

Der Untergang von Dienstbarkeiten beim Heimfall des Erbbaurechts

Bei nahezu allen Bestellungen von Erbbaurechten stellt sich bei einem mit einer Dienstbarkeit belasteten Grundstück die Frage nach einer Absicherung der im Rang zurücktretenden Dienstbarkeit. Nach der Vorschrift des § 10 Abs. 1 S. 1 ErbbauRG kann das Erbbaurecht nur an ausschließlich erster Rangstelle im Grundbuch des mit dem zu belasteten Grundstück bestellt werden. Es kann also keine nachrangige oder gleichrangige Eintragung erfolgen. Da im Regelfall das mit dem Erbbaurecht zu belastende Grundstück Belastungen in Abteilung II oder III aufweisen wird, müssen diese Rechte im Rang zurücktreten. Sollten diese Rechte lösungsfähig sein, kann natürlich auch eine Löschung im Grundbuch vorgenommen werden, wodurch sich ein Rangrücktritt erübrigt.

Kommt jedoch eine Löschung nicht in Frage, da es sich womöglich um ein existenznotwendiges Recht handelt (zum Beispiel ein Wege- oder Leitungsrecht), verbleibt nur der Weg des Rangrücktritts. Andernfalls ist eine Eintragung des Erbbaurechts infolge der zuvor genannten Norm nicht möglich.

Dem Sicherungsinteresse zurücktretenden Dienstbarkeitsberechtigten ist jedoch nur dann Genüge getan, wenn hierbei sichergestellt ist, dass dieser sein Recht auch nach einem Rangrücktritt während der gesamten Dauer des Erbbaurechts ausüben kann und auch nach der Beendigung des Erbbaurechtes uneingeschränkt weiter ausüben kann, ebenso bei der Beendigung des Erbbaurechtes durch Zeitablauf. Auch hier gilt es, den Bestand und die Ausübung der Dienstbarkeit uneingeschränkt beizubehalten.

1. Das Problem

Das Erbbaurecht gewährt dem Erbbauberechtigten das erstrangige Recht zum Haben eines Bauwerk (§ 1 Abs. 1 ErbbauRG). Das Erbbaurecht kann zudem auf eine Nebenfläche erstreckt werden, sofern das Bauwerk wirtschaftlich die Hauptsache darstellt (§ 1 Abs. 2 ErbbauRG). Steht die Dienstbarkeit nun mit dem Erbbaurecht in einem Rangkonflikt, kann der Erbbauberechtigte vom Inhaber der nachrangigen Dienstbarkeit eine Unterlassung der Ausübung der Dienstbarkeit verlangen, maßgeblich sind hier die §§ 1004 Abs. 1 S. 1, 903 BGB iVm § 11 Abs. 1 ErbbauRG). Die Dienstbarkeit ist sodann dem vorrangigen Erbbaurecht nicht wirksam (*OLG Hamm*, Beschluss vom 24.7.2013 – I-15 W 172/13).

Diesem Dilemma kann man dadurch begegnen, dass eine inhaltsgleiche Dienstbarkeit am Erbbaurecht bestellt wird (§ 11 Abs. 1 ErbbauRG iVm §§ 1018, 873 Abs. 1 BGB). Der Dienstbarkeitsberechtigte kann den Rangrücktritt der Dienstbarkeit hinter das Erbbaurecht mit der Auflage bewilligen und beantragen, dass gleichzeitig mit dem Rangrücktritt eine inhaltsgleiche Dienstbarkeit am Erbbaurecht an der ausbedungenen Rangstelle einzutragen ist („Doppeleintragung“).

2. Aber was ist beim Heimfall?

§ 2 Nr. 4 ErbbauRG bezeichnet den Heimfall als die Verpflichtung des Erbbauberechtigten, das Erbbaurecht beim Eintreten bestimmter Voraussetzungen auf den Grundstückseigentümer zu übertragen. Der Heimfallanspruch hat hierbei insbesondere den Zweck, das bei sonstigen Dauerschuldverhältnissen bestehende Sonderkündigungsrecht sowie das nach § 1 Abs. 4 ErbbauRG ausgeschlossene Rücktrittsrecht zu ersetzen. Es dient dem Grundstückseigentümer als Schutz bei einem vertragswidrigen Verhalten des Erbbauberechtigten.

Die Ausübung des Heimfallrechts, welche durch eine formlose einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung des Eigentümers gegenüber dem Erbbauberechtigten erfolgt, hat gerade nicht zur Folge, dass das Erbbaurecht erlischt! Es entsteht vielmehr mit Vollzug des Übertragungsanspruchs bei Erwerb durch den Grundstückseigentümer ein Eigentümererbbaurecht. Aus Sicht der am Erbbaugrundstück eingetragenen Dienstbarkeitsberechtigten führt der Heimfall zu keiner Rangverbesserung. Es bleibt bei der nachrangigen Rangstelle. Das Risiko der Dienstbarkeitsberechtigten folgt aus § 33 ErbbauRG. Nach dieser Vorschrift bleiben zwar insbesondere dingliche Verwertungsrechte beim Heimfall bestehen, jedoch werden andere zulasten des Erbbaurechtes bestehende Rechte, also auch Dienstbarkeiten, nach den Bestimmungen des § 33 Abs. 1 S. 3 ErbbauRG ersatz- und entschädigungslos gelöscht. Dies erschließt sich nicht so ohne Weiteres, jedoch handelt es sich hier um ein Zusammenspiel von § 33 und § 5 ErbbauRG. Durch das Bestehenbleiben des Erbbaurechtes sowie der an diesem bestellten Verwertungsrechten beim Heimfall wird zunächst die Beleihbarkeit des Erbbaurechtes überhaupt sichergestellt. Vor der Übernahme übermäßiger Belastungen wird der Grundstückseigentümer dadurch geschützt, dass nach § 5 Abs. 2 ErbbauRG als Inhalt des Erbbaurechtes vereinbart werden kann, dass der Erbbauberechtigte zur Belastung des Erbbaurechtes mit einer Hypothek, Grund- oder Rentenschuld oder einer Reallast die Zustimmung des Grundstückseigentümers bedarf. Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 5 Abs. 2 ErbbauRG kann ein solcher Zustimmungsvorbehalt jedoch nicht für Dienstbarkeiten als Inhalt des Erbbaurechtes vereinbart werden. Die Folge hieraus ist, dass der Erbbauberechtigte solche Rechte ohne Mitwirkung des Grundstückseigentümers am Erbbaurecht bestellen kann. Zu berücksichtigen ist hierbei lediglich, dass der Erbbauberechtigte womöglich gegen entgegenstehende schuldrechtliche Vereinbarungen im Erbbaurechtsbestellungsvertrag verstoßen würde, die jedoch der wirksamen Bestellung nicht entgegenstehen (§ 137 BGB). Müsste der Grundstückseigentümer beim Heimfall solche Rechte

übernehmen, so würde dies sein Heimfallrecht erheblich beeinträchtigen oder gar gänzlich vereiteln, wenn die Übernahme der ohne seine Mitwirkung am Erbbaurecht eingetragenen Rechte aus wirtschaftlicher Sicht unzumutbar wäre. Hier ist zum Beispiel an die Bestellung eines Wohnungsrechtes oder gar eines Nießbrauchrechtes zu denken. Vor diesem Hintergrund sieht das Gesetz vor, dass Dienstbarkeiten am Erbbaurecht beim Heimfall gemäß § 33 Abs. 1 Satz 3 ErbbauRG erlöschen.

Somit besteht bei der Sicherung von Dienstbarkeiten, welche dem Erbbaurecht bei dessen Bestellung den ersten Rang eingeräumt haben, bei Ausübung des Heimfalls ein Risiko für die (weitere) Ausübung der Dienstbarkeit. Dieses besteht darin, dass die Dienstbarkeit unter Zugrundelegung des Wortlauts des § 33 Abs. 1 Satz 3 ErbbauRG erlischt. Natürlich würde grundsätzlich die Möglichkeit bestehen, dem Grundstückseigentümer einfach kein Heimfallrecht einzuräumen, was möglich wäre, da das Heimfallrecht nicht kraft Gesetzes besteht, sondern im Erbbaurechtsvertrag eingeräumt werden muss. Praktisch ist diese Variante jedoch kein gangbarer Weg, da hierdurch zwar den Interessen des Dienstbarkeitsberechtigten Rechnung getragen würde, stellt der Heimfallanspruch ein wesentliches Sicherungsinstrument für den Grundstückseigentümer dar. Nur hierdurch können Pflichtverletzungen des Erbbauberechtigten angemessen sanktioniert werden. Es muss daher überlegt werden, andere Regelungen zu treffen. Es gibt unterschiedliche Lösungsansätze:

a. beschränkte Ausübung des Heimfallanspruchs

Die Absicherung des zurücktretenden Dienstbarkeitsberechtigten soll in der Weise erfolgen, dass der Heimfall nur ausgeübt werden kann, wenn vorher oder gleichzeitig dem Grundbuch eine Bewilligung des Grundstückseigentümers zur Neueintragung des

durch Heimfall erlöschenden Rechts vorgelegt wird. Alternativ wäre auch an eine Rangrücktrittserklärungen von den Inhabern der beim Heimfall bestehen bleibenden Rechte zu denken (vergl. § 33 Abs. 1 ErbbauRG; § 42 Abs. 2 WEG). Dies führt praktisch zu einer weiteren Heimfallvoraussetzung, die als Inhalt des Erbbaurechts dingliche Wirkung erhält. Soweit nicht gegen das Gesetz verstoßen wird (vgl. §§ 6 Abs. 2, 9 Abs. 4 ErbbauRG), steht es den Beteiligten frei, über die Heimfallgründe Vereinbarungen zu treffen.

Der gravierende Nachteil dieser Vorgehensweise liegt darin, dass der Grundstückeigentümer grundsätzlich in der Lage ist, die Eintragung einer neuen und inhaltsgleichen Dienstbarkeit am Eigentümererbbaurecht zu bewilligen. Sind jedoch Rechte am Erbbaurecht eingetragen, die infolge der Ausübung des Heimfalls nicht erlöschen, so hängt die rangrichtige erneute Eintragung der Dienstbarkeit von entsprechenden Rangrücktrittserklärungen der Inhaber der bestehenbleibenden Rechte ab. Sollte diese ihre Mitwirkung verweigern, würde hierdurch die Ausübung des Heimfallrechts vereitelt. Aus diesem Grund stellt diese Vorgehensweise keine geeignete Sicherung des Dienstbarkeitsberechtigten dar.

b. die Abbedingung von § 33 ErbbauRG

Ausgehend von dem Grundgedanken des § 33 ErbbauRG wird vertreten, dass diese Vorschrift entgegen ihrem eindeutigen Wortlaut in den hier in Rede stehenden Konstellationen einer einschränkenden Auslegung zugänglich sei mit der Folge, dass bei entsprechender Vereinbarung im Erbbaurechtsvertrag im Rang zurücktretende Dienstbarkeiten beim Heimfall nicht gemäß § 33 Abs. 1 Satz 3 ErbbauRG erlöschen (*Ott*, Das Sicherungsbedürfnis von Dienstbarkeitsberechtigten bei der Bestellung eines Erbbaurechtes, DNotZ 2015, 341 ff.). Anders als bei der unter a) dargestellten Vorgehensweise bedürfte es hiernach keiner Neubestellung der beim Heimfall erlöschenden Dienstbarkeiten. Vielmehr blieben diese weiterhin am Eigentümer-Erbbaurecht

unverändert bestehen.

Jedoch wird hiergehen vorgetragen, dass eine derartige Vereinbarung, wonach § [33](#) Abs. [1](#) Satz 3 ErbbauRG beim Heimfall in Bezug auf bestimmte Rechte ausgeschlossen werde, nicht mit dem sachenrechtlichen Typenzwang vereinbar sei.

Selbst wenn man diese – durchaus umstrittene – Frage bejaht, ist hiervon die Frage zu trennen, ob eine solche Vereinbarung auch als Inhalt des Erbbaurechts und somit mit dinglicher Wirkung getroffen werden kann. Die Regelungsbereiche, die zum Inhalt des Erbbaurechts gemacht werden können, sind im ErbbauRG abschließend aufgezählt und eng auszulegen. Leider enthält das ErbbauRG keine entsprechende Rechtsgrundlage, um eine Bestehenbleibensvereinbarung für Dienstbarkeiten zum Inhalt des Erbbaurechts zu erheben. Somit können solche Vereinbarungen lediglich mit schuldrechtlicher Wirkung zwischen den Vertragsbeteiligten vereinbart werden. Eine dingliche Wirkung auch gegenüber (Einzel-)Rechtsnachfolgern der am Erbbaurechtsvertrag Beteiligten kommt der Regelung somit nicht zu, was ebenfalls – und dies ist der Nachteil dieses Ansatzes – die Sicherung des im Rang hinter das Erbbaurecht zurücktretenden Dienstbarkeitsberechtigten beeinträchtigt.

c. Vormerkungslösung

Als eine weitere Variante, die auch vom OLG Hamm (Urt. v. 27.6.2013 – I-22 U 165/12) als möglicher Weg zur Beseitigung der Risiken für Dienstbarkeitsberechtigte beim Heimfall des Erbbaurechts angesehen wird, wird vertreten, dass sich der Grundstückseigentümer zur Neueintragung der, bei Ausübung des Heimfalls erlöschenden Dienstbarkeit verpflichtet und diese Verpflichtung durch eine Vormerkung am Erbbaurecht abgesichert wird. Die Lösung geht hierbei davon aus, dass der Grundstückseigentümer sich verpflichtet, das Erbbaurecht beim Eintritt des Heimfalls mit einem neuen Recht gleichen Inhalts zu belasten. Parallel zu dieser Vereinbarung wird zur

Sicherung dieser Verpflichtung am Erbbaurecht im Gleichrang mit dem betreffenden Recht eine Vormerkung zugunsten des Dienstbarkeitsberechtigten eingetragen.

Zu berücksichtigen ist hierbei, dass nach Vollzug des Heimfalls der Grundstückseigentümer Inhaber des Eigentümererbbaurechts ist. Hiernach ist dieser auch zur Verfügung über sein Recht befugt, kann daher die im Zuge des Heimfalls nach § 33 Abs. 1 Satz 3 ErbbauRG erloschene Dienstbarkeit neu und inhaltsgleich an seinem Eigentümererbbaurecht bestellen. Es ist folgerichtig, den Grundstückseigentümer entsprechend zur Neueintragung der Dienstbarkeit zu verpflichten. Überlegungswert ist lediglich, ob diese Verpflichtung des Grundstückseigentümers auch durch eine Vormerkung am Erbbaurecht gesichert werden kann. Das sog. Identitätsgebot bei der Vormerkung könnte dem womöglich entgegenstehen. Nach der h.M. muss sich nämlich der Anspruch, der durch die Vormerkung gesichert werden soll, gegen denjenigen richten, dessen Recht von der Vormerkung betroffen wird. Der Schuldner des Anspruchs muss bei der Eintragung der Vormerkung Eigentümer des von der Vormerkung betroffenen Grundstücks oder Inhaber des von der Vormerkung betroffenen Rechts sein. Nimmt man diese Grundsätze auf die hier in Rede stehende Thematik, führt dies dazu, dass die Verpflichtung des Grundstückseigentümers nicht durch eine Vormerkung am Erbbaurecht gesichert werden kann, da der Schuldner des Anspruchs (= Grundstückseigentümer) und der Inhaber des von der Vormerkung betroffenen Rechts (= Erbbauberechtigter) nicht identisch sind. Es ändert auch nichts, dass es sich bei dem Anspruch gegen den Grundstückseigentümer um einen bedingten Anspruch (= Bedingung Heimfall) handelt, der erst dann zu erfüllen wäre, wenn der Grundstückseigentümer aufgrund des Heimfalls Inhaber des Eigentümererbbaurechts geworden ist. Auch ein Anspruch, der sich gegen den künftigen Inhaber des betroffenen Rechts richtet, kommt nicht als Grundlage für eine Vormerkung in Betracht.

Für den Dienstbarkeitsberechtigten ist daher eine Absicherung in der Weise erforderlich, die zusätzliche Verpflichtung des Erbbauberechtigten, beim Heimfall eine neue und inhaltsgleiche Dienstbarkeit am Erbbaurecht zu bestellen. Diese Verpflichtung kann, dem Identitätsgebot folgend, durch eine Vormerkung am Erbbaurecht abgesichert werden, da der Erbbauberechtigte sowohl materiell- als auch verfahrensrechtlich zur Bewilligung der Vormerkung an seinem Erbbaurecht berechtigt ist.

Es mag verwundern, dass diese Verpflichtung, die zu einem Zeitpunkt zu erfüllen ist, in dem der Erbbauberechtigte nicht mehr Inhaber des Erbbaurechtes ist, durch eine Vormerkung zu sichern ist, da diese nach Heimfall dem Grundstückseigentümer als Eigentümererbbaurecht zusteht. Die Erfüllbarkeit der Verpflichtung des Erbbauberechtigten wird jedoch durch die Vormerkung gewährleistet, die ja gerade den Gläubiger (= Dienstbarkeitsberechtigten) dagegen schützen soll, dass der Schuldner (= Erbbauberechtigte) nachträglich, infolge des Heimfalls, die Rechtszuständigkeit zur Erfüllung des Anspruchs verliert. Die Vormerkung sichert daher nicht nur die Neueintragung der Dienstbarkeit beim Heimfall am Eigentümererbbaurecht des Grundstückseigentümers, sondern vielmehr auch den Rang vor etwaigen im Nachrang am Erbbaurecht eingetragenen Rechten, insbesondere Grundpfandrechten (vgl. §§ [883](#) Abs. [3](#), [888](#) BGB).

Es ist somit zu konstatieren, dass eine Verpflichtung des Grundstückseigentümers zur Neueintragung einer inhaltsgleichen Dienstbarkeit beim Heimfall nicht durch Vormerkung gesichert werden kann. Eine Sicherung durch Vormerkung kann nur erreicht werden, wenn auch der Erbbauberechtigte eine entsprechende Verpflichtung zugunsten des Dienstbarkeitsberechtigten eingeht. Es stellt sich jedoch auch hier die umstrittene Frage, ob nicht die Vormerkung aufgrund der Regelung des § [33](#) Abs. [1](#) Satz 3 ErbbauRG beim Heimfall erlischt, wodurch deren Sicherungswirkung entfallen würde. Nach einer durchaus vertretbaren Auffassung (*Ott*, aaO) ist die Vorschrift des § [33](#)

ErbbauRG einschränkend dahin gehend auszulegen, dass eine solche Vormerkung beim Heimfall bestehen bleibt.

3. Ergebnis

Die Ausführungen zeigen, dass sich der Rücktritt eines Dienstbarkeitsberechtigten hinter ein zu bestellendes Erbbaurecht als risikobehaftet darstellt. Dies kann uU zum Wegfall seines Rechts führen. Die Literatur hat zwar einige Ansätze zur Risikoreduzierung entwickelt, die jedoch mit Nachteilen oder Unsicherheiten belegt sind. So haben die Vereinbarungen über eine beschränkte Ausübung des Heimfallanspruchs den Nachteil, dass die Durchsetzung der Rechte des Eigentümers von der Mitwirkung Dritter abhängt. Bis zu einer höchstrichterlichen Entscheidung bestehen Unsicherheiten bei der Abbedingung des § [33](#) ErbbauRG und die Vormerkungslösung, da hier nach wie vor umstritten ist, ob die Dienstbarkeit bzw. die Vormerkung nicht doch – entsprechend dem Wortlaut des § [33](#) Abs. [1](#) Satz 3 ErbbauRG – beim Heimfall erlöschen. Umstritten ist auch die Möglichkeit einer Rangvereinbarung auf Grundlage des § [27](#) Abs. [1](#) Satz 2 ErbbauRG. Letztlich bleibt auch noch die Frage offen, inwiefern Dienstbarkeitsberechtigte überhaupt vor einer späteren Inhaltsänderung des Erbbaurechtsvertrages geschützt sind.