Mietvertrages der Rechtsgrund für die Grunddienstbarkeit entfällt, so daß diese nach § 812 Abs. 1 S. 2 erste Alternative BGB kondiziert werden kann.

2. Kündigung.

a) Das Verhältnis zwischen einem Mietvertrag und einer nachträglich bestellten Grunddienstbarkeit zu Gunsten eines Dritten regelt an sich die Bestimmung des § 577 S. 2 BGB, nach der der Dienstbarkeitsberechtigte dem Mieter gegenüber verpflichtet ist, die Ausübung der Grunddienstbarkeit zu unterlassen, soweit sie den vertragsmäßigen

 § 1018 BGB = NJW 1974, S. 2123; offen gelassen in LM Nr. 20 zu § 398 BGB; Emmerich-Sonnenschein, Mietrecht, 2. Aufl. (1981), Vorbemerkung 40 f. vor § 535; Bub-Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 1989, Tz. I 59 ff. (S. 20 f.); Palandt-Bassenge, § 1018 Anm. 8; Falckenberg, in: MünchKomm, § 1018 Rdnrn. 7 f.

23) BGH, NJW 1963, S. 2319 = LM Nr. 7 zu § 1090 BGB; BayOblGZ 1979, S. 273 (277 f.); BGH, LM Nr. 20 zu § 398 BGB.

Gebrauch des Mieters beeinträchtigte(24). Wendet man diese Bestimmung hier an, so wäre die Folge, daß die Passage-KG die Ausübung der Grunddienstbarkeit, d. h. ihres gewerblichen Nutzungsrechtes, zu unterlassen hat, soweit dadurch der vertragsmäßige Gebrauch der Vermietungs-KG aus dem Mietvertrag beeinträchtigt würde. Die Rechte der Parteien richteten sich dann m. a. W. vorrangig nach dem Mietvertrag, dessen Inhalt sich aus den Verträgen von 1986 und 1988 ergibt, während der Grunddienstbarkeit insoweit im Augenblick keine Bedeutung zukäme, da ihre Ausübung der Vermietungs-KG gegenüber rechtswidrig wäre.

Die Bedeutung dieser Überlegungen ist freilich eher theoretischer Art, da § 577 BGB ebensowenig wie § 571 BGB zwingend ist, so daß alle Beteiligten zusammen, d. h. einschließlich des Mieters, stets auch etwas anderes vereinbaren können(25) Angesichts der engen Verflechtung zwischen der Passage-KG und der Vermietungs-KG können die Beteiligten daher im Innenverhältnis das Rangverhältnis zwischen der Grunddienstbarkeit und dem Mietvertrag beliebig regeln. Ohne die Zustimmung der BGB-Gesellschaft als der Grundstückseigentümerin und Vermieterin kann dadurch freilich nicht in deren Rechtsstellung eingegriffen werden.

b) Die Grunddienstbarkeit ist nach der Nr. III Abs. 1 S. 1 und 4 des Kaufvertrages von 1985 als "entgeltliches Dauernutzungsrecht" vereinbart worden, und zwar "auf unbegrenzte Zeit". Das entspricht der gesetzlichen Regelung, nach der Grunddienstbarkeiten grundsätzlich zeitlich unbegrenzt sind. Hierdurch wird es jedoch nicht ausgeschlossen, die Kündigung der Grundvereinbarung zur auflösenden Bedingung für das Recht zu bestimmen(26).

24) Dazu Emmerich-Sonnenschein, Mietrecht, § 577 Rdnrn. 23 ff.; dies., Miete, 5. Aufl. (1989), § 577 Rdnr. 4.

25) Emmerich-Sonnenschein, Mietrecht, § 577 Rdnr. 27.

26) Z. B. BGH, LM Nr. 22 zu § 1018 BGB = NJW 1974, S. 2123; Palandt-Bassenge, § 1018 Anm. 11; Falckenberg, in: MünchKomm, § 1018 Rdnr. 65; Soergel-Baur, § 1018 Rdnr. 45.

Dementsprechend ist die Grunddienstbarkeit unter Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligungen als "auflösend bedingte Grunddienstbarkeit (gewerbliches Nutzungsrecht)" im Grundbuch eingetragen worden. In der Eintragungsbewilligung heißt es dazu:

"Die Grunddienstbarkeit ist auflösend bedingt durch die Kündigung seitens des Eigentümers, welche ausgesprochen werden kann, wenn der Nutzungsberechtigte mit dem Entgelt in Höhe von mindestens drei Monatsbeträgen in Verzug ist."

Das entspricht den Vereinbarungen der Parteien, wie sie sich aus der Nr. III Abs. 1 des Vertrages vom 23. Februar 1988 zwischen der BGB-Gesellschaft und der Passage-KG ergeben, wobei die Passage-KG offenbar mit Vertretungsmacht für die Vermietungs-KG gehandelt hat(27).

Auflösende Bedingungen für die Grunddienstbarkeiten soll mithin eine Kündigung durch die BGB-Gesellschaft bei Verzug der Vermietungs-KG oder der Passage-KG mit drei Monatsbeträgen sein. Gemeint sind damit die Mietzinsen, die die Vermietungs-KG aufgrund des Mietvertrages vom 24. April 1986 sowie die Passage-KG aufgrund ihres Schuldbeitritts durch den Vertrag vom 23. Februar 1988 schulden. Bei Vertretungsmacht der Passage-KG für die Vermietungs-KG enthält somit der Vertrag von 1988 eine Ergänzung zu dem Mietvertrag von 1986, indem er in Abweichung von § 554 BGB das außerordentliche Kündigungsrecht des Vermieters, der BGB-Gesellschaft, bei Zahlungsverzug des Mieters, der Vermietungs-KG regelt. Eine solche Abänderung des § 554 BGB ist bei gewerblichen Mietverträgen stets möglich und daher unbedenklich.

Über das ordentliche Kündigungsrecht des Vermieters ist damit nichts gesagt. Da der Mietvertrag zwischen der BGB-Gesellschaft und der Vermietungs-KG hierzu keinerlei Aussagen enthält, stellt der Mietvertrag einen Vertrag auf

27) S. die Nr. II Abs. 2 des Vertrages vom 23.2.1988.

unbestimmte Zeit dar, der von der BGB-Gesellschaft jederzeit nach § 565 Abs. 1 Nr. 3 BGB gekündigt werden kann. Fraglich können daher im Grunde allein die Auswirkungen einer derartigen ordentlichen Kündigung des Mietvertrages mit der Vermietungs-KG auf die zu Gunsten der Passage-KG bestellten Grunddienstbarkeit sein, da nach der Eintragungsbewilligung auflösende Bedingung für die Grunddienstbarkeit ausdrücklich nur die außerordentliche Kündigung der BGB-Gesellschaft wegen Zahlungsverzugs des Nutzungsberechtigten, der Passage-KG ist.

3. Der Mietvertrag als Rechtsgrund der Grunddienstbarkeit.

a) Die Kaufvertragsparteien waren sich, als sie in den Kaufvertrag die Verpflichtung der BGB-Gesellschaft zur Bestellung einer Grunddienstbarkeit zu Gunsten des Käufers aufnahmen, von vornherein darüber einig, daß es sich dabei (nur) um ein entgeltliches Dauernutzungsrecht handeln sollte (Nr. III Abs. 1 S. 1 des Kaufvertrages vom 6. Juni 1985). Der Käufer, die Passage-KG, sollte m. a. W. die Gebäude auf den Restgrundstücken der BGB-Gesellschaft unter Ausschluß des Eigentümers, d. h. der BGB-Gesellschaft gewerblich auf unbegrenzte Zeit immer nur gegen ein Entgelt nutzen dürfen, mithin niemals unentgeltlich. Damit ist zugleich gesagt, daß nach den Abreden der Parteien dem Käufer, d. h. der Passage-KG, die Grunddienstbarkeit nur zustehen soll, wenn zugleich eine Vereinbarung über eine Gegenleistung, ein Entgelt zustandekommt, so daß - anders gewendet - die Vereinbarung über das Entgelt zum Rechtsgrund der Grunddienstbarkeit gehört. Da der Käufer, die Passage-KG, nach dem Kaufvertrag nur Anspruch auf ein "entgeltliches" Dauernutzungsrecht hat, steht ihm die Grunddienstbarkeit nicht zu, wenn und solange keine Einigung zwischen den Parteien über das Entgelt erzielt worden ist. Noch anders gewendet: Nicht nur der Kaufvertrag, sondern ebenso, und zwar mit Vorrang für die Parteien, die Entgeltvereinbarung bilden den Rechtsgrund der Grunddienstbarkeit, so

daß bei deren Fehlen oder Wegfall das Recht nach § 812 Abs. 1 S. 1 oder S. 2 erste Alternative BGB kondiziert werden kann. Dabei ist zu beachten, daß die Parteien auf dem Boden der Vertragsfreiheit (§ 305 BGB) völlig frei darüber bestimmen können, welche Abreden nach ihrem Willen zum Rechtsgrund der Grunddienstbarkeit gehören sollen. Vor allem hindert sie nichts, diese Abreden auf verschiedene Verträge aufzuteilen. Die Folge ist lediglich, daß schon bei Unwirksamkeit oder nachträglichem Wegfall eines dieser Verträge das Recht wieder kondiziert werden kann.

Nach dem gesamten Vertragswerk zwischen der BGB-Gesellschaft auf der einen Seite und den beiden Schwestergesellschaften, der Passage-KG und der Vermietungs-KG auf der anderen Seite, kann nicht ernstlich zweifelhaft sein, daß der Mietvertrag zwischen der BGB-Gesellschaft und der Vermietungs-KG vom 24.4.1986, ergänzt durch den Vertrag vom 23.2.1988, bei dem die Passage-KG mit Vollmacht für die Vermietungs-KG gehandelt hat, die Vereinbarung über das Entgelt für die Einräumung der Dienstbarkeit darstellt, von deren Zustandekommen nach der Nr. III Abs. 1 des Kaufvertrages vom 6. Juni 1985 der Anspruch der Passage-KG auf die Grunddienstbarkeit abhängen sollte, die m. a. W. den Rechtsgrund der Grunddienstbarkeit i. S. des § 812 Abs. 1 BGB darstellte. Dieser Zusammenhang zwischen den verschiedenen Verträgen unter Beteiligung einerseits der BGB-Gesellschaft und andererseits der beiden Schwestergesellschaften Passage-KG und Vermietungs-KG kommt an zahlreichen Stellen des Vertragswerks zum Ausdruck.

In dem Mietvertrag vom 24. April 1986 zwischen der BGB-Gesellschaft und der Vermietungs-KG heißt es einleitend ausdrücklich:

In dem ... Kaufvertrag hat die Vermieterin der Mieterin unter III des Kaufvertrages eine entgeltliche Grunddienstbarkeit eingeräumt. Die

Entgeltlichkeit der Grunddienstbarkeit wird zwischen den Vertragsparteien gemäß den nachfolgenden Bestimmungen vereinbart ...

Dabei haben die Parteien lediglich übersehen, daß die Mieterin, die Vermietungs-KG, keineswegs die Berechtigte aus dem Kaufvertrag und damit aus der einzutragenden Grunddienstbarkeit ist, da Käuferin nicht die Vermietungs-KG, sondern ihre Schwestergesellschaft, die Passage-KG ist, zu deren Gunsten dementsprechend auch tatsächlich die Grunddienstbarkeit eingetragen worden ist, da die Passage-KG im Augenblick Eigentümerin der herrschenden Grundstücke ist. Bereits an dieser für die Parteien offenbar selbstverständlichen Gleichsetzung der Vermietungs-KG mit der Passage-KG, die zwar rechtlich zu trennen sind, wirtschaftlich aber offenbar im Sinne eines Gleich- oder Unterordnungskonzerns eine Einheit bilden (§ 18 AktG), wird deutlich, daß für die Parteien ohne weiteres der Mietvertrag zwischen der BGB-Gesellschaft und der Vermietungs-KG die zum Rechtsgrund der Grunddienstbarkeit für die Passage-KG gehörende Entgeltvereinbarung darstellte. In dieselbe Richtung weist zwingend der Ergänzungsvertrag vom 23. Februar 1988 zwischen der BGB-Gesellschaft und der Passage-KG, bei dessen Abschluß die letztere offenkundig mit Vollmacht der Vermietungs-KG gehandelt hat, worauf in der Nr. II Abs. 2 des Vertrages ausdrücklich hingewiesen ist; jedenfalls handelte es sich um einen Fall der Duldungsvollmacht.

In dem Vertrag vom 23. Februar 1988, durch den der Mietvertrag vom 24. April 1986 in wichtigen Punkten ergänzt wurde, heißt es in der Nr. II Abs. 1 ausdrücklich:

Gegenleistung für die durch die Grunddienstbarkeit gesicherte Nutzung ... ist eine monatlich wiederkehrende Vergütung in der Höhe, wie sie in dem Mietvertrag zwischen der BGB-Gesellschaft und der Vermietungs-KG vom 24.4.1986 und eventuellen Ergänzungen hierzu vereinbart ist ... Die vorgenannten Mietzinsen stellen das Entgelt für

das durch die Grunddienstbarkeit gesicherte Nutzungsrecht dar.

Zugleich wurde in der Nr. III dieses Vertrages vereinbart, daß die BGB-Gesellschaft bei Zahlungsverzug einer der beiden Schwestergesellschaften, der Passage-KG oder der Vermietungs-KG, in Höhe von mindestens drei Monatsmieten berechtigt sein sollte, den Ergänzungsvertrag und die entgeltliche Grunddienstbarkeit fristlos zu kündigen.

Alle drei Beteiligten, die BGB-Gesellschaft, die Vermietungs-KG, vertreten durch die Passage-KG, sowie die letztere selbst haben somit durch den Ergänzungsvertrag vom 23. Februar 1988 mit aller nur wünschenswerten Deutlichkeit klargestellt, welcher Zusammenhang zwischen den verschiedenen Verträgen nach dem Willen aller Beteiligten bestehen sollte: Die Grunddienstbarkeit zu Gunsten der Passage-KG war von vornherein (nur) als entgeltliches Dauernutzungsrecht von der BGB-Gesellschaft der Passage-KG als Käuferin der verschiedenen Grundstücke eingeräumt worden. Zu ihrem Rechtsgrund gehörte somit noch eine zusätzliche Abrede der Parteien über das von der Passage-KG geschuldete Entgelt. Diese Vereinbarung findet sich nach dem Willen der Beteiligten in dem ergänzenden Mietvertrag zwischen der BGB-Gesellschaft und der Vermietungs-KG, wie er sich zusammen aus den beiden Verträgen vom 24. April 1986 und vom 23. Februar 1988 ergibt. Offenbar sahen die Parteien darin kein Problem, weil es sich bei der Vermietungs-KG und der Passage-KG um Schwestergesellschaften handelt, hinter denen dieselben Personen stehen und die infolgedessen als Gleich- oder Unterordnungskonzern eine wirtschaftliche Einheit bilden (§ 18 AktG).

Das Ergebnis wird durch die Eintragungsbewilligung und damit durch den Inhalt des Grundbuchs (§ 874 BGB) bestätigt. Denn in der Eintragungsbewilligung heißt es unter der Nr. 1, daß eine entgeltliche Grunddienstbarkeit eingetragen werden solle, wobei "die Höhe des Entgelts gesondert schuldrechtlich vereinbart" werde. Als solche

gesonderte schuldrechtliche Vereinbarung des Entgelts kommt aber nach dem gesamten Zusammenhang eindeutig allein der Mietvertrag zwischen der BGB-Gesellschaft und der Vermietungs-KG vom 24. April 1986 i. d. F. vom 23. Februar 1988 in Betracht.

Damit steht fest: Rechtsgrund der Grunddienstbarkeit ist nicht nur der Kaufvertrag, sondern nach dem Wille aller Beteiligten zusätzlich die schuldrechtliche Vereinbarung über das Entgelt, die sich hier in dem genannten Mietvertrag zwischen der BGB-Gesellschaft und der Vermietungs-KG findet. Bei Lichte besehen kann es auch gar nicht anders sein, da die BGB-Gesellschaft der Passage-KG eben nur ein entgeltliches Dauernutzungsrecht einräumen wollte, so daß sie zur Einräumung des Rechts nur verpflichtet ist, wenn und solange zwischen den Parteien eine wirksame Vereinbarung über die Gegenleistung für das Dauernutzungsrecht besteht. Legen die Parteien die Vereinbarung über die Gegenleistung in einem kündbaren Mietvertrag mit einer Schwestergesellschaft der aus der Grunddienstbarkeit berechtigten Gesellschaft nieder, so hat die letztere eben einen Anspruch auf die Grunddienstbarkeit nur, wenn und solange der Mietvertrag besteht. Kommt der Mietvertrag nicht zustande oder wird er wirksam gekündigt, so entfällt zugleich der Rechtsgrund für die Grunddienstbarkeit.

b) Ob der Rechtsgrund für Leistungen wie die Bestellung einer Grunddienstbarkeit in § 812 Abs. 1 BGB objektiv oder subjektiv zu bestimmen ist, ist bekanntlich umstritten, spielt hier aber keine Rolle⁽²⁸⁾. Denn ohne Rücksicht auf diesen Streit steht fest, daß eine Leistung zur Erfüllung eines Kausalverhältnisses ohne Rechtsgrund

 28) S. zu diesem Streit z. B. Emmerich, Schuldrecht Besonderer Teil, 5. Aufl. (1989), S. 214 ff.; Koppensteiner-Kramer, Ungerechtfertigte Bereicherung, 2. Aufl. (1988), S. 15; insbes. Reuter-Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, 1983, S. 84 ff.; Lieb, in: MünchKomm zum BGB, 2. Aufl. (1986), § 812 Rdnr. 136 ff. n. Nachw.

erfolgt, wenn das Kausalverhältnis nicht besteht oder später wegfällt. Dabei sind die Parteien nach § 305 BGB völlig frei in der Vereinbarung, zu welchem Kausalverhältnis sie eine bestimmte Leistung in Beziehung setzen wollen. Nichts hindert sie daher auch, eine Leistung zwischen ihnen in Beziehung zu einem Kausalverhältnis zwischen einer Partei und einem Dritten zu setzen(29); vollends unbedenklich ist dies jedenfalls dann, wenn sich alle drei Beteiligten über diesen Zusammenhang einig sind. Rechtlich gesehen ist jedoch noch nicht einmal diese Einigung erforderlich, wie die Fälle der Drittleistungen und viele Fälle der Leistungen in Dreiecks- oder Dreipersonenverhältnissen zeigen(30).

Aus dem Gesagten folgt, daß es rechtlich unbedenklich ist, durch besonderen Vertrag die Bestellung einer Grunddienstbarkeit in Bezug zu setzen zu einem Mietvertrag zwischen dem Eigentümer des belasteten Grundstücks und einem Dritten, jedenfalls wenn sich alle Beteiligten wie hier über diese Verknüpfung einig sind. Das gilt hier umso mehr, als die Vermietungs-KG und die Passage-KG zwar zwei rechtlich getrennte Gesellschaften darstellen, wirtschaftlich gesehen jedoch aufgrund der weitgehenden oder sogar völligen Identität der Gesellschafter eine wirtschaftliche Einheit im Sinne eines Konzerns bilden. Aus dem Gesagten sind nunmehr die gebotenen Schlußfolgerungen für den vorliegenden Fall zu ziehen.

c) In dem Kaufvertrag von 6. Juni 1985 war der Passage-KG als Käuferin von der BGB-Gesellschaft als Verkäuferin ein "entgeltliches Dauernutzungsrecht" auf unbegrenzte Zeit eingeräumt worden. Der Passage-KG als der Eigentümerin der herrschenden Grundstücke sollte mithin die Grunddienstbarkeit nach dem Willen der Parteien nur zustehen, wenn neben dem Kaufvertrag ergänzend eine Einigung

29) Ebenso ausdrücklich Staudinger-Lorenz, BGB, 12. Aufl. (1986), § 812 Rdnr. 75.

30) S. dazu statt aller Emmerich, Schuldrecht Besonderer Teil, S. 216 ff. m. zahlreichen Nachw.

zwischen den Parteien über das geschuldete Entgelt für das Dauernutzungsrecht zustandekam. Diese zusätzlich erforderliche Vereinbarung über die geschuldete Gegenleistung für die Einräumung der Grunddienstbarkeit liegt nach dem mehrfach ausdrücklich bekundeten Willen der Parteien in dem Mietvertrag zwischen der BGB-Gesellschaft und einer Schwestergesellschaft der Passage-KG, der Vermietungs-KG vom 24. April 1986 i. d. F. des Vertrages vom 23. Februar 1988.

Der Mietvertrag ist auf unbestimmte Zeit abgeschlossen, entsprechend dem Umstand, daß auch die Grunddienstbarkeit auf unbegrenzte Zeit bestellt wurde (Nr. III Abs. 1 S. 4 des Kaufvertrages von 1985). Abreden über die Kündigung des Mietvertrages finden sich nur in dem Ergänzungsvertrag vom 23.2. 1988 für den Fall des Zahlungsverzuges (Nr. III des Vertrages). Über das ordentliche Kündigungsrecht der Parteien ist nichts bestimmt. Es richtet sich mithin nach § 565 Abs. 1 Nr. 3 BGB, so daß die BGB-Gesellschaft als Vermieterin den Mietvertrag mit der Vermietungs-KG jederzeit mit den dort genannten Fristen kündigen kann. Damit entfällt zugleich der Rechtsgrund für die Grunddienstbarkeit der Passage-KG.

Freilich ergibt sich aus dem Zusammenhang der verschiedenen Verträge, namentlich aber aus der Nr. III des Kaufvertrages von 1985 für die BGB-Gesellschaft die zusätzliche Verpflichtung, mit der Passage-KG in ernsthafte Verhandlungen über eine neue Entgeltvereinbarung, gegebenenfalls über den Abschluß eines neuen Mietvertrages mit der Vermietungs-KG einzutreten. Denn die Kündigung des Mietvertrages ändert nichts an der sich aus dem Kaufvertrag ergebenden Verpflichtung der BGB-Gesellschaft, der Passage-KG ein Dauernutzungsrecht an ihren Grundstücken einzuräumen, freilich nur gegen ein Entgelt, über das sich die Parteien einigen müssen. Nur wenn bei den somit nach der Kündigung aufzunehmenden Verhandlungen keine Einigung zustandekommt, und zwar trotz eines wirtschaftlich vertretbaren und zumutbaren Angebots

der BGB-Gesellschaft, ist hier Raum für die Anwendung des § 812 Abs. 1 S. 2 erste Alternative BGB, so daß die BGB-Gesellschaft dann die nunmehr grundlose Grunddienstbarkeit von der Passage-KG kondizieren kann.

Platzierung
h