

Gutachten des Deutschen Notarinstituts

Abruf-Nr.: **139597**

letzte Aktualisierung: **22. Dezember 2017**

ErbbauRG §§ 5 Abs. 1, 7 Abs. 1 u. 3; BGB § 705

Zustimmung zur Veräußerung eines Erbbaurechts; Einbringung des Erbbaurechts in eine BGB-Gesellschaft (Familien-GbR)

I. Sachverhalt

Die Ehegatten X planen die Regelung ihrer Vermögensnachfolge. Zum Vermögen von Frau W gehört u. a. ein Erbbaurecht an einem mit einer werthaltigen vermieteten Immobilie bebauten Grundstück. Dieses Erbbaurecht soll wirtschaftlich auf den Enkel der Ehegatten W übertragen werden. Zu diesem Zweck gründet Frau W mit ihrem Sohn eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) an der Frau X zu 99,9 % und der Sohn zu 0,1 % beteiligt sind. In diese GbR wird sodann das Erbbaurecht eingebracht. Nachfolgend werden GbR-Anteile an den Enkel übertragen.

Im Erbbaurechtsvertrag ist geregelt, dass u. a. die Veräußerung des Erbbaurechts der Zustimmung des Grundstückseigentümers bedarf. Dieser verweigert die Zustimmung mit dem Argument, dass bei einem Übergang des Erbbaurechts auf die GbR deren Anteile künftig privatschriftlich bzw. sogar formfrei weiterübertragen werden könnten, ohne dass er als Grundstückseigentümer hierauf noch Einfluss hätte. Der Personenkreis der GbR-Gesellschafter könnte sich künftig beliebig zusammensetzen und u. a. auch aus Personen bestehen, die nicht die nötige Gewähr für die Erfüllung der Pflichten aus dem Erbbaurechtsvertrag bieten.

Die Familie X (Erbbauberechtigte) argumentiert, es gehe bei der Übertragung auf die GbR ausschließlich um die Regelung der Vermögensnachfolge innerhalb der Familie. Dies werde auch durch entsprechende Regelungen im GbR-Vertrag dokumentiert (z. B. Vererbung nur an Abkömmlinge, Vinkulierungsklausel für Anteile etc.). Die Befürchtungen des Grundstückseigentümers richteten sich auf eine bloß abstrakte Gefahr und könnten nicht die steuergünstige Regelung der familiären Vermögensnachfolge behindern.

II. Fragen

1. Besteht ein Anspruch der Erbbauberechtigten auf Zustimmung zur Einbringung des Erbbaurechts in die Familien-GbR?
2. Wenn kein Anspruch bestehen sollte, ließe sich ein solcher begründen, wenn die derzeitige Erbbauberechtigte bzw. deren Sohn/Enkel eine persönliche Bürgschaft für die Erbringung des Erbbauzinses übernehmen würden?

III. Zur Rechtslage

1. Zustimmung des Grundstückseigentümers zur Veräußerung des Erbbaurechts

- a) Als Inhalt des Erbbaurechts kann gem. § 5 Abs. 1 ErbbauRG vereinbart werden, dass die Veräußerung des Erbbaurechts der Zustimmung des Grundstückseigentümers bedarf. Veräußerung ist die vollständige oder teilweise Übertragung des Erbbaurechts durch **Rechtsgeschäft unter Lebenden** auf einen **neuen Rechtsträger** (vgl. nur: Staudinger/Rapp, BGB, Neubearb. 2017, § 7 ErbbauRG Rn. 2; Palandt/Wicke, BGB, 77. Aufl. 2018, § 5 ErbbauRG Rn. 2; OLG Düsseldorf FGPrax 2013, 246) und zwar auch dann, wenn dies der **vorweggenommenen Erbfolge** dient (vgl. Staudinger/Rapp, § 7 ErbbauRG Rn. 2; Schmidt-Räntsche, ZfIR 2014, 269, 276; OLG Hamm DNotZ 2012, 373, 374 = RNotZ 2012, 172 m. w. N.). Die Einbringung des Erbbaurechts in eine Familien-GbR stellt daher eine die Zustimmungspflicht auslösende Veräußerung dar, weil nach der Einbringung Inhaber des Erbbaurechts die (als teilrechtsfähig anerkannte) BGB-Gesellschaft sein soll.
- b) Umgekehrt ist heute anerkannt, dass keine die Zustimmungspflicht auslösende Veräußerung vorliegt, wenn ein **Erbbaurecht bereits einer Gesellschaft zusteht** und sich lediglich der Gesellschafterbestand dadurch ändert, dass Gesellschaftsanteile übertragen werden (vgl. Staudinger/Rapp, § 7 ErbbauRG Rn. 2; MünchKommBGB/v. Oefele/Heinemann, 7. Aufl. 2017, § 5 ErbbauRG Rn. 6; BeckOK-BGB/Maaß, Stand: 15.6.2017, § 5 ErbbauRG Rn. 4; a. A. [vor Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR] OLG Köln MittRhNotK 1991, 114). Eine Veränderung des Gesellschafterbestandes ändert nämlich nichts daran, dass die **Identität des Inhabers des Erbbaurechts** unverändert bleibt. Nach Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit der Außen-GbR durch den BGH gilt dies insofern auch für eine BGB-Gesellschaft.

2. Anspruch auf Erteilung der Zustimmung gem. § 7 Abs. 1 ErbbauRG

Ist die Veräußerung des Erbbaurechts gem. § 5 Abs. 1 ErbbauRG zustimmungspflichtig, so besteht unter den Voraussetzungen des § 7 Abs. 1 ErbbauRG ein Anspruch auf Erteilung der Zustimmung. Der **Zustimmungsanspruch gem. § 7 Abs. 1 ErbbauRG** sowie das Recht auf gerichtliche Ersetzung nach § 7 Abs. 3 ErbbauRG sind zwingendes Recht und können daher nicht ausgeschlossen oder beschränkt werden (vgl. OLG Hamm DNotZ 2006, 206, 207; OLG Zweibrücken DNotZ 2004, 934; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 1787; v. Oefele/Winkler/Schlögel, Handbuch des Erbbaurechts, 6. Aufl. 2016, § 4 Rn. 193).

Die Zustimmung kann nach § 7 Abs. 1 ErbbauRG nur dann verweigert werden, wenn anzunehmen ist, dass durch die Veräußerung der mit der Bestellung des Erbbaurechts verfolgte Zweck nicht unwesentlich beeinträchtigt oder gefährdet wird oder dass die Persönlichkeit des Erwerbers nicht Gewähr für eine ordnungsgemäße Erfüllung der sich aus dem Erbbaurechtsinhalt ergebenden Verpflichtungen bietet. Durch den Zustimmungsanspruch soll daher einmal dem Interesse des Erbbauberechtigten Rechnung getragen werden, für den der Grundsatz der freien Veräußerlichkeit des Erbbaurechts gem. § 1 Abs. 1 ErbbauRG streitet; andererseits soll der Grundstückseigentümer vor einer Verschlechterung seiner Rechtsposition geschützt werden (vgl. OLG Hamm DNotZ 2006, 206, 207 = RNotZ 2006, 120, 121; OLG Hamm NJW-RR 2008, 605).

Im vorliegenden Fall wird die Verweigerung der Zustimmung maßgeblich auf Gründe in der **Persönlichkeit des Erwerbers** gestützt. Eine Verschlechterung seiner bisherigen Rechtsposition muss der Grundstückseigentümer nicht hinnehmen. Die Persönlichkeit des Erwerbers ist dabei in „sittlicher, geistiger und vermögensrechtlicher Hinsicht“ zu überprüfen (vgl. v. Oefele/Winkler, § 4 Rn. 213; Ingenstau/Hustedt, ErbbauRG, 10. Aufl. 2014, § 7 Rn. 16; Staudinger/Rapp, § 7 ErbbauRG Rn. 26). Hierbei ist ein objektiver Maßstab anzulegen und nicht von den subjektiven Wertvorstellungen des Grundstückseigentümers auszugehen. Ferner genügen keine abstrakten Zweifel an der Persönlichkeit des Erwerbers, sondern es müssen vielmehr **auf den konkreten Einzelfall bezogene konkrete Anhaltspunkte** vorliegen.

In vermögensrechtlicher Hinsicht muss der Erwerber des Erbbaurechts also Gewähr dafür bieten, die sich aus dem Inhalt des Erbbaurechtsvertrages ergebenden Verpflichtungen zu erfüllen. Hierzu zählt nach h. M. insbesondere die **Fähigkeit, den Erbbauzins zahlen zu können**. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Persönlichkeit des Erwerbers ist der **Moment des Erwerbs des Erbbaurechts**. Nicht geschützt wird demgegenüber das Interesse des Grundstückseigentümers, dass die Vermögenslage des Erwerbers künftig unverändert gut bleibt. Gegen eine Vermögensverschlechterung wäre der Grundstückseigentümer auch nicht geschützt, wenn diese beim bisherigen Inhaber des Erbbaurechts eintreten würde (vgl. Winterstein/Nagel, NJW 2009, 30, 31). Ergibt eine Beurteilung des jeweiligen Einzelfalls anhand konkreter Anhaltspunkte, dass die vermögensrechtlichen Verhältnisse des Erwerbers zu einer Schlechterstellung der Rechtsposition des Grundstückseigentümers führen würden, kann – im Einzelfall – ein Anspruch auf Zustimmung bestehen, wenn der Erwerber ausreichende **Sicherheiten** zu stellen vermag (vgl. OLG München NJOZ 2015, 571, 573; BeckOK-BGB/Maaß, § 7 ErbbauRG Rn. 9; MünchKommBGB/v. Oefele/Heinemann, § 7 ErbbauRG Rn. 7; Ingenstau/Hustedt, § 7 Rn. 18; Staudinger/Rapp, § 7 Rn. 26; unter Hinweis auf das gesetzliche Regel-Ausnahme-Verhältnis: Winterstein/Nagel, NJW 2009, 30).

3. Veräußerung eines Erbbaurechts von einer natürlichen Person an eine BGB-Gesellschaft

a) Meinungsbild zur Veräußerung an eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung

Die **Rechtsprechung** hatte bereits mehrfach Fälle zu entscheiden, bei denen ein Erbbaurecht auf eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung übertragen werden sollte und der Grundstückseigentümer im Hinblick auf diese Haftungsbeschränkung seine Zustimmung zur Veräußerung verweigert hatte. Die obergerichtliche Rechtsprechung geht in diesem Fall davon aus, dass die Zustimmung nicht bereits deshalb verweigert werden könne, weil kraft Rechtsform die **Haftung des Erwerbers beschränkt** sei. Der Entscheidung des OLG Frankfurt (NJW-RR 2006, 387) und den Entscheidungen des OLG Hamm (RNotZ 2006, 118 = NJW-RR 2006, 656; NJW-RR 2008, 605) lagen jeweils Sachverhalte zugrunde, bei denen der Erwerber des Erbbaurechts eine **GmbH & Co. KG** war. In den Entscheidungen wurde dabei jeweils darauf hingewiesen, dass es sich bei einer GmbH & Co. KG um eine **anerkannte Rechtsform** handele, so dass das Argument der beschränkten Haftung nicht geeignet sei, generell – *also unabhängig vom konkreten Einzelfall* – die Zustimmung zur Veräußerung verweigern zu können. Dies hätte ansonsten zur Folge, dass ein Erbbaurecht, welches einer natürlichen Person zu steht, nie auf eine juristische Person oder eine Personenhandelsgesellschaft übertragen werden könnte, bei der keine natürliche Person persönlich hafte. Eine Verweigerung der Zustimmung sei allenfalls dann denkbar, wenn im konkreten Einzelfall objektiv nachvollziehbare Anhaltspunkte für eine Verschlechterung der Rechtsstellung des Grundstückseigentümers vorliegen.

In der **Literatur** ist diese Rechtsprechung durchweg auf Zustimmung gestoßen (vgl. BeckOK-BGB/Maaß, § 7 Rn. 9 ErbbauRG; v. Oefele/Winkler, Rn. 4.213; MünchKommBGB/v. Oefele/Heinemann, § 7 ErbbauRG Rn. 7; Ingenstau/Hustedt, § 7 Rn. 20; Staudinger/Rapp, § 7 ErbbauRG Rn. 26; Winterstein/Nagel, NJW 2009, 30; s. auch Gutachten DNotI-Report 2008, 99; zur GmbH & Co. KG und zur UG (haftungsbeschränkt) ebenso: Schmidt-Räntsche, ZfIR 2014, 269, 276).

b) Erwerb des Erbbaurechts durch eine BGB-Gesellschaft

Überträgt man die vorstehenden Grundsätze auf den vorliegenden Fall, so ist zwar zugeben, dass die abstrakte Möglichkeit besteht, dass in die Gesellschaft bürgerlichen Rechts später Personen eintreten, die nicht die Solvenz des bisherigen Erbbaurechtsinhabers aufweisen. Dem kann auch nicht mit dem Argument begegnet werden, dass der Gesellschaftsvertrag offenbar Regelungen enthält, die ein Eindringen familienfremder Dritter verhindern (z. B. Vinkulierungsklausel; eingeschränkte Vererblichkeit). Der Gesellschaftsvertrag der BGB-Gesellschaft könnte nämlich später ohne Weiteres geändert werden, ohne dass der Eigentümer des Grundstücks hierauf Einfluss nehmen könnte. Daher besteht zumindest die **abstrakte Gefahr**, dass Gesellschafter der erwerbenden BGB-Gesellschaft auch Personen werden, deren (finanzielle) Leistungsfähigkeit unzureichend ist. Scheiden demgegenüber solvante Gesellschafter aus der Gesellschaft aus, ist nach Ablauf der entsprechenden Nachhaftung (vgl. § 160 HGB analog) die Erfüllung der Verbindlichkeiten aus dem Erbbaurechtsvertrag – abstrakt – gefährdet.

Bei den vorgenannten Erwägungen handelt es sich allerdings lediglich um abstrakte Gefahren. Dass eine derartige Gefährdung der Vermögensinteressen des Grundstückseigentümers droht, ist jedoch im **konkreten Sachverhalt** nach unserer Auffassung nicht ersichtlich. Vielmehr handelt es sich bei einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts um eine anerkannte Rechtsform. Objektive Anhaltspunkte, die im konkreten Einzelfall den Schluss zulassen, dass die erwerbende GbR nicht hinreichend leistungsfähig ist, sind nicht mitgeteilt. Vielmehr soll die Einbringung in die Familien-GbR primär zur steuer günstigen Übertragung des Erbbaurechts im Wege der vorweggenommenen Erbfolge erfolgen. Der bisherige Inhaber des Erbbaurechts soll auch künftig – zumindest noch für einige Zeit – Mehrheitsgesellschafter der Familien-GbR bleiben. Dies führt sogar dazu, dass sich die **Rechtsstellung des Grundstückseigentümers** durch die Einbringung in die GbR aus haftungsrechtlichen Gesichtspunkten **verbessern kann**. Ihm steht einmal die erwerbende GbR selbst als Haftungssubjekt zur Verfügung. Ferner kann der Grundstückseigentümer aufgrund der akzessorischen Haftung gem. § 128 HGB analog auf den bisherigen Inhaber des Erbbaurechts als Mitgesellschafter der Familien-GbR zugreifen. Darüber hinaus ist ein Zugriff auf das Vermögen der weiteren Mitgesellschafter (Sohn/Enkel) möglich.

In der Literatur wird die Frage der Zustimmungspflicht bei der Übertragung des Erbbaurechts auf eine BGB-Gesellschaft – soweit ersichtlich – lediglich von *Schmidt-Räntsche* (ZfIR 2014, 269, 276 f.) diskutiert. *Schmidt-Räntsche* führt hierzu zunächst aus, dass die Rechtsform des Erwerbers nicht per se gegen eine Zustimmungspflicht spreche, was für die GmbH & Co. KG obergerichtlich (s.o.) und für die haftungsbeschränkte Unternehmergeellschaft vom BGH – im Hinblick auf die Fähigkeit Verwalter einer WEG-Anlage zu sein (NJW 2012, 3175 = DNotI-Report 2012, 152) – bereits entschieden sei, so dass für die Zustimmungspflicht gem. § 7 Abs. 1 ErbbauRG bei Erwerb durch eine UG (haftungsbeschränkt) entsprechendes gelte. Weiter heißt es jedoch:

„Etwas anderes könnte für den Erwerb durch eine GbR gelten. Die GbR hat **rechtsformbedingte Nachteile**, die ihr etwa die Eigenschaft nehmen, Verwalterin einer Wohnungseigentumsanlage zu sein [BGH NJW 2006, 2189, Rz. 13f.]. Diese Nachteile rechtfertigen es m. E. grundsätzlich, die Zustimmung zu dem Erwerb des Erbbaurechts durch eine GbR zu versagen. Der Grundstückseigentümer kann nämlich bei einer GbR nicht sicher sein, seine **Rechte gegenüber der GbR überhaupt durchsetzen zu können**. Zwar wird nach § 899a Satz 1 BGB in Ansehung des eingetragenen Rechts vermutet, dass diejenigen Personen Gesellschafter sind, die nach § 47 Abs. 2 Satz 1 GBO im Grundbuch eingetragen sind, und dass darüber hinaus keine weiteren Gesellschafter vorhanden sind. Diese Vermutung hilft dem Grundstückseigentümer aber nicht, wenn es um die Frage geht, an wen er wirksam eine Mahnung richten oder **wem er eine Klage wirksam zu stellen kann**. Ohne eine entsprechende vertragliche Regelung wird der Grundstückseigentümer seine Rechte nicht durchsetzen können. Bietet die erwerbende GbR dem Grundstückseigentümer aber eine Regelung an, die ihn dieser **Schwierigkeiten enthebt**, etwa eine umfassende rechtsgeschäftliche Bevollmächtigung der jeweiligen als Gesellschafter eingetragenen Personen, **wird er die Zustimmung nicht mehr rechtsformbedingt verweigern können.**“

(Schmidt-Räntsche, ZfIR 2014, 269, 276 f., Hervorhebungen und Klammerzusatz durch DNotI)

Schmidt-Räntsche macht also rechtsformimmanente Defizite der GbR aus, die unabhängig vom konkreten Einzelfall zunächst eine Zustimmungspflicht des Grundstückseigentümers entfallen lassen. Erst wenn diese – **abstrakt aus der Rechtsform resultierenden – Defizite** durch konkrete rechtsgeschäftliche Regelungen (genannt wird eine umfassende Bevollmächtigung der jeweils eingetragenen Gesellschafter, um aus Sicht des Grundstückseigentümers wirksam den Zugang von Willenserklärungen herbeiführen zu können) für den Grundstückseigentümer beseitigt werden, könne der Grundstückseigentümer seine Zustimmung nicht mehr verweigern. Dem mag man entgegenhalten, dass hierdurch das in § 7 Abs. 1 ErbauRG zum Ausdruck gebrachte Regel-Ausnahme-Verhältnis im Hinblick auf die Erforderlichkeit zusätzlicher „Sicherheiten“ (vgl. hierzu Winterstein/Nagel, NJW 2009, 30) umgekehrt wird. Allerdings hat die Stimme von *Schmidt-Räntsche* als stellvertretender Vorsitzender des V. Zivilsenats des BGH nicht unerhebliches Gewicht. Zu bedenken wäre allerdings, dass die Vollmacht **wohl unwiderruflich** sein müsste, damit sie dem Eigentümer des Erbbaugrundstücks einen hinreichenden Schutz vermittelt.

Außerdem wäre zu fragen, ob die **GbR überhaupt die Vollmacht in eigenem Namen erteilen könnte**. Sollte dies nicht der Fall sein, würde die Vollmacht mit dem Ausscheiden eines Gesellschafters aus der GbR gegenstandslos.

Anlass für Zweifel bietet eine Entscheidung des BGH vom 20. 1. 2011 (V ZB 266/10, DNotZ 2011, 361 Rn. 12), in welcher der BGH festgehalten hat, dass die Gesellschaft selbst keine Vollmacht erteilen könne, sondern für sie die Gesellschafter handeln würden (ebenso OLG München RNotZ 2017, 449, 452). Diese Aussage ist insoweit missverständlich, als man sie in dem Sinne interpretieren könnte, der Bevollmächtigte

handele stets für die Gesellschafter. Dies wäre nach der Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit der GbR nicht vereinbar. Es kann nichts anderes als bei der OHG gelten (Lautner, MittBayNot 2011, 495, 496; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 4265). Geklärt ist die Fragestellung aber noch nicht.

Wie der BGH die hier untersuchte Fallkonstellation würdigen würde, kann vom DNotI freilich nicht abschließend prognostiziert werden. Die **Rechtslage** muss somit als **unsicher** bezeichnet werden.

4. Ergebnis

U. E. dürfte *jedenfalls dann* ein Anspruch auf Erteilung der Zustimmung zur Einbringung des Erbbaurechts in die Familien-GbR gem. § 7 Abs. 1 ErbbauRG bestehen, wenn im konkreten Fall etwaige rechtsformbedingte Defizite der BGB-Gesellschaft dadurch kompensiert werden, dass dem Grundstückseigentümer keine Verschlechterung seiner Rechtsstellung droht, weil z. B. eine wirksame Rechtsdurchsetzung gegenüber der erwerbenden GbR durch entsprechende Vollmachten gewährleistet ist. Ergänzend kann die Erfüllung der aus dem Erbbaurechtsvertrag folgenden (finanziellen) Pflichten durch Stellung von Sicherheiten angezeigt sein. Die Rechtslage ist jedoch in Ermangelung einschlägiger Rechtsprechung zu dieser Frage mit gewissen Unwägbarkeiten behaftet.