

**Gutachten des Deutschen Notarinstituts**

**Abruf-Nr.: 152581**

**letzte Aktualisierung: 13. Februar 2017**

**Erbbaurecht §§ 1 Abs. 4, 27**

**Optionsrecht auf Verlängerung des Erbbaurechts als dinglicher Inhalt des Erbbaurechts**

**I. Sachverhalt**

Es besteht ein Erbbaurecht, das bis zum Ablauf des 31.5.2015 befristet war. Im Erbbaurechtsvertrag wurde „als Inhalt des Erbbaurechts“ vereinbart, dass der Erbbauberechtigte befugt ist, innerhalb einer Frist von drei Monaten vor Ablauf des Erbbaurechts dessen Verlängerung um fünf Jahre zu verlangen. Der Erbbauberechtigte hat diese Verlängerungsoption durch privatschriftliche Erklärung fristgemäß ausgeübt.

Das Erbbaugrundstück ist in Abt. II mit einer Dienstbarkeit belastet. Die Dienstbarkeit war zum Zeitpunkt der Bestellung des Erbbaurechts bereits im Grundbuch eingetragen; der Berechtigte trat seinerzeit mit der Dienstbarkeit im Rang hinter das Erbbaurecht zurück.

Grundstückseigentümer und Erbbauberechtigter wollen nun die Verlängerung des Erbbaurechts aufgrund der bereits ausgeübten Option notariell vereinbaren und im Grundbuch eintragen lassen. Es ist davon auszugehen, dass der Dienstbarkeitsberechtigte einer erneuten Eintragung des Erbbaurechts und – sofern zu dessen Verlängerung seine Zustimmung erforderlich wäre – einer Verlängerung des Erbbaurechts nicht zustimmen würde.

**II. Fragen**

1. Ist die Frage, ob das Optionsrecht auf Verlängerung dinglicher Inhalt des Erbbaurechts sein kann, durch die Rechtsprechung geklärt?
2. Für den Fall, dass das Optionsrecht dinglicher Inhalt des Erbbaurechts ist:
  - a) Ist die Verlängerung durch die fristgemäße Ausübung der Option bereits eingetreten mit der Folge, dass die notarielle Beurkundung der Verlängerung nur deklaratorischen Charakter hat und die Eintragung nur eine Grundbuchberichtigung darstellt?
  - b) Besteht die Gefahr, dass das Erbbaurecht trotz fristgerecht ausgeübter Option mangels notarieller Verlängerungsvereinbarung und Grundbucheintragung zum 31.5.2015 erloschen ist, mit der Folge, dass die Verlängerungsvereinbarung materiell-rechtlich eine Neubestellung darstellt.

- c) Ist in den Fällen a) bzw. b) eine erneute Zustimmung des Dienstbarkeitsberechtigten zur Eintragung der Verlängerung erforderlich?
3. Was ändert sich an der Beurteilung der in Ziffer 2. a) bis c) gestellten Fragen, wenn das Optionsrecht nicht Inhalt des Erbbaurechts ist?

### III. Zur Rechtslage

#### 1. Optionsrecht auf Verlängerung des Erbbaurechts als dinglicher Inhalt des Erbbaurechts?

Ob eine derartige Verlängerungsklausel bei einem Erbbaurecht unmittelbar dingliche Wirkung hat, sodass es automatisch zu einer Verlängerung des Erbbaurechts kommt oder, ob eine solche Klausel lediglich einen schuldrechtlichen Anspruch auf Verlängerung des Erbbaurechts begründet, ist ungeklärt.

Soweit sich die Literatur mit der von *König* (MittRhNotK 1989, 261, 262 f.) vertretenen Auffassung auseinandersetzt, wonach eine Vereinbarung zulässig ist, dass sich das Erbbaurecht automatisch-dinglich um eine genau festgelegte Frist verlängert, wenn der Erbbauberechtigte dies bis zu einer gewissen Zeit vor Ablauf des Erbbaurechts verlangt, lehnt sie eine Gestaltung, wonach eine einseitige Verlängerungsoption des Erbbauberechtigten Inhalt des Erbbaurechts ist, als mit § 1 Abs. 4 ErbbauRG unvereinbar ab.

*Winkler/Schlögel* (in: von Oefele/Winkler, Handbuch des Erbbaurechts, 6. Aufl. 2016, § 2 Rn. 143) begründen dies damit, dass es sich in diesem Fall – anders als in der Entscheidung des BGH vom 14.7.1969 (= NJW 1969, 2043, 2046 = DNotZ 1970, 32, 35) – gerade nicht mehr um eine automatische Verlängerung handle und überdies ein dingliches Verlängerungsrecht für den Erbbauberechtigten im Gesetz nicht vorgesehen sei. Für den Grundstückseigentümer sei dies nur im Fall des § 27 Abs. 3 ErbbauRG geregelt. Gleichermaßen führt *Heinemann* (in: MünchKommBGB, 7. Aufl. 2017, § 1 Rn. 71) aus, dass es sich – im Unterschied zu dem vom BGH entschiedenen Fall (BGH NJW 1969, 2043, 2046) – nicht mehr um eine zulässige aufschiebende Bedingung handle, sondern um ein Gestaltungsrecht. *Winkler/Schlögel* (in: von Oefele/Winkler, § 2 Rn. 143) weisen jedoch darauf hin, dass dies von einem (zulässigen) Anspruch auf Verlängerung des Erbbaurechts, der durch Vormerkung im Grundbuch gesichert werden könne, zu unterscheiden sei (von Oefele/Winkler, Rn. 5.152).

Nach dem Gebot des sichersten Weges ist u. E. daher davon auszugehen, dass das Optionsrecht auf Verlängerung des Erbbaurechts nicht dinglicher Inhalt des Erbbaurechts sein kann.

#### 2. Folgen einer fristgemäßen Ausübung des Optionsrechts

- a) Von Gesetzes wegen kennt das deutsche Recht keine zeitliche Begrenzung des Erbbaurechts, lässt aber eine solche zeitliche Begrenzung hinsichtlich eines Endtermines durch die Parteien zu. Von dieser Möglichkeit wird auch überwiegend Gebrauch gemacht, so dass das zeitlich befristete Erbbaurecht den Regelfall bilden dürfte (vgl. v. Oefele/Winkler, § 2 Rn. 141; MünchKommBGB/Heinemann, § 1 ErbbauRG Rn. 70).

Der Regelung des § 27 Abs. 1 ErbbauRG ist zu entnehmen, dass bei Zeitablauf das Erbbaurecht automatisch erlischt.

Soll – vor Eintritt des Erlöschungszeitpunktes – das Erbbaurecht verlängert werden, so handelt es sich um eine Inhaltsänderung des Rechtes (BayObLG, Beschl. v. 22.12.1959, NJW 1960, 1155 ff.). Notwendig ist für eine derartige Verlängerung des Erbbaurechtes daher eine Einigung von Grundstückseigentümer und Erbbauberechtigtem über die Verlängerung des Erbbaurechtes und die Eintragung der Verlängerung in das Grundbuch, ggf. eine Zustimmung der dinglich Berechtigten am Erbbaurechtsgrundstück, nicht jedoch der am Erbbaurecht dinglich Berechtigten, weil ihre Rechtstellung materiellrechtlich nicht beeinträchtigt wird (vgl. hierzu Soergel/Stürner, BGB, 13. Aufl. 2006, § 27 ErbbauVO Rn. 3; MünchKommBGB/von Oefele/Heinemann, ErbbauRG, § 27 Rn. 10). Die Zustimmung dinglich Berechtigter ist zwar nur dann erforderlich, wenn ihre Rechtstellung durch die Inhaltsänderung verschlechtert wird. Da die erste Rangstelle des Erbbaurechtes jedoch nicht abgeändert werden kann, macht eine Verweigerung der Zustimmung nachrangig dinglich Berechtigter die Inhaltserweiterung (i. S. e. Verlängerung des Erbbaurechtes) unmöglich (vgl. BayObLG NJW 1960, 1155, 156 f.)

- b) Da die Dauer des Erbbaurechtes bei einem befristeten Erbbaurecht zum Erbbaurechtsinhalt gehört, muss sich eine Verlängerung des Erbbaurechtes aus dem Grundbuch ergeben. Nachdem eine solche Eintragung im vorliegenden Fall bislang nicht erfolgte, ist davon auszugehen, dass die im Grundbuch enthaltene Bestimmung Gültigkeit beansprucht, dass das Erbbaurecht mit Ablauf des 31.05.2015 erloschen ist (vgl. hierzu auch OLG Celle, Beschluss vom 30.6.1997, BeckRS 2014, 05969).
- aa) Diese Überlegungen werden bestätigt durch die ganz herrschende Rechtsprechung und Literaturauffassung im Bereich der Verlängerung eines Erbbaurechtes nach § 27 Abs. 3 ErbbauRG: Im Zusammenhang mit dieser Vorschrift ist anerkannt, dass eine Verlängerung nur dann wirksam ist, wenn nicht nur das Verlängerungsverlangen vor Ablauf des Erbbaurechtes gestellt wurde, sondern auch die Verlängerung vor Ablauf des Erbbaurechtes im Grundbuch eingetragen ist (vgl. BGH-Urteil v. 3.10.1980, NJW 1981, 1045 ff., Ingenstau/Hustedt, ErbbauRG, 10. Aufl. 2014, § 27 Rn. 29; BeckOK-BGB/Maaß, ErbbauRG, Stand: 1.11.2016, § 27 Rn. 7).
- bb) Zwar könnten aus dem Urteil des BGH aus dem Jahr 1969 (BGH, Urt. v. 14.7.1969, NJW 1969, 2043, 2046) hiergegen Bedenken erhoben werden, weil der BGH zum einen eine Vereinbarung für zulässig erachtet hatte, nach der sich ein Erbbaurecht automatisch um jeweils fünf Jahre verlängert, falls nicht Grundstückseigentümer oder Erbbauberechtigter vor Ablauf der Verlängerung widersprächen und zum anderen davon ausging, dass durch diese Regelung ein zeitlich unbefristetes Erbbaurecht geschaffen wurde.

Im Gegensatz zu dem vom BGH entschiedenen Fall, ist vorliegend jedoch kein Automatismus gegeben. Vielmehr beruht die Verlängerung auf einem Gestaltungsrecht eines der Beteiligten. Hinzu kommt, dass in einem solchen Fall gerade kein unbefristetes Erbbaurecht mehr vorliegt, sondern ein befristetes, das lediglich verlängert werden kann. Dies bedeutet aber einen erheblichen konstruktiven Unterschied, da bei einem befristeten Erbbaurecht immer die Vorschrift des § 27 Abs. 1 ErbbauRG im Hintergrund steht, also ein Erlöschen des Erbbaurechtes durch Zeitablauf droht.

Infolgedessen hätte der Erbbauberechtigte nach unserer Auffassung zur „wirksamen Durchsetzung“ der Verlängerungsoption nicht nur die Verlängerungsoption ziehen, sondern auch die Verlängerung des Erbbaurechtes vor dem 1.6.2015 als Inhalts-

änderung des Erbbaurechtes mit dem Grundstückseigentümer vereinbaren und im Grundbuch zur Eintragung bringen müssen.

Da dies bislang offensichtlich nicht erfolgt ist, greift vorliegend die Befristung des Erbbaurechtes ein; mit Ablauf des 31.5.2015 ist daher das Erbbaurecht gem. § 27 Abs. 1 ErbbauRG nach unserer Auffassung erloschen.

- c) Folglich kommt nach unserer Auffassung zum jetzigen Zeitpunkt nur noch die Bestellung eines neuen Erbbaurechtes in Betracht. In diesem Sinne entschied auch das OLG Celle (BeckRS 2014, 05969), wonach eine notariell beurkundete Verlängerung des Erbbaurechtes bei bereits erfolgtem Erlöschen des Erbbaurechtes in die Vereinbarung eines neu einzutragenden Erbbaurechtes zu den gleichen wirtschaftlichen Konditionen umzu-deuten sei. Infolgedessen bedarf es hierzu der Zustimmung des Dienstbarkeitsinhabers in Form eines Rangrücktritts um dem Erbbaurecht ersten Rang zu gewähren.