

ren (§ 903 BGB). Im Übrigen konnte auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen noch nicht einmal davon ausgegangen werden, dass dem Kläger die rechtlich gesicherte Möglichkeit verschafft werden sollte, die von ihm, abweichend von den genehmigten Plänen (Hotel), beabsichtigte Bebauung (Wohn-, Büro- und Geschäftshaus) unter Ausnutzung der Stellplatzablösung zu verwirklichen. Auch der Kläger ging, wie die vorgelegte Korrespondenz mit der Stadtverwaltung zeigt, davon aus, dass zur Verwirklichung seines Vorhabens eine Änderungsgenehmigung erforderlich war. Aus der Feststellung des Berufungsgerichts, dass für die Parteien bei Kaufabschluss kein Anlass bestanden habe, „über eine mögliche Rückerstattung des Ablösebetrages bei Nichtbebauung des Grundstücks nachzudenken“, kann somit nicht gefolgert werden, ihre Vereinbarung sei lückenhaft.

2. Auch eine Anpassung des Kaufvertrags wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage kommt nicht in Frage. Geschäftsgrundlage, wenn nicht Vertragsinhalt (dazu oben zu 1.), mag die Möglichkeit des Klägers gewesen sein, die Rechte aus der Baugenehmigung vom 20.12.1991 auszuüben. Dafür, dass nach den beiderseitigen oder für die jeweilige Gegenseite erkennbaren Vorstellungen der Parteien der gemeinsame Geschäftswille darauf beruht hätte, dass der Kläger von der erworbenen öffentlich-rechtlichen Stellung auch Gebrauch machte und sich so den Vorteil der Stellplatzablösung sicherte (BGHZ 128, 230, 236), sind keine Anhaltspunkte gegeben. Die vom Berufungsgericht unter dem Gesichtspunkt der ergänzenden Vertragsauslegung erörterten Umstände geben hierfür nichts her. Bei der Prüfung des Gleichgewichts von Leistung und Gegenleistung übersieht das Berufungsgericht, dass die Leistung der Beklagten sich darauf beschränkte, dem Kläger mit dem Eigentum die Möglichkeit zu verschaffen, die Baugenehmigung mit Stellplatzablösung zu nutzen. Der Umstand, dass er hiervon aus in seinem Bereich liegenden Gründen absah, führt nicht zu einer Äquivalenzstörung. Schon gar nicht würde dies gelten, wenn die Stellplatzablösung, wovon das Berufungsgericht (möglicherweise) ausgeht, nicht einmal Eingang in die Kaufpreiskalkulation der Beklagten gefunden hätte.

4. ErbbauVO § 2 Nr. 4 (*Unbestimmter Rechtsbegriff als Heimfallvoraussetzung*)

**Die Verwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs zur Beschreibung der Voraussetzungen, bei deren Eintritt der Heimfall des Rechts verlangt werden kann, ist wirksam.**

BGH, Urteil vom 11.7.2003, V ZR 56/02; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

**Hinweis der Schriftleitung:**

Das Urteil ist abgedruckt in DNotZ 2004, 143.

**Anmerkung:**

Die Entscheidung befindet sich an der Grenzzone mehrerer Erbbaurechts-Grundsätze.

### 1. „Bestimmte“ Voraussetzungen des Heimfalls und unbestimmter Rechtsbegriff

a) Bei der Auslegung der Formulierung von § 2 Nr. 4 ErbbauVO wird bisher fast völlig unstrittig<sup>1</sup> ein unbestimmter Rechtsbegriff für zulässig gehalten; dies wird vom BGH nun bestätigt. Das LG Oldenburg und das LG Düsseldorf<sup>2</sup> begrün-

den dies damit, dass bei einem unbestimmten Rechtsbegriff der Heimfallanspruch genauso feststellbar sei wie bei einem „Wegfall der Geschäftsgrundlage“ oder bei einer „Unzumutbarkeit als Kündigungsgrund bei Dauerschuldverhältnissen“. Die zitierte Entscheidung des BGH<sup>2</sup> beschäftigt sich zwar mit einem Erbbaurecht, bei dem u. a. der Heimfall auch bei Vorliegen des zitierten unbestimmten Rechtsbegriffs zulässig ist. Da jedoch im damals entschiedenen Fall der Heimfall aus ganz anderen Gründen erklärt worden war, wurde der unbestimmte Rechtsbegriff weder im Tenor noch in den Gründen behandelt.

b) Warum der Begriff „bestimmte Voraussetzungen“ in § 2 Nr. 4 ErbbauVO und der Begriff „nach Zeit und Höhe ... bestimmt“ in § 9 Abs. 2 Satz 1 ErbbauVO alter Fassung (bis zum 30.9.1994) so völlig verschieden ausgelegt werden, obwohl in beiden Fällen die gleiche und gleichzeitige Gesetzessprache vorliegt, ist anscheinend noch nirgends hinterfragt worden. Bei § 9 Abs. 2 ErbbauVO alter Fassung wurde nämlich die Bestimmtheit im engen Sinne verstanden und die Bestimmbarkeit nach völlig einhelliger Meinung für unzureichend erachtet;<sup>3</sup> ferner wurde für die Bestimmbarkeit eines Anpassungsanspruchs als Grundlage einer Vormerkung nach h. M. verlangt, dass kein echter Spielraum für Billigkeitserwägungen bestehen bleiben darf.<sup>4</sup> Demgegenüber sollen hier Billigkeitserwägungen – als häufiger Teil des unbestimmten Rechtsbegriffs – schon bei der Bestimmtheit zulässig sein. Zwar ist einerseits ein Heimfall als Schutzmittel für Störungen im Rahmen des Dauerrechtsverhältnisses gedacht; jedoch sollte andererseits aus den vorgenannten Gründen ein (weiteres) Ausufern und Aufweichen der bestimmten Heimfallvoraussetzungen durch die künftige Rechtsprechung begrenzt werden.

### 2. Zusammenhang des Heimfallgrunds mit dem Rechtsverhältnis Grundstückseigentümer/Erbbauberechtigter

a) Diese Voraussetzung für den Heimfallgrund wird in der Literatur einhellig gefordert.<sup>5</sup> Auf den ersten Blick ist diese Voraussetzung hier gegeben. Bei genauerer Betrachtung ist dies jedoch fraglich. Nach dem hier gegenständlichen Heimfall entsteht ein Eigentümererbbaurecht, das wirtschaftlich einer Beendigung des Erbbaurechts entspricht und das jederzeit vom Grundstückseigentümer = Erbbauberechtigten leicht aufgehoben werden kann. Heimfallvoraussetzung ist nun, dass dieses damit faktisch erbbaurechtsfreie Grundstückseigentum besser genutzt oder verwertet werden kann, also eine wirtschaftlich günstigere Nutzung oder Verkauf des erbbaurechtsfreien Grundstücks als des durch ein fremdes Erbbaurecht belasteten Grundstücks erfolgen kann. Der Heimfallgrund zielt also gegen das Erbbaurecht und will nicht das Rechtsverhältnis Grundstückseigentümer/Erbbauberechtigter ausgestalten.

b) Nach der Literatur<sup>6</sup> dürfte eine Heimfallvereinbarung für den Fall, dass ein zwischen dem Grundstückseigentümer und

<sup>1</sup> Vgl. v. *Oefele/Winkler*, Handbuch des Erbbaurechts, 3. Aufl., Rdnr. 4.79 m. w. N.; BGH, WM 1984, 1514, 1516; LG Oldenburg, Rpfleger 1979, 383, 384; LG Düsseldorf, MittRhNotK 1989, 218, 219.

<sup>2</sup> Fn. 1.

<sup>3</sup> MünchKommBGB/v. *Oefele*, 3. Aufl., § 9 ErbbauVO Rdnr. 34 m. w. N.

<sup>4</sup> MünchKommBGB/v. *Oefele*, § 9 Rdnr. 64 m. w. N.

<sup>5</sup> v. *Oefele/Winkler*, Rdnr. 4.83; MünchKommBGB/v. *Oefele*, § 2 Rdnr. 27; RGRK/Räfle, § 2 Rdnr. 28.

<sup>6</sup> Vgl. Fn. 5.

dem Erbbauberechtigten über ein anderes Grundstück abgeschlossener Pachtvertrag beendet wird, unzulässig sein; darin liegt in Wirklichkeit eine nicht zulässige Bedingung. Dies ist hier der Fall, da die zweite Tatbestandsvoraussetzung für den Heimfall in der Beendigung eines Betriebszulassungs- und Pachtvertrags über anderweitigen Grundbesitz (also nicht das Erbbaugrundstück) liegt.

### 3. Gesetzes- oder Sittenwidrigkeit des Heimfallgrunds

a) Unstrittig<sup>7</sup> ist weiter, dass der Heimfallgrund nicht gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB) verstoßen und nicht sittenwidrig (§ 138 BGB) sein darf.

b) Bei einer *schuldrechtlichen Kaufzwangsklausel* hat der Grundstückseigentümer statt der Alternative zwischen Verkauf des Grundstücks oder Erbbaurechtsbestellung beide Möglichkeiten kumulativ, d. h. er kann vom Erbbauberechtigten verlangen, dass er nach der Erbbaurechtsbestellung auch das Erbbaugrundstück kauft. Bei dieser Gestaltung wurde zunächst Gesetzes- und/oder Sittenwidrigkeit angenommen;<sup>8</sup> nach BGH und h. M.<sup>9</sup> kann dies nicht generell aus der Kaufzwangsklausel abgeleitet werden, sondern hängt dies vielmehr von der konkreten Ausgestaltung des Vertrags und von den Umständen des einzelnen Falls ab.

c) Hier liegt eine dingliche „*umgekehrte Kaufzwangsklausel*“ vor: Der Grundstückseigentümer kann hier wieder anstatt der Alternative von zwei Möglichkeiten von beiden kumulativ Gebrauch machen, nämlich einerseits Belassen des Erbbaurechts und andererseits Heimfall zu günstigerer Verwertung, also faktische und/oder rechtliche Wiederherstellung des vollen Grundstückseigentums ohne Erbbaurecht, also Zurückholen des erbaurechtsfreien Grundstückseigentums. Diese Variante ist nur an die wirtschaftlich günstigere Nutzung/Verwertung gekoppelt, die ja in gleicher Weise auch Entscheidungsmotiv für die Verwendung der Kaufzwangsklausel ist. Es handelt sich also um die wirtschaftlich fast völlig identische und rechtlich teilweise umgekehrte Gestaltung wie bei der Kaufzwangsklausel: Die Variante „Behalten des Erbbaurechts“ ist identisch; an die Stelle der Variante „Verkauf des Grundstücks an den Erbbauberechtigten“ tritt hier die Variante „Wiederherstellung des freien Grundstückseigentums mit Verkaufsmöglichkeit durch den Grundstückseigentümer“.

d) Wie bei der Kaufzwangsklausel sind hier gegen §§ 134, 138 BGB verstoßende Einzelfälle denkbar: Bei einem Erbbaurecht zu Wohnzwecken kann eine entsprechende Gestaltung zum Verlust des Bauwerkseigentums und damit „Verlust der Heimat“ des Erbbauberechtigten führen und damit dessen grundlegende Lebensdisposition in Frage stellen; hier können insbesondere bei kinderreichen Familien oder alten Menschen große Probleme entstehen. Auch kann – falls der hier konstruierte Heimfallgrund (günstigere Verwertung) auf die ganze Laufzeit nach Belieben des Grundstückseigentümers angewandt werden kann – eine Überraschungsklausel i. S. d. § 305 e BGB vorliegen.<sup>10</sup> Die Rechtsprechung des BGH zur Kaufzwangsklausel sollte also hier ebenfalls angewandt werden.

<sup>7</sup> Vgl. OLG Braunschweig, OLGZ 1976, 52 = DNNotZ 1976, 603 = Rpfleger 1975, 399; v. Oefele/Winkler, Rdnr. 4.84.

<sup>8</sup> Kollhossler, NJW 1974, 1302.

<sup>9</sup> BGHZ 68, 1 = NJW 1977, 761, und BGHZ 75, 15 = DNNotZ 1979, 733; WM 1980, 877; OLG Hamm, NJW 1977, 203; zur Literatur vgl. MünchKomm/v. Oefele, § 2 Rdnr. 40 Fn. 94.

<sup>10</sup> Vgl. BGHZ 75, 15, 22 = NJW 1979, 2387; BGHZ 114, 338 = NJW 1991, 2141; MünchKomm/v. Oefele, § 2 Rdnr. 41.

e) Außerdem kann bei einem Heimfall zur günstigeren Verwertung der erbaurechtstypische Charakter des Eigentums am Bauwerk und der Schutz des Erbbauberechtigten durch § 1 Abs. 4 ErbbauVO vor vorzeitiger Beendigung des Erbbaurechts angetastet werden. Die Veräußerlichkeit und Vererblichkeit wird zwar nicht ausgeschlossen, aber praktisch erheblich eingeschränkt. Wo bleibt nämlich der Eigentumscharakter und die Veräußerlichkeit, zumindest bei einer Fallgestaltung, bei der das Schicksal des Erbbaurechts nur an einer jederzeit möglichen, anderweitig günstigeren Nutzung/Verwertung des erbaurechtsfreien Grundstücks hängt?

Im Ergebnis bleibt daher zu hoffen, dass der BGH künftig diese Argumente berücksichtigt und Schranken für die hier gegenständliche Vertragsgestaltung setzt.

Notar *Helmut Frhr. v. Oefele*, München

5. BGB § 504 a. F. (§ 463 n. F.) (*Kein Vorkaufsrecht bei Bestellung einer zur Ausbeutung eines Grundstücks berechtigenden Dienstbarkeit*)

**Die Bestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit, die dazu berechtigt, ein Grundstück auf die Dauer von 99 Jahren gegen Zahlung eines in zehn Jahresraten zu zahlenden Entgelts als Steinbruch auszubeuten, stellt keinen kaufähnlichen Vertrag dar, der die Ausübung eines Vorkaufsrechts eröffnet.**

BGH, Urteil vom 26.9.2003, V ZR 70/03; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Beklagten zu 1 und 2 sind Miteigentümer einer landwirtschaftlichen Fläche, an der der Gemeinschuldnerin ein im Grundbuch eingetragenes Vorkaufsrecht zusteht. Mit notariellem Vertrag vom 18.7.2001 bestellten die Beklagten zu 1 und 2 den Beklagten zu 3 und 4 eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit, die diese berechtigt, eine Teilfläche des Grundstücks von rund 14 700 qm auf die Dauer von 99 Jahren als Steinbruch auszubeuten. Als Gegenleistung sind 400.000 DM, zahlbar in Jahresraten zu je 40.000 DM, beginnend mit dem 1.10.2001, vereinbart. Die Beklagten zu 3 und 4 sind nicht verpflichtet, die ausgebeuteten Flächen bei Rückgabe aufzufüllen, zu bepflanzen oder zu rekultivieren.

Der beurkundende Notar informierte den Kläger Anfang November 2001 über die Bestellung der Dienstbarkeit, die zwischenzeitlich in das Grundbuch eingetragen worden war. Mit Schreiben vom 21.12.2001, gerichtet an die Beklagten zu 1 und 2, übte der Kläger das Vorkaufsrecht der Gemeinschuldnerin aus. Er verlangt von den Beklagten zu 1 und 2 die Übertragung der Grundstücksfläche im Umfang des eingeräumten Ausbeutungsrechts Zug um Zug gegen Zahlung von 204.516,75 € und von den Beklagten zu 3 und 4 die Bewilligung der Löschung der Dienstbarkeit. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Oberlandesgericht hat ihr stattgegeben. Mit der von ihm zugelassenen Revision erstreben die Beklagten die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

*Aus den Gründen:*

#### I.

Das Berufungsgericht sieht in dem Vertrag zur Bestellung des Ausbeuterechts einen kaufähnlichen Vertrag, der dem Kläger die Ausübung des Vorkaufsrechts der Gemeinschuldnerin eröffne. Angesichts der Vertragslaufzeit von 99 Jahren und der einem Kaufpreis entsprechenden Gegenleistung erweise sich der Vertrag bei wirtschaftlicher Betrachtung als Kauf. Die hiervon formal abweichende Gestaltung sei nur gewählt worden, um das Vorkaufsrecht zu unterlaufen.