

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 Dr. Jürgen Rastätter,
Karlsruhe

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

4/2006

Juli/August
Seiten 73-96

Inhalt

Abhandlungen

Schmenger
Aktuelle Rechtsfragen beim Erbbaurecht 73

Rechtsprechung 93

Buchbesprechungen 96

Aktuelle Rechtsfragen beim Erbbaurecht

(von Notariatsdirektor Wolfgang Schmenger, Heidelberg)

Vortrag auf der XXXVI. Lautenbacher Notarfortbildung des Badischen Notarvereins vom März 2006

I. Zum Erbbauzins

1. Gegenleistung bei der Bestellung eines Erbbaurechtes:

Die Erbbaurechtsverordnung überlässt es den Parteien, ob sie das Erbbaurecht entgeltlich oder unentgeltlich bestellen wollen. Üblicherweise wird als Gegenleistung ein Erbbauzins festgelegt. Ein Erbbaurecht kann aber auch schenkweise oder gegen beliebige Gegenleistungen überlassen werden. So kommt es insbesondere bei öffentlichen Aufgaben, z.B. Errichtung von Sportplätzen, Kunsthallen, Museen usw. oftmals zu einer unentgeltlichen Zuwendung eines Erbbaurechtes.¹ Die Vereinbarung eines Erbbauzinses ist nicht wesentlich für das Erbbaurecht; es können Gegenleistungen unterschiedlichster Art, beispielsweise auch die schuldrechtliche Beteiligung des Grundstückseigentümers am Umsatz eines auf dem Erbbaugrundstück betriebenen Gewerbes vereinbart werden.² Die im Erbbaurechtsvertrag vereinbarte Gegenleistung kann beliebig durch dinglich wirkende Eintragungen wie Grundschuld, Hypothek oder Vormerkung gesichert werden. Möglich ist auch, für den Fall der Nichterbringung einer Gegenleistung eine Sanktion zu treffen und diese über § 2 ErbbauVO zum vertragsmäßigen Inhalt des Erbbaurechtes zu machen. So können beispielsweise ein Heimfallanspruch (§ 2 Nr. 4 ErbbauVO) oder eine Vertragsstrafe (§ 2 Nr. 5 ErbbauVO) für den Fall der Nichterbringung der Gegenleistung vereinbart werden.³

2. Erbbauzins als Gegenleistung

In der Regel wird als Gegenleistung für die Gewährung des Erbbaurechtes ein Erbbauzins in Geld vereinbart.

Für die Beteiligten besteht kein Zwang, einen dinglichen Erbbauzins zu vereinbaren, vielmehr würde eine rein schuldrechtliche Regelung genügen. Eine solche schuldrechtliche Vereinbarung ist trotz § 9 ErbbauVO möglich.⁴ In der Regel erfolgt jedoch die Eintragung des Erbbauzinses als reallastartiges Recht gemäß § 9 Abs. 1 ErbbauVO.

Vereinbaren die Parteien einen bestimmten Erbbauzins, ohne festzulegen, ob hiermit der schuldrechtliche oder dingliche Erbbauzins gemeint ist, wird man die Vereinbarung als eine rechtsgeschäftliche Begründung einer reallastartigen Verpflichtung auszulegen haben. Dies folgt aus der Gesetzesfassung in § 9 Abs. 1 Satz 1 ErbbauVO, wonach es sich bei der Vereinbarung eines Entgelts in wiederkehrenden Leistungen um einen Erbbauzins handelt, auf den die Vorschriften über die Reallast Anwendung finden.⁵

3. Entstehen des Erbbauzinses

Ein lediglich schuldrechtlich vereinbarter Erbbauzins entsteht bereits mit Abschluss des Erbbaurechtsvertrages.

Ist ein dinglicher Erbbauzins gewollt und vereinbart, so ist nach § 873 BGB die dingliche Einigung und die Eintragung im Erbbaugrundbuch erforderlich.

Die Einigung nach § 873 BGB ist formlos möglich. Damit ist auch, was insbesondere für spätere Erbbauzinserhöhungen oder Änderungen der Indices gilt, die Vereinbarung des neuen Erbbauzinses an sich formlos möglich und gültig⁶. Allerdings bedarf es für die Eintragung im Grundbuch der Eintragungsbewilligung gemäß §§ 19, 29 GBO, somit einer Erklärung in öffentlich beglaubigter Form.

Wird die Erbbauzinsvereinbarung im Erbbaurechtsvertrag getroffen, so ist, da es sich um einen wesentlichen Teil eines formbedürftigen Rechtsgeschäfts handelt, gemäß § 11 Abs. 2 ErbbauVO i.V.m. § 311 b Abs. 1 BGB notarielle Beurkundung erforderlich.⁷

Für die Entstehung des dinglichen Erbbauzinses ist gemäß § 873 BGB die Eintragung im Grundbuch erforderlich. Da somit der dinglich vereinbarte Erbbauzins erst zu diesem Zeitpunkt entsteht, wird üblicherweise in den Erbbaurechtsverträgen eine schuldrechtliche Vereinbarung getroffen, wonach bis zur Eintragung im Grundbuch der Erbbauzins schuldrechtlich als vereinbart gilt.⁸

Soll der Erbbauzins erhöht werden, so ist ebenfalls zu beachten, dass eine rückwirkende Erhöhung nicht im Grundbuch eintragungsfähig ist.

Der Erbbauzins muss nicht an erster Rangstelle eingetragen werden.

4. Erbbauzins – kein Inhalt des Erbbaurechtes

Der dingliche Erbbauzins ist ein reallastartiges Recht, nämlich eine Sonderform der Reallast. Soweit § 9 ErbbauVO keine Spezialregelungen enthält, gelten gemäß § 9 Abs. 1 Satz 1 ErbbauVO die Bestimmungen über die Reallast entsprechend. Damit hat der Gesetzgeber den dinglichen Erbbauzins ausdrücklich als eine Belastung des Erbbaurechtes ausgestaltet. Der Erbbauzins kann nicht Inhalt des Erbbaurechtes sein.⁹

Die Erbbauzinsreallast kann wie jede normale Reallast unter Fristbestimmungen oder Bedingungen begründet werden. Auch eine auflösende Bedingung, die für das Erbbaurecht selbst nach § 1 Abs. 4 Satz 1 ErbbauVO unzulässig ist, kann vereinbart werden.¹⁰

¹ v. Oefele/Winkler, Handbuch des Erbbaurechts, 3. Aufl. 2003, Rdn. 6.1;

² BGH NJW 1970, 944;

³ v. Oefele/Winkler, a.a.O., Rdn. 6.3;

⁴ v. Oefele/Winkler, a.a.O., Rdn. 6.13;

⁵ Münchener Kommentar, 4. Aufl., 2004, v. Oefele, § 9 Rdn. 8; Linde/Richter, Erbbaurecht und Erbbauzins, S. 120; Ingenstau/Hustedt, 8. Aufl., 2001, § 9 Rdn. 3;

⁶ Münchener Kommentar, v. Oefele, § 9 Rdn. 9 f; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 13. Aufl., 2004, begründet von Karl Haegele, (nachstehend: „Haegele, a.a.O.“) Rdn. 1811 a; BGH DNotZ 1986, 472 = NJW 1986, 932 = Rpfleger 1986, 92; Demharter, Grundbuchordnung, 25. Aufl., 2005, Anhang zu § 8, Rdn. 44;

⁷ Münchener Kommentar, v. Oefele, a.a.O., § 9 Rdn. 9 f; v. Oefele/Winkler, a.a.O., Rdn. 6.29;

⁸ v. Oefele/Winkler, a.a.O., Rdn. 6.30;

⁹ Münchener Kommentar, v. Oefele, a.a.O., § 9 Rdn. 6; BGH DNotZ 1986, 472 = NJW 1986, 932 = Rpfleger 1986, 92;

¹⁰ v. Oefele/Winkler, a.a.O., Rdn. 6.69;

Bei § 9 ErbbauVO handelt es sich um zwingendes Recht. Ist ein dinglicher Erbbauzins vereinbart, so kann nicht eine normale Reallast bestellt werden.¹¹

5. § 9 Abs. 2 ErbbauVO – Erbbauzins nur zu Gunsten des jeweiligen Eigentümers

Fall: Im Grundbuch ist als Berechtigter für den Erbbauzins Reichsfreiherr X eingetragen. Er ist Ausgeber zahlreicher Erbbaurechte. Reichsfreiherr X ist verstorben. Alleinerbe ist sein Sohn, Reichsfreiherr von Y.

Wie wird das Grundbuchamt verfahren?

Nicht selten findet man in der Praxis bezüglich des Berechtigten aus dem Erbbauzins Eintragungen, die als subjektiv persönliches Recht ausgestaltet sind, so z.B. auch der Erbbauzins zu Gunsten von Kommunen. In obigem Beispielfall sind Überlegungen, das Grundbuch auf den Erben zu berichtigen, fehl am Platz.

Die Erbbauzinsreallast kann als subjektiv dingliches Recht nur zu Gunsten des jeweiligen Eigentümers eingetragen werden. Dies folgt aus § 9 Abs. 2 ErbbauVO, wonach der Anspruch des Grundstückseigentümers auf Entrichtung des Erbbauzinses in Ansehung noch nicht fälliger Leistungen nicht von dem Eigentum am Grundstück getrennt werden kann.

Wird hiergegen verstoßen, so ist die nach § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO unzulässige Eintragung grundsätzlich im Grundbuch von Amts wegen zu löschen.¹² Jedoch ist zuvor zu prüfen, ob nicht im Wege der Auslegung eine Berichtigung bzw. Umdeutung möglich ist.¹³ Dies wird man in den überwiegenden Fällen bejahen können. Vorliegend würde deshalb das Grundbuchamt die Berichtigung auf den jeweiligen Eigentümer des betreffenden Grundstücks vornehmen.

Die gemäß § 9 Abs. 2 ErbbauVO angeordnete Verbindung von Grundstück und Erbbauzins bewirkt, dass das Stammrecht einschließlich des Rechts auf die noch nicht fälligen Leistungen gemäß § 96 BGB Bestandteil des Grundstücks ist. Das Stammrecht und das Recht auf die noch nicht fälligen Leistungen sind daher nicht sonderrechtsfähig. Sie sind für sich allein, ohne das Erbbaugrundstück, also nicht selbständig übertragbar, verpfändbar und pfändbar (§ 851 ZPO). Ein Zugriff ist nur über eine Vollstreckung in das Grundstück möglich (§§ 864, 865 ZPO).¹⁴

6. Anwendung der Vorschriften über die Reallast für den Erbbauzins

Aus § 9 Abs. 1 ErbbauVO ergibt sich, dass für den dinglichen Erbbauzins die Bestimmungen über die Reallast (§§ 1105 ff. BGB) entsprechend anwendbar sind, soweit § 9 ErbbauVO keine Spezialregelung enthält.

Infolge der Verweisung auf die Reallast kommt der Vorschrift des § 1107 BGB besondere Bedeutung im Hinblick auf die Verjährung des Erbbauzinses sowie der Geltendmachung von Verzugszinsen zu.

6.1 Verjährung des Erbbauzinses

Rückständige Erbbauzinsen verjähren demnach gemäß §§ 902 Abs. 1 Satz 2¹⁵, 194, 195 BGB in 3 Jahren. Die Frist beginnt gemäß § 199 BGB unter den dort genannten Voraussetzungen mit Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist.¹⁶

6.2. Keine Verzugszinsen oder Prozesszinsen auf den dinglichen Erbbauzins

Fall: Im Erbbauvertrag ist geregelt, dass bei nicht rechtzeitiger Zahlung der Erbbauzinsen diese gemäß dem gesetzlichen Zinssatz verzinslich seien.

Inwieweit ist eine derartige Regelung zulässig?

Entsprechende Regelungen in Erbbauverträgen sind häufig Gegenstand von Beanstandungen der Grundbuchämter.

Gemäß § 1107 BGB finden auf die einzelnen Leistungen die für die Zinsen der Hypothekenforderung geltenden Vorschriften Anwendung.¹⁷

Nach h.M. steht dem Grundstückseigentümer gegenüber dem Erbbauberechtigten kein Anspruch auf Verzugszinsen auf den dinglichen Erbbauzins zu.¹⁸ Eine entsprechende Regelung ist daher nicht eintragbar. Insoweit gilt hier über § 1107 BGB die Vorschrift § 289 BGB.¹⁹ Die h.M. sieht den Erbbauzins als echten Zins im Sinne des § 289 BGB an. Das Grundbuchamt wird deshalb die Eintragung ablehnen.

Dagegen unterliegt ein nur mit schuldrechtlicher Wirkung vereinbarter Erbbauzins nicht dem Zinseszinsverbot aus § 289 Satz 1 BGB.²⁰ Eine schuldrechtliche Vereinbarung von Verzugszinsen ist jederzeit möglich. Im Erbbauvertrag muss dann aber ausdrücklich der schuldrechtliche Charakter der Regelung herausgearbeitet werden. Auf keinen Fall dürfen sich Eintragungsanträge auf diese Regelung beziehen.

7. Wertsicherung des Erbbauzinses

In den vergangenen Jahren ist im Bereich des Erbbaurechts kein Thema so umstritten gewesen, wie die für die Vertragspraxis wichtige Frage, ob und in welchen Grenzen eine Wertsicherungsklausel zum Inhalt der Erbbauzinsreallast gemacht werden kann.

7.1 Wertsicherung bei der Reallast

§ 1105 BGB lautete bis zum Jahr 1998 wie folgt:

- (1) Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, dass an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, wiederkehrende Leistungen aus dem Grundstück zu entrichten sind (Reallast).

¹⁵ § 902 BGB:

„(1) Die Ansprüche aus eingetragenen Rechten unterliegen nicht der Verjährung. Dies gilt nicht für Ansprüche, die auf Rückstände wiederkehrender Leistungen oder auf Schadensersatz gerichtet sind.“

(2) Ein Recht, wegen dessen ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs eingetragen ist, steht einem eingetragenen Recht gleich.“

¹⁶ v. Oefele/Winkler, a.a.O., Rdn. 6.15, 6.120;

¹⁷ § 1107 BGB:

„Auf die einzelnen Leistungen finden die für die Zinsen einer Hypothekenforderung geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung.“

¹⁸ BGH NJW 1978, 1261; BGH NJW 1980, 2519 = Rpfleger 1980, 379; BGH NJW 1990, 2380; OLG Düsseldorf, DNotZ 2001, 705, 708; Münchener Kommentar, v. Oefele, a.a.O., § 9 Rdn. 76;

¹⁹ § 289 BGB: „Von Zinsen sind Verzugszinsen nicht zu entrichten. Das Recht des Gläubigers auf Ersatz des durch den Verzug entstehenden Schadens bleibt unberührt.“

²⁰ BGH DNotZ 1992, 364;

¹¹ Münchener Kommentar, v. Oefele, a.a.O., § 9 Rdn. 8;

¹² BayObLG, NJW 1961, 1263;

¹³ Münchener Kommentar, v. Oefele, a.a.O., § 9 Rdn. 7; Haegele, a.a.O., Rdn. 1799;

¹⁴ vgl. Münchener Kommentar, v. Oefele, a.a.O., § 9 Rdn. 7 mit weiteren Nachweisen;

(2) Die Reallast kann auch zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks bestellt werden.

Durch Art. 11 a des Euro-Einführungsgesetzes vom 09.06.1998 (BGBl I S. 1242) wurde in Absatz 1 der Vorschrift Satz 2 eingefügt. Die Vorschrift hat demnach heute folgenden Wortlaut.

(1) Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, dass an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, wiederkehrende Leistungen aus dem Grundstück zu entrichten sind (Reallast). Als Inhalt der Reallast kann auch vereinbart werden, dass die zu entrichtenden Leistungen sich ohne weiteres an veränderte Verhältnisse anpassen, wenn anhand der in der Vereinbarung festgelegten Voraussetzungen Art und Umfang der Belastung des Grundstücks bestimmt werden können.

(2) Die Reallast kann auch zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks bestellt werden.

Die Erweiterung um Abs. 1 Satz 2 stellte keine inhaltliche Änderung der Bestimmung über die Reallast, vielmehr im Zusammenhang mit der Änderung von § 9 Abs. 2 ErbbauVO lediglich eine Klarstellung bzw. gesetzliche Festschreibung des bisherigen Zustands dar. Denn Reallasten konnten schon seit langem mit Wertsicherungsklauseln versehen werden.²¹ Es genügte bereits vor dem Jahre 1998 für die Eintragung, dass die Leistungen hinreichend bestimmbar waren, so z.B., dass sich der Mindest- und der Höchstumfang der Belastung sowie die Voraussetzung und Umfang der Anpassung aus der Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung und aus der davon gedeckten Wertsicherungsklausel erschlossen.²²

7.2 Wertsicherung beim Erbbauzins nach altem Recht

§ 9 Abs. 1 und 2 ErbbauVO lautete vormals

(1) Wird für die Bestellung des Erbbaurechts ein Entgelt in wiederkehrenden Leistungen (Erbbauzins) ausbedungen, so finden die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Reallasten entsprechende Anwendung. Die zugunsten der Landesgesetze bestehenden Vorbehalte über Reallasten finden keine Anwendung.

(2) Der Erbbauzins muss nach Zeit und Höhe für die ganze Erbbauzeit im Voraus bestimmt sein. Der Anspruch des Grundstückseigentümers auf Entrichtung des Erbbauzinses kann in Ansehung noch nicht fälliger Leistungen nicht von dem Eigentum an dem Grundstück getrennt werden.

Entgegen den Bestimmungen bei der gewöhnlichen Reallast musste der dingliche Erbbauzins nach der bis zum 30.09.1994 geltenden Regelung gemäß § 9 Abs. 2 Satz 1 ErbbauVO a.F. der Höhe nach im Voraus für die ganze Dauer des Erbbaurechts bestimmt sein. Eine Anpassungsklausel konnte deshalb nur auf schuldrechtlicher Grundlage vereinbart und eine dingliche Wirkung nur über die Eintragung einer Vormerkung erreicht werden.²³ Der Erbbauzins selbst musste bestimmt und nicht nur bestimmbar sein.

Bestimmbarkeit wie bei der Reallast genügte nicht (unzulässig z.B.: jeweiliger Diskontsatz der Deutschen Bundesbank, bestimmte Beamtengehälter). Sinn der Vorschrift war, dass von Anfang an jeder spätere Kreditgeber in der Lage war, den Beleihungswert des Erbbaurechts nach Abzug der Erbbauzinsreallast in wirtschaftlich eindeutiger Weise zu ermitteln.²⁴

Für einen Erbbauzins nach altem Recht ist die Trennung von dinglichem Erbbauzins und Anpassungsverpflichtung charakteristisch.

Unzulässig sind daher bei nach früherem Recht begründeten Erbbauzinsen jegliche Vereinbarungen, die lediglich die Bestimmbarkeit der einzelnen Leistungen oder der Fälligkeit vorsehen, wenn diese Vereinbarungen nicht ausdrücklich im Rahmen der getrennten schuldrechtlichen Anpassungsverpflichtung getroffen werden. Verstöße gegen das Bestimmtheits Erfordernis führten zur Nichtigkeit der Erbbauzinsvereinbarung. Damit konnte im Zweifel der gesamte Erbbaurechtsvertrag gemäß § 139 BGB nichtig werden.

Der strenge Bestimmtheitsgrundsatz galt nur für den Erbbauzins, nicht für die schuldrechtliche Anpassungsverpflichtung, bei der Bestimmbarkeit genügte und die mittels einer Vormerkung gesichert wurde.²⁵

7.3 Wertsicherung beim Erbbauzins nach neuem Recht

7.3.1 Missglückte Gesetzesfassung vom 21.09.1994

Durch das Sachenrechtsänderungsgesetz vom 21. September 1994 (BGBl. I, S. 2457/2489) wurde die Mussvorschrift des § 9 Absatz 2 Satz 1 ErbbauVO in eine Kann-Vorschrift umgeändert. Dadurch sollte erreicht werden, dass der Erbbauzins nicht mehr nach Zeit und Höhe für die gesamte Erbbauzeit im Voraus bestimmt werden musste. Vielmehr sollte es wie bei der Reallast möglich sein, eine Wertsicherung als Inhalt des dinglichen Rechts zu vereinbaren.

Der Gesetzgeber wollte somit erreichen, dass auch eine Wertsicherung zum Inhalt der Erbbauzinsreallast gemacht werden kann und dadurch die übliche Wertsicherung durch eine schuldrechtliche Vereinbarung auf Anpassung des Erbbauzinses und die Sicherung dieses Anspruchs durch eine Vormerkung entbehrlich werden. Die Änderung sollte insbesondere auch dazu führen, dass die Anpassung gegenüber dem jeweiligen Erbbauberechtigten, der auch den Erbbauzins zu zahlen hat, durchzusetzen ist.²⁶

Die damalige Vorschrift hatte in Absatz 2 folgenden Wortlaut:

(2) Der Erbbauzins kann nach Zeit und Höhe für die gesamte Erbbauzeit im Voraus bestimmt werden. Inhalt des Erbbauzinses kann auch eine Verpflichtung zu seiner Anpassung an veränderte Verhältnisse sein, wenn die Anpassung nach Zeit und Wertmaßstab bestimmbar ist. Für die Vereinbarung über die Anpassung des Erbbauzinses ist die Zustimmung der Inhaber dinglicher Rechte am Erbbaurecht erforderlich; § 880 Abs. 2 Satz 3 des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist entsprechend anzuwenden.

Diese Regelung war jedoch ihrem Wortlaut nach missglückt und rief einen lebhaften Auslegungstreit hervor. So wurde angesichts des Wortlautes der Regelung vertreten, die Neuregelung sehe nur die Möglichkeit der Vereinbarung (vgl. Gesetzestext: „Verpflichtung zu seiner Anpassung“) eines dinglichen Anpassungsanspruchs als Inhalt der Erbbauzinsreallast vor, gestatte aber nicht die Möglichkeit einer automatischen Anpassung.²⁷ Seit der Entscheidung des BayObLG vom 18.07.1996²⁸ war jedoch klargestellt, dass auch auf

²¹ vgl. BGH NJW 1990, 2380 = DNotZ 1991, 803;

²² vgl. BGH NJW 1990, 2380 = DNotZ 1991, 803;

²³ BGH NJW 1990, 2380 = DNotZ 1991, 803;

²⁴ BGH DNotZ 1975, 154 = Rpfleger, 1975, 56;

²⁵ vgl. hierzu v. Oefele/Winkler, a.a.O., Rdn. 6.70 ff.; vgl. zu den Anforderungen an die Bestimmtheit bei der Vormerkung: Münchener Kommentar, v. Oefele, a.a.O., § 9 Rdn. 59 ff.; Haegeler, a.a.O., Rdn. 1833; OLG Zweibrücken Mitt-BayNot 2001, 77;

²⁶ vgl. BT-Drucksache 12/5992, S. 194;

²⁷ vgl. hierzu Ingenstau/Hustedt, a.a.O., § 9 Rdn. 24; BayObLG DNotZ 1997, 147 = NJW 1997, 468 = Rpfleger 1996, 506;

²⁸ BayObLG DNotZ 1997, 147 = NJW 1997, 468 = Rpfleger 1996, 506;

Grund dieser Regelung nach dem Sachenrechtsänderungsgesetz vom 21. September 1994 die Vereinbarung einer automatischen Wertsicherungsklausel möglich ist.

7.3.2 Gesetzgeberische Klarstellung vom 09.06.1998

Infolge der am 10.06.1998 in Kraft getretenen weiteren Änderung des § 9 ErbbauVO durch das Euroeinführungsgesetz (EuroEG)²⁹ hat der Gesetzgeber mit seiner uneingeschränkten Verweisung auf die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über die Reallasten, insbesondere den gleichzeitig geänderten § 1105 BGB³⁰ nunmehr klargestellt, dass eine automatische Anpassung der Erbbauzinsreallast im Sinne einer Gleitklausel zulässigerweise mit dinglicher Wirkung vereinbart werden kann.

Die Vorschrift lautet nunmehr in den Absätzen 1 und 2:

- (1) Wird für die Bestellung des Erbbaurechts ein Entgelt in wiederkehrenden Leistungen (Erbbauzins) ausbedungen, so finden die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Reallasten entsprechende Anwendung. Die zugunsten der Landesgesetze bestehenden Vorbehalte über Reallasten finden keine Anwendung.
- (2) Der Anspruch des Grundstückseigentümers auf Entrichtung des Erbbauzinses kann in Ansehung noch nicht fälliger Leistungen nicht von dem Eigentum an dem Grundstück getrennt werden.

Nachdem für den Inhalt des (dinglichen) Erbbauzinses die Regeln der Reallast (§ 1105 BGB) gelten, muss dieser wie die Reallast bestimmt oder bestimmbar sein.³¹ Die jeweilige Anpassung des Erbbauzinses in Anwendung des vereinbarten Maßstabes bedarf keiner weiteren „Erfüllung“ durch Einigung zwischen Eigentümer und Erbbauberechtigten und Eintragung im Grundbuch.³² Dies gilt insbesondere für automatische Gleitklauseln.

Möglich ist aber auch, die Anpassung erst auf Verlangen des Berechtigten eintreten zu lassen oder von sonstigen Bedingungen abhängig zu machen, wobei sodann mit Eintritt des Verlangens oder der Bedingung ebenfalls die automatische Anpassung erfolgt.³³

Entscheidend für die Annahme einer hinreichenden Bestimmbarkeit ist stets, dass anhand objektiver Kriterien zumindest im Zeitpunkt der Erhöhung der Umfang der Erhöhung bestimmbar ist. Anpassungsmaßstäbe, die dem Ermessen eines Beteiligten oder eines Dritten überlassen und nicht hinreichend bestimmbar sind (z.B. Leistungsvorbehalte) können auch weiterhin nicht Inhalt einer Erbbauzinsreallast sein. Diese können, wie nach früherem Recht nur schuldrechtlich vereinbart und – soweit in diesem Rahmen noch genügend bestimmbar – durch eine Vormerkung gesichert werden.³⁴

Die dingliche Anpassungsvereinbarung wirkt gegenüber dem jeweiligen Inhaber des Erbbaurechts. Es bedarf somit keiner Abtretung der Ansprüche auf Erbbauzinserrhöhung oder eines Eintritts in diesbezügliche Verpflichtungen bei Veräuße-

rung des Grundstücks bzw. des Erbbaurechts, insbesondere im Rahmen von Erwerben in der Zwangsversteigerung. Auch bei Entstehung eines Eigentümererbbaurechts erlischt die dingliche Anpassungsvereinbarung nicht.³⁵

Hier zeigt sich der entscheidende Vorteil der neuen Regelung. Der Sonderrechtsnachfolger ist automatisch an die Wertsicherung gebunden. Schuldrechtliche Vereinbarungen, für die im Übrigen nur der Schutz durch die Vormerkung besteht, müssen nicht mehr gesondert übernommen werden.

Auch ist für Erbbauzinserrhöhungen der mühsame Weg über die Anpassungsvormerkung und bei jeder Erhöhung die Eintragung der entsprechenden Inhaltsänderung ins Grundbuch entfallen. Die Erhöhung hat nunmehr unmittelbare dingliche Wirkung, ohne dass es einer Eintragung in das Grundbuch bedarf.

Es bleibt den Beteiligten unbenommen, die Ausgestaltung der Erbbauzinsreallast nach altem Recht (Trennung zwischen Erbbauzins und Vormerkung) oder nach neuem Recht zu vereinbaren.

8. Versteigerungsfester Erbbauzins, Rangverhältnisse, Stillhalteerklärungen

Die Frage des Rangverhältnisses zwischen der Erbbauzinsreallast einerseits und zu Lasten des Erbbaurechts einzutragenden Grundpfandrechten andererseits ist von großer wirtschaftlicher Bedeutung. Das SachenRÄndG vom 21.09.1994 (BGBl. I S. 2457/2489) hat hier mit Wirkung ab dem 01.10.1994 wesentliche Erleichterungen gebracht.

Gemäß § 9 Abs. 3 Satz 1 Ziffer 1 ErbbauVO kann als Inhalt der Erbbauzinsreallast neben der Wertsicherung auch vereinbart werden, dass im Falle der Zwangsversteigerung des Erbbaurechts die Reallast abweichend von § 52 Abs. 1 des Gesetzes über die Zwangsversteigerung mit ihrem Hauptanspruch, somit ohne Kapitalisierung, unabhängig von ihrem Rang bestehen bleibt.³⁶

Für Erbbauzinsreallasten alter Fassung gilt jedoch nach wie vor die frühere Rechtslage. Auch können weiterhin Erbbauzinsreallasten entsprechend der alten Rechtslage neu vereinbart werden, ohne eine Regelung im Hinblick auf den Bestand in der Versteigerung gemäß § 9 Abs. 3 Satz 1, Ziffer 1 und 2 ErbbauVO zu treffen. Aus der Formulierung des § 9 Abs. 3 ErbbauVO ergibt sich eindeutig, dass zwischen einer Erbbauzinsreallast nach altem Recht und einer versteigerungsfesten Reallast gewählt werden kann.³⁷

8.1 Erbbaurechte nach alter Rechtslage in der Zwangsversteigerung

Soweit eine Erbbauzinsreallast alter Fassung und die zugehörige Anpassungsvormerkung Grundpfandrechten den Vorrang einräumen, werden sie bei einer Zwangsversteigerung aus dem vorrangigen Recht im geringsten Gebot nicht berücksichtigt und erlöschen nach § 91 Abs. 1 ZVG.³⁸ Der Ersteher erhält ein erbbauzinsfreies Objekt. Bei einer noch verbleibenden längeren Restlaufzeit des Erbbaurechts führt dies zu einem unvermeidbaren wirtschaftlichen Verlust auf Seiten des Grundstückseigentümers. Das Interesse des Grundstückseigentümers besteht deshalb darin, den Erbbauzins und die

²⁹ BGBl. I, S. 1242, 1254;

³⁰ vgl. hierzu oben 7.1

³¹ vgl. hierzu Haegele, a.a.O., Rdn. 1811, 1297 ff.;

³² Bereits vor Änderung des § 9 ErbbauVO durch das EuroEG, BayObLG DNotZ 1997, 147 = NJW 1997, 468 = Rpfleger 1996, 506; v. Oefele, 2. Aufl., Rdn. 6.78 ff.; v. Oefele DNotZ 1995, 643, 650; Wilke DNotZ 1995, 654, 660; Eichel MittRhNotK 1995, 193; vgl. hierzu auch Hustedt, RNotZ 2002, 277 f.;

³³ BGH NJW 1990, 2380 = DNotZ 1991, 803;

³⁴ Haegele, a.a.O., Rdn. 1811; vgl. zu den Anforderungen an die Bestimmtheit bei der Vormerkung: Münchener Kommentar, v. Oefele, a.a.O., § 9 Rdn. 59 ff.; Haegele, a.a.O., Rdn. 1833; OLG Zweibrücken MittBayNot 2001, 77;

³⁵ Haegele, a.a.O., Rdn. 1811 b;

³⁶ vgl. zum ZVG-Verfahren Stöber, Rpfleger 1996, 136; Gutachten DNOTI-Report 2005, Heft 11, 89 ff.; Münchener Kommentar, v. Oefele, a.a.O., § 9 Rdn. 26 ff.; Bräuer, Rpfleger 2004, 401;

³⁷ Münchener Kommentar, v. Oefele, a.a.O., § 9 Rdn. 23;

³⁸ BGH NJW 1982, 234; BGH NJW 1987, 1942; Münchener Kommentar, v. Oefele, a.a.O., § 9 Rdn. 19 mit weiteren Nachweisen.

Vormerkung möglichst an erster Rangstelle eintragen zu lassen.

Andererseits muss aber dem Erbbauberechtigten eine Finanzierung des Erwerbs oder seiner Baukosten möglich gemacht werden. Finanzierungsgläubiger können nicht mit einem uneingeschränkten Vorrang der Erbbauzinsreallast einverstanden sein, da ihnen ansonsten bei einer Zwangsversteigerung die vorrangige Kapitalisierung aller noch ausstehenden Erbbauzinsraten droht und sie mit ihrem Grundpfandrecht ausfallen.

Dieser Interessenkonflikt wird durch sog. Stillhaltevereinbarungen zwischen Grundstückseigentümer und Grundpfandrechtsgläubiger gem. § 59 ZVG gelöst.

Insoweit bestehen zwei Möglichkeiten:³⁹

Falls die Reallast und die Anpassungsvormerkung dem Grundpfandrecht den Vorrang einräumen, verpflichtet sich der Finanzierungsgläubiger, diese im Falle der Zwangsversteigerung ohne Kapitalisierung in das geringste Gebot aufnehmen zu lassen.

Behalten Reallast und Anpassungsvormerkung dagegen den Vorrang, so verpflichtet sich der Grundstückseigentümer im Falle der Zwangsversteigerung aus dem nachrangigen Grundpfandrecht, auf die Kapitalisierung der künftigen Erbbauzinsraten zu verzichten.

Beide Wege sind gangbar.⁴⁰

Bei Erbbauzinsreallasten alter Fassung bzw. Erbbauzinsreallasten, die noch nach alter Fassung vereinbart werden, stellt sich vorstehende Problematik und die Vereinbarung neuer Stillhalteerklärungen nicht nur bei der erstmaligen, sondern auch bei jeder späteren Bestellung von Grundpfandrechten.

Derartige Stillhalteerklärungen gelten nur schuldrechtlich und wirken nicht gegen einen Sonderrechtsnachfolger.⁴¹

8.2 Erbbaurechte nach neuer Rechtslage – SachenRÄndG vom 21.09.1994 – in der Zwangsversteigerung

8.2.1 Bestehen bleiben in der Zwangsversteigerung

Gemäß § 9 Abs. 3 Satz 1 Ziffer 1 ErbbauVO kann als Inhalt der Erbbauzinsreallast neben der Wertsicherung auch vereinbart werden, dass im Falle der Zwangsversteigerung des Erbbaurechts die Reallast abweichend von § 52 Abs. 1 des Gesetzes über die Zwangsversteigerung mit ihrem Hauptanspruch, somit ohne Kapitalisierung, unabhängig von ihrem Rang bestehen bleibt.⁴² Gemäß § 52 Abs. 2 Satz 2 ZVG bleibt der Erbbauzins dann auch bestehen, wenn er bei der Feststellung des geringsten Gebotes nicht berücksichtigt ist (außer bei Versteigerungen aus den Rangklassen § 10 Nr. 1 bis 3 ZVG, z.B. Erschließungskosten).

Soweit ein versteigerungsfester Erbbauzins getroffen wird, erübrigen sich damit jegliche Stillhaltevereinbarungen.⁴³

8.2.2 Einräumung eines Rangvorbehalts

Zusätzlich kann gemäß § 9 Abs. 3 Satz 1 Ziffer 2 ErbbauVO dem jeweiligen Erbbauberechtigten das Recht eingeräumt werden, das betreffende Erbbaurecht jederzeit mit einer der

Erbbauzinsreallast im Rang vorgehenden Grundschuld, Hypothek oder Rentenschulden im Erbbaugrundbuch zu belasten. Eine derartige Vereinbarung ist Inhalt der Erbbauzinsreallast und sollte im Grundbuch vermerkt werden.⁴⁴ Die Bedeutung des mehrfach⁴⁵ ausnutzbaren Rangvorbehalts zeigt sich insbesondere in der Zwangsversteigerung. Betreibt ein vor- oder gleichrangiger Berechtigter die Zwangsversteigerung, würde nach Erlöschen dieses Rechts die Erbbauzinsreallast im Rang nachrücken. Durch die neue Bestimmung wird ein Rangverlust für den Ersteher vermieden. Sein Finanzierungspfandrecht kann wieder im Rang vor der Erbbauzinsreallast eingetragen werden. Der Rangvorbehalt geht demnach in der Zwangsversteigerung ebenfalls nicht verloren.⁴⁶

Da die Erbbauzinsreallast einschließlich einer damit verbundenen Wertsicherung nunmehr versteigerungsfest vereinbart werden kann, droht dem Grundstückseigentümer zumindest bezüglich seines Hauptanspruches einschließlich einer damit verbundenen Wertsicherung kein Verlust mehr, wenn er fremden Grundpfandrechten den Vorrang im Erbbaugrundbuch einräumt.⁴⁷

8.3 Umstellung alter Erbbauzinsreallasten, Zustimmung weiterer Inhaber dinglicher Rechte

Es liegt auf der Hand, dass wegen der erheblichen Vorteile, die der versteigerungsfeste, wertgesicherte und zusätzlich mit einem Rangvorbehalt versehene Erbbauzins bietet, Alt-Verträge umgestellt werden sollten. Eine derartige Inhaltsänderung der Erbbauzinsreallast bedarf nicht der Form des § 311 b BGB. Es sind lediglich formlose Einigung nach § 873 BGB und Eintragungsbewilligung gemäß §§ 19, 29 GBO erforderlich.⁴⁸

Anlässlich einer Inhaltsänderung ist im Hinblick auf die Zustimmungspflicht weiterer Berechtigter aus dem Grundbuch folgendes zu unterscheiden:

Zu der Inhaltsänderung bezüglich der Vereinbarung eines versteigerungsfesten Erbbauzinses (§ 9 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 ErbbauVO) ist nach § 9 Abs. 3 Satz 2 ErbbauVO die Zustimmung der vorgehenden und gleichstehenden dinglich Berechtigten an dem Erbbaurecht in grundbuchmäßiger Form erforderlich. Die Zustimmung nachrangiger Berechtigter ist nicht erforderlich. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut der Bestimmung.⁴⁹

Wird eine dingliche Anpassungsvereinbarung oder ihre Änderung (Vereinbarung eines anderen Index) getroffen, so bedarf es – als Inhaltsänderung des Erbbauzinses – der Zustimmung der am Erbbaurecht oder Grundstück nachteilig betroffenen Inhaber dinglicher Rechte (§§ 877, 876 BGB).⁵⁰ Somit ist die Zustimmung der gleich- oder nachrangig dinglich Berechtigten am Erbbaurecht (bei Erweiterung der Verpflichtungen) oder am Grundstück (bei Einschränkung der Verpflichtungen) erforderlich (§§ 877, 876 BGB).

Die Eintragung erfolgt auf Grund einseitiger Bewilligung des Betroffenen (der Erbbauberechtigte bei Erweiterung, der Grundstückseigentümer bei Einschränkung der Verpflichtun-

³⁹ Vgl. hierzu Gutachten DNOTI-Report 2005, Heft 11, 89 ff.;

⁴⁰ vgl. hierzu die entsprechenden Muster Nr. 16 und 17 von Stillhalteerklärungen in v. Oefele/Winkler, S. 541 f.;

⁴¹ Münchener Kommentar, v. Oefele, a.a.O., § 9 Rdn. 21;

⁴² vgl. zum ZVG-Verfahren Stöber, Rpfleger 1996, 136; Gutachten DNOTI-Report 2005, Heft 11, 89 ff.; Münchener Kommentar, v. Oefele, a.a.O., § 9 Rdn. 26 ff.; Bräuer, Rpfleger 2004, 401;

⁴³ vgl. hierzu Gutachten DNOTI-Report 2005, Heft 11, 89 ff.;

⁴⁴ Münchener Kommentar, v. Oefele, a.a.O., § 9 Rdn. 28;

⁴⁵ Nach h.M. ist der Rangvorbehalt stets mehrfach ausnutzbar, wenn keine Einschränkung vereinbart ist, Haegele, a.a.O., Rdn. 2156;

⁴⁶ v. Oefele/Winkler, a.a.O., Rdn. 6.57; Münchener Kommentar, v. Oefele, a.a.O., § 9 Rdn. 28;

⁴⁷ v. Oefele/Winkler, a.a.O., Rdn. 6.57;

⁴⁸ Münchener Kommentar, v. Oefele, a.a.O., § 9 Rdn. 10 und 24; Haegele, a.a.O., Rdn. 1802 und 1811 a.;

⁴⁹ Münchener Kommentar, v. Oefele, a.a.O., § 9 Rdn. 24; Haegele, a.a.O., Rdn. 1806 a.;

⁵⁰ Haegele, a.a.O., Rdn. 1811 a und 1802;

gen – z.B. wegen der Möglichkeit des Sinkens des neuen Indexes) und Grundbuchantrag (§ 13 Abs. 1 GBO).⁵¹

8.5 Formulierungsbeispiele⁵²/wertgesicherter und versteigerungsfester Erbbauzins mit Rangvorbehalt (Einigung, Bewilligung und Antrag am Ende des Erbbauvertrages)

1.

Der Erbbauzins beträgt vom Tag der Grundbucheintragung an jährlich Euro (in Worten: Euro). Der Erbbauzins ist im Grundbuch samt nachstehender Anpassungsklausel als Reallast einzutragen.

Er ist in halbjährlichen Raten zugunsten des Grundstückseigentümers auf das Konto Nr. bei der kostenfrei zu zahlen. Er ist fällig⁵³ für das 1. Kalenderhalbjahr am, für das 2. Kalenderhalbjahr am, jeden Jahres.

2.

Der Erbbauzins ist wie folgt wertgesichert (Inhalt des Erbbauzinses):

Ändert sich der vom Statistischen Bundesamt festgestellte Verbraucherpreisindex für Deutschland (Jahr 2000 = 100 Punkte) jeweils um mehr als fünf Prozent (nicht Punkte) gegenüber dem Stand vom Beurkundungsmonat, so erhöht oder vermindert sich im gleichen prozentualen Verhältnis die Höhe des zu zahlenden Erbbauzinses, und zwar von dem auf die Änderung folgenden Monatsersten an. Bei jeder erneuten Änderung dieses Indexes um mehr als fünf Prozent gegenüber dem Stand der letzten Anpassung ändert sich der jeweils letzte Erbbauzins entsprechend.

Soweit das Bauwerk für Wohnzwecke benutzt wird, bleibt § 9 a ErbbauVO unberührt. Der Notar hat über die Vorschrift § 9 a ErbbauVO sowie die hierzu ergangene Rechtsprechung des BGH belehrt. Insbesondere kann eine Änderung des Erbbauzinses frühestens nach Ablauf von 3 Jahren, gerechnet ab dem heutigen Tage, und sodann frühestens jeweils nach Ablauf weiterer 3 Jahre nach der jeweils letzten Änderung verlangt werden; außerdem besteht ein Anspruch auf Erhöhung des Erbbauzinses nur, soweit die Erhöhung unter Berücksichtigung aller Umstände des vorliegenden Falles nicht unbillig im Sinne von § 9 a ErbbauVO ist.

3.

Schuldrechtlich gilt: Ab Besitzübergang bis zur Eintragung des Erbbaurechts im Grundbuch hat der Erbbauberechtigte an den Grundstückseigentümer eine jährliche Nutzungsschädigung in Höhe des in dieser Urkunde vereinbarten Erbbauzinses zu den genannten Fälligkeitszeitpunkten zu leisten.

4.

Als dinglicher Inhalt des Erbbauzinses wird weiter vereinbart, dass

a)

die Reallast abweichend von § 52 Abs. 1 des Gesetzes über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung mit ihrem Hauptanspruch bestehen bleibt, wenn der Grundstücksei-

⁵¹ Haegele, a.a.O., Rdn. 1802;

⁵² vgl. Formulierungsbeispiele in: Haegele, a.a.O., Rdn. 1675, Seite 781; Rastätter, Handbuch der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Muster 11, Erbbaurechtsbestellung; v. Oefele/Winkler, a.a.O., Musterverträge S. 498; vgl. auch Vertrag der Pfälzer Katholischen Kirchenschaffnei;

⁵³ Auch die Fälligkeit nimmt am Inhalt des Erbbauzinses teil, Haegele, a.a.O., Rdn. 1800; LG Düsseldorf MittRhNotK 1987, 129;

gentümer aus der Reallast oder der Inhaber eines im Range vorgehenden oder gleichstehenden dinglichen Rechts die Zwangsversteigerung des Erbbaurechts betreibt, und

b)

der jeweilige Erbbauberechtigte dem jeweiligen Inhaber der Reallast gegenüber berechtigt ist, das Erbbaurecht mit der Reallast im Rang vorgehenden Grundschulden oder Hypotheken für beliebige Gläubiger bis zur Höhe von Euro nebst Zinsen bis 20 v.H. jährlich ab Bewilligung des vorbehaltenen Rechts und einer einmaligen Nebenleistung bis zu 10 % des Grundpfandrechtsbetrags im Erbbaugrundbuch zu belasten.

Das in diesem Erbbauvertrag vorgesehene Zustimmungserfordernis gemäß § 5 Abs. 2 ErbbauVO ist durch die Gewährung des Rangvorbehalts nicht entfallen.

9. Geltung von § 9 a ErbbauVO, Genehmigungspflicht, Bestimmbarkeit

Bei der dinglichen Anpassungsklausel gilt auch § 9 a ErbbauVO und grundsätzlich die Genehmigungspflicht nach § 2 Preisangaben- und Preisklauselgesetz.⁵⁴

§ 9 a ErbbauVO beschränkt nicht die inhaltliche Zulässigkeit von Anpassungsklauseln, sondern bildet eine gesetzlich zwingende Grenze für den einzeln geltend gemachten Erhöhungsanspruch.⁵⁵

In den meisten Fällen bedarf es wegen der langen Laufzeit des Erbbaurechts keiner Genehmigung. Insbesondere sind Klauseln in Erbbaurechtsbestellungsverträgen und Erbbauzinsreallasten mit einer Laufzeit von mindestens 30 Jahren nach § 1 Nr. 4 Preisklauselverordnung⁵⁶ genehmigungsfrei.⁵⁷ Im Unterschied zur schuldrechtlichen Anpassungsklausel gilt jedoch bei der dinglichen Anpassungsklausel, die zum Inhalt des Erbbauzinses gemacht werden soll, der strengere sachenrechtliche Grundsatz der Bestimmbarkeit. Wie bei einer Reallast nach § 1105 BGB müssen daher die Leistungen entweder bestimmt oder nach Umfang und Höhe aufgrund objektiver Umstände bestimmbar sein.⁵⁸

10. Eintragung der versteigerungsfesten und wertgesicherten Erbbauzinsreallast im Grundbuch mit Rangvorbehalt

Zwar genügt nach überwiegender Auffassung für die Eintragung die Bezugnahme.

⁵⁴ Haegele, a.a.O., Rdn. 1811 c; Palandt/Bassenge, 64. Aufl., § 9 ErbbRVO, Rdn 14;

⁵⁵ Haegele, a.a.O., Rdn. 1821;

⁵⁶ § 1 PrKVO Genehmigungsfreie Klauseln

Das Verbot von Preisklauseln nach § 2 Abs. 1 Satz 1 des Preisangaben- und Preisklauselgesetzes – nachfolgend Gesetz genannt – gilt nicht für

1. Klauseln, die hinsichtlich des Ausmaßes der Änderung des geschuldeten Betrages einen Ermessensspielraum lassen, der es ermöglicht, die neue Höhe der Geldschuld nach Billigkeitsgrundsätzen zu bestimmen (Leistungsvorbehaltsklauseln),
2. Klauseln, bei denen die in ein Verhältnis zueinander gesetzten Güter oder Leistungen im wesentlichen gleichartig oder zumindest vergleichbar sind (Spannungsklauseln),
3. Klauseln, nach denen der geschuldete Betrag insoweit von der Entwicklung der Preise oder Werte für Güter oder Leistungen abhängig gemacht wird, als diese die Selbstkosten des Gläubigers bei der Erbringung der Gegenleistung unmittelbar beeinflussen (Kostenelementklauseln),
4. Klauseln in Erbbaurechtsbestellungsverträgen und Erbbauzinsreallasten mit einer Laufzeit von mindestens 30 Jahren, wobei § 9 a der Verordnung über das Erbbaurecht, § 46 des Sachenrechtsbereinigungsgesetzes vom 21. September 1994 (BGBl. I S. 2457), zuletzt geändert durch Artikel 11 des Gesetzes vom 9. Juni 1998 (BGBl. I S. 1242), und § 4 des Erholungsnutzungsrechtsgesetzes vom 21. September 1994 (BGBl. I S. 2538, 2548) unberührt bleiben.

⁵⁷ Haegele, a.a.O., Rdn. 1811 c; Palandt/ Bassenge, 64. Aufl., § 9 ErbbRVO, Rdn 14;

⁵⁸ Haegele, a.a.O., Rdn. 1811 c; LG Saarbrücken, Rpfleger 2000, 109;

Die Eintragung im Grundbuch sollte jedoch zum Ausdruck bringen, dass es sich um eine wertgesicherte Erbbauzinsrealast handelt, außerdem sollte die Eintragung auf das Bestehenbleiben in der Zwangsversteigerung hinweisen und den Rangvorbehalt wiedergeben.⁵⁹

Die Eintragung könnte lauten:

Erbbauzins von Euro jährlich mit Wertsicherungsklausel, laufend vom Tage der Eintragung an, für den jeweiligen Eigentümer des im Grundbuch von Blattunter Nr. 1 des Bestandsverzeichnisses verzeichneten Grundstücks. Vereinbarter Inhalt ist das Bestehenbleiben mit dem Hauptanspruch bei Zwangsversteigerung sowie ein Rangvorbehalt für Grundschulden oder Hypotheken bis zur Höhe von Euro mit Zinsen bis zu 20 v.H. jährlich ab deren Bewilligung und einer einmaligen Nebenleistung bis zu 10 v.H. Unter Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung vom ... (Notar ... UR Nr. ...) eingetragen am⁶⁰

Werden Rangvorbehalte aufgenommen oder später ausgenutzt, so ist stets auf den Anfangszeitpunkt der Zinsen achten. Insoweit kommt es immer wieder zu Beanstandungen von Grundbuchämtern, wenn z.B. in der Bewilligung des Rangvorbehalts ein Anfangszeitpunkt nicht genannt ist, später aber in der Grundschuldbestellung Zinsen ab Bewilligungsdatum festgelegt werden oder der beim Rangvorbehalt festgelegte Zeitpunkt (z.B. ab Eintragung des Grundpfandrechts) nicht konform mit dem Zinsbeginn in der Grundschuld (z.B. ab Bewilligung) ist. Enthält z.B. der im Grundbuch bereits eingetragene Rangvorbehalt für die Zinsen keinen Anfangszeitpunkt, so gilt nach der Rechtsprechung als Zinsbeginn der Zeitpunkt der Eintragung des Grundpfandrechts⁶¹. Das Grundbuchamt muss auf einer Änderung der Grundpfandrechtsbestellung (Zinsen ab Eintragsdatum) oder auf einem Rangrücktritt der Erbbauzinsrealast hinsichtlich des Anfangszeitpunktes der Zinsen bestehen.⁶² Das Grundpfandrecht kann ansonsten nicht unter Ausnutzung des Rangvorbehaltes eingetragen werden.

II. Grundsätzliche Einzelfragen

1. Erbbaurecht als Recht für das Haben eines Bauwerks – § 1 Abs. 1 ErbbauVO

Das Wesen des Erbbaurechts wird mit der gesetzlichen Regelung des § 1 Abs. 1 ErbbauVO wie folgt charakterisiert:

Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, dass demjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, das veräußerliche und vererbliche Recht zusteht, auf oder unter der Oberfläche des Grundstücks ein Bauwerk zu haben.

Der Grundstückseigentümer gewährt also beim Erbbaurecht dem Berechtigten die Möglichkeit, ein in seinem Eigentum stehendes und bleibendes Grundstück in der Weise zu überbauen, dass der Berechtigte Eigentümer des Bauwerks (§ 12 ErbbauVO) wird. Für den Erbbauberechtigten wird ein dingliches Recht an einem fremden Grundstück begründet, welches wie ein Grundstück behandelt wird (§ 11 Abs. 1 ErbbauVO). Durch die Veräußerlichkeit und Vererblichkeit unterscheidet sich das Erbbaurecht vom Nießbrauch und von den Dienstbarkeiten, die sich außerdem auf verschiedene Nutzungen und Unterlassungen, nicht nur auf das Haben eines Bauwerks beziehen können.⁶³

2. Bauwerk als Bestandteil des Erbbaurechts – § 12 Abs. 1 ErbbauVO:

Das im Rahmen des Erbbaurechts erstellte oder bei Bestellung des Erbbaurechts bereits vorhandene Bauwerk gilt gemäß der gesetzlichen Regelung des § 12 Abs. 1 ErbbauVO als wesentlicher Bestandteil des Erbbaurechts.

Dies stellt eine Abweichung vom Sachenrecht dar, wonach grundsätzlich das Bauwerk wesentlicher Bestandteil des Grundstücks ist. Grundstückseigentum und Gebäudeeigentum erfahren durch die gesetzliche Möglichkeit der Bestellung eines Erbbaurechts eine Trennung.

3. Entstehung durch Einigung und Eintragung/ Grundbuchvorschriften/Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung

Das Erbbaurecht entsteht gemäß § 873 BGB in Verbindung mit § 11 ErbbauVO durch Einigung des Berechtigten mit dem Grundstückseigentümer und Eintragung in Abteilung II des Grundstücksgrundbuchs. Die Einigung ist materiellrechtlich formlos; § 925 BGB gilt nicht, so dass gleichzeitige Anwesenheit nicht erforderlich ist. Die Einigung muss gemäß § 20 GBO dem Grundbuchamt in der Form des § 29 GBO nachgewiesen sein. Allein die Bewilligung des Grundstückseigentümers genügt nicht. Neben der Einigung ist nach überwiegender Auffassung die Bewilligung, ebenfalls in der Form des § 29 GBO, erforderlich. Die Eintragung erfolgt sodann auf Grund Antrag gemäß § 13 Abs. 1 GBO.⁶⁴

Der Rechtsgrund der dinglichen Einigung ist stets der schuldrechtliche Verpflichtungsvertrag. Dieser bedarf gemäß § 11 Abs. 2 ErbbauVO und § 311 b Abs. 1 BGB der notariellen Beurkundung. Gleichermaßen bedarf der schuldrechtliche Vertrag, mit dem sich jemand verpflichtet, ein Erbbaurecht zu übertragen oder zu erwerben der notariellen Beurkundung. Das gleiche gilt für die Verpflichtung zur Begründung oder zum Erwerb von Wohnungserbbaurechten oder zur Verpflichtung, ein Erbbaurecht an einem Grundstück in Wohnungserbbaurechte aufzuteilen (§ 11 Abs. 2 ErbbauVO; § 30 Abs. 3, § 4 Abs. 3 WEG).⁶⁵ Für den Umfang der Beurkundungspflicht gelten die gleichen Grundsätze wie bei der Grundstücksveräußerung, ebenso hinsichtlich der Anforderung an die Bestimmtheit einer mit einem Erbbaurecht zu belastenden noch nicht vermessenen Teilfläche.⁶⁶

Der schuldrechtliche Vertrag muss nicht zwingend dem Grundbuchamt vorgelegt werden, da § 925 a BGB nicht gilt. Eine solche Vorgehensweise ist jedoch in der Praxis selten.⁶⁷

Gemäß § 14 ErbbauVO wird mit der Eintragung des Erbbaurechts im Grundstücksgrundbuch auch das Erbbaugrundbuch angelegt. Für die grundbuchmäßige Behandlung gelten die §§ 14 – 17 ErbbauVO und §§ 54 – 60 GBV. Das Erbbaugrundbuch ist für das Erbbaurecht das Grundbuch im Sinne des BGB (§ 14 Abs. 3 ErbbauVO).

Wichtige Grundbuchvorschriften, die das Erbbaurecht betreffen, sind somit :

§§ 14 – 17 ErbbauVO, §§ 54 – 60 GBV sowie § 6 a GBO.

Gemäß § 14 Abs. 1 Satz 3 ErbbauVO und § 56 Abs. 2 GBV ist bei Eintragung des Inhalts des Erbbaurechts die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung zulässig; jedoch sind gemäß § 56 Abs. 2 GBV Beschränkungen des Erbbaurechts

⁵⁹ Haegele, a.a.O., Rdn. 1806 a, 1806 b;

⁶⁰ Haegele, a.a.O., Seite 785;

⁶¹ BGH NJW 1995, 1081 = DNotZ 1996, 84 = Rpfleger 1995, 343;

⁶² vgl. hierzu auch Haegele, a.a.O., Rdn. 2136;

⁶³ Haegele, a.a.O., Rdn. 1677;

⁶⁴ Haegele, a.a.O., Rdn. 1679, 1715 ff.; Demharter, a.a.O., Anhang zu § 8, Rdn. 30;

⁶⁵ Haegele, a.a.O., Rdn. 1679, 1713 ff.;

⁶⁶ Haegele, a.a.O., Rdn. 1713;

⁶⁷ Haegele, a.a.O., Rdn. 1715;

rechts durch Bedingungen, Befristungen oder Verfügungsbeschränkungen (§ 5 der Erbbaurechtsverordnung) ausdrücklich einzutragen.⁶⁸

Somit sind gemäß § 56 GBV in das Erbbaugrundbuch im Bestandsverzeichnis einzutragen das „Erbbaurecht“ unter Verwendung des Begriffes „Erbbaurecht“, das belastete Grundstück, die Dauer des Erbbaurechts, auch aufschiebende Bedingungen („bedingtes Erbbaurecht“), der Grundstückseigentümer, Veräußerungs- und Belastungsbeschränkungen nach § 5 ErbbauVO.⁶⁹

Im Übrigen ist zur näheren Bezeichnung des Inhalts des Erbbaurechts eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung möglich (§ 14 Abs. 1 Satz 3 ErbbauVO).

Soweit lediglich die Grundbuchverfügung in § 56 Abs. 2 Satz GBV, nicht aber eine entsprechende Vorschrift in der ErbbauVO ausdrückliche Eintragung vorschreibt (ErbbauVO schreibt nur die Eintragung des Erbbaurechts vor), handelt es sich (nur) um eine Ordnungsvorschrift, deren Verletzung (durch Eintragung mittels Bezugnahme) nicht zur materiellrechtlichen Unwirksamkeit führt.⁷⁰

Ist somit eine Verfügungsbeschränkung nach § 5 ErbbauVO nicht ausdrücklich im Grundbuch vermerkt, so ist diese durch die Bezugnahme nach h.M. gleichwohl gültig. Es bedarf dennoch der entsprechenden Zustimmung; der Rechtsvorgang ist von der Zustimmung abhängig.

Anders ist der Meinungsstand beim Zustimmungserfordernis nach § 12 WEG.⁷¹

Hier wird nach mittlerweile wohl überwiegender Auffassung vertreten, dass die Zustimmung des Verwalters nicht erforderlich sei, wenn die Verfügungsbeschränkung nicht eingetragen ist. Die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung gem. § 7 Abs. 3 WEG sei zwar in das Ermessen des Grundbuchamts gestellt. Dieses Ermessen sei durch die Vorschrift des § 3 Abs. 2 WGV allerdings für den Bereich der Veräußerungsbeschränkungen beim Wohnungseigentum zulässigerweise ausgeschlossen worden. Das Grundbuchamt sei verpflichtet, Veräußerungsbeschränkungen und Ausnahmen hiervon in das Grundbuch einzutragen. Die Eintragung habe deshalb konstitutive Bedeutung mit der Folge, dass die Veräußerungsbeschränkung bei Nichteintragung nicht besteht.⁷²

4. Bedingungen, Zeitbestimmungen

Die Ausgabe eines Erbbaurechts erfolgt zumeist auf eine bestimmte, zumeist längere Zeit. Eine Höchst- oder Mindestdauer ist nicht vorgeschrieben. Insbesondere wäre auch ein unbefristetes Erbbaurecht zulässig, wobei wohl kaum ein Ausgeber eines Erbbaurechtes bereit ist, sich auf ein unbe-

fristetes Erbbaurecht einzulassen. Maßstab für die Frist kann z.B. die übliche Lebensdauer eines Gebäudes sein.⁷³

Die Laufzeit des Erbbaurechts beeinflusst die Beleihungsfähigkeit des Erbbaurechts. Diese ist umso geringer, je kürzer das Erbbaurecht noch besteht, da die Grundpfandrechte bei Beendigung des Erbbaurechts erlöschen.⁷⁴ Den Gläubigern aus Hypotheken, Grundschulden, Rentenschulden und Real-lasten steht in diesem Fall gemäß § 29 ErbbauVO ein Recht am Entschädigungsanspruch zu, und zwar in dem selben Umfang wie im Falle des Erlöschens ihres Rechtes durch Zwangsversteigerung am Erlös.

Ist ein Erbbaurecht durch Zeitablauf erloschen, so ist eine Verlängerung nicht mehr möglich.

Das Erbbaurecht beginnt mit der Eintragung im Grundbuch. Ein früherer Beginn kann mit dinglicher Wirkung nicht vereinbart werden. Insbesondere ist es unzulässig, dinglich den Tag der Beurkundung zu vereinbaren.⁷⁵

Soll jedoch die Dauer des Erbbaurechts ab einem Zeitpunkt vor der notariellen Beurkundung des Erbbaurechtsvertrages und damit auch zwangsläufig vor Eintragung des Erbbaurechts in das Grundbuch berechnet werden, so handelt es sich nicht um die – unzulässige – Bestimmung eines vor der Eintragung liegenden Anfangszeitpunktes des Erbbaurechts, sondern es ist darin die zulässige Berechnungsgrundlage eines Endtermins zu sehen.⁷⁶

Der Endzeitpunkt muss im Bestandsverzeichnis vermerkt werden, wobei eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung gemäß § 56 Abs. 2 GBV unzulässig ist.⁷⁷

Besondere Vorsicht bei der Formulierung von Erbbaurechtsverträgen ist in Ansehung der Vorschrift § 1 Abs. 4 ErbbauVO geboten. Diese Vorschrift sichert die Verkehrsfähigkeit und Beleihungsfähigkeit des Erbbaurechts.⁷⁸ Danach darf ein Erbbaurecht nicht durch auflösende Bedingungen beschränkt werden. Auch kann sich der Grundstückseigentümer nicht auf eine Vereinbarung berufen, mit der sich der Erbbauberechtigte verpflichtet, beim Auftreten bestimmter Voraussetzungen das Erbbaurecht aufzugeben und seine Löschung im Grundbuch zu bewilligen.

Ein Erbbaurecht kann somit zwar aufschiebend bedingt bestellt werden, eine Beschränkung durch auflösende Bedingungen ist jedoch nicht möglich. Ein Verstoß macht die auflösende Bedingung und das ganze Erbbaurecht nach h.M. nichtig, so dass ein etwa bereits eingetragenes Erbbaurecht nach § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO als unzulässig zu löschen ist. Eine nach § 1 Abs. 4 Satz 2 ErbbauVO unzulässige Lösungsverpflichtung lässt dagegen den Erbbaurechtsvertrag im Übrigen als wirksam bestehen.

Als Endtermin, und damit als unzulässige auflösende Bedingung, kann z.B. nicht vereinbart werden, dass das Erbbaurecht mit dem Tod des Erbbauberechtigten endet.⁷⁹ Der Tod

⁶⁸ vgl. hierzu Haegele, a.a.O., Rdn. 1727, 1680;

⁶⁹ Haegele, a.a.O., Rdn. 1727;

⁷⁰ Haegele, a.a.O., Rdn. 1727; Münchener Kommentar, v. Oefele, a.a.O., § 14 Rdn. 7; BayObLG DNotZ 1980, 50 = Rpfleger 1990, 384; LG Itzehoe Rpfleger 2000, 495; OLG Schleswig Rpfleger 2000, 495; Ingenstau/Hustedt a.a.O., § 14 Rdn. 12; Demharther, Grundbuchordnung, 25 Aufl., Anhang zu § 8, Rdn. 40; Böttcher Rpfleger 2004, 21, 22; vgl. auch BayObLG DNotZ 2002, 294 = Rpfleger 2002, 140;

⁷¹ Vgl. hierzu DNotl-Report 2005, Heft 3, Seite 20;

⁷² vgl. Pick, in: Bärmann/Pick/Merle, WEG, 9. Aufl. 2003, § 12 Rdn. 16; Commichau, in: Münchener Kommentar BGB, 4. Aufl. 2004, § 12 WEG Rdn. 10; Erman/Grziwotz, BGB, 11. Aufl. 2004, § 12 WEG Rdn. 6; Staudinger/Kreuzer, 12. Aufl. 1997, § 12 Rdn. 10; Rapp, in: Beck'sches Notarhandbuch, 3. Aufl. 2000, A III Rdn. 172; a.A.: LG München I MittBayNot 1993, 137; Haegele, a.a.O., Rdn. 2902; Weitnauer/Lüke, WEG, 9. Aufl. 2005, § 12 Rdn. 7; Palandt/Bassenge, BGB, 64. Aufl. 2005, § 12 Rdn. 5

⁷³ Haegele, a.a.O., Rdn. 1680; Münchener Kommentar, v. Oefele, a.a.O., § 9 Rdn. 9

⁷⁴ Haegele, a.a.O., Rdn. 1680;

⁷⁵ BGH Rpfleger 1973, 355; Demharther, a.a.O., Anhang zu §, Rdn. 29; Haegele, a.a.O., Rdn. 1680;

⁷⁶ OLG Zweibrücken NJW-RR 1994, 1294 = Rpfleger 1995, 155 = MittBayNot 1994, 542;

⁷⁷ vgl. auch zur Grundbucheintragung II, 3 sowie IV, 8;

⁷⁸ Palandt/Bassenge, 64. Aufl., § 1 ErbbauVO, Rdn. 13; Haegele, a.a.O., Rdn. 1682;

⁷⁹ OLG Celle Rpfleger 1964, 213; Haegele, a.a.O., Rdn. 1682; Münchener Kommentar, v. Oefele, a.a.O., § 1 Rdn. 72; vgl. auch BGHZ 52, 269 = WM 1969, 1172 (Tod des Eigentümers, Bestellung durch nicht befreiten Vorerben ohne Zustimmung des Nacherben ist unwirksam);

des Erbbauberechtigten kann jedoch gemäß § 2 Nr. 4 ErbbauVO als ein den Heimfallanspruch auslösendes Ereignis vereinbart werden.⁸⁰

5. Belastungsgegenstand

Ein Erbbaurecht kann nur an einem Grundstück im Ganzen bestellt werden. Unzulässig ist die Bestellung an einem Miteigentumsanteil eines Eigentümers. Falls nur ein realer Teil eines Grundstücks belastet werden soll, so ist dieser zuvor gemäß § 7 GBO abzuschreiben. Soll ein Erbbaurecht an einer erst zu vermessenden Teilfläche bestellt werden, so ist entsprechend den Grundsätzen des Verkaufs einer nicht vermessenen Teilfläche zu verfahren. Es bedarf zur endgültigen Eintragung zunächst der Eintragung der endgültig vermessenen Teilfläche in das Grundbuch.

Zulässig ist die Beschränkung der Ausübung auf einen realen Grundstücksteil. Dabei muss das Bauwerk aber wirtschaftlich noch die Hauptsache bleiben. Hierbei ist anerkannt, dass der Begriff „wirtschaftliche Hauptsache“ großzügig auszulegen ist. Gemäß § 1 Abs. 3 ErbbauVO ist jedoch die Beschränkung des Erbbaurechts auf einen Teil des Gebäudes nicht zulässig.⁸¹

Wesentlicher Inhalt des Erbbaurechts ist gemäß § 1 Abs. 1 ErbbauVO das Haben eines Bauwerkes⁸² auf einem Grundstück. Einigung und Antrag müssen Art und Umfang des Gebäudes mindestens ungefähr bezeichnen⁸³; ungenügend ist die bloße Verwendung -des gesetzlichen Begriffes „Bauwerk“. Eine ungenügende Bezeichnung lässt das Erbbaurecht nicht entstehen.⁸⁴

Da der Erbbauberechtigte in aller Regel auch an dem gesamten Grundstück und nicht nur an der überbauten Fläche berechtigt sein will, bestimmt § 1 Abs. 2 ErbbauVO, dass das Erbbaurecht auf einen für das Bauwerk nicht erforderlichen Teil des Grundstücks erstreckt werden kann, soweit das Bauwerk wirtschaftlich die Hauptsache bleibt. Diese Erstreckung ist, soweit vereinbart, dinglicher Inhalt des Erbbaurechts.⁸⁵

Die früher vertretene h.M. (negative Erstreckung), wonach sich das Erbbaurecht trotzdem auf die Nebenflächen erstreckte, auch wenn keine ausdrückliche Bestimmung im Erbbaurecht über die Erstreckung enthalten war, ist aufgegeben.⁸⁶

Steht das zu nutzende Bauwerk somit nur auf einem Teil des Grundstücks und soll der Grundstücksrest vom Grundstückseigentümer und nicht vom Erbbauberechtigten genutzt werden, erfolgt hierauf insbesondere keine Erstreckung nach § 1 Abs. 2 ErbbauVO, so bedarf es keiner besonderen Vereinbarungen der Beteiligten. Umfasst das Bauwerk das gesamte Grundstück, so bezieht sich die Nutzungsbefugnis des Erbbauberechtigten auch auf das gesamte Grundstück. Ist das gesamte Erbbaugrundstück hingegen nicht für das Bauwerk

erforderlich, verbleibt die Nutzung des Grundstücks mangels Erstreckung des Erbbaurechts beim Grundstückseigentümer.⁸⁷

Fall: Bestellung eines Erbbaurechts an einer Garage und Erstreckung auf das Grundstück von ca. 1700 qm

BayObLG MittBayNot 1992, 45 = Rpfleger 1991, 303 = NJW-RR 1991, 718;

In einem Erbbaurecht wurde dem Erbbauberechtigten das Recht eingeräumt, auf einem ca. 1700 qm großen Grundstück eine Garage zu errichten.

Im Erbbaurecht heißt es:

„Das Erbbaurecht erstreckt sich auch auf den für das Erbbaurecht nicht erforderlichen Teil des Grundstücks, den der Erbbauberechtigte als Hof- und Gartenraum benutzen will.“

Ist die Eintragung im Grundbuch zulässig?

Das bestellte Erbbaurecht verstößt gegen § 1 Abs. 2 ErbbauVO. Danach kann zwar das Erbbaurecht auf einen für das Bauwerk nicht erforderlichen Teil des Grundstücks erstreckt werden, sofern das Bauwerk wirtschaftlich die Hauptsache bleibt. Selbst wenn bei Beurteilung der Frage, ob das Bauwerk wirtschaftlich die Hauptsache bleibt, ein großzügiger Maßstab anzulegen ist, kann auch für den ländlichen Raum nicht angenommen werden, dass die Nutzung einer einzelnen Garage wertvoller ist als die gärtnerische Nutzung eines ca. 1700 qm großen Grundstücks. Ein derartiges Erbbaurecht, das gegen § 1 Abs. 2 ErbbauVO verstößt hat einen unzulässigen Inhalt und darf nicht eingetragen werden.⁸⁸ Nach anderer Auffassung kann im Einzelfall nicht das ganze Erbbaurecht unwirksam sein, sondern gemäß § 139 BGB nur die Erstreckung, da die Erstreckung nicht zwingend notwendiger Inhalt des Erbbaurechts ist.⁸⁹ Gleichwohl muss nach dieser Auffassung das Grundbuchamt in einem solchen Fall die Erstreckung als nicht eintragbar beanstanden.

Merke:

Zu beachten ist stets, dass auch die Erstreckung Teil des dinglichen Rechtsinhalts ist. Die Einigung muss sich auch hierauf beziehen und dem Grundbuchamt nachgewiesen sein (§ 20 GBO).⁹⁰

Fall: Aufteilung eines mit einem Erbbaurecht belasteten Grundstücks in Wohnungseigentum an einem zweiten Gebäude.

OLG Hamm, Beschluss vom 27.03.1998, MittBayNot 1998, 347 = Rpfleger 1998, 335 = MittRhNotK 1998, 324;

Der Ausgeber des Erbbaurechts ist Eigentümer des 4.460 qm großen Grundstücks. Das Grundstück ist

- mit einem Wohnhaus,
- einem ehemaligen Werkstattgebäude und
- einem angebauten Stallgebäude bebaut.

⁸⁰ Haegele, a.a.O., Rdn. 1682;

⁸¹ vgl. hierzu Haegele, a.a.O., Rdn. 1692 ff.;

⁸² vgl. zu den näheren Einzelheiten der Anforderungen an ein Bauwerk im Sinne des § 1 Abs. 1 ErbbauVO mit jeweils weiteren Nachweisen: Haegele, a.a.O., Rdn. 1704; und Münchener Kommentar, v. Oefele, a.a.O., § 1 Rdn. 8 ff., insbesondere Rdn. 11; Palandt/Bassenge, 64. Aufl., § 1 ErbbauVO, Rdn. 6 – 7; vgl. auch BGH NJW 1994, 2024 = DNotZ 1994, 886 = Rpfleger 1994, 461, wonach eine Erbbaurechtsbestellung für jede baurechtlich zulässige Art von Gebäuden als zulässig erachtet wurde; kritisch hierzu Eichel RNotZ 2003, 85 und DNotZ 2004, 77;

⁸³ BGHZ 47, 190; BGH NJW 1992, 1681 = DNotZ 1992, 566 (Golfanlage);

⁸⁴ Palandt/Bassenge, 64. Aufl., § 1 ErbbauVO, Rdn. 8;

⁸⁵ Palandt/Bassenge, 64. Aufl., § 1 ErbbauVO, Rdn. 2; Haegele, a.a.O., Rdn. 1693;

⁸⁶ Münchener Kommentar, v. Oefele, a.a.O., § 1 Rdn. 23 mit weiteren Nachweisen;

⁸⁷ Münchener Kommentar, v. Oefele, a.a.O., § 1 Rdn. 23; Haegele, a.a.O., Rdn. 1693;

⁸⁸ BayObLG MittBayNot 1992, 45 = Rpfleger 1991, 303 = NJW-RR 1991, 718;

⁸⁹ v. Oefele/Winkler, a.a.O., Rdn. 2.71; Palandt/Bassenge, 64. Aufl., § 2 ErbbauVO, Rdn. 2;

⁹⁰ v. Oefele/Winkler, a.a.O., Rdn. 2.72; Haegele, a.a.O., Rdn. 1693;

In Abteilung II des Grundbuchs ist am 11.02.1997 an rang-erster Stelle ein Erbbaurecht auf die Dauer von 99 Jahren unter Bezugnahme auf das Erbbaugrundbuch von ... Bl. ... für die Eheleute ... und ... zu je 1/2-Anteil eingetragen worden. Das Nutzungsrecht dieses Erbbaurechts ist mit dinglicher Wirkung auf eine Teilfläche des Grundstücks in einer Größe von ca. 1250 qm **beschränkt**, auf der sich das ehemalige **Werkstattgebäude** befindet.

In einer notariell beurkundeten Erklärung vom 19.02.1997 teilte der Eigentümer das in seinem Eigentum stehende Grundstück in Miteigentumsanteile in der Weise auf, dass mit einem Anteil von 76/100stel das Sondereigentum an den Wohnungen in dem Wohnhaus ... und mit einem Anteil von 24/100stel das Sondereigentum an den Räumen des oben genannten Stallgebäudes verbunden sein sollten. In § 2 der Teilungserklärung sind dem jeweiligen Teil- bzw. Wohnungseigentümer Sondernutzungsrechte an Außenflächen zugewiesen worden. Die Grundstücksflächen, auf die sich die Sondernutzungsrechte erstrecken, und die Fläche, auf die sich das Nutzungsrecht des Erbbauberechtigten bezieht, erfassen die gesamte Grundstücksfläche, überschneiden sich aber nicht.

Ist die Aufteilung des Grundstücks in Wohnungseigentum möglich, obwohl bereits ein Erbbaurecht bestellt war?

Die Besonderheit in vorliegendem Fall war, dass die Ausübung des Erbbaurechts sich auf eine Teilfläche von 1250 qm beschränkte, auf der das Werkstattgebäude errichtet war. Die Beschränkung der Ausübung des Erbbaurechts auf einen realen Grundstücksteil ist grundsätzlich zulässig, jedoch ist die Bestellung des Erbbaurechts selbst nur an einem Grundstück im Ganzen möglich.⁹¹

Das OLG Hamm hielt zu Recht die Aufteilung nach WEG für möglich.

Durch die beabsichtigte Begründung von Wohnungseigentum werde die gesamte Grundstücksfläche, die sich vormals im Alleineigentum eines Beteiligten befunden habe, Gemeinschaftseigentum aller Wohnungseigentümer. Dies widerspreche nicht § 1 ErbbauVO. Denn nach der Erbbaurechtsverordnung sei es unerheblich, wer Grundstückseigentümer ist, ob also das Grundstück einem allein oder mehreren Miteigentümern in Bruchteilsgemeinschaft oder zur gesamten Hand zustehe. Wohnungs- bzw. Teileigentum sei nach § 1 Abs. 1 – 3 WEG Miteigentum zu Bruchteilen an einem Grundstück, verbunden mit Sondereigentum an Räumen auf dem Grundstück. Es sei daher, soweit es um den Miteigentumsanteil geht, grundsätzlich nicht anders als sonstiges Miteigentum zu behandeln.

Nach der Teilungserklärung vom 19.02.1997 sei es nicht so, dass nur Teile des Grundstücks in Miteigentumsanteile aufgeteilt würden. Dies wäre unzulässig, weil das Wohnungseigentumsgesetz von der Aufteilung des ganzen Grundstücks in Miteigentumsanteile ausgehe. Hier sei das ganze Grundstück aufgeteilt worden. Das Erbbaurecht bleibe weiter am Gesamtgrundstück bestehen.

Der Eintragung der Teilung des Eigentums stehe auch nicht entgegen, dass sich auf dem Grundstück ein Gebäude befindet, das nicht Gemeinschaftseigentum der Wohnungseigentümer werden solle. Denn bei dem Erbbaurecht handle es sich gerade um ein Rechtsgebilde, durch das als Ausnahme von den Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuches (§§ 93, 94 BGB) ein von dem Eigentum am Grundstück völlig ge-

trenntes Eigentum an einem darauf stehenden Gebäude geschaffen worden sei. Das hier im Eigentum des Erbbauberechtigten stehende Haus sei von den in Wohnungseigentum aufgeteilten Bauwerken völlig getrennt. Dies sei auch erforderlich, weil sonst das Gemeinschaftseigentum der Wohnungseigentümer von dem Eigentum des Erbbauberechtigten nicht mehr unterschieden werden könnte.⁹²

Gleichermaßen kann auch ein Erbbaurecht an einem bereits in Wohnungseigentum aufgeteilten Grundstück bestellt werden, wenn es sich bei dem im Erbbaurecht errichteten Gebäude und dem in Wohnungseigentum errichteten Gebäude um verschiedene Bauwerke handelt.⁹³ In diesem Falle ist jedoch zu beachten, dass es bei der Aufteilung in Wohnungseigentum kein Grundstücksgrundbuch mehr gibt, sondern dieses vielmehr durch die einzelnen Wohnungseigentumsgrundbücher ersetzt ist. Die Eintragung einer zulässigerweise auf das gesamte Grundstück bezogenen Belastung – wie sie in der Literatur vor allem für Dienstbarkeiten am Grundstück diskutiert wird – hat daher unter Bezeichnung des Gesamtgrundstückes als Haftungsobjekt auf sämtlichen Wohnungs- bzw. Teileigentumsgrundbüchern zu erfolgen. Auch muss sich aus der Eintragung ergeben, dass das Recht am Grundstück selbst und nicht an den einzelnen Miteigentumsanteilen besteht. Rechte, die ihrer Natur nach nicht an einzelnen Wohnungseigentumseinheiten selbst bestehen können, sind in Spalte 3 jedes Wohnungseigentumsgrundbuchs mit dem Vermerk einzutragen, der die Belastung des gesamten Grundstückes geltend macht (§ 4 Abs. 1 Satz 1 WGV).⁹⁴

III. Der Erwerb des Grundstücks durch die Erbbauberechtigten:

1. Erwerb des Grundstücks durch den Erbbauberechtigten/Normalfall

Fall: Der Erbbauberechtigte erwirbt das Grundstück, an dem das Erbbaurecht besteht und dort in Abt. II Nr. 1 vermerkt ist. Außerdem ist in Abt. II Nr. 2 ein Vorkaufsrecht für den jeweiligen Erbbauberechtigten eingetragen.

Das Erbbaurecht ist in Abt. II mit einem Wegerecht für das Nachbargrundstück (Nr. 1), der Erbbauzinsreallast (Nr. 2) sowie einem Vorkaufsrecht (Nr. 3) für den jeweiligen Grundstückseigentümer belastet. In Abt. III Nr. 1 und 2 sind noch nach § 800 ZPO vollstreckbare Grundschulden eingetragen. Der Erbbauberechtigte will diese für den Kaufpreis revalutieren. Das Erbbaurecht soll aber gelöscht werden.

Fragen:

Welche grundbuchrechtlichen Erklärungen sind erforderlich und wie sieht die Gestaltung eines solchen Vertrages aus?

Inwieweit sind Gläubigerzustimmungen erforderlich?

Müssen die Gläubiger eine gesonderte Löschungsbewilligung zur Löschung ihrer Rechte am Erbbaurecht abgeben?

Wie wäre es, wenn zu Gunsten des jeweiligen Eigentümers des Erbbaurechts ein Wegerecht bestünde; würde dieses automatisch dem jeweiligen Eigentümer des Grundstücks zustehen?

⁹¹ Haegele, a.a.O., Rdn. 1692 und 1693;

⁹² OLG Hamm, Beschluss vom 27.03.1998, MittBayNot 1998, 347 = Rpfleger 1998, 335 = MittRhNotK 1998, 324;

⁹³ DNotI-Report 1998, 13;

⁹⁴ DNotI-Report 1998, 13, 14; Haegele, a.a.O., Rdn. 2869;

Im Anschluss an den Kaufvertrag zum Erwerb des Grundstücks, in welchem auch die bestehenden Belastungen genau aufgeführt sind (vgl. unten Erstreckung) kann die entsprechende Vertragsgestaltung zur Aufhebung des Erbbaurechts wie folgt aussehen:

1.1 Formulierungsvorschlag

1. Erstreckung von Belastungen in Abt. II und III am Erbbaurecht auf das Grundstück:

Die Belastungen in Abteilung II Nr.1 (Wegerecht) und Abteilung III Nr. 1 und 2 sollen auf das Grundstück in der derzeit bestehenden Rangfolge mit allen aus den jeweiligen Bestellsurkunden ersichtlichen Bedingungen⁹⁵ erstreckt werden. Dies wird hiermit bewilligt und beantragt.

Da die bisherigen Grundpfandrechte nach § 800 ZPO vollstreckbar im Grundbuch vermerkt sind (Abteilung III Nr. 1 und 2 – siehe oben unter Grundbuchstand, insbesondere zu Höhe, Zinsen und Nebenleistungen) unterwirft sich der jeweilige Erwerber des Kaufgrundstücks wegen aller Ansprüche aus dem betreffenden Grundpfandrecht an Grundpfandrechtskapital, Zinsen und etwaigen Nebenleistungen, wie aus den jeweiligen Bestellsurkunden ersichtlich, der sofortigen Zwangsvollstreckung in der Weise, dass die Zwangsvollstreckung gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks zulässig sein soll.

Entsprechende Grundbucheintragung wird hiermit bewilligt und beantragt.

2. Erbaurechtsaufhebung/Löschung des Erbbaurechts

Der Käufer erklärt, wobei diese Erklärung zugleich seine Zustimmung als Eigentümer gemäß § 26 ErbbauVO beinhaltet, dass das Erbbaurecht an dem erworbenen vorbezeichneten Grundstück aufgegeben wird. Er bewilligt und beantragt die Löschung des Erbbaurechts und die Schließung des Erbbaugrundbuchs sowie die Löschung des Vorkaufsrechts am Grundstücksgrundbuch.

Mit der Aufhebung des Erbbaurechts erlöschen alle Rechte im Erbbaugrundbuch in Abt. II (Wegerecht, Erbbauzins und Vorkaufsrecht) sowie in Abt III (Grundpfandrechte Nr. 1 und 2).

Sämtliche vorstehenden Anträge sind im Anschluss an den Vollzug der Auflassung zu vollziehen.

1.2 Zur Form der Aufhebung des Erbbaurechts

In Anbetracht des Grundstückserwerbs bleibt das Erbbaurecht gemäß § 889 BGB als Eigentümererbbbaurecht bestehen und muss, falls der neue Eigentümer dies wünscht, gesondert zur Löschung gebracht werden.

Die rechtsgeschäftliche Aufhebung des Erbbaurechts erfolgt nicht nach dem durch § 11 Abs. 1 Satz 1 ErbbauVO ausgeschlossenen § 928 BGB, sondern gemäß § 875 BGB durch Aufhebungserklärung des Berechtigten und Grundbucheintragung.⁹⁶

Sind Eigentümer und Erbbauberechtigter verschiedene Rechtssubjekte, so ist die Verpflichtung zur Erbaurechtsaufhebung nach herrschender Meinung wegen der Normzweckverweisung in § 11 Abs. 2 ErbbauVO auf § 311 b Abs. 1 BGB beurkundungspflichtig.⁹⁷ Begründet wird dies damit, dass Warn- und Schutzfunktion, Beweis- und Gewährfunktion hier in gleicher Weise zutreffen, wie bei der Bestellung

oder Übertragung des Erbbaurechts. Die Aufhebung des Erbbaurechts ist für Grundstückseigentümer und Erbbauberechtigten wirtschaftlich gleich wichtig, wie die Bestellung bzw. Übertragung, insbesondere weil hier auch die Entschädigung für das Bauwerk ausgehandelt und festgelegt werden muss.⁹⁸ Wird die Aufhebungsvereinbarung nicht beurkundet, so ist in analoger Anwendung des § 311 b Abs. 1 Satz 2 BGB Heilung durch den Grundbuchvollzug möglich.⁹⁹

Dagegen ist eine formlose Aufhebung des Erbbauvertrages vor Grundbuchvollzug dann noch möglich, wenn noch kein Anwartschaftsrecht entstanden ist.¹⁰⁰

Neben der Aufgabeerklärung gemäß § 875 BGB ist die Zustimmung des Grundstückseigentümers gemäß § 26 ErbbauVO erforderlich. Die Aufgabeerklärung des Erbbauberechtigten ist materiellrechtlich nicht formbedürftig. Aufgabeerklärung und Zustimmung müssen jedoch in der Form des § 29 GBO nachgewiesen sein.

Wird das Grundgeschäft beurkundet, so wird in der Regel darin die Aufhebungserklärung enthalten sein. Ferner sind die grundbuchrechtlich in beglaubigter Form vorzulegende Löschungsbewilligung bezüglich des Erbbaurechts (§§ 19, 29 GBO) erforderlich und der (formlose) Antrag nach § 13 GBO.¹⁰¹

1.3 Die Zustimmung der am Erbbaurecht dinglich Berechtigten/Löschungsanträge?

Gemäß § 11 Abs. 1 ErbbauVO in Verbindung mit § 876 BGB ist die Zustimmung der am Erbbaurecht dinglich Berechtigten erforderlich. Diese Zustimmung ist materiellrechtlich formlos, aber nach § 29 GBO formbedürftig und unwiderruflich gegenüber dem Grundbuchamt oder dem Begünstigten abzugeben.¹⁰²

Liegt die Zustimmung der Berechtigten vor, ist keine besondere Löschungsbewilligung dieser Rechte mehr erforderlich; die Löschung erfolgt von Amts wegen mit der Löschung des Erbbaurechts.¹⁰³ Der Eintragung besonderer Lösungsvermerke bei den Rechten aus Abt. II und III im Erbbaugrundbuch bedarf es nicht.

Die Löschung des Erbbaurechts erfolgt in Spalte 7 der zweiten Abteilung des Grundstücksblatts und ist nach § 56 Abs. 6, § 60 GBV in Spalte 8 des Bestandsverzeichnisses des Erbbaugrundbuchs zu vermerken.¹⁰⁴

Bei der Löschung des Erbbaurechts ist das Erbbaugrundbuch von Amts wegen zu schließen (§ 16 ErbbauVO). Die Schließung erfolgt in entsprechender Anwendung der §§ 34 bis 37 GBV.¹⁰⁵

Auf keinen Fall sollte eine Pfandfreigabe eingeholt bzw. eine solche beantragt werden. Dies hätte gebührenrechtliche Nachteile. Insbesondere ist in obigem Formulierungsbeispiel ausdrücklich kein Lösungsantrag bezüglich der von Amts wegen zu löschenden Belastungen in Abt. II und III des Erbbaurechts aus gebührenrechtlichen Gründen enthalten und erforderlich. Wird ein Lösungsantrag bzw. bezüglich Abt. III ein Antrag auf Pfandhaftentlassung gestellt, bleibt es dem

⁹⁵ Es genügt die Bezugnahme auf die Belastungen im Erbbaugrundbuch: BayObLG DNotZ 1985, 374, 376 = Rpfleger 1984, 145, 146 sowie BayObLG MittBayNot1987, 88, 89; entsprechendes gilt bezüglich der Unterwerfung nach § 800 ZPO. Im Formulierungsbeispiel sind jedoch die Belastungen in Abt. III fürsorglich nochmals unter Vertragsgegenstand im Einzelnen mit Zinsen, Zinsbeginn und Nebenleistungen aufgeführt;

⁹⁶ Münchener Kommentar, v. Oefele, a.a.O., § 11 Rdn. 35; Haegele, a.a.O., Rdn. 1870;

⁹⁷ BGH DNotZ 2002, 373, 374 = NJW 2002, 429, 430; v. Oefele/Winkler, a.a.O., Rdn. 5.197; Münchener Kommentar, v. Oefele, a.a.O., § 11 Rdn. 35;

⁹⁸ v. Oefele/Winkler, a.a.O., Rdn. 5.197;

⁹⁹ Haegele, a.a.O., Rdn. 1870;

¹⁰⁰ vgl. BGH DNotZ 1972, 759; BGH DNotZ 1982, 217; BGH DNotZ, 2002, 373, 374; Haegele, a.a.O., Rdn. 1870;

¹⁰¹ v. Oefele/Winkler, a.a.O., Rdn. 5.198;

¹⁰² v. Oefele/Winkler, a.a.O., Rdn. 5.200; Haegele, a.a.O., Rdn. 1870;

¹⁰³ v. Oefele/Winkler, a.a.O., Rdn. 5.200; BayObLG DNotZ 1985, 372 = Rpfleger 1984, 145; DNotI-Report 2000, 157;

¹⁰⁴ Demharter, a.a.O., Anhang zu § 8, Rdn. 53;

¹⁰⁵ Demharter, a.a.O., Anhang zu § 8, Rdn. 53;

Grundbuchamt unbenommen, entsprechende Kosten der Löschung dem Antragsteller aufzugeben und für jeden Löschantrag gesonderte Gebühren nach § 68 KostO zu fordern.

Es ist insoweit kostengünstiger die Löschung des Erbbaurechts und die Schließung des Erbbaugrundbuchs zu beantragen. Dann fällt – neben der Gebühr für die Mithaftbeziehung – nur die Gebühr für die Löschung des Erbbaurechts an; die Schließung des Erbbaugrundbuchs erfolgt zugleich als gebührenfreies Nebengeschäft. Da mit der Schließung des Erbbaugrundbuchs die am Erbbaurecht bestehenden Rechte erloschen sind, fallen keine gesonderten Gebühren mehr an.

Keine Gläubigerzustimmung ist nötig, wenn gleichzeitig mit der Aufhebung eine Grundschuld oder ein Nutzungsrecht mit genau dem gleichen Rang und Inhalt am Erbbaugrundstück eingetragen werden, da in diesem Falle keine Rechtsbeeinträchtigung vorliegt.¹⁰⁶

Im vorliegenden Falle sind deshalb in Folge der Erstreckung Gläubigerzustimmungen nicht notwendig, auch nicht bezüglich des Wegerechtes in Abt. II am Erbbaugrundbuch.

Das Landgericht Köln sah eine Zustimmung für die Löschung eines Grundpfandrechts am Erbbaurecht auch dann als entbehrlich an, wenn dieses bereits in Mithaft am Grundstück eingetragen war und dort nunmehr erste Rangstelle erhielt.¹⁰⁷

Nach BayObLG ist die Gläubigerzustimmung bei einer Vormerkung auf Erwerb des Erbbaurechts nicht verzichtbar, selbst wenn gleichzeitig eine entsprechende Vormerkung auf Erwerb des Grundstücks an diesem eingetragen werden soll, da sich die Vormerkungen auf verschiedene Gegenstände beziehen.¹⁰⁸

1.4 Dienstbarkeit zu Gunsten des Erbbaurechts:

Problematisch ist das Schicksal von Rechten, z.B. in unserem Fall eines Wegerechtes, welche zu Gunsten des Erbbaurechts bestellt sind. Insoweit wird wohl überwiegend vertreten, dass diese Rechte erlöschen und sich nicht zu Gunsten des Grundstücks fortsetzen, wenn das Erbbaurecht aufgehoben wird.¹⁰⁹

Nach anderer Auffassung¹¹⁰ bleiben derartige Rechte für das Grundstück, welches vormals mit dem Erbbaurecht belastet war, bestehen. Zur Begründung wird § 12 Abs. 3 ErbbauVO herangezogen, wonach bei Erlöschen des Erbbaurechts die Bestandteile des Erbbaurechts – und somit über § 96 BGB auch das betreffende Wege- oder Leitungsrecht – Bestandteile des Grundstücks werden.

Demgegenüber wird von der wohl überwiegenden Auffassung angeführt, dass § 12 Abs. 3 ErbbauVO, wie § 12 Abs. 2 ErbbauVO zeige, nur für Sachbestandteile im Sinne der §§ 94 und 95 BGB und nicht für Rechte gelte. Wenn in § 12 Abs. 2 ErbbauVO ausdrücklich auf die §§ 94 und 95 BGB hingewie-

sen werde, könne für § 12 Abs. 3 ErbbauVO nichts anderes gelten.¹¹¹

Um ein Erlöschen zu vermeiden, sollten derartige Rechte immer zugleich auch zu Gunsten des Grundstücks bestellt werden. Derartige Fallkonstellationen sind besonders häufig bei Reihenhausbebauungen auf Erbbaurechten, die über gegenseitige Leitungs- und Wegerechte verfügen. Sind diese Rechte nicht zugleich am Grundstück bestellt, ergeben sich beim Erwerb des Grundstücks durch einen der Eigentümer nicht unerhebliche Probleme. Einerseits ist die Erstreckung der Rechte, soweit sie das Erbbaurecht belasten, möglich, andererseits besteht die Gefahr des Untergangs für den betreffenden Erbbauberechtigten, soweit er begünstigt ist.

2. Erwerb des Grundstücks durch Wohnungserbbauberechtigte/Bestandteilszuschreibung von Erbbaugrundstück zum Erbbaurecht/Fortsetzung von Wohnungs- und Teileigentum am Grundstück

Fall: Erwerb des Grundstücks durch die Wohnungserbbauberechtigten unter Umwandlung der Wohnungserbbaurechte in normales Wohnungseigentum am Grundstück
BayObLG, Beschluss vom 04.03.1999, Rpfleger 1999, 327 = MittBayNot 1999, 375

Zwei Wohnungserbbauberechtigte waren jeweils im Grundbuch mit einem halben Anteil an dem Erbbaurecht, verbunden jeweils mit dem Sondereigentum an einer Wohnung, eingetragen. Sie erwarben das Grundstück zu gleichen Teilen und wollten mit ihrer Vertragsgestaltung erreichen, dass sich ihre bisherigen Wohnungsbaurechte in gleicher Weise als Wohnungseigentum am Grundstück fortsetzten. Nach Auflassung des Grundstücks an die beiden Wohnungserbbauberechtigten je zur Hälfte gaben diese folgende Grundbucheintragungen ab: Sie bewilligten die Löschung der Erbbaurechte und schrieben das Grundstück dem Erbbaurecht unter Erstreckung der Wohnungserbbaurechte auf die jeweiligen Miteigentumsanteile an dem Grundstück als Bestandteil zu. Der Wohnungserbbauberechtigte zu 2, dessen Einheit mit Grundpfandrechten belastet war, unterwarf vorsorglich seinen Miteigentumsanteil an dem Grundstück der sofortigen Zwangsvollstreckung bezüglich der an seinem Wohnungserbbaurecht bestehenden Grundpfandrechte. Schließlich hoben die Beteiligten das Erbbaurecht auf und bewilligten dessen Löschung im Grundbuch.

Die Beteiligten sind der Meinung, mit der Aufhebung des Erbbaurechts würden die Gebäude wesentlicher Bestandteil des Grundstücks, außerdem setzten sich das Sondereigentum an den Miteigentumsanteilen am Grundstück fort, so dass die Wohnungserbbaugrundbücher in Wohnungsgrundbücher umzuschreiben seien.

Das BayObLG¹¹² ließ die Frage offen, ob das Grundstück, das mit einem in Wohnungserbbaurechte aufgeteilten Erbbaurecht belastet ist und im Eigentum der Wohnungserbbauberechtigten steht, dem Erbbaurecht als Bestandteil zugeschrieben werden kann. Die Zulässigkeit einer solchen Zuschreibung unterstellt, führe die Aufhebung des Erbbaurechts nicht dazu, dass sich die Wohnungserbbaurechte in Wohnungseigentum umwandeln. Hierzu sei ein Vertrag der Miteigentümer über die Aufteilung des Grundstücks in Wohnungseigentum erforderlich.

¹⁰⁶BayObLG 1987, 156; LG Bayreuth MittBayNot 1997, 39; LG Krefeld MittRhNotK 1998, 326 = Rpfleger 1998, 284; LG Köln RNotZ 2001, 391; Palandt/Bassenge, 64. Aufl., § 876; Rdn. 2; v. Oefele/Winkler, a.a.O., Rdn. 5200; Demharter, a.a.O., Anhang zu § 8, Rdn. 52;

¹⁰⁷RNotZ 2001, 391; a.A.: v. Oefele/Winkler, a.a.O., Rdn. 5.200, der angesichts der verschiedenen Verwertungsmöglichkeiten des Gläubigers eine Zustimmung fordert;

¹⁰⁸BayObLG MittBayNot 1987, 88; v. Oefele/Winkler, a.a.O., Rdn. 5.200; Haegle, a.a.O., Rdn. 1870;

¹⁰⁹LG Verden Nds.Rpfl 1964, 249; Haegle, a.a.O., Rdn. 1871; vgl. auch DNotl-Report 2000, 157 mit weiteren Nachweisen; a.A.: v. Oefele/Winkler, a.a.O., Rdn. 5.256; Münchener Kommentar, v. Oefele, a.a.O., § 12 ErbbauVO, Rdn. 10, Maaß NotBZ 2002, 389 (390 ff.);

¹¹⁰vgl. hierzu insbesondere v. Oefele/Winkler, a.a.O., Rdn. 5.256;

¹¹¹vgl. hierzu DNotl-Report 2000, 157;

¹¹²BayObLG Rpfleger 1999, 327 = MittBayNot 1999, 375;

In Schrifttum und Rechtsprechung bestehen unterschiedliche Auffassungen, ob ein Grundstück, das mit einem Erbbaurecht belastet ist, dem Erbbaurecht in entsprechender Anwendung des § 890 Abs. 2 BGB, § 6 GBO als nicht wesentlicher Bestandteil zugeschrieben werden kann. Nach wohl überwiegender Meinung wird dies bejaht¹¹³

Praktische Bedeutung kommt einer Zuschreibung insbesondere im Hinblick auf die Vorschrift des § 1131 BGB zu, wonach sich in Verbindung mit § 1192 BGB die an dem Erbbaurecht bestehenden Grundpfandrechte auf das Grundstück erstrecken, allerdings nicht umgekehrt.

In eleganter Weise ist im Wege der Zuschreibung des Grundstücks zum Erbbaurecht und dessen späterer Aufhebung somit nach dieser Auffassung möglich, dass anlässlich des Erwerbes des mit einem Erbbaurecht belasteten Grundstücks durch den Erbbauberechtigten allein durch Grundbuchantrag das Erbbaurecht entfällt und die Grundpfandrechte zugleich am Grundstücksgrundbuch eingetragen sind.

Das BayObLG äußerte Bedenken bezüglich einer solchen Zuschreibung für den vorliegenden Fall. Die grundbuchmäßige Darstellung der Zuschreibung bei einer Unterteilung des Erbbaurechts in Wohnungserbbaurechte könne auf nicht geringe Schwierigkeiten stoßen, eine Zuschreibung könne an der drohenden Verwirrung im Sinne des § 6 GBO scheitern.

Der Senat hat jedoch diese Rechtsfrage offen gelassen und führte aus:

Selbst wenn man eine Zuschreibung des Grundstücks zu dem darauf lastenden Erbbaurecht für rechtlich zulässig erachten würde, könne die nach Aufhebung des Erbbaurechts letztlich angestrebte Umschreibung der Wohnungserbbaugrundbücher in Wohnungsgrundbücher nicht erreicht werden. Das Wohnungserbbaurecht bestehe gemäß § 30 WEG aus einer bruchteilsmäßigen Mitberechtigung an dem Erbbaurecht, verbunden mit dem Sondereigentum an einer bestimmten Wohnung in dem aufgrund des Erbbaurechts errichteten oder noch zu errichtenden Gebäude. Mit der Aufhebung des Erbbaurechts (vgl. §§ 26, 29 ErbbauVO) würden die Mitberechtigungen der einzelnen Wohnungserbbauberechtigten an dem Erbbaurecht und damit auch das mit diesen verbundene Sondereigentum erlöschen, das nicht ohne eine solche Mitberechtigung bestehen könne (vgl. § 6 Abs. 1 WEG). Ebenso wie beim Wohnungseigentum ein isolierter Miteigentumsanteil rechtlich nicht zulässig sei, könne es auch kein isoliertes Sondereigentum geben. Dies gelte entsprechend für das Wohnungserbbaurecht, bei dem an die Stelle des Miteigentumsanteils die Mitberechtigung am Erbbaurecht trete. Das Erlöschen des Erbbaurechts als Folge seiner Aufhebung habe daher notwendigerweise das Erlöschen der Wohnungserbbaurechte zur Folge. Die Mitberechtigung an dem Erbbaurecht, verbunden mit dem Sondereigentum an einer Wohnung, wandle sich durch die Aufhebung des Erbbaurechts nicht in entsprechendes Wohnungseigentum an dem Erbbaurecht als Bestandteil zugeschriebenen Grundstück um. Dies könne nur durch Begründung des Wohnungseigentums gemäß §§ 3, 4 Abs. 1, 2 WEG geschehen.

¹¹³BGB-RGRK, RfLE ErbbauVO § 11 Rdn. 21; Staudinger/Rapp, Bearbeitung 2002; § 11 ErbbauVO Rdn. 14; KEHE/Eickmann Grundbuchrecht 4. Aufl. § 6 Rdn. 8; Demharter, a.a.O., § 6, Rdn. 6; Haegeler, a.a.O., Rdn. 1845; Schulte BWNNotZ 1960, 137; LG Mühlhausen Rpfleger 1998, 196 für das Gebäudeeigentum; a.A.: Münchener Kommentar, v. Oefele, a.a.O., § 11 Rdn. 33; v. Oefele/Winkler, a.a.O., Rdn. 5.178; Meikel/Böttcher Grundbuchrecht, 9. Aufl., 2004, § 6 Rdn. 8; Staudinger/Gursky BGB 13. Aufl. § 890 Rdn. 15; Palandt/Bassenge, 64. Aufl., § 890 Rdn. 2; offen gelassen BayObLG Rpfleger 1999, 327 = MittBayNot 1999, 375;

Derzeit sei lediglich das Erbbaurecht in Wohnungserbbaurechte, nicht in Wohnungseigentum unterteilt. Die Wohnungserbbaurechte würden mit der Aufhebung des Erbbaurechts erlöschen. Dagegen sei das Grundstück bisher nicht in Wohnungseigentum unterteilt. Hierzu hätte es einer entsprechenden Vereinbarung gemäß § 3 WEG bedurft.

Im Ergebnis ist das BayObLG nicht der Auffassung der Antragsteller gefolgt, wonach sich aus der Erstreckung der auf den Wohnungserbbaurechten lastenden Rechte auf das zugeschriebene Grundstück (– sei es gemäß § 1131 BGB, sei es aufgrund ausdrücklicher Erklärung –) als Konsequenz ergebe, dass auch das Grundstück nach Bestandteilszuschreibung ebenfalls in Wohnungseigentum aufgeteilt sei.¹¹⁴

Unabhängig von der Frage, wie die Problematik der Umwandlung von Wohnungseigentum oder Teileigentum am Erbbaurecht auf das Erbbaugrundstück gelöst werden kann, sollte, nachdem eine höchstrichterliche Abklärung noch nicht erfolgt ist, mit der der Bestandteilszuschreibung von Grundstück zum Erbbaurecht vorsichtig verfahren werden.

IV. Dinglicher Inhalt des Erbbaurechts:

Die meisten Beanstandungen der Grundbuchämter anlässlich der Begründung von Erbbaurechten sind dadurch begründet, dass Sachverhalte als Inhalt des Erbbaurechts zur Eintragung bewilligt und beantragt werden, die nach den gesetzlichen Bestimmungen nicht Inhalt des Erbbaurechts sein können und nicht unter den Katalog der §§ 2 – 8, 27 Abs. 1 und 32 Abs. 1 ErbbauVO fallen.

Das Bestreben der Erbbaurechtsgeber, möglichst viele Vereinbarungen auch zum Inhalt des Erbbaurechts zu machen, ist verständlich. Damit wird entsprechende Wirkung gegenüber einem jeden Rechtsnachfolger, insbesondere auch im Falle der Zwangsversteigerung des Erbbaurechts erreicht.

Insoweit sind jedoch durch den Gesetzgeber enge Grenzen gesetzt. Nur was gemäß den gesetzlichen Bestimmungen Inhalt des Erbbaurechts sein kann und im Grundbuch entsprechend eingetragen ist, bewirkt die entsprechende Geltung gegenüber jedem Rechtsnachfolger.

Hierbei ist stets zu beachten, dass wegen des im Sachenrecht herrschenden Typenzwangs die Bestimmungen über die als Inhalt des Erbbaurechts möglichen Vereinbarungen eng auszulegen sind.¹¹⁵

§ 2 ErbbauVO

Als Inhalt des Erbbaurechts können gem. § 2 ErbbauVO vereinbart werden:

Bestimmungen über

1. die Errichtung, die Instandhaltung und die Verwendung des Bauwerks;
2. die Versicherung des Bauwerks und seinen Wiederaufbau im Falle der Zerstörung;
3. die Tragung der öffentlichen und privatrechtlichen Lasten und Abgaben;
4. eine Verpflichtung des Erbbauberechtigten, das Erbbaurecht beim Eintreten bestimmter Voraussetzungen auf den Grundstückseigentümer zu übertragen (Heimfall);
5. eine Verpflichtung des Erbbauberechtigten zur Zahlung von Vertragsstrafen;

¹¹⁴BayObLG Rpfleger 1999, 327 = MittBayNot 1999, 375;

¹¹⁵BayObLG MittBayNot 1992, 45 = Rpfleger 1991, 303 = NJW-RR 1991, 718;

6. die Einräumung eines Vorrechts für den Erbbauberechtigten auf Erneuerung des Erbbaurechts nach dessen Ablauf;
7. eine Verpflichtung des Grundstückseigentümers, das Grundstück an den jeweiligen Erbbauberechtigten zu verkaufen.

§ 5 ErbbauVO

Gemäß § 5 Abs. 1 ErbbauVO kann als Inhalt des Erbbaurechts auch vereinbart werden, dass der Erbbauberechtigte zur Veräußerung des Erbbaurechts der Zustimmung des Grundstückseigentümers bedarf.

Gemäß § 5 Abs. 2 ErbbauVO kann als Inhalt des Erbbaurechts ferner vereinbart werden, dass der Erbbauberechtigte zur Belastung des Erbbaurechts mit einer Hypothek, Grund- oder Rentenschuld oder einer Reallast der Zustimmung des Grundstückseigentümers bedarf. Ist eine solche Vereinbarung getroffen, so kann auch eine Änderung des Inhalts der Hypothek, Grund- oder Rentenschuld oder der Reallast, die eine weitere Belastung des Erbbaurechts enthält, nicht ohne die Zustimmung des Grundstückseigentümers erfolgen.

Nach überwiegender Auffassung fällt unter § 5 Abs. 2 ErbbauVO auch die Belastung mit einem veräußerlichen und belastbaren Dauerwohnrecht nach § 31 in Verbindung mit § 42 WEG, da dieses den in § 5 Abs. 2 genannten Belastungen gleichsteht, insbesondere geeignet ist, das Eigentum am Grundstück in starkem Maße zu beeinträchtigen. Gemäß § 42 Abs. 2 WEG bleibt das Dauerwohnrecht beim Heimfall des Erbbaurechts bestehen.¹¹⁶

§ 27 Abs. 1 ErbbauVO

Gemäß § 27 Abs. 1 ErbbauVO können im Rahmen der Regelungen über das Erlöschen des Erbbaurechts durch Zeitablauf als Inhalt des Erbbaurechts Vereinbarungen über die Höhe der Entschädigung und die Art ihrer Zahlung sowie über ihre Ausschließung eingetragen werden.

§ 32 Abs. 1 Satz 2 ErbbauVO

Gemäß § 32 Abs. 1 Satz 2 ErbbauVO können im Rahmen der Regelungen über den Heimfallsanspruch Vereinbarungen über die Höhe der Vergütung und die Art ihrer Zahlung sowie ihre Ausschließung getroffen werden.

Weitere Möglichkeiten eröffnet die ErbbauVO nicht.

Hierzu folgende Einzelfälle aus der Rechtsprechung:

1. Erbbauzins als Inhalt des Erbbaurechts?

Fall: Erbbauzins als Inhalt des Erbbaurechts?

In einem Erbbauvertrag ist vereinbart, dass der Erbbauzins Inhalt des Erbbaurechts sei. Ist eine solche Eintragung zulässig?

Der Erbbauzins ist nicht Inhalt des Erbbaurechts nach § 2 ErbbauVO und kann demgemäß nicht als Inhalt des Erbbaurechts eingetragen werden.¹¹⁷

Nachträgliche Vereinbarungen über die Änderung des Erbbauzinses bedürfen auf keinen Fall der notariellen Beurkundung gemäß § 11 Abs. 2 ErbbauVO i.V.m. § 311 b Absatz 1 Satz 1 BGB, weil der Erbbauzins nicht Inhalt des Erbbau-

¹¹⁶vgl. hierzu, jeweils mit weiteren Nachweisen; Ingenstau/Hustedt, a.a.O., § 5 Rdn. 16 ff.; v. Oefele/Winkler, a.a.O., Rdn. 4.224; Haegeler, a.a.O., Rdn. 1777;

¹¹⁷BGH DNotZ 1986, 472 = NJW 1986, 932 = Rpfleger 1986, 92; Haegeler, a.a.O., Rdn. 1797; Münchener Kommentar, v. Oefele, a.a.O., § 9 Rdn. 6;

rechts wird, insbesondere auch nicht durch seine Eintragung.¹¹⁸

2. Abrissverpflichtung als Inhalt des Erbbaurechts?

Fall: Abrissverpflichtung als Inhalt des Erbbaurechts? LG Düsseldorf MittRhNotK 1987, 129;

In einem kirchlichen Erbbauvertrag ist vereinbart, dass unter bestimmten, im Einzelnen aufgeführten Vereinbarungen die Erbbauberechtigten zum Entfernen des noch zu errichtenden Bauwerks verpflichtet sind. Ist eine solche Regelung als Inhalt des Erbbaurechts zulässig und eintragungsfähig?

Entsprechende Vereinbarungen finden sich immer wieder in Erbbaurechtsverträgen der Kommunen, die einem Verein oder einer sonstigen Einrichtung ein Grundstück zum Bauen mit einem Vereinsheim, einer Sportstätte oder sonstigen sozialen Zwecken dienenden Bauwerken als Erbbaurecht zur Verfügung stellen. Im wirtschaftlichen Interesse der Kommunen ist es, gegebenenfalls den Abriss der Baulichkeiten nach Beendigung des Erbbaurechts verlangen zu können.

Diese Vereinbarung kann jedoch nicht zum dinglichen Inhalt eines Erbbaurechts gemacht werden.

Nach § 34 ErbbauVO ist der Erbbauberechtigte nicht berechtigt, das Bauwerk wegzunehmen. Daraus wird abgeleitet, dass auch keine gesetzliche Verpflichtung besteht, das Bauwerk auf Verlangen des Grundstückseigentümers abzureißen. Vereinbarungen können insoweit nur schuldrechtlich getroffen werden. Gemäß § 27 Abs. 1 ErbbauVO können zwar im Rahmen der Regelungen über das Erlöschen des Erbbaurechts durch Zeitablauf als Inhalt des Erbbaurechts Vereinbarungen über die Höhe der Entschädigung und die Art ihrer Zahlung sowie über ihre Ausschließung eingetragen werden. Hierunter fällt jedoch nicht eine Abrissverpflichtung. Über § 27 Abs. 1 Satz 2 ErbbauVO hinausgehende Vereinbarungen können folglich nur schuldrechtlich getroffen werden. Eine Abrissverpflichtung kann daher nicht als Inhalt des Erbbaurechts vereinbart und in das Grundbuch eingetragen werden.¹¹⁹

3. Übernahme der Verkehrssicherungspflicht und der Haftung

Fall: Vereinbarung, dass der Erbbauberechtigte die Verkehrssicherungspflicht und die Haftung übernimmt, als Inhalt des Erbbaurechts? BayObLG Rpfleger 2000, 61 = NJW-RR 2000, 162 = MittBayNot 1999, 563;

In einem Erbbauvertrag sind folgende Regelungen enthalten:

1. Der Erbbauberechtigte haftet für den verkehrssicheren Zustand des Erbbaugrundstücks einschließlich seines etwaigen Aufwuchses. Er hat entsprechende ausreichende Versicherungen abzuschließen und diese auf Verlangen nachzuweisen.
2. Der Erbbauberechtigte haftet für alle privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen wegen der Verunreinigung oder sonstigen Beschaffenheitsänderung der Grundstücksoberfläche, des Bodens und des Grundwassers.

Inwieweit sind diese Regelungen als Inhalt des Erbbaurechts eintragungsfähig?

¹¹⁸BGH DNotZ 1986, 472 = NJW 1986, 932 = Rpfleger 1986, 92;

¹¹⁹LG Düsseldorf, MittRhNotK 1987, 129;

Die Übertragung der Verkehrssicherungspflicht auf den Erbbauberechtigten und die Begründung seiner Haftung können nicht dinglicher Inhalt des Erbbaurechts sein.

Welche Vereinbarungen zwischen dem Grundstückseigentümer und dem Erbbauberechtigten zum Inhalt des Erbbaurechts gemacht werden können, regeln allein die §§ 2, 5, 27 Abs. 1 und 32 Abs. 1 Satz 2 ErbbauVO.

Nach § 2 Nr. 3 ErbbauVO können zwar Vereinbarungen über „die Tragung der öffentlichen und privatrechtlichen Lasten und Abgaben“ zum Inhalt des Erbbaurechts gemacht werden. Hierunter fallen jedoch nicht die Verkehrssicherungspflicht und die sich daraus ergebende Haftung. Die Verkehrssicherungspflicht beruht auf dem Gedanken, dass jeder, der eine Gefahrenquelle schafft, Vorkehrungen zu treffen hat, damit Dritten kein Schaden daraus entsteht. Die Pflicht trifft denjenigen, der die tatsächliche Herrschaft über eine Sache hat, von der eine Gefahr ausgeht oder ausgehen kann.¹²⁰

Bei der Verkehrssicherungspflicht handelt es sich insbesondere auch nicht um eine „Last“ i.S.d. § 2 Nr. 3 ErbbauVO. Darunter sind nur Leistungen zu verstehen, die auf dem Grundstück ruhen oder aus dem Grundstück zu entrichten sind, wobei die dingliche Haftung des Grundstücks entscheidend ist. Die Verkehrssicherungspflicht als schuldrechtliche Verpflichtung einer Person fällt weder unter den Begriff der Abgabe noch den der Last.¹²¹

Üblicherweise werden demgemäß derartige Regelungen in den Erbbauverträgen stets schuldrechtlich getroffen.¹²²

4. Vereinbarungen als Grundlage des Heimfallrechtes

Fall: Unzulässige Vereinbarung eines Heimfallrechtes
 Vgl. BayObLG MittBayNot 1992, 45 = Rpfleger 1991, 303 = NJW-RR 1991, 718;

In einem Erbbauvertrag sind verschiedene Regelungen enthalten, deren Verletzung die Geltendmachung des Heimfallanspruchs auslösen kann.

z.B.:

- Wesentliche Veränderungen des Gebäudes und Abriss nur mit Zustimmung des Grundstückseigentümers.
- Veräußerung des Erbbaurechts nur mit Zustimmung des Grundstückseigentümers.

Inwieweit sind derartige Eintragungen zulässig?

Im Interesse des Ausgebers eines Erbbaurechts ist es, möglichst alle vertraglichen Bestimmungen aus der Erbbaurechtsbestellung zum Inhalt des Erbbaurechts zu machen, um die Wirkung gegen Rechtsnachfolger herbeizuführen. Durch die gesetzliche Festlegung, was Inhalt des Erbbauvertrages ein kann, sind hier jedoch Grenzen gesetzt.

Eine Möglichkeit, schuldrechtlichen Vereinbarungen dingliche Wirkung beizumessen, ist jedoch über die Sanktion des Heimfalls möglich.

Hier ist ein sehr weiter Spielraum für eine Verdinglichung gegeben. Denn grundsätzlich kann jedes Ereignis als den Heimfallanspruch auslösend vereinbart werden.¹²³

¹²⁰BayObLG Rpfleger 2000, 61 = NJW-RR 2000, 162 = MittBayNot 1999, 563; allgemeine Meinung, vgl. Palandt/Sprau, 64. Aufl., § 823, Rdn. 45 ff.;

¹²¹BayObLG Rpfleger 2000, 61 = NJW-RR 2000, 162 = MittBayNot 1999, 563; LG Mannheim, BWNotZ 1983, 146; Böttcher Rpfleger 2004, 21, 22;

¹²²vgl. auch zur Streupflicht bei Eigentumswechsel BGH DNotZ 1991, 590-591 = NJW 1990, 111;

¹²³BGH DNotZ 2004, 143 = Rpfleger 2003; 569; Staudinger/Rapp, Bearbeitung 2002, § 2 ErbbauVO Rdn. 21; v. Oefele/Winkler, a.a.O., Rdn. 4.78 f.; LG Düsseldorf MittRhNotK 1989, 218;

Die meisten Erbbauverträge enthalten neben der Vereinbarung von weiteren Regelungen zu Auslösung des Heimfalles der Einfachheit halber vielfach die Bestimmung, wonach der Heimfall auch dann geltend gemacht werden kann, wenn der Erbbauberechtigte gegen bestimmte Verpflichtungen in den jeweils näher bezeichneten Paragraphen des Erbbauvertrages verstößt.

Formulierung Mustervertrag Haegele:¹²⁴

Heimfallrecht

1. Der Berechtigte ist auf Verlangen des Eigentümers verpflichtet, das Erbbaurecht auf den jeweiligen Eigentümer oder auf einen oder mehrere von diesem zu benennende Dritte zu übertragen, wenn
 - a) der Berechtigte mit der Zahlung des Erbbauzinses in Höhe zweier Jahresbeträge im Rückstand ist;
 - b) über das Vermögen des Berechtigten das Insolvenzverfahren eröffnet oder dessen Eröffnung mangels Masse abgelehnt wird;
 - c) die Zwangsversteigerung oder die Zwangsverwaltung des Erbbaurechts angeordnet wird;
 - d) der Berechtigte gegen seine in §§ 4-10, 21 festgelegten Verpflichtungen trotz schriftlicher Abmahnung verstößt.**

Formulierung aus dem Erbbaurechtsvertrag der Pfälzer Katholischen Kirchenschaffnei:

Der Grundstückseigentümer kann die Übertragung des Erbbaurechts auf sich oder einen von ihm zu bezeichnenden Dritten auf Kosten des Erbbauberechtigten als Heimfall verlangen, wenn

- a) der Erbbauberechtigte den in § 2 (Errichtung und Nutzung von Bauwerken), § 3 (Bauverpflichtung), § 4 (Unterhaltungsverpflichtung), § 5 (Versicherungs- und Wiederaufbauverpflichtung), § 6 (Lasten und Abgaben) und § 8 Abs. 2 (kirchlicher Vorbehalt) dieses Vertrages aufgeführten Verpflichtungen trotz Abmahnung zuwiderhandelt,
- b) der Erbbauberechtigte mit der Zahlung des Erbbauzinses in Höhe von zwei Jahresbeiträgen in Verzug ist,
- c) über das Vermögen des Erbbauberechtigten das Verfahren nach der Insolvenzordnung eröffnet oder die Eröffnung mangels Masse abgelehnt wird,
- d) der Erbbauberechtigte eine eidesstattliche Versicherung abgegeben hat,
- e) die Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung des Erbbaurechts angeordnet worden ist,
- f) der Erbbauberechtigte das Erbbaurecht veräußert, bevor mit der Bebauung begonnen worden ist,
- g) ein Veräußerungsvertrag über das Erbbaurecht abgeschlossen wurde, ohne dass der Erwerber in alle schuldrechtlichen Verpflichtungen aus diesem Erbbaurechtsvertrag mit der Weiterübertragungsverpflichtung eingetreten ist.

Üblicherweise wird hier nicht nur auf rein schuldrechtliche Vereinbarungen als Auslösungsfälle zurückgegriffen, sondern auch auf Regelungen, die bereits nach dem Gesetz zum Inhalt des Erbbaurechts gemacht werden können (z.B. Errichtung und Nutzung von Bauwerken, Bauverpflichtung, Unterhaltungsverpflichtung, Versicherungs- und Wiederaufbauverpflichtung, Lasten und Abgaben). Insoweit wird gegenüber Rechtsnachfolgern eine Art doppelte Wirkung erreicht. Die Bestimmungen sind bereits Inhalt des Erbbaurechts, zugleich wird an ihre Verletzung die Sanktion des Heimfalls mit Wirkung gegen alle Rechtsnachfolger geknüpft.

Im Fallbeispiel kann die Alternative „wesentliche Veränderungen des Gebäudes und Abriss“, nicht aber die Regelung „Veräußerung des Erbbaurechts nur mit Zustimmung des Grundstückseigentümers“ als Inhalt des Heimfallanspruchs vereinbart werden. Dies ist in § 6 Abs. 2 ErbbauVO geregelt.

¹²⁴Haegele, a.a.O., Seite 780;

Die Vereinbarung eines Heimfalls bei Verstoß gegen § 5 ist nicht eintragbar.¹²⁵

Nach teilweise vertretener Auffassung ist eine gegen § 6 Abs. 2 ErbbauVO verstoßende dingliche Vereinbarung nach § 2 Nr. 4 ErbbauVO auf Grund der gesetzlichen Formulierung – „kann sich der Grundstückseigentümer nicht berufen“ – nicht nichtig, sondern freiwillig erfüllbar.¹²⁶

Ingenstau¹²⁷ hält bei Fehlen einer Zustimmungspflicht nach § 5 ErbbauVO schuldrechtliche Vereinbarungen mit dem gleichen Inhalt für zulässig. Soweit ein Veräußerungs- oder Belastungsverbot im Sinne des § 5 ErbbauVO nicht als Inhalt des Erbbaurechts vereinbart worden sei, könne ein Heimfallrecht ausbedungen werden. Dies wird nach anderer Auffassung als eine Umgehung der Vorschriften §§ 6 Abs. 2 und 7 ErbbauVO gehalten.¹²⁸

5. Unbestimmter Rechtsbegriff als Voraussetzung des Heimfallanspruchs

Fall: Verwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs zur Beschreibung der Voraussetzungen für die Geltendmachung eines Heimfallrechts.
BGH Urteil vom 11. Juli 2003, DNotZ 2004, 143 = Rpfleger 2003, 569 = NJW-RR 2003, 1524;

Die Inhaberin einer Brauerei hatte jeweils ein Erbbaurecht für zwei in der Innenstadt von S. gelegene, zum Betrieb von Gastwirtschaften genutzte Grundstücke ausgegeben.

In dem Erbbaurechtsvertrag heißt es u.a. sinngemäß:

„Der Grundstückseigentümer ist berechtigt, die Übertragung des Erbbaurechts an sich als Gesamtheit oder an einen von ihm bezeichneten Dritten zu verlangen (Heimfallanspruch), wenn“ „(es folgen Einzelfälle)

Weiterhin heißt es:

„Der Grundstückseigentümer kann das vorbezeichnete Heimfallrecht nach dem 31. Dezember 1999 oder nach Beendigung des vorstehend unter Ziff. 5. genannten Betriebsüberlassungs- und Pachtvertrages vom 26. März 1980 auch dann geltend machen, wenn das Grundstück dadurch für ihn günstiger genutzt oder verwertet werden kann.“

Die Grundstückseigentümerin verlangt die Übertragung des jeweiligen Erbbaurechts auf sich, da die Mieter und Pächter der Erbbaugrundstücke für die Nutzung der Gebäude jährlich 600.000 DM gezahlt hätten, während sie nur 73.400 DM Erbbauzins erhalten habe. Die Übertragung der Erbbaurechte auf sie führe daher zu einer wirtschaftlich weitaus günstigeren Nutzung.

Das Berufungsgericht war der Auffassung, die betreffende für den Heimfall des Erbbaurechtsvertrages vereinbarte Regelung sei unwirksam. Die Klausel entbehre der notwendigen Bestimmtheit. Es sei unklar, was unter einer „günstigeren“ Nutzung der Grundstücke zu verstehen sei. Ein Heimfallanspruch wurde verneint.

Dieser Auffassung ist der BGH jedoch nicht gefolgt.

Der BGH erachtete das vereinbarte Heimfallrecht für wirksam. Führe die Übertragung der Erbbaurechte für den Eigen-

tümer zu einer wirtschaftlich günstigeren Nutzung der Grundstücke, so könne er die Übertragung der Rechte verlangen.

Nach § 2 Nr. 4 ErbbauVO könne als Inhalt des Erbbaurechts vereinbart werden, dass der Eigentümer bei Eintritt „bestimmter Voraussetzungen“ die Übertragung des Rechts auf sich oder an einen Dritten verlange. Damit könne grundsätzlich jedes Ereignis als den Heimfallanspruch auslösend vereinbart werden.¹²⁹ Der Bestimmtheitsgrundsatz des Grundbuchrechts, nach welchem das Grundstück, der Berechtigte und der Inhalt des an einem Grundstück eingetragenen Rechts feststehen müssten,¹³⁰ stehe der Verwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs zur Umschreibung der Voraussetzungen des Heimfalls nicht entgegen. Andernfalls würde das Rechtsinstitut des Heimfalls entwertet. Die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe als Voraussetzung des Heimfalls sei daher in Rechtsprechung und Literatur anerkannt.

Beispiele aus der Rechtsprechung seien:

- Heimfall, wenn das Erbbaugrundstück in „aus gesundheitlichen oder sittlichen Gründen zu beanstandender Weise“ genutzt werde¹³¹;
- Heimfallanspruch für den Fall, dass die „Fortsetzung des Erbbaurechtsverhältnisses aus einem in der Person des Erbbauberechtigten liegenden Grunde eine unbillige Härte bedeuten würde (z.B. kirchenfeindliches Verhalten des Erbbauberechtigten)“¹³²;
- Heimfall, sofern ein „wichtiger Grund gegeben ist, der in der Person des Erbbauberechtigten liegt, der die Fortsetzung des Erbbaurechts für den Grundstückseigentümer unzumutbar macht“.¹³³

Dem entspreche die in dem Vertrag vom 26. März 1980 vereinbarte Klausel. Aus unbefangener Sicht komme als „günstigere“ Nutzung im Sinne der vereinbarten Klausel allein eine wirtschaftlich günstigere Nutzung in Betracht. Eine solche liege für den Grundstückseigentümer dann vor, wenn er bei einer Übertragung der Erbbaurechte auf sich für die restliche Dauer des Bestehens der Rechte eine höhere Rendite erwarten könne, als derzeit aus dem Erbbaurecht. Die Möglichkeit einer günstigeren Verwertung sei z.B. dann gegeben, wenn der Grundstückseigentümer bei einem Verkauf der Grundstücke nach Löschung der Erbbaurechte trotz Erhöhung der Heimfallentschädigung gemäß Ziff. 9 b des Vertrages einen höheren Gewinn erwarten könnte als mit dem fortbestehenden Erbbaurecht.¹³⁴

6. Zustimmung zur Belastung/Form der Inhaltsänderung eines Erbbaurechts

Fall: Einschränkung der Zustimmung für bestimmte Belastungen.
BayObLG Rpfleger 2000, 61 = NJW-RR 2000, 162 = MittBayNot 1999, 563;

In einem Erbbaurechtsvertrag ist folgende Regelung enthalten:

Variante 1

Die Zustimmung wird nur für Belastungen erteilt, die den Rechten des Grundstückseigentümers (Erbbauzins, Vormerkung und Vorkaufsrecht) im Rang nachgehen und die

¹²⁵BayObLG MittBayNot 1992, 45 = Rpfleger 1991, 303 = NJW-RR 1991, 718; BayObLG MittBayNot 1992, 197;

¹²⁶vgl. hierzu Münchener Kommentar, v. Oefele, a.a.O., § 6 Rdn. 8;

¹²⁷Ingenstau/Hustedt, a.a.O., § 6 Rdn. 18;

¹²⁸Münchener Kommentar, v. Oefele, a.a.O., § 6 Rdn. 8;

¹²⁹Staudinger/Rapp, Bearbeitung 2002, § 2 ErbbauVO Rdn. 21; v. Oefele/Winkler, a.a.O., Rdn. 4.78 f.;

¹³⁰vgl. hierzu Haegele, a.a.O., Rdn. 18;

¹³¹BGH MittBayNot 1984, 252 = Rpfleger 1985, 60 = WM 1984, 1514

¹³²LG Oldenburg Rpfleger 1979, 383;

¹³³LG Düsseldorf MittRhNotK 1989, 218

¹³⁴BGH DNotZ 2004, 143 = Rpfleger 2003, 569 = NJW-RR 2003, 1524; vgl. hierzu auch die Anmerkung von v. Oefele in MittBayNot 2004, 186;

spätestens drei Jahre vor Ablauf des Erbbaurechts amortisiert und gelöscht werden, wenn der Erbbauberechtigte seinen Anspruch auf Rückübertragung oder Löschung der Grundschuld gleichzeitig an den Grundstückseigentümer abtritt und eine entsprechende Vormerkung gem. § 883 BGB bei Eintragung der Grundschuld an dieser eingetragen wird.

Inwieweit ist diese Regelung gemäß § 5 ErbbauVO als Inhalt des Erbbaurechts eintragungsfähig?

Variante 2

(BayObLG DNotZ 1980, 50 = Rpfleger 1979, 384)

Wäre folgende Regelung eintragungsfähig?

1. Zustimmung ist erforderlich zur Belastung des Erbbaurechts mit einer Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld oder Reallast, sowie zur Änderung des Inhalts eines der bezeichneten Rechte, wenn diese Änderung eine weitere Belastung des Erbbaurechts enthält.
2. Soweit an dem Erbbaurecht jedoch Hypotheken oder Grundschulden für Tilgungsbaudarlehen öffentlicher Körperschaften oder Banken eingetragen werden, ist hierzu die Zustimmung des Eigentümers nicht erforderlich. Zur Eintragung von Hypotheken und Grundschulden dieser Art erteilt der Grundstückseigentümer heute schon die Zustimmung, ebenso zur Veräußerung des Erbbaurechts auf Grund Zwangsvollstreckung aus diesen Grundpfandrechten.

Welche Formvorschriften sind zu beachten, falls eine Vereinbarung nach § 5 ErbbauVO bei einem bereits im Grundbuch eingetragenen Erbbaurecht eingetragen werden soll? Ist notarielle Beurkundung erforderlich?

Variante 1

Die Vereinbarung – Variante 1 –, die der eingangs genannten Entscheidung des BayObLG¹³⁵ zu Grunde lag, kann nicht zum dinglichen Inhalt des Erbbaurechts gemacht werden. Denn nach § 5 Abs. 2 ErbbauVO kann nur vereinbart werden, dass die Belastung des Erbbaurechts der Zustimmung des Grundstückseigentümers bedarf. Die vorgenannte Regelung schließt aber eine Zustimmung für bestimmte Fälle im Voraus aus.

Einen solchen Ausschluss sieht das Gesetz als zulässige dingliche Vereinbarung nicht vor.¹³⁶

Zwar kann eine erforderliche Zustimmung im Einzelfall, nämlich dann, wenn die Voraussetzungen des § 7 Abs. 2 ErbbauVO (z.B. mit den Regeln einer ordnungsgemäßen Wirtschaft vereinbar) nicht vorliegen, versagt und dann auch nicht durch gerichtliche Entscheidung (vgl. dazu § 7 Abs. 3 ErbbauVO) ersetzt werden. Daraus kann aber nicht abgeleitet werden, dass ein Ausschluss der Zustimmung für bestimmte Fälle im Voraus zum dinglichen Inhalt des Erbbaurechts gemacht werden kann. Zulässig wäre es jedoch, eine entsprechende Regelung durch schuldrechtliche Vereinbarungen zu treffen.¹³⁷

Variante 2

Anders stellt sich die Rechtslage bezüglich Variante 2 dar. Eine Beschränkung der Zustimmung auf bestimmte Belastungen kann als dinglicher Inhalt des Erbbaurechts eingetragen werden.¹³⁸

Soweit neben einer grundsätzlichen mit zulässigem Inhalt vereinbarten Zustimmungspflicht vereinbart wird, dass die Zustimmung des Eigentümers zur Eintragung von Tilgungsbaudarlehen öffentlicher Körperschaften und Banken nicht erforderlich ist, sind derartige Belastungen von der Beschränkung der Verfügungsbefugnis des Erbbauberechtigten ausgenommen. Denn hier handelt es sich nicht um die Frage, ob die grundsätzlich notwendige Zustimmung des Grundstückseigentümers an den Vorbehalt geknüpft werden kann, dass nur tilgungsfähige Belastungen eingetragen werden dürfen. Eine solche Vereinbarung könnte tatsächlich nur mit schuldrechtlicher Wirkung getroffen werden. Dagegen ist hier nur der Kreis der grundsätzlich zustimmungsbedürftigen Belastungen für bestimmte Fälle beschränkt. Diese Ausnahmen von der Zustimmungsbedürftigkeit können mit dinglicher Wirkung als Inhalt des Erbbaurechts vereinbart werden. Wenn nämlich der Eigentümer und der Berechtigte von einer Zustimmungsbedürftigkeit überhaupt absehen können, so müssen sie von einem generell statuierten Erfordernis dieser Art auch allgemeine Ausnahmen zulassen können.¹³⁹

Merke:

Ist im Erbbaurecht vereinbart:

- 1) Der Grundstückseigentümer stimmt einer Belastung nur zu, wenn

- a) diese den Rechten des Grundstückseigentümers (Erbbauzins, Vormerkung und Vorkaufsrecht) im Rang nachgehen, usw.
- b) tilgungsfähige Belastungen eingetragen werden,

so kann dies nur schuldrechtlich vereinbart werden.

- 2) Die Zustimmung ist generell erforderlich für bestimmte Belastungen, mit Ausnahme von solchen für Körperschaften des öffentlichen Rechts,

so kann dies dinglich vereinbart werden. Denn es wird nur der Kreis der grundsätzlich zustimmungsbedürftigen Belastungen für bestimmte Fälle beschränkt. Da eine solche Regelung dinglicher Inhalt wird, gilt sie auch für einen Nachfolger des Erbbauberechtigten. Der Grundstückseigentümer kann dann nicht etwa seine Zustimmung zu einer entsprechenden Belastung durch den Rechtsnachfolger von der Eintragung einer Erbbauzinsanpassung abhängig machen, da seine Zustimmung überhaupt nicht erforderlich ist.¹⁴⁰

Es ist somit grundsätzlich möglich, dass der Grundstückseigentümer für bestimmte Fälle von Belastungen generell seine Zustimmung im Voraus erteilt.¹⁴¹

Soll in einem Erbbaurechtsvertrag vereinbart werden, dass der Erbbauberechtigte für alle Arten der Belastung des Erbbaurechts der Zustimmung des Grundstückseigentümers bedarf, so muss klargestellt werden, dass die Vereinbarung für Belastungen, die nicht unter § 5 Abs. 2 ErbbauVO fallen, nur schuldrechtlich wirken soll. Andernfalls ist das Grundbuchamt berechtigt, den Antrag wegen Verstoßes gegen den Bestimmtheitsgrundsatz zurückzuweisen.¹⁴²

Nachträgliche Vereinbarung einer Verfügungsbeschränkung – Formvorschriften:

Wird eine Verfügungsbeschränkung nach § 5 ErbbauVO nach Eintragung des Erbbaurechts im Grundbuch vereinbart, so

¹³⁵BayObLG Rpfleger 2000, 61 = NJW-RR 2000, 162 = MittBayNot 1999, 563;

¹³⁶BayObLG Rpfleger 2000, 61 = NJW-RR 2000, 162 = MittBayNot 1999, 563;

¹³⁷BayObLG Rpfleger 2000, 61 = NJW-RR 2000, 162 = MittBayNot 1999, 563;

¹³⁸BayObLG DNotZ 1980, 50 = Rpfleger 1979, 384; Ingenstau/Hustedt, a.a.O., § 5 Rdn. 13; Haegele, a.a.O., Rdn. 1779;

¹³⁹BayObLG DNotZ 1980, 50 = Rpfleger 1979, 384; vgl. Lutter DNotZ 60, 235;

¹⁴⁰vgl. Fallgestaltung in BayObLG DNotZ 1980, 50 = Rpfleger 1979, 384;

¹⁴¹Haegele, a.a.O., Rdn. 1779;

¹⁴²BayObLG MittBayNot 1992, 197;

handelt es sich um eine Änderung des Inhalts des Erbbaurechts. Dem Grundbuchamt ist daher die Einigung über diese Vereinbarung zwischen Grundstückseigentümer und Erbbauberechtigten in der Form des § 29 GBO nachzuweisen (§ 20 GBO). Im Übrigen ist die Einigung sachenrechtlich formfrei. Die Eintragung der Inhaltsänderung im Grundbuch ist zu ihrer Rechtswirksamkeit gemäß § 11 ErbbauVO in Verbindung mit §§ 877, 873 BGB erforderlich. Es bedarf im übrigen der Bewilligung in der Form des § 29 GBO sowie der Antragstellung.

Für eine derartige Inhaltsänderung ist stets die Zustimmung der am Erbbaurecht eingetragenen dinglich Berechtigten erforderlich, soweit deren Rechtsstellung nachteilig berührt sein kann. Hierunter fällt insbesondere eine nachträgliche Veräußerungs- oder Belastungsvereinbarung gemäß § 5 ErbbauVO.¹⁴³

Wird nachträglich vereinbart, dass ein Zustimmungserfordernis aufgehoben wird, so ist eine Zustimmung der am Grundstück dinglich Berechtigten nicht erforderlich, da ihre Rechtsstellung hierdurch nicht nachteilig berührt ist.¹⁴⁴

Derartige nachträgliche Inhaltsvereinbarungen bei eingetragem Erbbaurecht sind nicht nach § 311 b Abs. 1 Satz 1 BGB beurkundungsbedürftig.¹⁴⁵ Die Form des § 311 b Abs. 1 Satz 1 BGB in Verbindung mit § 11 Abs. 2 ErbbauVO ist nur für den schuldrechtlichen Änderungsvertrag vor Eintragung des Erbbaurechts in das Grundbuch erforderlich.

Nach Eintragung des Erbbaurechts wird die Form des § 311 b Abs. 1 Satz 1 BGB aber für solche Fälle einer Inhaltsänderung gefordert, in denen die Änderung eine Teilaufhebung oder eine Teil-Neubestellung eines Erbbaurechts darstellt (z.B. nachträgliche Bildung eines Gesamterbbaurechts), die Änderung eine zusätzliche Bebauung mit Gebäuden ermöglicht oder die Laufzeit verlängert wird.¹⁴⁶ Aus Sicherheitsgründen empfiehlt sich jedoch, die Form des § 311 b Abs. 1 Satz 1 BGB auch für sonstige Inhaltsänderungen einzuhalten.¹⁴⁷

Bezüglich der anzuwendenden Formvorschriften für den jeweiligen Rechtsvorgang ist stets die Doppelnatur des Erbbaurechts zu beachten. Dem trägt die Vorschrift des § 11 ErbbauVO Rechnung.¹⁴⁸

Einerseits wird das Erbbaurecht wie ein Grundstück behandelt. Es finden damit gemäß § 11 Abs. 1 ErbbauVO die sich auf das Grundstück beziehenden Vorschriften – abgesehen von den dort genannten Ausnahmen – entsprechende Anwendung. Die dingliche Übertragung ist gemäß § 11 Abs. 1 Satz 1 ErbbauVO genau so wie die Auflassung (§ 925 Abs. 2 BGB) bedingungsfeindlich. Für die Verpflichtung zur Bestellung und zu seinem Erwerb gilt gemäß § 11 Abs. 2 ErbbauVO die Vorschrift des § 311 Abs. 1 BGB.¹⁴⁹

Andererseits wird es in seiner Entstehung, Veränderung und Aufhebung, also bezüglich seines unmittelbar eigenen Schicksals, lediglich als Recht behandelt. Hier gelten gemäß § 11 Abs. 1 Satz 1 ErbbauVO die Rechtsvorschriften der §§ 873, 875, 877 BGB und nicht die ausgeschlossenen Grundstücksvorschriften der §§ 925, 927, 928 BGB.¹⁵⁰ Demgemäß unter-

liegen auch spätere inhaltliche Änderungen, mit Ausnahme der oben genannten Fälle, nicht der Beurkundungspflicht nach § 311 b Abs. 1 BGB. Insoweit ist jedoch stets gemäß § 20 GBO dem Grundbuchamt gegenüber auch die Einigung (vgl. § 20 GBO, Änderung des Inhalts eines Erbbaurechts) nachzuweisen. Kommt es jedoch zu einer nochmaligen Änderung des Erbbaurechts vor dessen Eintragung, so gilt kraft Zusammenhangs als Änderung des Verpflichtungsgeschäfts noch die Beurkundungspflicht gemäß § 311 Abs. 1 BGB.¹⁵¹

7. Zustimmung zur Veräußerung

Fall: Vereinbarung im Erbbaurechtsvertrag: Einholung der vorherigen Zustimmung des Grundstückseigentümers zur Veräußerung
OLG Zweibrücken Rpfleger 2004, 620 = DNotZ 2004, 934;

In einem Erbbaurechtsvertrag ist geregelt, dass die Veräußerung des Erbbaurechts der vorherigen Zustimmung des Grundstückseigentümers bedarf. Der Erbbauberechtigte veräußert das Erbbaurecht. Der Grundstückseigentümer verweigert seine Zustimmung mit der Begründung, die Veräußerung habe der vorherigen Zustimmung bedurft.

Inwieweit ist diese Regelungen gemäß § 5 ErbbauVO als Inhalt des Erbbaurechts eintragungsfähig und berechtigt diese bei einem Verstoß zu einer endgültigen Zustimmungsverweigerung?

Das OLG Zweibrücken hatte im vorliegenden Fall nicht über die Eintragungsfähigkeit einer solchen Klausel als Inhalt des Erbbaurechts zu entscheiden. Aus den Ausführungen des OLG Zweibrücken sowie der Regelung des § 5 ErbbauVO erschließt sich jedoch, dass eine solche Regelung nicht dinglicher Inhalt des Erbbaurechts sein kann. Denn nach § 5 Abs. 1 ErbbauVO kann nur als Inhalt des Erbbaurechts vereinbart werden, dass der Erbbauberechtigte zur Veräußerung des Erbbaurechts der Zustimmung des Grundstückseigentümers bedarf.¹⁵² Somit kann das Erfordernis einer vorherigen Zustimmung nicht dinglicher Inhalt sein. Der Grundstückseigentümer war gehalten, die Zustimmung zu erteilen, bzw. diese war zu ersetzen.

Demgemäß hatte das Amtsgericht im vorliegenden Fall die Zustimmung des Grundstückseigentümers gemäß § 7 Abs. 3 ErbbauVO ersetzt. Diese Entscheidung wurde durch das OLG Zweibrücken mit folgender Begründung bestätigt:

Gemäß § 7 Abs. 1 Satz 1 ErbbauVO habe der Erbbauberechtigte einen Anspruch auf Zustimmung zur Veräußerung des Rechts, wenn dadurch der Zweck des Erbbaurechts nicht gefährdet werde und die Person des Erwerbers Gewähr für eine ordnungsgemäße Erfüllung der sich aus dem Erbbaurechtsinhalt ergebenden Verpflichtungen biete. Bei dieser Vorschrift handele es sich um zwingendes Recht, das durch Vereinbarung zwischen dem Grundstückseigentümer und dem Erbbauberechtigten nicht ausgeschlossen werden könne. Der gesetzliche Anspruch auf Zustimmung zur Veräußerung diene der Umsetzung des ebenfalls unabdingbaren Grundsatzes der Veräußerlichkeit des Erbbaurechts, der praktisch leer liefe, wenn die Erteilung der Zustimmung im Belieben des Grundstückseigentümers stünde oder auch nur von

¹⁴³Haegele, a.a.O., Rdn. 1782, 1857;

¹⁴⁴BayObLG MittBayNot 1989, 315 = Rpfleger 1989, 503; Haegele, a.a.O., Rdn. 1782;

¹⁴⁵Haegele, a.a.O., Rdn. 1857; Münchener Kommentar, v. Oefele, a.a.O., § 11 Rdn. 27 ff.;

¹⁴⁶Münchener Kommentar, v. Oefele, a.a.O., § 11 Rdn. 28; Haegele, a.a.O., Rdn. 1857;

¹⁴⁷Haegele, a.a.O., Rdn. 1857;

¹⁴⁸Münchener Kommentar, v. Oefele, a.a.O., § 11 Rdn. 2;

¹⁴⁹Münchener Kommentar, v. Oefele, a.a.O., § 11 Rdn. 2;

¹⁵⁰Münchener Kommentar, v. Oefele, a.a.O., § 11 Rdn. 2;

¹⁵¹BGH DNotZ 1967, 495; Münchener Kommentar, v. Oefele, a.a.O., § 11 Rdn. 28; vgl. hierzu auch Haegele, a.a.O., Rdn. 1857;

¹⁵²vgl. BayObLG Rpfleger 2000, 61 = NJW-RR 2000, 162 = MittBayNot 1999, 563;

überspitzten Anforderungen abhängig gemacht werden dürfe. Daher habe die Vorschrift im Hinblick auf das Prinzip der „Privatnützigkeit“ des Eigentums¹⁵³ auch einen verfassungsrechtlichen Hintergrund.¹⁵⁴

Die Regelung im Erbbaurechtsvertrag, wonach zunächst eine vorherige Zustimmung einzuholen sei, stand somit nach Auffassung des OLG Zweibrücken zu Recht der Ersetzung der Zustimmung nicht entgegen. Das Erfordernis der Einholung der vorherigen Zustimmung der Grundstückseigentümerin zur Veräußerung des Erbbaurechts zum Zweck der Einflussnahme auf den Vertrag hätte ansonsten eine Einschränkung der vom Gesetzgeber beabsichtigten Freizügigkeit und wirtschaftlichen Freiheit des Erbbauberechtigten zur Folge gehabt.¹⁵⁵

Klarstellend ist im Rahmen der Behandlung der Zustimmung zur Veräußerung auf Folgendes hinzuweisen: In dieser Abhandlung wird lediglich die Frage behandelt, inwieweit entsprechende Klauseln als Inhalt des Erbbaurechts eintragungsfähig sind. Hiervon ist die Thematik zu unterscheiden, inwieweit der Erbbaurechtsausgeber berechtigt ist, im Einzelfall auf Grund eines als Inhalt des Erbbaurechts bereits eingetragenen Zustimmungsvorbehalts gemäß § 5 Abs. 1 ErbbauVO die Zustimmung zu verweigern. So versucht der Erbbaurechtsausgeber und Grundstückseigentümer in der Praxis vielfach, seine Zustimmung an eine Erhöhung des Erbbauzinses und entsprechende Einwilligung des Erbbauberechtigten zu koppeln. Die Zustimmung des Grundstückseigentümers kann jedoch nach ständiger Rechtsprechung nicht von Ansprüchen auf Erhöhung des Erbbauzinses abhängig gemacht werden.¹⁵⁶

8. Verwendung des Bauwerks/Zustimmung zur Vermietung und Verpachtung

Fall: Vereinbarung im Erbbaurechtsvertrag, Zustimmung zur Vermietung und Verpachtung
BayObLG Rpfleger 2002, 140 = DNotZ 2002, 294;

Im Bestandsverzeichnis des Erbbaugrundbuchs war eingetragen:

Der Erbbauberechtigte bedarf zur Veräußerung des Erbbaurechts, der Bestellung eines Untererbbaurechts, zur Vermietung oder Verpachtung und zu wesentlichen Veränderungen oder Abbruch von Gebäulichkeiten der Zustimmung des Grundstückseigentümers.

Inwieweit sind diese Regelungen gemäß § 5 ErbbauVO als Inhalt des Erbbaurechts eintragungsfähig?

Wie hat das Grundbuchamt mit inhaltlich unzulässigen Eintragungen zu verfahren?

In dem Verfahren, in welchem der Erbbauberechtigte die Löschung der Wörter „der Bestellung eines Untererbbaurechts“ sowie „zur Vermietung oder Verpachtung“ begehrte, wurde der Passus über die Zustimmungspflicht bei „Bestellung eines Untererbbaurechts“ von Amts wegen bereits durch das Grundbuchamt gelöscht. Eine derartige Eintragung ist nicht von § 5 ErbbauVO gedeckt.

¹⁵³vgl. BVerfGE 24, 367, 398; 52, 1, 30;

¹⁵⁴OLG Zweibrücken Rpfleger 2004, 620 = DNotZ 2004, 934;

¹⁵⁵OLG Zweibrücken Rpfleger 2004, 620 = DNotZ 2004, 934;

¹⁵⁶OLG Hamm DNotI-Report 2006, Heft 5, 41; BayOLG MittBayNot 1975, 23 = Rpfleger 1974, 357; vgl. hierzu und zu weiteren Fragen der Zustimmungsverweigerung (z.B. Verweigerung der Übernahme der schuldrechtlichen Verpflichtungen) Haegele, a.a.O., Rdn. 1788;

Im Übrigen hatte sich das BayObLG im Beschwerdeverfahren mit dem Vorgang zu befassen.

Nach Auffassung des BayObLG war die Eintragung des Erbbaurechts wegen inhaltlicher Unzulässigkeit insoweit ebenfalls von Amts wegen zu löschen, als die Zustimmungspflicht des Grundstückseigentümers zur Vermietung oder Verpachtung zum Inhalt des Erbbaurechts gemacht wurde. Eine teilweise Löschung wurde insoweit für zulässig erachtet.¹⁵⁷

Das BayObLG prüfte zunächst, ob es sich bei der Zustimmung zur Vermietung und Verpachtung um eine als Inhalt des Erbbaurechts eintragungsfähige Vereinbarung über die Verwendung des Bauwerks gemäß § 2 Nr. 1 ErbbauVO handeln könnte.

Das BayObLG führte aus, dass der Begriff „Verwendung des Bauwerks“ entsprechend dem Normzweck, insbesondere zur Förderung des sozialen Wohnungsbaus, weit auszulegen sei. Der Begriff „Verwendung des Bauwerks“ decke Vereinbarungen, die die tatsächliche Nutzungsart des Bauwerks betreffen. Insbesondere seien allgemeine Vereinbarungen über die Verwendungsart des Bauwerks in wirtschaftlicher Hinsicht (z.B. zu Wohn- oder Gewerbebezwecken) oder allgemeine Vereinbarungen mit sozialen Zielvorstellungen (z.B. Verwendung für sozial minder bemittelte Personen, kinderreiche Familien, Flüchtlinge, Einheimischenmodell) zulässig.¹⁵⁸

Jedoch könne zum dinglichen Inhalt des Erbbaurechts nicht ein Mitspracherecht des Eigentümers im Einzelfall, wie hier die Zustimmung des Grundstückseigentümers für den Abschluss eines jeden konkreten Mietvertrags, gemacht werden. Eine solche Vereinbarung sei nur mit schuldrechtlicher Wirkung möglich.¹⁵⁹ Auch bei weiter Auslegung des Begriffs „Verwendung des Bauwerks“ würde es dem Wortlaut und dem Sinn der Vorschrift widersprechen, wenn eine Abrede über ein generelles Mitspracherecht des Grundstückseigentümers beim Abschluss eines jeden Miet- oder Pachtvertrags zum eintragungsfähigen Inhalt des Erbbaurechts gemacht werden könnte.¹⁶⁰

Demgegenüber erachtete das BayObLG die Vereinbarungen des Grundstückseigentümers und des Erbbauberechtigten über die Zustimmung zu baulichen Veränderungen sowie zum Abbruch bestehender Gebäude als Inhalt des dinglichen Rechts gemäß § 2 Nr. 1 ErbbauVO für zulässig.

Nach Auffassung des BayObLG war nur der Vermerk im Bestandsverzeichnis über die Zustimmungspflicht bei Vermietung oder Verpachtung zu löschen. Das BayObLG sah keine inhaltliche Unzulässigkeit der Eintragung darin, dass der Inhalt des Erbbaurechts im Bestandsverzeichnis des Grundbuchs zum Teil ausdrücklich eingetragen war (jetzt noch: „... wesentlichen Veränderungen oder Abbruch von Gebäulichkeiten“), im Übrigen aber auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werde.¹⁶¹ Die Zulässigkeit einer solchen Mischform der Eintragung ergebe sich bereits aus § 56 Abs. 2 GBV. Danach sei bei Eintragung des Inhalts des Erbbau-

¹⁵⁷BayObLG Rpfleger 2002, 140 = DNotZ 2002, 294; Demharter, a.a.O., § 53, Rdn. 58;

¹⁵⁸BayObLG Rpfleger 2002, 140 = DNotZ 2002, 294; Ingenstau/Hustedt, a.a.O., § 2 Rdn. 19; Münchener Kommentar, v. Oefele, a.a.O., § 2 Rdn. 16; v. Oefele/Winkler, a.a.O., Rdn. 4.45;

¹⁵⁹BayObLG Rpfleger 2002, 140 = DNotZ 2002, 294; Ingenstau/Hustedt, a.a.O., § 2 Rdn. 19; Münchener Kommentar, v. Oefele, a.a.O., § 2 Rdn. 16; v. Oefele/Winkler, a.a.O., Rdn. 4.45; Wufka MittBayNot 1989, 13 f.; offengelassen BGH DNotZ 1968, 302; a.A. Weitnauer DNotZ 1968, 303; Palandt/Bassenge, 64. Aufl., § 2 ErbbauVO, Rdn. 2; RGRK/Räflé 12. Aufl. § 2 ErbbauVO Rdn. 12; Böttcher Rpfleger 2004, 21;

¹⁶⁰BayObLG Rpfleger 2002, 140 = DNotZ 2002, 294;

¹⁶¹vgl. zur Bezugnahme auch oben II, 3.

rechts die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung zulässig; jedoch seien Beschränkungen des Erbbaurechts durch Bedingungen, Befristungen oder Verfügungsbeschränkungen im Sinn des § 5 ErbbauVO ausdrücklich einzutragen. Es sei zwar richtig, dass es bezüglich der Zustimmungsbefähigung bei wesentlichen Veränderungen oder beim Abbruch des Bauwerks einer ausdrücklichen Eintragung im Bestandsverzeichnis des Grundbuchs nicht bedurft habe und die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung genügt hätte (vgl. § 14 Abs. 1 Satz 3 ErbbauVO, § 56 Abs. 2 GBV). Die hier gewählte Form der Eintragung führe aber nicht zur inhaltlichen Unzulässigkeit der Eintragung. Hierfür sei allein maßgeblich, ob die Eintragung einen Rechtszustand oder -vorgang verlautbare, den es nicht geben könne, ob also eine Eintragung mit dem ihr zu entnehmenden Inhalt rechtlich überhaupt ausgeschlossen sei und deshalb ein Recht nicht begründen könne.¹⁶²

9. Der Rangvorbehalt gemäß § 9 Abs. 3 Satz 1 Ziffer 2 ErbbauVO.

Zustimmung zur Belastung?

Fall: Zustimmung bei Ausnutzung des Rangvorbehalts

Im Erbbaurechtsvertrag wurde vereinbart, dass es zur Belastung mit Grundpfandrechten der Zustimmung des Grundstückseigentümers bedarf (§ 5 ErbbauVO). Entsprechender Eintrag (vgl. § 56 Abs. 2 GBV) im Grundbuch ist ebenfalls erfolgt.

Ferner wurden ein versteigerungsfester Erbbauzins gemäß § 9 Abs. 3 Satz 1 Ziffer 1 ErbbauVO sowie ein Rangvorbehalt gemäß § 9 Abs. 3 Satz 1 Ziffer 2 ErbbauVO als Inhalt des Erbbauzinses vereinbart und im Grundbuch eingetragen.

Der Erbbauberechtigte bestellt nunmehr ein Grundpfandrecht unter Ausnutzung des Rangvorbehalts. Das Grundbuchamt ist der Auffassung, es sei trotz des Rangvorbehalts zusätzlich die Zustimmung des Grundstückseigentümers erforderlich. Zu Recht?

Nach überwiegender Auffassung wird vertreten, dass im Hinblick auf einen bei einer Erbbauzinsreallast eingetragenen Rangvorbehalt nach § 9 Abs. 3 Satz 1 Ziffer 2 ErbbauVO, für die diesem Rangvorbehalt entsprechende Grundpfandrechtbestellung die sonst notwendige Belastungszustimmung entbehrlich sei. Im Einverständnis zur vorrangigen Belastung liege auch das Einverständnis zur Belastung als solcher. Die Einräumung eines Rangvorbehalts gebe keinen Sinn, wenn eine nochmalige Zustimmung erforderlich sei.¹⁶³

Demgegenüber vertritt Eichel¹⁶⁴ mit beachtenswerten Argumenten die Auffassung, dass es sich bei dem Rangvorbehalt und der Eigentümerzustimmung um zwei völlig unterschiedliche Regelungsbereiche handle. In § 9 Abs. 3 ErbbauVO gehe es nur um den Rang der Erbbauzinsreallast sowie darum, diese vollstreckungsfest machen zu können. Die §§ 5 – 7 ErbbauVO bezweckten demgegenüber den Schutz des Grundstückseigentümers vor vertragswidrigen und übermäßigen Belastungen des Erbbaurechts.

Diese Auffassung ist zutreffend. Anders als bei einem üblichen Grundeigentum ist beim Erbbaurecht gerade zusätzlich die Bestimmung des § 5 ErbbauVO vom Gesetzgeber vorgesehen und damit auch zu beachten, falls eine entsprechende Eigentümerzustimmung neben dem Rangvorbehalt vereinbart ist. Eine andere Auslegung würde zahlreiche schützenswerte Interessen des Grundstückseigentümers unberücksichtigt lassen, insbesondere die Tatsache, dass beim Heimfall Grundpfandrechte bestehen bleiben und es sogar zu einer gesetzlichen Schuldübernahme der gesicherten Schulden kommt (§ 33 ErbbauVO). Dem Grundstückseigentümer muss die Möglichkeit gegeben bleiben, jeweils eine Prüfung anzustellen, ob die Belastung noch im Rahmen einer ordnungsgemäßen Bewirtschaftung liegt (§ 7 Abs. 2 ErbbauVO). So ist in der Regel nur eine Belastung bis zu 66 % des Wertes zulässig¹⁶⁵, was bei den sich ständig ändernden Grundstückswerten ebenfalls einer stetigen Überprüfung bedarf.

Den Beteiligten bleibt es im Übrigen unbenommen, hierzu etwas anderes zu vereinbaren, insbesondere klarzustellen, ob die Gläubigerzustimmung bei Ausnutzung des Rangvorbehalts erforderlich oder entbehrlich ist. Auf Grund der unklaren Rechtslage empfiehlt sich auf jeden Fall, insoweit eine Regelung im Erbbaurechtsvertrag zu treffen.

10. Die Schlaumeierformulierung

Fall: Die Eintragung als Inhalt des Erbbaurechts wird nur insoweit beantragt, als dies gesetzlich zulässig ist. Ist der Notar durch eine solche Regelung der Verpflichtung entbunden, im Rahmen der Eintragungsanträge zwischen zulässigem Inhalt und nicht zulässigem Inhalt des Erbbaurechts zu unterscheiden? Kann das Grundbuchamt entsprechende Eintragung im Wege der Bezugnahme vornehmen, da nur solche Regelungen Inhalt des Erbbaurechts würden, die gesetzlich zulässig sind?

Eine solche Auslegung und Verfahrensweise widerspricht dem – das Sachenrecht und das Grundbuchverfahren beherrschenden – Bestimmtheitsgrundsatz. Der Vertragsurkunde, die durch Bezugnahme zum Inhalt des Grundbuchs würde, wäre selbst für den aufmerksamen Leser nicht zu entnehmen, welche Fälle als Inhalt des Erbbaurechts (mit Wirkung für jegliche Rechtsnachfolger) und welche nur schuldrechtlich vereinbart sind.¹⁶⁶

Ein Antrag, das vereinbarte Erbbaurecht nur mit dem „gesetzlichen Inhalt und vertraglichen Inhalt“ einzutragen, entspricht folglich nicht dem Bestimmtheitsgrundsatz, wenn der Erbbaurechtsvertrag auch Vereinbarungen rein schuldrechtlicher Natur enthält. Das Grundbuchamt kann daher einen entsprechenden unbestimmt gestellten Eintragungsantrag zurückweisen.¹⁶⁷ Der Bestimmtheitsgrundsatz erfordert, dass klar abgegrenzt wird, was dinglicher Inhalt des Erbbaurechts ist.¹⁶⁸

¹⁶²BayObLG Rpfleger 2002, 140 = DNotZ 2002, 294;

¹⁶³Haegel, a.a.O., Rdn. 2873; Weber Rpfleger 1998, 5, 7; Böttcher, Praktische Fragen des Erbbaurechts, 4. Aufl. 2002, Rdn. 377 b; a.A.: Eichel RNotZ 2001, 535, 537; Eichel DNotZ 2004, 77, 78; Eichel RNotZ 2003, 85, 86;

¹⁶⁴Eichel RNotZ 2001, 535, 537; Eichel DNotZ 2004, 77, 78; Eichel RNotZ 2003, 85, 86;

¹⁶⁵LG München I Rpfleger 2003, 242; LG Köln Rpfleger 2000, 11; BayObLG Rpfleger 1989, 97 = DNotZ 1989, 368;

¹⁶⁶BayObLG MittBayNot 1992, 45 = Rpfleger 1991, 303 = NJW-RR 1991, 718;

¹⁶⁷BayObLG MittBayNot 1992, 197, 198; Ingenstau/Hustedt, a.a.O., § 5 Rdn. 3;

¹⁶⁸Münchener Kommentar, v. Oefele, a.a.O., § 11 Rdn. 10;

Wichtige Gesetzestexte:**ZVG § 52**

- (1) Ein Recht bleibt insoweit bestehen, als es bei der Feststellung des geringsten Gebots berücksichtigt und nicht durch Zahlung zu decken ist. Im Übrigen erlöschen die Rechte.
- (2) Das Recht auf eine der in den §§ 912 bis 917 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bezeichneten Renten bleibt auch dann bestehen, wenn es bei der Feststellung des geringsten Gebots nicht berücksichtigt ist. Satz 1 ist entsprechend auf den Erbbauzins anzuwenden, wenn nach § 9 Abs. 3 der Verordnung über das Erbbaurecht das Bestehenbleiben des Erbbauzinses als Inhalt der Reallast vereinbart worden ist.

GBVfg § 56

- (1) Im Bestandsverzeichnis sind in dem durch die Spalten 2 bis 4 gebildeten Raum einzutragen:
 - a) die Bezeichnung „Erbbaurecht“ sowie die Bezeichnung des belasteten Grundstücks, wobei der Inhalt der Spalten 3 und 4 des Bestandsverzeichnisses des belasteten Grundstücks in die Spalten 3 und 4 des Erbbaugrundbuchs zu übernehmen ist;
 - b) der Inhalt des Erbbaurechts;

- c) im unmittelbaren Anschluß an die Eintragung unter Buchstabe b der Eigentümer des belasteten Grundstücks;
- d) Veränderungen der unter den Buchstaben a bis c genannten Vermerke.
- (2) Bei Eintragung des Inhalts des Erbbaurechts (Absatz 1 Buchstabe b) ist die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung zulässig; jedoch sind Beschränkungen des Erbbaurechts durch Bedingungen, Befristungen oder Verfügungsbeschränkungen (§ 5 der Erbbaurechtsverordnung) ausdrücklich einzutragen.
- (3) In der Spalte 1 ist die laufende Nummer der Eintragung anzugeben.
- (4) In der Spalte 6 sind die Vermerke über die Berichtigungen des Bestandes des belasteten Grundstücks, die auf dem Blatt dieses Grundstücks zur Eintragung gelangen (§ 6 Abs. 6 Buchstabe e), einzutragen. In der Spalte 5 ist hierbei auf die laufende Nummer hinzuweisen, unter der die Berichtigung in den Spalten 3 und 4 eingetragen wird.
- (5) Verliert durch die Eintragung einer Veränderung nach ihrem aus dem Grundbuch ersichtlichen Inhalt ein früherer Vermerk ganz oder teilweise seine Bedeutung, so ist er insoweit rot zu unterstreichen.
- (6) Die Löschung des Erbbaurechts ist in der Spalte 8 zu vermerken.

Rechtsprechung

WEG § 16; WEG § 28

Im Verhältnis zu den übrigen Wohnungseigentümern trifft die Zahlungspflicht für eine vor Eigentumswechsel beschlossene, aber erst danach fällige Sonderumlage nicht den bisherigen, sondern den neuen Wohnungseigentümer.

OLG Karlsruhe 14 Wx 82/03, Beschl. von 17.11.2004

Aus den Gründen:

I.

Die Antragstellerin ist die Verwalterin der Wohnanlage „R-Str. 1“ in L. Sie ist aufgrund des Verwaltervertrags berechtigt, die Eigentümergeinschaft im Außenverhältnis auch gerichtlich zu vertreten und Ansprüche der Gemeinschaft gegenüber einzelnen Wohnungseigentümern auch im eigenen Namen gerichtlich geltend zu machen.

Die Antragsgegner sind Eigentümer der in der Wohnanlage gelegenen Wohnung Nr. 28 mit einer Fläche von 121,40 qm und Miteigentümer zu 180/10000. Sie haben die Wohnung vom Voreigentümer – dem Streithelfer – mit notariellem Kaufvertrag vom 30.08.1999 gekauft. Am 15.10.1999 wurden sie als Eigentümer im Grundbuch eingetragen.

In der Wohnungseigentümersammlung vom 26.07.1999 wurde zur Finanzierung einer anstehenden Betonsanierungsmaßnahme eine nach Miteigentumsanteilen auf die Wohnungseigentümer umzulegende und zum 30.09.2000 fällige Sonderumlage von 2,4 Mio. DM beschlossen. Der auf die Wohnung der Antragsgegner entfallende Anteil beläuft sich danach auf 43.200,00 DM = 20.087,81 Euro.

Nach erfolgloser Zahlungsaufforderung hat die Antragstellerin als Verwalterin der Wohnanlage im eigenen Namen beim Amtsgericht Antragsgegnern Zahlung des auf ihre Wohnung entfallenden Anteils der Sonderumlage verlangt. Die An-

tragsgegner sind dem mit der Begründung entgegengetreten, sie seien bei der Fassung des Beschlusses vom 26.07.1999 noch nicht Wohnungseigentümer gewesen. Bei Abschluss des notariellen Kaufvertrags vom 30.08.1999 seien sie über den Umlagebeschluss nicht aufgeklärt worden.

Das Amtsgericht hat die Antragsgegner als Gesamtschuldner verpflichtet, an die Antragstellerin 22.087,81 Euro nebst Zinsen zu bezahlen. Die sofortige Beschwerde der Antragsgegner blieb erfolglos.

Gegen die Entscheidung des Landgerichts haben die Antragsteller sofortige weitere Beschwerde eingelegt, mit der sie ihre früheren auf Zurückweisung des Zahlungsantrags gerichteten Anträge weiterverfolgen.

II.

Das gemäß § 45 Abs. 1 WEG statthafte und auch sonst zulässige (§§ 22 Abs. 1, 29 FG) Rechtsmittel hat in der Sache keinen Erfolg. Die Entscheidung beruht nicht auf einer Verletzung gesetzlicher Vorschriften (§ 27 Abs. 1 FG i.V.m. §§ 546, 547 ZPO).

1.

Das Landgericht hat ausgeführt, dass sich die Verpflichtung der Antragsgegner zur Zahlung des ihrem Anteil am Gemeinschaftseigentum entsprechenden Umlageanteils aus § 16 Abs. 2 WEG i.V.m. mit dem Beschluss der Wohnungseigentümer vom 26.07.1999 ergebe. Dass sie damals noch nicht Eigentümer der Wohnung gewesen seien, ändere daran nichts, denn maßgeblich für die Verpflichtung zur Beitragszahlung sei die Eigentümerstellung zum Zeitpunkt der Fälligkeit.

2.

Dies ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Das dagegen gerichtete Vorbringen der Antragsgegner greift nicht durch.

a)

§ 16 Abs. 2 WEG bestimmt, dass jeder Wohnungseigentümer den anderen Wohnungseigentümern gegenüber verpflichtet ist, unter anderem die Lasten des gemeinschaftlichen Eigentums sowie die Kosten der Instandhaltung und Instandsetzung des gemeinschaftlichen Eigentums nach dem Verhältnis seines Anteils zu tragen. Verpflichtet ist danach, wer als Wohnungseigentümer im Grundbuch eingetragen ist und damit rechtlich der Wohnungseigentümergeinschaft angehört (BGHZ 87, S. 138 ff., 141 ff.; OLG Karlsruhe, NJW-RR 1987, S. 1354 f.). Eine gesetzliche Haftung des neuen Wohnungseigentümers für diesbezügliche Verbindlichkeiten seines Rechtsvorgängers besteht dabei nicht (OLG Hamm NJW-RR 1996, S. 911 f. m.w.N.).

b)

Maßgeblich dafür, ob eine Hausgeldschuld – hier: die Verpflichtung zur Zahlung einer Sonderumlage – im Verhältnis zu den übrigen Wohnungseigentümern den ausgeschiedenen oder aber den neuen Eigentümer trifft, ist der Zeitpunkt ihrer Fälligkeit.

aa)

Die Pflicht zur Zahlung einer Sonderumlage entsteht durch einen – der Sache nach den Wirtschaftsplan (§ 28 WEG) für das Jahr 2000 ergänzenden – Beschluss der Wohnungseigentümer, durch den die Beitragspflicht nach § 16 Abs. 2 WEG konkretisiert wird (vgl. BGHZ 104, S. 197 ff., 201 f.). Wird die Leistung mit Beschlussfassung fällig, so ist die Zahlungspflicht an die zu diesem Zeitpunkt gegebene Eigentümererstellung geknüpft (BGHZ 104, S. 197 ff.).

bb)

Ist der Sonderumlagebeschluss – wie hier – noch vor dem Eigentümerwechsel gefasst worden, die Fälligkeit dabei aber auf einen späteren Zeitpunkt vorgenommen worden, so trifft die Zahlungspflicht den neuen Eigentümer, hier also die Antragsgegner. Dies hat das Landgericht in Übereinstimmung mit der obergerichtlichen Rechtsprechung (OLG Karlsruhe, NJW-RR 1987, S. 1354 ff.; OLG Hamm, NJW-RR 1996, S. 911 f.; OLG Köln, NZM 2002, S. 351 f.) und der weit überwiegenden Literaturmeinung (aus neuerer Zeit etwa Weitnauer/Gottschalg, WEG, 9. Aufl. 2005, Rdn. 50 zu § 16; Palandt/Bassenge, BGB, 63. Aufl. 2004, Rdn. 32 zu § 16 WEG; Niederführ/Schulze, WEG, 6. Aufl. 2002, Rdn. 66 zu § 16; jedenfalls im Ergebnis ebenso Bärmann/Pick/Merle, WEG, 9. Aufl. 2003, Rdn. 104 zu § 16 – alle m.w.N.) zutreffend entschieden. Der Senat schließt sich dem an:

Schon sprachliche Gründe legen es nahe, bei einem Eigentumswechsel die Schuldnerstellung an die Eigentümerstellung zum Zeitpunkt der Fälligkeit zu binden. Die Nichtzahlung auf einen noch nicht fälligen und damit noch nicht durchsetzbaren Anspruch kann nach dem Wortsinn keinen Zahlungsrückstand des Veräußerers – für den der Erwerber dann nicht zu haften hätte – begründen (OLG Karlsruhe, NJW-RR 1987, S. 1354 ff., 1355).

Die Anknüpfung an die Eigentümerstellung zum Zeitpunkt der Fälligkeit entspricht zudem sonst vom Gesetz getroffenen Regelungen zur Lastenverteilung, bei denen jeweils auf die Fälligkeit abgestellt wird (vgl. etwa § 1108 BGB; weitere Beispiele bei Weitnauer/Gottschalg, a.a.O.).

Schließlich ist es auch interessengerecht, dem neuen Eigentümer die erst während seiner Zugehörigkeit fällig gewordene Sonderumlage aufzuerlegen. Im hier zu entscheidenden Fall

ziehen den Nutzen aus der mittels Umlage finanzierten Sanierungsmaßnahme nicht der bisherige Eigentümer, sondern die Antragsgegner als die neuen Eigentümer. Diese hatten im übrigen die Möglichkeit, sich vor Abschluss des notariellen Kaufvertrags über den Verwalter über die Beschlusslage zu informieren und diese in ihre Überlegungen zu ihrem Kaufentschluss einfließen zu lassen. Darauf, ob den Antragsgegnern gegen den Verkäufer der Wohnung zivilrechtliche Ausgleichsansprüche zustehen, kommt es im Verhältnis zu den übrigen Wohnungseigentümern nicht an.

Mitgeteilt von Richter am Oberlandesgericht Karlsruhe – Zivilsenate in Freiburg – Dr. Ernst-Friedrich Krauß

GBO §§ 35, 29

Zur Frage, wann ein Grundbuchamt bei Vorliegen eines notariellen Erbvertrages und Eintritt der Anwachsung an die eingesetzten Erben die Vorlage eines Erbscheins als Nachweis der Erbfolge zur Berichtigung des Grundbuchs nicht verlangen kann.

LG Stuttgart, Beschluss vom 21.04.2005 – 1 T 16/2005

Gründe:

I.

Der Antragsteller begehrt mit seinem Antrag die Berichtigung des Grundbuchs dahingehend, dass anstelle seines am ... verstorbenen Vaters R. (nachfolgend „Erblasser“), der zusammen mit seiner – noch lebenden – Mutter als jeweils hälftiger Eigentümer der verfahrensgegenständlichen Grundstücke im Grundbuch eingetragen ist, dessen Erben als Miteigentümer im Grundbuch eingetragen werden.

Als Erbnachweis hat der Antragsteller dem Grundbuchamt eine beglaubigte Abschrift des zwischen dem Erblasser und dessen Ehefrau errichteten notariell beurkundeten Erbvertrags und des nachlassgerichtlichen Eröffnungsprotokolls vorgelegt sowie eine Ausfertigung des von seinen Eltern in der Nachlasssache von deren vorverstorbenem Sohn G., dem Bruder des Antragstellers, gestellten Erbscheinsantrags samt darin enthaltener eidesstattlicher Versicherung vom ...

In § 2 des zuvor erwähnten Erbvertrags vom 2.11.1998 wurden die fünf Kinder des Erblassers, u.a. auch der Sohn G., zu je einem Fünftel zu Erben eingesetzt. § 2 des genannten Erbvertrags enthält folgende weitere Bestimmung:

„Ersatzerben sind je ihre Abkömmlinge nach gesetzlichen Regeln. Treten keine Abkömmlinge an die Stelle eines Weggefallenen, so findet Anwachsung statt.“

Der Sohn G. ist bereits vor dem Erblasser, am ..., verstorben und hat nach den Angaben des Antragstellers keine Abkömmlinge hinterlassen. Die Eltern haben in ihrem Erbscheinsantrag vom ... an Eides statt versichert, dass ihnen vom Vorhandensein einer Verfügung von Todes wegen und von Abkömmlingen des Sohnes G. nichts bekannt ist. Das Amtsgericht H. hat nach dem vorverstorbenen Sohn G. am ... unter dem Aktenzeichen ... einen Erbschein erteilt, wonach die Eltern je zur Hälfte dessen (gesetzliche) Erben wurden.

Eine Kopie dieses Erbscheins wurde im Beschwerdeverfahren vorgelegt.

Der Antragsteller hat beantragt, das Grundbuch in der Weise zu berichtigen, dass anstelle des Erblassers dessen noch lebende vier Kinder in Erbengemeinschaft eingetragen werden.

Das Grundbuchamt hat mit der angefochtenen Zwischenverfügung den Vollzug des Grundbuchberichtigungsantrags von der Vorlage eines Erbscheins nach dem Erblasser abhängig gemacht. Es vertritt die Ansicht, das Grundbuchamt könne nicht prüfen, ob der Sohn G. kinderlos verstorben und deshalb keine Ersatzerbfolge, sondern Anwachsung an die verbliebenen Kinder des Erblassers – wie vom Antragsteller behauptet – eingetreten sei. Die dafür erforderlichen Ermittlungen könne nur das Nachlassgericht anstellen, nicht aber das Grundbuchamt.

Der Antragsteller hat dagegen Beschwerde erhoben und verfolgt seinen Antrag auf Berichtigung des Grundbuchs auf die vier noch lebenden Kinder weiter mit der Begründung, ein Erbschein sei nicht erforderlich, weil das Grundbuchamt die eingetretene Veränderung in der erbvertraglich angeordneten Erbfolge selbstständig prüfen und beurteilen könne. Die vorgelegten beglaubigten Abschriften und die Ausfertigung des Erbscheinsantrags der Eltern samt deren eidesstattlicher Versicherung reichten gem. § 35 Abs. 1 S. 2 GBO als Erbnachweis aus.

Das Grundbuchamt hat der Beschwerde nicht abgeholfen, sondern die Sache der Kammer zur Entscheidung vorgelegt. Es hält an seiner in der Zwischenverfügung vertretenen Rechtsauffassung fest.

II.

Die Beschwerde ist gem. §§ 71 ff. GBO zulässig, sie hat in der Sache auch Erfolg.

Die Vorlage eines Erbscheins nach dem Erblasser ist nicht erforderlich, vielmehr reicht als Erbnachweis die Vorlage je einer beglaubigten Abschrift des Erbvertrags vom ..., der nachlassgerichtlichen Eröffnungsniederschrift, einer Ausfertigung der eidesstattlichen Versicherung der Eltern über das Nichtvorhandensein von Abkömmlingen des Sohnes G. und einer Ausfertigung des Erbscheins nach dem vorverstorbenen Sohn G. als Erbnachweis gem. §§ 35 Abs. 1 S. 2, 29 GBO aus.

Zutreffend führt das Grundbuchamt aus, dass es nicht verpflichtet und auch nicht berechtigt sei, tatsächliche Ermittlungen bezüglich des Vorhandenseins oder Nichtvorhandenseins von Abkömmlingen des Sohnes G. anzustellen, weil dies dem Nachlassgericht im Rahmen der Feststellung der Erbfolge zukomme.

Hier sind jedoch keine tatsächlichen Ermittlungen vorzunehmen, vielmehr sind lediglich Rechtsfragen und Urkunden zu überprüfen. Das dem Grundbuchrecht eigene streng formale reine Nachweisverfahren, wie es in § 29 GBO niedergelegt ist, ließe solche Sachverhaltsermittlungen im Grundsatz auch nicht zu.

Das Grundbuchamt ist jedoch verpflichtet, Rechtsfragen auf der Grundlage ihm vorgelegter Urkunden in eigener Zuständigkeit zu prüfen und zu beantworten (vgl. OLG Schleswig NJW-RR 1999, 1530 = Rpfleger 1999, 533; OLG Köln Rpfleger 2000, 157; BayObLG FGPrax 2000, 179 = ZEV 2000, 456 = BayObLGZ 2000 Nr. 34; insbesondere Kammerbeschluss vom 17.4.1967 – 1 T 1/1967 in BWN^{ot}Z 1967, 154).

Aus § 2 des Erbvertrags der Eltern des Antragstellers sind die auf den Tod des zuerst sterbenden Elternteils eingesetzten Erben namentlich zu entnehmen. Die Anwachsung des ursprünglich für den vorverstorbenen Sohn G. vorgesehenen Erbteils an die verbliebenen Kinder des Erblassers ist urkundlich nachgewiesen durch die im Erbvertrag getroffene Bestimmung über die Ersatzerbeinsetzung bzw. Anwachsung in Verbindung mit dem Erbschein nach dem vorverstor-

benen Sohn, der eidesstattlichen Versicherung über das Nichtvorhandensein von Abkömmlingen und der gesetzlichen Bestimmung des § 2094 BGB. Die Ausfertigung des Erbscheins nach dem Sohn G. und die Ausfertigung der eidesstattlichen Versicherung vom ... sind Urkunden im Sinne von § 29 GBO. Mit dem Erbvertrag ist nachgewiesen, dass bei Vorversterben eines eingesetzten Kindes dessen Abkömmlinge nach den Regeln des gesetzlichen Erbrechts an seine Stelle treten und bei Nichtvorhandensein von Abkömmlingen Anwachsung bei den eingesetzten verbliebenen Kindern eintritt; von der gesetzlichen Anwachsungsregel des § 2094 BGB ist der Erblasser nicht abgewichen.

Der Erbschein nach dem Sohn G. weist dessen Eltern als Erben aus. Damit und in Verbindung mit der eidesstattlichen Versicherung der Eltern ist die Frage, dass der Sohn keine Abkömmlinge hinterlassen hat, geklärt; denn Erben der zweiten Ordnung (§ 1925 BGB) können nur dann kraft Gesetzes zum Zuge kommen, wenn Abkömmlinge als potenzielle Erben der ersten Ordnung (§§ 1924, 1930 BGB) nicht vorhanden sind. Und das Nichtvorhandensein von Abkömmlingen des Sohnes G. hat das Nachlassgericht H. in einem Amtsverfahren geprüft (§ 2358 BGB), andernfalls hätte es den Erbschein auf der Grundlage gesetzlicher Erbfolge nicht erteilen dürfen (§ 2359 BGB). Dieser Erbschein hat nicht nur die Vermutung der Richtigkeit für sich (§ 2365 BGB), sondern entfaltet auch eine Rechtsscheinwirkung (§ 2366 BGB). Das Grundbuchamt kann seine Entscheidung bezüglich des gestellten Berichtigungsantrags darauf stützen.

Allerdings wäre es auch denkbar gewesen, dass etwaige Abkömmlinge des Sohnes G. die Erbschaft ausgeschlagen oder auf ihr Erbrecht verzichtet hätten. Auch in diesen Fällen wären anstelle der Erben der ersten Erbfolgeordnung die Erben der zweiten Ordnung zur Erbfolge gelangt (§§ 1953 Abs. 1, 2, 2346 Abs. 1 S. 2 BGB). Das Nichtvorhandensein von Abkömmlingen kann als sog. Negativtatsache jedoch nicht positiv bewiesen werden. Deshalb begnügt sich das Erbscheinsverfahren bezüglich solcher Tatsachen mit einer eidesstattlichen Versicherung gem. § 2356 Abs. 2 BGB des Inhalts, dass (hier) vom Vorhandensein von Abkömmlingen nichts bekannt ist. Die jüngere Rechtsprechung lässt auch im Grundbuchverfahren für Negativtatsachen eine solche eidesstattliche Versicherung genügen (OLG Schleswig NJW-RR 1999, 1530 = Rpfleger 1999, 533; BayObLG FGPrax 2000, 179 = ZEV 2000, 456 = BayObLGZ 2000 Nr. 34). Die Eltern des Sohnes G. haben im Erbscheinsverfahren eine solche eidesstattliche Versicherung abgegeben, sie liegt dem Grundbuchamt auch in Ausfertigung vor.

Demnach ergibt sich aus den vorgelegten Urkunden in Verbindung mit den einschlägigen gesetzlichen Vorschriften die vom Antragsteller begehrte Rechtsfolge, die Berichtigung des Grundbuchs auf die vier lebenden Kinder des Erblassers in Erbengemeinschaft als neue Eigentümer der auf den Erblasser eingetragenen Miteigentumsanteile an dessen Stelle verlangen zu können.

Das Grundbuchamt war aus den dargelegten Gründen anzuweisen, seine in der angegriffenen Zwischenverfügung geäußerte Rechtsauffassung, dass nur ein Erbschein nach dem Erblasser als Erbnachweis geeignet sei, zurückzustellen. Allerdings ist eine Ausfertigung des Erbscheins nach dem Sohn G. vorzulegen, weil nur die Ausfertigung im Rechtsverkehr die Urschrift ersetzt (entsprechend § 47 BeurkG) und so sicher gestellt ist, dass dieser Erbschein nicht etwa wegen Unrichtigkeit bereits wieder eingezogen worden ist (§ 2361 BGB).

Mitgeteilt von Vors. Richter am Landgericht Krug

Buchbesprechungen

Langenfeld/Gail, Handbuch der Familienunternehmen. Gesellschafts-, Steuer-, Güter- und Erbrecht der Einzelunternehmen und Familiengesellschaften mit Mustersammlung. Von Notar Prof. Dr. Gerrit Langenfeld und WP und StB Dipl.-Kfm. Prof. Dr. Winfried Gail, unter Mitarbeit von StB Dipl.-Kffr. Christiane Schubert. Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln 2005, Loseblattausgabe, Grundwerk, 8. Auflage mit Lfg. 31, 1.782 Seiten, DIN A 5, einschl. Ordner, 129,- Euro. Ergänzungslieferungen erscheinen ein- bis zweimal jährlich.

Die Neulieferung umfasst stattliche 318 Seiten und trägt einer Vielzahl von Neuerungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung Rechnung.

Die Aktualisierungen in Teil II (Steuerrecht der Familienunternehmen) ist von Steuerberater Dr. Michael Vituschek verfasst und enthält u.a. eine ausführliche Darstellung der Gründung einer Familienpersonengesellschaft. Verschiedene Gestaltungsvarianten und deren steuerliche Behandlung werden eingehend erörtert. Aus der Sicht des Notars ist diese Darstellung in besonderem Maße zu begrüßen, da sich in letzter Zeit die Anfragen der Kundschaft im Hinblick auf die Bildung von Familiengesellschaften häufen. Zahlreiche weitere Schwerpunkte aus dem Steuerrecht sind aktualisiert (z.B. einkommensteuerliche Verlustberücksichtigung – § 2 Abs. 3 EStG a.F., § 10 d EStG, die Einschränkungen beim Schuldzinsenabzug im Zusammenhang mit sog. Mehrkontenmodellen – § 4 Abs. 4a EStG, die abgestuften Prüfungs- und Publizitätspflichten bei Kapitalgesellschaften, usw.)

Teil IV des Werkes (Das Testament des Unternehmers) wurde von Notar Prof. Dr. Gerrit Langenfeld völlig neu verfasst. Der Leser findet hier – in der von Langenfeld bekannten prägnanten und gut verständlichen Darstellung – erschöpfende und detaillierte Erläuterungen zum Unternehmertestament, insbesondere zur Vererbung der Mitgliedschaft eines persönlich haftenden Gesellschafters, zur Gestaltung von Nachfolgeklauseln, zur schwierigen Frage der Testamentsvollstreckung an Gesellschaftsbeteiligungen, zur Abfindung und Versorgung des Ehegatten und sonstiger weichender Erben. Steuerliche Besonderheiten sind ebenfalls behandelt. Konkrete Vorschläge und Musterformulierungen runden die Ausführungen von Langenfeld ab.

Die Überarbeitung im Teil VII (Schenkungs- und Erbschaftsteuer des Unternehmers) von Steuerberaterin Dipl.-Kfm. Christiane Schubert muss auch weiterhin der großen Rechtsunsicherheit Rechnung tragen, die durch den derzeitigen Schwebezustand im Hinblick auf die immer noch nicht ergangene Entscheidung des BVerfG im Verfahren zur Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit des ErbStG entstanden ist. Für die notarielle Gestaltung in besonderem Maße von Bedeutung ist die ausführlich kommentierte neue BFH-Rechtsprechung zur Bewertung von Grundstücksvermächtnissen. In seinem Urt. v. 2.7.2004 – II R 9/02 – hält es der BFH für

möglich, dass Grundstücksvermächtnisse künftig nicht mehr mit dem Steuerwert, sondern mit dem gemeinen Wert des Grundstücks anzusetzen sind. Die Vertragsgestaltung wird sich vermehrt auf diese Rechtsprechungsänderung einstellen und alternative Gestaltungen in Erwägung ziehen müssen. Hervorzuheben sind weiterhin die Ausführungen zur Vereinbarkeit deutscher Erbschaftsteuervorschriften mit dem Gemeinschaftsrecht sowie das in der Praxis wichtige Gestaltungsinstrument der mittelbaren Grundstücksschenkung. Hier hat der BFH mit zwei neuen Entscheidungen Klarheit geschaffen, indem er die Voraussetzungen der zeitlichen Abfolge der mittelbaren Grundstücksschenkung präzisiert.

Es würde den Rahmen dieser Besprechung sprengen, wollte man die zahlreichen zivilrechtlichen und steuerrechtlichen Aspekte der Neulieferung weiter vertiefen. Insgesamt lässt sich sagen, dass den Autoren wiederum eine informationsreiche und lesenswerte Neulieferung gelungen ist, die dem hohen Stellenwert des Handbuchs in der Bibliothek des Rechtsberaters umfassend Rechnung trägt.

Notariatsdirektor Wolfgang Schmenger, Heidelberg

Dr. Stephan Hammer, **Elternvereinbarungen im Sorge- und Umgangsrecht**, 2004, Giesecking, Euro 74,00.

Die von Rainer Frank betreute Freiburger Dissertation befasst sich mit der Dogmatik sowie mit der Gestaltung von Elternvereinbarungen über die elterliche Sorge und den Umgang. Für die notarielle Praxis interessant sind Sorgevereinbarungen und Umgangsvereinbarungen bei Trennung und Scheidung.

Den dogmatischen Schwerpunkt der Darstellung bilden die Ausführungen zur Frage, ob und in welchem Umfang Elternvereinbarungen rechtlich verbindlich sind. Der Verfasser entwickelt hier ein „Bindungsmodell“, das soziale und rechtliche Verbindlichkeit und damit Praktikabilität für die Eltern, den zur Entscheidung angerufenen Richter und den Berater sicherstellen soll. Im abschließenden Kapitel werden praktische Lösungen für die verschiedenen Gestaltungsziele und typischen Gestaltungsprobleme entwickelt sowie entsprechende Mustervereinbarungen angeboten.

Die Ausrichtung an den Grundsätzen der Vertragsgestaltung nach Fallgruppen und Vereinbarungstypen verbindet der Verfasser mit der Ausrichtung an den Grundsätzen und Erfordernissen der Mediation. Dieser übergreifende Ansatz macht das Buch zu einer anregenden Lektüre. Seine Anschaffung lohnt sich aber schon allein wegen der vielen brauchbaren Formulierungsvorschläge für entsprechende Regelungen innerhalb der Getrenntlebens- und Scheidungsvereinbarung.

Notar a.D. Prof. Dr. Gerrit Langenfeld

Impressum

Herausgeber: Württembergischer Notarverein e. V., Stuttgart in Verbindung mit dem Badischen Notarverein e. V., Karlsruhe.

Schriftleiter: Achim Falk, Notar, Kronenstraße 34, 70174 Stuttgart (Tel. 0711/2 25 86 50), verantwortlich für Gesamtbereich ohne Sparte Rechtsprechung und Dr. Jürgen Rastätter, Notar, Kaiserstraße 184, Notariat 1 Karlsruhe, 76133 Karlsruhe (Tel. 0721/9 26 0), 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. 0711/2 23 79 51,

Fax 07 11/2 23 79 56, E-mail: wuertt.NotV@t-online.de) zu richten. Der Bezugspreis beträgt jährlich € 45,- einschließlich USt und Versandkosten und wird am 31. 5. des Bezugsjahres in Rechnung gestellt; Einzelhefte € 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.

Herstellung: BRÄUER GmbH Druckerei und Verlag, Otto-Hahn-Str. 19, 73235 Weilheim (Tel. 07023-90044-0, Fax 07023-90044-22).