

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V e r s ä u m n i s -

V ZR 170/85

URTEIL

Verkündet am: 17. Oktober 1986
H i r t h ,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. Franz G [REDACTED],
 2. Ilse G [REDACTED],
 3. Franz Albert G [REDACTED],
- alle wohnhaft M [REDACTED]straße [REDACTED], I [REDACTED],

Beklagte und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED] und Dr. [REDACTED]

g e g e n

Heinrich F [REDACTED], K [REDACTED]straße [REDACTED], H [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED], [REDACTED] und
[REDACTED] in [REDACTED] -

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. Oktober 1986 durch den Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofes Dr. Thumm und die Richter Dr. Eckstein, Dr. Vogt, Dr. Räfle und Dr. Lambert-Lang

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 24. Mai 1985 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als für den Klageanspruch auf Zustimmung zur Belastung des Teilerbbau-rechts der Rechtsweg zum Prozeßgericht für un-zulässig erklärt und dieser Teil des Verfahrens an das Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit verwiesen worden ist.

Auf die Berufungen der Beklagten werden die Verweisungsbeschlüsse der 12. Zivilkammer des Landgerichts München I vom 25. Oktober 1984 und 29. November 1984 aufgehoben.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur an-derweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Berufungs- und des Re-visionsverfahrens, an das Landgericht zurück-verwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Beklagten sind Miteigentümer eines Grundstücks. Daran bestellten sie dem Kläger durch notariellen Vertrag vom 25. Februar 1981 zu einem Anteil von 70/1000 ein Erbbaurecht.

In Teil B II § 7 des Erbbaurechtsvertrages ist als Rechtsinhalt vereinbart, daß der Erbbauberechtigte zur Belastung des Erbbaurechts mit Grundpfandrechten der schriftlichen Zustimmung des Grundstückseigentümers bedarf. Weiter enthält der Vertrag in Teil B VIII folgende Regelung:

"...

3. Der Grundstückseigentümer verpflichtet sich, der Belastung des Erbbaurechts mit Hypotheken und Grundschulden zuzustimmen, und mit seinen Rechten im Range zurückzutreten, wenn
 - a) der Nennbetrag der Grundpfandrechte 80 % der veranschlagten Bau- und Baunebenkosten der Bauwerke und sonstigen Anlagen des Erbbaurechts nicht übersteigt;
 - b) die Grundpfandrechte zu Gunsten von Anstalten und Körperschaften des öffentlichen Rechts, Banken, Genossenschaftsbanken, Sparkassen, Bausparkassen, Versicherungsgesellschaften oder zu Gunsten des Arbeitgebers oder eines Verwandten des Erbbauberechtigten erfolgen,
 - c) zugleich mit den Belastungen Löschungsvormerkungen zugunsten des Grundstückseigentümers eingetragen werden;
 - d) eine Bestätigung des Gläubigers gegenüber dem Grundstückseigentümer vorliegt, wonach die Auszahlung der Darlehensvaluta nur zur Finanzierung der Baumaßnahmen nach Maßgabe des Baufortschrittes erfolgt.



4. Vorstehende Bedingungen gelten entsprechend für Belastungen von Teilen des Erbbaurechts ...
5. § 5 der Erbbaurechtsverordnung bleibt unberührt."

Der Kläger beabsichtigt, zur Finanzierung eines auf dem Erbbaugrundstück begonnenen Bauvorhabens seinen Erbbaurechtsanteil mit einer Grundschuld von 400 000 DM zu belasten. Die Beklagten verweigern die Zustimmung dafür.

Mit der zunächst gegen den Beklagten zu 1 gerichteten, später gegen die Beklagten zu 2 und 3 erweiterten Klage hat der Kläger beantragt, die Beklagten zu verurteilen, der Belastung seines Anteils mit einer Grundschuld von 400 000 DM - bei Eintragung einer Löschungsvormerkung für den jeweiligen Grundstückseigentümer - zuzustimmen und mit ihren in Abteilung II des Erbbaugrundbuchs eingetragenen Rechten im Rang hinter die Grundschuld zurückzutreten. Hilfsweise hat er Verweisung an das nach § 7 Abs. 3 ErbbauVO zuständige Amtsgericht beantragt.

Das Landgericht hat mit Beschlüssen vom 25. Oktober 1984 (betr. den Beklagten zu 1) und vom 29. November 1984 (betr. die Beklagten zu 2 und 3) das Verfahren abgetrennt, soweit der Kläger Zustimmung zur Belastung des Teilerbbaurechts begehrt, und in diesem Umfang den Rechtsstreit an das Amtsgericht München verwiesen. Im übrigen hat das Landgericht das Verfahren bis zur Entscheidung über die Ersetzung der Zustimmung ausgesetzt.

Die dagegen gerichteten Berufungen der Parteien hat das Oberlandesgericht mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß für die Klage auf Zustimmung zur Belastung des Teilerbbaurechts der Rechtsweg zum ordentlichen streitigen Gericht unzulässig sei.

Die Revision der Beklagten hat der Senat durch Beschluß vom 13. Februar 1986 als unzulässig verworfen, soweit sich das Rechtsmittel gegen die Aussetzung des Verfahrens über den Klageantrag auf Vorrangseinräumung richtete.

Mit der im übrigen angenommenen Revision beantragen die Beklagten, durch Versäumnisurteil die Teilverweisung aufzuheben und die Klage auf Belastungszustimmung abzuweisen.

Entscheidungsgründe

I. Auf Antrag der Revisionskläger ist gemäß §§ 557, 331 ZPO durch Versäumnisurteil zu entscheiden (BGHZ 37, 79, 81 ff), da der Revisionsbeklagte trotz ordnungsgemäßer Ladung im Termin zur mündlichen Verhandlung nicht erschienen ist.

II. Mit Recht hat das Berufungsgericht die Berufungen der Beklagten gegen die Verweisungsbeschlüsse des Landgerichts vom 25. Oktober und 29. November 1984 als zulässig angesehen.

Zwar ist nach § 511 ZPO Berufung nur gegen Urteile statthaft, während hier das Landgericht durch Beschluß entschieden hat; diese Form der Entscheidung war jedoch unrichtig. Richtigerweise hätte durch Urteil erkannt werden müssen.

Die Verweisung der Sache vom Prozeßgericht an das gemäß § 7 Abs. 3 ErbbauVO für die Entscheidung über die Ersetzung der Zustimmung des Grundstückseigentümers zuständige Amtsgericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit be-

trifft eine echte Streitsache, da auch das Ersetzungsverfahren ein streitiges Verfahren ist (BayObLGZ 1960, 467 = DNotZ 1961, 266; BGB-RGRK/Räfle 12. Aufl. ErbbauVO § 7 Rdn. 15; allg. Auff.). In einem solchen Fall gilt für die Verweisung § 17 GVG entsprechend (vgl. BGHZ 40, 1, 6 f; BGH Urt. v. 21. Dezember 1973, IV ZR 101/72, NJW 1974, 494, 495 und vom 20. November 1979, VI ZR 248/77, WM 1980, 1243, 1244 = DNotZ 1980, 496, 499; vgl. auch BGHZ 78, 57, 59). Infolgedessen hätte das Landgericht die Sache nur durch Urteil verweisen dürfen (§ 17 Abs. 3 GVG), weil sich die Beklagten mit der Verweisung nicht einverstanden erklärt hatten (§ 17 Abs. 4 GVG) und weil zudem der Kläger nur einen Hilfsantrag auf Verweisung gestellt hatte.

Anerkannt ist, daß den Parteien dasjenige Rechtsmittel zusteht, welches nach der Art der tatsächlich ergangenen Entscheidung statthaft ist (ständige Rechtspr. des BGH, vgl. BGHZ 40, 265, 267; 72, 182, 187 f; 73, 87, 89). Zulässig ist aber auch das Rechtsmittel, das bei einer in der richtigen Form getroffenen Entscheidung gegeben gewesen wäre, da den Parteien durch das fehlerhafte Verfahren keine Nachteile entstehen dürfen (Grundsatz der Meistbegünstigung: vgl. BAG NJW 1984, 254; OLG Bamberg NJW 1949, 910; OLG Köln MDR 1969, 225; BayObLG NJW 1978, 903; Stein/Jonas/Grunsky, ZPO 20. Aufl. Allgem. Einl. Rdn. 26 vor § 511; Thomas/Putzo, ZPO 14. Aufl. Vorbem. II 2 b vor § 511; Zöllner/Schneider, ZPO 14. Aufl. Rdn. 29 vor § 511). Demgemäß war die Berufung statthaft. Die dafür nötige Beschwerde der Beklagten ergab sich daraus, daß das Landgericht anstelle der beantragten Klageabweisung die Sache verwiesen hat (vgl. BGHZ 28, 349 f; 38, 289, 290).

III. Die Revision hat in dem noch rechtshängigen Umfang Erfolg.

Für den Klageanspruch ist entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht das Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit, sondern das Prozeßgericht zuständig.

Die Zuständigkeit des Gerichts der freiwilligen Gerichtsbarkeit gemäß § 7 Abs. 3 ErbbauVO gilt nur für den in den Absätzen 1 und 2 geregelten gesetzlichen Zustimmungsanspruch, wie sich aus dem Zusammenhang der Vorschriften ergibt. Dieser gesetzliche Anspruch des Erbbauberechtigten kann für den hier vorliegenden Fall des Zustimmungserfordernisses zu einer Belastung des Erbbaurechts nicht durch Vereinbarung erweitert oder beschränkt werden, da das Gesetz diese Möglichkeit nur für den Veräußerungsfall zuläßt (§ 7 Abs. 1 Satz 2 ErbbauVO). Möglich sind nach zutreffender herrschender Auffassung allerdings Vereinbarungen, die nicht als dinglich wirkenden Inhalt des Erbbaurechts, sondern lediglich auf schuldrechtlicher Grundlage besondere Voraussetzungen für die Erteilung der Belastungszustimmung festlegen (BayObLG NJW 1959, 2165; Ingenstau, ErbbauVO 5. Aufl. § 7 Rdn. 19; MünchKomm/von Oefele 2. Aufl. ErbbauVO § 5 Rdn. 9; BGB-RGRK/Räfle 12. Aufl. ErbbauVO § 5 Rdn. 7); denn die §§ 5 - 8 ErbbauVO ergänzen nur den nach § 2 ErbbauVO zulässigen vertragsmäßigen Inhalt des Erbbaurechts und schränken die Befugnis zu weitergehenden schuldrechtlichen Abreden nicht ein. Wird durch eine solche nur schuldrechtlich wirkende Abrede die Belastungszustimmung an bestimmte Bedingungen gebunden, so besteht insoweit zwischen den Parteien eine vertragliche Sonderbeziehung, die lediglich einen vertraglichen, nicht aber einen gesetzlichen Zustimmungsanspruch des Erbbauberechtigten begründen kann. Dafür ist mithin nicht das Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit, sondern das Prozeßgericht zuständig (Ingenstau aaO § 7 Rdn. 19; Staudinger/Ring, BGB 12. Aufl. ErbbauVO §§ 5 - 7 Rdn. 28; MünchKomm/

von Oefele aaO § 7 Rdn. 2 a.E.; BGB-RGRK/Räfle aaO § 7 Rdn. 14; vgl. auch KG JFG 17, 81, 87 = JW 1938, 1039; OLG Stuttgart BWNöZ 1963, 303 betr. Vorrangabrede).

Im vorliegenden Fall haben die Parteien in Teil B Abschnitt II § 7 des Erbbaurechtsvertrages einerseits und in Abschnitt VIII andererseits deutlich zwischen dem gesetzlichen und dem davon abweichend geregelten vertraglichen Zustimmungsanspruch unterschieden. Diesen vertraglichen Anspruch hat der Kläger - jedenfalls in erster Linie - geltend gemacht. Für die Entscheidung darüber war somit das Landgericht zuständig. Dies gilt auch dann, wenn der Streitgegenstand notwendigerweise den gesetzlichen Zustimmungsanspruch mitumfassen sollte. Es läge dann einer jener Fälle vor, in denen das angerufene Gericht nur für einen von mehreren konkurrierenden Ansprüchen zuständig ist. Bei einer derartigen Fallgestaltung ist das Gericht auf die Prüfung des Anspruchs beschränkt, für den seine Zuständigkeit besteht. Eine Verweisung kommt dann weder insgesamt noch für den von der Unzuständigkeit betroffenen Anspruchsgrund in Betracht (BGHZ 13, 145, 153 f; 85, 121, 127; 87, 9, 19).

Die vom Berufungsgericht für seine gegenteilige Auffassung angeführten Gründe sind nicht stichhaltig:

Daß § 7 ErbbauVO zwingendes Recht ist, besagt für den Rechtsweg nur, daß die Verfolgung des gesetzlichen Zustimmungsanspruchs im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit von den Beteiligten nicht ausgeschlossen werden kann. Die Zuständigkeit des Prozeßgerichts für die Entscheidung über einen nur schuldrechtlichen Zustimmungsanspruch wird davon nicht berührt. Hierdurch wird § 7 ErbbauVO auch nicht unterlaufen, wie das Berufungsgericht meint. Dem

Erbbauberechtigten steht es frei, anstelle eines möglicherweise langwierigen Prozeßverfahrens das einfachere Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu wählen und dort zunächst seinen nur in dieser Verfahrensart durchsetzbaren gesetzlichen Zustimmungsanspruch geltend zu machen. Wird die Zustimmung ersetzt, so ist es - wovon auch das Berufungsgericht ausgeht - Sache des Grundstückseigentümers, einen seine gesetzliche Zustimmungspflicht einschränkenden schuldrechtlichen Vorbehalt im Prozeßverfahren gegen den Erbbauberechtigten zu verfolgen. Das ist eine zwangsläufige Auswirkung der schuldrechtlichen Sonderbeziehung. Umgekehrt muß dann aber auch der Erbbauberechtigte im Prozeßverfahren auf Erteilung der Zustimmung klagen, wenn der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit die Ersetzung mangels eines begründeten gesetzlichen Zustimmungsanspruchs abgelehnt hat, der Erbbauberechtigte sich jedoch auf eine die Voraussetzungen dieses Anspruchs erleichternde schuldrechtliche Abrede stützen kann. Die Ansicht des Berufungsgerichts, für den Zustimmungsanspruch sei trotz der ihn erweiternden Abrede ausschließlich das Amtsgericht zuständig, dieses aber auf die Prüfung der Voraussetzungen des § 7 Abs. 2 ErbbauVO beschränkt, würde zu dem untragbaren Ergebnis führen, daß dem Erbbauberechtigten für einen weitergehenden Anspruch aus der schuldrechtlichen Vereinbarung jeder Rechtsschutz versagt wäre, was zugleich die Wirkungslosigkeit solcher Vereinbarungen zur Folge hätte. Die vom Berufungsgericht gesehene Gefahr, daß sich bei unterschiedlichem Rechtsweg Schwierigkeiten in der Abgrenzung des gesetzlichen vom schuldrechtlichen Zustimmungsanspruch und insoweit womöglich widersprechende Entscheidungen ergeben könnten, kann allenfalls die Frage aufwerfen, ob sich die Zuständigkeit entweder des Prozeßgerichts oder des Gerichts der freiwilligen Gerichtsbarkeit etwa kraft Sachzusammenhanges auf beide Ansprüche erstrecken darf. Für

eine solche Lösung besteht indessen keine gesetzliche Grundlage (vgl. zu § 32 ZPO: BGH Urt. v. 11. Februar 1980, II ZR 259/78, WM 1980, 825; bei Teilzuständigkeit des Landwirtschaftsgerichts: BGHZ 5, 105, 106 ff; allgemein: Stein/Jonas/Schumann, ZPO 20. Aufl. Einl. Rdn. 295 und § 1 Rdn. 10 f m.w.N.; a.M. Rosenberg/Schwab, Zivilprozeßrecht 13. Aufl. § 9 IV, § 36 VI 2; LG Köln NJW 1978, 329; dagegen zu Recht Flieger, NJW 1979, 2603).

IV. Demnach ist das Berufungsurteil aufzuheben, soweit für den auf Zustimmung zur Belastung des Teilerbbaurechts gerichteten Klageanspruch der Rechtsweg zum Prozeßgericht für unzulässig erklärt und dieser Teil des Verfahrens an das Amtsgericht verwiesen worden ist. Damit unterliegen auch die mit der Berufung der Beklagten angefochtenen Verweisungsbeschlüsse des Landgerichts vom 25. Oktober und 29. November 1984 der Aufhebung. Insoweit ist der Rechtsstreit gemäß § 538 Abs. 1 Nr. 2 ZPO an das Landgericht zur Sachentscheidung zurückzuverweisen, zumal dort noch der weitere Klageanspruch auf Zustimmung zur Vorrangeinräumung anhängig ist. Diese Anordnung kann auch das Revisionsgericht treffen, weil das Berufungsgericht in gleicher Weise hätte verfahren können (vgl. BGHZ 16, 71, 82; Senatsurt. v. 28. September 1984, V ZR 135/83, NJW 1985, 1464, 1465 a.E.). Dem Landgericht bleibt auch die vom endgültigen Prozeßausgang abhängige Entscheidung über die Kosten der Berufungs- und der Revisionsinstanz vorbehalten,

einschließlich des nicht abtrennbaren Teils derjenigen Kosten, die auf den durch Senatsbeschluß vom 13. Februar 1986 als unzulässig verworfenen Teil der Revision entfallen.

Dr. Thumm

Dr. Eckstein

Vogt

Räfle

Lambert-Lang