



Gemeindeprüfungsanstalt  
Baden-Württemberg

**GPA-Mitteilung 3/2012**

**Az. 640.021; 880.81**

20.08.2012

## **Erbbaurecht**

### **1 Begriff und Anwendungsbereich**

Das Gesetz über das Erbbaurecht (Erbbaurechtsgesetz –ErbbauRG) vom 30.11.2007 (BGBl. Teil III, Gliederungsnummer 403 – 6), zuletzt geändert durch Artikel 31 des Gesetzes vom 08.12.2010 (BGBl. I S. 1864), eröffnet die Möglichkeit, durch dingliches Recht an einem Grundstück die Befugnis zu erlangen, auf diesem Grundstück ein Bauwerk zu haben, wobei das Eigentum an dem Bauwerk nicht nach den §§ 93 ff. BGB in das Eigentum des Grundstückseigentümers übergeht (§ 1 Abs. 1 ErbbauRG). Bei Wohnbauten werden Erbbaurechte meist für einen längeren Zeitraum (häufig 50 bis 99 Jahre) bewilligt. Sinn der Bestellung eines Erbbaurechts ist, dass der Grundstückseigentümer das Eigentum an seinem Grundstück behält, aber für die entgangene Nutzungsmöglichkeit eine Entschädigung erhält, den Erbbauzins.

### **2 Begründung des Erbbaurechts**

Auf Erbbaurechte, als grundstücksgleiche Rechte, finden nach § 11 ErbbauRG die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über Grundstücke Anwendung. Das Erbbaurecht entsteht durch Einigung über die Bestellung des Rechts und dessen Eintragung im Grundbuch (Beginn des Erbbaurechts) zur ersten Rangstelle (§ 11 Abs. 1, § 10 Abs. 1 Satz 1 ErbbauRG und § 873 Abs. 1 BGB). Folglich bedarf die Begründung eines Erbbaurechts der notariellen Beurkundung (§ 11 Abs. 2 ErbbauRG i.V.m. § 311b Abs. 1 BGB).

#### **2.1 Inhaltliche Regelungen**

Das Erbbaurechtsgesetz enthält einige unabdingbare Vorschriften (z.B. Rangstelle, § 10 Abs. 1 Satz 1), überlässt aber im Übrigen die Ausgestaltung des Erbbaurechtsverhältnisses der Partei-

autonomie. Deshalb sollte die Bestellung eines Erbbaurechts unter den Beteiligten eingehend erörtert werden. Die Vorschriften der §§ 2 bis 5 ErbbauRG regeln, welche Vereinbarungen im Erbbaurechtsbestellungsvertrag über den nach § 1 ErbbauRG notwendigen gesetzlichen Inhalt hinaus getroffen werden können. Regelungen über Errichtung (z.B. eine Pflicht zum Bauen), Unterhaltung, Versicherung, evtl. Wiederaufbau des Bauwerks und das Tragen der öffentlichen und privaten Lasten sowie der Abgaben sind regelmäßig unerlässlich. Steht das mit einem Erbbaurecht belastete Grundstück im Eigentum der Gemeinde, sind die §§ 24 und 16 KAG zu beachten. Entsteht eine Beitragspflicht erst nach der Bestellung des Erbbaurechts, ist der Erbbauberechtigte Beitragsschuldner (§ 21 Abs. 2 KAG). Ansonsten (zuvor) entsteht die Beitragspflicht bei der Gemeinde wie bei einem privaten Grundstückseigentümer mit der Folge, dass der Erbbauberechtigte nicht mehr zum Erschließungs- bzw. Anschlussbeitrag herangezogen werden kann. Weiter sind vertragsmäßige dingliche Regelungen über Rechtsfolgen, falls der Berechtigte seinen Verpflichtungen nicht nachkommt (z.B. Heimfallanspruch), ebenso notwendig, wie Regelungen für den Fall der Beendigung des Erbbaurechts.

Darüber hinaus kann vereinbart werden, dass der Erbbauberechtigte auf Verlangen des Grundstückseigentümers verpflichtet ist, das Grundstück anzukaufen. Jedoch darf der Erbbauberechtigte hinsichtlich der Bindungsdauer des Kaufzwangs und bezüglich des Zeitpunkts der Geltendmachung des Ankaufverlangens nicht unangemessen benachteiligt werden. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist eine an die Laufzeit des Erbbaurechtsvertrags gekoppelte Laufzeit (i.d.R. 99 Jahre) nicht mehr zulässig. Eine Bindung von dreißig Jahren kann im Einzelfall noch angemessen sein (OLG München, Urt. v. 23.02.1999 – 25 U 4085/98; BGH, Urt. v. 14.10.1988, NJW 1989, 2129).

Losgelöst vom vertragsmäßigen, dinglichen Inhalt des Erbbaurechts nach § 2 Nrn. 1 - 7 ErbbauRG kann es angezeigt sein, auch schuldrechtliche Vereinbarungen über den Inhalt des Erbbaurechts zu treffen. Das können Regelungen über das Abwälzen der Verkehrssicherungspflicht des Grundstücks auf den Erbbauberechtigten sein, schuldrechtliche Verfügungsbeschränkungen (z.B. Nießbrauch, Vorkaufsrecht) oder auch die Verpflichtung, die schuldrechtlichen Vereinbarungen im Erbbaurechtsvertrag auf sämtliche Rechtsnachfolger zu übertragen. Im Gegensatz zu den schuldrechtlichen, nur zwischen den Vertragspartnern geltenden Vereinbarungen, entfalten die dinglich vertraglichen Regelungen nach § 2 Nrn. 1 - 7 ErbbauRG Rechtswirkungen gegenüber allen Sonderrechtsnachfolgern für die gesamte Dauer des Erbbaurechts.

## **2.2 Vereinbarungen zur Anpassung des Erbbauzinses**

Für das Erbbaurecht kann ein Entgelt in wiederkehrenden Leistungen ausbedungen werden, das in aller Regel in Geld erbracht wird (Erbbauzins; § 9 Abs. 1 ErbbauRG). Der Erbbauzins ist nach seiner rechtlichen Natur eine Belastung des Erbbaurechts in Form einer Reallast. Daher gelten die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Reallasten entsprechend (§ 9 Abs. 1 Satz 1 ErbbauRG). Der Erbbauzins ist keine Gegenleistung für die Nutzung des Grundstücks auf die Dauer des Erbbaurechts, sondern ein wiederkehrendes Entgelt für die Bestellung des Erbbaurechts. Der Erbbauzins wird durch formlose Einigung und Eintragung in die Abtei-

lung II des Erbbaugrundbuchs mit öffentlich beglaubigter Eintragungsbewilligung des Erbbauberechtigten als Reallast dinglich gesichert.

Der Erbbauzins kann nach Zeit und Höhe für die gesamte Erbbauzeit im Voraus bestimmt werden. Eine Festlegung auf einen während der gesamten Laufzeit des Erbbaurechts unveränderlichen Geldbetrag wird heute nur noch für kurzfristige Erbbaurechte in Erwägung gezogen werden können, da die Gemeinde für das Erbbaurecht einen angemessenen Erbbauzins festzusetzen hat (§ 92 Abs. 2 GemO).

Vertragliche Regelungen über den Erbbauzins und seine Anpassung sind unabhängig davon zu treffen, ob aus gegenwärtiger Sicht der Gemeinde kein oder nur ein ermäßigter Erbbauzins verlangt werden soll (z.B. wenn zur Unterstützung örtlicher Vereine eine (finanzielle) Vereinsförderung betrieben werden soll; ggf. wäre ein „Vereinszuschuss“ mit dem - vertraglich geregelten - Erbbauzins zu verrechnen). D.h. zunächst ist der „Regelfall“ systematisch darzustellen; die Ausnahmeregelung, ein begründeter Verzicht auf die Erhebung des Erbbauzinses, sollte außerhalb des notariell beurkundeten Erbbaurechtsvertrags getroffen werden. So kann beispielsweise eine Ermäßigung des Erbbauzinses zur Förderung des sozialen Wohnungsbaus oder für sonstige soziale, kulturelle oder sportliche Zwecke im Rahmen der kommunalen Aufgabenerfüllung in Betracht gezogen werden.

Seit dem 16.06.1998<sup>1</sup> kann zur Erbbauzinsreallast eine Wertsicherungsklausel vereinbart werden, die dann nicht nur schuldrechtlich zwischen den beiden Vertragsparteien, sondern auch dinglich gegenüber den Rechtsnachfolgern wirkt.

Bei den Wertsicherungsklauseln (Preisklauseln) werden drei Klauselarten unterschieden: Gleit- oder Automatikklausele, Spannungsklausel und der Leistungsvorbehalt. Die Gleit- oder Automatikklausele führt zu einer automatischen Anpassung des Erbbauzinses bei Änderung der vereinbarten Bezugsgröße. Auch die Spannungsklausel ist eine Automatikklausele. Sie hält jedoch im Unterschied zur Gleitklausele den Erbbauzins in einem bestimmten Verhältnis zur Bezugsgröße. Der Leistungsvorbehalt führt im Unterschied zur Gleit- und Spannungsklausel nur über eine neue Vereinbarung zu einer Änderung des geschuldeten Erbbauzinses. Die Vereinbarung von Gleit- und Spannungsklauseln ist, abgesehen von der automatischen Anpassung des Erbbauzinses während der Laufzeit des Erbbaurechts, insoweit vorteilhaft, als es keiner Zustimmung der dinglich am Erbbaurecht Berechtigten mehr bedarf und die Notwendigkeit weiterer Grundbucheintragungen entfällt.

Zulässig sind Wertsicherungsklauseln in Erbbaurechtsverträgen und Erbbauzinsreallasten mit einer Laufzeit von mindestens 30 Jahren (§ 4 Preisklauselgesetz v. 14.09.2007, BGBl. I S. 2246, 2247; zul. geändert durch Art. 8 Abs. 8 Gesetz v. 29.07.2009, BGBl. I S. 2355) und zwar sowohl in Form reiner Lebenshaltungs-Index-Klauseln als auch in Form von Mittelwertklauseln

<sup>1</sup> Erste Neufassung von § 9 ErbbRVO durch das Sachenrechtsänderungsgesetz vom 21.09.1994 (BGBl. I S. 2457, S. 2489) sowie deren Abänderung bei gleichzeitiger Änderung des § 1105 Abs. 1 Satz 2 BGB durch Art. 11a Gesetz zur Einführung des Euro (EuroEG) vom 09.06.1998 (BGBl. I S. 1242) und die Ablösung des § 3 WährG nach Art. 9 EuroEG durch § 2 des Preisangaben- und Preisklauselgesetzes vom 03.12.1984 (BGBl. I S. 1429) zuletzt geändert durch Achte Zuständigkeitsanpassungsverordnung vom 25.11.2003 (BGBl. I S. 2304, S. 2318) nebst der hierzu ergangenen Preisklauselverordnung vom 23.09.1998 (BGBl. I S. 3043).

(Mittelwert von Lebenshaltungskosten einerseits sowie Lohn- und Gehaltsentwicklungen andererseits), wie sie die Rechtsprechung zu § 9a Abs. 1 ErbbauRG bei Wohngebäuden verlangt (vgl. BGH, Urt. v. 18.05.1979 – V ZR 237/77, NJW 1980, 181 - 183).

Zum Schutz des Wohnerbbauberechtigten begrenzt § 9a ErbbauRG den Anspruch auf Erhöhung des Erbbauzinses u.a. insoweit, dass ein Anspruch auf Erhöhung des Erbbauzinses bei Wohnerbbaurechten frühestens nach Ablauf von drei Jahren seit Vertragsabschluss bzw. seit der jeweils letzten Erhöhung geltend gemacht werden darf. Außerdem darf der Erhöhungsanspruch nicht über die seit Vertragsabschluss eingetretene Änderung der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse hinausgehen und Grundstückswertveränderungen dürfen nur unter bestimmten Voraussetzungen berücksichtigt werden. Letzteres betrifft nur das Ausmaß einer evtl. Erhöhung, nicht jedoch deren Voraussetzungen. Die Beteiligten können daher den Anpassungsanspruch allein oder zusammen mit anderen Bedingungen von einer Veränderung des Grundstückswerts oder von der allgemeinen Entwicklung der Bodenpreise abhängig machen. Vertragsschluss ist in diesem Zusammenhang der Abschluss der Vereinbarung über die Erbbauzins-Anpassungsklausel, der nicht zwangsläufig mit dem Zeitpunkt des Abschlusses des Erbbaurechtsvertrags identisch sein muss (BGH, Urt. v. 03.12.1976 – V ZR 60/76, NJW 1977, 445 - 446). Wird die durch § 9a ErbbauRG gezogene Billigkeitsgrenze überschritten, ist der vertraglich vorgesehene Umfang der Erhöhung auf das nach dieser Vorschrift zulässige Maß der Billigkeit, d.h. auf den aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs entwickelten Mittelwert aus der Änderung der Lebenshaltungskosten und der Änderung des Bruttoeinkommens, zurückzunehmen.

Weichen die Beteiligten bei der Anpassung bewusst von der vereinbarten Anpassungsklausel ab, so sollten sie vorsorglich (klarstellend) regeln, wie bei der nächsten Anpassung zu verfahren ist. Unabhängig von einer Klarstellung hat der Bundesgerichtshof (BGH, Urt. v. 20.12.2001 – V ZR 260/00, NJW 2002, 1424) entschieden, dass bei einer niedrigeren Anpassung grundsätzlich das Entgegenkommen des Grundstückseigentümers nicht als Änderung des vereinbarten Anpassungsmaßstabs zu werten ist. Im Blick auf § 91 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 92 Abs. 1 und 2 GemO wird empfohlen, einen begründeten Verzicht auf den (vollständigen) Erbbauzins gegenüber dem Erbbauberechtigten schriftlich als stets widerruflich zu erklären. Der Bundesgerichtshof hat 2009 zur Frage der Nichtausschöpfung eines in der Vergangenheit liegenden Erhöhungsanspruchs auf Erbbauzinsen im Übrigen entschieden, dass die Nichtausschöpfung eines Erhöhungsanspruchs den Grundstückseigentümer nicht daran hindere, für einen späteren Zeitraum diesen Rahmen auszuschöpfen (BGH, Urt. v. 11.12.2009 – V ZR 110/09, GK 2/2011).

Auf persönliche Verhältnisse (z.B. Alter, Einkommenssituation) kommt es im Zusammenhang mit der auf die allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse abstellenden Billigkeitsprüfung nach § 9a Abs. 1 Satz 2 ErbbauRG nicht an.

Enthalten Erbbaurechtsverträge keine Anpassungsklausel, kann vom Grundstückseigentümer bei Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 242 BGB) eine Anpassung des Erbbauzinses verlangt werden. Im Einzelfall muss die Äquivalenzstörung ein solches Ausmaß erreicht haben, dass ein Festhalten an dem vereinbarten Erbbauzins nicht mehr zumutbar ist. Der Bundesgerichtshof hat ein Überschreiten dieser Opfergrenze bei einer Steigerung der Lebenshaltungskosten von mehr

als 150 %, was einem Kaufkraftschwund von 60 % entspricht, angenommen (BGH Urt. v. 24.02.1984 – V ZR 222/82, NJW 1984, 2212-2213; Urt. v. 24.04.1992 – V ZR 52/91, NJW 1992, 2088). Bei Überschreiten der Opfergrenze ist bei Wohnzwecken dienenden Bauwerken der Erbbauzins analog § 9a ErbbauRG zu ermitteln.

### **3 Veräußerlichkeit eines Erbbaurechts**

Für die dingliche Übertragung eines Erbbaurechts an einen Dritten gelten die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs (§ 11 ErbbauRG i.V. mit § 873 BGB), sodass gegenüber den Regelungen über den Verkauf von Grundstücken keine Besonderheiten bestehen. Allerdings sind gewisse Verfügungsbeschränkungen zulässig (§§ 5 bis 8 ErbbauRG). So haben die Vertragsparteien die Möglichkeit, durch schuldrechtliche Vereinbarungen ihre Interessen zu wahren, z.B. durch die Vereinbarung von Vorkaufs- und Ankaufsrechten, Zustimmungsvorbehalten oder eines schuldrechtlichen Veräußerungsverbots.

Bei der Veräußerung eines Erbbaurechts sollte die Gemeinde im Rahmen ihrer Möglichkeiten ermitteln, ob nicht eine Änderung des Erbbaurechtsvertrags mit dem Erwerber vereinbart werden kann (z.B. als Gegenleistung für die Nichtausübung eines Vorkaufsrechts), die den neu gefassten Bestimmungen des Erbbaurechtsgesetzes hinsichtlich einer Anpassung des Erbbauzins Rechnung trägt.

### **4 Verjährung des Anspruchs auf rückständige Erbbauzinsen**

Der Bundesgerichtshof (BGH, Urt. v. 09.10.2009 – V ZR 18/09, DNotZ 2010, 292 - 294) hat entschieden, dass nach der Schuldrechtsreform (Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts v. 26.11.2001, BGBl. I S. 3138) dingliche als auch schuldrechtliche Ansprüche auf rückständige Erbbauzinsen der regelmäßigen Verjährungsfrist von drei Jahren unterliegen.

Bei nicht rechtzeitiger Zahlung des dinglichen Erbbauzinses sind Verzugszinsen nach § 9 Abs. 1 Satz 1 ErbbauRG i.V.m. §§ 1107, 289 Satz 1 BGB nicht möglich (OLG Düsseldorf, Urt. v. 29.01.2001 – 9 U 165/00, DNotZ 2001, 705).

Werden Strafzinsen für den Fall nicht fristgerechter Zahlung vereinbart, gilt die sechsmonatige Verjährungsfrist nach § 4 ErbbauRG.

Diese GPA-Mitteilung ersetzt die GPA-Mitt. 12/2004 Az. 640.021; 880.81.