

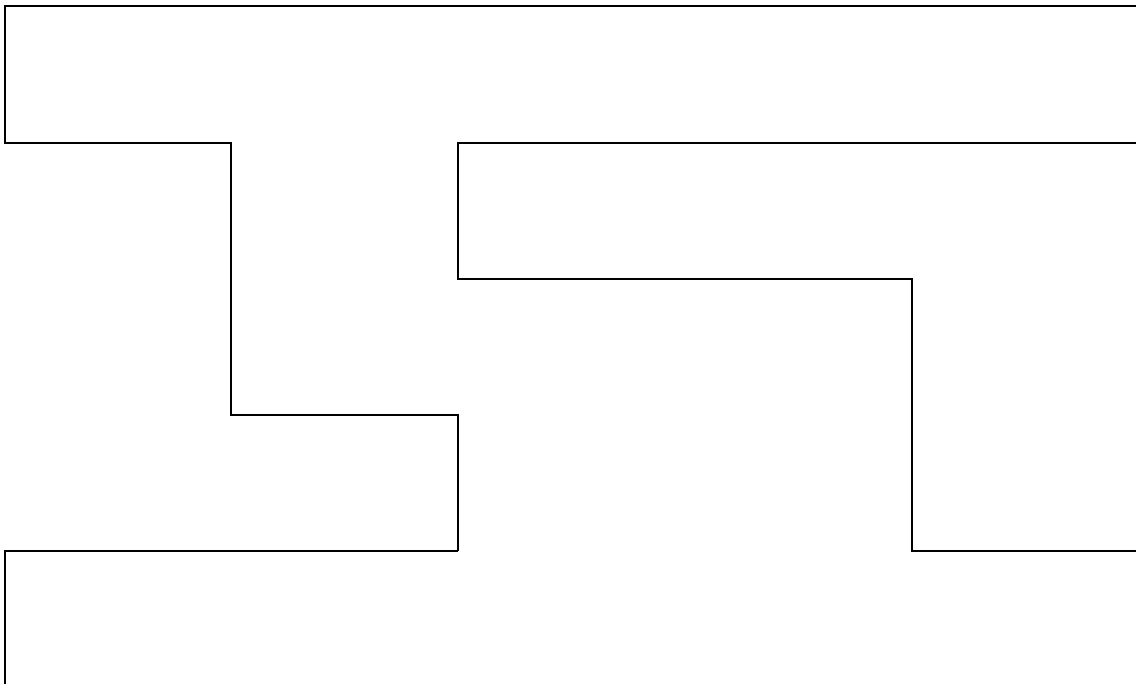
**Ulrich Keller**

# **Das Erbbaurecht in der Insolvenz**

**Ansprüche und Rechte im Erbbaurecht**

**Die Insolvenz des Grundstückseigentümers**

**Die Insolvenz des Erbbauberechtigten**



## **Das Erbbaurecht in der Insolvenz**

Ansprüche und Rechte im Erbbaurecht

Die Insolvenz des Grundstückseigentümers

Die Insolvenz des Erbbauberechtigten

**Ulrich Keller**

Professor an der  
Hochschule für Wirtschaft  
und Recht Berlin

Berlin/Brandenburgischer Arbeitskreis für Insolvenzrecht e. V.  
25. Juli 2012  
Ludwig-Erhard-Haus Berlin

## Vortragsübersicht

### I. Grundlagen des Erbbaurechts

1. Das Wesen des Erbbaurechts
  - a) Grundstücksbelastung und grundstücksgleiches Recht (§ 1 ErbbauRG)
  - b) Anwendung der grundstücksrechtlichen Vorschriften (§ 11 ErbbauRG)
2. Der Inhalt des Erbbaurechts
  - a) Das Bauwerk auf dem Grundstück (§§ 12, 13 ErbbauRG)
  - b) Regelungen zwischen Berechtigtem und Grundstückseigentümer
  - c) Verfügungsbeschränkung nach § 5 ErbbauRG
3. Die Begründung des Erbbaurechts
  - a) Der Erbbaurechtsvertrag, (§§ 2 ff. ErbbauRG)
  - b) Die Eintragung im Grundbuch - Erbbaugrundbuch
  - c) Die erste Rangstelle im Grundbuch (§ 10 ErbbauRG)
4. Der Erbbauzins (§ 9 ErbbauRG)
  - a) Das Wesen des Erbbauzinses
  - b) Die Sicherung durch Reallast
  - c) Die Gestaltung von Wertsicherungen
5. Die Beendigung des Erbbaurechts (§§ 26 ff. ErbbauRG)
  - a) Das befristet bestellte Erbbaurecht
  - b) Der Heimfallanspruch des Eigentümers (§ 32 ErbbauRG)
  - c) Die Ansprüche beim Heimfall

### II. Die Behandlung des Erbbauzinses in der Insolvenz des Erbbauberechtigten

1. Allgemeines zu Erbbauzins und Erbbauzinsreallast
  - a) Der dinglich gesicherte Erbbauzins
  - b) Die Haftung des Erbbauberechtigten aus der Reallast
    - aa) Der Inhalt der Leistungspflicht aus einer Reallast
    - bb) Die Haftung des Grundstücks nach § 1107 BGB
    - cc) Die persönliche Haftung nach § 1108 BGB
    - dd) Das Verhältnis zwischen dinglicher und persönlicher Haftung
  - c) Die Person des Reallastberechtigten
2. Die insolvenzrechtliche Behandlung des Erbbauzinses
  - a) Die Systematisierung nach dem Entstehen des Anspruchs
  - b) Ansprüche der Erbbauzinsreallast vor Insolvenzeröffnung
  - c) Ansprüche der Erbbauzinsreallast nach Insolvenzeröffnung
    - aa) Bundesgerichtshof, Urt. v. 20.10.2005
  - d) Ansprüche sind keine Masseverbindlichkeit
    - aa) Die Frage der Anwendung des § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO
    - bb) Der Zweck der persönlichen Haftung nach § 1108 BGB
    - cc) Der Vergleich mit hypothekarischer Haftung
  - e) Die Qualifikation als Insolvenzforderungen

3. Die Geltendmachung des Erbbauzinses als Insolvenzforderung
  - a) Die Anmeldung zur Insolvenztabelle
  - b) Wechsel der Anspruchsberechtigung bei subjektiv-dinglicher Reallast
  - c) Erlöschen des Anspruchs bei Aufhebung des Erbbaurechts

### **III. Die insolvenzrechtliche Anfechtbarkeit der entschädigungslosen Heimfallvereinbarung**

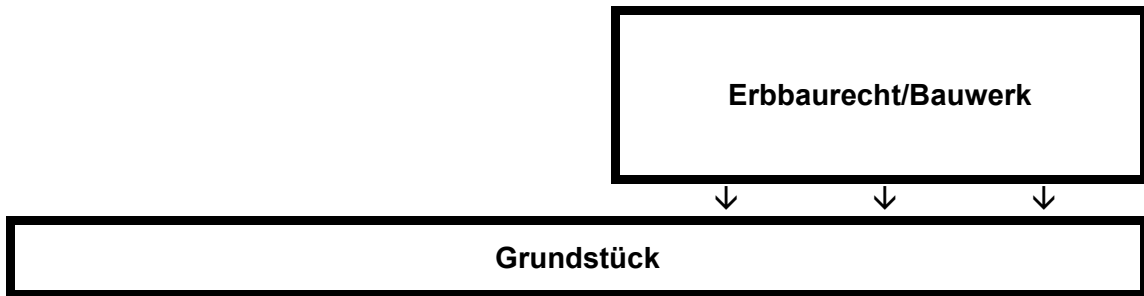
1. Der Heimfallanspruch aus Aussonderungsrecht
2. Grundlagen der Insolvenzanfechtung
  - a) Rechtshandlung und Gläubigerbenachteiligung
  - b) BGH, Urt. v. 19.4.2007 - IX ZR 59/06, NZI 2007, 462
  - c) Die Heimfallvereinbarung als anfechtbare Rechtshandlung
  - d) Die Gläubigerbenachteiligung
    - aa) Die sogenannte mittelbare Gläubigerbenachteiligung
    - bb) Zwingend wirtschaftliche Einheit als Ausschluß der Gläubigerbenachteiligung?
  - e) Der Anfechtungstatbestand des § 133 Abs. 1 InsO
  - f) Der Anspruch auf Rückgewähr nach § 143 InsO
  - g) Prozessuales

### **IV. Die Optionen bei Veräußerung des Erbbaurechts**

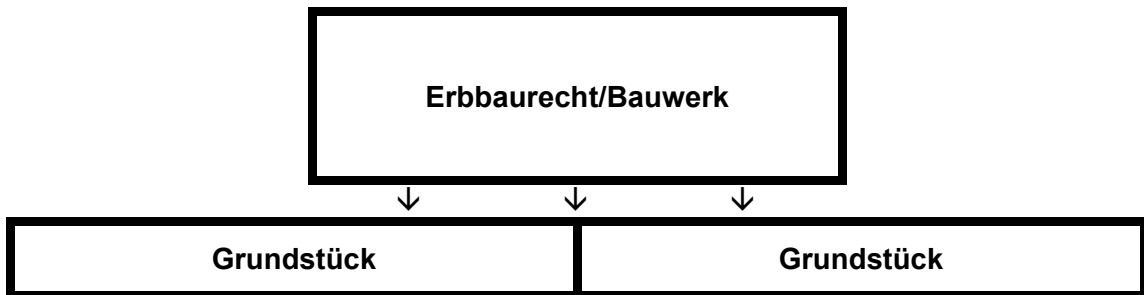
1. Prämissen
2. Zustimmungspflicht bei Veräußerung nach § 5 ErbbauRG
3. Wirksamkeit der Abtretung von Miete gegen Erwerber des Erbbaurechts

## Grundlagen des Erbbaurechts

„Gewöhnliches Erbbaurecht“:



Gesamterbbaurecht:



Teilerbbaurecht:

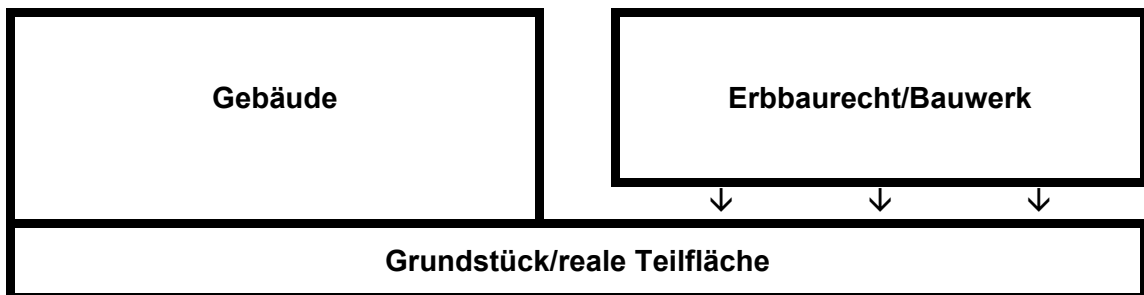


Schaubild 1.2

### Wesensmerkmale des Erbbaurechts

Belastung des Grundstücks; echtes Grundstücksrecht.	Grundstücksgleiches Recht (§ 11 ErbbauRG).
	Veräußerbar und belastbar (§ 1 Abs. 1 ErbbauRG).
	Gebäude wesentlicher Bestandteil des Erbbaurechts (§ 12 ErbbauRG).

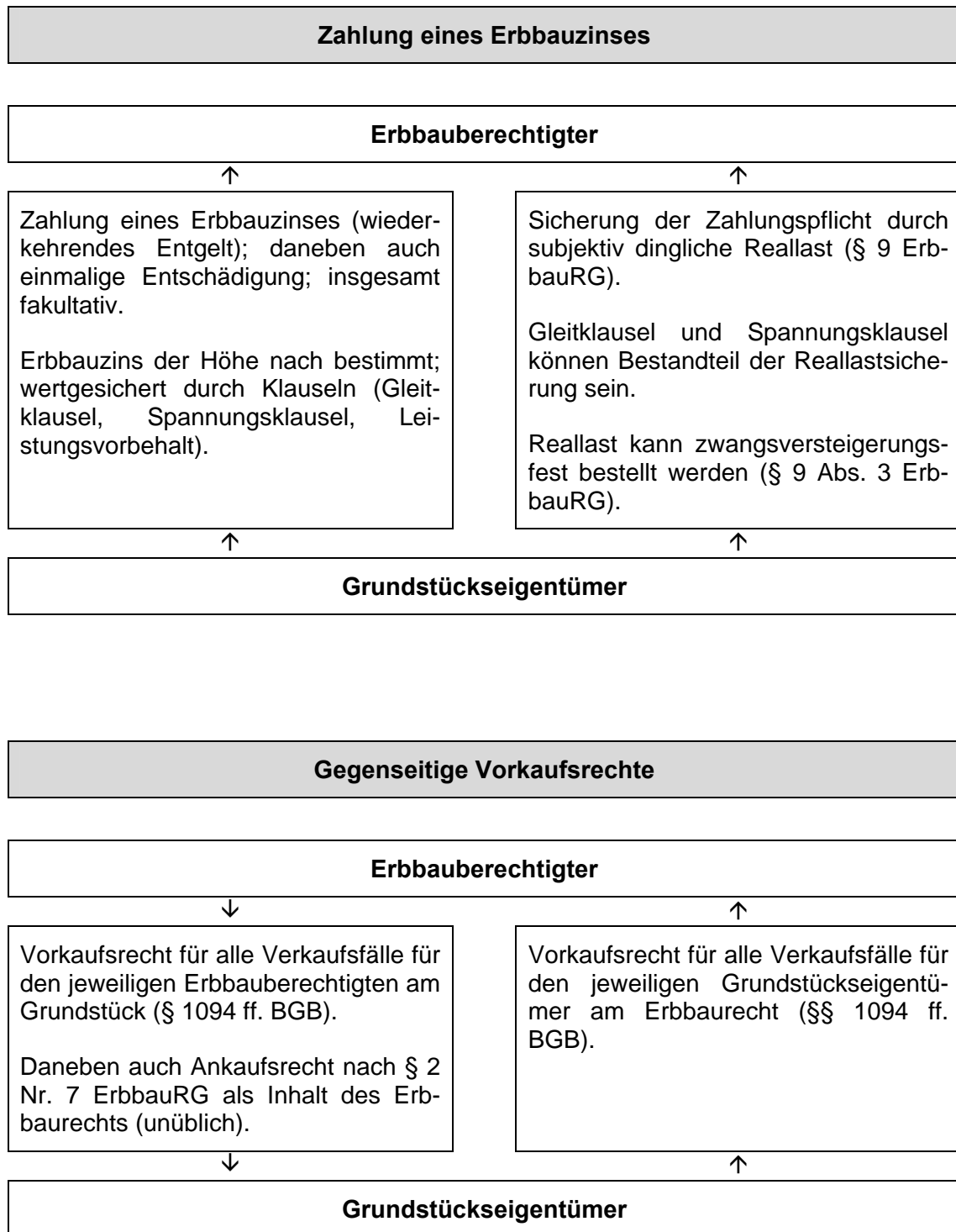
### Gesetzlicher und vertraglicher Inhalt des Erbbaurechts

Gesetzlich zwingender Inhalt nach § 1 ErbbauRG	Vertraglich fakultativer Inhalt nach § 2 Nrn. 1 bis 7 ErbbauRG
Veräußerlichkeit, Vererblichkeit	- Instandhaltung des Bauwerks
Verbot der auflösenden Bedingung (§ 1 Abs. 4 ErbbauRG)	- Versicherung, Wiederaufbau
Zulässigkeit der Befristung	- Lastentragung
	- Heimfall (ergänzt durch § 6 Abs. 2, § 9 Abs. 4, §§ 32, 33 ErbbauRG)
	- Vertragsstrafen
	- Erneuerung nach Zeitablauf (ergänzt durch § 31 ErbbauRG)
	- Ankaufsrecht für das Grundstück

Schaubild 1.3

<b>Verfügungsbeschränkung des § 5 ErbbauRG</b>	
<b>Vertraglicher Inhalt des Erbbaurechts</b>	<b>Veräußerung und Belastung</b>
Vereinbarung im Erbbaurechtsvertrag; Eintragung in das Grundbuch.	Veräußerung des Erbbaurechts
	Belastung des Erbbaurechts mit <ul style="list-style-type: none"><li>- Grundpfandrechten</li><li>- Dauerwohn-, -nutzungsrecht (§ 31 ff. WEG)</li></ul>
Kann als Inhalt des Rechts von § 5 ErbbauRG ausgenommen werden.	Veräußerung im Wege der Zwangsvollstreckung/Zwangsversteigerung (§ 8 ErbbauRG); nicht Zwangsverwaltung
	Veräußerung/Belastung durch Insolvenzverwalter (§ 8 ErbbauRG)
	Zustimmung darf nur aus wichtigem Grund verweigert werden.  Zustimmungersetzung nach § 7 ErbbauRG.

## Gegenseitige Ansprüche im Erbbaurecht





## Die Haftung des Erbbauberechtigten gegenüber dem Grundstückseigentümer

<p style="text-align: center;"><b>Erbbauzinsreallast</b></p>	<p>Es ist möglich, den Erbbauzins allein schuldrechtlich zu bestimmen. Regelmäßig wird er durch die Eintragung einer Reallast am Erbbaurecht gesichert.</p> <p>Der Erbbauzins ist nach Höhe, Fälligkeit und Leistungszeitraum frei bestimmbar, Beschränkungen enthält § 1105 BGB hinsichtlich der sachenrechtlich geforderten Bestimmbarkeit der Leistungen einer Reallast oder § 9a ErbbauRG hinsichtlich mögliche Erhöhungen beim Erbbaurecht, das Wohnzwecken dient. Für die Erbbauzinsreallast gelten die §§ 1105 ff. BGB subsidiär zu §§ 9 und 9a ErbbauRG.</p> <p>Insbesondere kann die Erbbauzinsreallast versteigerungsfest nach § 9 Abs. 3 ErbbauRG bestellt werden, zwingend ist sie immer als subjektiv-dingliche Reallast zu Gunsten des jeweiligen Grundstückseigentümers zu bestellen (§ 9 Abs. 2 ErbbauRG). Damit kann für die Dauer des Erbbaurechtes der Anspruch auf den Erbbauzins nicht vom Eigentum am Grundstück getrennt werden.</p>
<p style="text-align: center;"><b>Entstehen der Leistungen</b></p>	<p>Die Reallast wird allgemein als Leistungsrecht bezeichnet, nach welchem der Berechtigte die Erbringung wiederkehrender Leistungen verlangen kann. Nach § 1105 BGB müssen die Leistungen ihrer Art nach bestimmt sein, ihres Umfangs oder ihrer Höhe nach genügt eine Bestimmbarkeit an Hand objektiv nachprüfbarer Kriterien. Die Geldleistung einer Reallast kann insbesondere durch Wertsicherungsklauseln bestimmt werden (§ 1105 Abs. 1 Satz 2 BGB).</p> <p>Entstehen und Fälligkeit der jeweiligen Leistung richten sich nach dem zwischen den Beteiligten vereinbarten Inhalt der Reallast. Die Leistungen einer Reallast können nicht als mit dem Entstehen der Reallast durch Grundbucheintragung entstanden angesehen werden; sie würden in späterer Zeit dann lediglich als fällig betrachtet.</p> <p>Mithin entsteht der Anspruch auf Leistung aus der Reallast zu dem Zeitpunkt und wird zu diesem fällig, welcher als Inhalt der Reallast vereinbart und im Grundbuch eingetragen ist. Berechtigter der subjektiv-dinglichen Reallast ist derjenige, der zu diesem Zeitpunkt Eigentümer des herrschenden Grundstücks ist.</p>

Schaubild 2.3

<p style="text-align: center;"><b>Dingliche Haftung</b></p>	<p>Die Haftung des Grundstückseigentümers bei einer gewöhnlichen Reallast oder des Erbbauberechtigten bei der Erbbauzinsreallast für die Leistungen aus der Reallast ist zunächst eine dingliche Haftung, bei welcher § 1107 BGB auf die Vorschriften des Hypothekenrechts verweist.</p> <p>Aus § 1107 BGB ist der belastete Grundstückseigentümer oder Erbbauberechtigte dem Berechtigten gegenüber nicht zur Leistung verpflichtet. § 1107 BGB beinhaltet mit § 1147 BGB in gleicher Weise wie bei der Hypothek oder der Grundschuld eine Duldungspflicht des belasteten Eigentümers gegenüber dem Reallastberechtigten.</p> <p>Der Reallastberechtigte kann den Anspruch aus §§ 1107, 1147 BGB im Wege der Zwangsvollstreckung durchsetzen, er kann aus der Reallast die Zwangsverwaltung oder die Zwangsversteigerung betreiben. Voraussetzung ist ein sogenannter Duldungstitel, mit welchem der Anspruch aus § 1147 BGB festgestellt ist. Dieser kann auch in notarieller Urkunde mit Vollstreckungsunterwerfung nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO bestehen.</p> <p>Die Zwangsversteigerung erfolgt in der Rangklasse des § 10 Abs. 1 Nr. 4 ZVG. Die wesentlichen Nachteil des Reallastberechtigten besteht darin, daß bei Betreiben aus dem dinglichen Anspruch die Reallast selbst im geringsten Gebot (§§ 44, 55 ZVG) nicht bestehenbleibt sondern durch den Zuschlag erlischt und insgesamt aus dem Versteigerungserlös befriedigt wird.</p> <p>Diese negative Rechtsfolge, bei welcher der Reallastberechtigte gleichsam „die Kuh schlachtet, um ihre Milch zu erhalten“, ist lediglich für den Erbbauzinsreallast mit der Bestimmung des § 9 Abs. 3 ZVG suspendiert.</p> <p>In der Insolvenz des belasteten Eigentümers gewährt die Reallast mit dem Anspruch aus § 1107 BGB ein Recht auf abgesonderte Befriedigung nach § 49 InsO.</p>
<p style="text-align: center;"><b>Persönliche Haftung</b></p>	<p>Der unmittelbare Anspruch auf Leistungserbringung gegen den Grundstückseigentümer oder Erbbauberechtigten ist aus § 1108 BGB gegeben. Zweck der hier normierten persönlichen Haftung ist die Erleichterung der Durchsetzung der Ansprüche durch den Reallastberechtigten.</p> <p>Die Zwangsvollstreckung wegen der persönlichen Haftung des § 1108 BGB erfolgt durch Zahlungstitel gegen den belasteten Eigentümer, sie kann insbesondere auch in das sonstige Vermögen erfolgen und ist nicht auf das belastete Grundstück oder Erbbaurecht beschränkt. Zwangsvollstreckung in das belastete Grundstück oder Erbbaurecht erfolgt bei Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung in der Rangklasse des § 10 Abs. 1 Nr. 5 ZVG. In der Zwangsversteigerung bleibt die Reallast als vorrangiges Recht bei Bestimmung des geringsten Gebots bestehen.</p>

## Das Erbbaurecht in der Insolvenz des Grundstückseigentümers

### Anwendung der §§ 103 ff. InsO

§§ 103 ff. InsO sind nur auf den Erbbaurechtsvertrag bis zur Entstehung des Erbbaurechtes mit Grundbucheintragung anwendbar. Nur soweit besteht ein Gegenseitigkeitsverhältnis.

Nach Entstehen des Erbbaurechts ist dieses als vollwertiges Grundstücksrecht Belastung des Grundstücks und der Insolvenzmasse.

Die Bestellung eines Erbbaurechts kann nach §§ 129 ff. InsO der Insolvenzanfechtung unterliegen.

### Ansprüche der Insolvenzmasse

#### Erbbau- zins

Der Erbbauzins gebührt als Bestandteil der Insolvenzmasse dem Insolvenzverwalter.

Er ist gegen den Erbbauberechtigten mit allen Konsequenzen geltend zu machen (Versteigerung des Erbbaurechts, Heimfall).

### Ansprüche des Erbbauberechtigten

#### Vorkaufsrecht

Der Erbbauberechtigte kann sein am Grundstück bestehendes Vorkaufsrecht nicht geltend machen, wenn der Insolvenzverwalter das Grundstück verwertet (§ 471 BGB).

Bei Zwangsversteigerung (auch §§ 172 ff. ZVG) kann das Vorkaufsrecht ebenfalls nicht geltend gemacht werden (§ 471 BGB).

#### Anspruch auf Er- neuerung

Der Anspruch auf Erneuerung des durch Zeitablauf abgelauenen Erbbaurechts (§ 31 ErbbauRG) besteht auch gegen den Insolvenzverwalter (auf § 471 BGB ist ausdrücklich nicht verwiesen).

## Die Behandlung des Erbbauzinses in der Insolvenz des Erbbauberechtigten

### Ansprüche vor Insolvenzeröffnung

Ansprüche, die vor Insolvenzeröffnung entstanden sind, sind Insolvenzforderungen (§ 38 InsO).

Anmeldung zum Verfahren nach §§ 87, 174 ff. InsO; Feststellung im Prüfungstermin (§§ 176, 178 InsO); Zahlung einer Quote.

### Ansprüche nach Insolvenzeröffnung

**Keine Massever-  
bindlich-  
keit**

Keine Masseverbindlichkeit nach § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO; kein Dauerschuldverhältnis, keine Vergleichbarkeit mit Miete oder Pacht.

BGH, Urt. v. 20.10.2005 - IX ZR 145/04, NZI 2006, 97 = ZIP 2005, 2267.

**Leistungen als betagte Insolvenzforderungen**

Die Leistungen einer Reallast, die erst nach Insolvenzeröffnung entstehen, sind als Insolvenzforderungen zu qualifizieren. Dies gilt erst recht für den dinglich gesicherten Erbbauzins.

Die Begründetheit der Forderung im Sinne des § 38 InsO ergibt sich aus der Begründung der Reallast mit Grundbucheintragung, auch wenn die Einzelleistung sachenrechtlich erst später entsteht und fällig wird.

Nur dieses Ergebnis ist auch für den Erbbauzins sachgerecht, wenn dieser trotz jeder Betonung des Erbbaurechts als Sachenrecht als zeitlich gestreckte Gegenleistung für die Gewährung des Erbbaurechts angesehen wird.

Der Grundstückseigentümer wird dadurch nicht unangemessen benachteiligt. Er kann für den Fall der Insolvenz den Heimfall vereinbaren und ausüben (§ 2 Nr. 2 ErbbauRG) und so das Erbbaurecht an sich ziehen. Der Grundstückseigentümer ist nicht darauf verwiesen, den Erbbauzins als Insolvenzforderung zu akzeptieren, er kann - statt der abgesonderten Befriedigung - das ganze Erbbaurecht für sich beanspruchen, freilich nur gegen Entschädigung (§ 32 ErbbauRG).

Schaubild 4.2

<b>Absonderungsrecht am Erbbaurecht</b>	<p>Der Reallastberechtigte ist absonderungsberechtigt nach § 49 InsO, § 10 Abs. 1 Nr. 4 ZVG, §§ 1107, 1147 BGB. Das Absonderungsrecht umfaßt rückständige Leistungen der letzten zwei Jahre vor Anordnung der Zwangsversteigerung.</p> <p>Er kann wegen rückständiger Leistung der Reallast die Zwangsversteigerung des Erbbaurechts betreiben (Vollstreckungsunterwerfung nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO als Titel; zwangsversteigerungsfest nach § 9 Abs. 3 ErbbauRG).</p>
<b>Veräußerung des Erbbaurechts</b>	<p>Die für die Zeit nach Insolvenzeröffnung entstehenden Erbbauzinsansprüche sind als Insolvenzforderung auf den Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung abzuzinsen (§ 41 Abs. 2 InsO).</p> <p>Veräußert der Insolvenzverwalter das Erbbaurecht, geht der Anspruch vollwertig gegen den neuen Berechtigten.</p> <p>Die Forderungsanmeldung kann dann entsprechend reduziert werden; bei Streit zwischen Insolvenzverwalter und Grundstückseigentümer muß nach bereits erfolgter Feststellung der Forderung Klage nach § 767 ZPO erhoben werden.</p>
<b>Aufhebung des Erbbaurechts</b>	<p>Der Erbbauberechtigte/Insolvenzverwalter kann das Erbbaurecht in Anwendung des § 875 BGB mit § 11 Abs. 1 ErbbauRG durch Aufhebungserklärung und Löschung des Erbbaurechts im Grundbuch aufheben. Eine Befristung des Erbbaurechts steht nicht entgegen.</p> <p>Die Aufhebung des Erbbaurechts bedarf nach § 26 ErbbauRG der Zustimmung des Grundstückseigentümers. Die Zustimmung hat derjenige zu erteilen, der im Zeitpunkt der Löschung des Erbbaurechts im Grundbuch Grundstückseigentümer ist. Ein früherer Grundstückseigentümer muß der Aufhebung nicht zustimmen.</p> <p>Die Aufhebung des Erbbaurechts bedarf in Anwendung des § 876 Satz 1 BGB mit § 11 Abs. 1 ErbbauRG der Zustimmung derjenigen, die ein dingliches Recht am Erbbaurecht haben.</p> <p>Mit Aufhebung des Erbbaurechts und Erlöschen der Erbbauzinsreallast während des Insolvenzverfahrens können materiellrechtlich keine Erbbauzinsansprüche mehr entstehen.</p>

## Der Heimfallanspruch in der Insolvenz des Erbbauberechtigten

### Ausübung des Heimfallanspruchs

Der Anspruch auf Übertragung des Erbbaurechts an den Eigentümer (Heimfall) ist als Inhalt des Erbbaurechts dinglicher Natur.

In der Insolvenz des Erbbauberechtigten kann er wie ein Aussonderungsrecht geltend gemacht werden (§ 47 InsO); § 119 InsO steht nicht entgegen. Zu beachten ist die allgemeine Verjährungsvorschrift des § 4 ErbbauRG.

Der Erbbauberechtigte/Insolvenzverwalter erhält beim Heimfall die Entschädigung nach § 32 ErbbauRG.

Gegen diesen Anspruch kann der Grundstückseigentümer mit dem Erbbauzins aufrechnen, § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO steht nicht entgegen.

Die Vereinbarung des Heimfalls für den Fall der Insolvenz des Erbbauberechtigten kann als gläubigerbenachteiligend für den Insolvenzverwalter anfechtbar sein (§§ 129 ff. InsO).

BGH, Urt. v. 19.4.2007 - IX ZR 59/06, NZI 2007, 462.

### Ausübung des Vorkaufsrechts

Der Grundstückseigentümer kann sein am Erbbaurecht bestehendes Vorkaufsrecht nicht geltend machen, wenn der Insolvenzverwalter das Erbbaurecht verwertet (§ 471 BGB).

Bei Zwangsversteigerung (auch §§ 172 ff. ZVG) kann das Vorkaufsrecht ebenfalls nicht geltend gemacht werden (§ 471 BGB).

## Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

### Erbbauzins ist keine Masseverbindlichkeit

BGH, Urt. v. 20.10.2005 - IX ZR 145/04, NZI 2006, 97 = ZIP 2005, 2267

1. **§ 108 InsO findet auf Erbbaurechtsverträge keine Anwendung.**
2. **Ansprüche auf Erbbauzinsen begründen für die Zeit nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens keine Masseverbindlichkeiten.**

**Begründung II. 2. a):** „Der Erbbaurechtsvertrag ist kein Austauschvertrag, welcher im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung beiderseits noch nicht vollständig erfüllt war (§ 55 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 1, § 103 InsO). Ein wirksames Erfüllungsverlangen des Insolvenzverwalters im Sinne dieser Vorschriften liegt daher nicht vor.“

**Begründung II. 2. b):** „Masseforderungen sind auch nicht nach § 55 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2, § 108 InsO entstanden. Für die von § 108 InsO erfaßten Verträge gilt § 103 InsO allerdings nicht. [...] § 108 InsO bezieht sich jedoch nur auf Miet-, Pacht- und Dienstverhältnisse. Eine entsprechende Anwendung der Vorschrift auf den vorliegenden Vertrag kommt nicht in Betracht. [...] Der Erbbaurechtsvertrag begründet kein Dauerschuldverhältnis und ist daher nicht kündbar. Erst recht gilt dies für das Erbbaurecht selbst. [...] Es gibt auch keine sonstigen Gründe, die es rechtfertigen könnten, Erbbauzinsansprüche für die Zeit nach Verfahrenseröffnung gem. §§ 108, 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO als Masseforderungen zu behandeln.“

## Anfechtbarkeit der Heimfallvereinbarung

BGH, Urt. v. 19.4.2007 - IX ZR 59/06, NZI 2007, 462

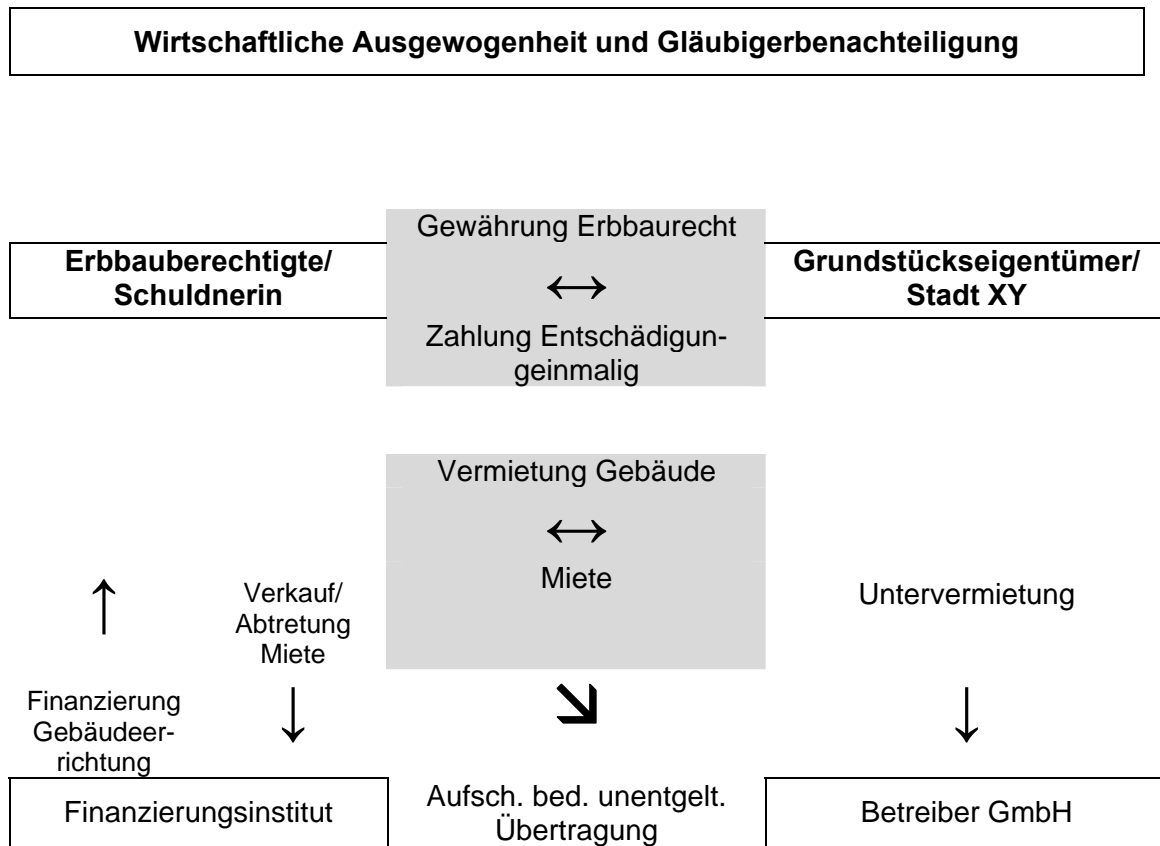
**Ist die Vereinbarung eines Heimfallanspruchs in einem Erbbaurechtsvertrag gläubigerbenachteiligend und daher anfechtbar, kann der Insolvenzverwalter verlangen, daß die Masse so gestellt wird, wie wenn der Vertrag ohne diese Vereinbarung abgeschlossen worden wäre (Anschluß an BGHZ 124, 76 = ZIP 1994, 40).**

**Begründung Rdn. 8:** „Der Heimfallanspruch berechtigt die Klägerin zur Aussonderung [...] Diese ist durch die Eintragung des Erbbaurechts in das Erbbaugrundbuch (§ 11 Erbbaurechtsgesetz, § 873 BGB) und durch die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung (§ 14 Abs. 1 Satz 3 Erbbaurechtsgesetz) eingetreten, weil die Heimfallregelung von der Bewilligung umfaßt war (vgl. BGH, Urt. v. 28.9.1984 - V ZR 135/83, WM 1984, 1514, 1515).“

**Begründung Rdn. 13 ff.:** „Der Heimfallanspruch ist nach § 133 Abs. 1 InsO anfechtbar vereinbart worden. Zwar ist die Ausübung des Heimfallrechts als solche nicht anfechtbar (OLG Karlsruhe ZInsO 2001, 714, 716 f.; OLG Karlsruhe NJW-RR 2002, 413, 414). Der Heimfall ist hier ein dinglicher Anspruch, der den Grundstückseigentümer zur Aussonderung berechtigt und die übrigen Gläubiger nicht benachteiligt (OLG Karlsruhe ZInsO 2001, 714, 716 f.; OLG Karlsruhe NJW-RR 2002, 413, 414). Etwas anderes gilt aber für die Vereinbarung des Heimfalls. Sie benachteiligt die Insolvenzgläubiger. Diese Folge war vom Vorsatz der Schuldnerin umfaßt, was der Klägerin bekannt war. [...] Die Insolvenzgläubiger werden benachteiligt, wenn die Insolvenzmasse durch die anfechtbare Handlung verkürzt worden ist, wenn sich also die Befriedigungsmöglichkeit der Insolvenzgläubiger ohne die fragliche Handlung bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise günstiger gestaltet hätte [...] Das ist insbesondere der Fall, wenn die fragliche Handlung die Aktivmasse verkürzt [...] Bei der Vorsatzanfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO genügt eine bloß mittelbare Benachteiligung, bei welcher der Nachteil erst nach Abschluß der Rechtshandlungen durch das Hinzutreten weiterer Umstände - hier: der Ausübung des Heimfallanspruchs - tatsächlich eintritt (BGHZ 155, 75, 81 = ZIP 2003, 1506, 1508 = ZVI 2003, 410; st. Rspr.).“



Schaubild 6.3



BGH, Ur. v. 19.4.2007 - IX ZR 59/06, NZI 2007, 462, Begr. Rdn. 23.

*„Auf eventuelle sonst vereinbarte Vertragsklauseln kommt es mithin von vornherein nicht an. Im übrigen ergibt sich aus dem von der Klägerin behaupteten hypothetischen Geschehen gerade die Gläubigerbenachteiligung: Die Schuldnerin akzeptierte einen Nachteil, der nicht sie, sondern ihre Gläubiger trifft, um sich Vorteile zu verschaffen. Der Heimfall belastet wirtschaftlich betrachtet nicht die Schuldnerin, sondern ihre Gläubiger. Das Insolvenzverfahren dient deren Befriedigung (§ 1 InsO). Die Schuldnerin betrifft der Heimfall hingegen nicht. Sie ist nach Durchführung des Insolvenzverfahrens zu löschen (§ 141a Abs. 1 Satz 2, § 147 Abs. 1 Satz 2 FGG [jetzt § 347 FamFG]) und damit aufgelöst.“*

## Das Erbbaurecht in der Insolvenz

### I. Grundlagen des Erbbaurechts

#### 1. Das Wesen des Erbbaurechts

##### a) Grundstücksbelastung und grundstücksgleiches Recht

Das Erbbaurecht ist das Rechtsinstitut des BGB, mit welchem Gebäude und Grundstück rechtlich voneinander getrennt werden können. Damit ist es wesentliche Ausnahme vom Grundsatz der Bestandteileigenschaft des Gebäudes nach § 94 BGB. Das Erbbaurecht war anfangs in §§ 1012 ff. BGB geregelt, seit 1919 gilt das besondere ErbbauRG.

Das Erbbaurecht hat Doppelcharakter, es ist einerseits Belastung eines Grundstücks, damit ein Grundstücksrecht, andererseits wird für das Erbbaurecht ein eigenes Grundbuchblatt angelegt, das Erbbaurecht ist veräußerlich und vererblich, es ist grundstücksgleiches Recht,

*Palandt/Bassenge*, Überbl. v. § 1 ErbbauRG Rdn. 3; v. *Oefele/Winkler*, Rdn. 1.25; *Schöner/Stöber*, Rdn. 1677.

Als Grundstücksbelastung ist es das veräußerliche und vererbliche Recht, auf oder unter der Oberfläche des Grundstücks ein Bauwerk zu haben, § 1 Abs. 1 ErbbauRG. Als grundstücksgleiches Recht gelten die Vorschriften des Grundstücksrechts für das Erbbaurecht entsprechend.

##### b) Anwendung der grundstücksrechtlichen Vorschriften

Für das Erbbaurecht wird ein eigenes Grundbuch angelegt, § 14 ErbbauRG. Das Erbbaurecht ist belastbar, veräußerlich und damit auch vererblich. Es gelten die allgemeinen Vorschriften des Grundstücksrechts entsprechend, § 11 ErbbauRG. Die Übertragung des Erbbaurechts erfolgt danach wie die Eigentumsübertragung am Grundstück durch Einigung und Auflassung (gleichzeitige Anwesenheit nach § 925 Abs. 1 BGB ist nicht vorgeschrieben, die Übertragung muß aber unbedingt und unbefristet erfolgen, § 11 Abs. 1 S. 2 ErbbauRG). Der schuldrechtliche Vertrag bedarf wie beim Grundstück der notariellen Beurkundung, § 11 Abs. 2 ErbbauRG, § 311b BGB. Das Erbbaurecht kann mit jedem Recht belastet werden, mit dem auch ein Grundstück belastet werden kann.

### 2. Der Inhalt des Erbbaurechts

#### a) Das Bauwerk auf dem Grundstück

Das Erbbaurecht gestattet dem Berechtigten, auf oder unter der Oberfläche des Grundstücks ein Bauwerk zu haben. Der Begriff des Bauwerks ist dabei weit auszulegen, es kann sich um ein Gebäude handeln, aber auch eine Tiefgarage, Tennisplatz oder sogar eine Gleisanlage sind zulässig,

Einzelfälle bei v. *Oefele/Winkler*, Rdn. 2.11 ff.

Dieses Bauwerk ist kraft des Erbbaurechts nicht wesentlicher Bestandteil des Grundstücks - auch wenn es auf ihm steht - sondern wesentlicher Bestandteil des Erbbaurechts, § 12 Abs. 1 ErbbauRG. Damit hat das Gesetz die Bestandteilskonstruktion des § 94 BGB beibehalten, vgl. § 12 Abs. 2 ErbbauRG, und das Gebäude nicht zum eigenen Eigentum erhoben (anders im Gebiet der ehemaligen DDR, dort wurde selbständiges Gebäudeeigentum geschaffen, §§ 286 ff. ZGB-DDR). Das Bauwerk kann bei Begründung des Erbbaurechts schon bestehen, es wird damit nachträglich Bestandteil des Rechts, es kann auch erst später errichtet werden. Geht das Bauwerk unter, bleibt das Erbbaurecht bestehen, das Bauwerk kann wieder neu errichtet werden, § 13 ErbbauRG.

Eine Regelung, daß das Erbbaurecht mit dem Untergang des Gebäudes erlöschen soll, verstößt gegen § 1 Abs. 4 ErbbauRG, es kann für diesen Fall aber ein Heimfallanspruch vereinbart werden, *Ingenstau*, § 13 Rdn. 4; v. *Oefele/Winkler*, Rdn. 2.64, 2.148.

## b) Regelungen zwischen Berechtigtem und Grundstückseigentümer

Zwischen dem Erbbauberechtigtem und dem Grundstückseigentümer besteht auf Grund des langen Bestands des Erbbaurechts ein Schuldverhältnis mit gegenseitigen Ansprüchen und Verpflichtungen. Der Inhalt des Erbbaurechts wird danach zwischen den gesetzlich zwingenden Regelungen, dem sogenannten gesetzlichen Inhalt, und vertraglich vereinbarten Regelungen, dem vertraglichen Inhalt, unterschieden.

Gesetzlicher Inhalt ist nach § 1 ErbbauRG, die Veräußerlichkeit und Vererblichkeit. Es könnte nicht vereinbart werden, das Erbbaurecht solle nicht veräußerlich sein. Ebenso kann ein Erbbaurecht nicht auflösend bedingt bestellt werden, § 1 Abs. 4 ErbbauRG. es widerspräche der Rechtssicherheit, wenn ein Gläubiger des Erbbaurechts mit dessen Wegfall sein Recht verlöre. Das Erbbaurecht dauert grundsätzlich unbestimmte Zeit, ewig. Es kann aber auflösend befristet bestellt werden. Dies ist in der Praxis die Regel. Das Erbbaurecht wird oft auf 99 Jahre ab Eintragung im Grundbuch oder auf einen bestimmten Endzeitpunkt hin bestellt. Dieser hängt meist von der voraussichtlichen Nutzungsdauer des Bauwerks ab.

Zum vertraglichen Inhalt gehören nach §§ 2 ff. ErbbauRG Bestimmungen über die Errichtung, Instandhaltung und Verwendung des Bauwerks zum Beispiel zu Gewerbe-zwecken, über Versicherung des Bauwerks, Tragung öffentlicher Lasten, über den Heimfallanspruch des Eigentümers oder das Vorkaufsrecht des Erbbauberechtigten am Grundstück. Derlei Bestimmungen können, müssen aber nicht getroffen werden.

In aller Regel hat der Erbbauberechtigte an den Eigentümer für die Gewährung des Rechts eine Entschädigung, den Erbbauzins zu zahlen. Diese Zahlungspflicht wird durch Eintragung einer Reallast am Erbbaurecht für den Eigentümer abgesichert, §§ 9, 9a ErbbauRG. Die Vereinbarung des Erbbauzinses gehört dogmatisch nicht zum Inhalt des Rechts, gesetzlich könnte dieses auch unentgeltlich gewährt werden. Der Erbbauzins ist eine Vereinbarung neben dem Erbbaurecht,

**Beispiel:** Grundstückseigentümer und Erbbauberechtigter bestellen auf die Dauer von 50 Jahren ab Grundbucheintragung ein Erbbaurecht für eine Supermarkthalle, die der Erbbauberechtigte errichten und nutzen will. Zum Erbbaurecht sollen auch die auf dem Grundstück befindlichen Parkplätze gehören (§ 1 Abs. 2 ErbbauRG). Die Beteiligten schließen einen entsprechenden Erbbaurechtsvertrag und vereinbaren hierin unter anderem,

- daß die Instandhaltung des Bauwerks allein dem Berechtigten obliegt (§ 2 Nr. 1 ErbbauRG),

- daß dieser das Bauwerk gegen Brand und andere Schäden zu versichern hat (§ 2 Nr. 2 ErbbauRG),
- daß die öffentlichen Lasten der Erbbauberechtigte, die privaten Lasten des Grundstückseigentümers zu zahlen hat (§ 2 Nr. 3 ErbbauRG, vgl. auch § 1047 BGB),
- daß der Eigentümer einen Anspruch auf Übertragung des Erbbaurechts hat, wenn der Berechtigte die ihm obliegenden Pflichten gröblichst verletzt, insbesondere mit den Zahlungen des Erbbauzinses in Höhe von mehr als zwei Jahresbeträgen im Rückstand ist (§ 2 Nr. 4, § 9 Abs. 4, §§ 32 ff. ErbbauRG).

Ferner wird ein Erbbauzins von jährlich EUR 25.000 vereinbart; zu dessen Sicherung soll eine Reallast am Erbbaurecht bestellt werden (§ 9 ErbbauRG, § 1105 BGB). Der Erbbauzins soll sich bei Erhöhung des Preisindex des Statistischen Bundesamtes ab Beginn des Erbbaurechts als Ausgangsindex um 10 Punkte entsprechend dieser Änderung erhöhen (§ 9 Abs. 2 S. 1 ErbbauRG - Wertsicherung).

Dem Erbbauberechtigten wird an dem Grundstück ein Vorkaufsrecht für alle Verkaufsfälle eingeräumt (§ 2 Nr. 7 ErbbauRG, § 1094 BGB).

### c) Verfügungsbeschränkung nach § 5 ErbbauRG

Als besonderer Inhalt des Erbbaurechts kann vereinbart werden, daß die Veräußerung oder Belastung mit Grundpfandrechten des Erbbaurechts der Zustimmung des Grundstückseigentümers bedürfe, § 5 ErbbauRG. Der Grundstückseigentümer soll hiermit vor unliebsamen und zahlungsunfähigen Erbbauberechtigten geschützt werden. Würde später das Erbbaurecht an den Eigentümer heimfallen, würden die Grundpfandrechte am Grundstück lasten, § 33 Abs. 1 ErbbauRG. Aus diesen Gründen hat der Eigentümer ein berechtigtes Interesse an der Person des Erbbauberechtigten und den Belastungen des Erbbaurechts.

Die Vereinbarung der Verfügungsbeschränkung ist Inhalt des Erbbaurechts und als solcher in das Erbbaugrundbuch einzutragen. Die Verfügung ist schwebend unwirksam, solange der Eigentümer seine Zustimmung nicht erteilt, § 6 Abs. 1 ErbbauRG. Die Zustimmung soll nur aus triftigem Grund versagt werden. Daher kann der Erbbauberechtigte die Erteilung der Zustimmung verlangen, § 7 ErbbauRG. Die Zustimmung kann auf Antrag durch gerichtliche Entscheidung ersetzt werden, § 7 Abs. 3 ErbbauRG, §§ 53, 60 FGG.

Zum Ganzen v. *Oefele/Winkler*, Rdn. 4.172 ff.; *Schöner/Stöber*, Rdn. 1774 ff.

**Beispiel:** Der Erbbauberechtigte will sein Erbbaurecht mit einer Grundschuld zu 60.000 EUR und einem Wohnungsrecht zu Gunsten seiner Mutter belasten; später wird das Erbbaurecht an einen Dritten veräußert. Eine Verfügungsbeschränkung nach § 5 ErbbauRG besteht.

Die Zustimmung des Grundstückseigentümers ist erforderlich zur Veräußerung des Erbbaurechts und zur Belastung mit der Grundschuld. Letztere geht auf das Grundstück über, wenn das Erbbaurecht an den Eigentümer zurückfällt, § 33 Abs. 1 ErbbauRG. Das Wohnungsrecht würde dagegen erlöschen, eine Zustimmung zur Bestellung des Wohnungsrechts ist daher nicht notwendig, § 33 Abs. 1 S. 3 ErbbauRG.

### **3. Die Begründung des Erbbaurechts**

#### **a) Der Erbbaurechtsvertrag**

Die Begründung des Erbbaurechts erfolgt sachenrechtlich nach § 11 ErbbauRG, § 873 BGB durch Einigung des Grundstückseigentümers mit dem Erbbauberechtigten und der Eintragung in das Grundbuch des Grundstücks. Das Erbbaurecht ist Belastung des Grundstücks. Der schuldrechtliche Vertrag bedarf der notariellen Beurkundung, § 11 Abs. 2 ErbbauRG, § 313 BGB; regelmäßig wird auch die Einigung nach § 873 BGB notariell beurkundet, sie kann nur so dem Grundbuchamt gegenüber nachgewiesen werden, §§ 20, 29 GBO.

*BGH, DNotZ 1969, 487; sehr gute Darstellung des Begründungsvorgangs bei v. Oefele/Winkler, Rdn. 5.4 ff., 5.42.*

Der Erbbaurechtsvertrag muß dem gesetzlich vorgeschriebenen Inhalt nach § 1 ErbbauRG entsprechen. Es muß insbesondere das Bauwerk, das errichtet werden soll, genau angegeben und beschrieben werden. Bauzeichnungen oder Pläne, wie sie für das Wohnungseigentum gefordert werden, sind nicht erforderlich, es kann auch auf den örtlichen Bebauungsplan Bezug genommen werden. Es kann dem Berechtigten aber nicht überlassen bleiben, ein Bauwerk nach seinem Belieben zu bestellen. Art und Weise des Bauwerks wie auch seine Nutzung müssen bestimmt sein.

*Schöner/Stöber, Rdn. 1705; Bezugnahme auf den Bebauungsplan ist aber zulässig, BGH, Rpfleger 1987, 361.*

Der vertragsmäßige Inhalt nach §§ 2 ff. ErbbauRG kann, muß aber nicht vereinbart werden. Einzelne Vereinbarungen können aber nicht abweichend vom Gesetz geregelt werden. Wird zum Beispiel eine Verfügungsbeschränkung nach § 5 ErbbauRG vereinbart, kann nicht vereinbart werden, daß der Grundstückseigentümer den Heimfall verlangen kann, wenn der Erbbauberechtigte ohne seine Zustimmung das Erbbaurecht veräußert, § 6 Abs. 2 ErbbauRG. Rückstände des Erbbauzinses können nur in Höhe von zwei Jahresbeträgen den Heimfall begründen, § 9 Abs. 4 ErbbauRG.

#### **b) Die Eintragung im Grundbuch - Erbbaugrundbuch**

Das Erbbaurecht entsteht mit Eintragung in Abteilung II des Grundstücksgrundbuchs. Für das Erbbaurecht als grundstücksgleiches Recht ist ein eigenes Grundbuch anzulegen, das Erbbaugrundbuch, § 14 Abs. 1 ErbbauRG. In dem Erbbaugrundbuch ist auf das Grundstücksgrundbuch und den dort eingetragenen Eigentümer Bezug zu nehmen, § 14 Abs. 1 S. 2 ErbbauRG. Dadurch soll ein Gleichlauf beider Grundbücher erreicht werden.

Für das Erbbaurecht ist sodann das Erbbaugrundbuch maßgebend, § 14 Abs. 3 ErbbauRG. Der Wechsel des Erbbauberechtigten bedarf daher der Eintragung in das Erbbaugrundbuch, die Eintragung im Grundstücksgrundbuch (beim Erbbaurecht Abt. II) hat nur klarstellende Bedeutung.

*Schöner/Stöber, Rdn. 1867, 1872, 1877 ff.; v. Oefele/Winkler, Rdn. 5.41, 5.46 ff.*

Bei Einsicht in die Grundbücher ist dann der jeweils Berechtigte oder Eigentümer ersichtlich. Wegen des genauen Inhalts des Erbbaurechts wird auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen (§ 14 Abs. 1 S. 3, Abs. 2 ErbbauRG, § 874 BGB).

### c) Die erste Rangstelle im Grundbuch

Das Erbbaurecht muß nach § 10 ErbbauRG zwingend erste Rangstelle im Grundbuch erhalten. Dadurch wird gewährleistet, daß es durch ein Zwangsversteigerungsverfahren, das ein vorrangiger Gläubiger betreiben könnte, nicht erlischt (§§ 10 Abs. 1 Nr. 4, 44, 45, 52, 91 ZVG). Ein solches Erlöschen im Zwangsversteigerungsverfahren wäre letztlich wieder eine auflösende Bedingung, die nach § 1 Abs. 4 ErbbauRG nicht zulässig ist.

v. Oefele/Winkler, Rdn. 2.96, 2.118 ff.

Ergänzend dazu stellt § 25 ErbbauRG klar, daß das Erbbaurecht bei der Zwangsversteigerung des Grundstücks auch dann nicht erlischt, wenn es nach zwangsversteigerungsrechtlichen Vorschriften erlösche würde, wenn zum Beispiel ein Berechtigter wegen öffentlicher Lasten in der vorrangigen Rangklasse des § 10 Abs. 1 Nr. 3 ZVG die Zwangsversteigerung betreibt.

Zur Zwangsvollstreckung in das Erbbaurecht v. Oefele/Winkler, Rdn. 6.242 ff.; Stöber, ZVG, § 15 Rdn. 13.

## 4. Der Erbbauzins

### a) Das Wesen des Erbbauzinses

Erbbaurechte werden in der Regel entgeltlich bestellt, der Grundstückseigentümer erhält für die Bereitstellung seines Grundstücks und die entgangene eigene Nutzungsmöglichkeit für die Dauer des Erbbaurechts eine Entschädigung, den Erbbauzins. Dieser beträgt je nach Dauer des Erbbaurechts, Wert des Grundstücks und Nutzung des Erbbaurechts zu gewerblichen oder gemeinnützigen Zwecken einen bestimmten Prozentsatz des Grundstückswerts. Er kann einmalig zu zahlen sein, meist wird er aber als jährlich wiederkehrend zu zahlende Leistung vereinbart.

Der Erbbauzins gehört nicht zum gesetzlich notwendigen Inhalt des Erbbaurechts selbst, er wird daneben bestellt und ist Belastung des Erbbaurechts. Für die Höhe des Erbbauzinses gibt es keine gesetzlichen Vorgaben.

v. Oefele/Winkler, Rdn. 6.9; der Erbbauzins kann auch anderer Weise als Geldleistung bestehen.

Weil das Erbbaurecht auf lange Zeit angelegt ist, besteht ein Bedürfnis, die Höhe auch der allgemeinen wirtschaftlichen Entwicklung, insbesondere der Inflation anzupassen. Es werden hier Wertsicherungsklauseln vereinbart nach welchen sich der Erbbauzins erhöhen soll, wenn sich eine bestimmte Bezugsgröße um einen bestimmten Umfang verändert. § 9 ErbbauRG erlaubt es in der seit 1.10.1994 geltenden Fassung, solche Wertsicherungsklauseln zum Inhalt der Erbbauzinsreallast zu machen, bis dahin konnte die Wertsicherung nur einen schuldrechtlichen - und dann durch Vormerkung gesicherten - Anspruch auf Änderung der Reallast begründen. Die Höhe der Erbbauzinsleistung muß nunmehr nur noch nach allgemein nachprüfbaren Kriterien bestimmbar sein.

Zur Rechtslage jetzt v. Oefele/Winkler, Rdn. 6.78 ff.; v. Oefele, DtZ 1995, 158; ders., DNotZ 1995, 643; Klawikowski, Rpfleger 1995, 145; Mohrbutter, ZIP 1995, 806; Eickmann/Eickmann, § 9 ErbbauRG Rdn. 4; auch Stöber, ZVG, § 52 Rdn. 5.

Wertsicherungsklauseln knüpfen danach die weitere Höhe einer Leistung an objektiv nachprüfbarere Bezugsgrößen, je nach Art der Wertsicherung - Gleitklausel, Spannungsklausel, Leistungsvorbehalt - ändert sich die Leistung automatisch oder es wird nur ein schuldrechtlicher Anspruch auf Änderung begründet. Als Bezugsgröße kann der Lebenshaltungskostenindex des Statistischen Bundesamtes herangezogen werden. Hier kann vereinbart werden, daß sich der Erbbauzins automatisch entsprechend der Änderung der Bezugsgröße verändern solle (Gleitklausel) oder daß deren Änderung nur einen Anspruch auf Änderung des Zinses begründe (Leistungsvorbehalt).

Ausführlich zu den Gestaltungsmöglichkeiten v. *Oefele/Winkler*, Rdn. 6.96 ff., 6.135 ff.; *Schöner/Stöber*, Rdn. 1795 ff.; *Eickmann/Eickmann*, § 9 ErbbauRG Rdn. 6 ff.; *Weirich*, Rdn. 922 ff.

Wird das Erbbaurecht zu Wohnzwecken genutzt, ist eine entsprechende Erhöhung nur zulässig, soweit dies unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles nicht unbillig ist, § 9a Abs. 1 S. 1 ErbbauRG. Dabei ist auf die allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse abzustellen, nicht auf den Bodenwert oder die persönlichen Verhältnisse der Beteiligten, § 9a Abs. 1 S. 2, 3 ErbbauRG. Eine Erhöhung des Erbbauzinses darf jeweils frühestens nach drei Jahren erfolgen, § 9a Abs. 1 S. 5 ErbbauRG.

## **b) Sicherung durch Reallast**

Die Sicherung des Erbbauzinses erfolgt durch Eintragung einer Reallast in das Erbbaugrundbuch, § 9 Abs. 1 ErbbauRG. Sie ist subjektiv-dingliche Reallast für den jeweiligen Grundstückseigentümer, § 9 Abs. 2 S. 4 ErbbauRG, § 1105 Abs. 2 BGB.

Nach § 9 Abs. 2 S. 1 ErbbauRG kann der Erbbauzins nach Zeit und Höhe für die gesamte Erbbaupfandzeit bestimmt werden (vor Änderung durch das SachenRÄndG zum 1.10.1994 war dies Pflicht); allgemein genügt für die künftige Höhe der Leistungen wie bei der gewöhnlichen Reallast eine Bestimmbarkeit an Hand objektiv feststellbarer Kriterien. Damit können auch Wertsicherungsklauseln zum Bestandteil der Reallast gemacht werden. Nach der früher geltenden Rechtslage war dies nicht möglich. Hier konnten Wertsicherungsklauseln nur dadurch gesichert werden, daß bei Änderung der Bezugsgröße eine neue Reallast bestellt wurde und zu Gunsten des Grundstückseigentümers eine Vormerkung zur Sicherung dieses Anspruchs in das Grundbuch eingetragen wurde. So waren dann im Erbbaugrundbuch eingetragen die Erbbauzinsreallast, gleichrangig die Vormerkung für eine erhöhte Reallast, unter Umständen auch noch eine Vormerkung auf Inhaltsänderung der Reallast bei Ermäßigung. Diese Gestaltungsmöglichkeit ist auch jetzt noch möglich, wenn auch nicht mehr notwendig.

**Beispiel:** Es wurde ein Erbbauzins von jährlich EUR 25.000 vereinbart. Dieser soll sich entsprechend dem Preisindex der Lebenshaltungskosten mit dem Basisjahr 1991 mit 100 Punkten erhöhen, wenn sich dieser Index um mehr als 10 % erhöht. Das Erbbaurecht wurde 1992 bestellt.

Zur Sicherung des Erbbauzinses wird in das Erbbaugrundbuch zu Gunsten des jeweiligen Grundstückseigentümers eine Reallast mit Wertsicherung eingetragen. Der zu zahlende Betrag erhöht sich dann automatisch entsprechend der Werterhöhung. Es kann auch vereinbart werden, daß der Grundstückseigentümer bei Erhöhung der Bezugsgröße einen schuldrechtlichen Anspruch auf Bestellung einer höheren Erbbauzinsreallast habe. Dieser Anspruch wäre dann durch Eintragung einer Vormerkung im Grundbuch zu sichern.

Berechnung des erhöhten Erbbauzinses, wenn im Mai 1994 der Preisindex 123,4 betrug, im Oktober 1992 - bei Bestellung des Erbbaurechts - 112 Punkte. Der Index hat sich damit um 11,4 Punkte erhöht. Bezogen auf den Beginn des Erbbaurechts ist das eine Erhöhung um 10,18 %:

$(114 \times 100) / 1.120 = 10,18$ .

Um diesen Prozentsatz erhöht sich nun der Erbbauzins:

$25.000 \times 0,1018 = 2.545$ .

## **5. Die Beendigung des Erbbaurechts**

### **a) Das befristet bestellte Erbbaurecht**

Das Erbbaurecht wird in der Praxis zumeist befristet bestellt. Dem Eigentümer des Grundstücks soll nicht auf ewige Zeiten seine Nutzung verwehrt werden. Im gewerblichen Bereich orientiert sich die Dauer des Erbbaurechts an der Nutzungsdauer des Bauwerks. Erbbaurechte zu Wohnzwecken werden häufig auf 99 Jahre bestellt. Dem Verbot des § 1 Abs. 4 ErbbauRG widerspricht eine Befristung nicht, weil sie dem Zeitpunkt nach genau bestimmt ist und in das Grundbuch eingetragen wird, somit für alle Beteiligten ersichtlich ist.

Mit Eintritt des Endzeitpunkts erlischt das Erbbaurecht, §§ 163, 158 Abs. 2 BGB. Das Bauwerk wird wieder wesentlicher Bestandteil des Grundstücks, § 12 Abs. 3 ErbbauRG. Der Grundstückseigentümer hat hierfür dem Berechtigten eine Entschädigung zu zahlen, ihre Höhe kann schon bei Beginn des Erbbaurechts als dessen Inhalt vereinbart werden, § 27 Abs. 1 ErbbauRG. Noch auf dem Erbbaurecht lastende Rechte sind aus der Entschädigungsleistung durch den Erbbauberechtigten zu berichtigen, § 29 ErbbauRG.

### **b) Der Heimfallanspruch des Eigentümers**

Es kann als Inhalt des Erbbaurechts vereinbart werden, daß der Grundstückseigentümer unter bestimmten Voraussetzungen berechtigt sein soll, die Übertragung des Erbbaurechts an sich zu verlangen, § 2 Nr. 4 ErbbauRG (Heimfall). Dies wird insbesondere für Fälle vereinbart, bei denen sich der Erbbauberechtigte schwerer Verfehlungen schuldig macht (Erbbauzins § 9 Abs. 4 ErbbauRG).

Mit Eintritt des Heimfallanspruchs und Geltendmachung hat der Berechtigte das Erbbaurecht an den Grundstückseigentümer zu übertragen. Das Erbbaurecht erlischt nicht, es entsteht ein Eigentümer-Erbbaurecht. Dieser kann es wieder an einen Dritten übertragen.

*BGH, NJW -RR 1990, 1095; Palandt/Bassenge, § 32 ErbbauRG Rdn. 1.*

Der Erbbauberechtigte verliert aber letztlich seine Berechtigung am Bauwerk, das er mit eigenen Mitteln errichtet hat oder wenigstens darin erheblich investiert hat.

### **c) Die Ansprüche beim Heimfall**

Der Heimfall tritt nicht automatisch ein. Sind seine im Erbbaurechtsvertrag vereinbarten Voraussetzungen gegeben, hat der Eigentümer einen schuldrechtlichen Anspruch auf Übertragung. Dieser muß gegebenenfalls eingeklagt werden.



Der Erbbauberechtigte hat für den Verlust seines Bauwerks Anspruch auf angemessene Vergütung, § 32 Abs. 1 ErbbauRG. Auch hier kann als Inhalt des Erbbaurechts schon die Höhe und Zahlung der Vergütung vereinbart werden, der Vergütungsanspruch kann auch vollständig ausgeschlossen werden.

Ist das Erbbaurecht mit Grundpfandrechten belastet, bleiben diese bestehen. Der Grundstückseigentümer hat die Forderungen zu übernehmen, § 33 Abs. 2 ErbbauRG, die allerdings auf die Vergütung angerechnet werden, § 33 Abs. 3 ErbbauRG. Andere Rechte Dritter, zum Beispiel ein Wohnungsrecht, erlöschen.

**Beispiel:** Es wurde ein Erbbaurecht von 50 Jahren Dauer beginnend ab Vertragsschluß bestellt. Nach Beendigung des Erbbaurechts hat der Grundstückseigentümer eine Entschädigung in Höhe des von einem unabhängigen Sachverständigen zu ermittelnden vollen Gebäudewerts zu entrichten. Dem Erbbauberechtigten wird ein Anspruch auf Verlängerung des Erbbaurechts um 25 Jahre eingeräumt (§ 2 Nr. 6, § 27 Abs. 3 ErbbauRG). Der Anspruch ist spätestens drei Monate vor Ablauf des Erbbaurechts durch schriftliche Erklärung gegenüber dem Eigentümer geltend zu machen.

Im Erbbaurechtsvertrag wurde ein Heimfallanspruch des Eigentümers für folgende Fälle vereinbart,

- daß der Erbbauberechtigte das Bauwerk nicht innerhalb von zwei Jahren errichtet oder bestimmungswidrig nutzt,
- daß er mit der Entrichtung des Erbbauzinses in Höhe von zwei Jahresbeträgen in Verzug gerät,
- daß über das Erbbaurecht die Zwangsversteigerung angeordnet wird,
- daß über das Vermögen des Erbbauberechtigten das Insolvenzverfahren eröffnet wird.

Im Falle des Heimfalls soll der Eigentümer eine Vergütung in Höhe von 2/3 des Grundstückswerts des erschlossenen und bebauten Grundstücks im Zeitpunkt des Heimfalls zu zahlen haben. Der Grundstückswert ist von einem unabhängigen Sachverständigen zu ermitteln. Auf dem Erbbaurecht ruhende Belastungen werden vom Eigentümer übernommen und auf die Vergütung angerechnet.

## **II. Die Behandlung des Erbbauzinses in der Insolvenz des Erbbauberechtigten**

### **1. Allgemeines zu Erbbauzins und Erbbauzinsreallast**

#### **a) Der dinglich gesicherte Erbbauzins**

Der Erbbauzins ist die Gegenleistung des Erbbauberechtigten an den Grundstückseigentümer für die Gewährung des Erbbaurechtes. Die zumeist befristete Bestellung eines Erbbaurechtes als veräußerliches unvererbliches Grundstücksrecht besitzt auch den Charakter eines Dauerschuldverhältnisses, nach welchem der Erbbauzins die für die Gewährung des Gebäudes vereinbarte Gegenleistung darstellt.

*Staudinger/Rapp*, BGB, Neubearb. 2002, § 9 ErbbauRG Rdn. 1;  
*v Oefele/Winkler*, Handbuch des Erbbaurechts, Rdn. 6.9 ff.;  
*Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdn. 1795.

Der Erbbauzins ist nach Höhe, Fälligkeit und Leistungszeitraum frei bestimmbar, Beschränkungen enthält § 1105 BGB hinsichtlich der sachenrechtlich geforderten Bestimmbarkeit der Leistungen einer Reallast oder § 9a ErbbauRG hinsichtlich mögliche Erhöhungen beim Erbbaurecht, das Wohnzwecken dient.

Es ist möglich, den Erbbauzins allein schuldrechtlich zu bestimmen. Regelmäßig wird er durch die Eintragung einer Reallast am Erbbaurecht gesichert.

Allgemein *Staudinger/Rapp*, BGB, Neubearb. 2002, § 9 ErbbauRG Rdn. 4, 6;

Für die Erbbauzinsreallast gelten die §§ 1105 ff. BGB subsidiär zu §§ 9 und 9a ErbbauRG. Insbesondere kann die Erbbauzinsreallast versteigerungsfest nach § 9 Abs. 3 ErbbauRG bestellt werden, zwingend ist sie immer als subjektiv-dingliche Reallast zu Gunsten des jeweiligen Grundstückseigentümers zu bestellen (§ 9 Abs. 2 ErbbauRG). Damit kann für die Dauer des Erbbaurechtes der Anspruch auf den Erbbauzins nicht vom Eigentum am Grundstück getrennt werden.

#### **b) Die Haftung des Erbbauberechtigten aus der Reallast**

Die Darstellung der Haftung des Erbbauberechtigten aus der Reallast ist relevant, da in der Insolvenz des Erbbauberechtigten die Qualifikation der Ansprüche des Grundstückseigentümers gegen den Insolvenzverwalter hieraus resultiert und für die gestellte Fragestellung von entscheidender Bedeutung ist. Die Behandlung von Ansprüchen, Forderungen und Rechten im Insolvenzverfahren ist Folge ihrer Einordnung im allgemeinen Zivilrecht, Schuldrecht oder Sachenrecht. Die insolvenzrechtliche Qualifikation darf deshalb nicht vorweggenommen werden, vor allem darf eine insolvenzrechtlich möglicherweise erwünschte Bewertung nicht Grundlage allgemeiner materiellrechtlicher Einordnung sein.

##### **aa) Der Inhalt der Leistungspflicht aus einer Reallast**

Die Reallast wird allgemein als Leistungsrecht bezeichnet, nach welchem der Berechtigte die Erbringung wiederkehrender Leistungen verlangen kann. Nach § 1105 BGB müssen die Leistungen ihrer Art nach bestimmt sein, ihres Umfangs oder ihrer Höhe nach genügt eine Bestimmbarkeit an Hand objektiv nachprüfbarer Kriterien. Die Geldleistung einer Reallast kann insbesondere durch Wertsicherungsklauseln bestimmt werden (§ 1105 Abs. 1 Satz 2 BGB).

Allgemein *Staudinger/Amann*, BGB, Neubearb. 2002, § 1105 Rdn. 8 ff.;  
*Palandt/Bassenge*, BGB, § 1105 Rdn. 4 ff.;  
*Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdn. 1296 ff.

Entstehen und Fälligkeit der jeweiligen Leistung richten sich nach dem zwischen den Beteiligten vereinbarten Inhalt der Reallast. Die Leistungen einer Reallast können nicht als mit dem Entstehen der Reallast durch Grundbucheintragung entstanden angesehen werden; sie würden in späterer Zeit dann lediglich als fällig betrachtet. Eine solche Annahme widerspricht dem Charakter der Reallast als Grundstücksrecht, das auch unbefristet bestellt werden kann; sie widerspricht ferner dem Grundsatz, daß die Leistung ihrer Höhe nach nur bestimmbar sein muß und sich ändern kann. Letztlich widerspricht sie eklatant § 1105 Abs. 2 BGB, der die subjektiv-dingliche Reallast zuläßt. Würde man nämlich die Leistungen einer Reallast in ihrer Gesamtheit mit Grundbucheintragung der Reallast als entstanden ansehen, würde damit die Reallastberechtigung, die am Eigentum des herrschenden Grundstücks hängt (§ 96 BGB), abgetrennt werden von den einzelnen Leistungen selbst. Mithin entsteht der Anspruch auf Leistung aus der Reallast zu dem Zeitpunkt und wird zu diesem fällig, welcher als Inhalt der Reallast vereinbart und im Grundbuch eingetragen ist. Berechtigter der subjektiv-dinglichen Reallast ist derjenige, der zu diesem Zeitpunkt Eigentümer des herrschenden Grundstücks ist.

#### **bb) Die Haftung des Grundstücks nach § 1107 BGB**

Die Haftung des Grundstückseigentümers bei einer gewöhnlichen Reallast oder des Erbbauberechtigten bei der Erbbauzinsreallast für die Leistungen aus der Reallast ist zunächst eine dingliche Haftung, bei welcher § 1107 BGB auf die Vorschriften des Hypothekenrechts verweist.

Aus § 1107 BGB ist der belastete Grundstückseigentümer oder Erbbauberechtigte dem Berechtigten gegenüber nicht zur Leistung verpflichtet. § 1107 BGB beinhaltet mit § 1147 BGB in gleicher Weise wie bei der Hypothek oder der Grundschuld eine Duldungspflicht des belasteten Eigentümers gegenüber dem Reallastberechtigten.

*Staudinger/Amann*, BGB, Neubearb. 2002, Einl zu §§ 1105-1112 Rdn. 23 ff.;  
*Palandt/Bassenge*, BGB, § 1105 Rdn. 3.

Der belastete Eigentümer ist in Anwendung des § 1142 BGB aber berechtigt, an dem Reallast berechtigten zu leisten, insbesondere um eine Zwangsvollstreckung abzuwehren.

Der Reallastberechtigte kann den Anspruch aus §§ 1107, 1147 BGB im Wege der Zwangsvollstreckung durchsetzen, er kann aus der Reallast die Zwangsverwaltung oder die Zwangsversteigerung betreiben. Voraussetzung ist ein sogenannter Duldungstitel, mit welchem der Anspruch aus § 1147 BGB festgestellt ist. Dieser kann auch in notarieller Urkunde mit Vollstreckungsunterwerfung nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO bestehen.

*Staudinger/Amann*, BGB, Neubearb. 2002, § 1105 Rdn. 17 ff.;  
dort auch zur Frage der Zulässigkeit der Unterwerfungserklärung nach § 800 ZPO.

Die Zwangsversteigerung erfolgt in der Rangklasse des § 10 Abs. 1 Nr. 4 ZVG. Die wesentlichen Nachteile des Reallastberechtigten besteht darin, daß bei Betreiben aus

dem dinglichen Anspruch die Reallast selbst im geringsten Gebot (§§ 44, 55 ZVG) nicht bestehenbleibt sondern durch den Zuschlag erlischt und insgesamt aus dem Versteigerungserlös befriedigt wird.

*Stöber*, ZVG, § 44 Rdn. 5.20;  
allgemein *Staudinger/Amann*, BGB, Neubearb. 2002, Einl zu §§ 1105-1112 Rdn. 23;

Diese negative Rechtsfolge, bei welcher der Reallastberechtigte gleichsam „die Kuh schlachtet, um ihre Milch zu erhalten“, ist lediglich für den Erbbauzinsreallast mit der Bestimmung des § 9 Abs. 3 ZVG suspendiert.

Umfassend hierzu *Stöber*, ZVG, § 52 Rdn. 5, 6.

In der Insolvenz des belasteten Eigentümers gewährt die Reallast mit dem Anspruch aus § 1107 BGB ein Recht auf abgesonderte Befriedigung nach § 49 InsO.

Insgesamt in der insolvenzrechtlichen Literatur nur oberflächlich thematisiert,  
allgemein *Henckel* in *Jaeger*, InsO, § 49 Rdn. 10;  
*Stöber*, ZVG, § 15 Rdn. 23.4;  
*Keller*, Insolvenzrecht, Rdn. 403.

Die zwangsweise Durchsetzung dieses Anspruchs gegenüber dem Insolvenzverwalter kann durch Zwangsverwaltung oder Zwangsversteigerung mit Duldungstitel in der Rangklasse des § 10 Abs. 1 Nr. 4 ZVG erfolgen. Ein gegen den Insolvenzschuldner bereits bestehender Duldungstitel kann in Anwendung des § 727 ZPO gegen den Insolvenzverwalter umgeschrieben werden.

Allgemein hierzu *Stöber*, ZVG, § 15 Rdn. 23.9, 23.10.

### **cc) Die persönliche Haftung nach § 1108 BGB**

Der unmittelbare Anspruch auf Leistungserbringung gegen den Grundstückseigentümer oder Erbbauberechtigten ist aus § 1108 BGB gegeben. Zweck der hier normierten persönlichen Haftung ist die Erleichterung der Durchsetzung der Ansprüche durch den Reallastberechtigten.

*Motive*, Band III S. 583, 584;  
*Staudinger/Amann*, BGB, Neubearb. 2002, § 1108 Rdn. 1.

Nach § 1108 BGB haftet der mit der Reallast belastete Eigentümer für die während seine Eigentümerstellung entstehenden Leistungen der Reallast. Die persönliche Haftung für entstandene Leistungen bleibt auch nach Veräußerung des belasteten Grundstücks oder Erbbaurechts bestehen; ein Erwerber ist nicht verpflichtet, diese Verbindlichkeit zu übernehmen, haftet aber gleichwohl dinglich nach § 1107 BGB.

*Staudinger/Amann*, BGB, Neubearb. 2002, § 1108 Rdn. 4;  
zur gesamtschuldnerischen Haftung ebenda Einl zu §§ 1105-1112 Rdn. 27.

Die Zwangsvollstreckung wegen der persönlichen Haftung des § 1108 BGB erfolgt durch Zahlungstitel gegen den belasteten Eigentümer, sie kann insbesondere auch in das sonstige Vermögen erfolgen und ist nicht auf das belastete Grundstück oder Erbbaurecht beschränkt. Zwangsvollstreckung in das belastete Grundstück oder Erbbaurecht beschränkt. Zwangsvollstreckung in das belastete Grundstück oder Erbbaurecht beschränkt.

recht erfolgt bei Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung in der Rangklasse des § 10 Abs. 1 Nr. 5 ZVG. In der Zwangsversteigerung bleibt die Reallast als vorrangiges Recht bei Bestimmung des geringsten Gebots bestehen.

#### **dd) Das Verhältnis zwischen dinglicher und persönlicher Haftung**

Das Verhältnis der Haftung des Grundstückseigentümers aus §§ 1107 und 1108 BGB ist vergleichbar derjenigen bei der Hypothek, bei welcher der Grundstückseigentümer auch Schuldner der gesicherten Forderung ist. Auch hier kann der Hypothekengläubiger aus der Hypothek selbst den Duldungsanspruch vollstrecken oder auch allein wegen der persönlichen Forderung die Zwangsvollstreckung betreiben.

Noch besser vergleichbar ist das Haftungssystem mit der nicht gebräuchlichen Rentenschuld nach § 1199 BGB. Diese ist insbesondere deshalb nicht gebräuchlich, weil der mit ihr belastete Eigentümer mit Zahlung einer Ablösesumme das Recht ablösen kann (§§ 1200 Abs. 2, 1142, 1143 BGB).

Zur Erwägung, auch die Reallast mit einem Ablöserecht zu versehen  
*Motive*, Band III S. 580, 583.

Ein wesentlicher Unterschied zu diesen Formen hypothekarischer Haftung besteht aber insoweit, als bei der subjektiv-dinglichen Reallast die persönliche Haftung nach § 1108 BGB bei demjenigen Berechtigten verbleibt, für welchen die einzelne Leistung entstanden ist. Die dingliche Haftung des § 1107 BGB reicht für einen Berechtigten aber nur soweit und solange, als er Eigentümer des herrschenden Grundstücks ist. Konkret heißt dies: Veräußert der Eigentümer des herrschenden Grundstücks eben dieses, bleibt er zwar Inhaber und persönlicher Gläubiger der bis dato entstandenen Leistungen, sein Anspruch aus § 1107 BGB entfällt aber mit dem Zeitpunkt, zu welchem er nicht mehr Eigentümer ist. Die bis dato entstandenen Leistungsansprüche aus der Reallast sind dann nicht mehr dinglich durch diese gesichert. Die weiteren Leistungsansprüche entstehen selbstverständlich für denjenigen Berechtigten, welcher im Zeitpunkt ihres Entstehens Eigentümer des herrschenden Grundstücks ist.

#### **c) Die Person des Reallastberechtigten**

Die Reallast kann subjektiv-persönlich für einen bestimmten Berechtigten oder subjektiv-dinglich zu Gunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks bestellt werden (§ 1105 Abs. 2 BGB). Die Erbbauzinsreallast ist nach § 9 Abs. 2 ErbbauRG zwingend zu Gunsten des jeweiligen Grundstückseigentümers zu bestellen.

Der Zweck der Regelung besteht darin, dem jeweiligen Grundstückseigentümer stets den Anspruch auf den Erbbauzins zu geben und ein Auseinanderfallen von Leistungsberechtigung und Eigentümerstellung um jeden Preis zu verhindern. Wie bereits unter Nr. 2 lit. a) dieses Abschnitts betont, ist gerade bei der Erbbauzinsreallast derjenige Anspruchsinhaber auf den Erbbauzins, der im Zeitpunkt seines jeweiligen Entstehens Grundstückseigentümer ist.

## **2. Die insolvenzrechtliche Behandlung des Erbbauzinses**

### **a) Die Systematisierung nach dem Entstehen des Anspruchs**

Eine systematische Einordnung des Anspruchs auf Zahlung des Erbbauzinses, gesichert durch Erbbauzinsreallast, in das Insolvenzrecht ist bisher weitgehend weder in

Rechtsprechung noch in Literatur erfolgt. Die Literatur begnügt sich meist damit, das Erbbaurecht als zur Insolvenzmasse zugehörig zu erklären und erwähnt die auch gegen den Insolvenzverwalter wirkende Verfügungsbeschränkung der §§ 5, 8 ErbbauRG.

Beispielhaft

*Jaeger*, KO, § 1 Anm. 48;

*Henckel* in *Jaeger*, InsO, § 36 Rdn. 64;

*Lwowski/Peters* in Münchener Kommentar, InsO, § 35 Rdn. 167;

*Uhlenbruck* in *Uhlenbruck*, InsO, § 35 Rdn. 41.

Schon das Recht des Reallastberechtigten zur abgesonderten Befriedigung wird meist unerwähnt gelassen.

Zu allgemein auch

*Ganter* in Münchener Kommentar, InsO, § 47 Rdn. 6, 74;

aber bereits hervorgehoben von

*Jaeger*, KO, § 47 Anm. 21.

Aus der Rechtsprechung zu erwähnen ist das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 20. Oktober 2005, in welchem er den Erbbauzins nicht als Masseverbindlichkeit nach § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO ansieht, im weiteren diese Frage aber unter Hinweis auf das Absonderungsrecht dahinstellt.

BGH, Urt. v. 20.10.2005 - IX ZR 145/04, NZI 2006, 97 = ZIP 2005, 2267.

Das Oberlandesgericht Düsseldorf billigte im Urteil vom 24. September 2001 dem Erbbauzins nur die Qualität einer Insolvenzforderung zu.

OLG Düsseldorf, Urt. v. 24.9.2001 - 9 U 24/01, DZWIR 2002, 124.

## **b) Ansprüche der Erbbauzinsreallast vor Insolvenzeröffnung**

Ansprüche auf Erbbauzins, die nach dem Inhalt des Erbbaurechtsvertrages und der Erbbauzinsreallast vor Insolvenzeröffnung entstanden sind, sind unproblematisch Insolvenzforderungen im Sinne des § 38 InsO.

## **c) Ansprüche der Erbbauzinsreallast nach Insolvenzeröffnung**

### **aa) Bundesgerichtshof, Urt. v. 20.10.2005**

Für die nach Insolvenzeröffnung entstehenden Ansprüche auf den Erbbauzins scheint zunächst eine Qualifikation als Masseverbindlichkeit nahezuliegen, da der Erbbauzins als Gegenleistung für die Gewährung des Bauwerks mittels Erbbaurecht verstanden wird.

Dem kommt die umgangssprachliche - aber auch in juristischer Literatur gebrauchte - Terminologie von der „Erbpacht“ entgegen, die aber völlig falsch ist, weil sie den sachenrechtlichen Charakter des Erbbaurechtes und der Erbbauzinsreallast negiert. Zwar hat vor allem das befristete Erbbaurecht vage den Charakter eines Dauerschuldverhältnisses und der Erbbauzins den einer Pacht, das Erbbaurecht als grundstücksgleiches weil vererbliches, veräußerliches und belastbares Recht steht dieser Analogie aber diametral entgegen. Immerhin steht dem Grundstückseigentümer gegenüber dem Erbbauberechtigten keinerlei Kündigungsrecht wie bei einer Miete oder Pacht zu; der

Heimfallanspruch entspricht dem nicht, weil er das Erbbaurecht gerade nicht zum Erlöschen bringt.

Zu Recht lehnt daher der Bundesgerichtshof ein Anwendung des § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO auf das Erbbaurecht und den Erbbauzins ab. Diese sind keinesfalls vergleichbar mit dem Dauerschuldverhältnis Miet- oder Pacht.

Mit Hinweis auf die nicht übertragbare Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs zur Einkommensteuerpflicht als Einkunftsart aus Vermietung und Verpachtung  
BGH, Urt. v. 20.10.2005 - IX ZR 145/04, Begründung Rdn. 10,  
NZI 2006, 97 = ZIP 2005, 2267.

Insolvenzrechtlich ist dies ohne weiteres auch dadurch ersichtlich, daß das bestehende Erbbaurecht kein Dauerschuldverhältnis im Sinne des § 108 InsO darstellt. Es ist echtes Grundstücksrecht.

Zutreffend BGH, Urt. v. 20.10.2005 - IX ZR 145/04, Begründung Rdn. 13, 14,  
NZI 2006, 97 = ZIP 2005, 2267.

#### **d) Ansprüche sind keine Masseverbindlichkeit**

##### **aa) Die Frage der Anwendung des § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO**

Als nicht weiter erörterungswürdig hat der Bundesgerichtshof die Frage offengelassen, ob der Erbbauzins aus anderem Rechtsgrund Masseverbindlichkeit sein kann.

BGH, Urt. v. 20.10.2005 - IX ZR 145/04, Begründung Rdn. 15,  
NZI 2006, 97 = ZIP 2005, 2267.

In Betracht kommt lediglich die Anwendung des § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO, soweit der Erbbauzins wegen Verwaltung der Insolvenzmasse entsteht. Auch diese Erwägung ist abzulehnen. Als Kosten der Verwaltung der Insolvenzmasse kommen Steuern und öffentliche Abgaben in Betracht, die für die Insolvenzmasse zu entrichten sind. Bei Immobilienvermögen ist dies insbesondere die zu leistende Grundsteuer.

Allgemein *Hefermehl* in Münchener Kommentar, InsO, § 55 Rdn. 70 ff.;  
*Pape* in *Kübler/Prütting*, InsO, § 55 Rdn. 12 ff.;  
*Frotscher* in *Gottwald*, Insolvenzsrechts-Handbuch, § 60;  
*Keller*, Insolvenzrecht, Rdn. 338.

Zur Frage der Teilbarkeit der Grundsteuer  
*Pape* in *Kübler/Prütting*, InsO, § 55 Rdn. 16;  
*Frege/Keller/Riedel*, Insolvenzrecht, Rdn. 963.

Ansprüche des Bürgerlichen Rechts sind keine der Verwaltung der Insolvenzmasse. Wäre dies so, könnten Vertragspartner durch geschickte Vereinbarung vor der Insolvenz eine Leistungspflicht zeitlich gestreckt vereinbaren und so bezogen auf einen Gegenstand der Insolvenzmasse die Leistungspflicht zur Masseverbindlichkeit erheben. Dies widerspräche dem Grundgedanken der §§ 103, 105 Satz 1 InsO. Es könnte bezogen auf ein Grundstück mithin für jede Leistungspflicht eine Reallast bestellt werden, deren Ansprüche dann Masseverbindlichkeit wären. Dies um so mehr, als die Leistungspflicht der Reallast in keinem wirtschaftlichen Zusammenhang zum Grundstück stehen muß. Damit würden letztlich Manipulationsmöglichkeiten eröffnet und der Grundsatz der Gleichbehandlung der Gläubiger wäre aufs Empfindlichste verletzt.

Diese Überlegung greift daher nicht nur für den Erbbauzins sondern für jede Leistung, die durch Reallast im Grundbuch gesichert ist, auch für eine Naturalleistung. Wäre diese als Kostenansatz der Verwaltung der Insolvenzmasse anzusehen, wäre auch dieser Reallastberechtigte bevorteilt. Man mag einwenden, wegen der Reallast sei er ja gerade kein gewöhnlicher Gläubiger und wegen des Grundstücksrechts vorrangig zu befriedigen. Dem trägt die Insolvenzordnung aber bereits Rechnung durch das Absonderungsrecht nach § 49 InsO, § 10 Abs. 1 Nr. 4 ZVG, §§ 1107, 1147 BGB. Sollte das Recht eine echte Leistungspflicht des Insolvenzverwalters begründen, bedürfte dies einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung. Eine solche besteht beispielsweise für die Vormerkung nach § 106 InsO, nicht aber für sonstige Rechte der Abteilung II des Grundbuchs, aus welchen der Grundstückseigentümer zu einer Leistung verpflichtet wird.

Dem widerspricht nicht, daß bei einer Reallast der Anspruch auf die Einzelleistung entsteht und fällig wird, wie dies als Inhalt der Reallast vereinbart ist. Der Anspruch auf die Einzelleistung entsteht zwar nach Insolvenzeröffnung, aber nicht als solcher der Verwaltung der Insolvenzmasse. Ob er dann Insolvenzforderung ist oder den Schuldner persönlich trifft, hängt auch vom Inhalt des Anspruchs ab. Ist dieser etwa auf persönliche Dienstleistung gerichtet, trifft er weiterhin den Schuldner.

#### **bb) Der Zweck der persönlichen Haftung nach § 1108 BGB**

Die persönliche Haftung des belasteten Grundstückseigentümers oder Erbbauberechtigten aus § 1108 BGB könnte in der Insolvenz desselben die Qualität einer Masseverbindlichkeit nahelegen. Nach dem Zweck des § 1108 BGB ist dies aber nicht möglich. Besteht nämlich der Zweck der Vorschrift darin, dem Berechtigten die Durchsetzung seines Anspruchs auch im Wege der Mobiliarvollstreckung zu ermöglichen oder die Zwangsversteigerung aus dem persönlichen Anspruch betreiben zu können ohne daß die dann vorrangige Reallast erlischt, rechtfertigt dies keine bevorrechtigte Stellung des Reallastberechtigten gegenüber anderen Berechtigten oder Gläubigern in der Insolvenz.

Zum Zweck des § 1108 BGB Abschnitt IV. Nr. 2. lit. c).

Diese bevorrechtigte Stellung hat der Berechtigte durch die Reallast als dingliches Recht und den Anspruch aus §§ 1107, 1147 BGB. Insoweit ist dem Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 20. Oktober 2005 zuzustimmen, wenn er Überlegungen zum Erbbauzins als Masseverbindlichkeit unter Hinweis auf diese dingliche Haftung nicht weiter anstellt.

BGH, Ur. v. 20.10.2005 - IX ZR 145/04, Begründung Rdn. 15,  
NZI 2006, 97 = ZIP 2005, 2267.

#### **cc) Der Vergleich mit hypothekarischer Haftung**

Hinsichtlich der dinglichen Haftung verweist § 1107 BGB betreffend die Leistungen der Reallast auf das Hypothekenrecht. Es ist deshalb sachgerecht, hinsichtlich der Stellung des Reallastberechtigten diesen mit dem Hypothekengläubiger zu vergleichen: Die Hypothek - oder allgemein das Grundpfandrecht - ist auf Substanzverwertung des Grundstücks wegen eines Kapitalbetrages angelegt. Dies fehlt bei der Reallast. Daneben erhält der Grundpfandrechtsgläubiger Zinsen auf seinen Anspruch. Diese nehmen an der abgesonderten Befriedigung aus § 49 InsO im Umfang des § 10 Abs. 1 Nr. 4 ZVG teil. Gleiches gilt für die Ansprüche aus der Reallast. Ein systematischer



Unterschied besteht hier freilich darin, daß die Zinsen des Grundpfandrechts dem Kapitalbetrag entspringen, die Leistungen der Reallast von einem solchen nicht abhängig sind. Abhängig sind sie aber von der Begründung der Reallast selbst. Daraus ist zu schließen, daß die Leistungen der Reallast, auch wenn sie nicht bereits mit Grundbucheintragung der Reallast als entstanden gelten können, in ihrer Entstehung doch von der Begründung der Reallast abhängen und insoweit den Zinsen eines Grundpfandrechts entsprechen. Im Ergebnis verweist deshalb § 1107 BGB zu Recht auf die hypothekarische Haftung für Zinsen.

### **e) Die Qualifikation als Insolvenzforderungen**

Diese Überlegungen führen zu dem Ergebnis, die Leistungen einer Reallast, die erst nach Insolvenzeröffnung entstehen, gleichwohl als Insolvenzforderungen zu qualifizieren. Dies gilt erst recht für den dinglich gesicherten Erbbauzins.

Die Begründetheit der Forderung im Sinne des § 38 InsO ergibt sich aus der Begründung der Reallast mit Grundbucheintragung, auch wenn die Einzelleistung sachenrechtlich erst später entsteht und fällig wird.

Nur dieses Ergebnis ist auch für den Erbbauzins sachgerecht, wenn dieser trotz jeder Betonung des Erbbaurechts als Sachenrecht als zeitlich gestreckte Gegenleistung für die Gewährung des Erbbaurechts angesehen wird.

Der Grundstückseigentümer wird dadurch nicht unangemessen benachteiligt. Er kann insbesondere nicht argumentieren, er wäre vergleichsweise schlechter gestellt als ein Vermieter. Zwar kann er das Erbbaurecht nicht kündigen - in der Insolvenz des Mieters nach Gebrauchsüberlassung steht im übrigen dem Vermieter auch kein besonderes Kündigungsrecht zu, wohl aber die Miete als Masseverbindlichkeit -, er kann aber für den Fall der Insolvenz den Heimfall vereinbaren und ausüben (§ 2 Nr. 2 ErbbauRG) und so das Erbbaurecht an sich ziehen. Der Grundstückseigentümer ist mithin nicht darauf verwiesen, den Erbbauzins als Insolvenzforderung zu akzeptieren, er kann - statt der abgesonderten Befriedigung - das ganze Erbbaurecht für sich beanspruchen, freilich nur gegen Entschädigung (§ 32 ErbbauRG).

## **3. Die Geltendmachung des Erbbauzinses als Insolvenzforderung**

### **a) Die Anmeldung zur Insolvenztabelle**

Der Erbbauzins als Insolvenzforderung ist von dem Grundstückseigentümer als Berechtigten zur Insolvenztabelle anzumelden, es gelten allgemein die §§ 174 ff. InsO.

Hinsichtlich der künftig entstehenden Erbbauzinsansprüche ist eine Abzinsung nach § 41 Abs. 2 InsO vorzunehmen. Bei einer langen Laufzeit des Erbbaurechts kann dies zu einem geringen gegenwärtigen Wert der einzelnen Leistungen führen.

Dazu *Keller*, Insolvenzrecht, Rdn. 355 ff.

Im übrigen ist aber höchst fraglich, ob eine Forderungsanmeldung sämtlicher künftiger Ansprüche zulässig ist. Dies setzt nämlich voraus, daß das Insolvenzverfahren tatsächlich auch so lange dauert. Würde etwa der Insolvenzverwalter das Erbbaurecht veräußern, könnte der Grundstückseigentümer den dann entstehenden Erbbauzins gegen den neuen Erbbauberechtigten geltend machen. Bei entsprechend hoher Quote im Insolvenzverfahren wäre er schlimmstenfalls doppelt befriedigt. Es erscheint daher sinnvoll und notwendig, den Erbbauzins nur solange als Insolvenzforderung anzuer-

kennen, als das Erbbaurecht zur Insolvenzmasse gehört. Gleiches gilt allgemein für die Reallast und das mit ihr belastete Grundstück.

#### **b) Wechsel der Anspruchsberechtigung bei subjektiv-dinglicher Reallast**

Die Forderungsanmeldung durch den Grundstückseigentümer, der etwa im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung diese Rechtsstellung innehat, ist gerade bei der Erbbauzinsreallast problematisch, da diese zwingend subjektiv-dinglich ist (§ 9 Abs. 2 ErbbauRG). Veräußert der Eigentümer das Grundstück während des Insolvenzverfahrens, geht die Anspruchsberechtigung für die später entstehenden Leistungen auf den neuen Eigentümer über beziehungsweise entsteht erst bei diesem.

Da in jedem Fall ein Auseinanderfallen von Anspruchsberechtigung und Reallast unzulässig ist, kann dieser Fall nur durch mindestens entsprechende Anwendung der §§ 265, 325 ZPO erfaßt werden.

Zur weiten Auslegung des § 265 ZPO  
*Stein/Jonas/Roth, ZPO, § 265 Rdn. 12.*

In der Folge findet mit dem Eigentumserwerb am Grundstück ein Gläubigerwechsel hinsichtlich der bereits angemeldeten und gegebenenfalls zur Insolvenztabelle festgestellten Forderung statt. Im letzteren Fall ist dieser über § 727 ZPO zu klären, wobei der Insolvenzverwalter nicht verpflichtet ist, den Gläubigerwechsel von Amts wegen zu erforschen. Als Verfügungsbefugter über das Erbbaurecht wird er aber durch die Grundbuchmitteilungen des § 55 GBO Kenntnis erlangen. Soweit die angemeldete Forderung noch nicht festgestellt ist, hat der Insolvenzverwalter bei Kenntnis vom Forderungsübergang der Anmeldung insoweit zu widersprechen.

Hinsichtlich der nach dem Eigentumsübergang entstandenen und entstehenden Ansprüche stehen dieser der neuen Eigentümerin zu. Einer für diese Ansprüche nicht festgestellten Forderungsanmeldung ist zu widersprechen (§ 176 InsO). Gegen eine festgestellte Forderung kann mit dem Einwand des Gläubigerwechsels theoretisch Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO erhoben werden.

#### **c) Erlöschen des Anspruchs bei Aufhebung des Erbbaurechts**

Mit Aufhebung des Erbbaurechts und Erlöschen der Erbbauzinsreallast während des Insolvenzverfahrens können materiellrechtlich keine Erbbauzinsansprüche mehr entstehen. Hinsichtlich bereits angemeldeter Forderungen fällt damit deren Grundlage weg. Soweit die angemeldete Forderung noch nicht festgestellt ist, hat der Insolvenzverwalter ihr zu widersprechen. Einer zur Insolvenztabelle bereits festgestellten Forderung ist seitens des Insolvenzverwalters mit Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO zu begegnen.

*Uhlenbruck in Uhlenbruck, InsO, § 194 Rdn. 5;*  
*Keller, Insolvenzrecht, Rdn. 760.*

### **III. Die insolvenzrechtliche Anfechtbarkeit der entschädigungslosen Heimfallvereinbarung**

#### **1. Der Heimfallanspruch aus Aussonderungsrecht**

In der Insolvenz des Erbbauberechtigten begründet der Heimfallanspruch ein Aussonderungsrecht im Sinne des § 47 InsO. Er ist zwar auf Verschaffung des Eigentums am Erbbaurecht gerichtet und insoweit kein Herausgabeanspruch wie ihn § 47 InsO als Grundtatbestand der Aussonderung bestimmt, er ist aber Inhalt des dinglichen Rechts und daher zu erfüllen, soweit er wirksam vereinbart und Inhalt des Erbbaurechts geworden ist.

OLG Karlsruhe NJW-RR 2002, 413;  
MünchKomm/v. Oefele, BGB, § 2 ErbbauRG Rdn. 27;  
MünchKomm/Ganter, InsO, § 47 Rdn. 331;  
v. Oefele/Winkler, Handbuch des Erbbaurechts, Rdn. 4.87a.

Hiervon ist die Begründung des Heimfalls und die Vereinbarung seiner Bedingungen mit dem Erbbaurechtsvertrag und der Grundbucheintragung zu unterscheiden. Diese kann als eigenständige Rechtshandlung innerhalb der Erbbaurechtsbestellung anfechtbar im Sinne des § 129 Abs. 1 InsO sein. Mit Anfechtung der Heimfallvereinbarung steht dem Insolvenzverwalter ein Anspruch auf Rückgewähr nach § 143 Abs. 1 Satz 1 InsO zu.

#### **2. Grundlagen der Insolvenzanfechtung**

##### **a) Rechtshandlung und Gläubigerbenachteiligung**

Eine Rechtshandlung vor Insolvenzeröffnung ist nach § 129 Abs. 1 InsO für den Insolvenzverwalter anfechtbar, wenn durch sie die Gesamtheit der Insolvenzgläubiger benachteiligt wird und die besonderen Tatbestandsvoraussetzungen eines Anfechtungstatbestandes nach den §§ 130 ff. InsO vorliegen. Der Begriff der Rechtshandlung im Sinne des § 129 Abs. 1 InsO ist weit zu fassen. Hinsichtlich der allgemeinen Tatbestandsvoraussetzung der Gläubigerbenachteiligung ist allgemein auf den Zeitpunkt abzustellen, zu welchem über die Insolvenzanfechtung entschieden wird; danach kann eine ursprünglich nicht benachteiligende Rechtshandlung sich wegen nachträglich eintretender Umstände als benachteiligend erweisen (mittelbare Gläubigerbenachteiligung).

Allgemein  
Jaeger/Henckel, InsO, § 129 Rdn. 118 ff.;  
MünchKomm/Kirchhof, InsO, § 129 Rdn. 111 ff.;  
Uhlenbruck/Hirte, InsO, § 129 Rdn. 91 ff.;  
HK-Kreft, InsO, § 129 Rdn. 42 ff.;  
Keller, Insolvenzrecht, Rdn. 1516 ff.

##### **b) BGH, Urt. v. 19.4.2007 - IX ZR 59/06, NZI 2007, 462**

Grundlegend ist das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 19. April 2007 wesentlich heranzuziehen, in welchem der Bundesgerichtshof zu den allgemeinen Voraussetzungen der Insolvenzanfechtung bei der Vereinbarung eines entschädigungslosen Heimfalls sowie zu den besonderen Voraussetzungen des Anfechtungstatbestandes der so genannten vorsätzlichen Benachteiligung nach § 133 Abs. 1 InsO ausführlich Stellung genommen hat.

BGH, Urt. v. 19.4.2007 - IX ZR 59/06, NJW 2007, 2325 = NZI 2007, 462  
= ZIP 2007, 1120.

Im Sachverhalt der Entscheidung des Bundesgerichtshofs wurde im September 2000 ein Erbbaurecht für die Dauer von fünfzig Jahren bestellt, es wurde für den Fall der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Erbbauberechtigten ein entschädigungsloser Heimfall vereinbart. Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgte im Februar 2004. Der Grundstückseigentümer machte im Ergebnis erfolglos den Heimfallanspruch gegen den Insolvenzverwalter des Erbbauberechtigten geltend.

Der Bundesgerichtshof befaßt sich in seiner Entscheidung ausführlich mit der Frage, weshalb die Vereinbarung des Heimfalls innerhalb eines Erbbaurechtsvertrages als selbstständige anfechtbare Rechtshandlung angesehen werden kann, worin ferner speziell hierdurch die von § 129 Abs. 1 InsO geforderte Gläubigerbenachteiligung liegt und wie die besonderen Tatbestandsvoraussetzungen des § 133 Abs. 1 InsO anzuwenden sind.

### **c) Die Heimfallvereinbarung als anfechtbare Rechtshandlung**

Der Bundesgerichtshof bestätigt zunächst, daß der sachenrechtlich wirksam vereinbarte und durch Grundbucheintragung zum dinglichen Inhalt des Erbbaurechts erstarkte Heimfallanspruch als solcher ein Aussonderungsrecht begründet und seine Geltendmachung keiner Insolvenzanfechtung unterliegt.

BGH, Urt. v. 19.4.2007 - IX ZR 59/06, Begründung Rdn. 8, 13.

Etwas anderes gilt aber für die Vereinbarung des Heimfalls, welche die Insolvenzgläubiger benachteiligt. Der Bundesgerichtshof erörtert die Vereinbarung des Heimfalls als anfechtbare Rechtshandlung im Zusammenhang mit der Gläubigerbenachteiligung, betont aber hierbei, daß trotz der einheitlichen Vereinbarung eines Erbbaurechtsvertrages einzelne Vereinbarungen darin als Rechtshandlung anfechtbar sein können. Diese Herangehensweise entspricht der gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, wonach nicht ein Rechtsgeschäft im ganzen hinsichtlich seiner Anfechtbarkeit zu betrachten ist sondern auch rechtliche Wirkungen eines Teilaspektes eines Rechtsgeschäftes einzeln zu betrachten sind. Diese Rechtsprechung entspricht nicht nur in Abkehr der bei Inkrafttreten der früheren Konkursordnung noch geltenden so genannten Einheitstheorie den heute geltenden Grundsätzen des Abstraktionsprinzips in der Trennung zwischen schuldrechtlicher Verpflichtung und sachenrechtlicher Verfügung als je eigene Rechtshandlung, sondern geht auch darüber insoweit hinaus, als rechtliche Einzelwirkungen betrachtet werden.

Grundlegend

BGHZ 147, 233 (Aufrechnungslage durch schuldrechtliches Rechtsgeschäft).

Fortgeführt in

BGH NZI 2002, 255 = ZIP 2002, 489;

BGH NZI 2004, 82 = ZIP 2003, 2370;

BGH NZI 2007, 452 = ZIP 2007, 1274;

BGH NZI 2007, 718 = ZIP 2007, 2084;

BGHZ 170, 276 (Benachteiligung bei geduldeter Kontoüberziehung);

BGHZ 174, 228;

Umfassend analysiert bei

*Jaeger/Henckel*, InsO, § 129 Rdn. 109 ff., 126 ff.

Allgemein  
MünchKomm/*Kirchhof*, InsO, § 129 Rdn. 55 ff.;  
*Uhlenbruck/Hirte*, InsO, § 129 Rdn. 75;  
HK-*Kreft*, InsO, § 129 Rdn. 13 ff.

Die Abtrennung oder „Vereinzelung“ von Rechtshandlungen und durch sie ausgelösten Rechtsfolgen als Rechtshandlungen im Sinne des § 129 Abs. 1 InsO setzt voraus, daß das konkrete Rechtsgeschäft oder die Rechtshandlung vor Insolvenzeröffnung nicht in engem substantiellen Zusammenhang mit der anzufechtende Rechtshandlung steht. Konkret für die Bestellung eines Erbbaurechtes bedeutet dies, daß die Vereinbarung eines entschädigungslosen Heimfalls nicht anfechtbare Rechtshandlung wäre, wenn dies beispielsweise für die Bestellung des Erbbaurechtes gesetzlich so vorgeschrieben wäre. Im Zusammenhang mit dem Sachverhalt der Entscheidung des Bundesgerichtshofs erörterte dieser die Frage bezogen auf die Regelungen des dort angewendeten Sachenrechtsbereinigungsgesetzes bei der Erbbaurechtsbestellung.

BGH, Ur. v. 19.4.2007 - IX ZR 59/06, Begründung Rdn. 18.

Allgemein  
BGHZ 86, 349, 355;  
BGHZ 124, 76, 80.

Allgemein ist festzustellen, daß die Beteiligten in der Gestaltung des Erbbaurechtes und der Vereinbarung des Heimfallanspruchs überhaupt frei sind und einen Heimfallanspruch auch mit entsprechender Vergütungsregelung nach § 32 ErbbauRG vereinbaren können. Die Vereinbarung eines Heimfalls selbst gehört schon zum vertraglichen und damit gesetzlich nicht zwingenden Inhalt des Rechts (§ 2 Nr. 4 ErbbauRG). Daher ist die Vereinbarung des entschädigungslosen Heimfalls unabhängig von der Bestellung des Erbbaurechtes selbst als grundsätzlich anfechtbare Rechtshandlung im Sinne des § 129 Abs. 1 InsO anzusehen.

#### **d) Die Gläubigerbenachteiligung**

##### **aa) Die sogenannte mittelbare Gläubigerbenachteiligung**

Eine Gläubigerbenachteiligung liegt allgemein dann vor, wenn die Insolvenzgläubiger durch die konkrete Rechtshandlung in ihrer Gesamtheit schlechter gestellt werden als ohne diese. Abzustellen ist auf die Benachteiligung im Zeitpunkt der Entscheidung über den Anfechtungsanspruch, hypothetische Kausalverläufe sind unbeachtlich. Bei dieser sogenannten mittelbaren Gläubigerbenachteiligung genügt es, wenn diese nicht bereits bei Vornahme der Rechtshandlung vorliegt sondern erst später eintritt.

Allgemein  
*Jaeger/Henckel*, InsO, § 129 Rdn. 118 ff.;  
MünchKomm/*Kirchhof*, InsO, § 129 Rdn. 111 ff.;  
*Uhlenbruck/Hirte*, InsO, § 129 Rdn. 91 ff.;  
HK-*Kreft*, InsO, § 129 Rdn. 42 ff.

Der Bundesgerichtshof stellt dies in seinem Urteil vom 19. April 2007 für die Heimfallvereinbarung ausdrücklich fest und verweist auf umfassende eigene Rechtsprechung hierzu.

BGH, Ur. v. 19.4.2007 - IX ZR 59/06, Begründung Rdn. 15.

Wörtlich führt er aus:

*„Bei der Vorsatzanfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO genügt eine bloß mittelbare Benachteiligung, bei welcher der Nachteil erst nach Abschluß der Rechtshandlungen durch das Hinzutreten weiterer Umstände - hier: der Ausübung des Heimfallanspruchs - tatsächlich eintritt.“*

Die zu dieser Aussage in Bezug genommene Entscheidung vom 27. Mai 2003 betrifft die Anfechtung von Zahlungen des Schuldners, die zur Abwendung der Zwangsvollstreckung erfolgen. In dieser Entscheidung betont der Bundesgerichtshof lediglich, daß für den konkreten Anfechtungstatbestand die so genannte mittelbare Gläubigerbenachteiligung ausreicht.

BGHZ 155, 75, 81.

Die Vereinbarung eines entschädigungslosen Heimfalls benachteiligt die Insolvenzgläubiger, weil im Falle der Geltendmachung des Heimfallanspruchs das Erbbaurecht als Bestandteil der Insolvenzmasse aus dieser auszusondern ist und den Insolvenzgläubigern keine wertmäßig adäquate Gegenleistung zufließt.

#### **bb) Zwingend wirtschaftliche Einheit als Ausschluß der Gläubigerbenachteiligung?**

Trotz der grundsätzlichen „Vereinzelung“ von Rechtshandlungen und Rechtswirkungen im Hinblick auf die Anfechtbarkeit hat der Bundesgerichtshof im Zusammenhang mit der Gläubigerbenachteiligung die Frage erörtert, ob der Erbbaurechtsvertrag als einheitliche Rechtshandlung und als Ganzes die Insolvenzgläubiger benachteiligt. Es wird insofern noch auf eine wirtschaftliche Einheit des Rechtsgeschäfts Bezug genommen. Gleichzeitig wird die Anfechtbarkeit einer Teilvereinbarung betont, auch wenn der umfassende Vertrag allgemein in sich ausgewogen ist und gleichwertige Gegenleistungen vorsieht. Dies ist dann geboten, wenn die Vereinbarung dem Schuldner als Vertragspartner erhebliche wirtschaftliche Nachteile auferlegt, die auch bei einer Gesamtbetrachtung aller Umstände für den Vertragszweck nicht vorrangig geboten sind.

BGH, Urt. v. 19.4.2007 - IX ZR 59/06, Begründung Rdn. 22;  
BGHZ 124, 76, 81.

Allgemein  
MünchKomm/Kirchhof, InsO, § 129 Rdn. 127 ff.

Konkret ist zu fragen: Ist unter Beachtung des Vertragszwecks und der Gesamtregelungen des Erbbaurechtsvertrages die Vereinbarung des entschädigungslosen Heimfalls von so grundlegender Bedeutung, daß ohne sie der Zweck des gesamten nicht gläubigerbenachteiligenden Vertrages vereitelt würde?

Hinsichtlich der anfechtungsrechtlich notwendigen Gläubigerbenachteiligung und der sie ausschließenden wirtschaftlichen Ausgewogenheit des Gesamtvertrages ist zu fragen, ob der Heimfall für den Grundstückseigentümer und den Gesamtzweck des Vertrages eine solch außergewöhnliche Leistungsstörung darstellt, daß die Vereinbarung eines entschädigungslosen Heimfalls wirtschaftlich zwingend ist.

In jedem Fall ist auch bei einer Betrachtung der wirtschaftlichen Ausgewogenheit der Vertragsgestaltung insgesamt zu bedenken, daß der Grundstückseigentümer mit ent-

schädigungslosem Heimfall das Erbbaurecht als Vermögenswert erhält, ohne hierfür eine Gegenleistung erbringen zu müssen. Daß möglicherweise bei einem Heimfall mit gesetzlich vorgesehener Vergütung die Vertragsgestaltung insgesamt anders hätte verlaufen müssen, ist nach Ansicht des Bundesgerichtshofs nicht relevant, da hypothetische Kausalverläufe unbeachtlich sind.

Allgemein  
BGH NZI 2002, 255;  
BGHZ 159, 397;  
BGH NZI 2005, 67;

*Jaeger/Henckel*, InsO, § 129 Rdn. 126 ff.;  
*MünchKomm/Kirchhof*, InsO, § 129 Rdn. 181, 182;  
*Uhlenbruck/Hirte*, InsO, § 129, Rdn. 123;  
*HK-Kreft*, InsO, § 129 Rdn. 66.

Gerade für den Sachverhalt der Erbbaurechtsbestellung durch eine juristische Person betont der Bundesgerichtshof die Gläubigerbenachteiligung allein durch die Heimfallvereinbarung ohne Rücksicht auf eventuell sonst vereinbarte Vertragsklauseln.

BGH, Urt. v. 19.4.2007 - IX ZR 59/06, Begründung Rdn. 23.

Wörtlich führt er aus:

*„Auf eventuelle sonst vereinbarte Vertragsklauseln kommt es mithin von vornherein nicht an. Im übrigen ergibt sich aus dem von der Klägerin behaupteten hypothetischen Geschehen gerade die Gläubigerbenachteiligung: Die Schuldnerin akzeptierte einen Nachteil, der nicht sie, sondern ihre Gläubiger trifft, um sich Vorteile zu verschaffen. Der Heimfall belastet wirtschaftlich betrachtet nicht die Schuldnerin, sondern ihre Gläubiger. Das Insolvenzverfahren dient deren Befriedigung (§ 1 InsO). Die Schuldnerin betrifft der Heimfall hingegen nicht. Sie ist nach Durchführung des Insolvenzverfahrens zu löschen (§ 141a Abs. 1 Satz 2, § 147 Abs. 1 Satz 2 FGG [jetzt § 347 FamFG]) und damit aufgelöst.“*

#### **e) Der Anfechtungstatbestand des § 133 Abs. 1 InsO**

Als Anfechtungstatbestand kommt in der Regel die so genannte Vorsatzanfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO in Betracht. Als Tatbestandsvoraussetzungen muß der Schuldner die Rechtshandlung innerhalb der letzten zehn Jahre mit dem Vorsatz, ihre Gläubiger benachteiligen zu wollen, vorgenommen haben; den Vertragspartner muß dieser Vorsatz bei Vornahme der Rechtshandlung bekannt gewesen sein.

Allgemein  
*HK-Kreft*, InsO, § 133 Rdn. 9 ff.

Für den Vorsatz der Gläubigerbenachteiligung genügt nach ständiger Rechtsprechung so genannte bedingter Vorsatz, der darin besteht, das die Gläubigerbenachteiligung billigend in Kauf genommen wird.

BGHZ 124, 76, 81;  
BGHZ 155, 75, 84;  
BGHZ 162, 143, 153;  
BGHZ 180, 98.

*Jaeger/Henckel*, InsO, § 133 Rdn. 45;  
*Uhlenbruck/Hirte*, InsO, § 133 Rdn. 24;  
*HK-Kreft*, InsO, § 133 Rdn. 10 mit umfangreichen Nachweisen.

Zahlungsunfähigkeit des Schuldners im Zeitpunkt der Vornahme der Rechtshandlung ist nicht Tatbestandsvoraussetzung zu § 133 Abs. 1 InsO. Sie ist jedoch sehr starkes Beweisanzeichen für den Vorsatz der Gläubigerbenachteiligung und die Kenntnis des Vertragspartners hiervon.

*HK-Kreft*, InsO, § 133 Rdn. 10 mit umfangreichen Nachweisen Fußnote 35.

Auch kommt es nicht darauf an, ob der Vertragspartner durch die anzufechtende Rechtshandlung eine kongruente oder inkongruente Deckung erlangt. Die Inkongruenz einer Rechtshandlung ist aber starkes Beweisanzeichen für den Benachteiligungsvorsatz des Schuldners.

BGHZ 123, 320, 326;  
BGHZ 137, 267, 283.

*HK-Kreft*, InsO, § 133 Rdn. 17 mit umfangreichen Nachweisen Fußnote 75.

Der Vorsatz, die künftigen Gläubiger für den Fall einer Insolvenz benachteiligen zu wollen, ergibt sich mithin aus der Vereinbarung des Heimfalls selbst, die sich unmittelbar auf die Insolvenz bezieht und explizit einen Sondervorteil für den Grundstückseigentümer darin enthält, daß der Heimfall ohne Vergütung nach § 32 ErbbauRG geltend gemacht werden kann.

#### **f) Der Anspruch auf Rückgewähr nach § 143 InsO**

Mit wirksamer Insolvenzanfechtung hat der Insolvenzverwalter einen Anspruch auf Rückgewähr nach § 143 Abs. 1 InsO. In zutreffender Beschreibung der Dogmatik zu Insolvenzanfechtung wird dadurch nicht eine Rechtshandlung als solche rückgängig gemacht, sondern es werden die rechtlichen Wirkungen der Rechtshandlung beseitigt.

*HK-Kreft*, InsO, § 129 Rdn. 6 mit umfangreichen Nachweisen.

Als „Rückgewähr“ des entschädigungslos vereinbarten Heimfalls könnte erwogen werden, diesen in einen Heimfallanspruch mit der gesetzlichen Vergütungsregelung des § 32 ErbbauRG umzuwandeln. Der Bundesgerichtshof betont hier zu, daß nicht die Erbbaurechtsbestellung als Ganzes angefochten und zurückgewährt werden müsse, mit der Anfechtung entfällt lediglich die benachteiligende Klausel.

BGH, Urt. v. 19.4.2007 - IX ZR 59/06, Begründung Rdn. 32.

BGHZ 124, 76, 85.

*MünchKomm/Kirchhof*, InsO, § 143 Rdn. 18.

Die Anfechtung läßt damit den Heimfallanspruch entfallen und nicht lediglich die Vereinbarung einer Unentgeltlichkeit. Nur so kann nach Ansicht des Bundesgerichtshofs eine Schmälerung der Insolvenzmasse vermieden werden. Allein auf die Unentgeltlichkeit könne man nach seiner Ansicht nicht abstellen, weil dadurch die Insolvenzmasse



das Erbbaurecht als Nutzungsrecht verlöre. Im übrigen liege der Schwerpunkt der Benachteiligung im Verlust des Erbbaurechts und nicht in dessen fehlender Kompensation durch die Vergütung.

BGH, Urt. v. 19.4.2007 - IX ZR 59/06, Begründung Rdn. 34.

Diese Schlußfolgerung des Bundesgerichtshofs ist nicht völlig widerspruchsfrei. Sie zielt ersichtlich darauf ab, der Insolvenzmasse das Erbbaurecht als solches zu erhalten. Es kann auch mit guten Gründen vertreten werden, die Rückgewähr durch Insolvenzanfechtung in einen Heimfall mit Vergütungsregelung zu ändern. Zu Gunsten der Argumentation des Bundesgerichtshofs kann aber auch argumentiert werden, daß eine Heimfallregelung als solche nicht zum gesetzlich zwingenden Inhalt eines Erbbaurechtes gehört, sie ist so genannter vertraglicher Inhalt nach § 2 Nr. 4 ErbbauRG. Die Rückgewähr besteht dann in dem Wegfall dieser gesetzlich nicht zwingend erforderlichen Vereinbarung insgesamt. Im übrigen verbessert sie die Verhandlungsposition des Insolvenzverwalters gegenüber dem Grundstückseigentümer und die Verwertungsoptionen in Bezug auf das Erbbaurecht. Sie verbessert aber auch die Position des Grundstückseigentümers, der dadurch nicht verpflichtet wird, das Erbbaurecht gegen Entschädigung zu übernehmen.

#### **g) Prozessuales**

Die Vereinbarung des Heimfalls im Erbbaurechtsvertrag ist selbstständige anfechtbare Rechtshandlung, durch welche die Insolvenzgläubiger benachteiligt werden.

Prozessual liegt die Klagelast bei dem Grundstückseigentümer, er hat den Insolvenzverwalter auf Übereignung des Erbbaurechts zu verklagen. Der Insolvenzverwalter kann die Insolvenzanfechtung klageerwidernd geltendmachen.

Hinsichtlich des klageerwidernden Einwandes der Anfechtbarkeit ist der Insolvenzverwalter nicht an die Verjährung des Anfechtungsanspruchs nach § 146 Abs. 1 InsO gebunden. Er kann in jedem Fall den Einwand der Anfechtbarkeit erheben und die Erfüllung des Heimfallanspruchs verweigern (§ 146 Abs. 2 InsO).

So insbesondere auch im Sachverhalt zu  
BGH, Urt. v. 19.4.2007 - IX ZR 59/06, NJW 2007, 2325 = NZI 2007, 462  
= ZIP 2007, 1120.

Fraglich ist, ob der Insolvenzverwalter seinerseits gegenüber dem Grundstückseigentümer nicht auch negative Feststellungsklage dahingehend erheben kann, daß ein Heimfallanspruch nicht bestehe. Dies ist zu bejahen. Ein besonderes Feststellungsinteresse im Sinne des § 256 ZPO liegt in dem Bedürfnis, die Rechtsverhältnisse des Erbbaurechts als Bestandteil der Insolvenzmasse zu klären und insbesondere die Verwertbarkeit der Insolvenzmasse für den Rechtsverkehr klar festzustellen. Zwar mag es zunächst ein wirtschaftliches Interesse des Insolvenzverwalters sein, das Erbbaurecht zu verwerten. Das „Damoklesschwert“ eines Heimfalls kann jedoch die Verwertbarkeit erheblich mindern. Dieses Risiko kann für einen potentiellen Erwerber nicht allein durch Verweis auf Rechtsmängelhaftung des Insolvenzverwalters als Veräußerer beseitigt werden. Im Ergebnis würde dann wieder die Gläubigerbefriedigung im Insolvenzverfahren gefährdet, wenn wegen streitiger Rechtsverhältnisse ein Vermögenswert nicht verwertet werden kann. Damit liefe auch der Zweck der Insolvenzanfechtung ins Leere.

Nebenbei bemerkt muß für die anwaltliche und notarielle Beratungspraxis unter Beachtung der grundlegenden Ausführungen des Bundesgerichtshofs festgestellt werden, daß jede Vereinbarung eines entschädigungslosen Heimfalls in der Insolvenz des Erbbauberechtigten nach § 133 Abs. 1 InsO faktisch anfechtbar ist, es sei denn - was bei Erbbaurechten durchaus der Fall ist - die Bestellung des Erbbaurechtes ist seit Insolvenzantrag länger als zehn Jahre her.

*So auch*

*v. Oefele/Winkler*, Handbuch des Erbbaurechts, Rdn. 4.87a.

## **IV. Die Optionen bei Veräußerung des Erbbaurechts**

### **1. Prämissen**

Das Erbbaurecht ist Bestandteil der Insolvenzmasse nach § 35 InsO. Der Insolvenzverwalter hat nach § 80 Abs. 1 in Verbindung mit § 159 InsO das Recht und die Pflicht, die Insolvenzmasse zu verwerten.

### **2. Zustimmungspflicht bei Veräußerung nach § 5 ErbbauRG**

Das Erbbaurecht ist in der Regel nur mit Zustimmung des Grundstückseigentümers veräußerbar (§ 5 ErbbauRG).

Erbbaurechtsvertrag vom 21. September 2006, § 12.

Die Zustimmungspflicht ist dinglicher Inhalt des Erbbaurechts und betrifft auch Verfügungen durch den Insolvenzverwalter (§ 8 ErbbauRG). Diese können im Einzelfall von der Zustimmungspflicht ausgenommen sein.

Die Zustimmung darf der Grundstückseigentümer nur aus wichtigem Grund verweigern. Maßstab hierfür ist nach § 7 Abs. 1 Satz 1 ErbbauRG, daß durch die Veräußerung der mit der Bestellung des Erbbaurechts verfolgte Zweck nicht wesentlich beeinträchtigt oder gefährdet wird, und daß die Persönlichkeit des Erwerbers Gewähr für eine ordnungsgemäße Erfüllung der sich aus dem Erbbaurechtsinhalt ergebenden Verpflichtungen bietet. Der letztgenannte Tatbestand bezieht sich regelmäßig auf die Gewähr für ordnungsgemäße Zahlung des regelmäßig wiederkehrend vereinbarten Erbbauzinses. Der Grundstückseigentümer hat bei der Erteilung der Zustimmung zu einer Veräußerung durch den Insolvenzverwalter zu beachten, daß der Zweck des Erbbaurechtes, das Bauwerk in einer bestimmten Weise zu nutzen gewährleistet wird und der Erwerber die sachenrechtlichen Verpflichtungen aus dem Inhalt des Erbbaurechtes erfüllen kann.

Allgemein

*Palandt/Bassenge*, BGB, § 7 ErbbauRG Rdn. 2 mit weiteren Nachweisen;

*v.Oefele/Winkler*, Handbuch des Erbbaurechts, Rdn. 4.197 ff.

Der weitere Betrieb des Bauwerks des Erbbaurechtes entspricht dem mit Bestellung des Erbbaurechtes verbundenen Zweck im Sinne der Verwendung als dinglichem Inhalt des Erbbaurechts (§ 2 Nr. 1 ErbbauRG), der Grundstückseigentümer kann die Zustimmung zu einer Veräußerung von der Erhaltung dieser Nutzung abhängig machen.

Ausdrücklich

*v.Oefele/Winkler*, Handbuch des Erbbaurechts, Rdn. 4.199, 200.

### **3. Wirksamkeit der Abtretung von Miete gegen Erwerber des Erbbaurechts**

Der Schuldner als Erbbauberechtigter verpflichtet sich im Erbbaurechtsvertrag auch schuldrechtlich zu bestimmten Verpflichtungen, die nicht Inhalt des Erbbaurechtes sind.

Der Grundstückseigentümer kann die Zustimmung zur Veräußerung des Erbbaurechtes zulässig davon abhängig machen, daß schuldrechtliche Verpflichtungen weitergegeben und übernommen werden. Dies gilt insbesondere für schuldrechtliche Anpas-

sungsklauseln bezüglich des Erbbauzinses, kann aber auch für die Übernahme eines Mietvertrages über das Bauwerk gelten.

OLG Oldenburg Rpfleger 1998, 203;  
BayObLGZ 1997, 37.

Zur Übernahme schuldrechtlich vereinbarter Anpassungsklauseln zum Erbbauzins  
OLG Celle DNotZ 1984, 387;  
OLG Hamm Rpfleger 1986, 241, aufgehoben durch  
BGH Rpfleger 1987, 257.

*Palandt/Bassenge*, BGB, § 7 ErbbauRG Rdn. 2.

Eingehend auch in Auseinandersetzung mit der genannten Rechtsprechung  
*v. Oefele/Winkler*, Handbuch des Erbaurechts, Rdn. 4.201 ff.

Für den Fall der Insolvenz des Erbbauberechtigten kann dem nicht gefolgt werden. Hier kollidieren gesetzliche Regelungen des Insolvenzrechts und sachenrechtlich geschützte Beteiligteninteressen. Es führt zu Widersprüchen, wenn einerseits § 110 InsO bestimmt, daß beispielsweise die Abtretung künftiger Miete mit Insolvenzeröffnung unwirksam wird und andererseits über § 5 ErbbauRG der Insolvenzverwalter gezwungen werden soll, die Abtretung als schuldrechtliche Verpflichtung auf einen Erwerber des Erbaurechts weiterzugeben.

Für den Fall der fehlenden Übernahme schuldrechtlicher Anpassungsklauseln für einen Erbbauzins sah der Bundesgerichtshof eine Zustimmungspflicht des Grundstückseigentümers zur Veräußerung des Erbaurechts, da er der Bestellung von Grundpfandrechten bereits zugestimmt hatte.

BGH Rpfleger 1987, 257.

Der Grundstückseigentümer hatte mithin durch eigenes vorheriges Handeln die eigenen Interessen geschwächt.

Es könnte insolvenzrechtlich aber auch überlegt werden, ähnlich wie bei den zeitlich begrenzten Wirkungen der Unwirksamkeit von Rechtshandlungen des Schuldners oder nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch von Vollstreckungsmaßnahmen, die unter § 88 InsO fallen, die Unwirksamkeit der Abtretung von Mieten nach § 110 InsO sachlich und zeitlich auf das Insolvenzverfahren zu begrenzen.

Zur sachlich und zeitlich begrenzten insolvenzrechtlichen Unwirksamkeit  
BGHZ 166, 74;  
BGH NZI 2007, 39.

*Jaeger/Eckardt*, InsO, § 88 Rdn. 63, 64;  
*HK-Kayser*, InsO, § 88 Rdn. 36.

Kritisch  
*Keller*, ZIP 2006, 1174.

Diese über das Zustimmungserfordernis des § 5 ErbbauRG mögliche Verpflichtung kollidiert aber mit dem Sonderkündigungsrecht des Erwerbers aus § 111 InsO. Nach dieser Vorschrift kann er insbesondere einen Mietvertrag zu dem ersten möglichen Termin unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist nach Bürgerlichem Recht kündigen. Dies gilt gerade auch dann, wenn das Mietverhältnis befristet und daher nicht ordentlich kündbar ist.

Dabei ist zu bedenken, daß § 111 InsO nicht den Erwerber schützen soll, sondern die Verwertbarkeit der Immobilie durch den Insolvenzverwalter erleichtern soll. Die Einräumung eines gleichen Sonderkündigungsrechts wie bei einer Zwangsversteigerung nach § 57a ZVG soll eine bestmögliche Verwertung ermöglichen.

MünchKomm/Eckert, InsO, § 111 Rdn. 2.

Würde nun die Weitergabe oder neuerliche Abtretung von Mieten als Voraussetzung einer Zustimmung zur Erbbaurechtsübertragung anerkannt werden, bestünde die Gefahr, daß das Erbbaurecht nicht angemessen verwertet werden kann. Dies beeinträchtigt nachhaltig die Interessen der Insolvenzgläubiger.

Einfach ausgedrückt bedeutet dies: Könnte der Grundstückseigentümer die Zustimmung zu einer Veräußerung des Erbbaurechts davon abhängig machen, daß der Erwerber einen Mietvertrag übernimmt, würde die Aussicht auf eine angemessene Verwertung des Erbbaurechts beeinträchtigt und damit die Aussicht auf Gläubigerbefriedigung nachhaltig getrübt.