

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

ErbbauRG §§ 5 Abs. 2, 7 Abs. 2, 33 Abs. 2 – Vermeidung der persönlichen Haftung des Grundstückseigentümers beim Heimfall

BGB §§ 712, 1809, 1813, 1852; HGB § 161 – GmbH & Co. KG: Austausch des Komplementärs; familiengerechtliche Genehmigung bei der Änderung des Gesellschaftsvertrags; Begriff des Erwerbsgeschäfts

Literaturhinweise

Hinweis

Der DNotI-Report jetzt auch als Podcast!

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

ErbbauRG §§ 5 Abs. 2, 7 Abs. 2, 33 Abs. 2 Vermeidung der persönlichen Haftung des Grundstückseigentümers beim Heimfall

I. Sachverhalt

E will ein Erbbaurecht an seinem Grundstück für C bestellen. C beabsichtigt, das Erbbaurecht zur Absicherung eines größeren Kredits mit einer Grundschuld zu belasten, wobei die Mittel aus den gesicherten Krediten nicht unbedingt in das Erbbaurecht investiert werden sollen.

E möchte sicherstellen, dass ihn bei einem etwaigen Heimfall keine Haftung für auf dem Erbbaurecht grundpfandrechtlich gesicherte Forderungen trifft, die über die Heimfall-Vergütung hinausgeht. Daher soll der Erbbaurechtsvertrag eine Vereinbarung nach § 5

Abs. 2 ErbbauRG enthalten, wonach die Belastung des Erbbaurechts mit Grundpfandrechten der Zustimmung des Grundstückseigentümers bedarf. Angesichts der anstehenden Investitionen sollen E jedoch weitergehende Zustimmungspflichten treffen, als dies § 7 Abs. 2 ErbbauRG vorsieht. E ist hierzu grundsätzlich bereit, will sich jedoch, wie oben beschrieben, vor der persönlichen Haftung für den Fall des Heimfallanspruchs absichern.

II. Frage

Kann im schuldrechtlichen Teil des Erbbaurechtsvertrages vereinbart werden, dass E nur dann verpflichtet ist, der Belastung mit Grundpfandrechten zuzustimmen, wenn

- a) der Grundpfandrechtsgläubiger sich gegenüber E verpflichtet, das Grundpfandrecht bei Heimfall löschen zu lassen, Zug um Zug gegen Zahlung eines Geldbetrages, welcher die Heimfall-Vergütung nicht übersteigt und
- b) diese Verpflichtung durch Eintragung einer Löschungsvormerkung beim Grundpfandrecht gem. § 883 BGB dinglich gesichert wird?

III. Zur Rechtslage

1. Problemaufriss

Der Heimfallanspruch ist ein **schuldrechtlicher Anspruch auf Übertragung des Erbbaurechts** (BGH NJW-RR 1990, 1095, 1095 f.; Grüneberg/Wicke, BGB, 83. Aufl. 2024, § 32 ErbbauRG Rn. 1). In der Folge wird der Grundstückseigentümer regelmäßig auch Erbbauberechtigter (vgl. § 889 BGB) und Eigentümer des Bauwerks (Grüneberg/Wicke, § 32 ErbbauRG Rn. 2). Wird von dem Heimfallrecht (das dinglicher Inhalt des Erbbaurechts sein kann, § 2 Nr. 4 ErbbauRG) Gebrauch gemacht, so ist seitens des Grundstückseigentümers gem. § 32 Abs. 1 S. 1 ErbbauRG grundsätzlich eine angemessene Vergütung für das Erbbaurecht zu bezahlen. Am Erbbaurecht lastende Grundpfandrechte Dritter bleiben bestehen (§ 33 Abs. 1 ErbbauRG, dingliche Haftung).

Zusätzlich übernimmt der Grundstückseigentümer gem. § 33 Abs. 2 ErbbauRG auch persönlich die mit dem Pfandrecht gesicherten Verbindlichkeiten, sofern der Erbbauberechtigte selbst persönlich haftet (vgl. Dieckmann, BWNotZ 2021, 350, 352). Es handelt sich um einen gesetzlichen Fall der **Schuldübernahme** (dazu näher Winkler/Schlögel, Handbuch Erbbaurecht, 7. Aufl. 2021, § 4 Rn. 121 f.; Dieckmann, BWNotZ 2021, 350, 356 f.).

Diese persönliche Schuld ist für den Grundstückseigentümer insbesondere dann misslich, wenn sie höher ausfällt als die – auf die Schuldübernahme anzurechnende (§ 33 Abs. 3 ErbbauRG) – an den ehemaligen Erbbauberechtigten zu zahlende Vergütung i. S. d. § 32 ErbbauRG (vgl. Winkler/Schlögel, § 5 Rn. 149a). Der Grundstückseigentümer muss dann zwar wirtschaftlich betrachtet für das an ihn übertragene Erbbaurecht keine Vergütung mehr bezahlen, übernimmt aber eben noch einen Rest an Verbindlichkeiten des ehemaligen Erbbauberechtigten. Zwar besteht in diesen Fällen ein bereicherungsrechtlicher Anspruch des Grundstückseigentümers gegen den ehemaligen Erbbauberechtigten (vgl. BGH NJW 1992, 1681, 1682; Winkler/Schlögel, § 4 Rn. 122; MünchKommBGB/Weiß, 9. Aufl. 2023, § 33 ErbbauRG Rn. 5), dieser ist aber u. U. wirtschaftlich nicht realisierbar.

Hiervor möchte sich E als Grundstückseigentümer und Erbbaurechtsausgeber von vornherein schützen. Schlicht vertraglich abdingbar ist die Norm des § 33 Abs. 2 ErbbauRG nach h. M. allerdings nicht (Graf Wolffskeel v. Reichenberg, in: Beck'sches Notar-Handbuch, 8. Aufl. 2024, § 4 Rn. 83; Staudinger/Rapp, BGB, 2021, § 33 ErbbauRG Rn. 10; MünchKommBGB/Weiß, § 33 ErbbauRG Rn. 1; BeckOK-BGB/Maaß, Std.: 1.3.2024, § 33 ErbbauRG Rn. 3; zweifelnd jedoch Dieckmann, BWNotZ 2021, 350, 359 f.; BeckOGK-ErbbauRG/Toussaint, § 33 Rn. 23).

2. Schutz durch Zustimmungsvorbehalt nach § 5

Abs. 2 ErbbauRG

Im Schrifttum wird einhellig vorgeschlagen, der Grundstückseigentümer könne sich dadurch schützen, dass er eine Belastung des Erbbaurechts gem. § 5 Abs. 2 ErbbauRG von seiner Zustimmung abhängig mache (vgl. Grüneberg/Wicke, § 32 ErbbauRG Rn. 2; MünchKommBGB/Weiß, § 33 ErbbauRG Rn. 12). Dies ist zwar zutreffend. Allerdings sieht **§ 7 Abs. 2 ErbbauRG** eine **Zustimmungspflicht** des Grundstückseigentümers zur Belastung des Erbbaurechts vor, wenn die Belastung mit den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft vereinbar ist und der mit der Bestellung des Erbbaurechts verfolgte Zweck nicht wesentlich beeinträchtigt oder gefährdet wird.

Die genauen Maßstäbe, die insofern zugrunde gelegt werden, sind nicht vollständig geklärt (hierzu ausführlich Reul, in: FS 25 Jahre DNotI, S. 217; MünchKommBGB/Weiß, § 7 ErbbauRG Rn. 12; Grüneberg/Wicke, § 7 ErbbauRG Rn. 4 f.). Maßgeblich ist eine **Interessenabwägung im Einzelfall** (Winkler/Schlögel, § 4 Rn. 236; MünchKommBGB/Weiß, § 7 ErbbauRG Rn. 12). Damit eine Zustimmungspflicht bestehen kann, wird gefordert, dass dem Erbbauberechtigten ein der Belastung entsprechender Gegenwert zufließt und keine Überbelastung erfolgt (OLG Hamm, Beschl. v. 15.6.2012, BeckRS 2012, 18132; OLG München NJW-RR 2009, 374, 375; OLG Hamburg OLGZ 1988, 385, 387; Grüneberg/Wicke, § 7 ErbbauRG Rn. 5). Es wird eine Belastung von 60 % bis höchstens 70 % des Verkehrswerts des Erbbaurechts für zulässig erachtet (OLG Celle NJW-RR 2006, 1076, 1077; BayObLG DNotZ 1989, 368, 370; Winkler/Schlögel, § 4 Rn. 236; Freckmann/Frings/Grziwotz, Das Erbbaurecht in der Finanzierungspraxis, 3. Aufl. 2018, Rn. 307 [100 %]; s. a. Reul, S. 217, 231 m. w. N.). Die Bestellung einer **Finanzierungsgrundschuld**, die zur Errichtung oder Instandhaltung des auf dem Erbbaugrundstück vorgesehenen Bauwerks notwendig ist, kann den Grundsätzen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft entsprechen (OLG Hamm, Beschl. v. 15.6.2012, BeckRS 2012, 18132; Reul, S. 217, 232 f.). Jedoch ist bei Grundschulden die Zweckbestimmungserklärung zu berücksichtigen (BeckOK-BGB/Maaß, § 7 ErbbauRG Rn. 11). Anerkannt ist ferner, dass die **Auswirkungen für den Eigentümer nach § 33 Abs. 2 ErbbauRG** zu beachten sind (BayObLG NJW-RR 1987, 459; OLG Hamburg OLGZ 1988, 385, 389 f.; Grüneberg/Wicke, § 7 ErbbauRG Rn. 5; Reul, S. 217, 231). Wie weit dieses Interesse allerdings zu berücksichtigen ist, ist hingegen nicht abschließend geklärt.

Es zeigt sich insgesamt, dass die erforderliche Abwägung **Unsicherheiten** mit sich bringt. Der Erbbaube-

rechtigte müsste einerseits seinen Zustimmungsanspruch – dessen Bestehen kaum rechtssicher abgeschätzt werden kann – notfalls einklagen, also die Zustimmung gerichtlich ersetzen lassen (§ 7 Abs. 3 S. 1 ErbbauRG). Andererseits ist aus Sicht des Grundstückseigentümers nicht ausgeschlossen, dass für den Fall der Geltendmachung des Heimfallanspruchs vor dem Hintergrund des § 33 Abs. 2 ErbbauRG die oben beschriebene Haftungsproblematik entsteht. Überdies kann sich für den Grundstückseigentümer die Situation ergeben, dass er einer höheren Belastung zustimmen möchte, etwa bei einem Bauvorhaben mit guter Prognose oder einem Erbbauberechtigten mit sehr guter Bonität. Auch dies kann – wie hier – das Erfordernis anderer oder ergänzender Sicherungsmittel hervorrufen (vgl. Winkler/Schlögel, § 5 Rn. 149a).

3. Abweichende Vereinbarungen zur Zustimmungspflicht i. S. d. § 7 Abs. 2 ErbbauRG

Der Anspruch auf Zustimmung nach § 7 Abs. 2 ErbbauRG normiert **zwingendes Recht** und kann nicht eingeschränkt werden (vgl. BeckOGK-ErbbauRG/Toussaint, § 7 Rn. 22; Winkler/Schlögel, § 4 Rn. 233; BeckOK-BGB/Maaß, § 7 ErbbauRG Rn. 2; Münch-KommBGB/Weiß, § 7 ErbbauRG Rn. 2).

Gleichwohl wird – im schuldrechtlichen Teil des Erbbaurechtsvertrags – eine Regelung für zulässig erachtet, wonach die Zustimmung des Grundstückseigentümers zur Belastung des Erbbaurechts nur erteilt wird, „*wenn sich der Gläubiger vorher unwiderruflich verpflichtet, beim Heimfall Zug um Zug gegen Bezahlung der Heimfallentschädigung die Grundsuld löschen zu lassen und auf alle über die Heimfallentschädigung hinausgehenden Beträge aus der gesetzlichen Schuldübernahme gem. § 33 Abs. 2 ErbbauRG gegenüber dem Grundstückseigentümer zu verzichten*“ (Winkler/Schlögel, § 5 Rn. 149c).

Dies stellt auf den ersten Blick eine Einschränkung des § 7 Abs. 2 ErbbauRG dar, es sei denn man ginge davon aus, dass der Grundstückseigentümer im Rahmen seiner gesetzlichen Zustimmungspflicht gem. § 7 Abs. 2 ErbbauRG die hier angedachte Begrenzung seines Haftungsrisikos auf den Wert der Vergütung gem. § 33 Abs. 1 S. 1 ErbbauRG ohnehin einwenden darf. Gleichwohl ist anerkannt, dass im Rahmen der Abwägung das Interesse des Grundstückseigentümers vor dem Hintergrund der Schuldübernahme des § 33 Abs. 2 ErbbauRG zu berücksichtigen ist (oben Ziff. 2). Wir tendieren daher dazu, diese Klausel im Grundsatz als **zulässige Konkretisierung** des zwingenden Anspruchs aus § 7 Abs. 2 ErbbauRG anzusehen. Wenn die Interessen des Grundstückseigentümers im Rahmen der Abwägung anerkannt werden, so dürfte die vorliegende Klausel einen fairen Interessenausgleich darstellen, da zugleich

dem Erbbauberechtigten ermöglicht wird, weit über den anerkannten Rahmen von 60 bis 70 % des Werts des Erbbaurechts hinaus Grundpfandrechte zu bestellen. Rechtsprechung hierzu ist, soweit ersichtlich, jedoch bislang nicht ergangen.

4. Vertragsgestaltung und Abwicklung bei Geltendmachung des Heimfallsanspruchs

Im Schrifttum setzen sich vor allem *Dieckmann* und *Winkler/Schlögel* mit den entsprechenden Gestaltungsfragen auseinander (Dieckmann, BWNotZ 2021, 350, 361 ff. und Winkler/Schlögel, § 5 Rn. 149a-149c und § 11 Ziff. 14.VIII Muster Löschungsvormerkung).

a) Vorgeschlagene Sicherungsmechanismen

Neben der oben (Ziff. 3) dargestellten Regelung im schuldrechtlichen Teil des Erbbaurechtsvertrags wird eine Reihe weiterer z. T. komplexer Sicherungsmechanismen vorgeschlagen, die i. E. nur durch Zusammenwirken von Eigentümer, Erbbauberechtigtem und Gläubiger erreicht werden können:

So sei im Rahmen der Grundsuldbestellungsurkunde eine **Löschungsvormerkung nach § 1179 BGB** zur Sicherung des Anspruchs des Grundstückseigentümers gegen den Erbbauberechtigten ebenso zu bewilligen und zu beantragen wie eine **Vormerkung nach § 883 BGB**, welche die **Abtretung der Rückgewähransprüche** und damit insbesondere denjenigen auf Abtretung der Grundsuld seitens des Erbbauberechtigten an den Grundstückseigentümer absichern soll (Winkler/Schlögel, § 11 Ziff. 14.VIII; Dieckmann, in: Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, 14. Aufl. 2022, IV.A.27). In Bezug auf die Rückgewähransprüche sei eine dreiseitige Anpassung des Sicherungsvertrags vorzunehmen, in deren Rahmen auch der Sicherungszweck eng zu fassen sei (Dieckmann, BWNotZ 2021, 350, 362).

Ferner wird eine **Zustimmungspflicht für den Fall der Neuvaluierung** der Grundsuld empfohlen, damit die Grundsuld nicht mehrfach „beliehen“ werden kann, wodurch das Risiko des Grundstückseigentümers entsprechend steigen würde (vgl. Winkler/Schlögel, § 5 Rn. 149b; Dieckmann, BWNotZ 2021, 350, 362). Zudem müssten sowohl der Gläubiger als auch der Erbbauberechtigte **Verzichtserklärungen** betreffend den über die Heimfallvergütung hinausgehenden Betrag abgeben (Dieckmann, BWNotZ 2021, 350, 361). Ferner soll eine **Teillöschungsbewilligung** hinsichtlich des überschießenden Betrags vom Grundpfandrechtsgläubiger eingefordert werden können, damit auch die dingliche Haftung nach § 33 Abs. 1 ErbbauRG nicht über die beim Heimfall zu zahlende Vergütung hinausgeht (Dieckmann, BWNotZ 2021, 350, 362). Zu-

letzt sei eine **Weitergabeverpflichtung** aufzunehmen (Dieckmann, BWNotZ 2021, 350, 362 f.; vgl. auch Winkler/Schlögel, § 5 Rn. 149c).

Insofern ist u. E. aber darauf hinzuweisen, dass die vorgeschlagene Eintragung einer **Löschungsvormerkung nach § 1179 BGB eher nicht hilfreich** sein dürfte. Denn eine Verpflichtung des Erbbauberechtigten gegenüber dem jeweiligen Grundstückseigentümer zur Löschung der Grundschuld für den Fall, dass sich das Grundpfandrecht mit dem Erbbaurecht in einer Person vereinigt (Winkler/Schlögel, § 5 Rn. 149b und § 11 Ziff. 14.VIII; Dieckmann, in: Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, IV.A.27) ist zwar möglich, jedoch wenig zielführend. Denn die Grundschuld vereinigt sich nur dann mit dem Erbbaurecht in einer Person, wenn ausnahmsweise *auf das dingliche Recht* gezahlt würde (vgl. MünchKommBGB/Lieder, 9. Aufl. 2023, § 1179 Rn. 15). Dies müsste ebenfalls dreiseitig vereinbart werden. Schuldbefreiende Zahlungen auf das dingliche Recht anstatt auf die zu sichernde Darlehensforderung werden von den Kreditinstituten aber regelmäßig nicht gewünscht und akzeptiert (und sind daher in ihren AGB regelmäßig ausgeschlossen).

b) Verschlinkung durch Sicherung der Lastenfreistellung vor Übertragung des Erbbaurechts im Rahmen des Heimfalls?

Anstelle des weitreichenden Maßnahmenpakets könnte es zielführender und zugleich schlanker sein, die **dingliche Übertragung des Erbbaurechts in Erfüllung des Heimfallanspruchs erst dann vorzunehmen**, wenn das Grundpfandrecht gelöscht (oder jedenfalls am Erbbaurecht freigegeben), also eine **Lastenfreistellung erreicht** ist. Sofern das Grundpfandrecht bereits gelöscht ist, wenn das Erbbaurecht dinglich auf den heimfallberechtigten Grundstückseigentümer übertragen wird, tritt auch **keine Schuldübernahme** nach § 33 Abs. 2 ErbbauRG ein (vgl. BeckOGK-ErbbauRG/Toussaint, § 33 Rn. 22). Erforderlich erscheint hierzu allein die unter Ziff. 3 dargestellte Verpflichtung des Grundpfandrechtsgläubigers, die Grundschuld bei einer berechtigten Geltendmachung des Heimfallanspruchs gegen Zahlung des Geldbetrags, der als Vergütung für das Erbbaurecht geschuldet wird, zu löschen und diesen Lösungsanspruch mittels Vormerkung (i. S. v. § 883 BGB) an der Grundschuld abzusichern.

Die Risiken, die die genannten Autoren absichern wollen, können somit vermieden werden. Denn diese Risiken bestehen schlicht nicht, wenn die Grundschuld gelöscht wird, *bevor* der Grundstückseigentümer aufgrund des dinglichen Vollzugs des Heimfallanspruchs zum Inhaber des Erbbaurechts wird. Ausreichend sein dürfte eine

Verpflichtung des Kreditinstituts gegenüber dem aktuellen Grundstückseigentümer als Versprechensempfänger zu Gunsten des jeweiligen Grundstückseigentümers, die Löschung der Grundschuld unter den genannten Voraussetzungen vorzunehmen und zu bewilligen. Eine solche Vormerkung zu Gunsten des jeweiligen Eigentümers wird überwiegend für zulässig gehalten (OLG München BeckRS 2010, 33298; MittBayNot 2017, 496; Lieder, in: Bauer/Schaub, GBO, 5. Aufl. 2023, AT C. Rn. 32; kritisch aber Staudinger/Kessler, BGB, 2020, § 883 Rn. 93-95; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 261i und Rn. 1495; Liedel, DNotZ 1991, 855, 860 ff.; hierzu auch DNotI-Report 2001, 113). Zur Löschung der Grundschuld bedarf es freilich auch der Mitwirkung des Erbbauberechtigten (§ 1192 Abs. 1, § 1183 BGB; § 27 GBO). In Betracht kommt insofern, den Erbbauberechtigten von vornherein zu verpflichten, diese Zustimmung schon bei Bestellung der Grundschuld zu erteilen (s. Grüneberg/Herrler, § 1183 Rn. 3).

Im Hinblick auf das Verfahren ist darauf zu achten, dass – nach Entlassung aus dem Treuhandauftrag durch die abzulösende Gläubigerin (und ggf. Bestätigung des Erhalts des verbleibenden Rests des Vergütungsanspruchs durch den Erbbaurechtsinhaber) – zunächst die Grundschuld gelöscht werden sollte, *bevor* der Antrag auf Übertragung des Erbbaurechts beim Grundbuchamt gestellt und vollzogen wird.

5. Ergebnis

Wenngleich die Gestaltungsliteratur zur Absicherung des Grundstückseigentümers einen weitreichenden Maßnahmenkatalog vorschlägt, erscheint es u. E. insofern hinreichend, wenn sich der Gläubiger (mit Zustimmung des Erbbauberechtigten) entsprechend zur Löschung der Grundschuld verpflichtet, dieser Anspruch mit einer Vormerkung an der Grundschuld abgesichert und die Eintragung der Übertragung des Erbbaurechts im Grundbuch erst nach Löschung der Grundschuld beantragt wird.