

Gutachten des Deutschen Notarinstituts

Abruf-Nr.: 164883

letzte Aktualisierung: 21. Dezember 2018

ErbbauRG §§ 2, 5, 7

Zahlung an den Grundstückseigentümer im Falle der Vermietung bzw. Verpachtung ohne Zustimmung des Eigentümers und dingliche Sicherung durch Höchstbetragshypothek; Verweigerung der Zustimmung zur Veräußerung bei Nichteintritt in schuldrechtliche Verpflichtungen aus dem Erbbaurechtsvertrag

I. Sachverhalt

Ein Eigentümer möchte ein Erbbaurecht zu einem relativ günstigen Erbbauzins vergeben, der unter dem Marktwert liegt.

Er möchte verhindern, dass der Erbbauberechtigte das Erbbaurecht ohne seine Zustimmung weiter vermietet oder verpachtet und somit den auf dem Markt erzielbaren Mietzins als eigenen Gewinn realisiert.

Ein Heimfall für den Fall der Vermietung bzw. Verpachtung ohne Zustimmung des Eigentümers soll nicht vereinbart werden. Stattdessen soll der Erbbauberechtigte schuldrechtlich verpflichtet werden, im Falle einer Vermietung bzw. Verpachtung ohne Zustimmung des Eigentümers einen bestimmten Prozentsatz der Nettomiete bzw. -pacht an den Eigentümer auszuführen, und dies durch eine Höchstbetragshypothek im Rang nach der Erbbauzinsreallast gesichert werden.

II. Fragen

1. Wäre eine derartige Vereinbarung und Absicherung rechtlich zulässig?
2. Kann der Grundstückseigentümer, wenn zur Veräußerung des Erbbaurechts nach § 5 Abs. 1 ErbbRG seine Zustimmung erforderlich ist (und dies auch für den Zuschlag in der Zwangsversteigerung gilt), die Erteilung der Zustimmung davon abhängig machen, dass der Ersteher (außer in die sonstigen schuldrechtlichen Vereinbarungen im Erbbaurechtsvertrag) auch in die vorbezeichnete schuldrechtliche Mietauszahlungsverpflichtung eintritt?

III. Zur Rechtslage

1. Schuldrechtliche Vereinbarung und dingliche Sicherung

Gem. § 2 Nr. 1 ErbbauRG gehören zum Inhalt des Erbbaurechts auch Vereinbarungen des Grundstückseigentümers und des Erbbauberechtigten über die **Verwendung des Bauwerkes**. Aufgrund des Zwecks des ErbbauRG, den sozialen Wohnungsbau zu fördern und

verfügbaren Baugrund optimal auszunutzen, ist der Begriff „Verwendung des Bauwerks“ **weit auszulegen** (Hustedt, in: Ingenstau/Hustedt, ErbbauRG, 10. Aufl. 2014, § 2 Rn. 29; v. Oefele/Winkler/Schlögel, Handbuch des Erbbaurechts, 6. Aufl. 2016, § 4 Rn. 55). Nach wohl h. M. nicht hierunter fällt jedoch eine Vereinbarung, nach welcher **für den Abschluss von Mietverträgen über das Bauwerk generell die Zustimmung des Grundstückseigentümers erforderlich** ist (BayObLG NJW-RR 2002, 885; Hustedt, § 2 Rn. 30; v. Oefele/Winkler/Schlögel, § 4 Rn. 58; Staudinger/Rapp, BGB, 2017, § 2 ErbbauRG Rn. 15; MünchKommBGB/Heinemann, 7. Aufl. 2017, § 2 ErbbauRG Rn. 16; a. A. Palandt/Wicke, BGB, 77. Aufl. 2018, § 2 ErbbauRG Rn. 3). Nach der vorzitierten Entscheidung des BayObLG würde es dem **Wortlaut und dem Sinn der Vorschrift widersprechen**, wenn eine Abrede über ein generelles Mitspracherecht des Grundstückseigentümers beim Abschluss eines jeden Miet- oder Pachtvertrags zum eintragungsfähigen Inhalt des Erbbaurechts gemacht werden könnte (BayObLG 2002, 885, 886). Ein generelles Mitspracherecht hinsichtlich der Vermietung betrifft lediglich die tatsächliche Nutzung des Bauwerks, nicht aber die rechtliche Konstruktion (MünchKommBGB/Heinemann, 7. Aufl. 2017, § 2 ErbbauRG Rn. 16).

Nach allgemeiner Meinung kann eine solche Zustimmungspflicht – so wie es vorliegend auch geschehen soll – aber **schuldrechtlich vereinbart** werden (statt aller: v. Oefele/Winkler/Schlögel, § 4 Rn. 58). Dass daneben auch die Möglichkeit der dinglichen Sicherung mittels **Heimfall** möglich wäre (v. Oefele/Winkler/Schlögel, § 4 Rn. 58), ist irrelevant, da es den Beteiligten möglich ist, statt einer dinglichen auch eine schuldrechtliche Vereinbarung zu wählen, soweit es sich bei der zu regelnden Materie nicht um zwingenden Inhalt des Erbbaurechts handelt.

Fraglich ist, ob darüber hinaus auch vereinbart werden darf, dass bei Verstoß, also bei Vermietung bzw. Verpachtung ohne Zustimmung, eine **Zahlung an den Grundstückseigentümer** zu tätigen ist. U.E. dürfte es sich hierbei um eine Vertragsstrafe i. S. d. § 339 S. 2 BGB handeln, die im Zeitpunkt der Zuwiderhandlung entsteht („verwirkt“).

Grundsätzlich sind die Vertragsparteien aufgrund des **Grundsatzes der Vertragsfreiheit** in der Ausgestaltung zusätzlicher schuldrechtlicher Vereinbarungen nicht beschränkt. Eine Grenze findet diese Freiheit aber bei einem **Verstoß gegen zwingende sachenrechtliche Vorschriften** (v. Oefele/Winkler/Schlögel, § 2 Rn. 4) und insb. dann, wenn die betreffende Vereinbarung im **Widerspruch zu zwingenden Vorschriften des ErbbauRG** steht (Hustedt, § 1 Rn. 4). Entgegen der freien Veräußerlich- und Vererblichkeit (vgl. § 1 Abs. 1 ErbbauRG) gehört die **freie Vermietbarkeit** nicht zum Wesen des Erbbaurechts. Letztere ist daher **ohne weiteres einschränkbar**. Darüber hinaus darf die Vereinbarung auch **nicht gegen die guten Sitten verstoßen** (v. Oefele/Winkler/Schlögel, § 4 Rn. 6). Vorliegend wird das Erbbaurecht zu einem relativ günstigen Erbbauzins vergeben, der unter dem Marktwert liegt. Es benachteiligt den derart bevorzugten Erbbauberechtigten nicht, wenn er aus dieser Tatsache keinen Gewinn erzielen kann durch Vermietung bzw. Verpachtung zu einem dem Marktwert entsprechenden Miet- bzw. Pachtzins. **Sittenwidrigkeit i. S. d. § 138 BGB ist daher u. E. fernliegend.**

Vertragsstrafenabreden stehen darüber hinaus in besonderem Maße unter dem aus § 242 BGB fließenden **Gebot von Treu und Glauben** (MünchKomm-BGB/Gottwald, 7. Aufl. 2016, § 339 Rn. 42). Allerdings bezieht sich dies nicht grundsätzlich auf die Wirksamkeit der Vereinbarung einer Vertragsstrafe an sich, sondern lediglich auf deren **Ausübung** (vgl. MünchKomm-BGB/Gottwald, 7. Aufl. 2016, § 339 Rn. 44 ff.) bzw. deren **Höhe** (vgl. BGH NJW 2009, 1882). Nach dem BGH kommt es bei der Bemessung der Höhe der Vertragsstrafe in erster Linie regelmäßig – unter Berücksichtigung von Schwere und

Ausmaß der Zuwiderhandlung – auf den **Sanktionscharakter der Vertragsstrafe** und deren **Funktion** an, **weitere Zuwiderhandlungen zu verhüten**, ferner auf die **Gefährlichkeit der Zuwiderhandlung für den Gläubiger**, auf das **Verschulden des Verletzers** und – gegebenenfalls – auf die **Funktion der Vertragsstrafe als pauschalierter Schadensersatz** (BGH NJW 1994, 45). Ob die vereinbarte Strafe im Einzelfall angemessen ist, kann vom DNotI mangels diesbezüglicher Angaben im Sachverhalt nicht festgestellt werden. Eine unangemessene Höhe würde aber auch nicht zur Unwirksamkeit der Vereinbarung an sich, sondern lediglich zur **Herabsetzung der Strafe nach § 343 S. 1 BGB** führen, soweit nicht Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen §§ 134, 138 BGB gegeben sind (MünchKomm-BGB/Gottwald, 7. Aufl. 2016, § 343 Rn. 8).

Im Übrigen ist auch ein Verstoß gegen **§ 309 Nr. 6 BGB** vorliegend nicht zu befürchten. Zum einen ist schon fraglich, ob es sich bei der entsprechenden Klausel tatsächlich um eine **Allgemeine Geschäftsbedingung i. S. d. §§ 305 ff. BGB** handelt, zum anderen sind Vertragsstrafeklauseln nach § 309 Nr. 6 BGB nur dann unwirksam, wenn sie die Strafe an einen der vier in der Norm genannten Tatbestände, also **Nichtabnahme** und **verspätete Abnahme**, **Zahlungsverzug** und **Vertragslösung** anknüpfen (BeckOGK-BGB/Weiler, Std: 1.5.2018, § 309 Nr. 6 Rn. 67). Vorliegend tritt die Verwirkung der Strafe jedoch mit der **Zuwiderhandlung gegen eine vertragliche Unterlassenspflicht** ein, sodass § 309 Nr. 6 BGB schon aus diesem Grund nicht einschlägig ist.

Gründe, weshalb die bedingte Zahlungsverpflichtung nicht schuldrechtlich vereinbart werden könnte, sind somit nicht ersichtlich.

Auch gegen die geplante **dingliche Sicherung mittels Höchstbetragshypothek** bestehen unserer Auffassung nach grundsätzlich **keine Bedenken**. Die sich aus schuldrechtlichen Vereinbarungen ergebenden Ansprüche können dinglich mittels (Sicherung-)Hypothek gesichert werden, **wenn die allgemeinen sachenrechtlichen Voraussetzungen hierfür gegeben sind** (v. Oefele/Winkler/Schlögel, § 4 Rn. 6; OLG Hamm OLGZ 1976, 260, 262). **Gem. § 1190 Abs. 1 S. 1 BGB** kann eine Hypothek in der Weise bestellt werden, dass nur der Höchstbetrag, bis zu dem das Grundstück haften soll, bestimmt, i. Ü. die Feststellung der Forderung vorbehalten wird. Eine solche Hypothek gilt nach § 1190 Abs. 3 BGB als **Sicherungshypothek**. Da vorliegend die Forderung hinsichtlich ihres Entstehens und ihrer Höhe unbestimmt ist, dürfte die Höchstbetragshypothek ihrem Zweck nach das **geeignete Sicherungsmittel** sein (vgl. MünchKommBGB/Lieder, 7. Aufl. 2017, § 1190 Rn. 4). Soweit die Sicherungshypothek im Rang nach der Erbbauzinsrealast bestellt wird, besteht auch nicht die Gefahr des Untergangs des Erbzinsanspruchs in Folge der Zwangsversteigerung.

Probleme könnten sich jedoch dann ergeben, wenn der Erbbauberechtigte das **Erbbaurecht ohne Zustimmung des Grundstückseigentümers vermietet oder verpachtet** und das **Erbbaurecht anschließend verkauft**, wobei der Erwerber in den bestehenden Miet- bzw. Pachtvertrag eintritt. Letzteres ergibt sich aus den **Verweisungen in § 11 Abs. 1 S. 1 ErbbauRG und § 30 Abs. 1 ErbbauRG**, die die Vorschriften über den Eigentümerwechsel und damit auch § 566 Abs. 1 BGB für entsprechend anwendbar erklären (BeckOGK-BGB/Harke, Std: 1.7.2018, § 566 Rn. 11). Soweit der Erwerber nicht in die schuldrechtlichen Verpflichtungen eintreten müsste (s. hierzu nachstehend Ziff. 2), würde er auch nicht Schuldner des gesicherten Anspruchs (Zahlung der Vertragsstrafe) werden, sodass es zu einem (rechtlich zulässigen, BeckOGK-BGB/Kern, Stand: 1.7.2018, § 1113 Rn. 113) **Auseinanderfallen von Forderungsschuldner und Eigentümer des Belastungsgegenstands** käme. U.E. dürfte nämlich eine Auslegung der geplanten Vereinbarung zwischen dem Grundstückseigentümer und dem (jetzigen) Erbbauberechtigten nicht ergeben, dass die Verpflichtung zur Zahlung der Vertragsstrafe dann enden soll, wenn

der Anspruch auf den Mietzins einem anderen zusteht. Es liegt jedoch nahe, dass der veräußernde Erbbauberechtigte nach der Veräußerung seiner (weiter bestehenden) Verpflichtung zur Zahlung der Vertragsstrafe nicht mehr nachkommen wird, sodass der Grundstückseigentümer die Zwangsvollstreckung in das Erbbaurecht zulasten des neuen Erbbaurechtsberechtigten betreiben könnte. Aus diesem Grund dürfte der neue Erbbauberechtigte ein großes Interesse daran haben, die schuldrechtlichen Verpflichtung zur Zahlung der Vertragsstrafe (soweit diese denn bereits besteht) zu übernehmen. Dies wiederum gewährt dem Grundstückseigentümer insoweit Sicherheit, als er bei Nichtübernahme der Zahlungsverpflichtung (und Nichtzahlung) jedenfalls aus der Höchstbetragshypothek vollstrecken könnte.

2. Zustimmung zur Veräußerung

Gem. **§ 5 Abs. 1 ErbbauRG** kann als Inhalt des Erbbaurechts auch vereinbart werden, dass der Erbbauberechtigte zur Veräußerung des Erbbaurechts der **Zustimmung des Grundstückseigentümers** bedarf. Nach **§ 7 Abs. 1 S. 1 ErbbauRG** hat der Erbbaurechtsberechtigte dann einen **Anspruch auf Erteilung der Zustimmung zur Veräußerung**, wenn anzunehmen ist, dass durch die Veräußerung der mit der Bestellung des Erbbaurechts verfolgte **Zweck nicht wesentlich beeinträchtigt oder gefährdet** wird, und dass die Persönlichkeit des Erwerbers Gewähr für eine ordnungsmäßige Erfüllung der sich aus dem Erbbaurechtsinhalt ergebenden Verpflichtungen bietet. Dieser Anspruch ist gem. **§ 7 Abs. 3 ErbbauRG** dadurch gerichtlich durchsetzbar, dass die Zustimmung auf Antrag durch das Amtsgericht ersetzt werden kann.

Fraglich ist, ob dann, wenn die schuldrechtliche Verpflichtung dazu, eine Vermietung oder Verpachtung nicht ohne Zustimmung des Grundstückseigentümers vorzunehmen, und im Fall des Verstoßes eine wiederkehrende Zahlung zu leisten, nicht übernommen wird, **der mit der Bestellung des Erbbaurechts verfolgte Zweck wesentlich beeinträchtigt oder gefährdet** wird. Nur wenn dies der Fall ist, könnte der Grundstückseigentümer seine Zustimmung berechtigterweise verweigern, wenn die Übernahme der entsprechenden Verpflichtung verweigert würde. Auch eine Ersetzung nach § 7 Abs. 3 ErbbauRG wäre in diesem Fall nicht möglich.

Zunächst könnte man erwägen, dass Grundstückseigentümer und Erbbaurechtsberechtigter schlicht **vereinbaren** könnten, dass im Falle der fehlenden Übernahme sämtlicher schuldrechtlicher Verpflichtungen kein Anspruch auf Zustimmungserteilung besteht. Dies jedoch würde dem **dispositiven Charakter von § 7 ErbbauRG** (MünchKommBGB/Heinemann, 7. Aufl. 2017, § 7 ErbbauRG Rn. 2) widersprechen. Der Zustimmungsanspruch kann **nicht ausgeschlossen oder beschränkt** werden, sodass zu untersuchen ist, ob tatsächlich durch eine Veräußerung des Erbbaurechts ohne Übernahme der schuldrechtlichen Verpflichtungen hinsichtlich Miete bzw. Pacht der **Zweck des Erbbaurechts beeinträchtigt** werden kann.

Ob der Zweck beeinträchtigt sein kann, wenn der Erwerber entgegen einer entsprechenden Bestimmung im Erbbauvertrag nicht in dessen **schuldrechtliche Verpflichtungen** eintritt, ist **umstritten**.

Nach der **h. M.** kann die Zustimmung jedenfalls dann verweigert werden, wenn **Vereinbarungen zum Erbbauzins nicht vom Erwerber übernommen** werden (so exemplarisch BGH NJW-RR 2017, 1358 m. w. N.; a. A. Hagemann, Rpfleger 1985, 203; Muth, JurBüro 1985, 802, 811; Soergel/Stürner, BGB, 2006, § 7 ErbbauVO Rn. 3).

Ob dies jedoch **auch für andere Vereinbarungen** gelten kann, ist **fraglich**.

Heinemann führt aus, dass dann, wenn ergänzende schuldrechtliche Vereinbarungen über Rechte und Pflichten des Erbbauberechtigten getroffen sind und dem Erbbauberechtigten vertraglich auferlegt wurde, dem Erwerber des Erbbaurechts alle schuldrechtlichen Verpflichtungen weiterzugeben, und wenn im Veräußerungsvertrag kein Eintritt erfolgt ist, **der Grundstückseigentümer trotz § 7 Abs. 1 ErbbauRG die Zustimmung nicht erteilen muss und diese nicht nach § 7 Abs. 3 ErbbauRG ersetzt werden kann**, da sonst die schuldrechtlichen Verpflichtungen nicht gegen den Erwerber gelten würden (MünchKommBGB/Heinemann, § 7 ErbbauRG Rn. 10). Er weist jedoch darauf hin, dass dies streitig ist.

Andere Autoren, wie *Linde/Richter* (Linde/Richter, Erbbaurecht und Erbbauzins, 3. Aufl. 2001, Rn. 134), *Winkler/Schlögel* (v. Oefele/Winkler/Schlögel, § 4 Rn. 201) und *Rapp* (Staudinger/Rapp, §§ 5-7 ErbbauRG Rn. 26) halten zwar auch eine **Zustimmungsverweigerung bei Nichtübernahme schuldrechtlicher Verpflichtungen** für **unzulässig**, führen dies jedoch sämtlich im Zusammenhang mit der schuldrechtlichen Vereinbarungen hinsichtlich des Erbbauzinses aus.

Ebenso thematisieren die einschlägigen gerichtlichen Entscheidungen zumeist **Vereinbarungen zum Erbbauzins** (vgl. nur OLG Düsseldorf FGPrax 2016, 43). Eine Ausnahme hiervon stellt der **Beschluss des OLG Hamm v. 12.1.1976 - 15 W 211/75** dar. Das Gericht führt ohne Erwähnung des Erbbauzinses aus:

„Nach herrschender Auffassung in Rechtsprechung und Literatur [...], der nunmehr auch durch § 9a ErbbauVO Rechnung getragen ist, können die Vertragschließenden neben dem festbestimmten, dinglich zu sichernden Erbbauzins schuldrechtliche Vereinbarungen zur Anpassung des Erbbauzinses an die jeweiligen Zeitverhältnisse treffen, ohne sich hierbei ziffernmäßig zu binden und gegen § 9 Abs. 2 ErbbauVO zu verstoßen. Auch eine derartige schuldrechtliche Vereinbarung wirkt den Rechtsnachfolgern gegenüber nur, wenn diese durch Vertrag in die von ihrem Rechtsvorgänger übernommenen Verpflichtungen eintreten [...]. Einen derart umfassenden Eintritt in die Verpflichtungen hat die Erbbauberechtigte mit ihren Rechtsnachfolgern im Vertrag vom 14.6.1973 nicht vereinbart. Darauf hat die Eigentümerin aber auf Grund des Vertrages vom 31.5.1957 einen Anspruch gegen die Erbbauberechtigte. Solange diese nicht alle schuldrechtlichen Verpflichtungen des Erbbaurechtsübertragungsvertrages vom 31.5.1957 und der Vereinbarungen vom 10.12.1963 an ihre Rechtsnachfolger weitergibt, ist die Eigentümerin nicht gehalten, ihre Zustimmung zur Veräußerung zu erteilen; diese Zustimmung kann dann auch nicht gerichtlich ersetzt werden.“

(OLG Hamm OLGZ 1976, 260, 262 f.; Hervorhebung durch das DNotI).

Eine **differenzierende Betrachtung** nimmt *Maaß* vor. Er ist der Ansicht, dass es „auf den Charakter der schuldrechtlichen Vereinbarung“ ankommen müsse (BeckOGK-BGB/Maaß, Stand: 1.5.2018, § 7 ErbbauRG Rn. 7). Nur wenn diese für das Erbbaurecht so wesentlich

sei, dass sie auf dessen Zweck durchschlage und diesen wesentlich beeinträchtigen oder gefährden könne, könne eine Verweigerung der Zustimmung erfolgen.

Dies überzeugt mit Blick auf den **Wortlaut von § 7 Abs. 1 ErbbauRG**. Nur dann, wenn die Voraussetzungen dieser Norm nicht vorliegen, kann die Erteilung der Zustimmung berechtigterweise verweigert werden. Es kann nicht pauschal auf schuldrechtliche Vereinbarungen abgestellt werden, da hierunter naturgemäß auch solche fallen können, die den Zweck des Erbbaurechts nicht tangieren.

Fraglich ist, ob der Zweck des Erbbaurechts dadurch vereitelt wird, dass das Erbbaurecht ohne Zustimmung des Grundstückseigentümers vermietet wird bzw. dass dem Grundstückseigentümer nicht ein gewisser Anteil am Mietzins ausgezahlt wird.

Anhaltspunkte können dem **jüngeren Beschluss des BGH v. 13.7.2017 – V ZB 186/15** entnommen werden, in dem es freilich erneut um die Übernahme einer schuldrechtlichen Vereinbarung zum Erbbauzins ging. Das Gericht erläutert:

*„Der mit der Bestellung des Erbbaurechts verfolgte Zweck des Grundstückseigentümers i. S. d § 7 ErbbauRG ist nicht nur nach dem vertragsgemäßen Inhalt des Erbbaurechts (§ 2 ErbbauRG) zu bestimmen [...]. Maßgebend sind vielmehr **die bei der Bestellung des Erbbaurechts verfolgten Interessen des Eigentümers** [...]. Diese ergeben sich in erster Linie aus dem **Inhalt des Erbbaurechtsvertrags und den Umständen seines Zustandekommens** [...]. Der Zweck muss aber für den Erbbauberechtigten **erkennbar** gewesen und von ihm **hingenommen** worden sein [...]. Ist das Erbbaurecht entgeltlich bestellt, verfolgt der Grundstückseigentümer für den Erbbauberechtigten **erkennbar** den Zweck, für die gesamte Laufzeit des Erbbaurechts eine angemessene Rendite zu erzielen.“*

(BGH NJW-RR 2017, 1358, 1360; Hervorhebungen durch das DNotI).

Demgemäß ergibt sich also der Zweck des Erbbaurechts aus einer **Zusammenschau sämtlicher zwischen dem Grundstückseigentümer und dem Erbbaurechtsberechtigten getroffenen Abreden**, sodass insofern zunächst auch die Vereinbarung zum Verbot der Vermietung bzw. Verpachtung ohne Zustimmung samt Folgen zu berücksichtigen wäre.

Weiter führt das Gericht sinngemäß aus, dass die **fehlende dingliche Sicherung nicht auf ein gemindertes Interesse des Grundstückseigentümers an der geregelten Materie zurückzuführen sein darf**. Vorliegend wird nicht willkürlich (bzw. mangels Interesse) auf eine dingliche Sicherung verzichtet; dies erfolgt vielmehr, weil das Verbot der Vermietung bzw. Verpachtung ohne Zustimmung nicht zum Inhalt des Erbbaurechts gemacht werden darf. Dies entspricht der Lage hinsichtlich des wertgesicherten Erbbauzinses nach der bis zum 30.9.1994 geltenden Rechtslage: auch hier war lediglich eine schuldrechtliche Wertsicherungsklausel möglich. Zwar wäre vorliegend die **dingliche Sicherung des Vermietungs- bzw. Verpachtungsverbots durch Vereinbarung als Heimfallgrund möglich** (v. Oefele/Winkler/Schlögel, § 4 Rn. 58). Dass eine solche Sicherung möglich wäre, hält der BGH jedoch nicht für ein Argument gegen die Relevanz der (lediglich schuldrechtlich gesicherten) Vereinbarung, sondern vielmehr für ein **Zeichen der Bedeutung der Vereinbarung**. So führt das Gericht in der vorzitierten Entscheidung aus:

„Die Bedeutung des wertgesicherten Erbbauzinses für den Grundstückseigentümer zeigt sich auch darin, dass in dem Erbbaurechtsvertrag ein Heimfall für den Fall vereinbart werden kann, dass der Erwerber eines Erbbaurechts nicht in die schuldrechtlichen Verpflichtungen aus dem Erbbaurechtsvertrag eintritt [...].“

(BGH NJW-RR 2017, 1358, 1360)

Nach dieser Argumentation gilt Folgendes: Wenn schon der Verstoß gegen eine Vereinbarung einen Heimfallgrund darstellen kann, so muss diese Vereinbarung für den Zweck des Erbbaurechts relevant sein. Diese Herangehensweise führt indes nicht weiter, da die Beteiligten nach dem **Grundsatz der Vertragsfreiheit** beliebige, den Heimfall auslösende Vereinbarungen treffen können, soweit diese nicht gegen das Gesetz oder die guten Sitten verstoßen (v. Oefele/Winkler/Schlögel, § 4 Rn. 81). Ob für den Fall des Verstoßes gegen eine Vereinbarung der Heimfall vereinbart werden kann, hilft also bei der Beantwortung der Frage, ob eine Vereinbarung den „Zweck des Erbbaurechts“ berührt oder nicht, folglich nicht weiter.

Es verbleibt also einzig, Schlussfolgerungen aus den vom BGH aufgestellten (**subjektiven Kriterien**) zu ziehen. Dem BGH zufolge kommt es maßgeblich auf die **bei der Bestellung des Erbbaurechts verfolgten Interessen des Eigentümers** an und ob diese **für den Erbbauberechtigten erkennbar gewesen und von ihm hingenommen** worden sind.

In diese Richtung geht auch der **Beschluss des OLG Köln vom 25.2.2014 - 2 Wx 38/14**, nach dem der Grundstückseigentümer dann die Zustimmung versagen können soll, wenn eine im Erbbaurechtsvertrag vorgesehene (schuldrechtliche) **Zweckbestimmung** nicht übernommen wird und die **nunmehr geplante Verwendung dem ursprünglich vereinbarten Zweck widerspricht** (OLG Köln FGPrax 2014, 139, 140). Die Parteien können also durchaus privatautonom den Zweck des Erbbaurechts bestimmen und so den – eigentlich unabdingbaren – Anspruch auf Zustimmungserteilung nach ihren Bedürfnissen modifizieren.

Soweit der Grundstückseigentümer hinreichend zum Ausdruck bringt, weshalb er dem (jetzigen) Erbbauberechtigten einen vergünstigten Erbbauzins gewährt und dass er dies keinesfalls deshalb tut, um dem Erbbauberechtigten eine gewinnbringende Vermietung/Verpachtung zu ermöglichen, könnte u. E. der Zweck des Erbbaurechts durchaus gefährdet sein, wenn das schuldrechtliche Verbot der Vermietung/Verpachtung ohne Zustimmung des Eigentümers nicht an einen etwaigen Erwerber weitergegeben würde.

Dies lässt sich im Umkehrschluss auch dem **Beschluss des OLG Frankfurt a.M. vom 12. 7. 2005 - 20 W 63/04** entnehmen. Hier führt das Gericht aus:

„Vorliegend ist dem Erbbaurechtsvertrag samt der den Inhalt des Erbbaurechts regelnden Anl. 2 zu entnehmen, dass die Bestellung zum Zweck der Errichtung eines Wohnhauses erfolgt ist. Unstreitig wurde auf dem Grundstück ein 6-Familienhaus errichtet. Es ging also von vornherein nicht nur um das Wohnbedürfnis der verstorbenen Erbbauberechtigten und ihrer Familie oder sonstiger Zwecke zur Förderung des Allgemeinwohls, sondern auch um Gewinnerzielung durch

Vermietung. Die Benutzung des Grundstücks und der Bauwerke zu anderen Zwecken (zu gewerblichen Zwecken, als Lagerplatz usw.) und die Vermietung und Verpachtung im Ganzen oder in einzelnen Teilen ist nach Abs. 3 der Anlage zum Erbbaurechtsvertrag auch nicht ausgeschlossen, sondern von der Genehmigung des Grundstückseigentümers abhängig. Nicht die Nutzung des Objekts mit Gewinn, sondern die Veräußerung mit Gewinn verstößt nach Abs. 9 der Anlage zum Vertrag vom 25. 3. 1954 gegen die Zweckbestimmung. Die Erwerberin hat sich rechtlich ausdrücklich zur Einhaltung dieser Zweckbestimmung durch die Übernahme der Verpflichtungen aus dem Erbbaurechtsvertrag verpflichtet.“

(OLG Frankfurt a.M. NJW-RR 2006, 387, 388)

Dieser Entscheidung lässt sich entnehmen, dass auch der **Zweck, das Wohnbedürfnis des Erbbauberechtigten zu erfüllen, schützenswert** sein könnte und als Zweck des Erbbaurechts vereinbart werden könnte. Soweit dies der Fall wäre, könnte auch die Nutzung des Objekts mit Gewinn legitimer Weise ausgeschlossen und eine Zweckbeeinträchtigung bei fehlender Übernahme der entsprechenden Verpflichtungen zu sehen sein.

In solchen Fällen soll das Verbot der Vermietung/Verpachtung ohne Zustimmung des Grundstückseigentümers sogar zum **Inhalt des Erbbaurechts** gemacht werden können.

Verwendungsbeschränkungen sollen nach dem BGH nämlich jedenfalls dann Inhalt des Erbbaurechts sein können, soweit sie **der verfolgten Zielsetzung dienen** (BGH NJW 2015, 3436, 3438). Soweit vorliegend der Zweck des Erbbaurechts darin zu sehen ist, dass der Grundstückseigentümer dem Erbbaurechtsberechtigten **günstiges Wohnen ermöglichen** möchte, könnte das Zustimmungserfordernis durchaus dazu dienen, diesen Zweck zu fördern. Wenn aber diese Vereinbarung selbst sogar **dinglicher Inhalt des Erbbaurechts** sein kann, so muss erst recht die Zustimmung des Grundstückseigentümers an die Übernahme einer entsprechenden schuldrechtlichen Vereinbarung geknüpft werden dürfen. Dies dürfte jedenfalls dann der Fall sein, wenn das Verbot der Vermietung/Verpachtung ohne Zustimmung **explizit für den Fall vereinbart** wird, dass das Erbbaurecht gewinnbringend vermietet/verpachtet wird, und als Zweck vereinbart würde, dem Erbbaurechtsberechtigten günstiges Wohnen zu ermöglichen. Auf diese Weise dürfte die vom BGH „**Erkennbarkeit**“ **des Zwecks** für den Erbbauberechtigten gegeben sein. Ein weiteres Indiz für die Erkennbarkeit und die Relevanz der Vereinbarungen zu Vermietung/Verpachtung dürfte im Übrigen **die mittels Höchstbetragshypothek gesicherte Vertragsstrafe** sein. Diese würde wohl nicht vereinbart werden, wenn es sich bei den Regelungen zur Vermietung/Verpachtung um irrelevante Nebenabreden handeln würde. Überdies gewährleistet die einzutragende Hypothek die **Erkennbarkeit auch für einen etwaigen Erwerber des Erbbaurechts**.

Soweit also durch die vertragliche Gestaltung gewährleistet ist, dass der Erbbauberechtigte den Zweck des vergünstigten Erbbauzinses (Ermöglichung vergünstigten Wohnens und gerade nicht Nutzung des Objekts mit Gewinn) erkennt und hinnimmt, dass er daraus – mit Ausnahme der vergünstigten Eigennutzung – keine Vorteile erlangen kann, **dürfte der Grundstückseigentümer u. E. berechtigt sein, seine Zustimmung zur Veräußerung zu verweigern, wenn ein etwaiger Erwerber des Erbbaurechts nicht in die schuldrechtliche Vereinbarung bezüglich Vermietung/Verpachtung des Erbbaurechts (inkl. Regelung bezüglich der Vertragsstrafe) eintritt**. Da zu dieser speziellen Thematik

aber – soweit ersichtlich – weder Rechtsprechung noch Literatur verfügbar sind, muss die Rechtslage insofern als **unklar** bezeichnet werden.

Ungeachtet der unklaren Rechtslage empfiehlt es sich u. E. trotz der Aussage des BGH, dass es irrelevant sei, ob der Erbbaurechtsvertrag eine **Verpflichtung des Erbbauberechtigten zur Weitergabe der schuldrechtlichen Vereinbarungen** an den Erwerber enthalte oder nicht (BGH NJW-RR 2017, 1358, 1360), eine solche Klausel aufzunehmen.