

# Erbbaurecht

Winkler / Schlögel

8. Auflage 2025  
ISBN 978-3-406-81966-7  
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen. [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

§ 11 Abs. 1 ErbbauRG gelten. Der zugrundeliegende **schuldrechtliche Vertrag** bedarf gemäß § 30 Abs. 3 S. 2, § 4 Abs. 3 WEG der **Form des § 311b BGB**.

### b) Vorratsteilung (§ 30 Abs. 2, § 8 WEG)

Ein Erbbauberechtigter kann ferner gemäß § 30 Abs. 2, § 8 WEG sein Erbbaurecht in Wohnungs-/Teilerbbaurecht aufteilen. Diese Teilungserklärung ist materiell-rechtlich nach § 8 WEG eine **einseitige Willenserklärung** gegenüber dem Grundbuchamt, die verfahrensrechtlich gemäß § 29 GBO der öffentlichen Beglaubigung bedarf. Die notarielle Beurkundung kann aber wegen späterer Bezugnahmen in Kaufverträgen zweckmäßig sein. Bis zur Anlegung der Wohnungserbbaugrundbücher ist die Erklärung nach § 8 WEG widerruflich. Diese Vorratsteilung ist auch bei einem **Eigentümergebbaurecht** zulässig und häufig auch zweckmäßig: Wenn der Grundstückseigentümer nicht das gesamte Erbbaurecht vergeben will, sondern die einzelnen Wohnungs-/Teilerbbaurechte veräußern will, kann er zunächst für sich ein Eigentümergebbaurecht bestellen, dieses in Wohnungs-/Teilerbbaurecht in der vorgenannten Weise teilen und dann die einzelnen Wohnungs-/Teilerbbaurechte veräußern; es ist jedoch die (zumindest vorläufige) Unwirksamkeit schuldrechtlicher Klauseln zu beachten, vgl. → Rn. 11.

### c) Zustimmung des Grundstückseigentümers, sonstiger Berechtigter

**aa) Zustimmung des Grundstückseigentümers zur Veräußerung (§ 5 Abs. 1 ErbbauRG).** Wenn nach § 5 Abs. 1 ErbbauRG als vertraglicher Inhalt des Erbbaurechts bestimmt wurde, dass zur Veräußerung des Erbbaurechts die Zustimmung des Grundstückseigentümers erforderlich ist, so ist dennoch zur Begründung von Wohnungs-/Teilerbbaurecht keine Zustimmung des Grundstückseigentümers nötig, und zwar aus folgenden Gründen: 111

– **Zur vertraglichen Begründung.** Wird Wohnungs-/Teilerbbaurecht durch Vertrag (§ 30 Abs. 1, § 3 WEG) begründet, so liegen darin zwar Elemente einer Veräußerung insofern, als das Sondereigentum an Gebäudeteilen übergeht. Auch wirtschaftlich ist es für den Grundstückseigentümer ein Unterschied, ob es ein einheitliches Erbbaurecht bleibt, das zwar mehreren Erbbauberechtigten zusteht, oder ob rechtlich selbständige Wohnungs-/Teilerbbaurechte begründet werden. Dennoch bleibt die Rechtszuständigkeit unverändert, da darunter die Übertragung des Erbbaurechts oder der Mitberechtigung daran von einem Berechtigten auf einen anderen zu verstehen wäre, auch die Rechte des Grundstückseigentümers gegenüber den Mitberechtigten bleibt unverändert. § 5 Abs. 1 ErbbauRG will nur verhindern, dass nicht auf Grund der Persönlichkeit des Erwerbers seine Interessen beeinträchtigt werden oder der im Erbbaurechtsvertrag festgelegte Zweck beeinträchtigt wird. Beides ist jedoch bei der Begründung von Wohnungs-/Teilerbbaurecht nicht der Fall, da die Personen gleich bleiben und auch der Nutzungs- oder Vergabezweck nicht geändert wird. Deswegen ist nach insoweit einheitlicher Meinung<sup>183</sup> hier keine Zustimmung des Grundstückseigentümers nötig. Eine entsprechende Anwendung des § 5 Abs. 1 ErbbauRG kommt aus den vorgenannten Gründen nicht in Betracht, ferner deswegen, weil die Bestimmungen von §§ 5 ff. ErbbauRG eine nicht erweiterungsfähige Ausnahmevorschrift vom Grundsatz des § 137 BGB darstellen.<sup>184</sup> Deswegen kann auch nicht eine Vereinbarung nach § 5 Abs. 1 ErbbauRG getroffen werden, dass die Aufteilung in Wohnungs-/Teilerbbaurecht von der Zustimmung des Grundstückseigentümers abhängt.<sup>185</sup>

<sup>183</sup> LG Augsburg MittBayNot 1979, 68; Rethmeier MittRhNotk 1993, 145 (150); MüKoBGB/Krafka WEG § 30 Rn. 8; Schöner/Stöber Rn. 2998; Bauer/Schaub/Maaß AT F Rn. 271; BeckOK BGB/Hügel WEG § 30 Rn. 6; Nagel/Nagel ErbbauRG § 1 Rn. 217; nunmehr auch Ingenstau/Hustedt/Drasdo Anh. III Rn. 19; Theus RNotZ 2019, 573 (583); Dieckmann ErbbauZ 2023, 2 (4).

<sup>184</sup> Vgl. MüKoBGB/Weiß ErbbauRG § 5 Rn. 1; Rethmeier MittRhNotk 1993, 145 (150).

<sup>185</sup> OLG Celle Rpfleger 1981, 22 für die Vorratsteilung n. § 8 WEG; MüKoBGB/Krafka WEG § 30 Rn. 8.

112

– **Zur Vorratsteilung gemäß § 8 WEG.** Hier liegt nun keinerlei Rechtsübergang, keinerlei Änderung der Rechtszuständigkeit vor, so dass hier nach einhelliger Meinung<sup>186</sup> keine Zustimmung durch den Grundstückseigentümer nötig ist.

**113 bb) Zustimmungspflicht nach § 5 Abs. 2 ErbbauRG.** Die Begründung von Wohnungs-/Teileigentum als solche stellt keine Belastung des Erbbaurechts dar. Sollten dagegen gleichzeitig an den begründeten Wohnungs-/Teilerbbaurechten zustimmungspflichtige Rechte iSv § 5 Abs. 2 ErbbauRG eingetragen werden, insbesondere Grundpfandrechte, so ist die Zustimmung des Grundstückseigentümers nur hierzu nötig.

**114 cc) Zustimmung wegen §§ 877, 873, 876 BGB.** Wenn die Bildung von Wohnungs-/Teilerbbaurecht eine **Inhaltsänderung** des Erbbaurechts wäre, so wäre gemäß §§ 877, 873 BGB die Zustimmung des **Grundstückseigentümers** zur Inhaltsänderung und uU auch seine Zustimmung als Erbbauzinsberechtigter gemäß § 876 S. 1 BGB erforderlich. Die Begründung von Wohnungs-/Teilerbbaurecht ist aber einerseits kein Fall der Inhaltsänderung des Erbbaurechts, da sich das Rechtsverhältnis gegenüber dem Grundstückseigentümer nicht ändert, sondern eine Folge des Gebäudeeigentums des Erbbauberechtigten. § 30 WEG stellt den Erbbauberechtigten wegen seines Gebäudeeigentums jedem Grundstückseigentümer gleich. Wie sich aus der Ausgestaltung, zumindest schon aus der Vorratsteilung durch einseitige Erklärung des § 30 Abs. 2 WEG ergibt, handelt es sich hier um ein **auf dem Gebäudeeigentum beruhendes freies Teilungsrecht des bzw. der Erbbauberechtigten.**<sup>187</sup>

**115** Für die **Zustimmung dinglich Berechtigter am Erbbaurecht** gilt hier das Gleiche, wie bei der Begründung von Wohnungs-/Teileigentum: Bei Belastungen des gesamten Erbbaurechts ist keine Zustimmung zur Aufteilung nötig, da sich der Haftungsgegenstand bzw. Haftungsumfang nicht ändert; dies wäre nur denkbar bei Vereinbarungen nach § 10 Abs. 1, 2 WEG. Bei Einzelbelastungen eines Mitberechtigungsanteils am Erbbaurecht wird in entsprechender Anwendung von §§ 877, 876 BGB eine Zustimmung der Gläubiger nötig sein, wenn eine Wertänderung eintritt.<sup>188</sup>

**116 dd) Aufteilung der Belastung.** Sollen dagegen bei der Aufteilung die Belastungen des Erbbaurechts zugunsten des Grundstückseigentümers, insbesondere der Erbbauzins auf die einzelnen Wohnungs-/Teilerbbaurechte aufgeteilt werden, so ist schon **deswegen die Mitwirkung des Grundstückseigentümers nötig**, vgl. hierzu → Rn. 120 ff.

#### **d) Bildung von Wohnungs-/Teilerbbaugrundbüchern (§ 30 Abs. 3 WEG)**

**117** Für jedes Wohnungs-/Teilerbbaurecht wird ein eigenes Wohnungs- bzw. Teilerbbaugrundbuch von Amts wegen angelegt, gemäß § 30 Abs. 3 S. 1 WEG. Eintragungsbeispiel: Anlage 3 zur WEG-GBVfg v. 1.8.1951, die gemäß § 8 auch für Wohnungs- und Teilerbbaugrundbücher gilt. Gemäß § 30 Abs. 3 S. 2 iVm § 7 Abs. 1 S. 3 WEG wird das ursprüngliche Erbbaugrundbuch (§ 14 ErbbauRG) geschlossen. Da die §§ 7 mit 9 WEG entsprechend gelten, kann nach § 7 Abs. 2 WEG auch das Erbbaugrundbuch als gemeinschaftliches Wohnungs-/Teilerbbaugrundbuch geführt werden. Die Bestimmungen von § 14 ErbbauRG sind im Übrigen zu beachten (Vermerk des Grundstückseigentümers und des späteren Erwerbers im Wohnungserbbaugrundbuch, Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung des Erbbaurechts und Bezugnahme im Grundstücksgrundbuch auf das Wohnungserbbaugrundbuch, vgl. → § 5 Rn. 52 ff.). Mit Grundbuchvollzug ist das Wohnungserbbaurecht entstanden; ist das Gebäude dann noch nicht errichtet, liegt ein Mitberechtigungsanteil am Erbbaurecht und ein dingliches Anwartschaftsrecht hinsichtlich des

<sup>186</sup> BayObLG Rpfleger 1978, 375.

<sup>187</sup> Nagel/Nagel ErbbauRG § 1 Rn. 220; LG Augsburg MittBayNot 1979, 68.

<sup>188</sup> Vgl. MüKoBGB/Krafka WEG § 3 Rn. 9 f. u. dort angeg. Lit.

Sondereigentums vor; zur Veräußerung und Vormerkung vor Anlage der Grundbücher gilt die gleiche Rechtslage wie bei Wohnungseigentum.<sup>189</sup>

Wird die im Erbbaugrundbuch enthaltene Bezugnahme auf die Erbbaurechtsbestellung bei der Anlegung der Wohnungserbbaugrundbücher versehentlich nicht mitübertragen, so bleibt zwar das Erbbaurecht bestehen, da für seinen (Weiter-)Bestand nur die Eintragung im Grundstücksgrundbuch maßgebend ist, und ist die Aufteilung mit Anlage der Wohnungserbbaugrundbücher wirksam. Es könnte aber bei analoger Anwendung von § 46 Abs. 2 GBO<sup>190</sup> der gesetzliche und vertragliche Inhalt erloschen sein; diese Folge scheidet für die Festlegung der Dauer aus, weil hier ohnehin nur das Grundstücksgrundbuch maßgebend ist, für das errichtete Bauwerk, da es gemäß § 12 Abs. 1 ErbbauRG wesentlicher Bestandteil des Erbbaurechts ist, und schließlich auch für die Baubefugnis, da der Verlust der Baubefugnis zu einem inhaltlich unzulässigen Erbbaurecht führen würde, dessen Weiterbestand sich aber aus dem Grundstücksgrundbuch ergibt. Also kann es sich allenfalls um eine komplette Aufhebung des vertraglichen Inhalts und damit eine Inhaltsänderung des Erbbaurechts handeln.<sup>191</sup> Diese ist mangels Einigung nicht wirksam geworden; ein gutgläubiger Erwerb scheidet bei Bezugnahme auf den Erbbaurechtsvertrag in der Erwerbsurkunde immer aus, aber auch, wenn diese im Grundstücksgrundbuch enthalten ist. Dann ist aber auch die Nachholung der Eintragung ohne Bewilligung möglich.<sup>192</sup>

#### 4. Inhalt des Wohnungs-/Teilerbbaurechts

Der gesamte dingliche Inhalt des Erbbaurechts, also sowohl der gesetzliche Inhalt, als auch der vertragliche Inhalt gemäß §§ 2 ff. ErbbauRG wird nach Entstehung des Wohnungs-/Teilerbbaurechts zugleich dinglicher Inhalt des Wohnungs-/Teilerbbaurechts. Jede Änderung dieses dinglichen Inhalts ist nur wie jede andere Inhaltsänderung des Erbbaurechts möglich, also nur durch Einigung mit dem Grundstückseigentümer, gegebenenfalls unter Zustimmung dinglich Berechtigter, vgl. → § 5 Rn. 155 ff. Es kann daher also weder die Teilungserklärung als solche den Inhalt ändern, noch kann er später durch Mehrheitsbeschluss oder einstimmigen Beschluss der Wohnungs-/Teilerbbauberechtigten geändert werden. Grundsätzlich steht der **dingliche Inhalt des Erbbaurechts über** den (abdingbaren) **Rechten und Pflichten aus WEG** oder Vereinbarungen nach § 10 WEG, Mehrheitsbeschluss oder richterlichem Beschluss.<sup>193</sup> Eine **Gebrauchsabrede** nach § 15 Abs. 2, § 10 Abs. 2 WEG (zB **Sondernutzungsrechte** an Pkw-Stellplätzen etc) kann auf die gemäß § 1 Abs. 2 ErbbauRG zum Inhalt des Erbbaurechts gehörige Nutzungsbefugnis am Erbbaugrundstück erstreckt werden,<sup>194</sup> nicht dagegen auf Grundstücksteile, auf die sich die Nutzungsbefugnis nicht erstreckt (vgl. → § 2 Rn. 67 ff.). Ebenso können Vereinbarungen über die Verwendung des Bauwerks, seine Instandhaltung (§ 2 Nr. 1 ErbbauRG), die Versicherung des Bauwerks, seinen Wiederaufbau im Falle der Zerstörung (§ 2 Nr. 2 ErbbauRG) oder die Tragung der öffentlichen und privatrechtlichen Lasten (§ 2 Nr. 3 ErbbauRG) nicht mit Außenwirkung gegenüber dem Grundstückseigentümer geändert werden. Geregelt werden kann in der Teilungserklärung nur die interne Verteilung der Lasten und Abgaben. Soweit also keine Änderung des Erbbaurechts selbst unter Mitwirkung des Grundstückseigentümers erfolgt, ist bei der Abfassung der Teilungserklärung zu beachten, dass der Inhalt des Erbbaurechts Vorrang hat, so dass also von diesem auszugehen ist. Zu Veräußerungsbeschränkungen nach § 12 WEG vgl. → Rn. 124.

<sup>189</sup> Rethmeier MittRhNotk 1993, 145 (149).

<sup>190</sup> Jansen DNotZ 1954, 209 (210); Staudinger/Gursky, 13. Aufl., BGB § 892 Rn. 181.

<sup>191</sup> Demharter 21. Aufl. GBO § 46 Rn. 5.

<sup>192</sup> Demharter 21. Aufl. GBO § 46 Rn. 20, § 53 Rn. 12, 13.

<sup>193</sup> Vgl. BeckOK WEG/Munzig WEG § 30 Rn. 34; Theus RNotZ 2019, 573 (587).

<sup>194</sup> Rethmeier MittRhNotk 1993, 145 (148); BeckOK WEG/Munzig WEG § 30 Rn. 34; Bauer/Schaub/Maaß AT F Rn. 265.

## 5. Auswirkungen auf den Erbbauzins, sonstige Rechte am Erbbaurecht

### a) Auswirkungen auf den Erbbauzins

- 119 Mit der Entstehung des Wohnungs-/Teilerbbaurechts wird aus dem zuerst einheitlichen Erbbauzins gemäß § 9 Abs. 1 S. 1, § 11 ErbbauRG, § 1108 Abs. 2 BGB ein **Gesamterbbauzins**. Gemäß § 11 Abs. 1 ErbbauRG ist die Teilung des belasteten Erbbaurechts wie die Teilung eines mit einer Reallast belasteten Grundstücks zu behandeln. Gemäß § 1108 Abs. 2 BGB haften die Wohnungs-/Teilerbbauberechtigten im Außenverhältnis zum Grundstückseigentümer als **Gesamtschuldner**. Der Grundstückseigentümer kann also jeden Wohnungs-/Teilerbbauberechtigten auf die volle Leistung in Anspruch nehmen (§ 421 BGB), die Leistung aber insgesamt nur einmal verlangen; *Rethmeier*<sup>195</sup> will gegen die hM hier die Verteilungsbefugnis des Grundstückseigentümers nach §§ 1107, 1132 Abs. 2 anwenden und schließt eine dingliche Gesamthaft aus. Für den **Ausgleich im Innenverhältnis** der Wohnungs-/Teilerbbauberechtigten gelten die zwischen diesen getroffenen Vereinbarungen. Fehlen solche, so bestimmt § 426 Abs. 1 BGB die Verteilung nach Köpfen. Da dies bei unterschiedlichen Mitberechtigungsanteilen am Erbbaurecht zu unangemessenen Ergebnissen führt, ist mit der hM zur Gesamtrealast<sup>196</sup> analog § 1109 Abs. 1 BGB die Verteilung nach der Höhe der Mitberechtigungsanteile vorzunehmen, soweit hierfür ein sachgerechter Maßstab besteht.<sup>197</sup>

### b) Abweichende Vereinbarungen, Aufteilung des Erbbauzinses

- 120 Diesen Gesamterbbauzins mit der daraus folgenden gesamtschuldnerischen Haftung wird jedoch kaum ein Wohnungs-/Teilerbbauberechtigter akzeptieren wollen. Die persönliche gesamtschuldnerische Haftung gem. § 1108 BGB kann ausgeschlossen werden;<sup>198</sup> allerdings besteht dann die volle dingliche Haftung weiter.<sup>199</sup> Bei der Teilung des Erbbaurechts gemäß §§ 30, 8 WEG kann mit OLG Düsseldorf<sup>200</sup> der Inhaber dieses Erbbaurechts bei der Veräußerung der Wohnungs-/Teilerbbaurechte nicht den dinglichen Erbbauzins nach seinem Belieben aufteilen, insbesondere nicht zu Lasten der veräußerten Anteile und nicht zugunsten des jeweiligen Inhabers der in seiner Hand verbleibenden Anteile. Eine **Aufteilung** ist **nur unter Mitwirkung des Grundstückseigentümers** möglich, und zwar als Inhaltsänderung des Erbbauzinses. Diese Inhaltsänderung unterliegt den allgemeinen Vorschriften von §§ 877, 876 BGB.
- 121 Die Aufteilung beinhaltet zwar weder eine Erhöhung, noch eine Herabsetzung des gesamten Erbbauzinses. Sie ist jedoch eine Herabsetzung des entstehenden Gesamtzinses an jeder einzelnen Einheit, so dass die **Zustimmung** der am **Grundstück Realberechtigten** gemäß § 876 S. 2 BGB nötig ist. Eine Benachteiligung iS § 876 S. 2 BGB liegt bei Grundpfandrechten und Reallasten idR wie bei der Teilung des Erbbaurechts vor, str. (vgl. → § 5 Rn. 171), da die Einzelhaftung der Einheiten idR ungünstiger ist, als die Gesamthaftung, nicht dagegen bei Dienstbarkeiten. Eine Zustimmung der **am Erbbaurecht** gleich- oder nachrangigen dinglich Berechtigten ist dagegen gemäß § 876 S. 1 BGB nur nötig, wenn an einer Einheit eine Erhöhung eintritt, zB wenn die Einheit höher belastet wird, als dem Mitberechtigungsanteil am Erbbaurecht bzw. dem anteiligen

<sup>195</sup> MittRhNotk 1993, 145 (151).

<sup>196</sup> MüKoBGB/Mohr BGB § 1108 Rn. 10 mit weit. Nachw.

<sup>197</sup> OLG Stuttgart NZM 2004, 264 zB Verhältnis d. Werte statt d. Flächen. Die Einziehung des Erbbauzinses kann in der Gemeinschaftsordnung auf den Verwalter abgewälzt werden, OLG München NJW-RR 2016, 163; siehe Muster → § 11 Rn. 2, dort X.3.

<sup>198</sup> Vgl. hierzu iE MüKoBGB/Mohr BGB § 1108 Rn. 7 (eintragungsbedürftig).

<sup>199</sup> AA Rethmeier MittRhNotk 1993, 145 (152).

<sup>200</sup> OLG Düsseldorf DNotZ 1977, 305; vgl. Bauer/Schaub/Maaß AT F Rn. 274; Soergel/Baur BGB § 1108 Rn. 2; aA Planck/Strecker § 1108 BGB Anm. 5b.

wirtschaftlichen Wert entspricht.<sup>201</sup> Die Inhaltsänderung muss auch als solche eingetragen werden.

Gleichzeitig mit der Aufteilung des Erbbauzinses ist dann auch eine durch Vormerkung gesicherte **schuldrechtliche Anpassungsklausel** auf Erhöhung des Erbbauzinses dahingehend zu ändern, dass sie sich nunmehr auf den neuen Einzelerbbauzins bezieht und sind entsprechende Änderungsvermerke bei der Vormerkung einzutragen (→ § 6 Rn. 198). Auch das Vorkaufsrecht für den Grundstückseigentümer sollte entsprechend aufgeteilt werden, bzw. eine entsprechende Klarstellung erfolgen. Ferner wären Regelungen zum Heimfall (→ Rn. 126 ff.) zweckmäßig, zu weiteren Vereinbarungen mit dem Grundstückseigentümer vgl. *Rethmeier*.<sup>202</sup> Zur Verteilung des Erbbauzinses auf der Gläubigerseite unter Grundstücksmiteigentümern vgl. → Rn. 130.

### c) Auswirkungen auf sonstige Rechte

Durch die Aufteilung des Erbbaurechts wird der Umfang der Hypothekenhaftung nicht berührt, es entsteht gemäß § 11 Abs. 1 ErbbauRG, § 1132 BGB eine Gesamthypothek bzw. gemäß § 1192 Abs. 1 BGB bei einer Grundschuld eine Gesamtgrundschuld. Beim **Vorkaufsrecht** am Erbbaugrundstück wird das subj. dingl. berechtigte Erbbaurecht geteilt,<sup>203</sup> ob dann das (einheitliche) Vorkaufsrecht allen Wohnungserbbauberechtigten entsprechend ihrem Mitberechtigungsanteil zusteht, aber nur gemeinschaftlich iS § 472 BGB ausgeübt werden kann,<sup>204</sup> oder das Vorkaufsrecht sich in selbständige (gleichrangige) Vorkaufsrechte gerichtet auf den Erwerb eines Miteigentumsanteils am Grundstück in Höhe der Mitberechtigung am Erbbaurecht aufgeteilt hat, ist nach BGH<sup>205</sup> eine Frage der Auslegung der Eintragungsbewilligung. Letztere Variante kommt danach insbesondere dann in Betracht, wenn bereits bei der Bestellung des Erbbaurechts die spätere Aufteilung in Wohnungs-/Teilerbbaurecht absehbar war. Die einzelfall- und ergebnisorientierte Rechtsprechung des BGH vermeidet zwar bei großen WEG-Komplexen ein faktisches Wegfallen des Vorkaufsrechts, da bei Anwendung von § 472 S. 2 BGB einzelne Wohnungserbbauberechtigte finanziell überfordert wären. Sie schafft aber erhebliche Folgeprobleme für die Praxis:<sup>206</sup> Den Verkauf eines ideellen Bruchteils am Erbbaugrundstück durch den Grundstückseigentümer will der BGH über ein proportional vermindertes Vorkaufsrecht an diesem Anteil für jeden Wohnungserbbauberechtigten lösen; Erbbaurechtsnehmer, die bereits einen Miteigentumsanteil erworben haben, soll durch Vorweg-erfüllung das Vorkaufsrecht hingegen nicht mehr zustehen.<sup>207</sup> Fraglich ist jedoch dann, ob der Weiterverkauf eines Wohnungserbbaurechts zusammen mit dem Miteigentumsanteil durch einen Wohnungserbbauberechtigten, der bereits einen Miteigentumsanteil erworben hat, einen Vorkaufsfall auslöst,<sup>208</sup> ferner ob spätere Änderungen der Miteigentumsanteile am Erbbaurecht zu einem teilweisen Wiederaufleben des Vorkaufsrechts führen.<sup>209</sup> Innerhalb der Ausübungsfrist des § 469 Abs. 2 BGB wird dem Vorkaufsberechtigten eine Klärung dieser Punkte nicht möglich sein, so dass für ihn (und den Erstkäufer) erhebliche Rechtsunsicherheit und wirtschaftlich schwer kalkulierbare Risiken mit der Ausübung des

<sup>201</sup> Vgl. die Beispiele bei MüKoBGB/Lettmaier BGB § 877 Rn. 8, 9.

<sup>202</sup> MittRhNotk 1993, 145 (152).

<sup>203</sup> Entgegen Dieckmann ErbbauZ 2020, 173 (177) stellt dies jedoch keine zustimmungspflichtige Inhaltsänderung des Vorkaufsrechts dar, da diese Rechtsfolge in §§ 1098, 472 BGB angelegt ist, OLG München FGPrax 2009, 256.

<sup>204</sup> Schöner/Stöber Rn. 1431; vgl. MüKoBGB/Westermann BGB § 1094 Rn. 8; vgl. BayObLG DNotZ 1973, 415 = Rpfleger 1973, 133; DNotI-Report 2010, 109 insbes. z. Löschung einer Mitberechtigung (hierzu OLG München MittBayNot 2010, 42).

<sup>205</sup> BGH NJW 2014, 3024 ff.; kritisch Dieckmann ErbbauZ 2020, 173 (176 f.).

<sup>206</sup> Hierzu auch Dieckmann ErbbauZ 2020, 173 (178 f.).

<sup>207</sup> BGH NJW 2014, 3024 (3027). Dann müsste konsequenterweise eine Löschung des Vorkaufsrechts über § 22 GBO möglich sein.

<sup>208</sup> Verneinend insoweit DNotI-Gutachten DNotI-Report 2016, 12 (13); Theus RNotZ 2019, 573 (589).

<sup>209</sup> Ablehnend Theus RNotZ 2019, 573 (589).

Vorkaufsrechts verbunden sind. Der Grundstückseigentümer – und ggf. auch der Erstkäufer, falls diese Rechtsfolge nicht kaufvertraglich durch ein Rücktrittsrecht geregelt wurde – wird bei teilweiser Ausübung gegen seinen mutmaßlichen Willen in eine Eigentümergemeinschaft mit erwerbenden Erbbauberechtigten gezwungen.<sup>210</sup> Auch ist fraglich, ob in kleineren WEG-Einheiten die Beschränkung des Vorkaufsrechts auf den entsprechenden Miteigentumsanteil, der der Berechtigung am Erbbaurecht entspricht, tatsächlich gewünscht ist. Auch bestehen Wertungswidersprüche zum – strukturell ähnlichen – Vorrecht gemäß § 2 Nr. 6 ErbbauRG, bei dessen Anwendung kein Anspruch auf Neubestellung eines entsprechenden Wohnungs-/Teilerbbaurechts besteht und auch konstruktiv nicht begründbar ist, vielmehr § 472 BGB anzuwenden ist (→ Rn. 132). In der Bestellsurkunde sollte – jedenfalls wenn die Aufteilung in Wohnungs-/Teilerbbaurecht absehbar ist – hierzu im Lichte der ergangenen Rechtsprechung eine klarstellende Regelung erfolgen (vgl. insofern das Vertragsmuster Nr. 2 in Kapitel 11). Da es kein Gesamtvorkaufsrecht gibt, bestehen an jedem Wohnungserbbaurecht getrennte Vorkaufsrechte für das Erbbaugrundstück fort.<sup>211</sup> Dieckmann<sup>212</sup> schlägt vor, erbaurechtsvertraglich das Vorkaufsrecht bei Aufteilung in Wohnungs- und Teilerbbaurechte der Gemeinschaft der Wohnungserbbauberechtigten als subjektiv-persönliches Vorkaufsrecht, § 1094 Abs. 1 BGB, zuzuweisen. Dies führt zwar auf die Laufzeit des Erbbaurechts zu einer Vereinfachung insofern, als bei einem Verkauf des Erbbaurechtsgrundstücks nur ein Vorkaufsberechtigter vorhanden ist. Allerdings muss – da die gesetzliche Ausübungsfrist des § 469 Abs. 2 S. 1 BGB für die Entscheidungsfindung innerhalb der Gemeinschaft sicher nicht ausreichend ist – diese erheblich verlängert werden. Zudem wäre angesichts der erheblichen finanziellen Konsequenzen der Ausübung des Vorkaufsrechts ein erheblich höheres Quorum für den Beschluss über die Ausübung/Nichtausübung vorzusehen. Im Ergebnis ist dann sowohl die Veräußerlichkeit des Erbbaugrundstücks stark eingeschränkt, als auch diejenige eines Wohnungs-/Teilerbbaurechts, da ein Erwerber mit erheblichen finanziellen Belastungen für die Gemeinschaft und damit ggf. der Notwendigkeit von Sonderumlagen kalkulieren muss. Ob die Aufhebung der Gemeinschaft durch Vereinbarung oder durch Vereinigung aller Wohnungserbbaurechte in einer Person den Verband – und damit das Vorkaufsrecht! – bestehen lässt,<sup>213</sup> ist ungeklärt. Aufschiebend bedingte Vorkaufsrechte für diesen Fall einzuräumen, führt zu erheblichen Mehrkosten und erhöhen die sowieso schon vorhandene Komplexität nochmals. Das Hauptproblem besteht jedoch darin, dass bei Erwerb des Grundstücks durch die Gemeinschaft der Wohnungserbbauberechtigten nach Zeitablauf des Erbbaurechts zwangsläufig auch die Gemeinschaft erlischt. Das Grundstück wird herrenlos (§ 928 BGB), insbesondere findet kein quotaler Erwerb durch die bisherigen Wohnungserbbauberechtigten statt.<sup>214</sup> Eine vorherige Übertragung auf die einzelnen Erbbauberechtigten in proportionalem Verhältnis setzt einvernehmliche Mitwirkung voraus, was bei einer Vielzahl von Wohnungserbbauberechtigten in praxi schwer lösbar scheint.<sup>215</sup>

Für sonstige Rechte gelten die jeweiligen Vorschriften, die sich auf eine Teilung des belasteten Grundstücks beziehen. Auch hier wird es im Regelfall das Interesse der einzelnen Wohnungs-/Teilerbbauberechtigten sein, eine Aufteilung der Belastung durchzuführen.

<sup>210</sup> Dieckmann ErbbauZ 2020, 173 (176).

<sup>211</sup> Schöner/Stöber Rn. 1431 u. MüKoBGB/Westermann BGB § 1094 Rn. 9; je mwN.

<sup>212</sup> Dieckmann ErbbauZ 2020, 173; vgl. auch Nagel/Nagel ErbbauRG § 1 Rn. 226.

<sup>213</sup> So wohl Dieckmann ErbbauZ 2020, 173 (181); insbesondere für den Untergang bei vertraglicher Aufhebung auch nach neuem Recht Hügel/Elzer WEG § 9a Rn. 37 f., 147.

<sup>214</sup> Drasdo ErbbauZ 2020, 143 (145); Schneider ZfR 2018, 589 (592); aA wohl Weber ZWE 2019, 251 (254).

<sup>215</sup> Drasdo ErbbauZ 2020, 143 (145 f.).

## 6. Das weitere Schicksal des Wohnungs-/Teilerbbaurechts

### a) Veräußerung, Belastung, Inhaltsänderung

Ein Wohnungs-/Teilerbbaurecht ist grundsätzlich wie jedes andere Erbbaurecht veräußerlich. Neben einer **Veräußerungsbeschränkung nach §§ 5 ff. ErbbauRG** kann auch eine nach **§ 12 WEG** vereinbart werden.<sup>216</sup> Dies ist vom Gesetz nicht ausgeschlossen, auch die durch die Zustimmungspflicht geschützten Interessen sind unterschiedlich; der Grundstückseigentümer kann gemäß § 7 Abs. 1 ErbbauRG einerseits den mit dem Erbbaurecht verfolgten Zweck schützen, andererseits vorsorgen, dass die Persönlichkeit des Erwerbers Gewähr für die Erfüllung der Verpflichtungen aus dem Erbbaurechtsinhalt bietet. Demgegenüber werden nach § 12 Abs. 2 S. 1 WEG die Interessen der anderen Wohnungs-/Teilerbbauberechtigten geschützt. Sind beide Zustimmungspflichten nebeneinander vereinbart, so wird die Veräußerung erst mit Vorliegen beider Zustimmungen wirksam. Wird eine Zustimmung ohne ausreichenden Grund verweigert, so kann die Zustimmung des Grundstückseigentümers nach § 7 Abs. 3 ErbbauRG ersetzt und die nach § 12 WEG erforderliche nach § 43 Abs. 2 Nr. 1 bzw. Nr. 3 WEG erwirkt werden. Die Zustimmung des Grundstückseigentümers muss gemäß § 15 ErbbauRG nachgewiesen werden. Eine entsprechende Vorschrift für die Zustimmung nach § 12 WEG fehlt.<sup>217</sup> Ein Eintritt in das Erbbaurecht ergänzende schuldrechtliche Vereinbarungen kann mit der Zustimmung erzwungen werden, ein entsprechender Eintritt in die Gemeinschaftsordnung ist zu empfehlen. Bei der WEG-Reform (BGBl. 2007 I S. 370) hat der Gesetzgeber nach Hinweis von *Schneider*<sup>218</sup> beide Seiten geschützt: Einerseits führt eine **Zwangsversteigerung** aus rückständigen Wohngeldern iS § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG (neu) zum Erlöschen des (sonst) versteigerungsfesten Erbbauzinses iS § 9 Abs. 3 ErbbauRG. Andererseits kann nach der eingefügten Regelung in § 9 Abs. 3 Nr. 1 ErbbauRG der Erbbauzins auch gegenüber den rückständigen Wohngeldern nach § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG (neu) **versteigerungsfest** gemacht werden. Dies ist bei Neuregelungen dringend zu berücksichtigen. Bei einem versteigerungsfesten Erbbauzins, der vor der WEG-Reform geregelt war, sollte die Versteigerungsfestigkeit auch gegenüber rückständigen Wohngeldern gelten; da dies mangels Schutzes der rückständigen Wohngelder gemäß § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG (neu) vor der Reform ebenso war, kann der Gesetzgeber wohl nicht rückwirkend in die bestehende Rechtslage eingreifen. Dies müsste auch wegen des Vertrauensschutzes des Bürgers bei so komplexen Rechtslagen gelten.

Das Wohnungs-/Teilerbbaurecht kann wie jedes andere Erbbaurecht **belastet** werden, **125** eine gemäß § 5 Abs. 2 ErbbauRG vereinbarte Zustimmungspflicht ist zu beachten. Eine **Inhaltsänderung** des Erbbaurechts ist weder durch Beschluss aller Wohnungserbbauberechtigten ohne Zustimmung des Grundstückseigentümers, noch durch Vereinbarung des Grundstückseigentümers mit nur einem Wohnungserbbauberechtigten möglich;<sup>219</sup> nach BGH<sup>220</sup> ist die Änderung des Umfangs des Erbbaurechts eine den gemeinschaftlichen Gegenstand und nicht bloß den Bruchteilsanteil betreffende unmittelbare Einwirkung. Das BayObLG<sup>221</sup> lässt hier die Aufhebung der Zustimmungspflicht nach § 5 ErbbauRG nur für einzelne Wohnungserbbaurechte durch Vereinbarung (nur) mit diesen zu; es wendet hier § 747 S. 1 an und übersieht, dass das Erbbaurecht auch nach der WEG-Teilung ein einheitliches Recht bleibt, zu dessen unteilbarem dinglichem Inhalt die Zustimmungspflicht gehört (→ § 4 Rn. 175), also § 747 S. 2 gilt. Die Lösung hätte hier über eine generelle Zustimmung für diese Einheiten gesucht werden müssen. Zu einer Änderung der

<sup>216</sup> Vgl. zu Einzelfragen Wolffskeel v. Reichenberg ErbbauZ 2020, 130 ff.

<sup>217</sup> Ist aber die Veräußerungsbeschränkung n. § 12 WEG als Vereinbarung iSv § 10 Abs. 3 WEG einzutragen, ist auch hier der Nachweis der Zustimmung und als Vollzugsvoraussetzung zu beachten.

<sup>218</sup> Schneider ZMR 2006, 660.

<sup>219</sup> Str.; vgl. die Nachweise bei Theus RNotZ 2019, 573 (599).

<sup>220</sup> BGH NJW-RR 1998, 1387 z. Änder. d. Baubefugnis.

<sup>221</sup> Rpfleger 1989, 503; ebenso Rethmeier MittRhNotk 1993, 145 (156).

Gemeinschaftsordnung in den unter → Rn. 118 dargestellten Grenzen ist keine Zustimmung des Grundstückseigentümers nötig. Ein aufgeteilter (alter) **Erbbauzins** kann auch für einzelne Einheiten allein geändert werden, zB durch Vereinbarung nach § 9 Abs. 3 ErbbauRG. Eine **Vereinigung** von zwei Wohnungserbbaurechten ist zulässig, auch wenn sie mit verschiedenen Einzelerbbauzinsreallasten und Anpassungsvermerkungen belastet sind; eine Verwirrung iS §§ 5, 6 GBO ist nicht zu besorgen, da nach § 7 Abs. 2 S. 1 GBO die Reallast auch an einem realen Grundstücksteil eingetragen sein kann.<sup>222</sup> Auch eine Verlängerung des Erbbaurechts selbst ist nur unter Mitwirkung sämtlicher Wohnungserbbauberechtigter möglich.<sup>223</sup>

### b) Heimfall

- 126 aa) Getrennter Heimfall.** Bei wirksamer Ausübung des Heimfallrechts und dessen Vollzug (vgl. → § 4 Rn. 90 ff., 101 ff.) bleibt das Wohnungs-/Teilerbbaurecht bestehen und steht dem Grundstückseigentümer zu. Infolge der rechtlichen Verselbständigung von jedem einzelnen Wohnungs-/Teilerbbaurecht führt der Heimfall eines Wohnungserbbaurechts nicht auch zum Heimfall der übrigen Wohnungs-/Teilerbbaurechte am gleichen Gebäude. Die Heimfallvoraussetzungen müssen daher für das jeweils betroffene Wohnungs-/Teilerbbaurecht allein vorliegen und der Heimfall für dieses allein entsprechend den gesetzlichen Vorschriften ausgeübt und vollzogen werden. Der Heimfall ist auf der Gläubigerseite (unter Miteigentümern) dagegen unteilbar (vgl. → § 4 Rn. 95).
- 127 bb) Gesamtheimfall.** Infolge der rechtlichen Verselbständigung der einzelnen Wohnungs-/Teilerbbaurechte ist es auch unzulässig, bei Verfehlung eines einzelnen Wohnungserbbauberechtigten, also bei Vorliegen von einem Heimfallgrund in dessen Person, einen Gesamtheimfall auszuüben oder diesen als Inhalt des Erbbaurechts zu vereinbaren.<sup>224</sup> Anders ist es jedoch, wenn ein Gesamtheimfall vereinbart ist für den Fall, dass die Verwaltung nicht ordnungsgemäß durchgeführt wird, insbesondere, wenn Mehrheitsbeschlüsse gegen eine solche gefasst werden und die einzelnen Wohnungs-/Teilerbbauberechtigten nicht die ihnen zustehenden Maßnahmen dagegen mit Erfolg ergreifen (auch nach § 21 Abs. 3 WEG); in diesem Falle handelt es sich genau nicht um einen Gesamtheimfall, sondern liegt der Heimfallgrund bei jedem einzelnen Wohnungs-/Teilerbbaurecht vor und muss dann auch gegen jeden Wohnungs-/Teilerbbauberechtigten gesondert erklärt werden. Für die **Rechtsfolgen** des Heimfalls gelten §§ 32 ff. ErbbauRG.

### c) Erlöschen, Vorrecht

- 128 aa) Zeitablauf.** Bei dem als Inhalt des Erbbaurechts vereinbarten Erlöschen durch Zeitablauf erlöschen alle Wohnungs-/Teilerbbaurechte in gleicher Weise, wie wenn noch das ursprüngliche einheitliche Erbbaurecht bestanden hätte. Da das Erlöschen bei einem Erbbaurecht durch Zeitablauf von selbst erfolgt, ohne dass es irgendeiner Erklärung bedarf, wird das Grundbuch unrichtig, wie bei jedem anderen Erbbaurecht und ist keine Vereinbarung nach § 4 WEG nötig. Für das Erlöschen des Erbbaurechts gelten nämlich die erbbbaurechtlichen Vorschriften, da es sich hier um eine ausschließlich auf dem Erbbaurecht beruhende Rechtsfolge handelt, str.<sup>225</sup> Auch wegen § 1 Abs. 3 ErbbauRG ist eine Verlängerung iS § 27 ErbbauRG nicht nur für einzelne Einheiten zulässig, sondern nur für alle,

<sup>222</sup> OLG Hamm FG Prax 2007, 62 = DNotZ 2007, 225.

<sup>223</sup> Weber ZWE 2019, 251 (252), auch zur – abzulehnenden – Frage, ob aus dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben (§ 242 BGB) eine Pflicht des unwilligen Wohnungserbbauberechtigten zur Veräußerung besteht.

<sup>224</sup> Bauer/Schaub/Maaß AT F Rn. 277; ähnlich auch Nagel/Götting, WEG § 20 Rn. 46; aA BeckOK WEG/Munzig § 30 Rn. 38 mwN.

<sup>225</sup> Bauer/Schaub/Maaß AT F Rn. 279; Schneider ErbbauZ 2024, 66 (67); BeckOK WEG/Munzig WEG § 30 Rn. 89.