



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

V ZR 144/14

Verkündet am:  
26. Juni 2015  
Mayer  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ: ja  
BGHR: ja

BauGB § 11 Abs. 2 Satz 1; ErbbauRG § 2 Nr. 1 und Nr. 4

- a) Das Gebot angemessener Vertragsgestaltung hindert eine öffentliche Körperschaft nicht daran, in einem Erbbaurechtsvertrag mit einem Privaten Verwendungsbeschränkungen und Heimfallrechte für die gesamte Dauer des Erbbaurechts und damit regelmäßig für einen Zeitraum von mehr als dreißig Jahren zu vereinbaren (Abgrenzung zu Senat, Urteil vom 21. Juli 2006 - V ZR 252/05, NJW-RR 2006, 1452 Rn. 16).
- b) Das Gebot verhältnismäßiger Ausübung vertraglicher Rechte verpflichtet eine öffentliche Körperschaft, die ein zu Wohnzwecken dienendes Erbbaurecht an einen Privaten ausgegeben hat, eine mit der Durchsetzung des Heimfallanspruchs verbundene Härte für den Erbbauberechtigten zu vermeiden, wenn das unter Wahrung des mit der Ausgabe des Erbbaurechts verfolgten Zwecks möglich ist.

BGH, Urteil vom 26. Juni 2015 - V ZR 144/14 - OLG Schleswig  
LG Flensburg

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. März 2015 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Stresemann, die Richterin Prof. Dr. Schmidt-Räntsch und die Richter Dr. Czub, Dr. Kazele und Dr. Göbel

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in Schleswig vom 5. Juni 2014 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin ist die durch Zusammenschluss mehrerer Kommunen entstandene Gemeinde einer nordfriesischen Insel. Sie ist Eigentümerin mehrerer Grundstücke, die mit 1955 errichteten, aus jeweils vier Einheiten bestehenden Reihenhauszeilen bebaut sind. Mit notariellem Vertrag vom 15. Dezember 2005 bestellte die Rechtsvorgängerin der Klägerin an einem der Grundstücke für sich selbst ein Erbbaurecht mit einer Laufzeit von 99 Jahren, welches durch Teilungserklärung vom selben Tage in vier Wohnungserbbaurechte (je „Haus-scheibe“ nebst dazugehöriger unbebauter Fläche) aufgeteilt worden ist. § 5 des Erbbaurechtsvertrags (im folgenden ErbbV) lautet auszugsweise:

2

## **„§ 5 Verwendung des Bauwerks**

1. Der Berechtigte ist verpflichtet, das Bauwerk unter Ausschluß jeder anderen Verwendung wie folgt zu verwenden:

**Wohngebäude für den Wohnungserbbauberechtigten und die evtl. in seinem Haushalt lebenden Familienangehörigen und/oder Lebenspartner/in zu Dauerwohnzwecken (räumlicher Schwerpunkt der gesamten Lebensverhältnisse = Hauptwohnsitz im Sinne des Landesmeldegesetzes).**

Der Eigentümer bezweckt mit der Vergabe des Erbbaurechts die Deckung des Wohnbedarfs der ortsansässigen Bevölkerung, insbesondere von Bevölkerungsgruppen mit besonderen Wohnraumversorgungsproblemen. Dem Berechtigten ist bekannt, daß der Eigentümer ihm das Erbbaurecht nur zu dem vorstehenden Verwendungszweck einräumt. Er ist verpflichtet, es ausschließlich für diesen Zweck zu nutzen und diese Nutzung auf Verlangen jederzeit nachzuweisen.“ ...

3

Gemäß § 13 Nr. 1 d ErbbV ist der Berechtigte auf Verlangen des Eigentümers verpflichtet, das Erbbaurecht auf diesen oder auf einen von diesem zu benennenden Dritten zu übertragen (Heimfall), wenn er gegen § 5 Nr.1 ErbbV verstößt. Nach § 13 Nr. 6 ErbbV verjährt dieser Heimfallanspruch in einem Jahr von dem Zeitpunkt an, in dem der Eigentümer von dem Vorhandensein der Voraussetzungen Kenntnis erlangt hat, ohne Rücksicht auf diese Kenntnis in dreißig Jahren von dem Eintreten der Voraussetzungen an. In § 22 Satz 1 ErbbV ist bestimmt, dass der Erbbauberechtigte für die Nutzungsüberlassung an Dritte der vorherigen schriftlichen Zustimmung bedarf. Deren Erteilung steht nach Satz 2 im Ermessen des Eigentümers. Nach Satz 3 wird der Eigentümer die Zustimmung insbesondere dann nicht erteilen, wenn a) der Dritte nicht - sei es auch nur zu einem kleineren Anteil - Mitberechtigter des Erbbaurechts ist, b) der Dritte sich in dem vorzulegenden Nutzungsvertrag nicht verpflichtet hat, die Verwendung gemäß § 5 ErbbV einzuhalten, oder c) wenn die vereinbarte Miete oder das sonstige Nutzungsentgelt über der ortsüblichen Vergleichsmiete liegt.

- 4 In einem der auf dem Grundstück befindlichen Reihenhäuser wohnte der Großvater des Beklagten zur Miete. Mit notariellem Vertrag vom 3. März 2006 verkaufte die Rechtsvorgängerin der Klägerin das Wohnungserbbaurecht an eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, bestehend aus dem in einem anderen Bundesland wohnhaften Beklagten und seinem Großvater.
- 5 Nach dem Tod des Großvaters übertrugen dessen Erben mit Zustimmung der Klägerin das zum Nachlass gehörende Wohnungserbbaurecht auf den Beklagten. Dieser vermietete es im März 2010 an Mieter mit erstem Wohnsitz in der Gemeinde. Nach einem Mieterhöhungsverlangen des Beklagten wandten sich die Mieter im November 2011 an die Klägerin. Diese erklärte gegenüber dem Beklagten im Dezember 2011, dass sie in der Vermietung einen Verstoß gegen § 5 ErbbV sehe und seine Stellungnahme innerhalb von zwei Wochen erwarte. Der Beklagte antwortete, der frühere Leiter des kommunalen Liegenschaftsbetriebes habe bereits vor der Beurkundung des Kaufvertrags über das Erbbaurecht mündlich sein „OK“ zu einer Vermietung an eine ortsansässige Familie nach dem Tode des Großvaters gegeben. Im August 2012 forderte die Klägerin den Beklagten unter Fristsetzung bis zum 15. Oktober 2012 auf, die Wohnung entsprechend der Regelung im Erbbaurechtsvertrag zu nutzen und drohte die Geltendmachung des Heimfallanspruchs an, dessen Ausübung sie danach erklärte.
- 6 Mit der Klage nimmt die Klägerin den Beklagten auf Rückübertragung des Wohnungserbbaurechts sowie auf Räumung und Herausgabe des Erbbaugrundstücks in Anspruch. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Oberlandesgericht hat ihr stattgegeben. Mit der von dem Oberlandesgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, möchte der Beklagte die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils erreichen.

Entscheidungsgründe:

I.

7 Das Berufungsgericht meint, die Voraussetzungen für die Geltendma-  
chung des Heimfalls seien erfüllt, weil der Beklagte das Reihenhaus nicht als  
Wohnung für sich oder seine Angehörige nutze, sondern ohne Zustimmung der  
Klägerin an Dritte vermiete. Einer Beweisaufnahme über das Vorbringen des  
Beklagten zu den Erklärungen des früheren Betriebsleiters über die Zulässigkeit  
einer Nutzung des Erbbaurechts durch Vermietung an ortsansässige Mieter  
bedürfe es nicht, da den behaupteten Erklärungen allenfalls ein Hinweis auf die  
Möglichkeit einer Zustimmung nach § 22 ErbbV zu entnehmen sei. Die Nut-  
zungsbeschränkung (§ 5 ErbbV) - wie auch die daran anknüpfende Heimfallre-  
gelung (§ 13 Nr. 1 d ErbbV) - hätten ohne zeitliche Begrenzung wirksam in All-  
gemeinen Geschäftsbedingungen vereinbart werden können. Die Geltendma-  
chung des Heimfallanspruchs verstoße auch nicht gegen § 242 BGB. Es liege  
weder ein widersprüchliches Verhalten der Klägerin noch ein Verstoß gegen  
das Übermaßverbot vor. Der Beklagte könne sich schließlich nicht mit Erfolg auf  
Verjährung berufen.

II.

8 Das hält revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

9 1. Das Berufungsgericht nimmt zutreffend an, dass der Beklagte zur  
Rückübertragung des Erbbaurechts verpflichtet sein kann. Das vereinbarte  
Heimfallrecht begründet nach § 2 Nr. 4 ErbbauRG einen Anspruch des Grund-  
stückseigentümers gegen den Erbbauberechtigten auf Übertragung des Erb-  
baurechts gemäß § 11 Abs. 2 ErbbauRG, § 873 BGB (Senat, Urteil vom  
20. April 1990 - V ZR 301/88, BGHZ 111, 154, 156; Urteil vom 18. Mai 1990  
- V ZR 190/89, NJW-RR 1990, 1095, 1096).

10 a) Zu Recht bejaht das Berufungsgericht das Vorliegen der in dem Erbbaurechtsvertrag bestimmten Voraussetzungen des Heimfallanspruchs.

11 aa) Der Beklagte verstößt gegen die Pflicht zur Selbstnutzung, weil er in dem Reihenhaus nicht wohnt, sondern es durch Vermietung an Dritte nutzt. Der Befreiungstatbestand in § 22 ErbbV greift wegen Fehlens einer Zustimmung der Klägerin zur Vermietung nicht ein.

12 bb) Der Erbbaurechtsvertrag ist nicht (mündlich) dahin ergänzt worden, dass die Vermietung an Ortsansässige zur ortsüblichen Miete einer Zustimmung der Klägerin nicht bedarf. Anderes ergibt sich auch nicht aus den von dem Beklagten behaupteten Erklärungen des Bevollmächtigten der Klägerin, des damaligen Leiters ihres Eigenbetriebs, zur Zulässigkeit einer künftigen Vermietung an Dritte nach dem Tod des Großvaters. Das Vorbringen des Beklagten ist in Bezug auf das Zustandekommen einer vertragsergänzenden Vereinbarung unschlüssig. Eine solche Absprache ergibt sich aus den behaupteten Erklärungen nämlich auch dann nicht, wenn man diese nicht - wie das Berufungsgericht - nur als einen Hinweis auf die Regelung in § 22 ErbbV, sondern - wie die Revision - als Aussage des Betriebsleiters dazu versteht, wie die Klägerin ihr Ermessen in den Fällen einer Vermietung ausübt. Eine Erklärung über die Handhabung einer vertraglichen Regelung enthält kein Angebot zu deren Ergänzung oder Änderung, insbesondere nicht den Verzicht auf ein vertragliches Zustimmungserfordernis.

13 b) Die vertraglichen Regelungen in § 5 Nr. 1 und § 13 Nr. 1 d ErbbV (die Verpflichtung des Erbbauberechtigten zur Selbstnutzung und der Heimfallanspruch bei einem Verstoß gegen diese Pflicht) sieht das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei als wirksam an.

14 aa) Es handelt sich um zulässige Vereinbarungen über den vertragsmäßigen Inhalt eines Erbbaurechts. § 5 Nr. 1 ErbbV enthält eine Vereinbarung

über die Verwendung des Bauwerks gemäß § 2 Nr. 1 Fall 3 ErbbauRG, § 13 Nr. 1 d ErbbV ein Heimfallrecht nach § 2 Nr. 4 ErbbauRG mit der erforderlichen Benennung des Heimfallgrunds (vgl. Senat, Urteil vom 28. September 1984 - V ZR 135/83, NJW 1985, 1464, 1465). Die Verletzung einer Pflicht nach § 2 Nr. 1 ErbbauRG als Heimfallgrund zu bestimmen (vgl. Senat, Urteil vom 24. Februar 1984 - V ZR 187/82, NJW 1984, 2213, 2214; Urteil vom 28. September 1984 - V ZR 135/83, aaO), ist unbedenklich, weil nach dem Erbbaurechtsgesetz grundsätzlich jedes Ereignis als den Heimfallanspruch auslösend vereinbart werden kann (Senat, Urteil vom 11. Juli 2003 - V ZR 56/02, NJW-RR 2003, 1524).

15           bb) Der Erbbaurechtsvertrag verstößt nicht gegen das Gebot angemessener Vertragsgestaltung (§ 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB).

16           (1) Die Bestimmungen des Erbbaurechtsvertrags sind allerdings an diesem Gebot zu messen. Das Gebot gilt für alle Verträge über Erbbaurechte, die von öffentlichen Körperschaften in Verfolgung eines öffentlichen Zwecks zur Ausgabe an Private bestellt werden, wobei es nicht darauf ankommt, ob die Körperschaft den Erbbaurechtsvertrag mit dem Privaten schließt oder - wie hier - ein für sich selbst auf ihrem Grundstück bestelltes (Wohnungs-)Erbbaurecht an den Privaten veräußert. Der Erwerber ist nämlich auch im zuletzt genannten Fall an die Bestimmungen des Erbbaurechtsvertrags gebunden, weil das, was nach § 2 ErbbauRG als vertragsmäßiger Inhalt des Erbbaurechts bestimmt worden ist, mit der Bildung der Wohnungserbbaurechte auch zu deren Inhalt gehört (BayObLGZ 1989, 354, 357).

17           Ob der hier zu beurteilende Kaufvertrag über das Erbbaurecht ein städtebaulicher Vertrag im Sinne des § 11 Abs. 1 BauGB ist, auf den § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB unmittelbar anzuwenden wäre, ist allerdings zweifelhaft. An dem für städtebauliche Verträge erforderlichen Zusammenhang mit der gemeindli-

chen Bauleitplanung (vgl. Senat, Urteil vom 30. September 2005 - V ZR 37/05, WM 2006, 300, 301) dürfte es hier fehlen, weil die Klägerin an bereits vor mehreren Jahrzehnten bebauten Grundstücken Erbbaurechte bestellt und diese anschließend veräußert hat. Ob § 11 BauGB einschlägig ist, kann im Ergebnis allerdings dahinstehen, da das Gebot zur angemessenen Vertragsgestaltung auf dem allgemeinen verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beruht und daher auch ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung für das gesamte Handeln der öffentlichen Körperschaften im Rechtsverkehr mit Privaten bestimmend ist (Senat, Urteil vom 30. September 2005 - V ZR 37/05, aaO).

18           (2) Verwendungsbeschränkungen und Heimfallrechte in einem Erbbaurechtsvertrag verstoßen auch dann nicht gegen das Gebot angemessener Vertragsgestaltung, wenn sie für die gesamte Dauer des Erbbaurechts und damit regelmäßig für einen Zeitraum von mehr als dreißig Jahren vereinbart werden.

19           (a) Das Gebot angemessener Vertragsgestaltung verlangt, dass bei wirtschaftlicher Betrachtung des Gesamtvorgangs die Gegenleistung nicht außer Verhältnis zu der Bedeutung und dem Wert der von der Behörde erbrachten oder zu erbringenden Leistung steht und dass die vertragliche Übernahme von Pflichten auch ansonsten zu keiner unzumutbaren Belastung für den Vertragspartner der Behörde führt (vgl. Senat, Urteil vom 29. November 2002 - V ZR 105/02, BGHZ 153, 93, 101).

20           (b) Bei preissubventionierten Grundstücksverkäufen durch Gemeinden, die Gegenstand der bisherigen Entscheidungen des Senats waren, bedarf es allerdings einer Befristung der durch Nachzahlungsansprüche (Senat, Urteil vom 29. November 2002 - V ZR 105/02, BGHZ 153, 93; Urteil vom 13. Oktober 2006 - V ZR 33/06, NJW-RR 2007, 962; Urteil vom 16. April 2010 - V ZR 175/09, NJW 2010, 3505) oder durch Rückerwerbsrechte (Urteil vom 30. September 2005 - V ZR 37/05, NJW-RR 2006, 298; Urteil vom



21. Januar 2006 - V ZR 252/05, NJW-RR 2006, 1452) abgesicherten Verpflichtung der Käufer, das Grundstück selbst zu Wohnzwecken zu nutzen. Auf städtebaulichen oder subventionsrechtlichen Gründen beruhende Beschränkungen der Käufer müssen zeitlich begrenzt sein (vgl. Senat, Urteil vom 29. November 2002 - V ZR 105/02, BGHZ 153, 93, 104; Urteil vom 16. April 2010 - V ZR 175/09, ZfIR 2010, 462 Rn. 14, 16). Nutzungs- und Verfügungsbeschränkungen mit einer 30 Jahre übersteigenden Bindung in städtebaulichen Verträgen über Grundstücke, die an Einzelpersonen zur Errichtung von Einfamilienhäusern verkauft werden, sind in aller Regel als unverhältnismäßig anzusehen (Senat, Urteil vom 29. Oktober 2010 - V ZR 48/10, NJW 2011, 515 Rn. 18; Urteil vom 20. Mai 2011 - V ZR 76/10, NJW-RR 2011, 1582 Rn. 20). Das mit dem verbilligten Verkauf verbundene Ziel, einer Familie zu einem Eigenheim und damit zu einer Lebensgrundlage zu verhelfen, ist als erreicht anzusehen, wenn das veräußerte Grundstück für die Dauer einer Generation, also für etwa 30 Jahre, selbst genutzt worden ist (Senat, Urteil vom 21. Juli 2006 - V ZR 252/05, NJW-RR 2006, 1452 Rn. 15). Eine darüber hinausgehende Bindungsdauer dient vor dem Hintergrund, dass heute kaum ein Eigenheim über 90 Jahre von derselben Familie genutzt wird, letztlich nur noch dem gegenüber dem Erbbauberechtigten nicht mehr gerechtfertigten Zweck, durch an die Nichteinhaltung der Selbstnutzungspflicht anknüpfende Nachzahlungsansprüche oder Wiederkaufsrechte die Subvention sowie zwischenzeitlich eingetretene Bodenwertsteigerungen von dem Käufer oder dessen Rechtsnachfolger ganz oder teilweise wieder abzuschöpfen (Senat, Urteil vom 21. Juli 2006 - V ZR 252/05, aaO, Rn. 16).

21 (c) Verwendungsbeschränkungen und an deren Verletzung anknüpfende Heimfallrechte in Verträgen über von öffentlichen Körperschaften ausgegebene Erbbaurechte sind jedoch anders zu beurteilen.

- 22 (aa) Eine Vereinbarung gemäß § 2 Nr. 1 ErbbauRG, nach der der Erbbauberechtigte das gekaufte oder von ihm errichtete Bauwerk für die gesamte Zeit, in der das Erbbaurecht besteht, selbst zu Wohnzwecken zu nutzen hat, steht nicht in einem unangemessenen Verhältnis zu dem Wert der von dem Grundstückseigentümer mit der Bestellung des Erbbaurechts erbrachten Leistung.
- 23 Ein für die Beurteilung der Angemessenheit wesentlicher Unterschied zu vergleichbaren Selbstnutzungsverpflichtungen des Käufers in Grundstückskaufverträgen ergibt sich bereits daraus, dass die Verwendungsbeschränkung in den Erbbaurechtsverträgen nicht - jedenfalls nicht primär - städtebaulichen oder subventionsrechtlichen Zwecken, sondern der Sicherung der mit der Ausgabe der Erbbaurechte von dem Grundstückseigentümer verfolgten (hier sozialen) Zielsetzung dient, deretwegen er sein Grundstück mit dem Erbbaurecht belastet hat. Verwendungsbeschränkungen in Erbbaurechtsverträgen liegt zugrunde, dass der Grundstückseigentümer das Eigentum an dem Grundstück nicht übertragen, sondern es behalten und durch die Ausgabe von Erbbaurechten auf dessen weitere Nutzung Einfluss nehmen will. Die Sicherung dieses Zwecks für die gesamte Laufzeit des Erbbaurechts ist als legitim angesehen und zu dessen Sicherung die Vorschrift des § 2 Nr. 1 ErbbauRG (früher ErbbauVO) geschaffen worden, nach der die Verwendungsbeschränkung als Inhalt des dinglichen Rechts vereinbart werden kann. Die Parteien eines Erbbaurechtsvertrags sollen verlangen können, dass diese Verpflichtungen für die gesamte Dauer des Erbbaurechts eingehalten werden (Begründung zu § 2 im Reichsanzeiger Nr. 26 vom 31. Januar 1919).
- 24 Der mit der Bestellung eines Erbbaurechts verfolgte Zweck dauert solange an, wie das Erbbaurecht besteht. Er endet nicht bereits dann, wenn das Erbbaurecht in einer Generation entsprechend dem vereinbarten Inhalt des dinglichen Rechts gemäß genutzt worden ist. Eine Befristung der Bindung des

Erbbauberechtigten auf 30 Jahre liefen dem Zweck eines Erbbaurechts zuwider. Sie führte bei den üblicherweise längeren, an der wirtschaftlichen Nutzungsdauer der Bauwerke orientierten Laufzeiten der Erbbaurechte regelmäßig dazu, dass für die längste Zeit, in der das Erbbaurecht besteht, nicht sichergestellt wäre, dass es dem Zweck diene, zu dem es ausgegeben wurde.

25 (bb) Die Ausübung des Heimfallanspruchs wegen Verstoßes gegen eine Selbstnutzungsverpflichtung führt auch nicht zu einer dem Gebot angemessener Vertragsgestaltung widersprechenden Abschöpfung zwischenzeitlich eingetretener Bodenwertsteigerungen oder dem Erbbauberechtigten gewährter Subventionen.

26 Der Vorteil aus einer Steigerung des Bodenwerts verbleibt bei der Bestellung eines Erbbaurechts stets dem Grundstückseigentümer; dieser gebührt ihm unabhängig davon, ob der Erbbauberechtigte das Erbbaugrundstück zweckentsprechend verwendet oder nicht (vgl. Senat, Urteil vom 21. Juli 2006 - V ZR 252/05, NJW-RR 2006, 1452 Rn. 21). Dem Erbbauberechtigten werden durch die Ausübung des Heimfallanspruchs allerdings Subventionen entzogen, wenn der Ausgeber - wie hier von dem Berufungsgericht festgestellt - das Erbbaurecht zu einem unter seinem Verkehrswert liegenden Preis veräußert hat. Sie werden dem Erbbauberechtigten für die Zukunft vorenthalten, wenn - was hier zwar von dem Berufungsgericht nicht festgestellt ist, aber nach dem von der Beklagten vorgelegten Gutachten naheliegt - auch der vereinbarte Erbbauzins erheblich unter dem marktüblichen liegt. Ein Erbbaurechtsvertrag ist jedoch nicht deshalb unangemessen, weil mit der Ausübung des Heimfallrechts ein Verlust der dem Erbbauberechtigten gewährten Subventionsvorteile einhergeht. Wäre das in den von öffentlichen Körperschaften abgeschlossenen Erbbauverträgen nicht zulässig, weil auch in diesen nur auf maximal 30 Jahre beschränkte Selbstnutzungsverpflichtungen dem Verhältnismäßigkeitsgebot entsprechen, könnten die Erbbauberechtigten nach dem Wegfall der Nutzungs-

bindung auf Grund der Subventionierung höhere Erträge aus der Vermietung des Erbbaurechts erwirtschaften. Das liefe in besonderer Weise dem durch die Vergabe zu günstigen Konditionen von den Erbbaurechtsausgebern verfolgten sozialen Zweck zuwider, minder bemittelten Personen ein Wohnen im eigenen Haus zu tragbaren Kosten zu ermöglichen.

- 27 (cc) Die mit einem Heimfallanspruch des Grundstückseigentümers beherrschte Verwendungsbeschränkung stellt allerdings - wie die mit einem Wiederkaufsrecht des Verkäufers verbundene langfristige Nutzungsbeschränkung in einem Grundstückskaufvertrag - auch in einem Erbbaurechtsvertrag für den Erbbauberechtigten eine besondere Belastung dar, weil er die ganze Zeit die Selbstnutzungsverpflichtung erfüllen muss, wenn er nicht Gefahr laufen will, das Erbbaurecht zu verlieren (vgl. zum Wiederkaufsrecht: Senat, Urteil vom 29. Oktober 2010 – V ZR 48/10, NJW 2011, 515 Rn. 20). Dieser Gesichtspunkt rechtfertigt es jedoch nicht, für die Laufzeit des Erbbaurechts vereinbarte Verwendungsbeschränkungen in einem von einer öffentlichen Körperschaft mit einem Privaten abgeschlossenen Erbbaurechtsvertrag generell als unzulässig anzusehen. Der Erbbaurechtsausgeber wäre andernfalls im Interesse der Sicherung des von ihm verfolgten Zwecks zur Bestellung kurzfristiger (auf 30 Jahre begrenzter) Erbbaurechte mit Verlängerungs- oder Erneuerungsoptionen genötigt, was dem Interesse des Erbbauberechtigten an einer nach der Nutzungsdauer des Bauwerks bemessenen Laufzeit des Erbbaurechts widerspräche. Langfristige Erbbaurechtsverträge sind für den Erbbauberechtigten auch deshalb wirtschaftlich günstig, weil der (bei den zu Wohnzwecken bestellten Erbbaurechten zudem nach § 9a ErbbauRG begrenzte) Anstieg des Erbbauzinses in der Vergangenheit hinter dem der Grundstückswerte zurückgeblieben ist und daher regelmäßig nicht der Rendite entspricht, die sonst aus dem Grundstückswert zu erzielen wäre (vgl. Senat, Urteil vom 14. Oktober 1988 - V ZR 175/87, NJW 1989, 2129, 2130). Diese Vorteile für den Erbbauberech-

tigten verstärken sich, wenn schon der bei Vertragsschluss vereinbarte Erbbauzins auf Grund der von dem Erbbaurechtsausgeber verfolgten sozialen Zielsetzungen unter dem marktüblichen liegt. Bei Berücksichtigung der berechtigten Interessen der Erbbaurechtsausgeber widerspräche es dem Gebot angemessener Vertragsgestaltung, die Zulässigkeit vertraglicher Nutzungsbeschränkungen in den von öffentlichen Körperschaften mit Privaten geschlossenen Erbbauverträgen auf die Dauer von 30 Jahren zu begrenzen, und es damit den Erbbauberechtigten zu ermöglichen, zu Lasten der öffentlichen Hand mit dem Zweck des Erbbaurechts unvereinbare, wirtschaftliche Vorteile zu ziehen.

28 Dass eine mit dem Heimfallrecht verbundene Verwendungsbeschränkung den Erbbauberechtigten besonders belastet, hat daher nicht die Unwirksamkeit der vertraglichen Regelung zur Folge. Dieser Umstand ist vielmehr bei der Ausübung des Heimfallanspruchs wegen eines Verstoßes gegen die Selbstnutzungsverpflichtung zu berücksichtigen, da das Verhältnismäßigkeitsgebot die öffentlichen Körperschaften auch dazu verpflichtet, ihre Rechte so auszuüben, dass im Einzelfall keine unzumutbaren Härten für ihre Vertragspartner entstehen (Senat, Urteil vom 16. April 2010 - V ZR 175/09, NJW 2010, 3505 Rn. 18). Soweit der Senat in der Entscheidung vom 21. Juli 2006 (V ZR 252/06, NJW-RR 2006, 1452 Rn. 22) ausgeführt hat, dass in Erbbauverträgen vereinbarte Nutzungs- und Verfügungsbeschränkungen ebenso wie die mehr als 70 Jahre nach ihrer Begründung ausgeübten Wiederkaufsrechte, keinen Bestand hätten, hält er daran nicht fest.

29 cc) § 5 Nr. 1 und § 13 Nr. 1 d ErbbV halten einer Prüfung an den Vorschriften über die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen (§§ 307 ff. BGB) ebenfalls stand. Die Verwendungsbeschränkung und das Heimfallrecht sind keine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksamen, den Vertragspartner des Verwenders nach Treu und Glauben unangemessen benachteiligenden Bestimmungen (§ 307 Abs. 1 Satz 1 BGB).

30 (1) Die Bestimmungen enthalten keine Abweichung von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, bei der nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB im Zweifel eine unangemessene Benachteiligung anzunehmen wäre. Ein gesetzliches Leitbild, nach dem der Erbbauberechtigte mit seinem Bauwerk nach Belieben verfahren kann, ist angesichts dessen, dass nach § 2 Nr. 1 Erbbaurechtsgesetz das Bauwerk betreffende Pflichten als Inhalt des dinglichen Rechts bestimmt werden können, dem Gesetz über das Erbbaurecht nicht zu entnehmen.

31 (2) Die vertraglichen Regelungen schränken die Rechte des Erbbauberechtigten auch nicht in einer den Vertragszweck gefährdenden Weise ein (§ 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB). Bei einem zu Wohnzwecken bestellten Erbbaurecht kommt das zwar in Betracht, wenn eine vertragliche Bestimmung dazu führt, dass der Erbbauberechtigte seine Wohnung verliert (vgl. Senat, Urteil vom 17. Mai 1991 - V ZR 140/90, BGHZ 114, 338, 341). So verhält es sich bei § 13 Nr. 1 d ErbbV aber nicht, weil der Heimfallgrund voraussetzt, dass der Erbbauberechtigte das Bauwerk nicht selbst zu Wohnzwecken nutzt.

32 dd) § 5 Nr. 1 und § 13 Nr. 1 d ErbbV sind auch unionsrechtlich wirksam. Der Senat kann dies ohne eine Vorlage nach Art. 267 Abs. 3 AEUV entscheiden, weil die sich hier stellenden gemeinschaftsrechtlichen Rechtsfragen bereits Gegenstand mehrerer Entscheidungen des Gerichtshofs der Europäischen Union gewesen und danach eindeutig zu beantworten sind (vgl. EuGH, Urteil vom 6. Oktober 1982, Rs C-281/81, CILFIT, EU:C:1982:335 Rn.13, 14).

33 Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs sind nationale Maßnahmen, auch wenn sie die Ausübung der durch die europäischen Verträge garantierten Grundfreiheiten behindern oder weniger attraktiv machen, dann zulässig, wenn mit ihnen ein im Allgemeininteresse liegendes Ziel verfolgt wird, wenn sie geeignet sind, dessen Erreichung zu gewährleisten und wenn sie nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung des verfolgten Ziels erforderlich ist (EuGH,

Urteil vom 8. Mai 2013, Rs C-197/11 und Rs C-203/11, Libert u.a. und All Projects & Development NV, EU:C:2013:288 Rn. 48 m.w.N.). Erfordernisse der sozialen Wohnungspolitik eines Mitgliedstaats sind zwingende Gründe des Allgemeininteresses, die Beschränkungen der Grundfreiheiten rechtfertigen können (EuGH, Urteil vom 1. Oktober 2009 - Rs C-567/07, Woningstichting Sint Servatius, EU:C:2009:593 Rn 30 und Urteil vom 8. Mai 2013, Rs C-197/11 und Rs C-203/11, Libert u.a. und All Projects & Development NV u.a., aaO Rn. 52). Danach ist eine mögliche Beeinträchtigung der Grundfreiheiten hier unbedenklich. Das Gebot zur Selbstnutzung und der an dessen Verletzung anknüpfende Heimfallsanspruch sind erforderliche und angemessene Mittel, um den von der Klägerin mit der Ausgabe der Erbbaurechte verfolgten sozialen Zweck sicherzustellen.

34 c) Im Ergebnis richtig ist auch die Annahme des Berufungsgerichts, dass der Heimfallsanspruch nicht verjährt ist. Bei einer vertragswidrigen Nutzung des von dem Erbbaurecht erfassten Bauwerks kommt es für den Verjährungsbeginn darauf an, ob es sich um einen abgeschlossenen Vorgang oder um eine fortdauernde Vertragswidrigkeit handelt, die der Erbbauberechtigte zu beseitigen hat (Lemke/Czub, Immobilienrecht, § 4 ErbbauRG Rn. 3; Ingenstau/Hustedt, ErbbauRG, 10. Aufl., § 4 Rn. 9; RGRK/Räfle, BGB, 12. Aufl., § 4 ErbbVO Rn. 3; Staudinger/Rapp, BGB [2009], § 4 ErbbauRG Rn. 2). Der Verstoß gegen die Selbstnutzungspflicht ist eine fortdauernde Vertragswidrigkeit. Die Verjährung kann daher nicht eintreten, solange der Beklagte gegen § 5 Nr. 1 ErbbV verstößt (vgl. Senat, Urteil vom 28. September 1984 - V ZR 135/83, NJW 1985, 1464, 1465; Urteil vom 8. Mai 2015 - V ZR 178/14, juris Rn. 9). Letzteres ist hier der Fall, da der Beklagte seiner Verpflichtung zur Selbstnutzung nicht nachkommt.

35 2. Nicht rechtsfehlerfrei ist jedoch die Begründung, mit der das Berufungsgericht die Zulässigkeit der Ausübung des Heimfallsanspruchs bejaht.

- 36 a) Zutreffend ist dessen Ausgangspunkt, dass die Klägerin nicht nur bei der Vertragsgestaltung, sondern auch bei der Ausübung ihrer vertraglichen Rechte an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebunden ist. Diese Pflicht der Klägerin beruht allerdings nicht auf dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB), dem auch Private unterworfen sind, sondern auf ihrer Bindung als öffentliche Körperschaft an die Grundsätze des Verwaltungsprivatrechts (vgl. Senat, Urteil vom 29. November 2002 - V ZR 105/02, BGHZ 153, 93, 106; Urteil vom 21. Juli 2006 - V ZR 252/05, NJW-RR 2006, 1452 Rn. 10; Urteil vom 13. Oktober 2006 - V ZR 33/06, NJW-RR 2007, 962 Rn. 19; Urteil vom 16. April 2010 - V ZR 175/09, NJW 2010, 3505 Rn. 18; Urteil vom 29. Oktober 2010 - V ZR 48/10, NJW 2011, 515 Rn. 16). Die Klägerin muss danach im Wege einer Ermessensentscheidung prüfen, ob die Durchsetzung des Heimfallanspruchs im Interesse der Sicherung des mit der Ausgabe des Erbbaurechts verfolgten Zwecks geboten ist oder eine vermeidbare Härte darstellt (vgl. Senat, Urteil vom 16. April 2010 - V ZR 175/09, aaO Rn. 18; Urteil vom 29. Oktober 2010 - V ZR 48/10, aaO Rn. 16).
- 37 b) Die Erwägungen, mit denen das Berufungsgericht die Verhältnismäßigkeit bejaht, lassen die auf den Grundsätzen des Verwaltungsprivatrechts beruhenden Pflichten der Klägerin unberücksichtigt. Die Geltendmachung des Heimfallanspruchs stellt sich nicht schon deshalb als verhältnismäßig dar, weil der Beklagte seiner Verpflichtung nach § 22 ErbbV, die Zustimmung der Klägerin bereits vor der Vermietung einzuholen, nicht nachgekommen ist und weil auch sein nachfolgendes Verhalten (die fehlende Kooperation mit der Klägerin nach der durch das Mieterhöhungsverlangen veranlassten Aufforderung zur Selbstnutzung) darauf schließen lasse, dass die Erfüllung der Vorgaben des Erbbaurechtsvertrags durch ihn nicht gesichert sei.
- 38 aa) Wegen Nichteinholung der Zustimmung zum Mietvertrag hätte die Klägerin den Heimfallanspruch erst ausüben dürfen, wenn sie zuvor gemäß



§ 25 Abs. 1 Satz 1 VwVfG angeregt hätte, diese Zustimmung einzuholen. Diese Vorschrift ist im Verwaltungsprivatrecht entsprechend anzuwenden (BeckOK-VwVfG/Herrmann, 26. Edition, § 25 Rn. 4; Kallerhoff in Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 8. Aufl., § 25 Rn. 13). Sie ist ein Gebot für ein rechtsstaatliches faires Verfahren. Der Bürger soll nicht Rechte deswegen verlieren, weil er aus Unkenntnis einen Antrag nicht stellt, den er stellen müsste, um einen Rechtsnachteil abzuwenden.

- 39           bb) Die Ausübung des Heimfallanspruchs ist auch nicht wegen der Nichtvorlage des Mietvertrags und des Mieterhöhungsverlangens als verhältnismäßig anzusehen; denn die Klägerin ist nach den bisherigen Feststellungen insoweit nicht ihrer Verpflichtung nachgekommen, die mit einem Heimfall wegen Verstoßes gegen die Selbstnutzungspflicht verbundenen Härten möglichst zu vermeiden. Dazu hätte es gehört, dem Beklagten aufzuzeigen, ob und unter welchen Voraussetzungen sie die Zustimmung zu einer Vermietung nach § 22 ErbbV erteilt. Ein solcher Hinweis war zudem auf Grund des vorangegangenen Verhaltens der Klägerin geboten. Denn dass die damalige Erbbauberechtigte, die aus dem Großvater des Beklagten und diesem bestehende Gesellschaft, die Pflicht zur Selbstnutzung nicht lange Zeit würde erfüllen können, war für alle Vertragsteile bereits bei dem Vertragsschluss im Jahre 2006 ersichtlich, da der die Wohnung nutzende Großvater damals 84 Jahre alt war und der Beklagte in einem anderen Bundesland wohnte. Mit ihrer Zustimmung zur Übertragung des Erbbaurechts nach dem Tod des Großvaters auf den Beklagten hat die Klägerin zudem dessen Erwartung bestärkt, dass sie das Heimfallrecht nicht wegen eines Verstoßes gegen die Selbstnutzungsverpflichtung ausüben werde. Das Vorstehende gilt unabhängig davon, ob die Behauptung des Beklagten wahr ist, der frühere Betriebsleiter der Klägerin habe ihm mehrmals erklärt, dass die Vermietung an Ortsansässige für die Klägerin kein Problem sei.

40 c) Die Annahme des Berufungsgerichts, die Rechtsausübung der Klägerin sei verhältnismäßig, stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar.

41 aa) Die Klägerin darf ihr Heimfallrecht nicht schon deswegen ausüben, weil sie damit in die Lage versetzt würde, über die Verwendung des zurückerlangten Erbbaurechts (durch Vermietung oder erneute Veräußerung) zu disponieren und einen anderen Vertragspartner frei auszuwählen. Das Gebot verhältnismäßiger Ausübung vertraglicher Rechte verpflichtet eine öffentliche Körperschaft, die ein zu Wohnzwecken dienendes Erbbaurecht an einen Privaten ausgegeben hat, eine mit der Durchsetzung des Heimfallanspruchs verbundene Härte für den Erbbauberechtigten zu vermeiden, wenn das unter Wahrung der mit der Ausgabe des Erbbaurechts verfolgten Zweck möglich ist. Die Klägerin ist daher grundsätzlich verpflichtet, die Vermietung nach § 22 ErbbV zu genehmigen oder der Veräußerung des Erbbaurechts durch den Beklagten an die ortsansässige Schwester nach § 12 Nr. 1 ErbbV zuzustimmen, wenn damit der mit der Erbbaurechtsvergabe verfolgte Zweck gewahrt bliebe.

42 bb) Die Klägerin wäre unter diesen Umständen nicht durch § 22 Satz 3 ErbbV gehindert, die Vermietung zu genehmigen. Zwar enthält diese Bestimmung Ausschlussstatbestände für die von dem Ermessen der Klägerin abhängige Zustimmung; danach wird die Zustimmung u.a. dann nicht erteilt, wenn der Mieter nicht (sei es auch nur zu einem kleineren Anteil) Mitberechtigter des Erbbaurechts ist. Die Voraussetzungen des Befreiungstatbestands sind aber ebenfalls am Verhältnismäßigkeitsgebot zu messen. Dem hält die Bestimmung nicht stand, weil sie die Zustimmung des Grundstückseigentümers zur Vermietung stets von einer dinglichen Beteiligung des Mieters am Erbbaurecht abhängig macht. Damit wird eine Zustimmung zur Vermietung auch dann ausgeschlossen, wenn diese ohne Gefährdung des mit der Ausgabe des Erbbaurechts verfolgten Zwecks erteilt werden kann, weil der Erbbauberechtigte zum

Beispiel nur für eine begrenzte Zeit das Bauwerk nicht selbst nutzen kann. Die Unwirksamkeit als Folge des Verstoßes gegen das Gebot angemessener Vertragsgestaltung bleibt hier jedoch schon auf Grund der salvatorischen Erhaltungsklausel in § 29 Nr. 1 ErbbV auf die betroffene Bestimmung beschränkt.

43           3. Rechtsfehlerhaft ist auch die Entscheidung über den Anspruch auf Herausgabe und Räumung. Der Beklagte schuldet das (jedenfalls derzeit) noch nicht, weil die Geltendmachung des Heimfallanspruchs nur den Übertragungsanspruch fällig stellt, aber nicht zur Übertragung des dinglichen Rechts führt. Der Erbbauberechtigte kann bis zum Vollzug der Übertragung durch Eintragung nach § 11 Abs. 2 ErbbauRG, § 873 BGB das Erbbaurecht weiter nutzen; er bleibt bis dahin zum Besitz berechtigt und zur Zahlung des Erbbauzinses verpflichtet (Senat, Urteil vom 18. Mai 1990 - V ZR 190/89, NJW-RR 1990, 1095).

### III.

44           Das Berufungsurteil ist danach aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 562, § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Hierzu weist der Senat auf folgendes hin:

45           Die Ausübung des Heimfallanspruchs stellte sich als derzeit unzulässig dar, wenn der Beklagte durch Vorlage eines gegebenenfalls anzupassenden Mietvertrags (Verzicht auf mit dem Zweck des Erbbaurechts unvereinbare Mieterhöhungen; Sicherstellung der Nutzung durch den ortsansässigen Mieter) oder eines Kaufvertrags mit seiner Schwester die Zustimmung zur Vermietung oder zur Veräußerung noch erreichen könnte, wozu ihm die Klägerin grundsätzlich Gelegenheit zu geben hat. Ob dies der Fall ist, hängt in Bezug auf eine Zustimmung zur Vermietung von den Konditionen des Mietvertrags und der Verwaltungspraxis der Klägerin bei der Anwendung des § 22 ErbbV und hinsichtlich einer Zustimmung zu einer Veräußerung davon ab, ob die Schwester des Beklagten zu dem in § 5 ErbbV genannten Personen gehört, an die die Klägerin

die Erbbaurechte vergeben hat. Die Klage wäre dagegen begründet, wenn die Klägerin den Beklagten bereits zur Vorlage der Verträge aufgefordert hätte, ohne dass dieser dem nachgekommen wäre, oder wenn die Klägerin darlegt, dass allein die Ausübung des Heimfallanspruchs pflichtgemäßem Ermessen entspricht, weil nach dem in § 5 ErbbV bestimmten Zweck des Erbbaurechts eine Zustimmung weder zur Vermietung (§ 22 ErbbV) noch zur Veräußerung an die Schwester des Beklagten (§ 12 ErbbV) in Betracht kommt.

Stresemann

Schmidt-Räntsch

Czub

Kazele

Göbel

Vorinstanzen:

LG Flensburg, Entscheidung vom 30.01.2014 - 7 O 98/12 -

OLG Schleswig, Entscheidung vom 05.06.2014 - 2 U 2/14 -