

### Gutachten des Deutschen Notarinstituts

Abruf-Nr.: 164904

letzte Aktualisierung: 29. Oktober 2018

### ErbbauRG §§ 5, 6, 15; BGB § 899a; GBO § 29

### Zustimmung zur Veräußerung eines Erbbaurechts durch Eigentümer-GbR

#### I. Sachverhalt

Der Erbbauberechtigte verkauft das Erbbaurecht. Er bedarf dazu der Zustimmung des Grundstückseigentümers. Dies ist eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Insofern sind im Bestandsverzeichnis als Grundstückseigentümer fünf namentlich benannte Personen eingetragen in Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit der Bezeichnung „GbR .....straße 22“.

#### II. Frage

Welche Erfordernisse bestehen in materieller wie formeller Hinsicht bezüglich der Zustimmung nach § 5 ErbbauRG?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Zustimmung des Grundstückseigentümers zur Veräußerung des Erbbaurechts: Allgemeines

Als **Inhalt des Erbbaurechts** kann gem. § 5 Abs. 1 ErbbauRG vereinbart werden, dass die Veräußerung des Erbbaurechts der **Zustimmung des Grundstückseigentümers** bedarf. Solange die Zustimmung zur Veräußerung nicht erteilt wurde, sind gem. § 6 Abs. 1 ErbbauRG sowohl das dingliche Verfügungsgeschäft nach § 11 Abs. 1 S. 1 ErbbauRG i. V. m. § 873 Abs. 1 BGB als auch das zugrunde liegende Verpflichtungsgeschäft **schwebend unwirksam**. Rechtsdogmatisch handelt es sich demnach um **eine einzige Zustimmungserklärung**, die tatbestandlich zunächst ausschließlich an die Veräußerung des Erbbaurechts als **dingliches Rechtsgeschäft** anknüpft. Die **Unwirksamkeit auch des schuldrechtlichen Kaufgeschäfts** ergibt sich mittelbar erst aus der **gesetzlich angeordneten Rechtsfolge** der Genehmigungsverweigerung nach **§ 6 Abs. 1 ErbbauRG** (in diesem Sinne auch MünchKommBGB/Heinemann, 7. Aufl. 2017, ErbbauRG § 6 Rn. 1, 3; Weber, ZWE 2017, 341, 344).

Handelt es sich bei dem Eigentümer des Erbbaugrundstücks, anders als im praktischen Regelfall, in dem die Zustimmung durch eine natürliche Person als Eigentümer abgegeben wird, um eine **GbR**, können sich im Hinblick auf die Zustimmungsberechtigung **unterschiedliche Problemkonstellationen** ergeben, bei denen im Einzelnen wie folgt zu differenzieren ist: Schwierigkeiten beim Vollzug der zustimmungspflichtigen Erbbaurechts-

übertragung können sich zum einen daraus ergeben, dass nach Erteilung der Zustimmung aber vor Eintragung des Erbbaurechtserwerbs im Grundbuch ein formaler **Eigentümerwechsel am Erbbaugrundstück** eingetreten ist, weil das Grundstückseigentum durch rechtsgeschäftlichen Übertragungsakt oder kraft Gesetzes (z.B. durch Anwachsung beim letzten verbleibenden Gesellschafter) auf einen anderen Rechtsträger übergegangen ist (dazu unter Zif. 3). Zum anderen können sich auf Ebene der GbR **Veränderungen im Gesellschafterbestand** ergeben (dazu unter Zif. 4). Diese berühren zwar nicht das Eigentum der GbR am Erbbaugrundstück als solches, beeinflussen aber die Wirksamkeit der in ihrem Namen abgeschlossene Rechtsgeschäfte (auch) in Ansehung des Erbbaugrundstücks. Ein weiterer Problemkreis ist eröffnet, wenn der Eigentümer selbst oder die als Gesellschafter einer Eigentümer-GbR gem. § 47 Abs. 2 GBO eingetragenen Personen im **Grundbuch des Erbbaugrundstücks unrichtig** ausgewiesen werden (dazu unter Zif. 5).

## 2. Rechtsnatur des Zustimmungsvorbehalts

Entscheidend für die Beantwortung aller vorstehend aufgeworfenen Problemstellungen ist dabei zuvorderst die **Bestimmung des für die Zustimmungsberechtigung maßgeblichen Zeitpunkts**. Letzterer steht, ebenso wie die Frage der Widerruflichkeit einer einmal erteilten Zustimmung, in engem Zusammenhang mit der rechtsdogmatischen Einordnung der Zustimmungserklärung.

Welche **Rechtsnatur** der Zustimmungsvorbehalt hat, war und ist im Einzelnen umstritten. Während die traditionelle Auffassung davon ausgeht, dass es sich bei § 5 Abs. 1 ErbbauRG um eine kraft gesetzlicher Anordnung ausnahmsweise zulässige **rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkung** i. S. d. § 137 BGB handelt (vgl. OLG Köln MittRhNotK 1996, 275; OLG Düsseldorf MittRhNotK 1996, 276; OLG Celle NZM 2005, 260; v. Oefele/Winkler/Schlögel, Handbuch des Erbbaurechts, 6. Aufl. 2016, § 4 Rn. 183), geht die mittlerweile h. M. in der Literatur davon aus, dass § 5 ErbbauRG keine Verfügungsbeschränkung i.e.S. sondern eine Beschränkung des Rechtsinhalts des Erbbaurechts und damit eine sog. **Fungibilitätsbeschränkung** darstellt (Kessler, RNotZ 2005, 543, 547; Staudinger/Rapp, §§ 5-7 ErbbauRG Rn. 1; Bauer/v. Oefele/Kössinger, GBO, 3. Aufl. 2013, § 19 Rn. 202 f.; Weber, ZWE 2017, 341, 344 f.). Eine notwendige Konsequenz der letztgenannten Auffassung besteht dabei insbesondere darin, dass § 183 BGB auf die einmal erteilte Zustimmung allenfalls eingeschränkt anzuwenden ist und diese grundsätzlich wirksam wird und bleibt, sobald das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft wirksam geworden ist. Insbesondere führt eine nachträgliche Veränderung in der Person des Zustimmungsberechtigten unabhängig vom Zeitpunkt der Antragsstellung beim Grundbuchamt (dazu s.u.) nicht zur nachträglichen Unwirksamkeit der nach § 5 Abs. 1 ErbbauRG erteilten Zustimmung (eingehend Kessler, RNotZ 2005, 543, 547; Weber, ZWE 2017, 341, 344 f.).

Nachdem der **BGH** in einer älteren Entscheidung offenbar der Auffassung von der Einordnung des § 5 Abs. 1 ErbbauRG als bloßer Verfügungsbeschränkung gefolgt ist (BGH NJW 1963, 36), ist er von dieser Betrachtung in seiner Entscheidung vom 29.6.2017 (V ZB 144/16, DNotI-Report 2017, 150 = MDR 2017, 1237 Rn. 13) der Sache nach abgerückt. Zwar hat der BGH die umstrittene Frage der dogmatischen Einordnung des Zustimmungsvorbehalts als Verfügungsbeschränkung auch hier ausdrücklich offengelassen. Im Ergebnis hat er jedoch entschieden, dass die einmal erteilte Zustimmung des Grundstückseigentümers **unwiderruflich** wird, sobald die **schuldrechtliche Vereinbarung** über die Veräußerung **wirksam** geworden ist (BGH DNotI-Report 2017, 150 = MDR 2017, 1237 Rn. 13). Die Argumentation des BGH beruht dabei nicht auf der Rechtsnatur des Zustimmungsvorbehalts, sondern stützt sich im Wesentlichen auf eine Anwendung des § 183 S. 1 HS. 2 BGB. Hiernach soll ein Widerruf der Zustimmung deshalb ausgeschlossen sein,

weil sich aus dem Rechtsverhältnis, das der Erteilung der Einwilligung zugrunde liegt, etwas anderes ergibt (BGH, a.a.O. Rn. 14). Dabei stellt der BGH auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Erbbauberechtigten und dem Grundstückseigentümer ab, mithin also auf den Erbbaurechtsvertrag. Die Unwiderruflichkeit der Zustimmung sei daraus abzuleiten, dass der Eigentümer dem **Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäft** nach der Konzeption des Gesetzgebers **nur einheitlich zustimmen** können solle (BGH, Rn. 15). Dies ergäbe sich auch aus der Rechtsfolgenanordnung des § 6 Abs. 1 ErbbauRG der erkennen ließe, dass dem Gesetz in besondere Weise an einem **Gleichlauf von schuldrechtlichem Kausalgeschäft und dinglichem Verfügungsgeschäft** gelegen sei. Der Erbbauberechtigte solle davor geschützt werden, das schuldrechtliche Kausalgeschäft erfüllen zu müssen, ohne auch das dingliche Rechtsgeschäft über die Übertragung des Erbbaurechts erfüllen zu können (BGH, Rn. 16). Es sei mit diesem Ziel nicht vereinbar, wenn die Veräußerungszustimmung mit Blick auf das Verfügungsgeschäft widerruflich sei, nachdem das Verpflichtungsgeschäft bereits wirksam und bindend geworden sei. Insbesondere sei auch nicht anzunehmen, dass der Widerruf der Genehmigung des Verfügungsgeschäfts rückwirkend auch zum Fortfall des bereits wirksam gewordenen Verpflichtungsgeschäfts führe (BGH, Rn. 17). Auch der Sinn und Zweck der §§ 5, 6 ErbbauRG erfordere es nicht, dem Zustimmungsberechtigten den Widerruf der Zustimmung zu ermöglichen. Der Zustimmungsberechtigte sei ausreichend geschützt, wenn er vor der erstmaligen Erteilung der Zustimmung prüfen könnte, ob berechtigte Gründe für die Verweigerung der Zustimmung vorliegen (BGH, Rn. 19).

### 3. Wechsels in der Person des zustimmungsberechtigten Eigentümers

Zustimmungsberechtigt ist der **jeweilige Eigentümer** des Erbbaurechtsgrundstücks (MünchKommBGB/Heinemann, § 5 ErbbauRG Rn. 3). Maßgeblich ist dabei grundsätzlich eine **materiell-rechtliche Beurteilung** der Eigentumsverhältnisse.

Auf welchen **Zeitpunkt** für die Zustimmungsberechtigung abzustellen ist und wie sich insbesondere ein **Wechsel in der Person des Grundstückseigentümers** nach Erteilung der Zustimmung auf deren Fortbestand auswirkt, solange das dingliche Rechtsgeschäfts noch nicht durch Eintragung im Grundbuch vollzogen wurde, ist hierbei mangels unmittelbar einschlägiger höchstrichterlicher Rechtsprechung nach wie vor nicht abschließend geklärt. Die **Rechtslage** muss insoweit als **unsicher** bezeichnet werden.

Auf der Basis der **traditionellen Lehre** des § 5 ErbbauRG als Verfügungsbeschränkung ist die Rechtsprechung bislang davon ausgegangen, dass ein **Wechsel des Eigentümers** nach erteilter Zustimmung zur Erbbaurechtsveräußerung erst dann **unbeachtlich** ist, wenn der **Antrag auf Umschreibung** des Erbbaurechts beim **Grundbuchamt** eingegangen ist (§ 878 BGB analog, vgl. OLG Köln MittRhNotK 1996, 275; OLG Düsseldorf MittRhNotK 1996, 276; in diesem Sinne bspw. auch Ingenstau/Hustedt, ErbbauRG, 10. Aufl. 2014, § 5 Rn. 20 f.). Nach der Begründung der BGH-Entscheidung vom 29.6.2017 spricht jedoch Vieles dafür, dass der BGH auch insoweit die traditionelle Auffassung der Verfügungsbeschränkung eingrenzen wird. Dem BGH kommt es entscheidend darauf an, dass schuldrechtliches Verpflichtungsgeschäft und dingliches Erfüllungsgeschäft nach dem Normzweck von §§ 5 Abs. 1, 6 Abs. 1 ErbbauRG nur gemeinsam miteinander stehen und fallen können. Es ist zu verhindern, dass der Veräußerer des Erbbaurechts schuldrechtlich zu etwas verpflichtet ist, was er auf dinglicher Ebene wegen eines Wegfalls der Zustimmung nicht mehr erfüllen könnte. Diese Erwägung trifft auch auf den Fall zu, in dem der Eigentümer des Erbbaugrundstücks nach der einmal erteilten Zustimmung zur Erbbaurechtsveräußerung wechselt. Um Friktionen zu vermeiden, müsste man auch insoweit dem Normzweck der Vorschriften Rechnung tragen und für die Person des Zustimmungsberech-

tigten auf diejenige Person abzustellen, die im Zeitpunkt zustimmungsberechtigt ist, in dem das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft wirksam wird.

Für einen Wegfall der Zustimmung könnte allenfalls der Umstand sprechen, dass es sich beim Erwerber des Erbbaugrundstücks um eine andere Person handelt, mithin ein Dritter betroffen ist, dem es auch nicht möglich ist, aus dem Grundbuch selbst unmittelbar zu ersehen, dass eine Zustimmung zur Veräußerung des Erbbaurechts bindend erteilt worden ist. Diese Erwägung streitet allerdings nicht zwingend dafür, einen Wegfall der vom Rechtsvorgänger erteilten Zustimmung zur Erbbaurechtsveräußerung anzunehmen. Denn der Erwerber des Erbbaugrundstücks tritt in das Rechtsverhältnis mit dem Erbbauberechtigten und dem Veräußerer des Erbbaurechts ein und ist an den **Inhalt** des **Erbbaurechts gebunden**. Wenn aber der Inhalt des Erbbaurechts festlegt, dass eine einmal erteilte Zustimmung zur Veräußerung des Erbbaurechts nicht durch einen späteren Wechsel in der Person des Eigentümers oder durch einen Widerruf unwirksam wird, ist auch der Erwerber des Erbbaugrundstücks an diese Vereinbarung gebunden. Damit ließe sich auch unter dogmatischen Gesichtspunkten durchaus schlüssig begründen, dass die einmal erteilte Zustimmung zur Veräußerung des Erbbaurechts im Fall der Veräußerung des Erbbaugrundstücks fortauern muss. Es wäre dann Sache des Erwerbers des Erbbaugrundstücks, sich beim Veräußerer über etwaige Zustimmungserklärungen zur Veräußerung des Erbbaurechts zu erkundigen. Wertungsmäßig dürfte sich dies insbesondere auch nicht als eine unzumutbare Belastung für den Erwerber oder eine wesentliche Verschlechterung seiner Rechtsstellung darstellen.

Argumentieren lässt sich insoweit auch mit einer Parallelwertung zur vergleichbaren Problematik eines nachträglichen Eigentümer- bzw. Verwalterwechsels im Anwendungsbereich des Zustimmungsvorbehalts nach § 12 WEG. Auch hinsichtlich dieser Vorschrift, die identisch strukturiert ist wie die Regelungen der §§ 5 Abs. 1, 6 Abs. 1 ErbbauRG, wird ein im Wesentlichen inhaltsgleicher Streit um die dogmatische Einordnung und die daran anknüpfenden Folgen eines nachträglichen Wechsels des Zustimmungsberechtigten geführt (ausf. hierzu etwa Weber, ZWE 2017, 341, 344 f.).

Für den nachträglichen Verwalterwechsel hat der BGH in Zusammenhang mit der Zustimmungserteilung nach § 12 WEG entschieden, dass der Wechsel des Verwalters nach erteilter Zustimmung irrelevant sei, weil dieser als mittelbarer Stellvertreter der Wohnungseigentümer tätig werde, dessen Zustimmungserklärung die Entscheidung der Eigentümer ersetze (BGH NJW 2013, 299, 300). Geht man davon aus, dass die Entscheidung des Verwalters den Beschluss der Wohnungseigentümer ersetzt, muss dies u. E. konsequenterweise ebenfalls für eine Entscheidung der zur Zeit der Zustimmung berechtigten Wohnungseigentümer gelten, zumal deren Rechtsnachfolger gem. § 10 Abs. 4 WEG an den Beschlussinhalt auch ohne entsprechende Grundbucheintragung gebunden sind. Insoweit stellt sich die Situation bei der Veräußerung eines Erbbaurechts allerdings anders dar. Denn hier ist lediglich die Abgabe der Zustimmungserklärung gegenüber dem Erbbauberechtigten als solche erforderlich, der gerade keine vorgelagerte formale Beschlussfassung vorausgeht. Zur Bindung an die einmal erteilte Zustimmung und einer etwaigen Möglichkeit der eingetragenen Wohnungseigentümer, ihre Entscheidung vor Eingang des Umschreibungsantrags durch eine neuerliche Beschlussfassung zu revidieren, positioniert sich der BGH in der vorgenannten Entscheidung jedoch ausdrücklich nicht (offengelassen: BGH NJW 2013, 299, 300). Die dortigen Ausführungen zum Fortbestand der Zustimmung besitzen daher nur beschränkte Aussagekraft für die vorliegende Problemstellung eines nachträglichen Eigentümerwechsels im Anwendungsbereich von § 5 ErbbauRG.

Ungeachtet dessen ist nach unserem Dafürhalten aber bereichsübergreifend sowohl für den Zustimmungsvorbehalt nach § 12 WEG als auch nach § 5 Abs. 1 ErbbauRG die Rechtsan-

sicht zur Einordnung als Fungibilitätsbeschränkung jeweils vorzugswürdig. Demnach kann es für die Wirksamkeit der Zustimmung nicht darauf ankommen, ob nach der wirksam erteilten Zustimmung ein Eigentümerwechsel stattfindet. Die wirksam erteilte einheitliche Zustimmung zum schuldrechtlichen und dinglichen Rechtsgeschäft wird nicht nachträglich wirkungslos. Richtigerweise entfaltet die Zustimmung nach § 12 Abs. 3 WEG bzw. § 6 Abs. 1 ErbbauRG bereits mit ihrem Zugang umfassende Rechtswirkungen, die nicht nachträglich wieder beseitigt werden können (OLG Düsseldorf RNotZ 2011, 417, 418; Palandt/Wicke, § 12 WEG Rn. 11). Nimmt man die Realfolgen der Gegenansicht in den Blick, so zeigt sich, dass der Veräußerer andernfalls stets bis zur Stellung des Eintragungsantrags bangen müsste, dass das Veräußerungsverbot noch einmal „auflebt“ (so BeckOGK-WEG/Skauradszun, Stand: 1.7.2018, § 12 Rn. 5).

#### 4. Veränderungen im Gesellschafterbestand der Eigentümer-GbR

Handelt es sich bei dem Eigentümer des Erbbaugrundstücks um eine **GbR**, liegt die **Zustimmungsbefugnis** seit Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit der GbR bei der **Gesellschaft selbst** und nicht bei deren Gesellschaftern. Der **Gesellschafterbestand** ist lediglich insofern von Bedeutung für die Zustimmungserteilung, als er sich mittelbar auf die **wirksame Vertretung der Gesellschaft bei Abgabe der Zustimmungserklärung** auswirkt.

#### 5. Unrichtigkeit des Erbbaugrundstücksgrundbuchs

Weitere Probleme können sich ergeben, wenn die Eintragungen im Grundbuch des Erbbaugrundstücks nicht mit der tatsächlichen materiellen Rechtslage übereinstimmen. Ist eine GbR als Eigentümerin eingetragen, kann die Unrichtigkeit des Grundbuchs sich dabei zum einen darauf beziehen, dass die Eigentümerstellung der Gesellschaft selbst im Grundbuch unzutreffend ausgewiesen wird. Zum anderen kann die Unrichtigkeit darauf beruhen, dass der Eintragungsvermerk den gem. § 47 Abs. 2 GBO zu verlautbarenden Gesellschafterbestand unzutreffend wiedergibt. Fraglich ist, welche Konsequenzen es in diesen Fällen jeweils für die Wirksamkeit der Eigentümerzustimmung und die Erbbaurechtsveräußerung hat, wenn die Zustimmung zwar von den im Zeitpunkt der Erklärungsabgabe eingetragenen Buchberechtigten erteilt wird, sich später aber die Unrichtigkeit des Grundbuchs herausstellt.

Nach unserem Dafürhalten lassen sich die unter Zif. 3 zur Frage des Eigentümerwechsels angestellten Überlegungen auch in diesem Zusammenhang fruchtbar machen. Denn obgleich die Zustimmungsberechtigung nicht in materiell-rechtlicher Hinsicht nachträglich entfällt, sondern sich lediglich die Verlautbarung der Rechtsstellung des vermeintlichen Zustimmungsberechtigten im Grundbuch nach Erteilung der Zustimmung als unzutreffend herausstellt, ist die Interessenlage in beiden Fällen im Wesentlichen vergleichbar. Entscheidend sind in diesem Zusammenhang u. E. insbesondere folgende Erwägungen:

##### a) Anwendbarkeit der Gutgläubensvorschriften nach §§ 893 Abs. 1 Var. 2, 899a BGB

Wurde die Zustimmungserklärung nicht vom materiell-rechtlich Berechtigten, sondern lediglich vom eingetragenen Bucheigentümer des Erbbaurechtsgrundstücks abgegeben, stellt sich im Ausgangspunkt zunächst die Frage, inwiefern in diesem Fall zum Schutz des Erwerbers des Erbbaurechts hinsichtlich der Zustimmungsberechtigung auf die Vorschriften des gutgläubigen Erwerbs nach §§ 892, 893 BGB sowie § 899a BGB zurückgegriffen werden kann.

Ausdrückliche Stellungnahmen zu dieser grundlegenden Frage konnten wir in Rechtsprechung und Literatur anhand der uns zur Verfügung stehenden Quellen auch nach intensiver Recherche leider nicht ausfindig machen. Die **Rechtslage** muss demnach auch insoweit als **offen** bezeichnet werden.

In der **Kommentarliteratur zu § 5 ErbbauRG** wird teilweise vertreten, dass die **Zustimmungserklärung** des Grundstückseigentümers eine **Verfügung über das Erbbaurechtsgrundstück selbst** beinhalte, aus dessen Eigentums sich die Zustimmungsberechtigung ableitet (MünchKommBGB/Heinemann, § 5 ErbbauRG Rn. 5; OLG Hamm OLGZ 1966, 574, 575 f.). Begründet wird dies nachvollziehbar damit, dass die Zustimmungsberechtigung als untrennbarer Bestandteil des dinglichen Rechtsverhältnisses zwischen Eigentümer und Erbbauberechtigtem zugleich einen wesentlichen Bestandteil des Erbbaugrundstücks i. S. v. § 96 BGB darstelle. Durch die Ausübung der Befugnis werde die Rechtszuständigkeit am Erbbaurecht oder dessen wegen § 33 ErbbauRG für den Eigentümer bedeutsame Belastungssituation verändert und somit unmittelbar auf das dingliche Rechtsverhältnis eingewirkt (vgl. MünchKommBGB/Heinemann, § 5 ErbbauRG Rn. 5). Diese Einordnung ist jedoch **umstritten** und bislang höchststrichterlich nicht bestätigt. Von der wohl überwiegenden Gegenauffassung wird ein Verfügungscharakter zumeist ohne weiteren Begründungsaufwand ausdrücklich verneint (so etwa Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 1784; Staudinger/Rapp, § 7 Rn. 14; Ingenstau/Hustedt, § 5 Rn. 21). Soweit ersichtlich, beziehen sich sämtliche der vorgenannten ablehnenden Stellungnahmen hierbei jedoch ausschließlich auf die Frage der familien-/betreuungsgerichtliche Genehmigungsbefähigung der Zustimmungserteilung bzw. auf die Erforderlichkeit einer Einverständniserklärung des Nacherben bei Erteilung der Zustimmung durch den nicht befreiten Vorerben. Inwiefern sich hieraus uneingeschränkt Rückschlüsse auf die (Nicht-)Anwendbarkeit der §§ 891 ff. BGB ziehen lassen, erscheint daher von vorneherein zweifelhaft.

In den einschlägigen **Kommentierungen zur § 893 BGB** finden sich in diesem Zusammenhang überwiegend allgemeiner gehaltene Aussagen, wonach in Fällen, in denen die **Wirksamkeit einer Verfügung** über ein Grundstück oder über ein Recht an einem Grundstück **unter dem Vorbehalt der Zustimmung eines Dritten** steht, **regelmäßig auch diese Zustimmung selbst eine Verfügung** darstelle (BeckOGK-BGB/Hertel, 1.12.2017, § 893 Rn. 28; Staudinger/Gursky, Neubearb. 2013, BGB § 893 Rn. 28; MünchKommBGB/Kohler, 7. Aufl. 2017, BGB § 893 Rn. 9 jew. m. w. N.). Beispielhaft wird dort vielfach insbesondere auch die Zustimmung des Grundstückseigentümers zur Veräußerung des Erbbaurechts oder zu dessen Belastung nach § 5 ErbbauRG genannt. Weitergehende Erläuterungen oder Belege aus der Rechtsprechung, waren zu dieser These jedoch auch hier nicht auszumachen.

Unabhängig davon, ob man die Zustimmung nach § 5 ErbbauRG als solche dogmatisch als Verfügung über das Erbbaurechtsgrundstück begreift oder ihr als bloßer Mitwirkung an einer Verfügung über das am Grundstück lastende Erbbaurecht einen eigenständigen Verfügungscharakter absprechen möchte, sprechen **u. E.** gute Gründe dafür, die Gutgläubensvorschriften der **§§ 891 ff. BGB (ggf. i. V. m. § 899a BGB)** nicht nur hinsichtlich der Verfügungsbefugnis des im Erbbaurechtsgrundbuch eingetragenen Erbbaurechtsinhabers, sondern darüber hinaus auch auf die Zustimmungserklärung des im Grundstücksgrundbuch ausgewiesenen Eigentümers des Erbbaurechtsgrundstücks **zumindest analog anzuwenden**. Denn ungeachtet ihrer dogmatischen Einordnung leitet sich die Zustimmungsberechtigung des Eigentümers unmittelbar aus dessen dinglicher Rechtsstellung ab, wie sie im Grundbuch verlautbart ist und damit grundsätzlich gem. § 891 BGB an der Publizitätswirkung der Grundbucheintragung teilhat.

Dass sich die Grundbucheintragung, die den maßgeblichen Rechtsscheintatbestand setzt, anders als im gesetzlichen Regelfall nicht im Grundbuch des eigentlichen Verfügungsgegenstandes befindet, sondern an anderer Stelle im Grundbuch desselben Amtsgerichts eingetragen ist, kann hierbei wertungsmäßig betrachtet jedenfalls in der vorliegenden Situation keinen entscheidenden Unterschied machen. Zwar beschränken sich die Vermutungswirkung des § 891 BGB und der Gutgläubensschutz nach §§ 892 f. BGB grundsätzlich auf das Grundbuchblatt, auf dem die Eintragung erfolgt, die die betreffende Verfügung herbeiführen soll (vgl. BeckOGK-BGB/Hertel, § 891 Rn. 15 m. w. N.). In Bezug auf das Erbbaurecht ist jedoch allgemein anerkannt, dass neben dem Erbbaurechtsgrundbuch auch dem Grundstücksgrundbuch entscheidende Bedeutung für die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs des Erbbaurechts zukommt. Hiernach ist für die Bestimmung der Person des Erbbauberechtigten nach einer Veräußerung zwar allein das Erbbaurechtsgrundbuch maßgeblich. Die Vermutung für den Bestand und den Inhalt des Erbbaurechts ist jedoch ausschließlich dem Grundstücksgrundbuch zu entnehmen, während auf das Erbbaurechtsgrundbuch insoweit nur im Umfang einer zulässigen Bezugnahme nach § 14 Abs. 2 ErbbauRG abgestellt werden kann (vgl. BeckOGK-BGB/Hertel, § 891 Rn. 15; Staudinger/Gursky, § 891 Rn. 13; Staudinger/Gursky, § 892 Rn. 24).

Der hinsichtlich der Zustimmungsberechtigung gutgläubige Erwerber des Erbbaurechts ist im Hinblick auf die Zustimmungsberechtigung des Grundstückseigentümers ebenso schutzwürdig wie er es in Bezug auf die Rechtsinhaberschaft im Verhältnis zum Veräußerer ist. Die Anwendung der Gutgläubensvorschriften begründet dabei auch keine unangemessene Benachteiligung des materiell-rechtlich zustimmungsbefugten, wahren Grundstückseigentümers. Denn nach der vom Gesetzgeber getroffenen, grundlegenden Wertentscheidung lassen die Regelungen der §§ 892 ff. BGB weitergehend, jegliche unmittelbare Übertragung, Belastung oder Inhaltsänderung des Grundstückseigentums durch den eingetragenen Buchberechtigten zu.

Die Grundbucheintragung entfaltet dabei eine abstrakte, von der tatsächlichen Einsichtnahme unabhängige Rechtsscheinwirkung zugunsten des gutgläubigen Dritten, der die abweichende materielle Rechtslage nicht positiv kennt (statt aller: Staudinger/Gursky, § 892 Rn. 128). Dem wahren Eigentümer wird zum Schutz des Rechtsverkehrs zugemutet, mit Hilfe seines Grundbuchberichtigungsanspruchs nach § 894 Abs. 1 BGB eine Korrektur der formellen Rechtslage herbeizuführen. Für die Dauer der Anspruchsdurchsetzung kann er sich dabei durch die Eintragung eines Widerspruchs gem. § 899 BGB vor zwischenzeitlichen Verfügungen des Buchberechtigten schützen. Diese Richtigstellung dürfte ihm im Hinblick auf die Bedeutung der Eigentümerzustimmung nach § 5 ErbbauRG für die wirksame Übertragung des Erbbaurechts auch bzgl. seiner mit dem Eigentum notwendig verbundenen Zustimmungsberechtigung zumutbar sein.

Wird die GbR im Grundbuch unzutreffend als Eigentümer ausgewiesen, darf der Erwerber des Erbbaurechts demnach unter den Voraussetzungen der §§ 892 f. BGB auf die Zustimmungsberechtigung der GbR vertrauen, solange er keine positive Kenntnis von der Unrichtigkeit der Eintragung hat und im Grundbuch des Erbbaugrundstücks kein entsprechender Widerspruch eingetragen ist.

Nichts anderes kann dabei für den erweiterten Anwendungsbereich der Gutgläubensvorschriften nach § 899a BGB i. V. m. § 47 Abs. 2 GBO hinsichtlich der Mitgliedschaft der namentlich aufgeführten GbR-Gesellschafter und deren gesetzlicher Vertretungsbefugnis nach §§ 709, 714 BGB gelten. Ist der Gesellschafterbestand im Grundbuch unzu-

treffend wiedergegeben, wird die Gesellschaft bei Rechtsgeschäften in Ansehung des eingetragenen Rechts gleichwohl wirksam vertreten, wenn sämtliche eingetragenen Personen für die Gesellschaft gehandelt haben und die tatbestandlichen Voraussetzungen der §§ 892 f. BGB bezogen auf die Gesellschafterstellung im Übrigen vorliegen.

Als **maßgebliches Rechtsgeschäft i. S. v. § 893 BGB** ist dabei nicht die Veräußerung des Erbbaurechts, sondern die **Eigentümergebilligung** als solche anzusehen. Unter Wertungsgesichtspunkten **teilt die Zustimmung dabei den Verfügungscharakter des zustimmungsbedürftigen Rechtsgeschäfts**. Wir weisen jedoch ausdrücklich darauf hin, dass die **Rechtslage** in Ermangelung höchstrichterlicher Rechtsprechung insoweit als **unsicher** bezeichnet werden muss.

## b) Maßgeblicher Zeitpunkt für die Gutgläubigkeit des Erbbaurechtserwerbers

Geht man mit vorstehenden Erwägungen von der grundsätzlichen Anwendbarkeit der Gutgläubigkeitsvorschriften aus, stellt sich im Anschluss daran jedoch die Frage, auf welchen **Zeitpunkt** insoweit für die **Gutgläubigkeit des Erbbaurechtserwerbers** anzuknüpfen ist.

Auch insoweit erschließt sich die Lösung in konsequenter Fortführung der dogmatischen Einordnung des Zustimmungsvorbehalts und dem daraus abgeleiteten maßgeblichen Zeitpunkt für die Zustimmungsberechtigung.

### aa) Traditionelle Auffassung: Veräußerungsbeschränkung

Im Anschluss an die traditionelle Lehre der Veräußerungsbeschränkung müsste man auch insoweit davon ausgehen, dass grundsätzlich auf das **Wirksamwerden des zustimmungspflichtigen dinglichen Erwerbsgeschäfts** abzustellen ist. Möglich dürfte in diesem Fall jedoch nach allgemeinen Grundsätzen eine **Vorverlagerung** des für die Gutgläubigkeit maßgeblichen Zeitpunkts **gem. § 892 Abs. 2 BGB** sein.

Maßgeblich ist nach der Konzeption des Gesetzes im direkten Anwendungsbereich von §§ 892 f. BGB grundsätzlich die Vollendung des Erwerbstatbestandes (BeckOGK-BGB/Hertel, § 892 Rn. 83 m. w. N.). Für den praktischen Regelfall, in dem zum wirksamen Rechtserwerb gem. § 873 Abs. 1 BGB neben der dinglichen Einigung auch die Eintragung des Erwerbers im Grundbuch erforderlich ist, normiert **§ 892 Abs. 2 BGB** jedoch ausdrücklich eine Vorverlagerung des maßgeblichen Beurteilungszeitpunkts auf die **Antragsstellung im Grundbuchverfahren**. Der Grund hierfür liegt in der nachvollziehbaren Erwägung des Gesetzgebers, dass Verzögerungen im behördlichen Eintragungsverfahren, die allein aus der Sphäre des Grundbuchamts stammen und auf die die Vertragsparteien naturgemäß keinerlei Einfluss nehmen können, sich bei Vorliegen aller sonstigen Wirksamkeitsvoraussetzungen nicht zum Nachteil des Erwerbers auswirken sollen (vgl. hierzu etwa BeckOGK-BGB/Hertel, § 892 Rn. 84).

Eine darüber hinausgehende **Erweiterung des Gutgläubigkeitsschutzes durch Eintragung einer Vormerkung** dürfte auf Basis der traditionellen Lehre demgegenüber **ausscheiden**. Zwar ist der Erwerber bei Eintragung einer Vormerkung aufgrund der umfassenden dinglichen Vorwirkung des Sicherungsinstruments grundsätzlich auch vor einer nachträglichen Bösgläubigkeit geschützt, die im Anschluss an die Stellung des auf die Vormerkung bezogenen Eintragungsantrages eintritt (BeckOGK-



BGB/Hertel, § 892 Rn. 89). Begreift man den Zustimmungsvorbehalt aber als klassische Veräußerungsbeschränkung, entfaltet die Zustimmungserklärung ihre Wirkungen von vorneherein erst mit der Stellung des Antrags auf Umschreibung des Erbbaurechts gem. § 878 BGB bzw. § 892 Abs. 2 BGB. Erst in diesem Zeitpunkt steht fest, wer als tatsächlicher Rechtsinhaber oder Buchberechtigter (unter den weiteren Voraussetzungen der §§ 892 f. BGB) die Zustimmung erteilen kann. Verweigert die betreffende Person die Zustimmungserteilung, ist die schuldrechtliche Verpflichtung zur Übertragung des Erbbaurechts endgültig unwirksam, so dass der eingetragenen Vormerkung ihre Grundlage entzogen wird. Da unter diesen Umständen kein sicherungsfähiger Anspruch existiert, wäre die Vormerkung wegen Unrichtigkeit des Grundbuchs zu löschen und könnte daher auch unter Gutgläubensgesichtspunkten keine erweiterten Schutzwirkungen mehr entfalten.

#### **bb) Zustimmungsvorbehalt als Fungibilitätsbeschränkung/Folgen der neueren BGH-Rechtsprechung**

Folgt man hingegen der auch von uns befürworteten Literaturauffassung, wonach der Zustimmungsvorbehalt als Fungibilitätsbeschränkung einzustufen ist, liegt die maßgebliche Vollendung des in § 893 BGB bezeichneten Rechtsgeschäfts bereits in der Abgabe der Zustimmungserklärung, die mit Zugang beim Erklärungsempfänger sowohl in Ansehung der dinglichen als auch der schuldrechtlichen Vereinbarungen zur Erbbaurechtsveräußerung wirksam wird und den zustimmenden Eigentümer endgültig bindet. Damit wäre auch für die Gutgläubigkeit des Erbbaurechtserwerbers von vorneherein allein auf den Zeitpunkt der Abgabe der Zustimmungserklärung und die in diesem Zeitpunkt im Grundbuch verlautbarte Zustimmungsberechtigung abzustellen. Auf die Vorschrift des § 892 Abs. 2 BGB oder die Möglichkeit einer Vorverlagerung des Gutgläubensschutzes durch Eintragung einer Vormerkung käme es in diesem Fall nicht mehr an, da die Vollendung des Rechtsgeschäfts mit der zeitlich vorausgehenden Zustimmung regelmäßig bereits eingetreten ist oder bei späterer Zustimmungserteilung ohnehin der Zeitpunkt der nachfolgenden Erklärungsabgabe maßgeblich wäre. Zu diesem Ergebnis dürfte man u. E. auch unter Zugrundelegung der vorstehende dargestellten neueren BGH-Rechtsprechung gelangen. Denn auch insofern trägt der Gedanke einer einheitlichen Zustimmungserteilung, die aus Gründen der Rechtssicherheit bereits mit Wirksamwerden des schuldrechtlichen Rechtsgeschäfts bindend sein soll.

#### **c) Nachweiserfordernisse gegenüber dem Grundbuchamt**

Die Vermutungswirkung der §§ 893, 899a BGB greift dabei nach heute allgemeiner Auffassung auch im Verhältnis zum Grundbuchamt. Weitergehende Nachweise über die Zustimmungsberechtigung der GbR oder der Vertretungsbefugnis ihrer im Grundbuch eingetragenen Gesellschafter können daher nicht verlangt werden, sofern dem Grundbuchamt nicht die Unrichtigkeit des Grundbuchs bekannt ist. Die bloße theoretische Möglichkeit eines Gesellschafterwechsels genügt hierzu gerade nicht.

### **6. Schlussfolgerung**

Angewendet auf den vorliegenden Sachverhalt bedeutet dies unseres Erachtens, dass der Erbbaurechtserwerber gem. §§ 899a i. V. m. 893 Abs. 1 Var. 2 BGB in seinem guten Glauben an die Zustimmungsberechtigung der GbR und die Vertretungsbefugnis der im Grundbuch gem. § 47 Abs. 2 GBO verlautbarten Gesellschafter geschützt ist, sofern sämtliche ein-

getragenen Gesellschafter die Zustimmungserklärung in Übereinstimmung mit §§ 714, 709 BGB gemeinschaftlich abgeben. Sollte sich die Eintragung später als unzutreffend erweisen, sollte eine nachträgliche Bösgläubigkeit des Erwerbers unter Zugrundelegung der in der BGH-Entscheidung vom 29.6.2017 zum Ausdruck gebrachten Bindungswirkung der einheitlichen Zustimmungserteilung das Wirksamwerden sowohl der Verfügung als auch des Kausalgeschäfts nicht mehr hindern, sobald die Zustimmungserklärung den Beteiligten zugegangen ist. Ausdrücklich zu diesen spezifischen Rechtsproblemen Stellung bezogen hat, soweit für uns ersichtlich bislang jedoch weder der BGH noch die Instanzenrechtsprechung. Es lässt sich daher kaum zuverlässig vorhersagen, ob ein mit der Sache befasstes Gericht im Falle eines Rechtsstreits ggf. zu einer abweichenden Beurteilung gelangen würde.

Ob im Hinblick auf die vorstehend skizzierten Rechtsunsicherheiten ggf. ein berechtigtes Sicherheitsinteresse für die Einschaltung eines Notaranderkontos besteht (§ 57 Abs. 2 Nr. 1 BeurkG), vermögen wir nicht abschließend zu beurteilen, zumal wir zu Fragen des notariellen Berufsrechts und der Zulässigkeit eines Notaranderkontos nach unseren Leistungsgrundsätzen i. d. F. vom 1.7.2004 (abgedruckt im Jahresregister 2015/2016, S. XXIII, Beilage zu DNotI-Report 6/2017) keine Stellung nehmen können.