

**letzte Aktualisierung:** 18.4.2019

BGH, Urt. v. 23.11.2018 – V ZR 33/18

**ErbbauRG § 27 Abs. 3; BGB § 307 Abs. 1 u. 2 Nr. 1**

**Abwendungsbefugnis des Eigentümers nach § 27 Abs. 3 ErbbauRG; Abbedingung im Erbbaurechtsvertrag**

Eine in einem Erbbaurechtsvertrag formularmäßig verwendete Klausel, wonach die Abwendungsbefugnis des Grundstückseigentümers nach § 27 Abs. 3 ErbbauRG schuldrechtlich oder als Inhalt des Erbbaurechts ausgeschlossen ist, widerspricht dem gesetzlichen Leitbild des Erbbaurechts und ist nach § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB im Zweifel unwirksam. Das gilt auch dann, wenn in dem Erbbaurechtsvertrag die Entschädigung, die der Grundstückseigentümer dem Erbbauberechtigten nach Erlöschen des Erbbaurechts durch Zeitablauf zu leisten hat, auf zwei Drittel des Verkehrswerts des Bauwerks begrenzt wird.



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

V ZR 33/18

Verkündet am:  
23. November 2018  
Rinke  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

ErbbauRG § 27 Abs. 3; BGB § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 Bm

Eine in einem Erbbaurechtsvertrag formularmäßig verwendete Klausel, wonach die Abwendungsbefugnis des Grundstückseigentümers nach § 27 Abs. 3 ErbbauRG schuldrechtlich oder als Inhalt des Erbbaurechts ausgeschlossen ist, widerspricht dem gesetzlichen Leitbild des Erbbaurechts und ist nach § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB im Zweifel unwirksam. Das gilt auch dann, wenn in dem Erbbaurechtsvertrag die Entschädigung, die der Grundstückseigentümer dem Erbbauberechtigten nach Erlöschen des Erbbaurechts durch Zeitablauf zu leisten hat, auf zwei Drittel des Verkehrswerts des Bauwerks begrenzt wird.

BGH, Urteil vom 23. November 2018 - V ZR 33/18 - OLG Zweibrücken  
LG Frankenthal (Pfalz)

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 23. November 2018 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Stresemann, die Richterin Prof. Dr. Schmidt-Räntsch, den Richter Dr. Kazele, die Richterin Haberkamp und den Richter Dr. Hamdorf

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 4. Zivilsenats des Pfälzischen Oberlandesgerichts Zweibrücken vom 25. Januar 2018 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Beklagten sind in ungeteilter Erbengemeinschaft Miteigentümer zweier Grundstücke. Ihre Rechtsvorgänger bestellten mit notariellem Vertrag vom 28. Januar 1983 an diesen Grundstücken ein Gesamterbbaurecht für die Dauer von mindestens 30 Jahren. In Abschnitt III des Erbbaurechtsvertrags (nachfolgend: ErbbV) heißt es unter § 6:

„Zeitablauf

1. Nach vertragsgemäßigem Zeitablauf des Erbbaurechts hat der Grundstückseigentümer dem Erbbauberechtigten für die im Erbbaurecht errichteten Bauten und Anlagen eine Entschädigung in Höhe von 2/3 des Verkehrswertes zu zahlen.
2. Können sich die Vertragsparteien über die Höhe des Verkehrswertes der Bauwerke und Anlagen nicht einigen, so soll dieser Wert auf Kosten des Erbbauberechtigten durch einen vereidigten Sachverständigen der zuständigen Industrie- und Handelskammer für beide Seiten verbindlich festgesetzt werden.
3. Die Beteiligten schließen das Abwendungsrecht des Grundstückseigentümers nach § 27 Abs. 3 der Erbbaurechtsverordnung für diesen Vertrag aus.
4. (...) Soweit bei Beendigung des Erbbaurechts das Gebäude und die sonstigen baulichen Anlagen noch nutzbar sind, verpflichten sich mehrere Grundstückseigentümer ihre Grundstücke zu einem Grundstück zu vereinigen, das ihnen als Gesellschafter bürgerlichen Rechts im Verhältnis der eingebrachten Grundstücksflächen zusteht.“

2 Die Klägerin erwarb 1984 das Erbbaurecht und errichtete auf den Grundstücken einen Verbrauchermarkt. Am 10. Mai 2014 endete die Laufzeit des Erbbaurechtsvertrags. Der von der Klägerin beauftragte Sachverständige ermittelte einen Verkehrswert der errichteten Bauwerke von 1.400.000 €. Gestützt auf § 27 Abs. 3 Satz 1 ErbbauRG boten die Beklagten der Klägerin an, das Gesamterbbaurecht um zehn Jahre zu den bisherigen Bedingungen zu verlängern, was diese ablehnte. Mit ihrer Klage verlangt die Klägerin die Zahlung einer Entschädigung von 933.333 €.

3 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und auf die von den Beklagten für den Fall der Klageabweisung erhobene Widerklage die Klägerin verurteilt, die Löschung des Erbbaurechts mit der Maßgabe zu bewilligen, dass diese ohne gleichzeitige Eintragung einer an die Stelle des Erbbaurechts tretenden Entschädigungsforderung zu erfolgen habe. Auf die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht die Beklagten als Gesamtschuldner zur Zahlung von 212.417,94 € nebst Zinsen ab 11. Mai 2014 verurteilt. Mit der von dem Oberlandesgericht zugelassenen Revision streben die Beklagten die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils an. Die Klägerin beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

I.

4 Das sachverständig beratene Berufungsgericht meint, die Klägerin könne nach § 27 Abs. 1 Satz 1 ErbbauRG i.V.m. Abschnitt III § 6 Abs. 3 ErbbV die Zahlung einer Entschädigung in Höhe von zwei Dritteln des gerichtlich ermittelten Verkehrswertes in Höhe von 318.626,92 € verlangen. Der Entschädigungsanspruch sei nicht durch das Angebot der Beklagten auf Verlängerung des Erbbaurechts gemäß § 27 Abs. 3 Satz 1 ErbbauRG erloschen, da die gesetzliche Bestimmung im Erbbaurechtsvertrag wirksam abbedungen worden sei. Es könne offen bleiben, ob es sich bei der Klausel um eine Allgemeine Geschäftsbedingung oder vorformulierte Vertragsbedingung handele und ob eine inhaltliche Kontrolle nach den §§ 305 ff. BGB überhaupt zulässig sei. Die Regelung halte einer solchen Kontrolle jedenfalls stand, da sie die Beklagten als Grundstückseigentümer nicht unangemessen im Sinne des § 307 Abs. 2 Nr. 1 u. Abs. 1 BGB benachteilige. Wesentlicher Grundgedanke des § 27 ErbbauRG sei die Zahlung einer Entschädigung an den Erbbauberechtigten als Ausgleich für die

auf dem Grundstück errichteten Bauwerke. Je länger das Erbbaurecht bestehe, desto geringer sei der Entschädigungsanspruch. Es obliege somit grundsätzlich den Vertragsparteien, die Dauer des Erbbaurechts und damit die Höhe der Entschädigung festzulegen. Durch § 27 Abs. 3 ErbbauRG werde dem Grundstückseigentümer lediglich die Möglichkeit der Abwendung der Entschädigungszahlung eröffnet, um sich vor wirtschaftlichen Schwierigkeiten zu bewahren, die sich aus der Entschädigungspflicht namentlich bei gleichzeitigem Ablauf mehrerer Erbbaurechte ergeben könnten. Der Ausschluss der Abwendungsbefugnis unter gleichzeitiger Reduzierung des Entschädigungsanspruchs auf zwei Drittel des Verkehrswertes sei jedenfalls nicht als unbillig anzusehen.

## II.

5                   Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

6                   1. Zutreffend geht das Berufungsgericht allerdings davon aus, dass die gesetzliche Abwendungsbefugnis des Grundstückseigentümers nach § 27 Abs. 3 ErbbauRG dispositiv ist und daher von den Parteien vertraglich abbedungen werden kann.

7                   a) Erlischt das Erbbaurecht durch Zeitablauf, so hat der Grundstückseigentümer dem Erbbauberechtigten eine Entschädigung für das Bauwerk zu leisten (§ 27 Abs. 1 Satz 1 ErbbauRG). Nach § 27 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 1 ErbbauRG kann der Grundstückseigentümer seine Verpflichtung zur Zahlung der Entschädigung dadurch abwenden, dass er dem Erbbauberechtigten das Erbbaurecht vor dessen Ablauf für die voraussichtliche Standdauer des Bauwerks verlängert. Lehnt der Erbbauberechtigte die Verlängerung ab, so erlischt der Anspruch auf Entschädigung (§ 27 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 2 ErbbauRG).

8                   b) Nach allgemeiner und zutreffender Ansicht kann das Recht des Grundstückseigentümers, die Zahlung der Entschädigung gemäß § 27 Abs. 3

ErbbauRG abzuwenden, modifiziert oder ganz ausgeschlossen werden (vgl. BeckOK BGB/Maaß [1.11.2018], § 27 ErbbauRG Rn. 9; Erman/Grziwotz, BGB, 15. Aufl., § 27 ErbbauRG Rn. 5; Ingenstau/Hustedt/Bardenhewer, ErbbauRG, 11. Aufl., § 27 Rn. 33; MüKoBGB/Heinemann, 7. Aufl., § 27 ErbbauRG Rn. 9; Palandt/Wicke, BGB, 78. Aufl., § 27 ErbbauRG Rn. 4; Staudinger/Rapp, BGB [2017], § 27 ErbbauRG Rn. 16; von Oefele/Winkler/Schlögel, Handbuch Erbbaurecht, 6. Aufl., § 5 Rn. 222; Lemke/Czub, Immobilienrecht, 2. Aufl., § 27 ErbbauRG Rn. 15 a.E.; Ott, notar 2015, 75, 82; zu § 27 Abs. 3 ErbbauVO vgl. Glaß/Scheidt, Erbbaurecht, 2. Aufl., S. 171; Planck/Strecker, BGB, 5. Aufl., § 27 ErbbauVO Anm. 2c; RGRK/Räfle, BGB, 12. Aufl., § 27 ErbbauVO Rn. 12). Das ergibt sich aus § 27 Abs. 1 Satz 2 ErbbauRG. Etwas anderes folgt entgegen der Auffassung der Revision nicht daraus, dass § 27 Abs. 3 ErbbauRG auf diese Vorschrift nicht ausdrücklich verweist.

9

aa) Mit der Einführung von § 27 Abs. 1 ErbbauRG wollte der Gesetzgeber die Entschädigung des Erbbauberechtigten für das Bauwerk zum Regelfall machen. Gleichzeitig bestimmte er, dass Vereinbarungen über die Höhe der Entschädigung, die Art ihrer Zahlung sowie über ihren Ausschluss als Inhalt des Erbbaurechts getroffen werden können. Eine Mindestentschädigung legte er in § 27 Abs. 2 ErbbauRG für den Fall fest, dass das Erbbaurecht, was hier nicht einschlägig ist, zur Befriedigung des Wohnbedürfnisses minderbemittelter Bevölkerungskreise bestellt wurde. Mit diesen Regelungen wollte er das Erbbaurecht attraktiver machen und dessen Beleihbarkeit fördern (vgl. RAnz Nr. 26 vom 31. Januar 1919 zu §§ 26 bis 29 ErbbauVO). Der Regelungsgehalt von § 27 Abs. 1 Satz 2 ErbbauRG besteht also nicht in erster Linie darin, die Dispositivität der Entschädigung herauszustellen, sondern zu bestimmen, dass die Höhe der Entschädigung, die Art ihrer Zahlung sowie ihre Ausschließung als Inhalt des Erbbaurechts vereinbart werden können und damit dingliche Wirkung erhalten. Die Parteien des Erbbaurechtsvertrags können sich aber auf schuld-

rechtliche Absprachen beschränken (Lemke/Czub, Immobilienrecht, 2. Aufl., § 27 ErbbauRG Rn. 8; Ingenstau/Hustedt/Bardenhewer, ErbbauRG, 11. Aufl., § 27 Rn. 10).

10           bb) Die Abwendungsbefugnis gemäß § 27 Abs. 3 ErbbauRG ist demgegenüber ein Schutzrecht des Grundstückseigentümers gegen den Entschädigungsanspruch (vgl. MüKoBGB/Heinemann, 7. Aufl., § 27 ErbbauRG Rn. 9). Der Eigentümer kann durch das Angebot auf Verlängerung des Erbbaurechts seiner Verpflichtung zur Zahlung der Entschädigung entgehen. Auf diesen Schutz kann er nach allgemeinen Grundsätzen verzichten (vgl. Ott, notar 2015, 75, 82) und mit dem Erbbauberechtigten den Ausschluss der Abwendungsbefugnis vereinbaren. Mit einer solchen Vereinbarung wird dessen Entschädigungsanspruch nach § 27 Abs. 1 Satz 1 ErbbauRG gesichert. Sie kann deshalb nach § 27 Abs. 1 Satz 2 ErbbauRG wie eine Vereinbarung über die Entschädigung nicht nur mit schuldrechtlicher, sondern auch mit dinglicher Wirkung getroffen werden. Als Inhalt des Erbbaurechts kann vereinbart werden, dass das Recht des Grundstückseigentümers gemäß § 27 Abs. 3 ErbbauRG, seine Verpflichtung zur Zahlung der Entschädigung durch Verlängerung des Erbbaurechts abzuwenden, ausgeschlossen ist (vgl. auch Eichel in Beck'sches Notar-Handbuch, 6. Aufl., A.IV.4 Rn. 49a; Ingenstau/Hustedt/Bardenhewer, ErbbauRG, 11. Aufl., § 27 Rn. 33; Lemke/Czub, Immobilienrecht, 2. Aufl., § 27 ErbbauRG Rn. 15; Maaß in Würzburger Notarhandbuch, 4. Aufl. Teil 2 Kap. 5 Rn. 86 f.; MüKoBGB/Heinemann, 7. Aufl., § 27 ErbbauRG Rn. 9; Ott, notar 2015, 75, 82; Staudinger/Rapp, BGB [2017], § 27 ErbbauRG Rn. 16; von Oefele/Winkler/Schlögel, Handbuch Erbbaurecht, 6. Aufl., § 5 Rn. 222). Die Parteien können sich aber auch insoweit auf eine schuldrechtliche Vereinbarung beschränken (vgl. Lemke/Czub, aaO Rn. 15).

11           2. Rechtsfehlerhaft nimmt das Berufungsgericht jedoch an, dass die Abwendungsbefugnis der Beklagten nach § 27 Abs. 3 ErbbauRG auch dann wirk-



sam vertraglich ausgeschlossen ist, wenn es sich - was das Berufungsgericht offen gelassen hat und weshalb davon im Revisionsverfahren zugunsten der Beklagten auszugehen ist - bei der Regelung in Abschnitt III § 6 Nr. 3 ErbbV um eine von der Rechtsvorgängerin der Klägerin gestellte Allgemeine Geschäftsbedingung handeln sollte.

- 12           a) Als Allgemeine Geschäftsbedingung unterliegt die Regelung einer Kontrolle nach Maßgabe der Vorschrift des § 9 AGBG (heute: § 307 BGB), die für bis zum 31. Dezember 2001 geschlossene Verträge und damit auch für den in Rede stehenden Erbbaurechtsvertrag vom 28. Januar 1983 gilt. Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB, wonach für Dauerschuldverhältnisse vom 1. Januar 2003 an nur das Bürgerliche Gesetzbuch und damit die Vorschriften der §§ 305 ff. BGB anzuwenden sind, ist nicht einschlägig. Der Vertrag über die Bestellung eines Erbbaurechts ist ein Rechtskauf (§ 453 BGB) und begründet kein Dauerschuldverhältnis (vgl. Senat, Urteil vom 15. März 2013 - V ZR 201/11, WM 2013, 848 Rn. 27 mwN). Für die Beurteilung der hier maßgeblichen Rechtsfrage wirkt sich das indes nicht aus, da § 9 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 AGBG und § 307 Abs. 1 und 2 Nr. 1 BGB im Wesentlichen inhaltsgleich sind (vgl. BGH, Urteil vom 18. April 2002 - III ZR 199/01, NJW 2002, 2386).
- 13           b) Die Regelung in Abschnitt III § 6 Nr. 3 ErbbV hält der Inhaltskontrolle nach § 9 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 AGBG (jetzt: § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB) nicht stand.
- 14           aa) Für den Entschädigungsanspruch des Erbbauberechtigten nach § 27 Abs. 1 Satz 1 ErbbauRG ist allerdings umstritten, ob dieser durch Allgemeine Geschäftsbedingungen ausgeschlossen werden kann. Das wird teilweise verneint mit der Begründung, der Entschädigungsanspruch des Erbbauberechtigten habe Leitbildfunktion im Sinne von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB mit der Folge, dass eine Klausel über den Ausschluss der Entschädigung unwirksam wäre,

soweit nicht im Einzelfall besondere Umstände die Abweichung vom gesetzlichen Grundgedanken rechtfertigten (vgl. Palandt/Wicke, BGB, 77. Aufl., § 27 ErbbauRG Rn. 3; Boemke/Purrmann, NJW 2010, 2983, 2987). Nach anderer Ansicht gehört der Entschädigungsanspruch des Erbbauberechtigten nicht zum gesetzlichen Leitbild des Erbbaurechts. Ein vollständiger Ausschluss des Entschädigungsanspruchs durch Allgemeine Geschäftsbedingungen sei zulässig; die Missbrauchsgrenze stelle das Gesetz in § 27 Abs. 2 ErbbauRG auf (vgl. BeckOK BGB/Maaß [1.11.2018], § 27 ErbbauRG Rn. 5; MüKoBGB/Heinemann, 7. Aufl., § 27 ErbbauRG Rn. 7; Staudinger/Rapp, BGB [2017], § 27 ErbbauRG Rn. 8; von Oefele/Winkler/Schlögel, Handbuch Erbbaurecht, 6. Aufl., § 4 Rn. 116; Ott, notar 2015, 75, 80). Nach einer weiteren Ansicht kann der vollständige Ausschluss des Entschädigungsanspruchs nach § 307 Abs. 1 BGB unwirksam sein (Lemke/Czub, Immobilienrecht, 2. Aufl., § 27 ErbbauRG Rn. 9; wohl auch Ingenstau/Hustedt/Bardenhewer, ErbbauRG, 11. Aufl., § 27 Rn. 13; von Oefele/Winkler/Schlögel, Handbuch Erbbaurecht, 6. Aufl., § 5 Rn. 122). Diese Frage bedarf hier jedoch keiner Entscheidung.

- 15           bb) Der formularmäßige Ausschluss der Abwendungsbefugnis des Grundstückseigentümers ist mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung in § 27 Abs. 3 ErbbauRG unvereinbar und deshalb grundsätzlich unwirksam (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB). Von einem wesentlichen Grundgedanken ist auszugehen, wenn die gesetzliche Regelung, von der die Formularbestimmung abweicht, nicht auf reinen Zweckmäßigkeitserwägungen, sondern auf die Interessen beider Parteien berücksichtigenden Gerechtigkeitserwägungen beruht und deshalb zum gesetzlichen Leitbild gehört (st.Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 8. November 2016 - XI ZR 552/15, BGHZ 212, 363 Rn. 31 f.; Urteil vom 8. November 2017 - VIII ZR 13/17, BGHZ 217, 1 Rn. 22 jeweils mwN). Bei der in § 27 Abs.

ErbbauRG vorgesehenen Abwendungsbefugnis handelt es sich um eine solche Ausprägung des Gerechtigkeitsgebots, denn die Regelung ist Ergebnis einer von dem Gesetzgeber vorgenommenen Risikoverteilung hinsichtlich der Weiterverwendung des Bauwerks nach Ablauf des Erbbaurechts. Eine in einem Erbbaurechtsvertrag formularmäßig verwendete Klausel, wonach die Abwendungsbefugnis des Grundstückseigentümers nach § 27 Abs. 3 ErbbauRG schuldrechtlich oder - wovon der Senat hier wegen der Regelung in Abschnitt III § 14 Nr. 1 ErbbV i.V.m. Abschnitt III des notariellen Nachtrags vom 4. April 1984 ausgeht - als Inhalt des Erbbaurechts ausgeschlossen ist, widerspricht deshalb dem gesetzlichen Leitbild des Erbbaurechts und ist nach § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB (hier nach § 9 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 AGBG) im Zweifel unwirksam. Das gilt auch dann, wenn in dem Erbbaurechtsvertrag die Entschädigung, die der Grundstückseigentümer dem Erbbauberechtigten nach Erlöschen des Erbbaurechts durch Zeitablauf zu leisten hat, auf zwei Drittel des Verkehrswerts des Bauwerks begrenzt wird.

- 16           (1) Mit Ablauf des Erbbaurechts hat der Grundstückseigentümer dem Erbbauberechtigten eine Entschädigung für den Verlust des Eigentums an den auf dem Grundstück befindlichen Bauwerken (§ 12 Abs. 3 ErbbauRG) zu zahlen (§ 27 Abs. 1 Satz 1 ErbbauRG). Dessen Höhe bestimmt sich, wenn nicht ein anderes vereinbart ist, nach dem Verkehrswert des Bauwerks im Zeitpunkt des Erlöschens des Erbbaurechts (vgl. Senat, Urteil vom 6. Dezember 1974 - V ZR 95/73, WM 1975, 256, 257; Urteil vom 3. Oktober 1980 - V ZR 125/79, NJW 1981, 1045, 1047). Diesen Entschädigungsanspruch kann der Grundstückseigentümer nach § 27 Abs. 3 ErbbauRG abwenden, indem er dem Erbbauberechtigten das Erbbaurecht - ggf. wiederholt (vgl. § 27 Abs. 3 Satz 2 ErbbauRG) - vor dessen Ablauf verlängert. Lehnt der Erbbauberechtigte die Verlängerung ab, erlischt der Anspruch auf Entschädigung (§ 27 Abs. 3 Satz 1

Halbsatz  
ErbbauRG).

2

- 17           (2) Sinn und Zweck der Abwendungsbefugnis ist es, den Grundstückseigentümer davor zu bewahren, durch die Entschädigungspflicht in wirtschaftliche Schwierigkeiten zu geraten. Dabei hat der historische Gesetzgeber insbesondere Gemeinden als schutzbedürftig angesehen, die eine größere Zahl von Erbbaurechten zu Wohnzwecken mit gleicher Ablaufzeit bestellt haben und für die deshalb bei Ablauf der Erbbaurechte eine Verpflichtung zur Zahlung von „ziemlich bedeutenden“ Entschädigungssummen entsteht (vgl. RAnz Nr. 26 vom 31. Januar 1919 zu §§ 27 bis 29 ErbbauVO). Er hat das Schutzrecht aber nicht auf die Gemeinden beschränkt, sondern allen Grundstückseigentümern die Möglichkeit eingeräumt, die Verpflichtung zur Zahlung einer Entschädigung durch die Verlängerung des Erbbaurechts abzuwenden.
- 18           (3) Der Möglichkeit des Grundstückseigentümers, zwischen der Übernahme des Bauwerks gegen Zahlung einer Entschädigungssumme und der Verlängerung des Erbbaurechts zu wählen, kommt zentrale Bedeutung für den Ausgleich seiner Interessen mit denen des Erbbauberechtigten am Ende der Laufzeit des Erbbaurechts zu. Könnte der Grundstückseigentümer die Entschädigungspflicht nicht abwenden, wäre der Ablauf des Erbbaurechts für ihn unter Umständen mit erheblichen wirtschaftlichen Belastungen verbunden.
- 19           (a) Er müsste zum einen die Entschädigungssumme aufbringen. Dies kann ihn in der konkreten Situation nach Vertragsablauf zur Unzeit treffen, wenn es ihm nicht möglich ist, die Entschädigungssumme zu zahlen oder zu finanzieren oder den damit verbundenen Liquiditätsabfluss zu verkraften. Dem könnte der Grundstückseigentümer zwar dadurch vorbeugen, dass er rechtzeitig ausreichende Rücklagen bildet. Das hätte aber beträchtliche Liquidationsverluste während der gesamten Laufzeit des Erbbaurechts zur Folge und wäre, da

der Wert des Bauwerks erst am Ende der Laufzeit ermittelt wird, außerdem mit Unsicherheiten verbunden. Sieht der Erbbaurechtsvertrag eine Verlängerungsoption vor, weiß der Grundstückseigentümer zudem auch nicht, wann das Erbbaurecht endet.

20 (b) Zum anderen müsste der Grundstückseigentümer eine neue Verwendung für das Bauwerk finden. Dies kann insbesondere dann zu Schwierigkeiten führen, wenn es infolge der Marktentwicklung oder seines Zustands nicht nachgefragt ist. Zwar werden sich ungünstige Nutzungs- und Verwertungsmöglichkeiten des Bauwerks regelmäßig bei der Verkehrswertermittlung niederschlagen, die Grundlage der Berechnung der Entschädigung ist. Das Risiko, den ermittelten Verkehrs- bzw. Ertragswert zu realisieren, würde ohne die Regelung in § 27 Abs. 3 ErbbauRG mit dem Ende des Erbbaurechts aber zwingend auf den Grundstückseigentümer übergehen, obwohl er zuvor keinen Einfluss auf die Instandhaltung und Bewirtschaftung und meist auch nicht auf die Nutzung des Bauwerks hatte.

21 (c) Die Abwendungsbefugnis trägt damit einem wesentlichen Schutzbedürfnis des Grundstückseigentümers Rechnung. Zugleich weist sie das Risiko der weiteren Verwendung des Bauwerks dem Erbbauberechtigten als demjenigen zu, der die baulichen Investitionen getätigt bzw. von seinem Rechtsvorgänger übernommen hat (vgl. RAnz Nr. 26 vom 31. Januar 1919 zu §§ 26 bis 29 ErbbauVO) und der während der Laufzeit des Erbbaurechts für die wirtschaftliche Ausrichtung und die Instandhaltung des Bauwerks verantwortlich war. Das ist interessengerecht. Ist das Bauwerk gewinnbringend nutzbar, entsteht dem Erbbauberechtigten durch die Verlängerung des Erbbaurechts kein wirtschaftlicher Nachteil; sofern er es nicht selbst nutzen will, kann er es vermieten oder aber das Erbbaurecht verkaufen. Ist dies nicht der Fall und hat der Erbbauberechtigte deshalb kein Interesse an der Verlängerung des Erbbaurechts, ist es sachgerecht, ihm die damit verbundenen Nachteile zuzuweisen. Andernfalls

würde das während der Laufzeit des Erbbaurechts grundsätzlich von ihm zu tragende Ertragsrisiko (vgl. Senat, Urteil vom 15. April 2016 - V ZR 42/15, NJW 2016, 3100 Rn. 15) nach Ablauf der Zeit, für die das Erbbaurecht bestellt war, zwangsläufig auf den Grundstückseigentümer übergehen.

22           (4) Der in § 27 Abs. 3 ErbbauRG bestimmte Zeitpunkt, zu dem sich der Grundstückseigentümer zwischen der Zahlung der Entschädigung und der Verlängerung des Erbbaurechts entscheiden kann, gehört ebenfalls zu den wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung. Sähe man in dem Ausschluss der Abwendungsbefugnis bei Abschluss des Erbbaurechtsvertrages lediglich eine zeitlich vorverlagerte Entscheidung zwischen Entschädigungszahlung und Verlängerung des Erbbaurechts, würde sich der Grundstückseigentümer zu einem Zeitpunkt seiner durch das Gesetz eingeräumten Wahlmöglichkeit begeben, zu dem er die für die Wahl notwendigen Entscheidungsgrundlagen (eigene wirtschaftliche Situation bei Ende des Erbbaurechts, Zustand des Bauwerks, Verwertungsmöglichkeiten) nicht kennt. Angesichts der langen, typischerweise mehrere Generationen überdauernden Laufzeit von Erbbaurechten ist bei der Bestellung eines solchen Rechts regelmäßig nicht einmal vorhersehbar, ob der Erbbaurechtsausgeber das Ende des Erbbaurechts noch erleben wird, geschweige denn, ob sich für ihn dann die Übernahme des Bauwerks gegen Entschädigungszahlung oder die Verlängerung des Erbbaurechts empfiehlt. Teil des Leitbildes von § 27 Abs. 3 ErbbauRG ist deshalb auch, dass die Abwendungsbefugnis des Grundstückseigentümers am Ende der Laufzeit des Erbbaurechts noch besteht.

23           cc) Der Verstoß der Allgemeinen Geschäftsbedingung gegen das gesetzliche Leitbild führt im Zweifel zu deren Unwirksamkeit. Anderes gilt, wenn die Leitbildabweichung sachlich gerechtfertigt ist und der gesetzliche Schutzzweck auf andere Weise sichergestellt wird (Senat, Urteil vom 18. Juli 2014 - V ZR178/13, BGHZ 202, 150 Rn. 21; BGH, Urteil vom 7. März 2013

- VII ZR 162/12, NJW 2013, 1431 Rn. 26 mwN). Daran fehlt es hier. Der Erbbaurechtsvertrag vom 28. Januar 1983 enthält keine Regelung, die die mit dem Ausschluss der Abwendungsbefugnis verbundenen Nachteile für den Grundstückseigentümer ausgleicht oder aus sonstigen Gründen als ausnahmsweise tragbar erscheinen lassen.

24            Eine solche Regelung liegt insbesondere nicht in der Reduzierung der Entschädigungssumme auf zwei Drittel des Verkehrswerts des Bauwerks. Zwar ist die Gefahr, dass der Grundstückseigentümer durch die Leistung der Entschädigung in finanzielle Schwierigkeiten gerät, umso stärker, je höher diese ist. Selbst eine auf zwei Drittel des Verkehrswerts des Bauwerks beschränkte Entschädigung kann aber, insbesondere bei einem hohen Verkehrswert, zu einer bedeutenden Entschädigungssumme führen, deren Zahlung bzw. Finanzierung dem Grundstückseigentümer nicht möglich ist oder zu einem beträchtlichen Liquiditätsverlust führt.

### III.

25            Das Berufungsurteil kann daher keinen Bestand haben; es ist aufzuheben. Der Rechtsstreit ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, da er nicht zur Endentscheidung reif ist (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 ZPO). Es muss klären, ob es sich bei der Regelung in Abschnitt III § 6 ErbbV um eine Allgemeine Geschäftsbedingung handelt.

26            Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

27            1. Verzugszinsen ab dem 11. Mai 2014 kann die Klägerin nur verlangen, wenn sich die Beklagten in Verzug befunden haben. Das setzt eine Mahnung voraus (§ 284 Abs. 1 Satz 1 BGB aF i.V.m. Art. 229 § 5 EGBGB). Eine solche Mahnung war nicht deshalb entbehrlich, weil die Beklagten die Verlängerung des Erbbaurechts angeboten haben. Zwar bedarf es nach ständiger Rechtspre-

chung für den Eintritt des Verzugs keiner Mahnung, wenn der Schuldner die Erfüllung grundlos endgültig verweigert. Voraussetzung des Verzugs ist aber auch in diesem Fall, dass die Leistung des Schuldners fällig ist (Senat, Urteil vom 28. September 2007 - V ZR 139/06, NJW-RR 2008, 210 Rn. 11). Das war zum Zeitpunkt des Verlängerungsangebots der Klägerin noch nicht der Fall. Die Entschädigungsforderung entsteht zwar bereits mit der Entstehung des Erbbaurechts als bedingtes Recht. Ihre Fälligkeit ist aber bis zum Erlöschen des Erbbaurechts aufgeschoben (Senat, Beschluss vom 11. April 2013 - V ZB 109/12, BGHZ 197, 140 Rn. 14).

- 28            Eine nach Fälligkeit erklärte Mahnung durch die Klägerin ist bislang nicht festgestellt. Für sie wäre zu prüfen, ob sie trotz einer Zuvieľforderung wirksam wäre (vgl. Senat, Urteil vom 25. Juni 1999 - V ZR 190/98, NJW 1999, 3115 mwN; Urteil vom 28. Januar 2000 - V ZR 252/98, WM 2000, 586).



29

2. Im Rahmen der neu zu treffenden Kostenentscheidung wird das Berufungsgericht bei der zu bildenden Kostenquote zu berücksichtigen haben, dass - worauf die Revision zu Recht hinweist - die Klage gegen die in dem Rubrum des Urteils des Landgerichts als Beklagte zu 3 bezeichnete Partei in erster Instanz rechtskräftig als unzulässig abgewiesen worden ist (vgl. Zöller/Herget, ZPO, 32. Aufl., § 100 Rn. 5 ff.).

Stresemann

Schmidt-Räntsch

Kazele

Haberkamp

Hamdorf

Vorinstanzen:

LG Frankenthal (Pfalz), Entscheidung vom 08.06.2016 - 2 O 55/14 -  
OLG Zweibrücken, Entscheidung vom 25.01.2018 - 4 U 113/16 -