

**Gutachten des Deutschen Notarinstituts****Abruf-Nr.:** 173328**letzte Aktualisierung:** 21. Februar 2020**ErbbauRG §§ 1 Abs. 4, 32****Zulässigkeit von Heimfallgründen; Pflichtverletzung im Rahmen eines Pachtvertrages über Nebenflächen des Erbbaugrundstücks als Heimfallgrund****I. Sachverhalt**

Der Eigentümer mehrerer Grundstücke stellt diese bereits seit mehreren Jahren einem als Kommanditgesellschaft organisierten Golfclub zur Verfügung. Es bestehen u. a. folgende Verträge zwischen Eigentümer und KG:

1. Ein Erbbaurecht über die zur Golfanlage gehörenden Gebäude.
2. Ein schuldrechtlicher (nicht dinglich gesicherter) Pachtvertrag über die umliegenden zur Golfanlage gehörenden Flächen.

Beide Verträge laufen demnächst aus und sollen nun verlängert werden. Aufgrund der inhaltlichen Verbundenheit wird auch die Verlängerung des Pachtvertrages mitbeurkundet. Dem Eigentümer kommt es nun u. a. auf eine inhaltliche Synchronisierung der beiden Vertragswerke an und er bittet um Aufnahme einer Klausel in den Erbbaurechtsvertrag, wonach bestimmte Pflichtverletzungen aus dem pachtvertraglichen Verhältnis (insb. die Kündigung des Pachtvertrages wegen Zahlungsverzuges) auch den Heimfall des Erbbaurechts auslösen.

**II. Fragen**

1. Ist eine Regelung in einem Erbbaurechtsvertrag zulässig und wirksam, wonach der Heimfall auch dadurch ausgelöst wird, dass eine Pflichtverletzung im Rahmen eines begleitend zum Erbbaurechtsvertrag bestehenden Pachtverhältnisses begangen wird?
2. Falls eine solche Regelung im Erbbaurechtsvertrag nicht mit dinglicher Wirkung vereinbart werden kann: Ist eine schuldrechtliche Regelung zulässig, wonach sich der Erbbauberechtigte zur Übertragung des Erbbaurechts an den Eigentümer verpflichtet, für den Fall, dass bestimmte Pflichtverletzungen im Rahmen des Pachtverhältnisses begangen werden?
3. Falls weder eine dingliche noch eine schuldrechtliche Regelung wirksam vereinbart werden können: Sind abgesehen von der inhaltlichen Erstreckung des Erbbaurechts auf die gepachteten Flächen andere Lösungen ersichtlich, um das geäußerte Gestaltungsziel zu verwirklichen?

### III. Zur Rechtslage

#### 1. Vereinbarung eines Heimfallgrundes

Nach § 2 Nr. 4 ErbbauRG kann zum Inhalt des Erbbaurechts die Verpflichtung des Erbbauberechtigten gemacht werden, das Erbbaurecht „beim Eintreten bestimmter Voraussetzungen an den Grundstückseigentümer zu übertragen“ (Heimfall). Aufgrund des offenen Gesetzeswortlautes gilt das Prinzip der Vertragsfreiheit, sodass **grds. jedes Ereignis als den Heimfallanspruch auslösend vereinbart werden kann** (vgl. BGH DNotZ 2004, 143; OLG Karlsruhe NZM 2001, 1054; OLG Hamm Rpfleger 1986, 51; Hustedt, in: Ingenstau/Hustedt, ErbbauRG, 11. Aufl. 2018, §2 Rn. 64; MünchKommBGB/Heinemann, 7. Aufl. 2017, § 2 ErbbauRG Rn. 26; Staudinger/Rapp, BGB, 2017, § 2 ErbbauRG Rn. 21; Maaß, in: Würzburger Notarhandbuch, 5. Aufl. 2018, Teil 2 Kap. 5 Rn. 77; v. Oefele/Winkler/Schlögel, Handbuch Erbbaurecht, 6. Aufl. 2016, § 4 Rn. 78; Ott, DNotZ 2015, 341, 345).

Dennoch dürfen Heimfallgründe nicht beliebig ausgestaltet werden. **Folgende rechtliche Grenzen sind in Literatur und Rechtsprechung (überwiegend) anerkannt** (vgl. im Ganzen, jeweils m. w. N. MünchKommBGB/Heinemann, § 2 ErbbauRG Rn. 27-27b; v. Oefele/Winkler/Schlögel, § 4 Rn. 79-90; Maaß, Teil 2 Kap. 5 Rn. 78-79):

- Es muss ein Heimfallgrund vorliegen, ein frei ausübbarer Heimfallanspruch ist unzulässig;
- der Heimfallgrund muss hinreichend bestimmt sein, wobei die Verwendung generalklauselartiger Rechtsbegriffe („wichtiger Grund“, „unbillige Härte“) zulässig sein soll;
- es muss ein rechtlicher oder wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen Erbbaurecht und Heimfallgrund bestehen;
- der Heimfallgrund darf nicht gesetz- oder sittenwidrig (bspw. Austreten aus Religionsgemeinschaft) sein, §§ 134, 138 BGB – **Ergänzung v. 25.1.2021: Nach Auffassung des OLG Schleswig (BeckRS 2020, 24507 Rn. 86) ist die Verknüpfung des Heimfalls mit einem Kirchenaustritt nicht sittenwidrig;**
- der Heimfallgrund darf nicht in der bloßen Tatsache der Veräußerung liegen, da die Veräußerlichkeit nach § 1 Abs. 1 ErbbauRG gesetzliches Wesensmerkmal des Erbbaurechts ist;
- nach § 9 Abs. 4 ErbbauRG darf der Heimfall bei Rückständen mit dem Erbbauzins nur vereinbart werden, wenn diese Rückstände die Summe von mind. zwei Jahresbeträgen erreicht hat;
- nach § 6 Abs. 2 ErbbauRG kann der Heimfall nicht wegen Verstoßes gegen das nach § 5 ErbbauRG vereinbarte Zustimmungserfordernis vereinbart werden;
- schließlich ergeben sich Schranken für die Heimfallvereinbarung auch aus den §§ 305 ff. BGB.

## 2. Insbesondere: Zusammenhang zwischen dem Heimfallgrund und dem Erbbaurecht

### a) Kopplung von Heimfallgründen an ein anderes Rechtsgeschäft

Unter dem Aspekt, dass ein Zusammenhang zwischen dem Heimfallgrund und dem Erbbaurecht als solchem bestehen müsse (v. Oefele/Winkler/Schlögel, § 4 Rn. 83; RGRK-BGB/Räfle, 12. Aufl., Stand: 1986, § 2 ErbbauVO Rn. 28; LG Oldenburg Rpfleger 1979, 383), wird eine Heimfallvereinbarung für unzulässig erachtet, die den Heimfall vorsieht, wenn ein zwischen dem Grundstückseigentümer und dem Erbbauberechtigten über ein anderes Grundstück abgeschlossener Pachtvertrag beendet wird (v. Oefele/Winkler/Schlögel, § 4 Rn. 83; RGRK-BGB/Räfle, § 2 ErbbauVO Rn. 28; Ingenstau/Hustedt, ErbbauRG, 10. Aufl. 2014 § 2 Rn. 68). Ob der Heimfallgrund generell nicht an ein anderes Rechtsgeschäft – respektive an dessen Beendigung – gekoppelt werden darf (so ausdrücklich BeckOK-BGB/Maaß, 51. Ed. 1.8.2019, § 2 ErbbauRG Rn. 17) oder ob dies unter gewissen Voraussetzungen möglich ist (in diesem Sinne RGRK-BGB/Räfle, § 2 ErbbauVO Rn. 28; wohl auch v. Oefele, MittBayNot 2004, 186, 187 – für Pachtvertrag bzgl. des Erbbaugrundstücks selbst; ausf. dazu sogleich), wird dabei unterschiedlich beurteilt (offenlassend Staudinger/Rapp, § 2 ErbbauRG Rn. 21). Eine eingehendere Auseinandersetzung mit der letztgenannten Fragestellung erfolgt – soweit ersichtlich – jedoch nicht.

In diesem Zusammenhang ist auch die Entscheidung des BGH vom 11.7.2003 (NJW-RR 2003, 1524) zu beachten. Dort wurde nochmals betont, dass die Verwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs zur Beschreibung der Voraussetzungen, bei deren Eintritt der Heimfall des Rechts verlangt werden kann, wirksam ist. Im zugrunde liegenden Sachverhalt konnte das Heimfallrecht u. a. auch dann geltend gemacht werden, wenn das Grundstück dadurch für den Grundstückseigentümer „günstiger genutzt oder verwertet“ werden konnte. Der BGH legte dabei die günstigere Nutzung i. S. einer wirtschaftlich günstigeren Nutzung aus und bejahte das Heimfallrecht, wenn der Grundstückseigentümer bei einer Übertragung des Erbbaurechts auf sich für die restliche Dauer des Bestehens des Rechts eine höhere Rendite erwarten konnte, als aufgrund der Belastung des Grundstücks mit dem bisherigen Erbbaurecht zu erzielen war.

Diese Entscheidung des BGH ist unabhängig von ihrem Kernproblem, inwieweit ein unbestimmter Rechtsbegriff zur Beschreibung der Voraussetzungen für die Geltendmachung eines Heimfallrechts verwendet werden kann, für den vorliegenden Fall von Interesse. So hatte der Kläger dort der (Rechtsvorgängerin der) Beklagten eine Brauerei mit Gaststätte mittels eines „Betriebsüberlassungs- und Pachtvertrages“ überlassen und jeweils ein Erbbaurecht an zwei weiteren, zum Betrieb von Gastwirtschaften genutzten Grundstücken eingeräumt. In dem Erbbaurechtsvertrag hieß es:

„Der Grundstückseigentümer ist berechtigt die Übertragung des Erbbaurechts an sich als Gesamtheit oder an einen von ihnen bezeichneten Dritten zu verlangen (Heimfallanspruch),

...

5. wenn der Betriebsüberlassungs- und Pachtvertrag vom 26. März 1980 über die Brauerei J. P. D. aus Gründen, die der Erbbauberechtigte zu vertreten hat, vorzeitig erlischt.“

Erst danach kommt die den Schwerpunkt der Entscheidung bildende Passage, wonach der Grundstückseigentümer das Heimfallrecht auch dann geltend machen kann, wenn das Grundstück dadurch für ihn günstiger genutzt oder verwertet werden kann. In den Entscheidungsgründen heißt es dann, aus dem Zusammenhang mit dem im Erbbaurechtsvertrag in Bezug genommenen „Betriebsüberlassungs- und Pachtvertrag“ folge, dass nur eine i. d. S. günstigere Nutzung den Heimfallanspruch begründe. Ein solcher Vertrag werde nicht aus ideellen Gründen geschlossen. Der zur Überlassung und Verpachtung der Brauerei und der zu dieser gehörigen Gastwirtschaften geschlossene Vertrag sei bis zum 31. Dezember 1999 befristet gewesen. Die Vereinbarung eines Heimfallanspruchs bei Beendigung dieses Vertrages habe offensichtlich dem Ziel gedient, die wirtschaftliche Verbindung zwischen dem Brauereiunternehmen und den auf den Erbbaugrundstücken betriebenen Gaststätten nach einer Beendigung des „Betriebsüberlassungs- und Pachtvertrages“ erhalten zu können. Dieser Zusammenhang habe von vornherein den Inhalt der Erbbaurechte mitbestimmt (BGH, a. a. O., juris Rn. 15 f.).

Diese Erwägungen könnte man u. E. auch auf den vorliegenden Fall übertragen. Auch hier steht das Ziel im Vordergrund, die wirtschaftliche Verbindung zwischen den auf dem Erbbaugrundstück befindlichen, zur Golfanlage gehörenden Gebäude und den umliegenden, zur Golfanlage gehörenden Grundstücksflächen zu erhalten. Nachdem der BGH darauf abstellt, dass dieser Zusammenhang von vornherein den Inhalt der Erbbaurechte mitbestimmt habe (BGH, a. a. O.), dürfte es sich empfehlen, diesen Zweck in den Erbbaurechtsvertrag aufzunehmen.

Jedenfalls aber dürfte die zitierte Entscheidung des BGH kaum mit der im Schrifttum vertretenen Ansicht zu vereinbaren sein, dass eine Heimfallvereinbarung für den Fall, dass ein zwischen dem Grundstückseigentümer und dem Erbbauberechtigten über ein anderes Grundstück abgeschlossener Pachtvertrag beendet wird, unzulässig ist (so auch *v. Oefele* in einer kritischen Anmerkung zu dieser Entscheidung, MittBayNot 2004, 186 f. – anbei).

Vor diesem Hintergrund erscheint es durchaus vertretbar, einen wirtschaftlichen Zusammenhang des Heimfallgrundes mit dem Rechtsverhältnis zwischen dem Grundstückseigentümer und dem Erbbauberechtigten auch nach den tendenziell strengerem Anforderungen der Literaturmeinung zu bejahen, sofern der Pachtvertrag sich nicht auf ein anderes Grundstück, sondern auf das Erbbaugrundstück selbst bezieht (insoweit ausdrücklich differenzierend auch *v. Oefele*, MittBayNot 2004, 186, 187).

Rspr. und Lit. vertreten hier, wie soeben dargelegt, keine ganz einheitliche Linie. Im Hinblick auf die vorzitierte Entscheidung des BGH vom 11.7.2003 würden wir die Zulässigkeit des intendierten Heimfallgrundes in der Tendenz bejahen, sofern der Pachtvertrag (ausschließlich) Flächen des Erbbaugrundstücks selbst betrifft. Im Hinblick auf die bei *v. Oefele/Winkler/Schlägel* vertretene Ansicht, derzu folge ein Zusammenhang zwischen dem Heimfallgrund und dem Erbbaurecht als solchem bestehen muss, erscheint dieses Ergebnis gleichwohl nicht frei von Zweifeln. Zumal eine Abhängigmachung von einem anderen Rechtsgeschäft unter diesem Gesichtspunkt insbesondere von *Maaß* (BeckOK-BGB, § 2 ErbauRG Rn. 17) kategorisch und ohne jede Einschränkung abgelehnt wird.

Sollten abweichend von vorstehender Sachverhaltsannahme auch Flächen außerhalb des Erbbaugrundstücks betroffen sein, erscheint die Annahme eines wirtschaftlichen Zusammenhangs auf Grundlage der BGH-Rechtsprechung bei unbefangener Betrach-

tung der Urteilsgründe zwar gleichfalls vorstellbar. Mit der dargestellten herrschenden Literaturmeinung dürfte dies aber keinesfalls mehr in Einklang zu bringen sein.

Im Ergebnis muss die Rechtslage mangels ausdrücklicher höchstrichterlicher Klärung als unsicher bezeichnet werden.

### **b) Mögliche Sittenwidrigkeit aufgrund überlanger Pachtdauer**

In diesem Zusammenhang erlauben wir uns jedoch auch darauf hinzuweisen, dass die beabsichtigte Verknüpfung, wonach das Pachtverhältnis während der gesamten Laufzeit des Erbbaurechts fortgeführt werden soll, darauf hindeutet, dass eine sehr lange Pachtdauer vorgesehen ist. Sollte im Einzelfall deshalb ein Verstoß gegen § 138 BGB vorliegen, erscheint nicht ausgeschlossen, dass die Sittenwidrigkeit des Pachtvertrages trotz der grundsätzlichen Zulässigkeit eines entsprechenden Heimfallgrundes auch auf die Vereinbarung des Heimfallrechts durchschlägt.

Für die geplante Laufzeitverlängerung hinsichtlich des bestehenden Pachtvertrages ist die zeitliche Grenze des § 544 S. 1 BGB kraft der Verweisungsnorm des § 581 Abs. 2 BGB unmittelbar einschlägig und damit uneingeschränkt zu beachten. Obgleich für einen Pachtvertrag demnach grundsätzlich auch eine längere Laufzeit vereinbart werden kann, ist dieser, sofern er nicht gem. § 544 S. 2 BGB auf die Lebenszeit des Verpächters oder des Pächters abgeschlossen wurde, nach Ablauf von 30 Jahren von jeder Vertragspartei frei kündbar. Nach allgemeiner Auffassung ist die Vorschrift hierbei analog auch auf andere Vertragsverhältnisse jeglicher Art anzuwenden, die eine Gebrauchs- oder sonstige Nutzungsüberlassung zum Gegenstand haben (jurisPK-BGB/Münch, 8. Aufl. 2017, § 544 Rn. 3, BeckOK-BGB/Herrmann, 51. Ed. Stand: 1.8.2019, § 544 Rn. 2 jeweils m. w. N.; für die Leih auch BGH, Urt. v. 17.3.1994 – III ZR 10/93, juris Rn. 47). Diese Regelung ist gesetzlich zwingend und steht nicht zur Disposition der Vertragsparteien (jurisPK-BGB/Münch, § 544 Rn. 12).

Die Vereinbarung einer Miet- oder Pachtdauer kann bei individualvertraglich vereinbarten Bindungsfristen, die über eine Dauer von 30 Jahren hinausreichen, im Einzelfall zwar gegen die guten Sitten verstößen und damit gem. § 138 Abs. 1 BGB unwirksam sein, während bei formularvertraglichen Abreden in den Fällen einer überlangen Vertragsbindung regelmäßig § 307 Abs. 1 S. 1 BGB eingreift. Dies ist nach der Rechtsprechung jedoch v. a. dann anzunehmen, wenn ein Vermieter/Verpächter die schwächere Lage des Mieters/Pächters bewusst zum Abschluss einer objektiv unangemessenen Vereinbarung ausnutzt oder sich ohne ersichtlichen Grund der Erkenntnis verschließt, dass ein Mieter/Pächter sich nur aufgrund einer Zwangslage auf den ungünstigen Vertrag einlässt (vgl. BeckOGK-BGB/Mehle, Stand: 1.10.2019, § 544 Rn. 4.2 m. w. N.; BGH NJW 1980, 1155). Im Bereich der Geschäftsraummiete werden gemeinhin großzügige Maßstäbe angelegt. Hier kann eine unangemessene Benachteiligung oder Sittenwidrigkeit auch bei langen Laufzeiten regelmäßig nicht angenommen werden (so ausdrücklich BeckOGK-BGB/Mehle, § 544 Rn. 4.9 m. w. N.).

Diese großzügigeren Maßstäbe dürften auch im vorliegenden Fall der Verpachtung von Außenflächen einer Golfanlage an einen als Kommanditgesellschaft organisierten Golfclub Anwendung finden. Zumal in der vorliegenden Sachverhaltskonstellation keinerlei Anhaltspunkte für die sittenwidrige Ausnutzung einer Zwangslage bestehen. Denn der Golfclub als Pächter hat gerade mit Blick auf die von ihm getätigten Investitionen bei Errichtung der dem Erbbaurecht unterliegenden zugehörigen Gebäude ein

erhebliches Eigeninteresse an der dauerhaften Absicherung der Nutzungsrechte bzgl. der umliegenden Anlageflächen.

Die vorliegend angedachte Vertragsverlängerung dürfte demzufolge zwar möglich sein, die Fortdauer des Pachtverhältnisses über eine 30-jährige Laufzeit hinaus steht jedoch unter dem gesetzlichen Vorbehalt der vorzeitigen Kündigungsmöglichkeit. Auf die Zulässigkeit des Heimfallgrundes dürfte sich diese Einschränkung u. E. aber zumindest dann nicht auswirken, wenn der Heimfallgrund an eine Pflichtverletzung des Pächters anknüpft, die zu einer von ihm zu vertretenden Vertragsbeendigung durch den Grundstückseigentümer führt. Denn in diesem Fall kann (wohl) nicht davon die Rede sein, dass die vorgenannte Kündigungsmöglichkeit des Pächters durch die Vereinbarung unangemessen beeinträchtigt würde.

### 3. Zulässigkeit einer schuldrechtlichen Verpflichtung zur Übertragung des Erbbau-rechts

Ob und inwiefern die gesetzlichen Beschränkungen des ErbbauRG auch für schuldrechtliche Vereinbarungen, die auf Übertragung des Erbbaurechts auf den Eigentümer gerichtet sind, Schranken vorgeben, ist in Anbetracht der existierenden Literatur nicht klar zu beantworten.

Ausgangspunkt der Diskussion ist hierbei **§ 1 Abs. 4 ErbbauRG**, wonach das Erbbaurecht nicht durch auflösende Bedingungen beschränkt werden kann und sich der Grundstückseigentümer auf eine Vereinbarung, durch die sich der Erbbauberechtigte verpflichtet, beim Eintreten bestimmter Voraussetzungen das Erbbaurecht aufzugeben, nicht berufen kann.

#### a) Unzulässigkeit von Aufhebungsverpflichtungen (§ 1 Abs. 4 ErbbauRG)

**§ 1 Abs. 4 S. 2 ErbbauRG** betrifft nach seinem Anwendungsbereich nur den Fall, dass sich der Erbbauberechtigte verpflichtet, beim Eintreten bestimmter Voraussetzungen das **Erbbaurecht aufzugeben** und seine **Lösung im Grundbuch zu bewilligen**.

#### aa) Ausweitung der Vorschrift auf Rücktrittsrecht

Teilweise wird in der Literatur angenommen, dass ein **vertragliches Rücktrittsrecht eine gem. § 1 Abs. 4 S. 2 ErbbauRG unzulässige Verpflichtung**, bei Eintritt gewisser Voraussetzungen (Rücktrittsgrund und Rücktrittserklärung), das Erbbaurecht aufzugeben, darstelle, mit der Folge, dass auch ein vertragliches Rücktrittsrecht weder als dinglicher Inhalt des Erbbaurechts noch schuldrechtlich vereinbart werden könne (v. Oefele/Winkler/Schlägel, § 2 Rn. 156; Erman/Grziwotz, BGB, 15. Aufl. 2017, Vor § 1 ErbbauRG Rn. 12; Linde/Richter, Erbbaurecht und Erbbauzins, 3. Aufl. 2001, Rn. 90). Begründet wird diese Ansicht damit, dass **ein entsprechendes Rücktrittsrecht ebenfalls auf eine Aufgabe des Erbbau-rechts hinausliefe** und zu einer **Umgehung von § 1 Abs. 4 S. 2 ErbbauRG** führe.

Argumentativ stützen sich *v. Oefele/Winkler/Schlägel* dabei auf ein Urteil des V. Zivilsenats des BGH aus dem Jahre 1987, in dem einem Erwerber ein Erbbaurecht an Bauerwartungsland bestellt worden war und der Erwerber die Zahlung des

Erbbauzinses verweigerte, weil ein Bebauungsplan für das in Frage stehende Gebiet nicht aufgestellt wurde. Der BGH führte in diesem Zusammenhang aus:

„Es ist Sache des Käufers, eine das Verwendungsrisiko begrenzende Regelung in dem schuldrechtlichen Erbbaurechtsvertrag zu treffen. Zwar kann sich der Erbbaurechtskäufer nicht durch einen Rücktrittsvorbehalt absichern (§ 1 Abs. 4 *ErbbauVO*); er kann aber jedenfalls die Höhe des Erbbauzinses von dem Eintritt der Bebaubarkeit abhängig machen.“

(BGH BWNotZ 1988, 44, 46).

Zumindest aus dieser Urteilspassage geht hervor, dass auch der BGH die Vereinbarung eines Rücktrittsvorbehalts als Verstoß gegen § 1 Abs. 4 ErbbauRG einzustufen scheint.

### **bb) Aufhebung oder Rückübertragung**

Ob § 1 Abs. 4 S. 2 ErbbauRG allerdings nur ein vertragliches Rücktrittsrecht, welches auf Aufhebung eines bestellten Erbbaurechts gerichtet ist, erfasst oder auch eine vertragliche Vereinbarung, welche auf Übertragung des fortbestehenden Erbbaurechts an den bestellenden Grundstückseigentümer abzielt, wird – soweit ersichtlich – nicht erörtert.

Letzteres ist jedoch u. E. abzulehnen. **Zweck** von § 1 Abs. 4 ErbbauRG ist es, die **unkontrollierte Beendigung des Erbbaurechts zu verhindern** und damit die **Beleihbarkeit zu erhöhen** (Erman/Grziwotz, § 1 ErbbauRG Rn 20). Dieser Zweck wird nicht dadurch konterkariert, dass das Erbbaurecht bei Eintritt bestimmter Bedingungen und im Falle der Ausübung des Ankaufsrechts auf den Grundstückseigentümer zu übertragen ist, da dadurch das Erbbaurecht als solches bestehen bleibt. Demnach würde nur ein Rücktritts- bzw. Rückforderungsrecht, das auf Aufhebung des Erbbaurechts gerichtet ist, gegen § 1 Abs. 4 S. 2 ErbbauRG verstößen, nicht jedoch ein Übertragungs- bzw. Ankaufsrecht des Grundstücks-eigentümers.

### **cc) Zwischenergebnis**

Folglich steht u. E. § 1 Abs. 4 ErbbauRG der vorliegenden Gestaltung nicht entgegen.

## **b) Stellungnahme und Auswertung**

Soweit sich die Literatur explizit mit der Zulässigkeit der Vereinbarung aufschiebend bedingter schuldrechtlicher Übertragungsverpflichtungen auseinandergesetzt hat, betreffen die verfügbaren Stellungnahmen vormerkungsgesicherte Übertragungsansprüche für den Fall eines Verstoßes gegen ein schuldrechtliches Veräußerungsverbot. Für diesen Fall scheint die Literatur im Grundsatz einhellig auch beim Erbbaurecht **von der Zulässigkeit derartiger Gestaltungen auszugehen** (speziell für das Ankaufsrecht: Linde/Richter, Rn. 218). Ein **Verstoß gegen § 1 Abs. 4 ErbbauRG** dürfte hierin jedenfalls nicht zu sehen sein. Die dortigen Erwägungen zum Sinn und Zweck der gesetzlich angeordneten Bedingungsfeindlichkeit des Erbbaurechts dürften

sich uneingeschränkt auch auf eine Vereinbarung übertragen lassen, die die Anspruchsentstehung an sonstige Umstände (hier: die Pflichtverletzung im Rahmen eines flankierenden Pachtvertrages über Nebenflächen) anknüpft.

Auch insoweit wäre grundsätzlich zu beachten, dass im Hinblick auf die lange Pacht-dauer abhängig von den Umständen des Einzelfalls eine Sittenwidrigkeit gem. § 138 BGB in Betracht kommen könnte. Der Erbbaurechtsberechtigte unterliegt insoweit zwar erheblichen zeitlichen Bindungen. Ein entsprechender Sittenverstoß erscheint in der vorliegenden Sachverhaltskonstellation aus den bereits genannten Gründen aber eher fernliegend. Rechtsprechung oder Literatur betreffend die Sittenwidrigkeit eines überlangen Übertragungs- bzw. Ankaufsrechts ist nicht ersichtlich. Insbesondere werden in der Kommentarliteratur keine konkreten Zeiträume genannt, ab wann ein Verstoß gegen § 138 BGB (oder ggf. § 307 BGB) in Betracht kommt, so dass die Rechtslage diesbezüglich als offen bezeichnet werden muss.

Des Weiteren wäre ein vollständig kompensationsloser Übertragungsanspruch ggf. als Verstoß gegen §§ 27, 32 ErbbauRG zu werten und damit zumindest im Anwendungsbereich der AGB-Inhaltskontrolle als unzulässig anzusehen. Gemäß **§ 27 Abs. 1 ErbbauRG** hat der Grundstückseigentümer dem Erbbauberechtigten eine **Entschädigung für das Bauwerk** zu leisten, wenn das Erbbaurecht durch Zeitablauf erlischt. Gemäß **§ 32 Abs. 1 S. 1 ErbbauRG** hat der Grundstückseigentümer dem Erbbauberechtigten eine **angemessene Vergütung für das Erbbaurecht** zu gewähren, wenn er von seinem Heimfallanspruch Gebrauch macht. Aus der Zusammenschau dieser Normen folgt u. E., dass die **Vereinbarung eines kompensationslosen Übertragungsrechts** unzulässig sein dürfte, soweit ein Ausschluss des **gesetzlichen Vergütungsanspruchs** bei Ausübung des Heimfallrechts ebenfalls unzulässig wäre.

Wie sich aus §§ 27 Abs. 1 S. 2, 32 Abs. 1 S. 2 ErbbauRG ergibt, können Vereinbarungen über die Höhe des **gesetzlichen Vergütungsanspruchs** jedenfalls im Individualvertrag (der hier vorliegen dürfte), die Art ihrer Zahlung sowie über ihre Ausschließung als Inhalt des Erbbaurechts getroffen werden. Es ist also ausdrücklich zulässig, den Entschädigungs- bzw. Vergütungsanspruch vollständig auszuschließen. Dies gilt wegen des identischen Wortlauts sowohl für den Entschädigungsanspruch wegen Zeitablaufs als auch für den Vergütungsanspruch bei Heimfall des Erbbaurechts.

In beiden Fällen ist die Vertragsfreiheit jedoch durch den jeweiligen Abs. 2 eingeschränkt. Danach darf in Fällen, in denen das Erbbaurecht zur Befriedigung der „Wohnbedürfnisse minderbemittelter Bevölkerungskreise“ bestellt wird, der Entschädigungs- bzw. Vergütungsanspruch nicht weiter als auf 2/3 des gemeinen Werts des Erbbaurechts zur Zeit der Übertragung abgesenkt werden (zu den Rechtsfolgen statt aller: Ingenstau, in: Ingenstau/Hustedt, Erbbaurecht, 9. Aufl. 2010, § 27 Rn. 14 ff.). Diese Vorschriften sind im vorliegenden Fall jedoch ersichtlich unanwendbar, weil das Erbbaurecht nicht für eine solche Zwecksetzung bestellt wurde.