

Ingenstau · Hustedt

ErbbauRG

Gesetz über das Erbbaurecht Kommentar

Begründet von

Heinz Ingenstau (†)

Stadtdirektor der Stadt Düsseldorf und Landgerichtsdirektor

Fortgeführt von

Jürgen Ingenstau (†)

Notar in Neuss

Dr. Volker Hustedt

Notar in Neuss

Bearbeitet von

Dr. Volker Hustedt

Notar in Neuss

Dr. Nikolaus Bardenhewer

Notar in Neuss

Michael Drasdo

Rechtsanwalt, Fachanwalt für
Miet- und Wohnungseigentumsrecht

Dr. Hans Joachim Glade

Steuerberater, Wirtschaftsprüfer

12. Auflage

Leseprobe

Carl Heymanns Verlag 2022

Vorwort

Seit dem Erscheinen der letzten Auflage im Jahre 2018 sind zwar keine Gesetzesänderungen zum Erbbaurecht und hiermit im Zusammenhang stehenden Rechtsgebieten in Kraft getreten, abgesehen von dem am 01.12.2020 in Kraft getretenen Wohnungseigentumsmodernisierungsgesetz. Allerdings sind wieder zahlreiche wichtige Entscheidungen höchster Gerichte zum Erbbaurecht und den angrenzenden Rechtsgebieten ergangen, zuletzt etwa der Hinweis des Bundesgerichtshofes (Urteil vom 08.02.2019 – V ZR 176/17) auf das Erbbaurecht als taugliches Instrument zur Verfolgung auch eines öffentlichen Zwecks (hier: zeitlich unbefristetes Belegungsrecht). Auch nach mehr als 100 Jahren seit seinem Inkrafttreten ist das Erbbaurecht noch immer ein aktuelles Gestaltungsmittel. Auch neue wissenschaftliche Abhandlungen haben das Erbbaurecht wissenschaftlich vertieft behandelt. Dies alles ist in die Neuauflage des Kommentares eingearbeitet worden.

Die Zielrichtung des Kommentars ist unverändert.

Er ist für den Praktiker geschrieben. Allen, die sich mit dem Rechtsinstitut des Erbbaurechts beschäftigen, will er –wie bisher –ein zuverlässiger Ratgeber und Begleiter sein, die zum Teil nicht einfachen Rechtsprobleme erläutern und so die Arbeit in diesem Rechtsgebiet erleichtern.

Mein Sozium, Herr Notar Dr. Nikolaus Bardenhewer, hat erneut die Bearbeitung der §§ 10 bis 39 übernommen, Herr Wirtschaftsprüfer und Steuerberater Dr. rer. pol. Hans-Joachim Glade aus Neuss die Bearbeitung des Kapitels »Erbbaurecht und Steuerrecht« im Anhang I. Die Überarbeitung des Anhangs III über »Wohnungserbbaurecht«, erfolgte ebenfalls erneut durch Herrn Rechtsanwalt Michael Drasdo aus Neuss.

Unser Dank gilt unserer Mitarbeiterin, Frau Monika Stolp, die wieder gewissenhaft und mit viel Fleiß die notwendigen Korrekturen und Ergänzungen für die 12. Auflage eingearbeitet hat. Weiter danken wir auch meinem Sohn stud. iur. Justus Hustedt, der uns mit großem Einsatz beim Auffinden und Beschaffen neuer Literatur und Rechtsprechung zum Erbbaurecht und mich persönlich bei der Überarbeitung der Kommentierung zu §§ 1–9a ErbbauRG unterstützt hat.

Neuss, im November 2021

Dr. Volker Hustedt

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	VII
Abkürzungsverzeichnis	XI
Literaturverzeichnis	XVII
Einleitung	1
Gesetz über das Erbbaurecht (Erbbaurechtsgesetz – ErbbauRG)	11
I. Begriff und Inhalt des Erbbaurechts.	11
1. Gesetzlicher Inhalt	11
§ 1 Gesetzlicher Inhalt	11
2. Vertragsmäßiger Inhalt	56
§ 2 Vereinbarungen mit dinglicher Wirkung	56
§ 3 Heimfallanspruch	101
§ 4 Verjährung	105
§ 5 Zustimmung des Grundstückseigentümers	109
§ 6 Rechtsfolgen des Fehlens der Zustimmung	124
§ 7 Zustimmungsanspruch	133
§ 8 Andere Verfügungen	152
3. Erbbauzins	165
§ 9 Erbbauzins	165
§ 9a Änderungsvorbehalt	219
4. Rangstelle.	235
§ 10 Rangstelle des Erbbaurechts	235
5. Anwendung des Grundstücksrechts.	246
§ 11 Anwendung anderer Vorschriften	246
6. Bauwerk. Bestandteile	290
§ 12 Bestandteile des Erbbaurechts	290
§ 13 Untergang des Bauwerks	302
II. Grundbuchvorschriften	304
§ 14 Erbbaugrundbuch; Einrichtung	304

Inhaltsverzeichnis

§ 15	Zustimmung des Grundstückseigentümers	309
§ 16	Löschung des Erbbaurechts.	312
§ 17	Bekanntmachungen von Eintragungen	313
III. Beleihung.		315
1. Mündelhypothek		315
§ 18	Zulässigkeit	315
§ 19	Anforderungen an Mündelsicherheit; Hypothekensummen	319
§ 20	Tilgungsmodalitäten	323
§ 21	(weggefallen).	325
2. Landesrechtliche Vorschriften.		326
§ 22	Landesgesetzgebung	326
IV. Feuerversicherung, Zwangsversteigerung		327
1. Feuerversicherung.		327
§ 23	Feuerversicherung.	327
2. Zwangsversteigerung		329
a) des Erbbaurechts.		329
§ 24	Zwangsvollstreckung in das Erbbaurecht.	329
b) des Grundstücks		331
§ 25	Erbbaurecht und Zwangsversteigerung des Grundstücks.	331
V. Beendigung, Erneuerung, Heimfall.		333
1. Beendigung		333
a) Aufhebung		333
§ 26	Aufhebung des Erbbaurechts.	333
b) Zeitablauf		338
§ 27	Entschädigung des Erbbauberechtigten; Anspruchsinhalt	338
§ 28	Sicherung	354
§ 29	Belastung mit Rechten Dritter	360
§ 30	Wirkung auf Miet- und Pachtverträge.	364

2. Erneuerung	368
§ 31 Vorrecht auf Erneuerung des Erbbaurechts	368
3. Heimfall	375
§ 32 Vergütung für das Erbbaurecht	375
§ 33 Fortbestand dinglicher Rechte	380
4. Bauwerk	388
§ 34 Kein Wegnahme- und Zueignungsanspruch des Erbbauberechtigten	388
VI. Schlussbestimmungen	390
§ 35 Erbbauzins	390
§ 36 (weggefallen)	390
§ 37 (gegenstandslos)	390
§ 38 Altrechte	390
§ 39 Abgabenprivileg bei Eigentumserwerb durch Erbbauberechtigten	391
Anhänge	393
Anhang I Erbbaurecht und Steuerrecht	393
Anhang II Erbbaurecht und Kostenrecht	480
Anhang III Wohnungserbbaurecht	493
§ 30 WEG	493
§ 42 WEG	543
Stichwortverzeichnis	549

Einleitung

Übersicht	Rdn.
I. Die geschichtliche Entwicklung des Erbbaurechts	1
II. Die Bedeutung des Erbbaurechts	12
III. Bestrebungen zur gesetzlichen Neuordnung des Erbbaurechts	34

I. Die geschichtliche Entwicklung des Erbbaurechts

1. Das Erbbaurecht ist das veräußerliche und vererbliche Recht, auf oder unter der Oberfläche eines fremden Grundstücks ein Bauwerk zu haben. Es verleiht also die Möglichkeit, Eigentümer des Bauwerks zu werden – wobei es auf die Größe des Bauwerks, seine Beschaffenheit, die Art seiner Verbindung mit dem Grund und Boden, die Dauer der Errichtung usw. nicht ankommt –, ohne gleichzeitig auch Eigentümer des Grundstücks zu sein. Nicht nur wirtschaftlich, sondern auch rechtlich sind Grundstückseigentümer und Eigentümer des Bauwerks getrennt; beide sind also – ausgenommen der Sonderfall des Eigentümer-Erbbaurechts – nicht identisch. Dabei hat der Erbbauberechtigte nicht nur schuldrechtliche Ansprüche gegen den Grundstückseigentümer (etwa auf Überlassung von Nutzung), sondern das Erbbaurecht ist mit dinglicher Wirkung ausgestattet und als Sachenrecht anzusprechen. Es gewährt nicht nur das Eigentum am Bauwerk, sondern auch ein dingliches Recht zur Nutzung des einem anderen gehörenden Grundstücks, wenn auch lediglich zur Nutzung als Baugrund. »Das Erbbaurecht ist keine mindere, sondern eine andere Form der Herrschaft über ein Baugrundstück als das Eigentum«.¹

2. Bei dem Erbbaurecht handelt es sich nicht um ein Rechtsinstitut, das erst in der Neuzeit eingeführt worden wäre. Das römische Recht kannte bereits ein dingliches Baurecht auf fremdem Boden in der Gestalt der Superficies. Schon vor der Rezeption des römischen Rechts hatte sich auch in Deutschland eine Rechtsform entwickelt, die als Vorläufer des Erbbaurechts angesprochen werden kann; die sog. städtische Bauleihe. Bei der Entwicklung vieler deutscher Städte hat die Bauleihe eine bedeutsame Rolle gespielt. Der Staat und die Städte erwarben den Boden, ggf. enteigneten sie ihn – so z.B. im Edikt des Großen Kurfürsten von 1667, erneuert durch Friedrich Wilhelm I. in den Jahren 1721/22 – und stellten ihn den Bauwilligen, meist unentgeltlich, zur Verfügung.

3. Sie förderten damit wesentlich den Wohnungsbau, der vielfach durch zu hohe Grundstückspreise und durch Bodenspekulation an seiner Entwicklung gehindert wurde. Eine Änderung trat im 19. Jahrhundert ein. Aus der individualistischen Denkweise heraus wollte man bei der Kapitalbildung auf den wertvollen Baugrund – zumal in den Städten – nicht verzichten. Man löste die bisher unentgeltlich zur Verfügung gestellten Baugrundstücke ab und führte sie in Privateigentum oder auch in das Eigentum der Städte über. Die städtische Bauleihe, die bereits bei der Rezeption des römischen

1 So Klosterberg in »Volksheimstätte« 1950, Heft 9, S. 11.

Carl Heymanns Verlag 2022

Rechts mit der römischen *Superficies* vermischt worden war und dadurch schon viel von ihrem Ursprungscharakter verloren hatte, trat ganz in den Hintergrund. Es wurde allein Sache des Bauherrn, sich ein Baugrundstück zu verschaffen.

- 4 3. Die Entwicklung in anderen Ländern ging teilweise andere Wege. In England z.B. ist die Bauleihe, die *Building lease*, noch heute sehr verbreitet.² Sie lehnt sich im Wesentlichen an die Gedanken der Bauleihe des deutschen Mittelalters an. Der größere Teil des städtischen Bodens ist gebundener Grundbesitz, der an den Bauherrn nicht verkauft, sondern nur zu Bauzwecken verliehen wird.
- 5 4. Bei den Vorarbeiten für das Bürgerliche Gesetzbuch in Deutschland fand die Rechtsform der Bauleihe nur eine geringe Berücksichtigung. Man ging davon aus, dass sich diese Art der Bodennutzung nicht durchgesetzt hatte, ohne zu erkennen, wo die Ursachen dieser angeblichen Interessenlosigkeit lagen. Das **Bürgerliche Gesetzbuch** hat das »Erbbaurecht« als Nachfolgeinstitut der *Superficies* bzw. der städtischen Bauleihe in lediglich **sechs Paragraphen (§§ 1012 bis 1017 BGB)** behandelt. Dass diese Vorschriften überhaupt in das Gesetzbuch übernommen wurden, ist ausweislich der Motive zum BGB darauf zurückzuführen, dass die entsprechenden früheren Erlasse und Anordnungen nicht abgeschafft und damit noch geltendes Recht waren. Man glaubte also nicht darauf verzichten zu dürfen, hielt aber das Erbbaurecht andererseits nicht für wichtig genug, um es eingehender und gründlicher zu behandeln.
- 6 Die Regelung war derart lückenhaft und unvollständig, dass das Erbbaurecht lediglich noch theoretische, aber keine praktische Bedeutung mehr besaß.
- 7 5. Eine Änderung ergab sich erst nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches durch die Arbeit der deutschen Bodenreformer unter *Damaschke*. Sie wollten u.a. verhindern, dass die überall in starkem Maße wegen des Anwachsens der Bevölkerung und der damit verbundenen Nachfrage nach Wohnungen sichtbar werdende Bodenwertsteigerung – zumal in den Städten als den am dichtesten besiedelten Gebieten – nur wenigen von Nutzen war. Das Ziel war, die Wertsteigerung des Bodens, die aus der Gemeinschaft aller sich ergab, dieser Gemeinschaft auch wieder zuzuführen. Unter allen Umständen galt es zu verhindern, dass weite Kreise der Bevölkerung vom eigenen Erwerb von Grund und Boden und damit von dessen dauerhafter und zweckentsprechender Nutzung ausgeschlossen wurden. Es sollte erreicht werden, möglichst vielen Personen die Möglichkeit zum Erwerb eines Eigenheims zu verschaffen. In Verfolgung dieses Zieles entsann man sich des fast völlig in Vergessenheit geratenen Instituts des Erbbaurechts. Man strebte an, dass vornehmlich die Gemeinden und Gemeindeverbände eine zielbewusste Bodenpolitik betrieben. Dadurch, dass die Gemeinden sich planmäßig Baugrund beschafften, konnten sie mithilfe des Erbbaurechts auf der einen Seite den immer dringender werdenden Wohnungsbau fördern, auf der anderen Seite verblieben die Grundstücke – und damit die nicht unwesentliche Bodenwertsteigerung – im Vermögen der Gemeinden.

2 Hierzu und zu vergleichbaren Rechtsinstituten in den europäischen Nachbarländern, *Kofner*, DWW 2004, 176.

Diese Bestrebungen wurden durch die lückenhafte Regelung des Erbbaurechts im 8
Bürgerlichen Gesetzbuch stark gehemmt. Nicht nur, dass das Gesetz für den Abschluss
und den Inhalt der Erbbaurechtsverträge kaum zureichende Anhaltspunkte bot, es
hatte weitere erhebliche Mängel. So fehlten z.B. jegliche Vorschriften über die Belei-
barkeit des Erbbaurechts. Damit waren der praktischen Auswertung des Erbbaurechts
fast unüberwindliche Schranken gesetzt.

6. Die Arbeit der Bodenreformer und die Notwendigkeit, auf dem Gebiet des Woh- 9
nungsbaus eine volkswirtschaftlich gesunde Bodenpolitik zu betreiben, ließen immer
mehr die Erkenntnis reifen, dass für das Erbbaurecht eine neue gesetzliche Grund-
lage geschaffen werden müsse. Im Anschluss an den Wiener Juristentag 1912 wurden
einige Entwürfe zur gesetzlichen Neuregelung veröffentlicht und diskutiert. Neben
diesen Vorschlägen von privater Seite entstand während des Ersten Weltkrieges auch
im Reichswirtschaftsamt ein »Entwurf eines Reichsgesetzes über das Erbbaurecht«.
Dieser Entwurf wurde – von geringen Änderungen abgesehen – als »**Verordnung über
das Erbbaurecht vom 15. Januar 1919**« verkündet und trat an die Stelle der §§ 1012
bis 1017 BGB und des § 7 GBO. Die Verordnung – nunmehr Erbbaurechtsgesetz ge-
nannt – trat am **22.01.1919** in Kraft und bildet noch heute die gesetzliche Grundlage
für das Erbbaurecht.³ Ihre Rechtsgültigkeit wurde durch das Übergangsgesetz vom
04.03.1919, in Kraft seit dem 07.03.1919 – RGBl. Nr. 55, 285 –, abgesichert.

Mit der **Erbbauverordnung** hoffte der Reichsgesetzgeber ein Instrument geschaffen zu 10
haben, das den Bauwilligen – und unter ihnen gerade den sozial Schwächeren – eine
echte Alternative zum Erwerb des Eigentums an einem Grundstück bot, um so die
Schaffung eines Familieneigenheimes zu erleichtern.⁴

Durch Gesetz vom 23.11.2007 hat der Gesetzgeber ohne inhaltliche Änderungen 11
vorzunehmen, die Erbbaurechtsverordnung in Erbbaurechtsgesetz umbenannt. Diese
Umbenennung hat lediglich eine klarstellende Bedeutung, da auch die Erbbaurechts-
verordnung bereits zuvor Gesetzesrang hatte, vgl. § 35 ErbbauVO a.F.

II. Die Bedeutung des Erbbaurechts

1. Leider hat das Erbbaurecht in Deutschland bisher nicht die Bedeutung gefunden, 12
die ihm zukommt. Nur für etwa 5 % aller Grundstücke werden Erbbaurechte aus-
gegeben.⁵

Das liegt an der weitverbreiteten Auffassung, dass man ein echtes Eigenheim nur dann
habe, wenn man auch Eigentümer des Bodens sei. Hinzu kam, dass die Beleihung der
Erbbaurechte von den Kreditinstituten und privaten Geldgebern erschwert wurde. Es

3 Eine Übersicht zum Erbbaurecht gibt *Winkler*, NJW 1992, 2514 ff. Zu den Materialien zur
Verordnung über das Erbbaurecht vgl. Schmidt-Räntsch, ZfIR 2019, 165 ff.

4 So *Götz*, DNotZ 1980, 3.

5 Vgl. *Wohnerbbaurechte in Deutschland: Studie von JLL und dem Deutschen Erbbaurechts-
verband erschienen*, ErbbauZ 2020, 63.

ist erforderlich, sich von allen Vorurteilen freizumachen und die Vorteile zu erkennen, die das Erbbaurecht in wirtschaftlicher und sozialer Hinsicht bietet.⁶

- 13 Das Erbbaurecht wird in einem besonderen **Erbbaugrundbuch eingetragen und gegen jedermann mit dinglicher Wirkung gesichert**. Der Berechtigte wird uneingeschränkt Eigentümer des von ihm errichteten oder bei der Bestellung des Erbbaurechts übernommenen Bauwerkes. Die Tatsache, dass eine andere Person Eigentümer des Bodens bleibt, kann nicht entscheidend ins Gewicht fallen, wenn man die lange Zeitdauer des Erbbaurechts – vielfach 99 Jahre, meistens über 75 Jahre – in Betracht zieht. In der Praxis wechselt nämlich im Laufe eines Jahrhunderts auch das Eigentum an einem auf eigenem Boden errichteten Bauwerk, oft sogar mehrere Male. Sehr oft wird das durch Zeitablauf beendete Erbbaurecht auch noch verlängert. Ist das nicht der Fall, so geht das Erbbaurecht zwar auf den Grundstückseigentümer über. Der bisherige Erbbaurechtigte erhält jedoch eine angemessene Entschädigung.
- 14 2. In den zurückliegenden Jahren sind die privaten und öffentlichen Kreditgeber immer mehr davon überzeugt worden, dass die Beleihung des Erbbaurechts nicht nur in jeder Beziehung genügend Sicherheit bietet, sondern dass darüber hinaus mit der Gewährung entsprechender Kredite der Wohnungsbau, insb. in der Form des Eigenheims, entscheidend gefördert werden kann. Es wäre wünschenswert, wenn das Erbbaurecht i.R.d. gesetzlichen Möglichkeiten damit immer mehr zu einem wirkungsvollen Instrument moderner Boden- und Sozialpolitik wird.
- 15 3. Die volle Anwendung und Ausnutzung aller Möglichkeiten des Erbbaurechts bieten eine Reihe von nicht zu unterschätzenden Vorteilen. Es wird zu wenig beachtet, dass das Erbbaurecht in seiner derzeitigen Rechtsform als Sachenrecht den Beteiligten einen Gestaltungsfreiraum lässt, der im Bereich des Sachenrechts nicht selbstverständlich ist und der ihm in mancher Hinsicht schuldrechtlichen Charakter verleiht. Gleichwohl werden noch einige Regelungen wie die §§ 2, 5, 27 und 32 des Erbbaurechtsgesetzes inhaltlich als zu starr angesehen und wird noch mehr Bewegungsfreiheit für die Beteiligten gewünscht.⁷
- 16 Immerhin ist nicht zu verkennen, dass das Erbbaurecht bereits jetzt den Beteiligten die Möglichkeit gibt, ihre Rechtsbeziehungen weithin in freier Vereinbarung zu regeln und durch deren Verdinglichung gegen Dritte wirksam zu schützen. Das Erbbaurecht ist wegen seiner rechtlichen Struktur bereits jetzt fungibler als alle anderen begrenzten Rechtsinstitute des Sachenrechts.⁸
- 17 4. Die Bedeutung des Erbbaurechts ist schon längst nicht mehr auf das Gebiet des Kleinwohnungsbaus beschränkt. Vielmehr ist die erbbbaurechtliche Grundstücksnutzung – zunehmend – auch Grundlage der Erstellung von Eigentumswohnungen wie auch bei der Errichtung gewerblicher oder gemischtgenutzter Großobjekte, insb.

6 Vgl. dazu *Götz*, DNotZ 1980, 3.

7 Vgl. dazu *Siaudinger/Rapp*, Einleitung zum Erbbaurechtsgesetz Rn. 11; vgl. auch unten Rdn. 35.

8 *Pikalo*, RdL 1970, 92; *Winkler/Schlögel*, § 1 Rn. 14.

auch unter dem Gesichtspunkt sparsamen Kapitaleinsatzes bei der Neugründung oder Verlagerung von Gewerbebetrieben, geworden. Nicht zuletzt das sog. **Gesamterbbaurecht**, d.h. die heute allgemein anerkannte Möglichkeit, zulasten mehrerer aneinandergrenzender Grundstücke eines oder mehrerer Eigentümer ein Erbbaurecht zu bestellen,⁹ und das sog. **Wohnungserbbaurecht**, d.h. die vom Gesetz zugelassene Möglichkeit der Bestellung eines Wohnungs- oder Teilerbbaurechts,¹⁰ haben diese begrüßenswerte Entwicklung entscheidend gefördert und beschleunigt.

5. Wirtschaftlich betrachtet bildet bei der Errichtung von Bauwerken der Grund und Boden eine bedeutende, oft entscheidende Rolle. Die Tatsache, dass es sich dabei nur um ein in beschränktem Umfang zur Verfügung stehendes Gut handelt, hat bisweilen zu unberechtigten Bodenspekulationen geführt, denen jeweils ein ungesundes Anziehen der Grundstückspreise gefolgt ist. Dabei haben oft unvorhergesehene, vom Willen und von der Arbeitskraft des Grundstückseigentümers unabhängige Entwicklungen mitgewirkt, wie der Aufschwung der Industrie an gewissen Schwerpunkten oder der rein zufällige Ankauf von Grund und Boden an Stellen, die später durch die Ausbreitung der Städte stark besiedelte Wohngebiete wurden. Aus diesem Grunde bemühten sich seit vielen Jahrzehnten die politischen und wirtschaftlichen Instanzen – mit mehr oder weniger großem Erfolg –, den Bodenpreis auf einer erträglichen Höhe zu halten. Es ist hier nicht der Ort, zu allen in dieser Richtung erlassenen Maßnahmen oder entwickelten Vorschlägen Stellung zu nehmen und ihre Vor- und Nachteile zu prüfen.

Hier genügt die Feststellung, dass das Erbbaurecht bei sinnvoller Anwendung und Ausschöpfung aller Möglichkeiten, die es bietet, einer spekulativen Ausnutzung des Grund und Bodens entgegenwirken kann.

6. Die Bodenpolitik der Gemeinden und die wirtschaftliche Notlage vieler Grundstückseigentümer, die mangels Kapital ihren Grundbesitz nicht mehr halten konnten – zumal Mitte des letzten Jahrhunderts bei kriegszerstörten Gebäuden, zu deren Aufbau jegliche Eigenmittel fehlten –, haben dazu geführt, dass immer mehr bebaubarer Grund und Boden in das Eigentum der öffentlichen Hand, vornehmlich der Gemeinden, übergegangen ist. Die Gemeinden suchen die Grundstücke nach Möglichkeit zu behalten, z.T. aus dem Grunde, weil sie vorausplanend in späteren Jahrzehnten bei städtebaulichen Maßnahmen den ihnen zur Verfügung stehenden Boden – und sei es nur als Tauschobjekt – benötigen. Diesem Ziel dient u.a. die Vergabe des Baugrunds im Erbbaurecht. Gleichzeitig wird dadurch sichergestellt, dass der Grund und Boden im Eigentum der Gemeinde verbleibt und damit ggf. eintretende Wertsteigerungen der Grundstücke wieder den Gemeinden und damit der Allgemeinheit zugutekommen.

7. Anstelle der öffentlichen Hand können auch Genossenschaften oder Bauträger treten, die größere Gebäudekomplexe zu Eigentum erwerben oder selbst als Erbbauberechtigte übernehmen und im Rahmen eines großzügigen Bauprogramms die

⁹ Vgl. dazu die Erläuterungen zu § 1 Rdn. 55–63.

¹⁰ Vgl. dazu Erläuterungen zu § 1 Rdn. 106–111 und Anhang III, vgl. auch § 30 des Wohnungseigentumsgesetzes vom 15.03.1951 – BGBl. I S. 175 –.

einzelnen Parzellen ihrerseits im Erbbaurecht ausgeben. Für alle diese Fälle ergibt sich die zwingende Notwendigkeit, den vorhandenen bebaubaren Grund und Boden für den Wohnungsbau auch wirklich auszunutzen.

- 22 Ohne das Erbbaurecht wäre es auch besonders schwierig, den im Eigentum der Kirchen oder Klöster stehenden Grundbesitz zur Errichtung von Wohnhäusern heranzuziehen, da sie vielfach aufgrund kirchenrechtlicher Bestimmungen oder wegen der Belastung mit Patronaten, Stiftungen usw. nur in seltenen Fällen ihr Eigentum am Boden aufgeben können.
- 23 8. Schließlich bietet das Erbbaurecht auch dem privaten Grundstückseigentümer nicht zu unterschätzende Vorteile. Oft ist er aus finanziellen Gründen selbst nicht in der Lage, seinen Grund und Boden zu bebauen. Wenn er, wie die Entwicklung der vergangenen Zeit gezeigt hat, den Grundbesitz als Sachwert behalten will und die Bebauung schon mit Rücksicht auf die Umstände – innerhalb geschlossener Ortschaften gelegen – geboten ist, so zeigt ihm das Erbbaurecht den gesuchten Ausweg. Er erhält den Erbbauzins, der für ihn, wirtschaftlich betrachtet, einen »Kaufpreis auf Rentenbasis« darstellt, wobei er je nach der Laufzeit des Erbbaurechts einen Betrag erhält, der das Mehrfache des normalen Kaufpreises ausmachen kann, und er obendrein noch den im Grundstück verkörperten Sachwert behält.
- 24 9. Das Erbbaurecht bietet aber nicht nur dem Grundstückseigentümer, sondern auch dem Erbbauberechtigten selbst wirtschaftliche Vorteile. Die Errichtung eines Bauwerks scheidet vielfach daran, dass das Kapital für den Erwerb des Baugrundes nicht vorhanden ist. Bei den heutigen Grundstückspreisen spielt das häufig eine entscheidende Rolle.
- 25 Dem Bauherrn ist oft geholfen, wenn er für den Boden nur einen relativ geringen Erbbauzins zu zahlen hat. Dieser lag jedenfalls in der Vergangenheit immer weit unter dem Zinsfuß, der in den vergangenen Jahrzehnten durchschnittlich aufgebracht werden musste, wenn der Bauherr zur Bezahlung des Grundstückspreises Darlehen aufnimmt.¹¹ In der Praxis wird zudem meistens noch ein Vorkaufsrecht für den Erbbauberechtigten eingetragen, sodass er bei einem etwaigen Grundstücksverkauf auch Grundstückseigentümer werden kann.
- 26 Die Nachkriegszeit mit ihren großen Problemen auf dem Gebiet der Bau- und Wohnungswirtschaft hat naturgemäß dazu geführt, dass die Erbbaurechtsverordnung besondere Bedeutung gewann und als ein Mittel eingesetzt wurde, einerseits ungesunde Bodenwertsteigerung und Bodenspekulation zu verhindern und andererseits insb. den Vertriebenen und Flüchtlingen Eigentum zu verschaffen, was aus sozialen Gründen von entscheidender Bedeutung war. Das ist auch in einem erfreulichen Umfang gelungen. Vor allem hat sich nach dem Zweiten Weltkrieg die praktische Bedeutung des Erbbaurechts erheblich erweitert und die Anzahl der bestellten Erbbaurechte entscheidend erhöht.¹²

11 Vgl. dazu *Götz*, DNotZ 1980, 3.

12 Zur zahlenmäßigen Entwicklung vgl. auch *Winkler/Schlögel*, § 1 Rn. 15.

10. Über die Zahl der Erbbaurechte in der alten Bundesrepublik, ihre Verteilung auf die alten Bundesländer und über die Unterteilung der im Erbbaurecht erstellten Bauwerke nach der Art ihrer Nutzung vgl. die Übersichten bei *Linde/Richter*.¹³ Aus ihnen ergibt sich u.a. dass die Zahl der Erbbaurechte im Land Nordrhein-Westfalen am größten, dass sie in Bayern und Baden-Württemberg annähernd gleich groß und dass demgegenüber die Erbbaurechte in den Stadtstaaten (Bremen, Hamburg, Berlin) naturgemäß am geringsten sind. Die Übersichten ergeben ferner, dass nach der Art der Nutzung der im Erbbaurecht errichteten Bauwerke noch immer Einfamilienhäuser deutlich im Vordergrund stehen, dass sodann in annähernd gleicher Zahl Zweifamilienhäuser und Mietwohnungen folgen und dass demgegenüber Erbbaurechte bei Geschäftshäusern und gemischtgenutzten Grundstücken noch relativ gering sind.

In den übrigen europäischen Ländern ist das Rechtsinstitut des Erbbaurechts in gleicher oder vergleichbarer Form bereits weit verbreitet.¹⁴

11. **Eine völlig neue Situation**, in der das Erbbaurecht erfolgreich eingesetzt werden konnte, ist mit dem Ende der DDR und dem Beitritt der fünf neuen Bundesländer und Ost-Berlins zur Bundesrepublik Deutschland eingetreten.

a) In den Gebieten der früheren DDR konnten nach dem 01.01.1976 Erbbaurechte nicht mehr bestellt werden. Das Zivilgesetzbuch der DDR vom 19.06.1975, das am 01.01.1976 in Kraft trat, kannte kein Erbbaurecht. Gem. § 15 Abs. 2 Nr. 11 wurde gleichzeitig die ErbbauVO ausdrücklich aufgehoben. § 5 Abs. 2 des Einführungsgesetzes zum Zivilgesetzbuch enthält lediglich noch eine Übergangsvorschrift für die z.Zt. des Inkrafttretens des Zivilgesetzbuches bestehenden Erbbaurechte.¹⁵

Die Aushöhlung des Privateigentums und die Vergesellschaftung von Grund und Boden als Ziele der sozialistischen Bodenordnung sollten jedoch die private Bautätigkeit nicht ausschließen. Aus diesem Grunde wurden im Recht der DDR Gebäudeeigentum mit und ohne dinglichen Nutzungsrechten eingeführt.¹⁶ Nach Art. 231 § 5 und Art. 233 §§ 2 bis 4 EGBGB gelten diese dinglichen Rechte nach Maßgabe der dort enthaltenen Bestimmungen fort.

b) Eine Integration dieser Rechte in die Sachenrechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland sieht das Sachenrechtsbereinigungsgesetz v. 21.09.1994 (BGBl. I S. 2457) vor.¹⁷

Hiernach hat der Nutzer das Recht, vom Grundstückseigentümer die Bestellung eines Erbbaurechts oder den Erwerb des Grundstücks zu verlangen, § 15 SachenRBERG, wobei sich das zu zahlende Entgelt grds. nach dem halben Verkehrswert des Grundstücks

¹³ Rn. 11 ff.

¹⁴ *Kofner*, DWV 2004, 176 ff. sowie *Linde/Richter*, Rn. 19.

¹⁵ Vgl. *Linde/Richter*, Rn. 17.

¹⁶ Vgl. §§ 284 bis 294 ZGB oder DDR v. 19.06.1975 sowie das Gesetz über die Verleihung von Nutzungsrechten an volkseigenen Grundstücken vom 14.12.1970.

¹⁷ Hierzu *Grün*, NJW 1994, 2641; *Frenz*, NJW 1995, 2657.

richtet, soweit das Gesetz in sachlicher (§ 1 und § 2 SachenRBERG), persönlicher (§ 9 SachenRBERG) und zeitlicher Hinsicht (§ 8 SachenRBERG) anwendbar ist und dem Anspruch keine Einreden oder Einwendungen entgegenstehen (§§ 28 ff. SachenRBERG). Es erfolgt also keine automatische Überleitung, das Sachenrechtsbereinigungsgesetz enthält vielmehr einen Anspruch auf Umwandlung in ein dem numerus clausus des Sachenrechts entsprechendes Recht. Eine ins Einzelne gehende Darstellung dieses Gesetzes ist nicht Gegenstand dieser Kommentierung. Das Sachenrechtsbereinigungsgesetz enthält jedoch in seinen §§ 32 bis 60 eine Reihe von Vorschriften über die Begründung und den Inhalt des durch Umwandlung eines Nutzungsrechts/Gebäudeeigentums zu begründenden Erbbaurechts. Auf seine wesentlichen Bestimmungen wird daher an entsprechender Stelle in der Kommentierung hingewiesen.

III. Bestrebungen zur gesetzlichen Neuordnung des Erbbaurechts

- 34 1. Die derzeitige gesetzliche Regelung des Erbbaurechts genügt noch nicht voll den Anforderungen, die daran mit Rücksicht auf die soziale und wirtschaftliche Bedeutung gestellt werden müssen. Das hat dazu geführt, dass die Erbbaurechtsverträge inhaltlich einen immer größeren Umfang annehmen. Die »Musterverträge« der öffentlich-rechtlichen Körperschaften und Wohnungsbaugenossenschaften sind durchweg »eine ErbbaurechtsVO für den Einzelfall«. Die Tendenz geht dahin, sich nicht nur an die de lege lata bestehenden Vorschriften zu halten, sondern, soweit eben möglich, die de lege ferenda zahlreich gewünschten und auch erforderlichen Neuerungen vertraglich festzulegen.
- 35 2. Das ist an sich kein erwünschter Zustand. Besser wäre es, die Erfahrungen und Notwendigkeiten der Praxis gesetzgeberisch auszuwerten und in eine baldige Neuregelung des Erbbaurechts einzubauen. Einen entsprechenden Vorschlag hat die Bundesnotarkammer am 10.11.2000 nach einer großen Anfrage zum Erbbaurecht im Bundestag dem Ministerium vorgelegt.¹⁸ In diesem Kommentar wird an den einschlägigen Stellen auf die Notwendigkeit oder doch Zweckmäßigkeit gesetzlicher Neuregelungen oder Ergänzungen hingewiesen. Allgemein sollte noch mehr Gestaltungsfreiheit erlaubt und vor allem das sozialpolitische Anliegen des Erbbaurechts noch mehr bedacht werden, zumal unverkennbar ist, dass die modernen bodenpolitischen Tendenzen des Baugesetzbuches dem Erbbaurecht wieder einen höheren Stellenwert einräumen.¹⁹
- 36 3. In diese Richtung hat der Gesetzgeber erste Schritte durch die Schaffung des § 9a getan, der einen angemessenen, nicht an den exorbitant gestiegenen Bodenpreisen orientierten Erbbauzins sichern soll, wenn das aufgrund des Erbbaurechts errichtete Gebäude Wohnzwecken dient.

18 Hierzu ausführlich v. Oefele, DNotZ 2011, 503 ff.

19 Vgl. Sperling, NJW 1979, 1433; auch Stahlhacke, der in »Vorschläge zur Neuordnung des Erbbaurechts« umfassend eine Neuordnung des Erbbaurechts untersucht und einen Gesetzesentwurf dafür erarbeitet hat.

Begrüßenswert ist auch die Neuregelung des § 9 durch das SachenR ÄndG 37 v. 21.09.1994 (BGBl. I S. 2457), EuroEG v. 09.06.1998 (BGBl. I S. 1242) und Gesetz vom 26.03.2007 (BGBl. I S. 370), wonach ein gleitender Erbbauzins dinglicher Rechtsinhalt und als Inhalt des Erbbauzinses weiter vereinbart werden kann, dass die Reallast in der Zwangsversteigerung bestehen bleibt, § 9 Abs. 3 Nr. 1, und mit einem Rangvorbehalt versehen wird, § 9 Abs. 3 Nr. 2.

Auch veränderte Formen des Erbbaurechts sind in der Vergangenheit im Zusammen- 38 hang mit dem Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht – Wohnungseigentumsgesetz (WEG) vom 15.03.1951 (BGBl. I S. 175) – entstanden,²⁰ während allerdings das ebenfalls durch das WEG geschaffene Dauerwohnrecht und das Dauernutzungsrecht §§ 31 ff. WEG mit dem Erbbaurecht nichts zu tun haben.

Die vorläufig letzten, wenn auch weitgehend nur formalen Änderungen des Erbbaurechts- 39 gesetzes erfolgten durch Art. 31 des Gesetzes über die weitere Bereinigung von Bundesrecht vom 08.12.2010,²¹ mit dem §§ 10 Abs. 2, 11 Abs. 1 Satz 1 und 38 neu gefasst und die ohnehin nur noch für Altfälle bedeutsame Vorschrift des § 21 aufgehoben wurde und durch Art. 4 Abs. 7 des Gesetzes zur Einführung eines Datenbankgrundbuchs vom 01.10.2013,²² mit dem § 14 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Satz 3 und Abs. 4 geändert wurden.

20 Vgl. dazu § 30 WEG: Wohnungserbbaurecht, Teilerbbaurecht.

21 BGBl. I S. 1867.

22 BGBl. I S. 3719.

Gesetz über das Erbbaurecht (Erbbaurechtsgesetz – ErbbauRG)

Vom 15. Januar 1919, zuletzt geändert durch Artikel 4 Absatz 7 DaBaGG vom 1. Oktober 2013 (BGBl. I S. 3719).

I. Begriff und Inhalt des Erbbaurechts

1. Gesetzlicher Inhalt

§ 1 [Gesetzlicher Inhalt]

(1) Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, daß demjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, das veräußerliche und vererbliche Recht zusteht, auf oder unter der Oberfläche des Grundstücks ein Bauwerk zu haben (Erbbaurecht).

(2) Das Erbbaurecht kann auf einen für das Bauwerk nicht erforderlichen Teil des Grundstücks erstreckt werden, sofern das Bauwerk wirtschaftlich die Hauptsache bleibt.

(3) Die Beschränkung des Erbbaurechts auf einen Teil eines Gebäudes, insbesondere ein Stockwerk ist unzulässig.

(4) ¹Das Erbbaurecht kann nicht durch auflösende Bedingungen beschränkt werden. ²Auf eine Vereinbarung, durch die sich der Erbbauberechtigte verpflichtet, beim Eintreten bestimmter Voraussetzungen das Erbbaurecht aufzugeben und seine Löschung im Grundbuch zu bewilligen, kann sich der Grundstückseigentümer nicht berufen.

Übersicht	Rdn.
A. Allgemeines	1
I. Gesetzliche Erfordernisse des Erbbaurechts	1
II. Zusätzliche vertragliche Vereinbarungen	2
B. Begriff	5
I. Dingliches Recht zur Nutzung fremden Baugrundes	5
II. Baurecht, aber keine Baupflicht	8
III. Subjektiv-persönliches Recht	9
1. Besteller des Erbbaurechts	10
2. Grundstückseigentümer als Besteller	11
3. Anwendung sachenrechtlicher Vorschriften	12
C. Unterschied zu anderen Rechtsformen	13
I. Dienstbarkeiten	13
II. Miet- und Pachtverträge	14
III. Erbpacht	15

IV.	Rentengut	16
V.	Wiederkauf (vgl. § 456 BGB)	17
VI.	Heimstätte nach dem inzwischen aufgehobenen Reichsheimstättengesetz	18
D.	Eigentumsverhältnisse	19
I.	Das Eigentum am Grundstück	20
II.	Das Eigentum am Bauwerk des Erbbaurechts	24
E.	Besitzverhältnisse	26
I.	Der Besitz am Grundstück	27
II.	Der Besitz am Bauwerk	29
F.	Erbbaurecht ist Belastung eines Grundstücks	30
I.	Begriff des Grundstücks	30
II.	Eigentümer des Grundstücks	31
III.	Gebrauchs- und Nutzungsrecht am gesamten Grundstück	32
IV.	Belastung eines realen Grundstücksteils	33
G.	Ausübung des Erbbaurechts	34
I.	Gesetzlicher Inhalt des Erbbaurechts	34
II.	»Bauwerk« und Gesamtgrundstück	35
III.	Rechtlicher Inhalt und tatsächliche Ausübung des Erbbaurechts	36
IV.	Erstreckung des Erbbaurechts auf für das Bauwerk nicht erforderliche Nebenflächen	37
H.	Das Eigentümer-Erbbaurecht	47
I.	Gesamtberechtigung beim Erbbaurecht	50
J.	Gesamterbbaurecht	55
I.	Begriff	55
II.	Entstehen des Gesamterbbaurechts	58
III.	Begrenzung des Gesamterbbaurechts	62
K.	Veräußerlichkeit und Vererblichkeit des Erbbaurechts	64
I.	Veräußerlichkeit	65
II.	Vererblichkeit	73
L.	Bauwerk	78
I.	Begriff des Bauwerks	78
II.	Bestimmung des Bauwerks im Vertrag	81
III.	Oberfläche eines Grundstücks	89
M.	Beschränkung des Erbbaurechts auf einen Teil des Gebäudes	90
I.	Allgemeines	90
II.	Nachbarerbbaurecht	91
1.	Horizontale Teilung	92
2.	Vertikale Teilung	94
III.	Anwendungsbereich	105
IV.	Wohnungs- und Teilerbbaurecht	106
1.	Begriff	106
2.	Anwendungsbereich	109
3.	Verhältnis ErbbauRG – WEG	110
4.	Verweisung	111
N.	Bedingungen, Aufhebungsverpflichtungen und Zeitbestimmungen	112
I.	Bedingungen, Aufhebungsverpflichtungen	113
II.	Zeitbestimmungen	123
O.	Rücktritt	133

A. Allgemeines

I. Gesetzliche Erfordernisse des Erbbaurechts

§ 1 stellt die gesetzlichen Erfordernisse auf, die unbedingt erfüllt sein müssen, damit ein Erbbaurecht zur Entstehung gelangt. Liegt eines dieser Erfordernisse nicht vor, handelt es sich nicht um ein Erbbaurecht i.S.d. Gesetzes. Neben diesem gesetzlichen Inhalt gibt § 1 eine Definition des Erbbaurechts. 1

§ 1 Abs. 1 und Abs. 3 stimmen inhaltlich vollständig mit den früheren §§ 1012 und 1014 BGB überein. Abs. 2 entspricht mit einer Änderung dem früheren § 1013 BGB, Abs. 4 ist neu.

II. Zusätzliche vertragliche Vereinbarungen

§ 1 regelt die gesetzlich notwendigen Eigenschaften und den zwingend vorgeschriebenen Inhalt eines jeden Erbbaurechts aber nicht vollständig. Zum **unabdingbaren Inhalt** gehören auch der **Entschädigungsanspruch** des Erbbauberechtigten gegen den Grundstückseigentümer, wenn das Erbbaurecht durch Zeitablauf erloschen ist,¹ sowie der Anspruch des Erbbauberechtigten gegen den Grundstückseigentümer auf eine **angemessene Vergütung**, wenn dieser von seinem Heimfallanspruch Gebrauch macht.² 2

Darüber hinaus **können** die Beteiligten das Erbbaurecht durch **vertragliche Vereinbarungen** inhaltlich weiter ausgestalten. Die §§ 2 bis 8, ferner § 27 Abs. 1 Satz 2 und § 32 Abs. 1 Satz 2 enthalten Vorschriften darüber, inwieweit eine **inhaltliche Präzisierung** des Erbbaurechts mit **dinglicher Wirkung**, also mit Wirkung ggü. jedem Dritten, zulässig ist. 3

Neben den gesetzlichen Inhaltserfordernissen des Erbbaurechts und neben dem weiteren mit dinglicher Kraft ausgestatteten vertraglichen Inhalt nach den §§ 2 bis 8, 27 Abs. 1 Satz 2, 32 Abs. 1 Satz 2,³ können die Beteiligten **weitere Rechte und Pflichten** des Grundstückseigentümers und des Erbbauberechtigten festlegen. Solche Vereinbarungen wirken aber ihrer Natur nach grds. nur **schuldrechtlich**, d.h. nur zwischen den Parteien des Erbbaurechtsbestellungsvertrages, und dürfen zwingenden Vorschriften des Sachenrechts nicht widersprechen.⁴ Die sich aus ihnen ergebenden Ansprüche können aber u.U. durch Eintragung einer Vormerkung, einer Reallast oder einer Sicherungshypothek dinglich gesichert werden.⁵ Ist das geschehen, bedarf es im Fall der Übertragung des Grundstücks oder des Erbbaurechts auf einen Dritten auch hinsichtlich dieser so verdinglichten schuldrechtlichen Vereinbarungen keiner schuldrechtlichen Übernahme durch den Rechtsnachfolger; sie gehen auf diesen, soweit sie für die gesamte Zeit des Erbbaurechts gelten, ohne Weiteres über.⁶ 4

1 § 27 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. Abs. 2.

2 § 32 Abs. 1 Satz 1 i.V. m. Abs. 2; vgl. die Erläuterungen zu den §§ 27 und 32.

3 Vgl. die Kommentierung in § 2 Rdn. 1.

4 *Winkler/Schlögel*, § 2 Rn. 4.

5 OLG Hamm, DNotZ 1976, 534.

6 Vgl. OLG Hamm, DNotZ 1976, 534.

Das Sachenrechtsbereinigungsgesetz begründet im Rahmen seines Anwendungsbereichs⁷ in § 16 SachenRBERG einen Anspruch des Nutzers auf Abschluss eines Erbbaurechtsvertrages mit dem zwingenden Mindestinhalt des § 42 Abs. 1 SachenRBERG und den Gestaltungsrechten in Abs. 2 dieser Vorschrift.

B. Begriff

I. Dingliches Recht zur Nutzung fremden Baugrundes

- 5 Das Erbbaurecht ist das **veräußerliche** (vgl. Rdn. 65–72 und **vererbliche** (vgl. Rdn. 73–77) Recht, **auf oder unter der Oberfläche eines Grundstücks** (vgl. Rdn. 89) ein **Bauwerk** (vgl. Rdn. 78–80) zu haben.

Danach ist das Erbbaurecht ein dingliches, d.h. grundbuchmäßig gesichertes und gegen jeden Dritten wirkendes Recht zur Nutzung fremden Baugrundes. Die Art der Nutzung ist also nicht in das Belieben der Beteiligten gestellt (z.B. zu landwirtschaftlichen Zwecken, sondern das ErbbauRG schreibt zwingend vor, dass der Erbbauberechtigte das Grundstück nur durch Errichtung eines Bauwerkes nutzen darf.

- 6 Die Entstehung des Erbbaurechts setzt also das **Vorhandensein eines Grundstücks** voraus, das bebaut werden soll, bebaut werden kann und bebaut werden darf. Ist eine solche Nutzung des Grundstücks, an dem das Erbbaurecht entstehen soll, etwa aus Rechtsgründen dauernd ausgeschlossen, so kann das Erbbaurecht nicht wirksam entstehen, weil es inhaltlich unzulässig wäre; denn für die Bestellung des Erbbaurechts ist die Befugnis, das Grundstück als Baugrund zu nutzen, **unabdingbare Voraussetzung**. Besteht für das betroffene Grundstück z.B. ein dauerndes öffentlich-rechtliches Bauverbot, so kann nach der bisherigen Rechtsprechung des BGH daran ein Erbbaurecht nicht begründet werden.⁸ Ob an dieser Rechtsprechung festzuhalten ist, hat der BGH in seinem Urteil vom 19.12.2014 – VZR 81/14⁹, unter Hinweis auf die Kritik aus der Literatur¹⁰ ausdrücklich offen gelassen. Entfällt für das Erbbaugrundstück nachträglich die Befugnis zu bauen, so lässt dies jedenfalls den Bestand des einmal begründeten Erbbaurechts unberührt und damit auch den Anspruch des Grundstückseigentümers auf Zahlung des Erbbauzinses.¹¹
- 7 Ist das Grundstück, an dem das Erbbaurecht bestellt werden soll, **zurzeit** noch nicht bebaubar, ist es aber **sog. Bauerwartungsland**, so hindert das die Entstehung des

7 Vgl. Einleitung Rdn. 32–33.

8 Vgl. BGH, NJW 1987, 2674 sowie BGHZ 96, 385 = DNotZ 1986, 286 = MittBayNot 1986, 70 = NJW 1986, 1605.

9 Abrufbar als WKRS 2014, 31326 und bei juris.

10 Vgl. *Kobler* JR 1989, 317, 318 f., zustimmend *Winkler/Schlögel*, § 5 Rn. 10, vgl. auch LG Dortmund, Urt. v. 22.01.2016, 3 O 539/14, abrufbar als WKRS 2016, 10275 und www.justiz.nrw.de.

11 BGH Urt. v. 19.12.2014 – VZR 81/14, abrufbar unter WKRS 2014, 31326 und bei juris; OLG Düsseldorf, DNotZ 2001, 705 m.w.N.

Erbbaurechts nicht. Das Erbbaurecht geht auch nicht unter, wenn sich die Bebaubarkeitserwartung zerschlägt.¹² Der BGH¹³ führt zu dieser Problematik u.a. aus:

»Zwar kann ein Erbbaurecht, das schon im Zeitpunkt der Bestellung infolge eines dauernden öffentlich-rechtlichen Bauverbots nicht die Nutzung des Erbbaugrundstücks als Baugrund ermöglicht, nicht wirksam entstehen (BGHZ 96, 385, 388; so liegt der Fall hier aber nicht. Denn bei Bestellung des Erbbaurechts ... stand noch nicht fest, dass für das damals in dem Flächennutzungsplan als Wohnbaufläche vorgesehene und im Jahr 1973 in den städtebaulichen Entwicklungsbereich aufgenommene Erbbaugelände kein Bebauungsplan aufgestellt wird. Da ein Erbbaurecht auch für den Zweck einer erst in Zukunft beabsichtigten Bebauung bestellt werden darf, besteht kein zwingender Grund, hiervon Grundstücke auszunehmen, deren Bebaubarkeit erst in Zukunft erwartet wird. Auch in diesem Falle erlangt der Erbbauberechtigte die für ein Erbbaurecht nach § 1 Abs. 1 ErbbaUVO wesentliche Befugnis, auf dem fremden Grundstück ein Bauwerk zu haben«, also in dieser Hinsicht das Grundstück wie ein Eigentümer zu nutzen. Die Ungewissheit, ob sich diese Befugnis bauplanungsrechtlich erwartungsgemäß verwirklichen lässt, ist nicht gleichbedeutend mit einer zurzeit der Erbbaurechtsbestellung bereits auf Dauer feststehenden rechtlichen Unmöglichkeit baulicher Nutzung.

Für den Kauf von Bauerwartungsland hat der Senat entschieden, dass nach dem Vertrag in der Regel der Käufer das ihm erkennbare Risiko zu tragen hat, ob und wann sich die Erwartung künftiger Bebaubarkeit erfüllen wird (BGHZ 75, 370, 374 ... Insoweit geht derjenige, der ein Erbbaurecht in Kenntnis des Umstandes kauft, dass das betreffende Grundstück nach öffentlichem Planungsrecht noch nicht bebauungsfähig ist, die Gefahr einer womöglich dauernden Unbebaubarkeit ein. Bei der Langfristigkeit von Erbbaurechten ... liegt die wirtschaftliche Tragweite des Entschlusses, ein solches Recht in der bloßen Erwartung späterer Bebaubarkeit zu erwerben, auf der Hand. Dieses Risiko darf dem Erbbauberechtigten nicht zu Lasten des Verkäufers abgenommen werden. Es ist vielmehr 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. ...«

II. Baurecht, aber keine Baupflicht

Auch wenn die **Bebaubarkeit des Grundstücks** grds. erforderlich ist für die Entstehung des Erbbaurechts, vgl. oben Rdn. 6 f., so besteht nach der ErbbaURG für den Erbbauberechtigten an sich noch keine Pflicht, auf oder unter dem Grundstück ein Bauwerk zu errichten, wie schon aus der Bezeichnung **Erbbaurecht** folgt. Eine solche **Verpflichtung** kann aber durch vertragliche Vereinbarung zwischen dem Besteller und dem Nehmer des Erbbaurechts mit **dinglicher Wirkung** begründet werden.¹⁴

12 Vgl. BGH, BWNotZ 1988, 45; vgl. auch OLG Düsseldorf, ZfIR 2001, 649.

13 BGH, BWNotZ 1988, 45.

14 Winkler/Schlögel, § 4 Rn. 39, vgl. auch § 2 Rdn. 16.

Vorschläge zur Neugestaltung des Erbbaurechts sehen u.a. vor, dem Erbbauberechtigten von Gesetzes wegen eine Pflicht zum Bauen innerhalb bestimmter Fristen aufzuerlegen, bei deren Nichteinhaltung der Grundstückseigentümer einen Heimfallanspruch nach den §§ 32 ff. geltend machen kann.¹⁵

III. Subjektiv-persönliches Recht

- 9 Das Erbbaurecht ist ein subjektiv-persönliches Recht. Der **Berechtigte** kann also immer nur eine individuell bestimmte natürliche oder juristische Person sein. Das Erbbaurecht als Realrecht auszugestalten, ist nicht möglich. Es kann daher **nicht** zugunsten des **jeweiligen Eigentümers** eines Grundstücks bestellt werden.

1. Besteller des Erbbaurechts

- 10 Zur Bestellung eines Erbbaurechts ist **jeder Grundstückseigentümer** befugt. Anders war die Rechtslage bei der Reichsheimstätte, bei der nicht Privatpersonen, sondern nur der Bund, die Länder, die Gemeinden und Gemeindeverbände sowie sonst zugelassene Körperschaften als Ausgeber infrage kamen. Das Reichsheimstättengesetz wurde durch Gesetz v. 17.06.1993 aufgehoben.¹⁶

2. Grundstückseigentümer als Besteller

- 11 Ein Grundstückseigentümer kann auch **selbst Berechtigter** eines an seinem **eigenen Grundstück bestehenden Erbbaurechts** sein. Das wird er z.B., wenn er den sog. Heimfallanspruch geltend macht.¹⁷ Zulässig ist es auch, dass sich ein Grundstückseigentümer ein Erbbaurecht an seinem eigenen Grundstück bestellt, etwa um es später durch günstige Veräußerung wirtschaftlich zu verwerten. Das ErbbauRG schließt eine solche Möglichkeit nicht aus und lässt die **Doppelstellung** (Grundstückseigentümer und Erbbauberechtigter in einer Person bei der Ausübung des Heimfallrechts sogar ausdrücklich zu).¹⁸ Ein »**Eigentümer-Erbbaurecht**« ist also rechtlich möglich. Im Regelfall werden sich aber zwei Beteiligte, der Grundstückseigentümer und der Erbbauberechtigte, gegenüberstehen.

3. Anwendung sachenrechtlicher Vorschriften

- 12 Begrifflich ist das **Erbbaurecht ein Recht und nicht eine Sache**. Es ist eine dingliche Belastung eines Grundstücks mit dem Inhalt des Gebrauchs- und Nutzungsrechts. **Rechtlich** wird das Erbbaurecht aber weitgehend als eine **unbewegliche Sache**, nämlich als Grundstück, angesehen und behandelt. Es kann daher z.B. wie ein Grundstück mit dinglichen Rechten wie Hypotheken usw. belastet werden. Zum Begriff des Erbbaurechts vgl. ferner die Erläuterungen zu § 11.

15 Vgl. dazu insb. *Stahlbacke*, S. 18.

16 Vgl. die Kommentierung zu § 11 Rdn. 126 f.

17 Vgl. §§ 2 Nr. 4, 33.

18 Vgl. im Einzelnen unten Rdn. 47–49.

C. Unterschied zu anderen Rechtsformen

I. Dienstbarkeiten

Dienstbarkeiten sind ebenfalls **dingliche Rechte** zur beschränkten Nutzung eines fremden Grundstücks. Trotzdem weisen sie wesentliche Unterschiede zum Erbbaurecht auf, die es unmöglich machen, dass ein Erbbaurecht zugleich als Dienstbarkeit angesehen werden kann.¹⁹ Die wesentlichen Unterschiede sind:

1. Nießbrauch

Der Nießbrauch ist **nicht übertragbar** (§ 1059 Satz 1 BGB). Daraus folgt, dass er auch nicht vererblich ist (§ 1061 BGB, nicht belastet und nicht verpfändet (§ 1274 Abs. 2 BGB) werden kann. Eine Pfändung des Nießbrauchs ist jedoch zulässig.²⁰ Der Nießbrauch erlischt mit dem Tod des Nießbrauchers (§ 1061 Satz 1 BGB). Steht der Nießbrauch einer juristischen Person zu, so erlischt er mit dieser.²¹ Die Ausübung des Nießbrauchs kann einem anderen überlassen werden.²²

2. Grunddienstbarkeit

Die Grunddienstbarkeit ist wesentlicher Bestandteil des herrschenden Grundstücks und deshalb als solche nicht übertragbar und nicht belastbar.²³ Sie unterliegt der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen.²⁴

3. Beschränkte persönliche Dienstbarkeiten

Sie weisen sowohl die Unterschiede des Nießbrauchs als auch der Grunddienstbarkeiten zum Erbbaurecht auf, § 1090 BGB.

II. Miet- und Pachtverträge

Während es sich bei dem Erbbaurecht um ein Sachenrecht handelt, das jedermann ggü. wirkt, schaffen die Miet- und Pachtverträge lediglich zwischen den Parteien wirkende **schuldrechtliche Beziehungen**.

III. Erbpacht

Die Erbpacht war nach Art. 63 EGBGB nur landesrechtlich (vor allem in Mecklenburg und Schleswig-Holstein) beschränkt zulässig. Das Kontrollratsgesetz 45 Art. X verbot sie unter Aufhebung des Art. 63 EGBGB ganz. Bei der Erbpacht handelte es sich um ein dingliches Nutzungsrecht an einem ländlichen Grundstück, während beim Erbbaurecht das »Haben eines Bauwerks« auf einem fremden Grundstück bestimmend ist.

19 Einschränkung: *Lemke/Czub*, § 1 ErbbauRG, Rn. 2.

20 BGHZ 62, 133, 136; BayObLG Rpfleger 1998, 69; BeckOK/*Reischl* BGB § 1030 Rn. 45; a.A. hier noch in der 7. Aufl.

21 § 1061 Satz 2 BGB, vgl. auch § 1059a BGB.

22 § 1059 Satz 2 BGB, vgl. dazu *Grüneberg/Herrler*, § 1059 BGB Rn. 2–4; BeckOK/*Reischl* BGB § 1059 Rn. 6; § 1059a BGB Rn. 1, 2.

23 Vgl. auch § 1092 Abs. 1 Satz 1 BGB.

24 § 864 ff. ZPO, vgl. MüKo/*Mohr*, § 1018 BGB Rn. 75.

Das ist auch **wirtschaftlich gerechtfertigt**, da der Wert des Bauwerks i.d.R. die Höhe 27 des zwischen dem Grundstückseigentümer und dem Dritten vereinbarten Erbbauzinses beeinflusst hat und der Bevorrechtigte dann diese Zahlungspflicht (ggf. auch ein darüber hinaus vereinbartes Entgelt) auf sich nehmen muss. Zum Ausgleich dafür muss ihm der Entschädigungsanspruch aus § 27 Abs. 1 Satz 1 verbleiben.³⁴ Dessen dingliche Sicherung durch die ihm kraft Gesetzes zustehende erste Rangstelle muss allerdings entfallen, weil diese dem neuen Erbbaurecht zukommt. Es muss den Parteien überlassen bleiben, die hiernach erforderlichen Abreden zu treffen.³⁵

3. Heimfall

§ 32 [Vergütung für das Erbbaurecht]

(1) ¹Macht der Grundstückseigentümer von seinem Heimfallansprüche Gebrauch, so hat er dem Erbbauberechtigten eine angemessene Vergütung für das Erbbaurecht zu gewähren. ²Als Inhalt des Erbbaurechts können Vereinbarungen über die Höhe dieser Vergütung und die Art ihrer Zahlung sowie ihre Ausschließung getroffen werden.

(2) ¹Ist das Erbbaurecht zur Befriedigung des Wohnbedürfnisses minderbemittelter Bevölkerungskreise bestellt, so darf die Zahlung einer angemessenen Vergütung für das Erbbaurecht nicht ausgeschlossen werden. ²Auf eine abweichende Vereinbarung kann sich der Grundstückseigentümer nicht berufen. ³Die Vergütung ist nicht angemessen, wenn sie nicht mindestens zwei Dritteile des gemeinen Wertes des Erbbaurechts zurzeit der Übertragung beträgt.

Übersicht	Rdn.
A. Allgemeines	1
B. Die Vergütung	3
I. Höhe der Vergütung	3
II. Vereinbarungen über die Höhe	6
III. Keine Einigung über die Höhe	9
IV. Keine Eintragungsfähigkeit des Vergütungsanspruchs	10
V. Fälligkeit	11
VI. Abtretung, Pfändung bzw. Verpfändung; Verjährung	12
VII. Verpflichteter	13
VIII. Zurückbehaltungsrecht	14

34 So RGRK/Räfle, ErbbauVO § 31 Rn. 19.

35 Vgl. Erman/Grziwotz, ErbbauRG § 31 Rn. 6.

A. Allgemeines

- 1 Haben die am Erbbaurechtsvertrag Beteiligten eine Vereinbarung nach § 2 Nr. 4 (Heimfall) getroffen und zum »**Inhalt des Erbbaurechts**« gemacht,¹ dann steht dem Erbbauberechtigten grds. ein **Vergütungsanspruch** zu, wenn der Grundstückseigentümer von seinem Heimfallanspruch Gebrauch macht.² Der Vergütungsanspruch ist ein Ausgleich für den mit der Erfüllung des Heimfallanspruchs beim Erbbauberechtigten entstehenden Rechtsverlust und nach dem gemeinen Wert des verlorenen Erbbaurechts zu berechnen.³ Er fällt gem. § 35 Abs. 1 in die Insolvenzmasse.⁴ Dieser Anspruch sollte nach der früheren Rechtsprechung des BGH in dem Zeitpunkt entstehen, in dem der Grundstückseigentümer von seinem Heimfallrecht Gebrauch macht.⁵ Von dieser Rechtsprechung ist der BGH inzwischen abgerückt. Nunmehr nimmt er an, dass der Vergütungsanspruch erst mit der **Erfüllung des Heimfallanspruchs durch Einigung und Eintragung** im Grundbuch entstehe; denn erst damit gehe auch die Haftung für die durch ein Grundpfandrecht gesicherte persönliche Schuld des Erbbauberechtigten nach § 33 Abs. 2 auf den Grundstückseigentümer über.⁶ Diese Auffassung des BGH ist folgerichtig und zutreffend.⁷
- 2 Erfolgt die Übertragung des Erbbaurechts aufgrund einer bloßen **schuldrechtlichen Vereinbarung** zwischen dem Grundstückseigentümer und dem Erbbauberechtigten, liegt also ein »Heimfall« i.S. des Gesetzes nicht vor, dann findet § 32 **keine Anwendung**. Die Rechtsbeziehungen einschließlich eines etwaigen Vergütungsanspruchs richten sich in diesem Fall nach den vertraglichen Abmachungen in dem Übertragungsvertrag.⁸ Auch in einem solchen Fall geht das Erbbaurecht nicht unter (§ 889 BGB), sondern wird ein Eigentümer-Erbbaurecht.⁹

B. Die Vergütung

I. Höhe der Vergütung

- 3 Die Höhe der vom Grundstückseigentümer nach Ausübung des Heimfallrechts zu entrichtenden »angemessenen Vergütung« richtet sich nicht wie in § 27 nach dem Wert des Bauwerks, sondern sie ist nach dem **objektiven Verkehrswert**¹⁰ des Erbbaurechts

1 S. § 2 Rdn. 2 und 5.

2 Zur Rechtsnatur und zu den Rechtsfolgen des Heimfallanspruchs näher § 2 Rdn. 52 ff.

3 Vgl. § 2 Rdn. 56 und u. Rdn. 3.

4 *Abrens*, NZI 2014, 345, 347.

5 BGH, NJW 1976, 895.

6 BGH, NJW 1990, 2067 = DNotZ 1991, 393.

7 So auch *Winkler/Schlögel*, § 4 Rn. 113a.

8 Vgl. RGRK/*Räfle*, ErbbauVO § 32 Rn. 1; MüKo/*Heinemann*, ErbbauRG § 32 Rn. 1; *Staudinger/Rapp*, § 32 ErbbauRG Rn. 1; BeckOGK/*Toussaint*, ErbbauRG § 32 Rn. 5.

9 So RGRK/*Räfle*, ErbbauVO § 32 Rn. 1.

10 BGH, NJW 1992, 1454; OLG Brandenburg, 12.01.2012 – 5 U 7/11, WKRS 2012, 10454 = Beck RS 2012, 04234; MüKo/*Heinemann*, ErbbauRG § 32 Rn. 7; *Staudinger/Rapp*, § 32 ErbbauRG Rn. 6; BeckOGK/*Toussaint*, ErbbauRG § 32 Rn. 12; Nomos Kom./*Heller*, § 32 ErbbauRG Rn. 5; vgl. hierzu und zum Folgenden auch *Abrens*, NZI 2014, 345, 347 ff.

zu berechnen. Infrage kommt auf der Aktivseite der reale Wert des Bauwerks, der Ertragswert des Erbbaurechts und ein gewisser Wert dafür, dass die Bodenbenutzung vorzeitig wieder an den Grundstückseigentümer zurückfällt.¹¹ Vorbehaltlich abweichender Vereinbarungen sind bei der Wertfeststellung die Verhältnisse zum Zeitpunkt der Erfüllung des Heimfallanspruchs maßgebend.¹²

In der Praxis wird der Anteil des Erbbaurechts am Wert des Erbbaugrundstücks z.T. nach § 92 BewG¹³ berechnet, vgl. dazu auch die Erläuterungen zur Einheitsbewertung des Erbbaurechts im Anhang I dieses Kommentars. Diese Praxis ist aber bedenklich. Die starke Steigerung der Grundstückspreise in den letzten Jahren würde den zu schätzenden Wertanteil des Erbbaurechts am Grund und Boden unverhältnismäßig erhöhen. Je sozialer und geringerer der Erbbauzins ist, der zudem meistens auf Jahrzehnte hinaus festgelegt wird, desto einseitiger würde in einem solchen Fall ein nicht berechtigter Vorteil für den zu entschädigenden Erbbauberechtigten entstehen. Es ist angemessen, für die hier erforderliche Feststellung des Wertes des Grund und Bodens in erster Linie den **Ertragswert** heranzuziehen. Diese Ansicht findet ihre Stütze darin, dass eine solche Wertberechnung auch in § 19 vorgesehen ist.

Auf der Passivseite sind die Belastungen des Erbbaurechts, soweit sie der Grundstückseigentümer übernehmen muss (§ 33 Abs. 2, 3), in Abzug zu bringen, ferner aber auch alle Lasten, die den Wert des Bauwerks oder die Ertragsfähigkeit beeinträchtigen. Als Grundlage der Berechnung können die zu § 19 entwickelten Grundsätze herangezogen werden.¹⁴ Ist das **Bauwerk** für den Grundstückseigentümer erst **nach Um- oder Ausbau nutzbar**, so ist das zu berücksichtigen.

II. Vereinbarungen über die Höhe

Wie nach § 27, so können auch im Fall des § 32 als »Inhalt des Erbbaurechts« im Erbbaurechtsvertrag oder in einem rechtsgültigen Nachtrag zu ihm Vereinbarungen über die Höhe der Vergütung und die Art ihrer Zahlung sowie ihre Ausschließung getroffen werden. Auf § 27 Rdn. 10 ff. wird verwiesen. Die Ausübung eines unvergüteten Heimfallanspruchs im Insolvenzfall ist nach Ansicht des BGH anfechtbar.¹⁵ Der BGH hat allerdings offen gelassen, ob der Fall anders beurteilt worden wäre, wenn der Erbbaurechtsvertrag eine angemessene Vergütung vorgesehen hätte.¹⁶ Eine

11 BGH, DB 1975, 685; OLG Brandenburg, 12.01.2012 – 5 U 7/11, WKRS 2012, 10454 = Beck RS 2012, 04234; *Grüneberg/Wicke*, § 32 ErbbauRG Rn. 2; *Erman/Grziwotz*, ErbbauRG § 32 Rn. 1; *Soergel/Stürner*, ErbbauVO § 32 Rn. 1; *MüKo/Heinemann*, ErbbauRG § 32 Rn. 7.

12 BGH, NJW 1992, 1454 = DNotZ 1992, 361.

13 I.d.F. vom 01.02.1991, BGBl. I S. 230.

14 Vgl. *Staudinger/Rapp*, § 32 ErbbauRG Rn. 6; *RGRK/Rüfle*, ErbbauVO § 32 Rn. 3; BGH, WM 1975, 685 und 1976, 402; vgl. dazu auch BGH, NJW 1981, 1045, 1047; s. auch Kommentierung zu § 19.

15 BGH, NJW 2007, 2325; *MüKo/Heinemann*, ErbbauRG § 32 Rn. 14; *Winkler/Schlögel*, § 5 Rn. 193.

16 BGH, NJW 2007, 2325; vgl. hierzu auch § 2 Rdn. 72.

Abrissverpflichtung auf Verlangen des Grundstückseigentümers beim Heimfall kann dinglich weder als Vereinbarung gem. § 2 Nr. 1 noch gem. § 32 Abs. 1 Satz 2 oder § 27 Abs. 1 Satz 2 getroffen werden.¹⁷ Der Ausschluss der Vergütung beim Heimfall kann gegen das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen verstoßen.¹⁸

- 7 Ist das Erbbaurecht »zur Befriedigung des Wohnbedürfnisses minderbemittelter Bevölkerungskreise bestellt« – der Begriff wird sich mit dem »sozialen Wohnungsbau« decken –, so enthält § 32 Abs. 2 für die Höhe der Vergütung besondere Bestimmungen. Da sich diese Vorschrift im Wesentlichen mit den Bestimmungen des § 27 Abs. 2 deckt, kann auf § 27 Rdn. 18 ff. verwiesen werden.¹⁹
- 8 Die Bestimmung des Abs. 2 Satz 2 des § 32, nach der der Eigentümer sich auf eine **abweichende Vereinbarung** nicht berufen kann, gilt für den gesamten Abs. 2, also auch für dessen Satz 3.²⁰ Eine abweichende Vereinbarung ist **absolut nichtig**.²¹ Zwar kann der Erbbauberechtigte im Einzelfall davon absehen, die Vergütung zu beanspruchen; m. a. W.: Er kann auf den einmal entstandenen Vergütungsanspruch verzichten. Ein früherer Verzicht aber ist unwirksam.²²

III. Keine Einigung über die Höhe

- 9 Können sich die Beteiligten über die Höhe der Vergütung nicht einigen, müssen sie diese Streitigkeit im Prozessweg austragen.

IV. Keine Eintragungsfähigkeit des Vergütungsanspruchs

- 10 Der Vergütungsanspruch ist im Unterschied zu der in den §§ 28, 29 dinglich ausgestalteten Entschädigungsforderung nach § 27 Abs. 1 Satz 1 nur ein persönlicher, also **lediglich schuldrechtlich wirkender Anspruch**.²³ Der Anspruch ist daher nicht eintragungsfähig, kann aber durch eine Vormerkung gesichert werden. Eine dingliche Sicherung wie bei § 28 ist nicht vorgesehen. Auch entstehen an dem Anspruch keine Rechte der Realgläubiger entsprechend § 29, da diese durch § 33 geschützt sind. Der Vergütungsanspruch haftet also den Grundpfandrechtsgläubigern nicht.²⁴

17 OLG Düsseldorf, 14.06.2006 – I-3 Wx 134/06, WKRS 2006, 25113 = Beck RS 2006, 12703; LG Wuppertal, Rpfleger 2006, 540; MüKo/Heinemann, ErbbauRG § 32 Rn. 15.

18 Vgl. dazu *Winkler/Schlögel*, § 4 Rn. 116; *Boemke/Purrmann*, NJW 2010, 2983; sowie auch § 11 Rdn. 129 f. und § 27 Rdn. 13.

19 Vgl. dazu auch LG Frankfurt am Main, DNotZ 1969, 299; KG, Rpfleger 1981, 108.

20 *Staudinger/Rapp*, § 32 ErbbauRG Rn. 5.

21 S.o. § 27 Rdn. 20.

22 *Staudinger/Rapp*, § 32 ErbbauRG Rn. 5.

23 So RGRK/Räfle, ErbbauVO § 32 Rn. 2; *Staudinger/Rapp*, § 32 ErbbauRG Rn. 8; *Ermann/Grziwotz*, ErbbauRG § 32 Rn. 1; *Böttcher*, Rn. 231; MüKo/Heinemann, ErbbauRG § 32 Rn. 5.

24 Vgl. *Haegle*, BWNNotZ 1972, 45, 47.

V. Fälligkeit

Mit seiner Entstehung, vgl. oben Rdn. 1, wird der Vergütungsanspruch zugleich fällig.²⁵ **Berechtigter** des Anspruchs ist derjenige, der in dem Zeitpunkt Erbbauberechtigter ist, in dem der Grundstückseigentümer von seinem Heimfallrecht Gebrauch macht.²⁶ 11

VI. Abtretung, Pfändung bzw. Verpfändung; Verjährung

Die Frage, ob der Vergütungsanspruch schon vor seiner **Fälligkeit** abgetreten und demgemäß gepfändet (§ 851 ZPO) und verpfändet werden kann (§ 1274 BGB), ist streitig, aber zu bejahen. Die Abtretbarkeit des Vergütungsanspruchs nach § 32 ist im Gegensatz zu der des Entschädigungsanspruchs nach § 27, vgl. dort Abs. 4, nicht eingeschränkt.²⁷ Die Gegenansicht folgt dem nicht, da aus dem Fehlen einer dem § 27 Abs. 4 entsprechenden Bestimmung in § 32 die Zulässigkeit der Abtretung des Vergütungsanspruchs vor dessen Fälligkeit nicht zu folgern sei; § 27 Abs. 4 habe nur klarstellenden Charakter.²⁸ Der Vergütungsanspruch verjährt in 3 Jahren (§ 195 BGB).²⁹ 12

VII. Verpflichteter

Verpflichtet ist der Grundstückseigentümer, und zwar persönlich, der das Heimfallrecht in Anspruch nimmt, wobei es unerheblich ist, ob er die Übertragung des Erbbaurechts auf sich oder gem. § 3 auf einen Dritten verlangt.³⁰ Dabei ist es zulässig, dass auch der Dritte sich schuldrechtlich zu der Zahlung der Vergütung verpflichtet. 13

VIII. Zurückbehaltungsrecht

Der Vergütungsanspruch begründet ggü. dem Heimfallrecht des Grundstückseigentümers ein Zurückbehaltungsrecht des Erbbauberechtigten gem. § 273 Abs. 1 BGB.³¹ 14

25 BGH, NJW 1976, 895 = DNotZ 1976, 537.

26 So *Staudinger/Rapp*, § 32 ErbbauRG Rn. 10.

27 Vgl. BGH, NJW 1976, 895 = DNotZ 1976, 537; vgl. auch *Staudinger/Rapp*, § 32 ErbbauRG Rn. 10; BeckOK/*Maaß*, ErbbauRG § 32 Rn. 2; Nomos Kom./*Heller*, § 32 ErbbauRG Rn. 4; *Erman/Grziwotz*, ErbbauRG § 32 Rn. 1; BeckOGK/*Toussaint*, ErbbauRG § 32 Rn. 9; RGRK/*Räfle*, ErbbauVO § 32 Rn. 2; *Böttcher*, Rn. 229.

28 *Winkler/Schlögel*, § 4 Rn. 113a; MüKo/*Heinemann*, ErbbauRG § 32 Rn. 4. Zum Zeitpunkt der Entstehung und Fälligkeit des Vergütungsanspruchs s. o. Rdn. 1 und 11.

29 *Winkler/Schlögel*, § 4 Rn. 113a. § 196 BGB ist nicht anwendbar, weil sich der Vergütungsanspruch des Erbbauberechtigten nicht als Gegenleistung des Grundstückseigentümers an den Erbbauberechtigten für die Übertragung des Erbbaurechts darstellt, sondern als ein vom Gesetz zugunsten des Erbbauberechtigten vorgesehener Vermögensausgleich für den Verlust des Erbbaurechts (s. § 2 Rdn. 56); a.A. BeckOK/*Maaß*, ErbbauRG § 32 Rn. 2.

30 *Staudinger/Rapp*, § 32 ErbbauRG Rn. 11; *Erman/Grziwotz*, ErbbauRG § 32 Rn. 2.

31 Vgl. BGH, NJW 1990, 2067, 2068; ferner RGRK/*Räfle*, ErbbauVO § 32 Rn. 5; *Erman/Grziwotz*, ErbbauRG § 32 Rn. 2.

§ 33 [Fortbestand dinglicher Rechte]

(1) ¹Beim Heimfall des Erbbaurechts bleiben die Hypotheken, Grund- und Rentenschulden und Reallasten bestehen, soweit sie nicht dem Erbbauberechtigten selbst zustehen. ²Dasselbe gilt für die Vormerkung eines gesetzlichen Anspruchs auf Eintragung einer Sicherungshypothek. ³Andere auf dem Erbbaurecht lastende Rechte erlöschen.

(2) ¹Haftet bei einer Hypothek, die bestehen bleibt, der Erbbauberechtigte zugleich persönlich, so übernimmt der Grundstückseigentümer die Schuld in Höhe der Hypothek. ²Die Vorschriften des § 416 des Bürgerlichen Gesetzbuchs finden entsprechende Anwendung. ³Das gleiche gilt, wenn bei einer bestehenbleibenden Grundschuld oder bei Rückständen aus Rentenschulden oder Reallasten der Erbbauberechtigte zugleich persönlich haftet.

(3) Die Forderungen, die der Grundstückseigentümer nach Absatz 2 übernimmt, werden auf die Vergütung (§ 32) angerechnet.

Übersicht	Rdn.
A. Allgemeines	1
B. Die bestehen bleibenden Rechte	2
I. Hypotheken, Grund-, Rentenschulden, Reallasten	2
II. Ausnahmen	3
III. Vormerkungen	5
IV. Dauerwohnrecht	6
V. Sonstige Belastungen	7
C. Die Schuldübernahme durch den Grundstückseigentümer	15
I. Schuldübernahme	15
II. Anrechnung auf Vergütung nach § 32	18
D. Kein Ausschluss durch Vereinbarung	22

A. Allgemeines

1 § 33 enthält Regelungen über den Fortbestand von Belastungen des Erbbaurechts beim Heimfall und bezweckt, mit dem Fortbestand der wichtigsten Belastungen die Beleihungsfähigkeit des Erbbaurechts zu gewährleisten.¹ Die Vorschrift findet **nur beim Heimfall**, nicht dagegen bei **einer sonstigen Übertragung** des Erbbaurechts auf den Grundstückseigentümer Anwendung; im letzteren Fall bleiben sämtliche Belastungen des Erbbaurechts bestehen, falls nichts Gegenteiliges in rechtlich zulässiger Weise vereinbart ist. In § 33 Abs. 1 wird das Bestehenbleiben der dinglichen Rechte geregelt, und in § 33 Abs. 2 geht es um die persönlichen Forderungen, die dem bestehen bleibenden dinglichen Recht zugrunde liegen.²

1 BGH, DNotZ 2016, 448 = NJW 2016, 3167 Rn. 23.

2 Vgl. auch MüKo/Heinemann, ErbbauRG § 33 Rn. 9.

B. Die bestehen bleibenden Rechte

I. Hypotheken, Grund-, Rentenschulden, Reallasten

Bestehen bleiben die auf dem Erbbaurecht lastenden Hypotheken, Grund- und Rentenschulden sowie die Reallasten. Zu den Letzteren gehören auch die Überbau- und Norwegrenten (§§ 914 Abs. 3, 917 Abs. 2 BGB); des Weiteren gem. § 9 Abs. 1 ein im Erbbaugrundbuch für den Grundstückseigentümer eingetragener Erbbauzins.³

II. Ausnahmen

Nicht bestehen bleiben von den in Rdn. 2 bezeichneten Rechten diejenigen, die dem Erbbauberechtigten selbst zustehen, z.B. Eigentümergrundschulden, die infolge der Befriedigung der Hypothekengläubiger durch den Erbbauberechtigten zu dessen Gunsten entstanden sind.⁴ Rechte hingegen, die zugunsten des Erbbaurechts für den jeweiligen Erbbauberechtigten eingetragen sind, z.B. Wegrechte, sonstige Dienstbarkeiten, bleiben bestehen, da sie gem. § 96 BGB als Bestandteile des Erbbaurechts anzusehen sind.⁵

Ist der Grundstückseigentümer oder der Dritte i.S.d. § 3 selbst Inhaber einer Hypothek, Grund- oder Rentenschuld oder einer Reallast, so gehen diese Rechte nicht unter, verwandeln sich vielmehr in eine Eigentümerhypothek usw. (§§ 889, 1177, 1192, 1200 BGB).⁶ Aus dem Bestehenbleiben der Belastungen gem. § 33 Abs. 1 kann nicht gefolgert werden, dass sie als Belastungen des Erbbaugrundstücks anzusehen sind, da von den Belastungen nur das Erbbaurecht betroffen ist.⁷

III. Vormerkungen

Bestehen bleiben ferner Vormerkungen eines gesetzlichen Anspruchs auf Eintragung einer Sicherungshypothek. Einen gesetzlichen Anspruch auf Eintragung einer Sicherungshypothek gewährt z.B. § 650e BGB, sog. Bauhandwerkerhypothek.⁸ Zu weiteren Fällen eines gesetzlichen Anspruchs auf Eintragung einer Hypothek vgl. Art. 91 EGBGB.

3 *Erman/Grziwotz*, Erbbaurecht § 33 Rn. 1; *MüKo/Heinemann*, Erbbaurecht § 33 Rn. 3; *Winkler/Schlögel*, § 4 Rn. 118; *Staudinger/Rapp*, § 33 Erbbaurecht Rn. 1; *Nomos Kom./Heller*, § 33 Erbbaurecht Rn. 2; *BeckOGK/Toussaint*, Erbbaurecht § 33 Rn. 9; *BeckOK BGB/Maaf*, § 33 Erbbaurecht Rn. 2.

4 BayObLG, DNotZ 1960, 104 = Rpfleger 1960, 254.

5 *Planck/Strecker*, ErbbaurechtVO § 33 Anm. 2 c; *RGRK/Räfle*, ErbbaurechtVO § 33 Rn. 2; *MüKo/Heinemann*, Erbbaurecht § 33 Rn. 7.

6 Vgl. *Staudinger/Rapp*, § 33 Erbbaurecht Rn. 3; *RGRK/Räfle*, ErbbaurechtVO § 33 Rn. 1.

7 OLG Hamm, NJW 1969, 2052; *MüKo/Heinemann*, Erbbaurecht § 33 Rn. 3; *Erman/Grziwotz*, Erbbaurecht § 33 Rn. 1.

8 S. zu Bauhandwerkerhypotheken an Erbbaurechten eingehend *Neumann*, ZfBR 2020, 211 ff. sowie insbesondere zum rechtlichen Schicksal der Vormerkung des Anspruchs auf Eintragung der Bauhandwerkerhypothek beim Heimfall, *Neumann*, ZfBR 2020, 211, 215.

IV. Dauerwohnrecht

- 6 Bestehen bleiben schließlich auch ein Dauerwohnrecht und ein Dauernutzungsrecht, mit denen das Erbbaurecht belastet worden ist (vgl. § 42 Abs. 2, § 31 Abs. 3 WEG).⁹

V. Sonstige Belastungen

- 7 Alle übrigen Belastungen des Erbbaurechts, die nicht nach Rdn. 2–6 bestehen bleiben, erlöschen beim Heimfall. Das gilt insb. für **alle Dienstbarkeiten**¹⁰, **Nießbrauchrechte** und **Vorkaufsrechte**.¹¹ Auch die nicht in Rdn. 5 aufgeführten **Vormerkungen** erlöschen, z.B. zur Sicherung eines rechtsgeschäftlichen Anspruchs auf Eintragung einer Hypothek, desgl. **Widersprüche**.¹² Dagegen bleiben Vormerkungen und Widersprüche bestehen, die sich auf die nach § 33 Abs. 1 bestehenbleibenden Rechte beziehen.
- 8 Beim Heimfall erlischt insb. auch das **Untererbbaurecht**.¹³ Das mindert zwar den wirtschaftlichen Wert des Untererbbaurechts und schränkt seine Beleihbarkeit ein, seine begriffliche Unmöglichkeit ergibt sich daraus aber nicht.¹⁴ Aufgrund dieses speziellen Bestandsrisikos sollte aber in entsprechenden Konstellationen über die Teilung des Erbbaurechts anstelle der Bestellung des Untererbbaurechts nachgedacht werden.¹⁵
- 9 Das **Erlöschen** der eingetragenen Rechte tritt **kraft Gesetzes** ein, und zwar mit der Übertragung des Erbbaurechts durch den Erbbauberechtigten auf den Grundstückseigentümer oder den Dritten i.S.d. § 3, also mit der dinglichen Einigung und Eintragung im Grundbuch. Das Grundbuch wird unrichtig; seine Berichtigung kann nach § 22 GBO oder, wenn die Ausübung des Heimfallrechts dem Grundbuchamt nicht in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden kann, durch Urteil gem. § 894 ZPO herbeigeführt werden, sofern die Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs von demjenigen, dessen Recht durch die Berichtigung betroffen wird, nicht zu erlangen ist.¹⁶
- 10 Die Erlöschungswirkung gem. § 33 Abs. 1 Satz 3 ist dann mit besonderen Problemen verbunden, wenn das Grundstück an erster Rangstelle mit einem Geh- und Fahrrecht, einem Leitungsrecht oder einem vergleichbaren dinglichen Nutzungsrecht (sog. existenznotwendige Dienstbarkeit) belastet ist. In solchen Fällen kann wegen § 10 Abs. 1 Satz 1 ein Erbbaurecht am Grundstück nur unter der Voraussetzung bestellt werden, dass der Dienstbarkeitsberechtigte dem Erbbauberechtigten den Vorrang

9 S. auch die Kommentierung zu § 42 WEG in Anhang III Rdn. 11 ff. dieses Kommentars.

10 S. unten Rdn. 10 und § 10 Rdn. 5.

11 MüKoll/Heinemann, ErbbauRG § 33 Rn. 7.

12 MüKoll/Heinemann, ErbbauRG § 33 Rn. 7; a.A. BeckOGK/Toussaint, ErbbauRG § 33 Rn. 18, der davon ausgeht, dass Widersprüche nicht von § 33 erfasst werden.

13 S. § 11 Rdn. 15 ff.

14 Vgl. BGH, NJW 1974, 1137 = BWNZ 1974, 129; vgl. auch RGRK/Räpfl, ErbbauVO § 33 Rn. 4.

15 Habel, MittBayNot 1998, 315; Wilsch, EbbauZ 2021, 35, 36.

16 § 894 BGB, vgl. Soergel/Stürner, ErbbauVO § 33 Rn. 2.

einräumt; zudem wird in der Vertragspraxis gleichzeitig mit der Bestellung des Erbbaurechts und dem Rangrücktritt des Dienstbarkeitsberechtigten zu seinen Gunsten im Erbbaugrundbuch an erster Rangstelle eine weitere Dienstbarkeit eingetragen, die der bestehenden Dienstbarkeit auf dem Grundstück inhaltlich entspricht und als solche die bisherige Grundstücksnutzung (auch) im Verhältnis zu dem Erbbauberechtigten dinglich absichert.¹⁷ Macht nun der Grundstückseigentümer gegenüber dem Erbbauberechtigten von seinem Heimfallrecht Gebrauch, so erlischt gem. § 33 Abs. 1 Satz 3 die Dienstbarkeit am Erbbaurecht, während das Erbbaurecht selbst als Eigentümererbbaurecht fortbesteht.¹⁸ Der Dienstbarkeitsberechtigte büßt folglich seine erstrangige dingliche Rechtsposition ein, auf deren Fortbestand er zur ungestörten Weiternutzung des Grundstücks angewiesen ist (Das fortbestehende dingliche Nutzungsrecht am Grundstück ist gegenüber dem (Eigentümer-)Erbbaurecht nachrangig; der Eigentümer kann das Erbbaurecht ohne das bislang auf ihm ruhende dingliche Nutzungsrecht an einen Dritten veräußern.).

Zur Lösung dieser Problematik wird vorgeschlagen, die Ausübung des Heimfallrechts durch den Grundstückseigentümer mittels Vereinbarung im Erbbaurechtsvertrag an die Voraussetzung zu knüpfen, dass die gem. § 33 Abs. 1 Satz 3 erlöschende Dienstbarkeit neu und rangrichtig am Erbbaurecht wieder eingetragen wird.¹⁹ Rechtsgrundlage einer solchen Regelung ist § 2 Nr. 4, der es dem Grundstückseigentümer und dem Erbbauberechtigten erlaubt, die Voraussetzungen für die Ausübung des Heimfallrechts als Inhalt des Erbbaurechts im Erbbaurechtsvertrag festzulegen.²⁰ Sie ist jedoch für den Grundstückseigentümer nachteilig, wenn – wie häufig – das Erbbaurecht mit Rechten belastet ist, die nach § 33 Abs. 1 beim Vollzug des Heimfalls nicht erlöschen, sondern fortbestehen, also insbesondere mit Grundpfandrechten oder Reallasten. Da nämlich diese Rechte infolge des Erlöschens der Grunddienstbarkeit im Rang aufrücken, müssen ihre Inhaber der als Heimfallvoraussetzung vereinbarten Wiedereintragung der Dienstbarkeit an erster Rangstelle zustimmen. Verweigern sie ihre Zustimmung, kann der Grundstückseigentümer seinen Heimfallanspruch nicht durchsetzen.²¹

Ein weiterer Lösungsvorschlag geht dahin, im Erbbaugrundbuch zugunsten des Dienstbarkeitsberechtigten eine erstrangige Vormerkung eintragen zu lassen, die den Anspruch des Dienstbarkeitsberechtigten auf Wiederbegründung der mit dem Vollzug

17 Vgl. § 10 Rdn. 5, § 28 Rdn. 6.

18 Vgl. § 2 Rdn. 58.

19 Vgl. OLG Hamm, RNotZ 2013, 605, 612; *Winkler/Schlögel*, § 2 Rn. 100b, § 4 Rn. 120; *Ott*, DNotZ 2015, 341, 344 f.; *Weber*, NotBZ 2015, 405, 408 ff.; *Rapp*, ZfR 2017, 89, 93 f.; *Kessler*, ZfR 2014, 414, 417; *Böttcher*, ZNotP 2015, 42; die nächstliegende und einfachste Lösungsalternative der Nichtbegründung von Heimfallansprüchen kommt in der Vertragspraxis nur selten vor, weil solche Ansprüche aus der Sicht des Grundstückseigentümers meist unverzichtbar sind.

20 Vgl. *Ott*, DNotZ 2015, 341, 345, 355; *Winkler/Schlögel*, § 2 Rn. 100b; »zusätzliche Heimfallvoraussetzung«.

21 Vgl. *Rapp*, ZfR 2017, 91, 93 f.; *Ott*, DNotZ 2015, 341, 345; *Kessler*, ZfR 2014, 414, 417.

des Heimfalls erloschenen erstrangigen Dienstbarkeit am Erbbaurecht sichert.²² Dieser Anspruch muss sich, um nach § 883 BGB vormerkbar zu sein, gegen den Erbbauberechtigten, nicht gegen den Grundstückseigentümer richten.²³ Es wird in der Literatur verbreitet angenommen, dass die Vormerkung abweichend vom Wortlaut des § 33 Abs. 1 Satz 3 den Vollzug des Heimfalls überdauert, weil diese Bestimmung nach ihrem Sinn und Zweck nicht auf ein solches unter Mitwirkung des Grundstückseigentümers und in seinem Interesse begründetes Recht anwendbar sei.²⁴

- 13 Schließlich wird – drittens – zur Lösung der dargelegten Problematik empfohlen, dass der Grundstückseigentümer und der Erbbauberechtigte das heimfallbedingte Erlöschen der Dienstbarkeit am Erbbaurecht im Vertrag über die Bestellung des Erbbaurechts abdingen.²⁵ Eine solche Vereinbarung setzt zu ihrer Wirksamkeit voraus, dass § 33 Abs. 1 Satz 3 kein zwingendes Recht enthält, sondern der Disposition der Beteiligten unterliegt. Letzteres ist zu bezweifeln: Da die Vereinbarung auf eine Abweichung von der im Gesetz allgemein vorgegebenen dinglichen Rechtslage gerichtet ist, bedarf sie spezieller gesetzlicher Ermächtigung. Als Ermächtigungsgrundlage kommt allein die Vorschrift des § 2 Nr. 4 über den Heimfall in Betracht. Zwar genießen der Grundstückseigentümer und der Erbbauberechtigte nach dieser Vorschrift die Freiheit, als Inhalt des Erbbaurechts eine Verpflichtung des Erbbauberechtigten zur Übertragung des Erbbaurechts auf den Grundstückseigentümer zu vereinbaren und ggf. die Voraussetzungen für seine Entstehung festzulegen; zudem mögen die Vertragspartner gem. § 2 Nr. 4 auch zur ergänzenden Regelung sonstiger Anspruchsinhalte wie z.B. des Entstehungszeitpunkts, der Fälligkeit, etwaiger Einwendungen und Gegenrechte des Erbbauberechtigten sowie der Verjährung berechtigt sein. Die Abbedingung des § 33 Abs. 1 Satz 3 betrifft aber nicht den zum Inhalt des Erbbaurechts gemachten Heimfallanspruch als solchen, sondern die Rechtsfolgen, die mit der Erfüllung des Heimfallanspruchs bei den auf dem Erbbaurecht ruhenden dinglichen Belastungen eintreten.²⁶ Es liegt nicht nahe, sondern im Gegenteil eher fern, die Dispositionsfreiheit, die den Vertragspartnern in § 2 Nr. 4 in Bezug auf die Begründung und den Inhalt des Heimfallanspruchs eingeräumt ist, auch auf die Rechtsfolgen seiner Erfüllung zu erstrecken. Zu demselben Ergebnis führt ein Blick auf die Vorschrift des § 32 über den Anspruch des Erbbauberechtigten gegen den Grundstückseigentümer auf Zahlung einer Vergütung für das Erbbaurecht. Auch diese Vorschrift betrifft ähnlich wie § 33 Abs. 1 die Rechtsfolgen der Erfüllung des Heimfallanspruchs,²⁷ enthält aber im

22 Vgl. OLG Hamm, RNotZ 2013, 605, 612; *Winkler/Schlögel*, § 4 Rn. 120; *Ott*, DNotZ 2015, 341, 348 ff.; *Rapp*, ZfIR 2017, 89, 92 ff.; *Kessler*, ZfIR 2014, 414, 417; *Böttcher*, ZNotP 2015, 42.

23 Vgl. *Ott*, DNotZ 2015, 341, 348 ff.; *Weber*, NotBZ 2015, 405, 406; a.A. *Rapp*, ZfIR 2017, 89, 93.

24 Vgl. *Rapp*, ZfIR 2017, 89, 92 f.; *Ott*, DNotZ 2015, 341, 345 ff., 350; *Winkler/Schlögel*, § 4 Rn. 120.

25 *Kessler*, ZfIR 2014, 414, 417 f.; *Böttcher*, ZNotP 2015, 42; *Rapp*, ZfIR 2017, 89, 92; vgl. dazu auch näher *Ott*, DNotZ 2015, 341, 345 ff..

26 Vgl. *Weber*, NotBZ 2015, 405, 407.

27 Vgl. § 32 Rdn. 1.

Unterschied zu § 33 Abs. 1 eine ausdrückliche Ermächtigung an die Vertragspartner zu dinglich wirksamen Vereinbarungen, nämlich zu Vereinbarungen über die Höhe der Vergütung, die Art ihrer Zahlung sowie ihre Ausschließung (§ 32 Abs. 1 Satz 2). Sie erlaubt somit einen Umkehrschluss dahin, dass in Ermangelung einer solchen ausdrücklichen Ermächtigung Vereinbarungen über die Rechtsfolgen des Vollzugs des Heimfallanspruchs nicht zulässig sind; denn andernfalls wäre die Ermächtigung in § 32 Abs. 1 Satz 2 überflüssig. Der in diesem Zusammenhang in der Literatur gezogene Erst-Recht-Schluss von dem möglichen Verzicht auf den Heimfallanspruch auf die Abdingbarkeit des § 33 Abs. 1 Satz 3²⁸ ist wegen der dargelegten Verschiedenheit der Sach- und Regelungsbereiche nicht statthaft.²⁹ Folgerichtig und überzeugend wird daher dem Gesetzgeber geraten, die Abbedingung des § 33 Abs. 1 Satz 3 zweifelsfrei dadurch zu ermöglichen, dass er die Vorschrift des § 33 Abs. 1 um eine entsprechende ausdrückliche Ermächtigung an die Vertragspartner ergänzt.³⁰

Da auch die sog. Vormerkungslösung wegen der kategorischen und ausnahmslosen Rechtsfolgenanordnung des § 33 Abs. 1 Satz 3 nicht frei von rechtlichen Bedenken ist³¹, bietet de lege lata der erste Lösungsvorschlag (Begründung einer zusätzlichen Heimfallvoraussetzung) das größte Maß an Rechtssicherheit.³² 14

C. Die Schuldübernahme durch den Grundstückseigentümer

I. Schuldübernahme

Ist der Erbbauberechtigte zugleich der persönliche Schuldner der Hypothekenforderung oder der Forderung, zu deren Sicherung die Grundschuld dient, oder ist er der Schuldner der Rückstände aus Rentenschulden oder Reallasten, so übernimmt kraft Gesetzes der Grundstückseigentümer dem Erbbauberechtigten ggü. diese Schuld. 15

28 Vgl. *Kessler*, ZfR 2014, 414, 417 f.; ähnlich *Rapp*, ZfR 2017, 89, 92 sowie *Böttcher*, ZNotP 2015, 42.

29 Ebenso *Weber*, NotBZ 2015, 405, 407; vgl. demgegenüber zur Vereinbarung des Nachrangs der Entschädigungsforderung gem. § 27 Abs. 1 Satz 1 aufgrund von § 27 Abs. 1 Satz 2 § 28 Rdn. 8.

30 So *Weber*, NotBZ 2015, 405, 415.

31 Vgl. *Weber*, NotBZ 2015, 405, 406, der im Sinne eines argumentum ad absurdum die Frage aufwirft, ob nicht dieselben Gründe, die für die Nichtanwendung des § 33 Abs. 1 Satz 3 auf die Vormerkung angeführt würden, konsequenterweise bereits zum Fortbestand der Dienstbarkeit am Erbbaurecht und damit zur Entbehrlichkeit der Vormerkung führen müssten; zweifelnd auch *Kessler*, ZfR 2014, 414, 417.

32 Ebenso *Weber*, NotBZ 2015, 405, 408 ff. mit detaillierten Gestaltungshinweisen und Formulierungsvorschlägen, auch im Hinblick auf die Bestellung der Grundpfandrechte am Erbbaurecht, die regelmäßig gem. § 5 Abs. 2 von der Zustimmung des Grundstückseigentümers abhängt (Verpflichtung der Grundpfandrechtsgläubiger zum Rangrücktritt, Beifügung von Rangvorbehalten). Skeptisch hingegen BeckOK/*Maaß*, ErbbauRG § 10 Rn. 3.2, der – mit Ausnahme des Falls eines vollständigen Verzichts auf den Heimfall – eine rechtssichere Lösung nach geltendem Recht für kaum denkbar hält.