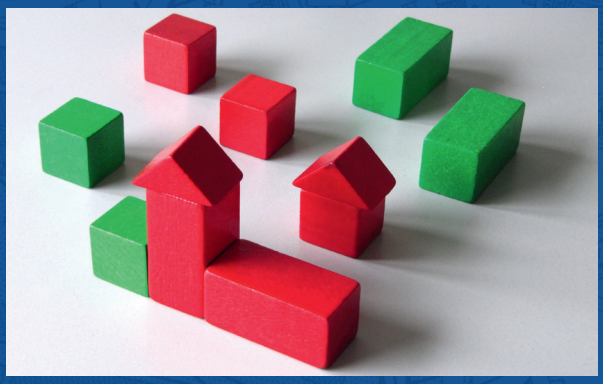
FORUM Bauland Management
Bestand und Entwicklung

Der Einsatz des Erbbaurechts aus kommunaler Perspektive

Arbeitshilfe



Impressum

Herausgeber

Forum Baulandmanagement NRW
www.forum-bauland.nrw

Mitglieder (Stand: Dezember 2022)

Stadt Aachen • Gemeinde Alfter • Stadt Bergisch Gladbach • Stadt Bocholt • Stadt Bochum • Stadt Bonn • Stadt Bornheim • Stadt Datteln • Stadt Dinslaken • Stadt Duisburg • Stadt Düsseldorf • Stadt Essen • Stadt Gelsenkirchen • Stadt Gladbeck • Stadt Gronau • Stadt Hamm • Stadt Heiligenhaus • Stadt Herne • Stadt Kaarst • Stadt Kerpen • Stadt Krefeld • Stadt Leverkusen • Stadt Minden • Stadt Münster • Stadt Ratingen • Stadt Recklinghausen • Stadt Rheinbach • Gemeinde Selfkant • Stadt Siegen • Stadt Stolberg • Stadt Velbert • Stadt Wermelskirchen • Stadt Wesel • Gemeinde Westerkappeln • Stadt Witten • Stadt Wuppertal • Städtetag NRW • Städte- und Gemeindebund NRW • Ministerium für Heimat, Kommunales, Bau und Digitalisierung des Landes Nordrhein-Westfalen (MHKBD NRW) • ILS - Institut für Landes- und Stadtentwicklungsforschung gGmbH • Institut für Bodenmanagement (IBoMa) • BEG BahnflächenEntwicklungsGesellschaft NRW mbH • Dinslakener Flächenentwicklungsgesellschaft mbH • EGS Entwicklungsgesellschaft Selfkant mbH • GEBAG Duisburger Baugesellschaft mbH • NRW.URBAN GmbH & Co. KG • Wirtschaftsförderung Alfter GmbH • Wolter Hoppenberg Rechtsanwälte Partnerschaft mbB

Bearbeitung

Quaestio
Forschung und Beratung GmbH
Bernhard Faller & Colin Beyer

Friesenstraße 17, 53175 Bonn
Tel. +49 (0)228 266888-0
E-Mail office@quaestio-fb.de

Prof. Dr. Dirk Löhr, MBA
Steuerberater | Kommunalberater, DASL
Hochschule Trier (Umwelt-Campus Birkenfeld)

Privat: Gregor-Wolf-Straße 19, 66606 St. Wendel

unter Mitarbeit von Prof. Dr. Stephan Tomerius, HWR Berlin

Kontakt

Koordinierungsstelle des Forum Baulandmanagement NRW
c/o STADTRAUMKONZEPT GmbH
Sebastian Siebert

Huckarder Straße 12, 44147 Dortmund
Tel. +49 (0)231 999937-50
E-Mail kontakt@forum-bauland.nrw

Layout & Satz

STADT
RAUM
KONZEPT

1. Auflage 2022

Nachdruck, auch auszugsweise, nur mit Genehmigung und Quellenangabe des Herausgebers

Titelfotos: Rainer Sturm / pixelio.de

Der Einsatz des Erbbaurechts aus kommunaler Perspektive

Arbeitshilfe

Vorwort

Stefan Raetz

Bürgermeister der Stadt Rheinbach a. D.

Geschäftsführer der Wirtschaftsförderungs- und Entwicklungsgesellschaft der Stadt Rheinbach mbH

Vorsitzender des Forum Baulandmanagement NRW

Das Erbbaurecht erlebt seit einiger Zeit und gut einhundert Jahre, nachdem es in Deutschland gesetzlich verankert wurde, eine Renaissance – zunächst vor allem in fachöffentlichen und kommunalpolitischen Diskussionen. In ersten Städten sind Beschlüsse gefasst worden, Grundstücke in der Regel nur noch im Erbbaurecht zu vergeben. In dem Instrument wird das Potenzial gesehen, einen Beitrag zum Umgang mit drängenden Herausforderungen der Stadtentwicklung leisten zu können, insbesondere zur Schaffung dauerhaft preisgünstigen Wohnraums und der Verhinderung von Bodenspekulation. Neben vielen weiteren Akteuren forderte daher auch die Baulandkommission des Bundes eine stärkere Nutzung des Erbbaurechts. Zuletzt setzte die Koalitionsvereinbarung von CDU und GRÜNEN in Nordrhein-Westfalen ein entsprechendes Signal, indem darin die Absicht erklärt wird, Landesliegenschaften künftig vorranging über Erbpacht zu vergeben.

Gleichzeitig mag das Instrument jedoch aus Sicht möglicher Erbbaurechtsnehmer so unattraktiv wie selten zuvor sein: Die zuletzt historisch niedrigen Hypothekenzinsen lassen das Erbbaurecht auf den ersten Blick oftmals als die schlechtere Alternative zum Erwerb eines Grundstücks erscheinen, die Zinsanpassung bestehender Erbbaurechtsverträge führt zudem zu erheblichen Mehrbelastungen der Erbbauberechtigten angesichts rasant gestiegener Bodenwerte. Dies trägt sicherlich mit dazu bei, dass das Erbbaurecht in Deutschland insgesamt betrachtet auch heute immer noch ein Nischendasein fristet.

Angesichts dieses Zwiespalts stellt sich die Frage, inwieweit der Einsatz des Erbbaurechts die in ihn gesteckten Erwartungen erfüllen kann und wie er ausgestaltet sein muss, um sowohl aus stadtentwicklungs- und wohnungspolitischer Sicht positiv zu wirken als auch ein marktgerechtes Angebot darzustellen, das Investoreninteresse hervorruft.

Das Forum Baulandmanagement NRW als interkommunales Netzwerk im Themenfeld des Flächenmanagements sieht es als seine Aufgabe, die kommunale Praxis mit einer Handreichung zum Umgang mit diesem Instrument zu unterstützen. Die vorliegende Publikation zeigt, welche Zielsetzungen mit dem Erbbaurecht erfolgreich verfolgt werden können, wo und für wen es sinnvoll anwendbar ist und welche Regelungen dafür im Detail erforderlich sind. Angesichts komplexer und vielfältiger Einflussfaktoren auf den Erbbaurechtsvertrag stellt die Arbeitshilfe somit nicht zuletzt eine praxisgerechte Handreichung für den Umgang

mit den Herausforderungen der Vertragsgestaltung dar. Im Fokus stehen dabei die vielfältigen Möglichkeiten der flexiblen Ausgestaltung ebenso wie deren Grenzen sowie Chancen und Risiken unterschiedlicher Einstellmöglichkeiten der verschiedenen „Stellschrauben".

Der große Umfang der Arbeitshilfe spiegelt die Komplexität des Themas wider, wobei ihre klare Gliederung sowie optisch abgesetzte Kapitelzusammenfassungen und Musterformulierungen dazu beitragen, dass sie auch als Nachschlagwerk in der Praxis Anwendung finden kann. Auch wenn immer wieder Bezug auf landesgesetzliche Regelungen und Fördermöglichkeiten Nordrhein-Westfalens genommen wird, so ist eine Übertragbarkeit eines Großteils der Aussagen und Empfehlungen auch auf andere Länder anzunehmen.

Die Arbeitshilfe hätte ohne die große Mitwirkungsbereitschaft von zahlreichen Interviewpartnern aus verschiedenen Kommunen und Institutionen nicht erstellt werden können. Ein besonderer Dank gilt den Mitgliedern eines Arbeitskreises des Forum Baulandmanagement NRW, der den gesamten Entstehungsprozess dieser Arbeitshilfe eng begleitet und durch konstruktive, kompetente Mitarbeit insbesondere die Praxistauglichkeit der Veröffentlichung sichergestellt hat.

Liste der Arbeitskreismitglieder im Anhang

Inhalt

1 Vorab: Einordnung und zentrale Erkenntnisse 9

2 Erwartungen an den vermehrten Einsatz des Erbbaurechts 17

2.1 Der wohnungspolitische und stadtentwicklungspolitische Kontext einer vermehrten Erbbaurechtsvergabe 17

2.2 Motive für den vermehrten Einsatz des Erbbaurechts 18

2.3 Erbbaurecht oder Grundstückskauf: Wichtige Optimierungs- und Gestaltungsfragen bei der Erbbaurechtsvergabe 21

2.4 Marktgerechtigkeit im Kontext wohnungspolitischer Motive 23

3 Möglichkeiten zur Ausgestaltung des Erbbaurechts 25

3.1 Erbbaurecht: Was ist das? 25

3.2 Erbbauzins 26

3.2.1 Höhe des eingangs festgesetzten Erbbauzinses 26

3.2.2 Anpassung des Erbbauzinses 38

3.3 Vertragslaufzeit 42

3.4 Alternde Verträge: Sprechklauseln 44

3.5 Verlängerung des Erbbaurechtsvertrages 45

3.6 Vorrecht auf Erneuerung 46

3.7 Heimfallregelungen 47

3.8 Entschädigung des Erbbaurechtsnehmers für das Bauwerk 51

3.9 Zustimmungserfordernis zur Belastung eines Erbbaurechts 55

3.10 Zustimmungserfordernis bei Veräußerung eines Erbbaurechts 57

3.11 Bauverpflichtungen 58

3.12 Errichtung, Instandhaltung und Verwendung des Bauwerks 59

3.13 Versicherung des Bauwerks, Wiederaufbauverpflichtung im Falle der Zerstörung 62

3.14 Vorkaufsrechte 64

3.15 Tragung öffentlicher Lasten und Abgaben 65

4 Steuern und Finanzierung 67

4.1 Steuerliche Aspekte 67

4.2 Finanzierung von Erbbaurechten: zwangsversteigerungsfeste Erbbauzinsen und Stillhalteerklärungen 68

5 Vergabe von Erbbaurechten 71

5.1 Suche geeigneter Partner über Konzeptvergabeverfahren 71

5.2 Vergaberecht: Ist eine Ausschreibung notwendig? 72

5.2.1 Vergaberechtliche Vorgaben aus dem EuGH-Urteil „Helmut Müller" 72

5.2.2 Erbbaurechtsvergabe als Baukonzession oder Bauauftrag? 73

5.2.3 Fazit 75

5.3 Beihilferecht 76

5.3.1 Keine Beihilfe nach den „Altmark-Trans-Kriterien" 77

5.3.2 Modifizierte Anwendbarkeit der beihilferechtlichen Regelungen bei Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI) 78

5.3.3 Fazit 81

5.4 Kommunales Haushaltsrecht 83

5.5 Besondere Verfahrensanforderungen bei Einheimischenmodellen 84

5.6 Vertragsgestaltung 85

5.7 Potenzielle Partner bei Konzeptvergaben 86

6 Wirtschaftliche Vorteilhaftigkeit von Erbbaurechten .. 87

6.1 Die Perspektive der Kommune als Erbbaurechtsgeber 87

6.2 Die Perspektive des Wohnungsbauinvestors als Erbbaurechtsnehmer 90

6.2.1 Zahlungsströme und Einflussgrößen 90

6.2.2 Einflussgrößen für die marktgerechte Gestaltung des Erbbaurechts 92

6.3 Erbbaurecht und geförderter Wohnungsbau (inkl. Bindungsverlängerung) 96

6.3.1 Erbbaurecht unter den Konditionen des geförderten Wohnungsbaus 96

6.3.2 Konsequenzen einer Bindungsverlängerung für das Erbbaurecht 98

6.3.3 Kompensation über eine Herabsetzung des Erbbauzinses 100

6.3.4 Kompensation über eine Umgestaltung der Förderkulisse 102

6.3.5 Unterstützung mithilfe von Kommunalbürgschaften 105

6.3.6 Unterstützung durch kommunale stille Beteiligungen 106

6.4 Das Erbbaurecht an vier Beispielvorhaben 107

7 Fazit: Chancen und Herausforderungen beim Einsatz von Erbbaurechten 115

8 Literatur 117

9 Anhang 123

Abbildungen

Abb. 1: Bestand von Erbbaurechten in den befragten Kommunen 18

Abb. 2: Derzeitige Einsatzfelder des Erbbaurechts durch die befragten Kommunen im Verhältnis zum Grundstücksverkauf 19

Abb. 3: Motive für einen verstärkten Einsatz des Erbbaurechts aus Sicht der befragten Kommunen 20

Abb. 4: Aufteilung der Eigentumsverhältnisse einer Liegenschaft im Erbbaurecht 25

Abb. 5: Rendite-/Risiko-Struktur bei Erbbaurechten und Volleigentum 28

Abb. 6: Zahlungsströme aus dem Grundstücksverkauf und der Erbbaurechtsvergabe 88

Abb. 7: Zahlungsströme aus dem Grundstücksverkauf und der Erbbaurechtsvergabe aus Sicht des Vorhabenträgers 90

Abb. 8: Einfluss der Entschädigungshöhe eines Erbbaurechtsvertrags auf den Kapitalwert einer Wohnungsbauinvestition in Abhängigkeit vom Erbbauzins 92

Abb. 9: Einfluss von Boden- und Mietpreisniveaus auf den Kapitalwert einer Wohnungsbauinvestition auf einem Erbbaugrundstück in Abhängigkeit vom Erbbauzins 93

Abb. 10: Einfluss von Baukosten auf den Kapitalwert einer Wohnungsbauinvestition auf einem Erbbaugrundstück in Abhängigkeit vom Erbbauzins 94

Abb. 11: Einfluss von Finanzierungszinsen auf den Kapitalwert einer Wohnungsbauinvestition auf einem Erbbaugrundstück in Abhängigkeit vom Erbbauzins 95

Abb. 12: Kapitalwert einer öffentlich geförderten Wohnungsbauinvestition (Wohnraumförderung NRW 2022) auf einem Erbbaugrundstück in Abhängigkeit vom Erbbauzins im Vergleich zu einem freifinanzierten Wohnungsbau auf Marktmiet- und Fördermietniveau 97

Abb. 13: Beispielhafte Mietpfade einer geförderten Wohnung (Wohnraumförderung NRW 2022, Mietenstufe 4) mit einer Bindungsdauer von 30 oder 60 Jahren im Vergleich zu einer freifinanzierten Wohnung 98

Abb. 14: Kapitalwert geförderter Wohnungsbauinvestitionen (Wohnraumförderung NRW 2022) mit verschiedenen Bindungsdauern über den Förderzeitraum hinaus auf einem Erbbaugrundstück in Abhängigkeit vom Erbbauzins 99

Abb. 15: Liquidität in den ersten 60 Jahren nach der Investition für verschiedene Bindungsdauern und Finanzierungsdauern eines geförderten Wohnungsbaus 104

Abb. 16: Beispielgrundstück Seffenter Weg, Aachen 111

Abb. 17: Beispielgrundstück Biemenhorster Weg, Bocholt 112

Abb. 18: Beispielgrundstück Trabrennbahn, Dinslaken 113

Abb. 19: Beispielgrundstück Markweg, Münster 114

Abb. 20: Rechenweg im Vollständigen Finanzplan 125

Tabellen

Tab. 1: Inhalt des Grundbuchs des belasteten Grundstücks und des Erbbaurechts 25

Tab. 2: Beispiel für die Ermittlung eines marktgerechten Erbbauzinssatzes (Mehrfamilienhaus) 31

Tab. 3: Relationen der Erbbauzinssätze in Stuttgart – Übertragung auf andere Konstellationen 35

Tab. 4: Berücksichtigung der Erbbauzinsreallast in der Finanzierung 70

Tab. 5: Erbbauzinssatz zur finanziellen Gleichstellung der Erbbaurechtsvergabe (90 Jahre Laufzeit) mit dem Grundstücksverkauf für einen kommunalen Grundstückseigentümer 89

Tab. 6: Erbbauzinssatz zur finanziellen Gleichstellung eines 60-jährigen Erbbaurechts zum Grundstücksverkauf für einen kommunalen Erbbaurechtsgeber 124

Tab. 7: Vollständige Berechnungsannahmen zu den Berechnungen der Wirtschaftlichkeit 126

1 Vorab: Einordnung und zentrale Erkenntnisse

Hohe politische Erwartungen an das Erbbaurecht

Das Erbbaurecht hat als Alternative zum Volleigentum in den letzten Jahren erheblich an Popularität gewonnen. In vielen Kommunen führt dies derzeit zu einer politischen Neubewertung, was sich in entsprechenden Grundsatzbeschlüssen niederschlägt. Einige Städte sehen vor, kommunale Grundstücke nur noch im Erbbaurecht zu vergeben (z. B. Berlin oder Köln), andere eröffnen den Investoren eine Wahlfreiheit (z. B. Stuttgart).

In der Regel zielt dies auf eine Stärkung des bezahlbaren Wohnens bzw. des geförderten Wohnungsbaus. Damit korrespondierend resultiert diese politische Neubewertung des Erbbaurechts primär aus veränderten wohnungspolitischen Aufgabenstellungen. Die Verteuerung des Wohnens ist in vielen Städten - nicht mehr nur in den Kernstädten – zu einem zentralen Bezugspunkt des wohnungspolitischen Handelns geworden.

Parallel dazu muss die Kommunalpolitik zur Kenntnis nehmen, dass die hohen Wohnungsbauleistungen der 1990er Jahre mit einer ebenso erhöhten Fertigstellung geförderter Wohnungen aktuell – am Ende des vorgesehenen Bindungszeitraums – zu einem Abschmelzen der mit entsprechenden Belegungs- und Mietpreisbindungen versehenen Wohnungen führt. Das Erbbaurecht scheint hier einen Weg anzubieten, es zukünftig besser zu machen: Denn rechtlich bietet es die Möglichkeit, ein Wohnungsunternehmen auch langfristig auf bestimmte Sozialstandards (insbesondere günstige Mieten) zu verpflichten. Diese Erwartung ist zentral für die beschriebene Neubewertung des Erbbaurechts.

Die wohnungspolitische Debatte ist zugleich eingelagert in eine bodenreformerische Diskussion. Hier weckt das Erbbaurecht die politische Erwartung, eine als schädlich erachtete Bodenspekulation verhindern zu können. Dahinter steht die überzeugende Argumentation, dass die Gemeinschaft durch private und öffentliche Investitionen attraktive Standorte und damit Bodenwerte erzeugt, die auch abwartende, nicht investierende Bodeneigentümer als sogenannte leistungslose Gewinne für sich verbuchen können. Es ist weitgehend fachlich Konsens, dass derartige leistungslose Gewinne ökonomisch dysfunktional sind und zu Fehlallokationen führen.

Die frühere bodenreformerische Diskussion fand auch in den Landesverfassungen von Bayern und Bremen ihren Niederschlag, indem das grundlegende Prinzip des sozialpflichtigen Eigentums explizit auf den Boden und das Grundstückseigentum übertragen wurde. Die Verbindung zum Erbbaurecht ist offensichtlich: Bei der Anwendung des Erbbaurechts auf kommunalen Grundstücken kann der Private das Grundstück zwar für den Bau und die Vermietung der Immobilie nutzen, Eigentümerin bleibt jedoch die Gemeinschaft in Gestalt der Kommune. Somit verbleiben die geschaffenen Bodenwerte auch bei der Gemeinschaft.

Die vertiefte Diskussion dieses Themenkreises würde den Rahmen einer Arbeitshilfe jedoch bei weitem überschreiten. Eins ist jedoch unabhängig davon eindeutig: Soll das Erbbaurecht die ihm zugerechneten Wirkungen zur Verminderung der Bodenspekulation nicht nur im Einzelfall, sondern marktprägend und stadtentwicklungspolitisch wirksam entfalten, sind zwei Voraussetzungen zu erfüllen: Erstens wäre der Anteil der Kommunen am Grundstücksmarkt massiv zu erhöhen, was einen umfassenden Grundstücksankauf voraussetzt. Und zweitens müsste das Erbbaurecht – um langfristig vermehrt in die Anwendung zu kommen - auch auf Seiten der Investoren Akzeptanz finden und hier als mindestens gleichwertige Alternative zum Volleigentum verstanden werden können.

Marktgerechtigkeit versus Durchsetzung wohnungs- und stadtentwicklungspolitischer Ziele

Diese breite Akzeptanz auf der Seite der Investoren und die damit verbundene Gleichwertigkeit zum Volleigentum wird in der vorliegenden Arbeitshilfe als „Marktgerechtigkeit" des Erbbaurechts verstanden. Kernpunkt dieser Marktgerechtigkeit ist ein Erbbauzins, der nicht nur dem jeweiligen Zinsumfeld Rechnung trägt, sondern zugleich die spezifischen, auf der Seite des Erbbaurechtsnehmers erhöhten Risiken widerspiegelt.

Hinzu kommt als Anforderung, dass der Erbbaurechtsvertrag „schlank" gehalten wird. Damit ist gemeint, dass Regelungen vermieden werden sollten, die dem Erbbaurechtsnehmer Beschränkungen oder Pflichten auferlegen, denen keine plausibel belegbaren Risiken des Erbbaurechtsgebers gegenüberstehen. Sowohl hinsichtlich einer marktgerechten Gestaltung des Erbbauzinses als auch bei der Verschlankung der Erbbaurechtsverträge bestehen in Deutschland erhebliche Spielräume, die zu einer erhöhten Akzeptanz des Erbbaurechts beitragen können.

Dieses Prinzip der Marktgerechtigkeit steht allerdings in gewisser Konkurrenz zu den genannten wohnungspolitischen und weiteren stadtentwicklungspolitischen Zielen. Wenn das Erbbaurecht mit wirtschaftlichen Belastungen oder auch ertragsmindernden Beschränkungen befrachtet werden soll, ist es naheliegend, dass Investoren – sofern sie die Wahl haben - auf Grundstücksangebote ausweichen, die nicht mit entsprechenden Belastungen verbunden sind.

Dieser Effekt ist derzeit schon beim Verkauf von Grundstücken mittels Konzeptvergaben zu beobachten: Wenn die politisch gesetzten Anforderungen zu hoch und mit dem gesetzten Grundstückspreis nicht in Deckung zu bringen sind, bleiben die Investoren aus und die benötigten Wohnungen oder Gewerbeflächen werden (zunächst) nicht gebaut bzw. entwickelt. Aus dieser einfachen Logik können sich die Kommunen auch mit dem Erbbaurecht nicht befreien. Solange das Erbbaurecht nicht marktgerecht gestaltet ist, tritt eher das Gegenteil ein: Die Investoren betrachten bereits das nicht marktgerechte Erbbaurecht selbst als eine Belastung, die den wirtschaftlichen Spielraum zur Umsetzung anderer politischer Forderungen (z. B. den geförderten Wohnungsbau) zusätzlich mindert.

Die vorstehende Argumentation ist an die erwähnte Bedingung geknüpft, dass die Investoren eine Wahlfreiheit haben. Dies ist in vielen großstädtischen Märkten kaum mehr gegeben. Insbesondere Wohnungsbauinvestoren „stehen Schlange" vor zu wenigen attraktiven Grundstücken. Hier gelingt es den Kommunen vielfach, hohe Auflagen an die Grundstücksnutzung zu knüpfen und diese entweder gekoppelt an die Bebauungsplanung mittels städtebaulicher Verträge oder mittels des Kaufvertrags durchzusetzen. Dies lässt sich auch auf das Erbbaurecht übertragen. Dann ist auch ein mit allerhand Auflagen befrachteter und insgesamt nicht marktgerecht gestalteter Erbbaurechtsvertrag am Markt unterzubringen.

Dieses Übertragen von wirtschaftlichen Lasten auf die Vorhabenträger ist in den letzten Jahren – zumindest in angespannten regionalen Märkten – quasi zur Basisstrategie kommunaler Wohnungspolitik geworden. Erfunden haben es vor fast dreißig Jahren die Münchener mit ihrer „sozialgerechten Bodennutzung (SoBoN)". Heute ist es normal, im BauGB zumindest implizit durch die „städtebaulichen Verträge" (§ 11 BauGB) verankert und häufig parteiübergreifend akzeptiert, wirtschaftliche Lasten auf die Träger von Wohnungsbauvorhaben zu übertragen; seien dies die über Fördervorteile nur partiell kompensierten Ertragseinbußen des geförderten Wohnungsbaus, die Kostenbeteiligung an sozialer oder grüner Infrastruktur oder auch die Beteiligung an den Planungskosten.

Die plausible Grundidee dahinter ist, durch entsprechende Auflagen bzw. Abgaben leistungslose Gewinne abschöpfen und damit einen Beitrag für das Gemeinwohl erzielen zu können. Für das Bündel der damit verbundenen Vorgehensweisen hat sich der Begriff der „gemeinwohlorientierten Wohnungspolitik" etabliert. Dabei wird häufig nach dem Grundsatz verfahren, dass, solange Investoren die Auflagen akzeptieren, sich dies im Sinne der gemeinwohlorientierten Wohnungspolitik positiv auswirkt.

Dieses Denken prägt vielerorts auch die Erwartungen an das Erbbaurecht. Aus dieser Perspektive geht es nicht darum, das Erbbaurecht als Alternative zum Volleigentum von Vorurteilen und Nachteilen zu befreien, sondern es als Rechtsinstrument zur Durchsetzung von gemeinwohlorientierten Bewirtschaftungsauflagen zu nutzen. Der Widerspruch zwischen dem Prinzip der „Marktgerechtigkeit" und dem der oben skizzierten „Gemeinwohlorientierung" ist offensichtlich: Dem Prinzip der Marktgerechtigkeit folgend sollte eine an das Erbbaurecht geknüpfte Auflage z. B. durch einen abgesenkten Erbbauzins oder einen Zuschuss kompensiert werden. Das in der Regel mit der „Gemeinwohlorientierung" verbundene Denken legt nahe, das Erbbaurecht zur kompensationsfreien Durchsetzung von wirtschaftlich relevanten Auflagen zu nutzen.

Man kann es sicher als Erfolg der gemeinwohlorientierten Wohnungspolitik verbuchen, den geförderten Wohnungsbau gestärkt zu haben. Ohne entsprechende Auflagen (sogenannte „Sozialquoten") für die Grundstücksnutzung wären in den vergangenen Jahren deutlich weniger geförderte Wohnungen gebaut worden. Andere Auflagen, wie zum Beispiel die Beteiligung der Vorhabenträger an den Kosten für den KiTa-Bau, zielen nicht auf eine wohnungspolitische Wirkung und entlasten primär den öffentlichen Haushalt.

Entscheidend für die politische Beurteilung und damit auch die Frage, ob bei der Erbbaurechtsvergabe das Prinzip der Marktgerechtigkeit oder das der Gemeinwohlorientierung Vorrang haben sollte, ist letztlich, „wer" am Ende die Kosten für die Auflagen trägt. Die Vorstellung, dass damit ungerechtfertigte Extraprofite der Investoren „weggesteuert" werden, ist mangels wissenschaftlicher Evaluationen oder Wirkungsanalysen genauso wenig belegt wie gegenläufige Hypothesen.

Die empirische Evidenz rasant steigender Grundstückspreise (insbesondere für den Mehrfamilienhausbau) und ebenfalls steigender Verkaufspreise sowie Anfangsmieten für den freifinanzierten Wohnungsbau unterstützen jedoch die Vermutung, dass bereits der hohe Wettbewerb um Wohnungsbaugrundstücke gegebenenfalls vorhandene Extraprofite weitgehend abschmelzen lässt. Um überhaupt noch die Chance auf ein Grundstück zu haben, bieten Investoren Grundstückspreise, bei denen sie bereits einkalkulieren, die überzogenen Grundstückskosten, steigende Baukosten (auch infolge erhöhter Anforderungen an die Energieeffizienz) und nicht zuletzt die gemeinwohlorientierten Auflagen der Kommunen auf die Endkunden im freifinanzierten Wohnungsbau abwälzen zu können. Im Ergebnis wären die steigenden Anfangsmieten und insbesondere die steigenden Verkaufspreise im freifinanzierten Wohnungsbau zumindest teilweise ein Nebenergebnis der gemeinwohlorientierten Wohnungspolitik. Insbesondere würde das berechtigte Ziel, leistungslose Gewinne abzuschöpfen, verfehlt, da diese nach wie vor als steigende Bodenwerte den Alteigentümern oder auch den Zwischenhändlern von projektierten Vorhaben zufließen.

Dass die Diskussion um Marktgerechtigkeit versus Gemeinwohlorientierung hier einen recht breiten Raum einnimmt, begründet sich aus dem Umstand, dass der praktische Umgang mit dem Erbbaurecht ganz entscheidend von der Positionierung in dieser Hinsicht abhängt. Auch in der Arbeitsgruppe aus Gutachtern und Kommunalvertretern, die die Erarbeitung der Arbeitshilfe begleitet hat, waren diesbezüglich unterschiedliche Haltungen erkennbar. Insbesondere die beteiligten Großstadtkommunen sehen

sich von den Wohnungsmarktverhältnissen aufgefordert, die erweiterten rechtlichen Möglichkeiten des Erbbaurechts zur Durchsetzung von langfristigen Bewirtschaftungsauflagen zu nutzen und neigen dazu, gerade in der Nicht-Kompensation derartiger Auflagen eine positive Gemeinwohlwirkung zu sehen. Allerdings gilt bei der Vergabe kommunaler Grundstücke, dass sich kein Investor in die Unrentierlichkeit zwingen lässt. Ein nicht marktgerecht vergebenes Grundstück wird weder beim Verkauf noch bei der Erbbaurechtsvergabe Investoren finden.

Etwas anders ist zu beurteilen, wenn ein Teilgrundstück mit Auflagen versehen und ein weiteres Teilgrundstück frei von derartigen Auflagen ist. Hier haben die Investoren Möglichkeiten der Querfinanzierung mit den oben kontrovers diskutierten Wirkungen. In einer ganz anderen Situation sind alle jene Kommunen, die grundsätzlich oder auch bei einzelnen städtebaulichen Vorhaben darauf bedacht sein müssen, überhaupt ein ausreichendes Investitionsinteresse zu mobilisieren. Soll hier das Erbbaurecht zur Anwendung kommen, ist eine dem Volleigentum gleichwertige marktgerechte Ausgestaltung des Erbbaurechts wesentlich oder gar unabdingbar.

Aber in allen Fällen gilt, dass ein vernünftig bepreistes und von nicht erforderlichen Auflagen befreites Erbbaurecht nicht nur die Voraussetzung für eine höhere Akzeptanz ist, sondern auch die wirtschaftlichen Spielräume zur Durchsetzung von höheren Sozial- oder städtebaulichen Qualitätsstandards vergrößert.

Grundcharakteristika des Erbbaurechts und damit verbundene Implikationen

Das Erbbaurecht begründet eine langfristige Partnerschaft bzw. ein langfristiges Vertragsverhältnis zwischen dem Erbbaurechtsgeber (hier der Kommune) und dem Nutzer des Grundstücks als Erbbaurechtsnehmer. Verträge werden im Normalfall dann geschlossen, wenn beide Seiten darin für sich einen Vorteil sehen. Im Falle des kommunalen Erbbaurechts stellen sich die typischen Vorteile folgendermaßen dar:

Die Kommune trennt sich nicht vom Grundstück, so dass sie während der Laufzeit des Erbbaurechts durch den Vertrag abgesichert in begrenztem Umfang Einfluss auf die Bewirtschaftung nehmen und nach dem Ende des Erbbaurechts wieder in vollem Umfang über das Grundstück verfügen kann. Diese Vorteile kommen insbesondere bei städtebaulich bedeutsamen bzw. symbolträchtigen Grundstücken zum Tragen. Naheliegend ist, dass diese Vorteile zugleich Nachteile für den Investor oder Nutzer sind, da dieser nicht in vollem Umfang über das Grundstück und seine Nutzung bestimmen kann.

Allerdings hat der Nutzer oder Investor den Vorteil, das Grundstück nicht kaufen zu müssen. Potenziell sinken dadurch das Investitionsvolumen und in der Folge auch die Finanzierungskosten, was wiederum günstigere Mieten und entsprechende Wettbewerbsvorteile und/oder höhere Renditen für den Investor ermöglicht. Der Vorteil des wegfallenden Grundstücksankaufs fällt bei hohen Grundstückspreisen stärker ins Gewicht.

Aus den beiden genannten Aspekten resultiert eine Verhandlungskonstellation, bei der die Kommune quasi als Preis zur Sicherung der Einflussnahme auf die langfristige Bewirtschaftung günstige Konditionen (i. W. Erbbauzins) anbieten und dabei gegenüber dem Investor auch den wirtschaftlichen Vorteil des nicht anzukaufenden Grundstücks nutzen kann. Allerdings wird diese Win-Win-Situation in der Praxis partiell von den Banken als Finanzierungspartner konterkariert. Denn das Grundstück kann vom Investor nicht mehr in die Absicherung des Kredits eingebracht werden, wodurch sich in der Regel die Finanzierungskonditionen verschlechtern.

Im Ergebnis bleibt der Spielraum zu einer Gestaltung des Erbbaurechts zum beiderseitigen Vorteil von Erbbaurechtsnehmer und

Erbbaurechtsgeber relativ eng. Umso mehr kommt es darauf an, „schlanke" und „marktgerechte" Erbbaurechte zu konzipieren und dabei die Besonderheiten der unterschiedlichen Immobilienmarkt- bzw. Nutzungssegmente zu berücksichtigen. Insbesondere hierzu will die vorliegende Arbeitshilfe Hinweise liefern.

Eignung von Erbbaurechten für das Wohnen

Vom enger werdenden Wohnungsmarkt und den damit verbundenen Problemen der Bezahlbarkeit des Wohnens gehen die Hauptimpulse zur verstärkten Nutzung des Erbbaurechts aus. Bei der Nutzung des Erbbaurechts für das Wohnen stellt sich die relative Eignung des Erbbaurechts für die einzelnen Segmente des Wohnungsbaus folgendermaßen dar:

Erbbaurecht und Eigenheim: Über Jahrzehnte hinweg hatte die an das Einfamilienhaus gekoppelte Wohneigentumsbildung als wohnungspolitisches Ziel einen hohen Stellenwert. Der Weg in das Wohneigentum blieb je nach Kosten- und Einkommensentwicklung jedoch den etwas einkommensstärkeren Gruppen vorbehalten. Um sogenannten „Schwellenhaushalten" den Weg in das eigene Heim zu erleichtern, wurde vielfach auch das Erbbaurecht genutzt. Dies hat aus unterschiedlichen politischen und wirtschaftlichen Gründen an Bedeutung verloren. Im Grundsatz bleibt das Erbbaurecht für diesen Zweck geeignet, wobei die wirtschaftlichen Spielräume zum Erzielen der damit verbundenen Förderwirkung (Förderung der Eigentumsbildung von Schwellenhaushalten) im gegenwärtigen Zinsumfeld und unter Berücksichtigung der schlechteren Fremdkapitalkonditionen seitens der Banken jedoch geschrumpft sind.

Erbbaurecht und Wohnungsteileigentum: Insbesondere in den Großstädten hat sich die Wohneigentumsbildung in den letzten Jahren abgeschwächt und zugleich auf den Geschosswohnungsbau verschoben. Die Kombination von Erbbaurecht und Wohnungsteileigentum ist zwar juristisch möglich, aber kaum praktikabel. Deswegen lehnen die meisten auf den Einzelvertrieb setzenden Projektentwickler das Erbbaurecht aus nachvollziehbaren Gründen ab. Hintergrund ist, dass bei Vertragsablauf (Ersuchen um Verlängerung, vorzeitige Erneuerung etc.) unterschiedliche Auffassungen in der Gemeinschaft bestehen können. Die betreffenden Entscheidungen bedürfen jedoch der Zustimmung aller Mitglieder der Bruchteilsgemeinschaft. Solange im WEG diesbezüglich keine Änderungen erfolgen und vom Prinzip der All- bzw. Einstimmigkeit nicht abgerückt wird, bleiben Erbbaurechte für das Teileigentum problematisch.

Erbbaurecht und Mietwohnungsbau: Der Mietwohnungsbau kann und sollte die neue Domäne für die Anwendung des Erbbaurechts sein. Entscheidend ist eine Gestaltung, die eine hohe Akzeptanz bei den Investoren sowie entsprechende Spielräume für die Bewirtschaftung und das bezahlbare Wohnen schafft.

Um sicherzustellen, dass die mit dem Erbbaurecht im Einzelfall generierten wirtschaftlichen Vorteile auch an die Bewohner weitergegeben werden, können entsprechende Vereinbarungen zur Mietpreisgestaltung in den Erbbaurechtsvertrag aufgenommen werden.

Die mit den wirtschaftlichen Vorteilen verbundene Preisdämpfung marktgerecht zu ermitteln und entsprechend über die Laufzeit festzuschreiben, ist jedoch eine schwer zu bewältigende Aufgabe. Bei kommunalen Gesellschaften und Genossenschaften stellt sich diese nicht in gleicher Weise, weil bei Genossenschaften (soweit diese an Mitglieder vermieten) eine Weitergabe der Vorteile an die Bewohner quasi Geschäftsgrundlage ist und weil bei kommunalen Gesellschaften eine eventuelle Übervorteilung von Erbbaurechtsgeber oder Erbbaurechtsnehmer auf der Gesellschafterebene ausgeglichen werden kann.

Allerdings kann nicht selbstverständlich vorausgesetzt werden, dass gemeinwohlorientierte Wohnungsunternehmen das Erb-

baurecht bevorzugen. Junge, in Gründung befindliche Genossenschaften haben ohnehin häufig Probleme mit der Fremdkapitalbeschaffung. Ohne Grundstücke können diesbezüglich zusätzliche Probleme entstehen. Etablierte Genossenschaften haben zur Stärkung der wirtschaftlichen Handlungsfähigkeit häufig ein Interesse an der Stärkung der Eigenkapitalbasis und sind vor diesem Hintergrund am Grundstückskauf interessiert. Insofern empfiehlt sich in vielen Fällen eine Wahlfreiheit.

Erbbaurecht und geförderter Mietwohnungsbau: Im Grundsatz gilt die vorstehende Argumentation auch für den geförderten Mietwohnungsbau. Entscheidend für die Gestaltung der Erbbaurechtskonditionen ist allerdings die Frage, ob und inwieweit die wirtschaftlichen Nachteile des geförderten Wohnungsbaus ausgeglichen werden sollen. Zwar ist der geförderte Wohnungsbau auf der Basis der mehrfach verbesserten Förderkonditionen in NRW in der Regel rentierlich, jedoch erstens nur schwach und zweitens nicht an jedem Standort. Auf teuren Grundstücken stößt der geförderte Wohnungsbau auch bei geringen Renditeerwartungen von z. B. Genossenschaften regelmäßig an seine Grenzen.

Für die Ausgabe eines renditesensiblen Erbbaurechts ist es insofern erforderlich, die aus dem Erbbauzins entstehenden Belastungen standortgerecht und mit Blick auf die besonderen Bedingungen des geförderten Wohnungsbaus anzupassen. Soweit das förderpolitische Instrumentarium dies nicht zufriedenstellend ermöglicht, kann auch eine nutzungsabhängige Korrektur des Bodenwertes oder eine Absenkung des Erbbauzinses erfolgen. An Standorten mit hoher Nachfrage nach Erbbaurechten für den geförderten Wohnungsbau kann der Erbbauzins auch in einem Wettbewerbsverfahren ermittelt werden, bei dem idealerweise der Erbbauzins als ein Wettbewerbselement in weitere qualitative Vergabe- bzw. Wettbewerbskriterien eingebunden werden sollte. Sofern der geförderte Wohnungsbau nur auf einem Teil des Grundstücks realisiert werden soll und der andere Teil des Grundstücks für freifinanzierten Wohnungsbau zur Verfügung steht, entsteht ein Potenzial zur Querfinanzierung (anstelle verbesserter Erbbaurechtskonditionen). Dies kann jedoch zu einer Erhöhung der Anfangsmieten im freifinanzierten Wohnungsbau beitragen.

Erbbaurecht und langfristige Sozialbindungen: Kommunen können mittels der Erbbaurechtsvergabe langfristige Sozialbindungen schaffen. Allerdings sind hier nicht nur die juristischen Möglichkeiten des Erbbaurechts, sondern zugleich die wirtschaftlichen Bedingungen der Wohnungsbewirtschaftung zu beachten.

Die bisweilen diskutierte Forderung, die Mietpreis- und Belegungsbindung über den Förderzeitraum z. B. um weitere 30 Jahre zu verlängern, ist ohne eine entsprechende Kompensation kaum darstellbar. Ein so ausgestaltetes Erbbaurecht dürfte kaum ein Investitionsinteresse auslösen. Würde ein Wohnungsunternehmen eine derartige Regelung akzeptieren, besteht ein hohes Risiko für spätere Instandhaltungsdefizite oder sogar Verwahrlosung.

Gleichzeitig reichen die Gestaltungsspielräume der eigentlichen Erbbaurechtskonditionen nicht aus, um die wirtschaftliche Belastung der diskutierten langfristigen Sozialbindung aufzufangen. Dies würde ein zusätzliches Förderangebot (z. B. von Seiten des Landes) erfordern. Da es bislang entsprechende Förderangebote nicht gibt und auch nicht absehbar wäre, dass diese nach einer ersten Vertragsphase z. B. in 30 Jahren noch zur Verfügung stünden, können derartige langfristige Sozialbindungen sinnvoll nur konditioniert für den Fall vertraglich vereinbart werden, dass ein adäquates Förderangebot verfügbar ist.

Eignung von Erbbaurechten für Gewerbeimmobilien

Die vorstehenden Überlegungen zum Wohnungsbau lassen sich größtenteils auf Gewerbeimmobilien übertragen. Innerstädtische Geschäfts- und Bürohäuser, die üblicherweise als Mietimmobilien realisiert werden, können auch im Erbbaurecht realisiert werden. Häufig ist es allein eine Frage der Konditionen.

Allerdings ist der Investmentmarkt für gewerbliche Immobilien stärker als der Wohnungsmarkt von institutionellen Investoren (Pensionsfonds, Immobilienfonds etc.) bestimmt. Diese wollen ihr vorhandenes Anlagekapital einbringen. Von daher verbinden sich deren Immobilieninvestments mit einer hohen Eigenkapitalquote. Der nicht erforderliche Grundstücksankauf kann in diesem Kontext nachteilig wirken, weil das Grundstück mehr als das Objekt Wertstabilität und Wertsteigerung verspricht.

Auf der anderen Seite ist der hochprofessionalisierte Investmentmarkt zugleich offener für eine risikoadäquate Bepreisung des Erbbaurechts. Insbesondere die Objekte in sehr guten Lagen sind dabei aufgrund einer gesicherten Vermietbarkeit weniger auf das wertstabilisierende Element „Boden" angewiesen. Dies zeigt sich auch bei der teilweise viel größeren Verbreitung des Erbbaurechts im Ausland.

Aus kommunaler Sicht ist das Erbbaurecht vor allem auf Grundstücken interessant, die in ihrer Gestaltung und Nutzung eine hohe städtebauliche Bedeutung oder auch einen Identifikationswert für ihren jeweiligen Standort haben. Im Schnittpunkt von kommunalen Belangen und Investoreninteressen bestehen bei gewerblichen Mietimmobilien in guten und sehr guten Standorten die größten Chancen, das Erbbaurecht zum beiderseitigen Vorteil zu nutzen und dementsprechend vermehrt anzuwenden.

Relativ zurück fällt demgegenüber die Eignung des Erbbaurechts für „normale" Gewerbestandorte in weniger attraktiven Übergangs- oder Stadtrandlagen. Dabei sind die geringen Bodenpreise und die damit einhergehende Ersparnis nicht allein entscheidend. Wesentlich ist auch, dass viele Gewerbeimmobilien individuell auf die Bedürfnisse des Gewerbebetriebs (Maschinen, Raumorganisation) zugeschnitten werden und von daher bevorzugt im Eigentum realisiert werden. Dies erschwert die Verkehrswertermittlung als Voraussetzung zur Bemessung der Entschädigung zum Ende des Erbbaurechtsvertrags, was häufig zu einem für das Unternehmen unattraktiven Ausschluss einer Entschädigung führt.

Ferner führen die Unwägbarkeiten des Geschäftsbetriebs (Vorhalten von Erweiterungsflächen, Ausweitung oder Rücknahme von Produktionsflächen durch An- oder Erweiterungsbauten) zu einer höheren Komplexität der vertraglichen Regelungen und damit auch der für das Unternehmen wichtigen Nutzungsflexibilität. Eine etwas bessere Eignung des Erbbaurechts ist bei standardisierten Einfachimmobilien wie z. B. im Bereich Fachmärkte, Discounter, Franchiserestaurants gegeben, wobei die geringere Nutzungsdauer hier entsprechend verkürzte Vertragslaufzeiten nahelegt.

Aus kommunaler Sicht ist eine Eignung insbesondere in Lagen oder Gebieten gegeben, für die künftig eine städtebauliche Umgestaltung bzw. Transformation zu erwarten ist oder angestrebt wird.

Eignung von Erbbaurechten für soziale Nutzungen

Das Erbbaurecht wurde bislang schon relativ häufig für soziale Einrichtungen, Sportanlagen oder ähnliches angewandt. Hintergrund ist, dass die Träger häufig kaum über eine Wirtschaftskraft verfügen, die immobilienwirtschaftliche Investitionen ermöglicht. Sofern Objekte erstellt werden, werden diese häufig aus Fördermitteln finanziert. Ziel ist es, die von den Trägern zu entrichtenden Nutzungsentgelte möglichst niedrig zu halten. Dazu kann auch ein günstig gestaltetes Erbbaurecht einen Beitrag leisten.

Lesehinweis

Aufbau und Verwendung der vorliegenden Arbeitshilfe

Die vorliegende Arbeitshilfe soll in erster Linie eine Hilfestellung für Kommunen bei der Nutzung und Ausgestaltung von Erbbaurechten sein. Dies verbindet sich mit folgendem Aufbau:

Das nachfolgende ➔ **Kapitel 2** beleuchtet verschiedene politisch relevante **Facetten des Einsatzes von Erbbaurechten**. Dabei stellt es die zentralen politischen Motive und Erwartungen an die vermehrte Erbbaurechtsvergabe zur Diskussion.

Die Arbeitshilfe thematisiert insbesondere in den ➔ **Kapiteln 3 bis 5** die vielfältigen Aspekte, die bei der **Ausgestaltung und Vergabe von Erbbaurechtsverträgen** zu beachten sind und formuliert darauf basierende **Empfehlungen**. In jedem Teilkapitel finden sich dazu am Kapitelende **kurze praxisorientierte Zusammenfassungen.**

Vertragliche Ausgestaltung ➔ Kapitel 3
Steuern und Finanzierung ➔ Kapitel 4
Vergaberechtliche Fragen ➔ Kapitel 5

Der zentrale Bezugspunkt der aktuellen Diskussion zu einem vermehrten Einsatz von Erbbaurechten ist das politische Ziel, bezahlbaren Wohnraum bereitzustellen. Das ➔ **Kapitel 6** thematisiert die damit verbundenen **wirtschaftlichen Implikationen** sowohl aus der Perspektive der Kommune als auch aus der Perspektive eines Investors. Dabei wird insbesondere diskutiert, welche fördertechnischen Hebel im Kontext einer Erbbaurechtsvergabe zur Sicherung bezahlbaren Wohnens zielführend sein können. Abgerundet wird das Kapitel durch **Wirtschaftlichkeitsberechnungen** anhand von vier konkreten Beispielgrundstücken.

Darüber hinaus enthält das ➔ **Kapitel 7** ein kurzes **Fazit**. Im ➔ **Anhang** finden sich Ergänzungen und Annahmen zu den angestellten Berechnungen.

2 Erwartungen an den vermehrten Einsatz des Erbbaurechts

2.1 Der wohnungs- und stadtentwicklungspolitische Kontext einer vermehrten Erbbaurechtsvergabe

Im Wesentlichen angetrieben durch die zunehmend angespannten Wohnungsmärkte und die davon ausgelösten Probleme der Wohnungsversorgung wird seit einigen Jahren nicht nur die „Wohnungsfrage", sondern damit verbunden auch die „Bodenfrage" neu thematisiert. Nachdem noch vor 15 bis 20 Jahren vielerorts kommunale Grundstücksvorräte zugunsten der Haushaltskonsolidierung aufgelöst wurden, ist mittlerweile weitgehend Konsens, dass stadtentwicklungspolitische Ziele besser über bodenpolitische Weichenstellungen erreicht werden können. Eine „aktive Boden- und Liegenschaftspolitik" ist in einer zunehmenden Zahl von Städten das „Gebot der Stunde".

Zentral ist in diesem Zusammenhang die Einschätzung, dass die Möglichkeiten der Bebauungsplanung nicht ausreichen, um die Bodennutzung den städtebaulichen, sozialen und wirtschaftlichen Zielen gemäß steuern zu können. Dies war und ist vielerorts die Grundlage zur Einführung sogenannter Baulandmodelle oder Baulandrichtlinien, die sich in unterschiedlicher Weise auf einen Zwischenerwerb von Grundstücken und/oder auf eine systematische Anwendung von städtebaulichen Verträgen (nach § 11 BauGB) stützen.

Beide Varianten verbinden sich mit der Vorgehensweise, das jeweilige Bebauungsplanverfahren erst dann zum Abschluss zu bringen, wenn entweder über den städtebaulichen Vertrag oder über den Zwischenerwerb die Grundlagen zur Durchsetzung erweiterter kommunaler Ziele gelegt sind. Im Zentrum dieser Bemühungen stand und steht dabei die Stärkung des bezahlbaren bzw. geförderten Wohnungsbaus.

Mit der Hinwendung zu einer „aktiven Boden- und Liegenschaftspolitik" verbindet sich das Ziel, öffentlichen Interessen (oder Gemeinwohlzielen) bei städtebaulichen Vorhaben mehr Geltung zu verschaffen. Hier ordnet sich auch die Debatte um einen vermehrten Einsatz des Erbbaurechts ein. Die Kommunen sollen demnach ihre Grundstücke nicht mehr verkaufen, sondern sie Bauwilligen oder Investoren im Wege der Erbbaurechtsvergabe auf Zeit (aber langfristig, z. B. 60 oder 90 Jahre) zur Verfügung stellen, damit diese ihre Bauvorhaben und die damit verbundenen Nutzungen darauf realisieren können (zur Definition von Erbbaurechten s. Abschn. 2.1). Ein damit verbundener Vorteil liegt auf der Hand: Die Kommune bleibt Eigentümerin und kann so als Vertragspartnerin des Erbbaurechtsnehmers bzw. Investors in gewissen Grenzen Einfluss auf Nutzung und Bewirtschaftung nehmen sowie nach Ablauf des Erbbaurechts wieder in vollem Umfang über das Grundstück verfügen.

Davon ausgehend wird an das Erbbaurecht z. B. die Erwartung geknüpft, auch über den Zeitraum der üblichen Mietpreis- und Belegungsbindung des geförderten Wohnungsbaus hinaus, günstige Mieten gewährleisten zu können. Dies ist der wichtigste Impuls für die aktuell häufig formulierte Forderung nach einer vermehrten Vergabe von Erbbaurechten und eine Abkehr vom Verkauf kommunaler Grundstücke. Eine zweite mit dem Erbbaurecht verknüpfte Erwartung bezieht sich auf Schlüsselgrundstücke, deren Gestaltung und Nutzung aufgrund ihrer Lage in der Stadt immer eine hohe städtebauliche Bedeutung haben wird (z. B. Stadteingänge oder auch Grundstücke an anderweitig symbolträchtigen Plätzen).

Der beschriebene Vorteil des Erbbaurechts beinhaltet zugleich die Herausforderung, die langfristige vertragliche Bindung zwischen Erbbaurechtsgeber (Kommune) und Erbbaurechtsnehmer (Investor) für beide Seiten vorteilhaft zu gestalten. Ohne beiderseitige Vorteile ist ein langfristiger Bedeutungsgewinn der Erbbaurechtsvergabe kaum realistisch. Aus der Perspektive eines Immobilieninverstors ist die Frage entscheidend,

ob aus dem Erbbaurecht wirtschaftliche Vorteile gegenüber dem Erwerb entstehen. Aus kommunaler Sicht ist die Frage entscheidend, ob ein gegebenes politisches Ziel (z. B. die Sicherung preiswerten Wohnraums) besser bzw. fiskalisch günstiger mit der Vergabe von Erbbaurechten oder mit einem Grundstücksverkauf erreicht werden kann. Beides ist nicht mit einem einfachen „Ja" oder „Nein" zu beantworten. Zu vielfältig sind die Konstellationen, die sich zwischen unterschiedlichen Grundstücken, Nutzungsarten, politischen Zielen und nicht zuletzt vertraglichen Konstellationen ergeben.

Vor diesem Hintergrund verfolgt die vorliegenden Arbeitshilfe zwei Ziele: Sie soll erstens zeigen, bei welchen Konstellationen der Einsatz des Erbbaurechts gegenüber dem Verkauf Vorteile bietet. In diesem Sinne soll sie eine Entscheidungshilfe für den gezielten Einsatz von Erbbaurechten sein. Zweitens will die Arbeitshilfe Wege in eine verbesserte Nutzung von Erbbaurechten aufzeigen. Dies ist häufig eine Frage der Vertragsgestaltung. Dabei kann und darf die vorliegenden Arbeitshilfe nicht den Charakter einer Rechtsberatung haben. Vielmehr geht es darum, ein Verständnis für die wirtschaftlichen und politischen Wirkungen unterschiedlicher Vertragsgestaltungen zu vermitteln.

2.2 Motive für den vermehrten Einsatz des Erbbaurechts

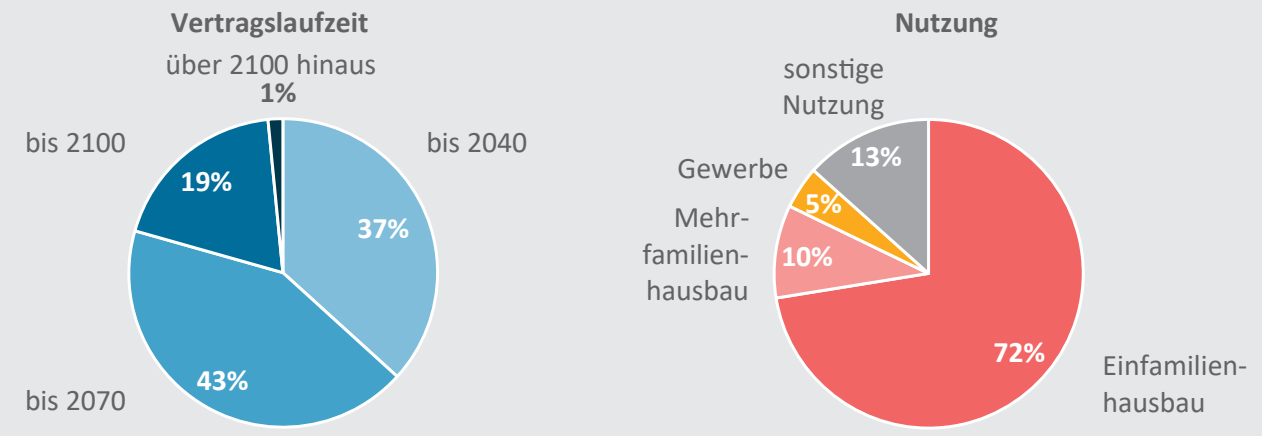
Während das Erbbaurecht international viel häufiger und dabei mit deutlichem Akzent auf Mietimmobilien (Büro/Einzelhandel, Wohnen) zum Einsatz kommt, ergeben sich in Deutschland bislang anders gelagerte Haupteinsatzfelder. Dies zeigt sich auch in den Ergebnissen einer im Rahmen der vorliegenden Studie durchgeführten Kommunalbefragung.[1]

Sowohl in der Zuordnung der bestehenden Erbbaurechtsverträge als auch bei den gegenwärtigen Einsatzfeldern zeigt sich ein Fokus auf den Einfamilienhausbereich, auf soziale Träger und Vereine. Im Einfamilienhausbereich verbindet sich mit dem Einsatz des Erbbaurechts vor allem das politische Ziel, sogenannten Schwellenhaushalten den Weg in das Wohneigentum zu ermöglichen.

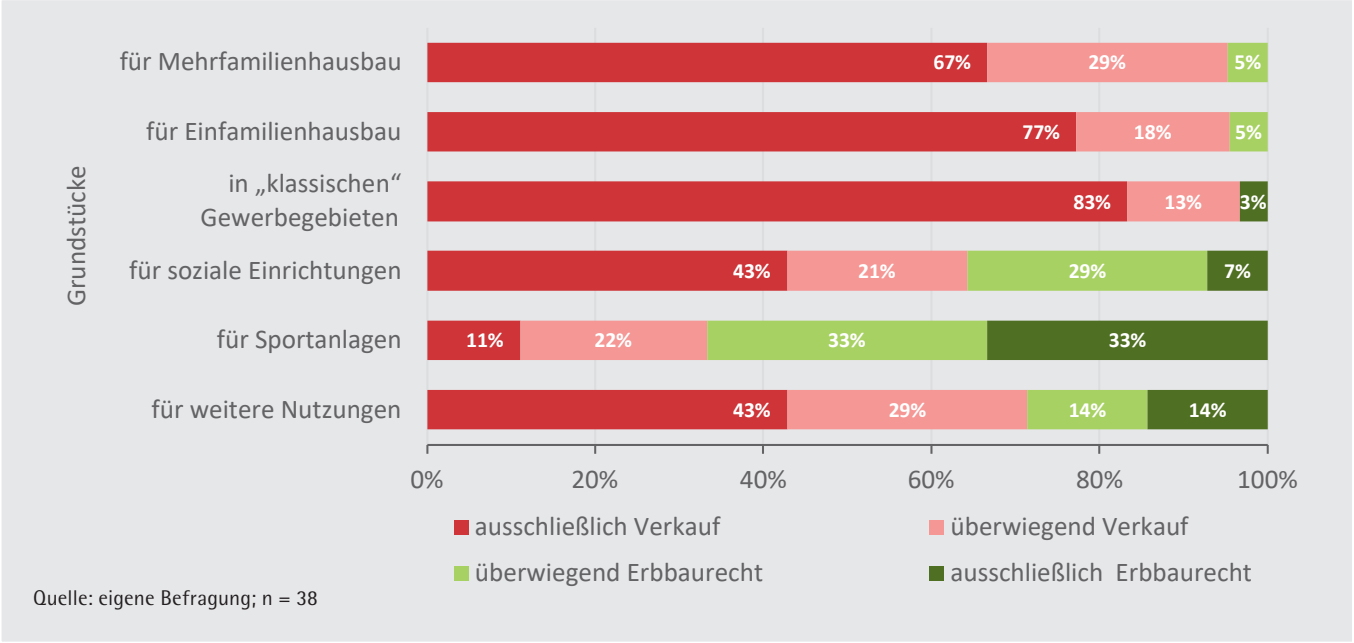
In jüngerer Zeit wird das Erbbaurecht unter veränderten Perspektiven betrachtet und verstärkt in Erwägung gezogen. Zentral ist, dass sich die wohnungs- und stadtentwicklungspolitischen Prioritäten verändert

[1] Die Befragung richtete sich im Wesentlichen an die Mitgliedskommunen des Forum Baulandmanagement NRW und wurde 2021 durchgeführt. Dort wurde der Online-Fragebogen überwiegend von den Liegenschaftsabteilungen bzw. -ämtern ausgefüllt.

Abb. 1: Bestand von Erbbaurechten in den befragten Kommunen



Quelle: eigene Befragung; n = 38



Quelle: eigene Befragung; n = 38

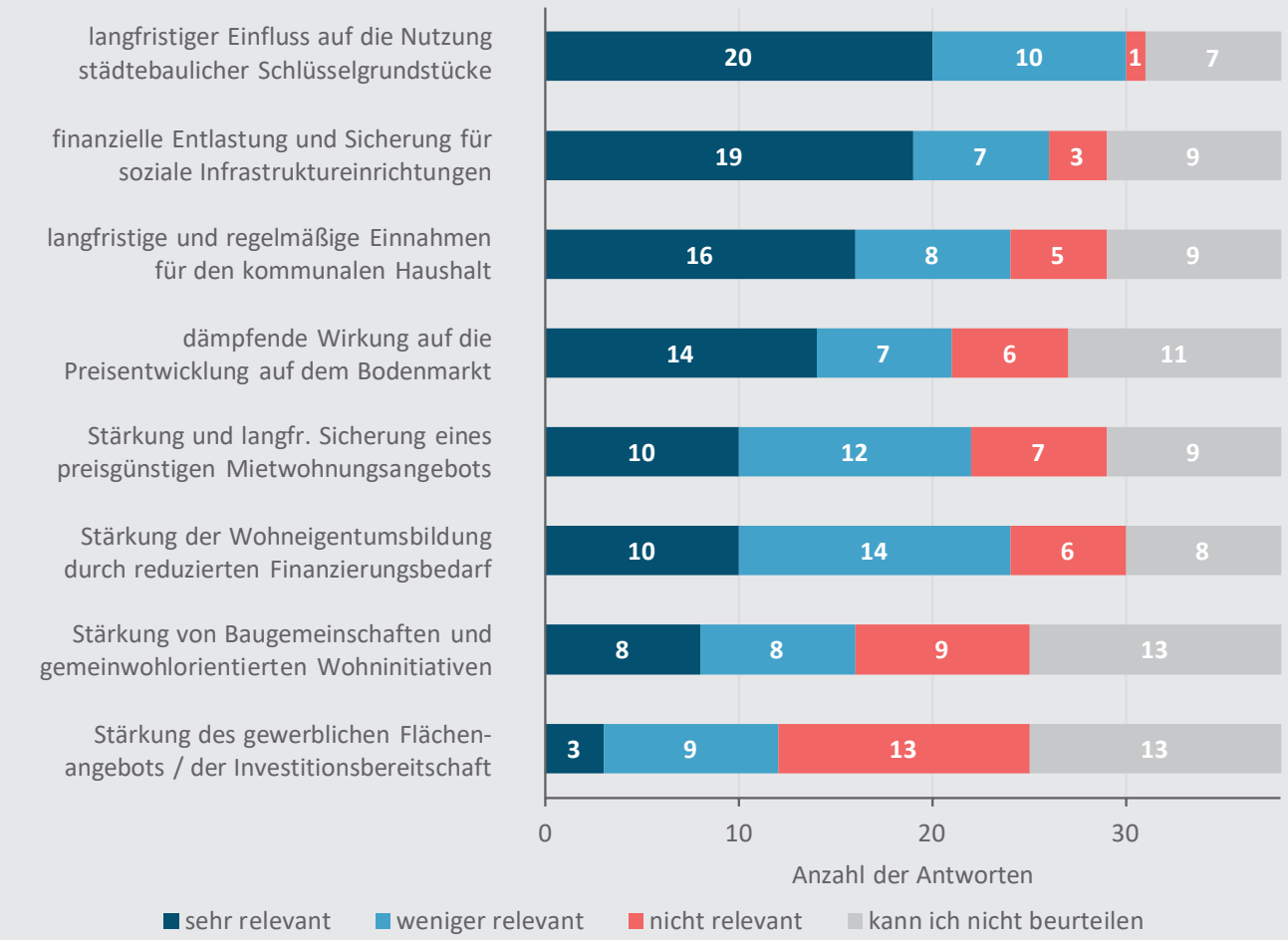
Abb. 2: Derzeitige Einsatzfelder des Erbbaurechts durch die befragten Kommunen im Verhältnis zum Grundstücksverkauf

haben. Die Unterstützung des Eigentumserwerbs und der Bau von Einfamilienhäusern haben insbesondere in den Stadtregionen an politischer Bedeutung eingebüßt. Der sparsame Umgang mit Flächen ist in diesem Kontext wichtiger geworden. Damit korrespondiert das Primat der Innenentwicklung sowie höhere Dichten, die ihrerseits mit höheren Bodenerträgen, Bodenwerten und auch Mieten einhergehen. Aber auch wohnungspolitisch wird dem Mietwohnungsbau eine höhere Bedeutung beigemessen. Ursächlich ist, dass die sehr angespannten Märkte Anlass geben, Entlastung im unteren und mittleren Segment zu schaffen. Vor allem hierdurch rückt der bezahlbare Mietwohnungsbau in den Fokus. Und damit auch das Erbbaurecht.

Aus dieser aktuellen wohnungspolitischen Perspektive wird das Erbbaurecht nicht mehr als Förderinstrument betrachtet, sondern primär als Rechtsinstrument zur Sicherung des bezahlbaren Wohnens. Vielfach besteht die Erwartung, dass mittels eines Erbbaurechtsvertrags Investoren auch über die üblichen Bindungszeiträume der Wohnungsbauförderung hinaus verpflichtet werden können, ihre Wohnungen preisgünstig bzw. unterhalb des Marktniveaus anzubieten. Insbesondere im geförderten Wohnungsbau soll damit verhindert werden, dass die Mieten nach Ablauf der Mietpreisbindung auf das „normale“ Mietpreisniveau angehoben werden.

Bezugspunkt entsprechender Zielsetzungen ist die Einschätzung, dass die derzeit auslaufenden Belegungs- und Mietpreisbindungen mitursächlich für die aktuellen Probleme der Wohnungsversorgung sind. In vielen Städten wurden zuletzt in den 1990er Jahren in größerem Umfang geförderte Wohnungen errichtet. Die derzeitigen Bindungsenden sind insofern der „Nachhall“ des damals hohen Neubau- bzw. Fördervolumens. Insofern verbindet sich mit dem Erbbaurecht insbesondere die Erwartung, den Bestand an Wohnungen mit Mietpreis- und Belegungsbindungen langfristig oder gar dauerhaft stabilisieren zu können.

In seinem Urteil vom 08.02.2019 (Az. V ZR 176/17) verwies der Bundesgerichtshof in diesem Zusammenhang ausdrücklich auf das Erbbaurecht: „Dauerhafte Beschränkungen für private Investoren lassen sich nur dann erreichen, wenn der öffentliche Zweck nicht mit dem Instrument des Grundstücksverkaufs, sondern mit dem dazu bestimmten Instrument der Ausgabe eines Erbbaurechts verfolgt wird.“



Quelle: eigene Befragung; n = 38

Abb. 3: Motive für einen verstärkten Einsatz des Erbbaurechts aus Sicht der befragten Kommunen

2.3 Erbbaurecht oder Grundstückskauf: Wichtige Optimierungs- und Gestaltungsfragen bei der Erbbaurechtsvergabe

Die Vergabe von Erbbaurechten ist in Deutschland wenig verbreitet. Der Anteil der im Erbbaurecht bebauten Grundstücke dürfte Schätzungen zufolge hierzulande lediglich um die drei Prozent ausmachen (von Oefele und Winkler 2016, S. 19). Insofern haben sowohl Kommunen als auch Investoren bislang wenig Erfahrung im Umgang mit Erbbaurechten bzw. Erbbaurechtsgrundstücken. Dies kann sowohl zu unberechtigten Vorbehalten als auch zu überzogenen Erwartungen an die Erbbaurechtsvergabe führen.[2] Häufig ist dies allerdings eine Frage der Gestaltung der Erbbaurechtsverträge. Typischerweise werden bei der Diskussion über mögliche Vor- und Nachteile der vermehrten Erbbaurechtsvergabe die folgenden Themen angesprochen:

Kommunalhaushalt: Häufig wurde der Verkauf kommunaler Grundstücke in der Vergangenheit zur kurzfristigen Haushaltssanierung eingesetzt. Tatsächlich generiert der Verkauf kurzfristige Einnahmen und die Vergabe von Erbbaurechten erzeugt einen langfristigen Zahlungsstrom. Für den rechnerischen Vergleich ist zunächst entscheidend, welcher Erbbauzins vereinbart wird. Eine andere Frage ist, welchen Vergleichs- oder Opportunitätszinssatz die Kommune ansetzen würde. Kann die Kommune mit den Einnahmen aus dem Verkauf einen relativ teuren Altkredit mit z. B. einem Zins von 4 % p. a. ablösen, würde ein vereinbarter Erbbauzins von z. B. 2,5 % zu einer Mehrbelastung führen. Würde die Kommune die vereinnahmte Summe aus dem Verkauf jedoch nur sehr niedrig verzinslich anlegen können, führt der vereinbarte Erbbauzins wahrscheinlich zu einem „Plus" für den Kommunalhaushalt. Dieser Vergleich von Zinssätzen lässt jedoch außer Acht, dass der Erbbaurechtsgeber als Eigentümer des Grundstücks zusätzlich von der künftigen Bodenwertsteigerung profitiert. Ob dieser Vermögenszuwachs lediglich als Buchwert mitgeführt oder tatsächlich später realisiert bzw. liquidiert wird, ergibt sich aus den politischen Entscheidungen zum Laufzeitende des Erbbaurechtsvertrags. Dieser Liquiditätschance zum Ende der Laufzeit steht jedoch auch eine potenzielle Liquiditätsbelastung gegenüber, wenn die Kommune das Objekt bei Vertragsende zum Restwert übernehmen muss.

Verwaltungsaufwand: Die vermehrte Vergabe von Erbbaurechten führt anders als beim Kaufvertrag zu einer langfristigen Vertragsbeziehung zwischen dem Erbbaurechtsgeber und dem Erbbaurechtsnehmer. Bisweilen wird argumentiert, dass daraus ein nicht unerheblicher Verwaltungsaufwand entsteht. Die Höhe des Verwaltungsaufwands ist jedoch insbesondere vom Umfang und der Art der Vereinbarungen abhängig. Insofern ist darauf zu achten, dass Vereinbarungen auf das erforderliche Maß reduziert werden und so angelegt sind, dass die Vertragseinhaltung relativ leicht überprüft werden kann. Der verbleibende Verwaltungsaufwand ist dann letztlich als Preis für die gewünschte langfristige Steuerung der Grundstücksnutzung zu interpretieren. Außerdem muss auch hier ein Vergleich mit der nächstbesten Alternativinvestition vorgenommen werden: Ein Engagement in eigenem Mietwohnungsbau ist für die Kommunen mit mehr Verwaltungsaufwand als die Vergabe eines Erbbaurechts verbunden, die Anlage auf dem Kapitalmarkt mit deutlich weniger.

Investitionsinteresse, Beleihbarkeit und Finanzierungskosten: Solange unberechtigte Vorbehalte gegenüber Erbbaurechten bei Investoren oder Banken bestehen, senken diese das Investitionsinteresse. Problematisch ist dies vor allem für Standorte mit schwachem Investitionsinteresse. Die vorliegende Arbeitshilfe will dazu beitragen, solche unberechtigten Vorbehalte abzubauen.

[2] Sowohl die Erwartungen als auch die Vorbehalte gegenüber dem Erbbaurecht wurden z. B. vom Fachdialog „Erbbaurecht" und einem damit verbundenen Gutachten benannt (siehe BMI 2020; Gewos 2018).

Wenn dies gelingt, verbleiben die objektivierbaren wirtschaftlichen Wirkungen von Erbbaurechten gegenüber dem Verkauf. Ob sich dies im Einzelfall aus der Investorenperspektive zugunsten des Erbbaurechts oder zugunsten des Kaufs auswirkt, ist nicht nur eine Frage der Vertragsgestaltung und der damit verbundenen Konditionen für den Investor.

Bedeutsam ist ferner, um welche Art der Investition und um welchen Investorentyp es sich handelt. Wesentlich zur Beurteilung aus Investorensicht ist der Umstand, dass der Boden nicht erworben werden muss oder – je nach Perspektive – nicht erworben werden kann. Investoren mit einem Interesse an geringen laufenden Kosten für die Flächennutzung (Immobilie als Konsumgut) werden dies möglicherweise als Vorteil sehen, zumindest insoweit das nicht zu erwerbende Grundstück den Finanzierungsaufwand bzw. die Annuität senkt. Investoren mit einem Interesse am Vermögensaufbau (Immobilie als Anlagegut) werden gegebenenfalls den Kauf bevorzugen, weil insbesondere das Grundstück Werthaltigkeit und Wertsteigerung verspricht.

Da die Werthaltigkeit des Grundstücks aus der Perspektive der Banken zugleich eine wichtige Komponente der Sicherungsleistung ist, führt das Erbbaurecht in der Regel zu verschlechterten Finanzierungskonditionen (kompensatorisch erhöhte Eigenkapitalforderung = sinkender Beleihungswert und/oder entsprechender Risikoaufschlag im Zins).

Bodenspekulation: In der gegenwärtigen Debatte wird die vermehrte Erbbaurechtsvergabe auch als Strategie oder Instrument zur Verhinderung einer negativ bewerteten Bodenspekulation betrachtet. Negativ an der Bodenspekulation ist primär, dass potenzielle Baugrundstücke trotz hohen Neubaubedarfs nicht für Bauzwecke zur Verfügung gestellt werden und so z. B. bestehende Engpässe am Wohnungsmarkt nur unzureichend über Wohnungsneubau ausgeglichen werden können. Dieses Zurückhalten von Grundstücken kann auf einem manchmal durchaus vagen zukünftigen Eigenbedarf des Grundstückseigentümers beruhen (potenzieller Erweiterungsbedarf für einen Betrieb, Wohnbedarf von Familienangehörigen). Es kann sich aber auch aus der Spekulation auf zukünftig erhöhte Bodenwerte bei gegebenenfalls gleichzeitig schlechten Anlagealternativen ergeben. Die Wirkung ist in beiden Fällen gleich. Die Möglichkeit zur Zurückhaltung des Grundstücks ergibt sich im Wesentlichen aus der Rechtsposition, die der Grundstückseigentümer an seinem Grundstück hat. Dabei können in der Vergangenheit geschaffene Rechtspositionen nachträglich kaum mehr revidiert werden. Für die Zukunft kann die Kommune jedoch dafür sorgen, dass bau- und planungsrechtlich gesicherte sowie erschlossene Grundstücke zügig für Bauzwecke zur Verfügung gestellt werden. Entsprechende Verpflichtungen können dabei sowohl im Grundstücksverkauf als auch bei der Erbbaurechtsvergabe geschaffen werden.[3]

Die Anwendung und Gestaltung der Erbbaurechtsvergabe wird in der vorliegenden Arbeitshilfe vor allem unter dem Blickwinkel der vorstehend andiskutierten Optimierungsfragen behandelt. Eine marktbeeinflussende Verminderung der Bodenspekulation würde über eine auf kommunale Grundstücke begrenzte Anwendung des Erbbaurechts hinausgehend grundsätzliche Diskussionen und Veränderungen erfordern. Dabei geht es beispielsweise um die Sozialpflichtigkeit des Bodeneigentums sowie eng damit verbunden um die Vermeidung leistungsloser Gewinne und daraus entstehender Fehlallokationen.[4]

[3] Auch auf privaten Grundstücken kommen derartige Bauverpflichtungen mittels städtebaulicher Verträge (§ 11 BauGB) in den letzten Jahren vermehrt zur Anwendung. Voraussetzung zur Durchsetzung solcher Regelungen ist in der Regel jedoch, dass kein Baurecht besteht und der Investor / Vorhabenträger insofern darauf angewiesen ist, dass die Gemeinde einen Bebauungsplan aufstellt. Die Gemeinde kann in diesem Fall, die Aufstellung eines Bebauungsplans von der Unterzeichnung eines städtebaulichen Vertrags abhängig machen.

[4] Wiederkehrend wird in diesem Zusammenhang u. a. über den „Planungswertausgleich" diskutiert (siehe zuletzt: Spars und Wickel 2019).

2.4 Marktgerechtigkeit im Kontext wohnungspolitischer Motive

Um das Erbbaurecht in eine breitere Anwendung zu bringen, ist es marktgerecht auszugestalten und dem Volleigentum anzunähern. Eine marktgerechte Ausgestaltung des Erbbaurechts bedeutet, dass ein potenzieller Erbbaurechtsnehmer gegenüber Volleigentum zumindest indifferent sein sollte, wenn er die freie Wahl hätte. Die potenziellen Vorteile des Erbbaurechts sollten möglichst realisiert werden, die Wertminderungen, die v. a. über Kontroll- und Durchsetzungskosten dem Erbbaurechtsgeber und durch Beschränkungen der Verfügungsrechte (Zustimmungserfordernisse, Auflagen etc.) dem Erbbaurechtsnehmer aufgebürdet werden, sind so weit wie möglich zu minimieren. Erbbaurechtsverträge sind daher möglichst „schlank" zu gestalten (BMI 2020, S. 28-29). Eingriffe in die Verfügungsrechte des Erbbaurechtsnehmers, die zu einer Schlechterstellung gegenüber Volleigentümern führen, sollten grundsätzlich ökonomisch kompensiert werden.

Das Erbbaurecht wird verschiedentlich als ein rechtlicher Zwitter bezeichnet (von Oefele und Winkler 2016, S. 29): Es enthält sowohl dingliche als auch schuldrechtliche Bestandteile. Dieser Zwittercharakter des Erbbaurechts ist Stärke und Schwäche zugleich: Er lässt individualisierte Vereinbarungen zu und ermöglicht auch, bestimmte Belastungen in den schuldrechtlichen Bereich zu überführen. Andererseits verführt er aber auch dazu, alle möglichen Eventualitäten regeln zu wollen, was zu Wertminderungen und einer schwierigen Marktgängigkeit des Erbbaurechts führt. Das Resultat können noch detailliertere Regelungen und eine weitere Verkomplizierung des Erbbaurechts sein, u. a. mit der Folge einer geringeren Marktgängigkeit.

Dass die Marktgängigkeit auch im Interesse eines kommunalen Erbbaurechtsgebers liegt, leitet sich aus dem Ziel ab, das Immobilieninvestment und insbesondere das Wohnungsbauinvestment von unnötigen wirtschaftlichen Belastungen freizuhalten. Denn diese würden letztlich entweder das Investitionsinteresse schmälern oder aber über eine erhöhte Miete kompensiert werden müssen. Das vermehrte politische Interesse an der Erbbaurechtsvergabe ist eine Reaktion auf verengte Wohnungsmärkte mit unzureichendem Wohnungsneubau und steigende Wohnkosten. Von daher sollte eine vermehrte Erbbaurechtsvergabe nicht Gefahr laufen, das Investitionsklima zu verschlechtern und zu weiteren Mietpreissteigerungen beizutragen. Ausgeschlossen ist natürlich nicht, dass Investoren ohne Erfahrungen im Umgang mit Erbbaurechten diese anfänglich ablehnen, selbst wenn daraus keine wirtschaftlichen Nachteile für sie entstehen.

Unter dem Druck der wohnungspolitischen Debatte konkurriert das Ziel einer marktgerechten Ausgestaltung jedoch mit dem Wunsch zur Durchsetzung bezahlbaren Wohnungsbaus. Dabei gerät die oben als Ziel definierte Marktgerechtigkeit bisweilen aus dem Blick. Allerdings sind einer derartigen nicht marktgerechten Ausgestaltung enge Grenzen gesetzt oder sie erzeugt negative Nebenwirkungen. Bei der Vergabe eines Erbbaurechtsgrundstücks, das aufgrund politischer Vorgaben zum bezahlbaren Wohnungsbau keine marktüblichen Renditeerwartungen erfüllen kann, werden sich entweder keine Investoren finden oder aber die Investoren werden in der Bewirtschaftung versuchen, die Belastungen z. B. durch eine sparsame Instandhaltung zu kompensieren. Auf lange Sicht kann dies etwa zu „verwahrlosten" Wohnungsbeständen führen. Die Vergabe eines entsprechend wirtschaftlich belasteten Erbbaurechtsgrundstücks an eine kommunale Gesellschaft führt dort zu identischen Wirkungen und kann hier ggf. durch einen Renditeverzicht des kommunalen Eigentümers aufgefangen werden. Gelten die Vorgaben nur für einen Teil des Erbbaurechtsgrundstücks (Sozialquoten), wird der Investor versuchen, die Belastungen durch Mehreinnahmen im nicht gebundenen Teil zu kompensieren. Hieraus entsteht das Risiko, dass der freifinanzierte Teil des Wohnungsangebots verteuert wird. Im Ergebnis würden die Bezieher der freifi-

nanzierten Wohnungen einen Teil der Belastungen tragen und die entlastende Wirkung für den Wohnungsmarkt insgesamt würde abgeschwächt.

Die politische Neigung, das Erbbaurecht als Rechtsinstrument zur Durchsetzung zusätzlicher wirtschaftlicher Belastungen (insbesondere Ertragseinbußen durch günstige Mieten) nutzen zu wollen, ist angesichts der wohnungspolitischen „Notsituation" in einigen Städten einerseits verständlich. Andererseits besteht jedoch das Risiko, das Erbbaurecht als dem Volleigentum gleichwertige Variante der Grundstücksnutzung zu diskreditieren. Eine breitere Akzeptanz des Erbbaurechts ist so wahrscheinlich nicht zu erzielen.

3 Möglichkeiten zur Ausgestaltung des Erbbaurechts

3.1 Erbbaurecht – Was ist das?

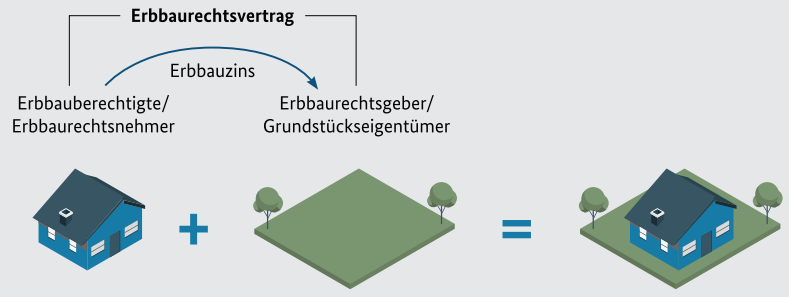
Beim Erbbaurecht erteilt der Grundstückseigentümer („Erbbaurechtsgeber") dem Erbbauberechtigten („Erbbaurechtsnehmer") das Recht, auf seinem Grundstück ein Bauwerk zu errichten (§ 1 Abs. 1 ErbbauRG). Es handelt sich um ein grundstücksgleiches, beschränktes dingliches Recht, das belastet, verkauft und vererbt werden kann. Untechnisch gesprochen werden somit entgegen dem Prinzip der Akzessorietät die Eigentumsrechte von Grundstück und Gebäude voneinander getrennt (BMI 2020, S. 10). Das Bauwerk befindet sich im Eigentum des Erbbaurechtsnehmers; nach Ablauf des Erbbaurechtsvertrags fällt es – normalerweise gegen Entschädigung (§ 27 ErbbauRG) wieder an den Erbbaurechtsgeber zurück.

Das Erbbaurecht wird i. d. R. für eine bestimmte Zeit (z. B. 99 Jahre) vergeben. Für die bauliche Nutzung des Grundstücks hat der Erbbaurechtsnehmer an den Erbbaurechtsgeber einen Erbbauzins zu entrichten. Die vertragliche Ausgestaltung kann sehr unterschiedlich sein (hierzu: Böttcher 2018).

Die Bestellung des Erbbaurechts erfolgt durch Einigung (notariell beurkundeter Erbbaurechtsvertrag) und Eintragung in Abt. II des Grundbuchs des belasteten Grundstücks (§ 11 Abs. 1 ErbbauRG). Dabei wird das Erbbaugrundstück dinglich mit dem Erbbaurecht belastet. Die Bestellung des Erbbaurechts ist nur zur ausschließlich ersten Rangstelle im Grundbuch des Erbbaugrundstücks möglich; dabei kann der Rang nicht geändert werden (§ 10 Abs. 1 ErbbauRG). Damit besteht Sicherheit darüber, dass das Erbbaurecht im Rahmen einer etwaigen Zwangsversteigerung des Erbbaugrundstücks bestehen bleibt (Kleiber 2017, S. 2921). Für das Erbbaurecht wird zusätzlich zum Grundbuch (in dem das belastete Erbbaugrundstück eingetragen ist) ein eigenständiges Grundbuchblatt, nämlich das Erbbaugrundbuch, angelegt (§ 14 ErbbauRG).

Der Erbbauzins stellt in rechtlicher Hinsicht keinen Bestandteil des Erbbaurechts dar. Vielmehr handelt es sich i. d. R. um eine dingliche Belastung des Erbbaurechts, die als Reallast in das Grundbuch einzutragen ist. Anders als das Erbbaurecht selbst kann die Erbbauzinsforderung im Rang gegenüber anderen dinglichen Belastungen zurücktreten. Es besteht auch die Möglichkeit, den Erbbauzins nur schuldrechtlich zu vereinbaren. In diesem Fall kann keine Vollstreckung in das Erbbaurecht aus einem dinglichen Titel heraus vorgenommen werden.

Über die Eintragung in das Grundbuch (belastetes Grundstück) und die Anlegung des Erbbaugrundbuchs wird das Erbbaurecht so-



Quelle: BMI 2020, S. 10

Abb. 4: Aufteilung der Eigentumsverhältnisse einer Liegenschaft im Erbbaurecht

Tab. 1: Inhalt des Grundbuchs des belasteten Grundstücks und des Erbbaurechts

	Inhalt des Grundbuchs für das mit einem Erbbaurecht belasteten Grundstück	**Inhalt des Erbbaugrundbuchs**
Verzeichnis	Bestandsverzeichnis	Bestandsverzeichnis mit Angabe des mit dem Erbbaurecht belasteten Grundstücks und dessen Eigentümer
Abt. I	Eigentümer des Erbbaugrundstücks (Erbbaurechtsgeber)	Erbbauberechtigter (Erbbaurechtsnehmer)
Abt. II	Die das Erbbaugrundstück belastenden Rechte und Beschränkungen (Eintragung des Erbbaurechts). Das Erbbaurecht muss immer den ersten Rang besitzen (Ausnahme: „alte Erbbaurechte")	Die das Erbbaurecht belastenden Rechte, insbesondere: • Erbbauzinsreallast, Vormerkung • Vorkaufsrechte • Dauerwohn- und Dauernutzungsrechte
Abt. III	Die das Erbbaugrundstück betreffenden Grundpfandrechte (Hypotheken u.a.)	Grundpfandrechte, die das Erbbaurecht betreffen

Quelle: OGA RLP 2019, S. 34, modifiziert

wohl für den derzeitigen Grundstückseigentümer als auch für dessen Rechtsnachfolger wirksam. Damit bekommt es seinen dinglichen Charakter. Zwar können ergänzende schuldrechtlich getroffene Vereinbarungen vorgenommen werden. Diese sind jedoch bei einem Verkauf oder einer Übertragung des Erbbaurechts hinfällig, wenn der Käufer nicht ausdrücklich in die Verpflichtungen eintritt. Bei Ablauf des Vertrags erlischt das Erbbaurecht, ohne dass eine Aufhebung oder Verzichtserklärung notwendig wäre. Allerdings sind dann die Eintragungen im Grundbuch zu korrigieren.

3.2 Erbbauzins

3.2.1 Höhe des eingangs festgesetzten Erbbauzinses

Normalerweise wird der Erbbauzins als eine regelmäßig wiederkehrende Leistung ausgestaltet (§ 9 ErbbauRG). Denkbar ist allerdings auch eine einmalige Ablösung der künftigen Erbbauzinsen (in abdiskontierter Form). Solche Erbbaurechte sind danach „erbbauzinsfrei" (OGA RLP 2019, S. 35). Zwar ist das Problem möglicher Rangstellenkonflikte mit Kreditgebern im Grundbuch hiermit gebannt; allerdings wirkt eine Vorauszahlung des Erbbauzinses wirtschaftlich ähnlich wie eine Kaufpreiszahlung für das Grundstück bei Volleigentum. Sämtliche Steigerungen der Ertragsfähigkeit des Grundstücks kommen damit während der Laufzeit des Erbbaurechtsvertrags dem Erbbaurechtsnehmer zugute.

Beabsichtigt die Kommune, der Grundstücksspekulation entgegenzuwirken, ist daher die einmalige Vorabzahlung eher ungeeignet. Dann kann nämlich die Erbbaurechtsspekulation an die Stelle der Grundstücksspekulation treten. Entsprechende Erfahrungen wurden z. B. in der Volksrepublik China gemacht, wo Vorauszahlungen für Erbbaurechte üblich sind. Zielführend sind derartige Arrangements allenfalls dann, wenn davon ausgegangen werden kann, dass – beispielsweise bei genossenschaftlichen Modellen – erlangte Vorteile über die Laufzeit hinweg zuverlässig an die Mieter weitergegeben werden.

In Deutschland wird der Erbbauzins zumeist regelmäßig und in Geldwerten erbracht. Normalerweise wird er jährlich im Voraus entrichtet. Herkömmlicherweise wird der Erbbauzins bestimmt, indem ein Erbbauzinssatz auf den erschließungsbeitragsfreien Bodenwert angelegt wird. Dabei findet zumeist eine Orientierung am Bodenrichtwert statt. Gerade in angespannten Bodenmärkten hinken die Bodenrichtwerte allerdings häufig den Verkehrswerten hinterher. In diesen Fällen sollte jedoch nicht der Erbbauzinssatz, sondern der Bodenwert als Bezugsgröße korrigiert werden. Die Vertragsparteien können für die Ermittlung des anfänglichen Erbbauzinses auf einen „angemessenen" Bodenwert Bezug nehmen und/oder darauf verzichten, die Berechnung des anfänglichen Erbbauzinses in den Erbbaurechtsvertrag aufzunehmen.

Der Erbbauzins muss marktgerecht sein, damit er Akzeptanz bei Erbbaurechtsgebern und Erbbaurechtsnehmern findet. Er stellt eine zentrale ökonomische Größe in den Erbbaurechtsverträgen dar. Von seiner Höhe hängen wesentlich die Rentabilität des Erbbauprojekts, seine Finanzierbarkeit (die Erbbauzinsen werden bei der Beleihungswertermittlung in kapitalisierter Form in Abzug gebracht, s. Abschn. 4.2), das Fungibilitätsrisiko[5] (auch der Verkehrswert des Erbbaurechts leidet unter zu hohen Erbbauzinsen) sowie das Leverage-Risiko[6] des Erbbau-

[5] Das Risiko, einen Vermögensgegenstand bei Bedarf nur unter hohem Aufwand, mit Wertverlust, zeitlicher Verzögerung oder gar nicht verkaufen zu können, wird als Fungibilitätsrisiko bezeichnet.

[6] Mit dem Leverage-Risiko wird die Hebelwirkung fixer Kosten auf den Gewinn bezeichnet. Je höher der Anteil der fixen Kosten an den Gesamtkosten, umso mehr schwankt der Gewinn infolge Schwankungen des Umsatzes. Das Leverage-Risiko kann nicht nur auf der Ertragsebene, sondern auch auf der Liquiditätsebene wirksam werden (z. B. mit fest vereinbarten Kreditraten).

rechtsnehmers ab (operative Hebelwirkung auf den Gewinn aufgrund der Fixkostenbelastung durch den Erbbauzins). Dementsprechend ist ein marktgerechter Erbbauzins für die Akzeptanz von Erbbaurechten am Markt von entscheidender Bedeutung.

Ein marktgerechter Erbbauzinssatz ist auch von vergaberechtlicher Relevanz; ein zu niedriger Erbbauzinssatz könnte – bei Überschreiten der de minimis-Schwellen – eine unerlaubte Beihilfe darstellen, sofern keine Betrauungsvereinbarung (bei Qualifikation als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse – DAWI) getroffen wurde.

Kommunen beauftragen häufig öffentlich bestellte und vereidigte Sachverständige oder solche mit einer Zertifizierung nach DIN EN ISO/IEC 17024 mit der Ermittlung von marktgerechten Erbbauzinsen bzw. Erbbauzinssätzen. Diese sehen sich jedoch regelmäßig vor mehrere Probleme gestellt:

- Einmal ist die Ermittlung eines marktgerechten Erbbauzinssatzes nicht explizit Gegenstand bei der Bewertung von Erbbaurechtsgrundstücken bzw. Erbbaurechten, die nunmehr untergesetzlich in der ImmoWertV 2021 geregelt ist;

- auch mangelt es an einer Legaldefinition: In den „alten" Wertermittlungsrichtlinien (WertR 2006) war lediglich die Rede von „erzielbaren" oder „üblichen" Erbbauzinsen bzw. Erbbauzinssätzen (der Begriff „marktüblich" fand sich hingegen im Kontext von Liegenschaftszinssätzen). Auch nach der Novelle der Immobilienwertermittlungsverordnung 2021 lässt sich keine Legaldefinition aus dem Verordnungstext ableiten. Anders als in der alten ImmoWertV wurde hierin zwar die Bewertung des Erbbaurechts ausdrücklich aufgenommen. Dennoch spricht die Kabinettsfassung nun ganz bewusst in § 50 von „angemessenen" anstatt wie in den vorhergehenden Entwurfsfassungen von „marktüblichen" Erbbauzinsen und Erbbauzinssätzen. § 50 Abs. 3 S. 2 ImmoWertV definiert den „angemessenen Erbbauzinssatz" als den Zinssatz, der sich bei Neubestellung von Erbbaurechten der betroffenen Grundstücksart am Wertermittlungsstichtag im gewöhnlichen Geschäftsverkehr ergibt – es kann sich aber auch um einen anderen geeigneten Zinssatz handeln;

- schließlich besteht die standardmäßig herangezogene Methodik von Grundstückssachverständigen darin, geeignete Daten aus dem Markt zu ermitteln, um diese dann auf das Objekt zu übertragen. Die hiermit verbundenen Probleme werden nachfolgend erläutert:

a) Orientierung am Liegenschaftszinssatz

Bei der Herleitung von Daten aus dem Markt könnte sich der Grundstückssachverständige zunächst an den Liegenschaftszinssätzen orientieren (Landeshauptstadt Stuttgart 2022, S. 18). Dies ist allerdings regelmäßig nicht sachgerecht, wenngleich Bewertungspraktiker mangels anderer Anhaltspunkte oft hierzu tendieren. Liegenschaftszinssätze werden nämlich durch eine „Rückrechnung" aus Kauffällen von Immobilien im Volleigentum abgeleitet.

Der Liegenschaftszinssatz ist damit eine aus Immobilien im Volleigentum abgeleitete modellabhängige Größe (Ertragswertmodell), die nicht einfach auf die im Erbbaurecht vollkommen unterschiedliche Rendite-/Risiko-Konstellation übertragen werden darf (s. unten mehr). Ansonsten würde es sich um eine eklatante Verletzung des Bewertungsgrundsatzes der Modellkonformität handeln (§ 10 Abs. 1 ImmoWertV 2021). Nach der ImmoWertV dient der Liegenschaftszinssatz eben nur der Ermittlung von Verkehrswerten nach dem Ertragswertverfahren, nicht aber anderen Zwecken. Sofern bei der Bewertung von Erbbaurechten und Erbbaugrundstücken (also nicht bei der Ermittlung marktüblicher Erbbauzinssätze!) dennoch Liegenschaftszinssätze verwendet werden, ist dies (auch im Rahmen der alten Vorschriften der WertR 06, Anlage 12) nur unter Rückgriff auf ro-

buste Marktanpassungsfaktoren zulässig. Für die Ableitung marktgerechter Erbbauzinssätze aus Liegenschaftszinssätzen stehen solche aber nicht zur Verfügung.

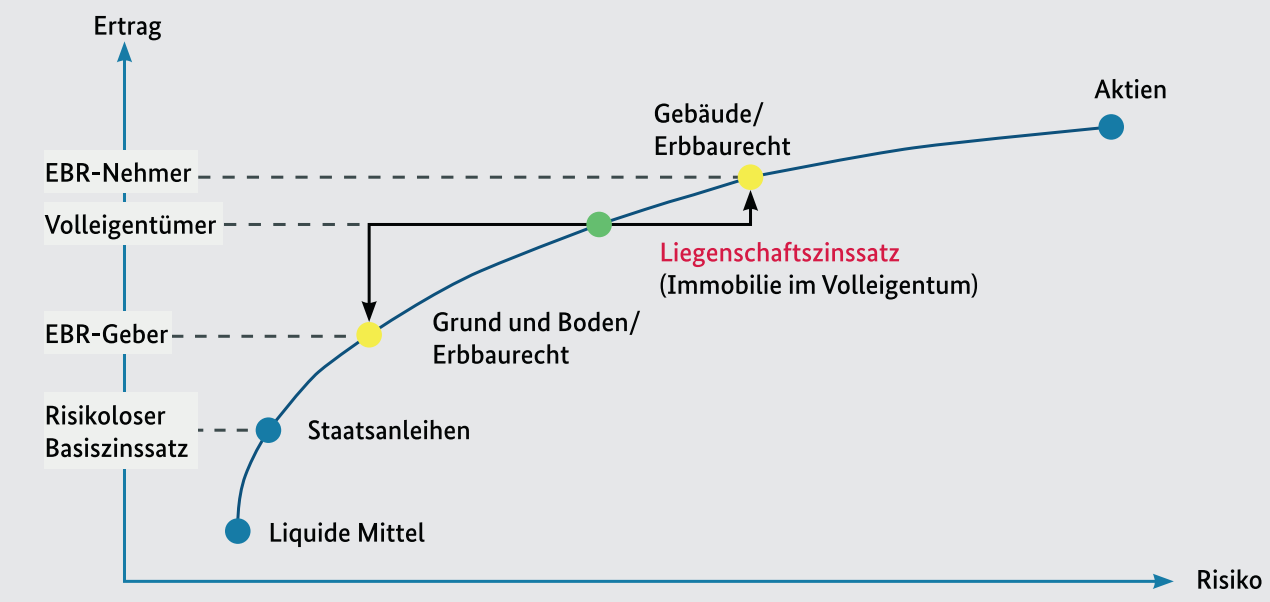
Im Rahmen des Erbbaurechts ergibt sich regelmäßig eine ganz andere Rendite-/Risiko-Konstellation als im Rahmen von Volleigentum. Mit dem Erbbaurecht geht nämlich i. d. R. eine deutliche Risikoverschiebung vom Erbbaurechtsgeber auf den Erbbaurechtsnehmer einher (Löhr und Braun 2020): So werden sämtliche gebäude- und mieterbezogene Risiken auf den Erbbaurechtsnehmer verlagert. Dies betrifft z. B. übersehene Baumängel, größere Reparaturen etc. Ebenso hat der Erbbaurechtsnehmer das Risiko von Mietausfällen, Räumungsklagen, Mietnomadentum etc. zu tragen. Schließlich hat der Erbbaurechtsnehmer den Erbbauzins als fixe Kosten unabhängig davon auf sich zu nehmen, ob es ihm wirtschaftlich gut oder schlecht geht.

Zu diesen Risiken, die auch ein Volleigentümer zu tragen hat, kommen noch die Finanzierungskosten als weiterer Fixkostenbestandteil, wobei die Finanzierungskonditionen häufig schlechter als bei Volleigentum sind (s. Abschn. 4.2). Im Falle einer positiven Geschäftsentwicklung ergibt sich hieraus eine entsprechend hohe Chance für Liquidität und Ertrag, bei einem Misserfolg droht aber auch eine erhöhte Verlustgefahr – ein sog. Leverage-Risiko.

Im Vergleich zu Volleigentum sieht sich der Erbbaurechtsnehmer daher erhöhten Risiken ausgesetzt, die auch eine gegenüber Volleigentum erhöhte Renditeforderung rechtfertigen.

Für den Erbbaurechtsgeber gilt das Gegenteil: Er ist von den betreffenden Risiken weitgehend befreit. Er trägt keine gebäude- und mieterbezogenen Risiken, und die Ausfallwahrscheinlichkeit – durch säumige Erbbaurechtsnehmer – ist erfahrungsgemäß sehr gering. Es liegt nämlich im Interesse des Erbbaurechtsnehmers, einen Zahlungsausfall zu vermeiden, da er das im Gebäude steckende Eigenkapital verlieren kann. Das Gebäude des Erbbaurechtsnehmers dient damit letztlich als Sicherheit sowohl für die Erbbauzinsforderungen als auch die Zins- und Tilgungsforderungen der kreditgebenden Bank. Sowohl der Erbbaurechtsgeber als auch die Bank können im Falle eines dauerhaften Zahlungsausfalls die Zwangsversteigerung betreiben. Die Verträge werden dabei i. d. R. so gestaltet, dass der Erbbauzins im Falle einer Zwangsversteigerung bestehen bleibt. Dann sind die weiteren Erbbauzinszahlungen vom Erwerber zu übernehmen.

Abb. 5: Rendite-/Risiko-Struktur bei Erbbaurechten und Volleigentum



Quelle: BMI 2020, S. 30

Falls zusätzlich noch die Ansprüche des Erbbaurechtsgebers durch Heimfallregelungen gestützt werden, gelten die Ansprüche der Erbbaurechtsgeber sogar als „überbesichert" (Ernst & Young 2017, S. 4, table 1.2). Erfahrungen zeigen nämlich, dass – zumindest bei Einfamilienhäusern – der Heimfall aufgrund von Zahlungsrückständen (normalerweise zwei ausstehende Jahresraten) so gut wie nie ausgeübt zu werden braucht (Bock und Nagel 2019, S. 184-185).

Je höher das Eigenkapital des Erbbaurechtsnehmers, umso größer die Sicherheit für Bank und Erbbaurechtsgeber. Ein gewisses, aber wegen der Kreditwürdigkeitsprüfung der Banken überschaubares Risiko besteht allerdings bis zur Fertigstellung des Gebäudes (insbesondere bei geringem Eigenkapital des Erbbaurechtsnehmers).

Der Erbbaurechtsgeber erhält jedoch i. d. R. einen hochgradig sicheren Zahlungsstrom, dessen Risiko deutlich geringer als dasjenige eines Volleigentümers ist, der gleichzeitig aber eine attraktive Rendite ergibt, die deutlich oberhalb derjenigen einer festverzinslichen Bundesanleihe liegt. Im Gegensatz zum Zahlungsstrom aus einer Bundesanleihe ist der Erbbauzins jedoch i. d. R. inflationsgesichert. All dies rechtfertigt, dass die Renditeforderung des Erbbaurechtsgebers geringer als bei Volleigentum angesetzt wird (bei Volleigentum kann als Näherung der Liegenschaftszinssatz dienen).

Nur dann, wenn die Renditen des Erbbaurechtsnehmers oberhalb und diejenigen des Erbbaurechtsgebers deutlich unterhalb der Renditen von Immobilien in Volleigentum liegen, kann der Erbbaurechtskontrakt als „marktgerecht" bezeichnet werden (Ausnahmen können bestehen, wenn vereinbart wird, dass der Erbbaurechtsgeber wesentliche Risiken des Erbbaurechtsnehmers mitträgt).

Die Heranziehung des aus Immobilien in Volleigentum hergeleiteten Liegenschaftszinssatzes ergibt allenfalls Sinn, um eine Obergrenze für den marktüblichen Erbbauzinssatz zu markieren (je nach Gestaltung des Vertrags sind Ausnahmen denkbar).

b) Ableitung „Mark-to-Market"

Ein marktgerechter Erbbauzinssatz kann als ein Gleichgewichtspreis verstanden werden, der Angebot und Nachfrage ins Gleichgewicht bringt. Dieses Zusammenspiel zwischen Angebot und Nachfrage gilt es bei der Ermittlung eines marktgerechten Erbbauzinssatzes abzubilden. Vorzugswürdig ist dabei grundsätzlich der Versuch, einen entsprechenden Preis aus dem Markt selbst abzuleiten („Mark-to-Market").

Die betreffenden Daten werden jedoch – zumeist mangels Transaktionen – vergleichsweise selten von Gutachterausschüssen zur Verfügung gestellt; wenn dies der Fall ist, werden die Erbbauzinssätze zumeist aus der erstmaligen Ausgabe von Erbbaurechten („Primärmarkt") durch andere Städte und Gemeinden oder kirchliche Einrichtungen abgeleitet.

Die Ableitung marktgerechter Erbbauzinssätze aus dem Primärmarkt ist jedoch zumeist kein zielführender Weg:

- Die Festsetzung der Erbbauzinssätze in den Kommunen geschieht auch aus politischen Erwägungen heraus und hat häufig nicht viel mit den Kapitalmarktverhältnissen zu tun.

- Bei den tatsächlich festgesetzten Konditionen spielt auch Marktmacht eine Rolle. Zwar akzeptieren zuweilen Investoren auch überhöht festgesetzte Erbbauzinsen, wenn sie sonst ihre Projekte überhaupt nicht verwirklichen können. Dies macht einen überhöht festgesetzten Preis jedoch noch nicht zu einem Marktgleichgewichtspreis. In diesem Fall pendelt sich auf Grundlage des überhöht festgesetzten Preises die nachgefragte Menge nach Erbbaurechten auf einem zu tiefen Niveau ein. Die zumeist marktunüblich hoch festgesetzten Erbbauzinsen werden als ein wichtiger Grund für die geringe Popularität des Erbbaurechts angesehen (Sebastian et al. 2019).

- Schließlich müssen auch die Grundstücksmarktverhältnisse und die Konditionen vergleichbar sein, was angesichts der Enge des Markts für Erbbaugrundstücke keine Selbstverständlichkeit ist.

Theoretisch denkbar wäre zwar auch die Ableitung eines marktüblichen Erbbauzinssatzes aus dem Sekundärmarkt, also beim Weiterverkauf der Erbbaugrundstücke. Im Grundsatz könnte dabei der gezahlte Erbbauzins ins Verhältnis zum Grundstückswert gesetzt werden. Doch ist der betreffende Markt sehr dünn (v. a. bei Mehrfamilienhausgrundstücken), und Märkte wie Konditionen sehr häufig nicht miteinander vergleichbar. Entsprechende Umrechnungskoeffizienten werden von den Gutachterausschüssen nicht abgeleitet. Aus den genannten Gründen ist somit Zurückhaltung geboten, wenn Gutachter die genannten Wege beschreiten wollen.

c) Versteigerung

Somit bleibt die Vergabe auf dem Wege der Versteigerung. Die Versteigerung zum Höchstpreis steht aber dem Ziel der Schaffung bezahlbaren Wohnraums entgegen. Außerdem kann auch so zumeist der Marktgleichgewichtspreis nicht getroffen werden.

Es besteht nämlich die Gefahr, einem „Fluch des Gewinners" aufzusitzen: Der Gewinner der Auktion kommt dann nur deswegen zum Zuge, weil er den Marktgleichgewichtspreis überschätzt – der eben gerade vom Durchschnitt der nicht zum Zuge gekommenen Bieter repräsentiert wird. Zwar gibt es Möglichkeiten, durch bestimmte Verfahren dieser Problematik zu entgehen; dies erfordert jedoch beträchtliches Know-how.

Nicht so groß ist die Gefahr bei Auktionen im Rahmen von Konzeptvergaben, die neben dem Preis auch Qualitätskriterien umfassen. Die geschilderte Gefahr einer Überschätzung des Preises wird hier zwar nicht ausgeräumt, wohl aber abgemildert (über die „Verdünnung" durch Qualitätskriterien).

Nicht vorhanden ist die Problematik der Überschätzung des marktgerechten Preises dann, wenn – bei einem Festpreis – nur die Konzeptqualität Gegenstand des Bieterverfahrens ist und die wirtschaftlich relevanten Daten (Erbbauzins, Entschädigungssumme etc.) vorgegeben werden. Dann befindet man sich allerdings wieder am Ausgangspunkt: Der Marktgleichgewichtspreis muss erst einmal gefunden werden.

d) Ableitung Mark-to-Model

Der Ausweg aus dem aufgezeigten Dilemma kann in der Anwendung bewährter ökonomischer Verfahren stattfinden. So kann beispielsweise ein für den Investor tragfähiger Erbbauzins über einen sog. Vollständigen Finanzplan gefunden werden (Schulte 1975). In den Vollständigen Finanzplan gehen allerdings eine Vielzahl von subjektiven Annahmen ein, die nicht unbedingt zu einem marktgerechten Erbbauzins führen müssen. Möglich ist es ebenfalls, einen tragfähigen Erbbauzins unmittelbar (ohne Rückgriff auf einen vorher abgeleiteten marktgerechten Erbbauzinssatz) über das Residualwertverfahren zu bestimmen. Allerdings ist die Fehleranfälligkeit dieses Verfahrens hoch, zumal eine kleine Größe (der Erbbauzins) aus mehreren großen Beträgen (abgezinste Erträge und Gebäudekosten inkl. Zwischenfinanzierung und kalkulatorischer Gewinn) ermittelt wird (Kanngießer et al. 2007, S. 348).

Alternativ kann man einen marktgerechten Erbbauzinssatz, der dann auf einen geeigneten Bodenwert angelegt werden muss, auch über kapitalmarktorientierte Verfahren ermitteln. Dabei liegen Kapitalmarktmodelle zugrunde („Mark-to-Model"-Verfahren) oder werden zumindest gedanklich vorausgesetzt.

Konkret kann man sich z. B. am – im Unternehmensbereich sehr gebräuchlichen – Capital Asset Pricing Model (CAPM) orientieren,

auf dessen Basis auch Kapitalkostensätze für die Unternehmensbewertung oder Kapitalkostenforderungen für unternehmerische Investitionen gewonnen werden (Sharpe 1964; Perridon 2009, S. 260-267).

Weil dieses Verfahren jedoch strenge Voraussetzungen hat, die auf Immobilienmärkten generell und speziell auf Märkten für Erbbaugrundstücke in dieser Weise nicht vorliegen, wird die Anwendung im Immobilienbereich teilweise auch kritisch gesehen. Dementsprechend werden entsprechende Korrekturen und Erweiterungen vorgeschlagen (Geltner et al. 2007, S. 571-576). Zur Klärung der Frage, inwieweit diese für den deutschen Markt notwendig und statthaft sind, besteht noch Forschungsbedarf. Greift man dennoch auf das CAPM zurück, ist in jedem Fall auf eine Korrektur aufgrund von Marktunvollkommenheiten großen Wert zu legen. Die Daten können dann wie folgt ermittelt werden:

- **Basiszinssatz:** Heranziehung eines langfristigen risikolosen Kapitalmarktzinssatzes (z. B. 30-jährige Bundesanleihen[7]) oder die Empfehlung des Fachausschusses für Unternehmensbewertung und Betriebswirtschaft (FAUB) des IDW (2019, 2020). Eine weitere Quelle ist Market-Risk-Premia.com. Auch die Kapitalkostenstudien der KPMG gewähren Auskunft (2018; 2020; 2021). Sänze (2017, S. 14) orientiert sich an langfristigen Euro-Swap-Sätzen.

- **Risikoprämie:** Auf Basis des CAPM ist zunächst eine Marktrisikoprämie abzuleiten, auf die ein immobilienspezifischer Beta-Faktor angelegt wird. Letzterer gibt Auskunft darüber, wie sich das Risiko von Immobilieninvestitionen im Vergleich zum Gesamtmarkt verhält. Über die Marktrisikoprämie äußern sich auch die im Kontext mit dem Basiszinssatz genannten Quellen. Sänze (2017) schlägt alternativ die Ableitung eines Risikozuschlages aus Pfandbriefen vor. Zieht man ein Branchen-Beta heran, ist zu beachten, dass aufgrund der Risikoverschiebungen hin zum Erbbaurechtsnehmer nur ein Teil dieses Beta angesetzt werden kann. Löhr (2020) schlägt aufgrund vorläufiger eigener Untersuchungen ca. 50 % für Einfamilienhäuser und ca. 70 % für Gewerbeimmobilien vor. Für Mehrfamilienhäuser dürften ca. 60 % angemessen sein. Bei Gewerbeimmobilien kann zuweilen der genannte Prozentsatz auch deutlich nach oben anzupassen sein, wenn das Risiko des Erbbaurechtsgebers aufgrund der Art des Geschäfts des Erbbaurechtsnehmers und/oder einer weitergehenden Beteiligung des Erbbaurechtsgebers an seinen Risiken (höhere Erfolgsabhängigkeit des Erbbauzinses) erhöht ist.

Tab. 2: Beispiel für die Ermittlung eines marktgerechten Erbbauzinssatzes (Mehrfamilienhaus)

Komponente	Inhalt/Berechnung	v. H.
Basiszinssatz	langfristiger risikoloser Kapitalmarktzinssatz	0,2 %
plus: Risikoprämie (Zuschlag)	aus dem Kapitalmarkt abgeleitet, unter Berücksichtigung der Risikoverschiebung auf den Erbbaurechtsgeber	1,8 %
minus: Abschlag für Wertanpassung	erwartete Inflationsrate	- 1,5 %
plus: Modifikationen wegen Marktunvollkommenheiten	Zuschlag für mangelnde Fungibilität und Verwaltungskostenzuschlag	0,8 %
marktgerechter Erbbauzins ca.		**1,3 %**

Quelle: eigene Berechnung

- **Wertsicherungsabschlag:** Regelmäßig wird die Anpassung des Erbbauzinses auf die Verbraucherpreissteigerungsraten indiziert (s. Abschn. 3.2.2). Der Wertsicherungsabschlag muss die diesbezüglichen Erwartungen abbilden. In die tatsächliche Rendite gehen zwar auch die Bodenwertsteigerungen mit ein; diese reichen (allein schon wegen der geringen Elastizität des Bodenangebots) i. d. R. auch deutlich über die Steigerung der Verbraucherpreise hinaus. Dieser Teil der Rendite fließt jedoch zunächst nicht in Cash zu und unterliegt erhöhten Unsicherheiten. Schließlich wird auch für Wohnerbbaurechte eine Anpassung des Erbbauzinses in Bezug auf die Bodenwertsteigerungen als nicht zulässig angesehen bzw. durch § 9a ErbbauRG verhindert. Vorliegend wird daher empfoh-

[7] Im Regelfall steigt die Zinsstrukturkurve ab einer Restlaufzeit von 30 Jahren nicht mehr signifikant an. Trotz der vom Erbbaurecht abweichenden Restlaufzeit hält sich der entsprechende Fehler damit in engen Grenzen.

len, die Wertkorrektur auf die erwartete Steigerungsrate der Verbraucherpreise, besser noch der Kerninflationsrate zu beschränken. Hierbei werden die volatilen Veränderungen von Lebensmittel- und Energiepreisen herausgerechnet, so dass der Inflationstrend besser erfasst werden kann. Für die Kerninflationsrate stehen verschiedene private Anbieter (z. B. FXEMPIRE 2022), für die Verbraucherpreissteigerungen noch weitere Quellen zur Verfügung. Diese reichen von der Deutschen Bundesbank (2021) bis hin zur Gemeinschaftsdiagnose (2021). Ebenfalls zu erwähnen ist das ECB Survey of Professional Forecasters (2021), das sich allerdings auf den Harmonisierten Verbraucherpreisindex bezieht und ggfs. der Korrektur bedarf.

- Deutlich mehr Schwierigkeiten bereiten die **Adjustierungen wegen Marktunvollkommenheiten**. Sänze (2017) schlägt als Prämie für Illiquidität eine Größenordnung von 0,50 %, für das Mehr an Verwaltungskosten (gegenüber einer Anlage auf dem Kapitalmarkt) 0,20 % vor. Die Größenordnung erscheint plausibel, kann jedoch mit geeigneten betriebswirtschaftlichen Methoden durchaus im Einzelfall feiner eingestellt werden.

Wurden Basiszinssatz und Marktrisikoprämie aus einem empirischen Modell abgeleitet, so sollte dieses Modell nicht verlassen werden. Ein „Daten-Picking" sollte vermieden werden – auch bei kapitalmarktorientierten Ableitungen ist Modellkonformität zu beachten.

Die dargestellten Ausführungen sind nur für die (erstmalige) Ableitung eines marktgerechten Erbbauzinssatzes bei sehr langen Restlaufzeiten des Erbbaurechtsvertrags gültig. Es verhält sich ähnlich wie beim Liegenschaftszinssatz: Je geringer die Restnutzungsdauer des Erbbaurechtsvertrags, umso mehr tritt die baldige Verfügungsmöglichkeit über das Grundstück seitens des Grundstückseigentümers gegenüber den laufenden Erbbauzinsen in den Vordergrund. Dementsprechend wären Abschläge von den Erbbauzinssätzen vorzunehmen, wenn sie wie vorliegend skizziert aus dem Kapitalmarkt abgeleitet werden.

Der so ermittelte Erbbauzinssatz bezieht sich allerdings auf den gesamtdeutschen Durchschnitt. In angespannten Märkten dürften die zu erwartenden Bodenpreissteigerungsraten mehr oder weniger höher ausfallen, so dass erhöhte Wertsicherungsabschläge angemessen sind. In wenig angespannten Märkten gilt das Gegenteil. Bei den Adjustierungen kann eine Orientierung am Unterschied zwischen den Liegenschaftszinssätzen in den verschiedenen Regionen erfolgen.

Denkbar ist auch, dass ein (moderater) Zuschlag für die Freilegung des Grundstücks nach Ablauf der Vertragslaufzeit eingepreist wird. Dabei sind einerseits die Kostensteigerungen zu berücksichtigen, andererseits sind die Freilegungskosten auf den heutigen Tag abzuzinsen. Unter der Annahme, dass Diskontierungszinssatz und Kostensteigerungsraten ungefähr übereinstimmen, spricht daher nichts dagegen, dass der Zuschlag ermittelt wird, indem die Freilegungskosten auf die Laufzeit des Erbbaurechtsvertrags verteilt werden.

Betont werden muss an dieser Stelle noch einmal, dass der so ermittelte Erbbauzinssatz – auf einen erschließungsbeitragsfreien Bodenwert angelegt – für Gleichwertigkeit des Erbbaurechts gegenüber Volleigentum jeweils bei freier Vermietung (ohne Sozialbindung) sorgt und keinerlei Subventionierung des Erbbaurechtsnehmers darstellt. Werden dem Erbbaurecht zusätzliche Sozialbindungen auferlegt, bedarf dies einer zusätzlichen Kompensation.

Die Ableitung eines marktgerechten Erbbauzinssatzes aus kapitalmarktorientierten Verfahren erfordert im Detail allerdings reichlich Erfahrung und viel ökonomisches Know-how. Die notwendige Expertise für die Anwendung kapitalmarktorientierter Verfahren ist aber oftmals weder bei Kommunen noch bei Grundstückssachverständigen im erforderlichen Ausmaß vorhanden.

Allerdings können auch Daumenregeln herangezogen werden. So spricht sich Sänze (2017) für die Orientierung an Hypothekenzinssätzen mit einer Zinsbindungsfrist von 10 Jahren als Obergrenze für den marktgerechten Erbbauzinssatz aus. Eigene Berechnungen

sehen Baufinanzierungen mit einer 20-jährigen Zinsbindungsfrist als Obergrenze für den marktgerechten Erbbauzinssatz von Mehrfamilienhäusern im Erbbaurecht an. Es bietet sich daher eine Orientierung an den 10-jährigen Baufinanzierungssätzen als Obergrenze für Einfamilienhäuser und an den 20-jährigen Baufinanzierungssätzen für Mehrfamilienhäuser im Erbbaurecht an (Löhr 2022b).

Die betreffenden Daumenregeln werden durch eigene Ableitungen anhand von Beispielgrundstücken aufgrund eines Vollständigen Finanzplans bestätigt (VoFi; s. Abschn. 6.2.2). Allerdings kann die empirische Fundierung solcher – aus Kapitalmarktdaten der jüngeren Vergangenheit abgeleiteten – Daumenregeln noch nicht als vollkommen gesichert betrachtet werden. Dies gilt insbesondere für den Fall, dass die Inflation in Zukunft wieder eine größere Rolle spielen und der Zinssatz wieder deutlich in den positiven Bereich drehen sollte. In jedem Fall sollte das Ergebnis der Ableitung mit einem anderen Verfahren plausibilisiert werden.

Die obigen Ausführungen bezüglich eines marktgerechten Erbbauzinssatzes bezogen sich auf „konventionelle" Erbbaurechte, bei denen im Rahmen des § 9a ErbbauRG eine Indexierung der Erbbauzinsen mittels Gleitklausel am Verbraucherpreisindex erfolgt (s. Abschn. 3.2.2) und die Eingriffe in die Verfügungsrechte des Erbbaurechtsnehmers durch Auflagen, Zustimmungsbefugnisse, Beleihungsbeschränkungen etc. auf das nötige Minimum beschränkt sind.

Anders liegt der Fall bei einer Indizierung der Erbbauzinsen mittels einer Spannungsklausel an der Mietentwicklung (s. Abschn. 3.2.2). Hier partizipieren Erbbaurechtsgeber und -nehmer entsprechend ihrer anteiligen Investition in ähnlicher Weise an der Ertragsentwicklung, aber auch an den Risiken. Aus diesem Grunde ist in diesen Fällen eine Orientierung an den Liegenschaftszinsen angemessen.

Auch wenn sie das erforderliche ökonomische Hintergrundwissen für die kapitalmarktorientierte Ableitung eines marktgerechten Erbbauzinssatzes haben, werden Grundstückssachverständige regelmäßig vor der Problematik stehen, dass sich in der Praxis bislang weder kapitalmarktorientierte Ableitungen für marktgerechte Erbbauzinssätze noch empirisch abgesicherte Daumenregeln etabliert haben. Die Heranziehung der betreffenden Verfahren ist daher für die Sachverständigen mit erhöhten Haftungsrisiken verbunden. Dies kann im Umkehrschluss aber auch nicht bedeuten, dass eine Ableitung von Erbbauzinssätzen aus dem Primärmarkt unkritisch hinzunehmen ist.

Solange keine Legaldefinitionen für einen marktgerechten Erbbauzinssatz existieren bzw. die Ableitung desselben nicht (untergesetzlich) geregelt ist, bleiben die Kommunen bei der „Vereinbarung" eines marktgerechten Erbbauzinssatzes (bzw. Erbbauzinses) zunächst auf sich gestellt. Wünschenswert wäre daher eine Regelung in der Gemeindeordnung dahingehend, dass ökonomische – insbesondere auch kapitalmarktorientierte – Verfahren oder empirisch abgesicherte Daumenregeln bei der Bestimmung des Erbbauzinssatzes zulässig sind. Solange dies nicht der Fall ist, empfiehlt sich in jedem Falle die vorherige Rücksprache mit der Kommunalaufsicht.

Möglicherweise können kommunalwirtschafts- und vergaberechtliche Risiken einfach dadurch reduziert werden, indem sämtliche Erbbaurechtsnehmer einer bestimmten Kategorie (Einfamilienhäuser, Mehrfamilienhäuser, Gewerbe) hinsichtlich des marktgerechten Erbbauzinssatzes gleichgestellt werden. Speziell für preisgebundene Wohnungen wäre dann i. d. R. eine weitergehende Förderung nötig, um die Ertragseinbußen gegenüber freifinanzierten Wohnungen auszugleichen und das Investment rentabel zu gestalten. Vorzugsweise sollte ein Ausgleich für auferlegte Sozialbindungen über eine eigenständige effektive Förderkulisse jenseits des Erbbauzinses erfolgen (s. Abschn. 6.3). Allerdings müsste diese Förderkulisse erst einmal geschaffen bzw. für das Erbbaurecht adjustiert werden.

e) Berücksichtigung von sozialen und städtebaulichen Bindungen

Als zweitbeste Lösung ist jedoch auch denkbar, einen marktgerechten Erbbauzinssatz

- bei freier Vermietung auf den Verkehrswert des Bodens (ersatzweise den Bodenrichtwert) bzw.

- bei sozialen Bindungen auf einen – nach Ertragsgesichtspunkten – tragfähigen Bodenwert unter Berücksichtigung der betreffenden Sozialbindungen bei fiktivem Volleigentum anzulegen.

Dabei muss beachtet werden, dass die Sozialbindung im Rahmen des Erbbaurechts zeitlich weiter als bei Volleigentum reichen kann; im Extremfall kann sie die gesamte Laufzeit umfassen. Bei der Ermittlung eines solchen tragfähigen Bodenwerts können i. d. R. die örtlichen Gutachterausschüsse Hilfestellung leisten. Diesen stehen oftmals auch geeignete Vergleiche zur Verfügung. Bei quotaler Vermietung ist ein Mischbetrag zwischen dem Bodenwert bei freier und sozial gebundener Vermietung denkbar.

Bei der Heruntersubventionierung des Erbbauzinses handelt es sich – nach einer eigenständigen Förderkulisse für Erbbaurechte – wie gesagt nur um eine zweitbeste Lösung, da ein marktgerechter Erbbauzins auch eine allokative Funktion innehat. So hält er den Erbbaurechtsnehmer dazu an, das Grundstück effizient zu bewirtschaften. Insbesondere dann, wenn auch ein frei vermieteter Anteil an Wohnungen eine Rolle spielt (Quersubventionierung des gebundenen Wohnraums), erzeugt der Erbbauzins einen weiteren Druck, das Gebäude instand zu halten. Ebenfalls reizt ein marktgerechter Erbbauzins zu einer effizienten Nutzung des Grundstücks an.

Wird hingegen der Erbbauzins „heruntersubventioniert", sind Folgeregelungen notwendig, um die entfallende Allokationsfunktion des Erbbauzinses aufzufangen. Hierbei kann es sich um Baugebote, Instandhaltungs- und Modernisierungsgebote oder Regelungen bezüglich der Bauqualität handeln. All dies beschwert und verkompliziert den Erbbaurechtsvertrag – zudem sind derartige Regelungen oftmals nur schwer durchsetzbar.

Theoretisch ist auch der Versuch denkbar, den Erbbauzinssatz selbst herunter zu subventionieren, um im Anschluss den reduzierten Erbbauzinssatz auf den Verkehrswert des Bodens anzulegen. Wenngleich man derartige Regelungen teilweise in der Praxis vorfindet (z. B. beim „Abkindern" von kirchlicherseits ausgegebenen Erbbaurechten), stehen derzeit keine gebräuchlichen Verfahren zur Verfügung, um dies aus kommunaler Sicht willkürfrei und – vor dem Hintergrund des Beihilfe- und Haushaltsrechts – auch rechtssicher tun zu können. Von einem solchen Vorgehen ist daher abzuraten.

Teilweise wird auch eine Ausdifferenzierung in einen höheren dinglichen und einen niedrigeren schuldrechtlichen Erbbauzins (Lindner 2019) vorgeschlagen. Die schuldrechtliche Reduktion des Erbbauzinses kann dabei für die Zeit der Sozialbindung festgelegt werden – danach wäre der höhere dinglich festgesetzte Erbbauzins zu zahlen. Allerdings stellt die rechtliche Ausdifferenzierung des Erbbauzinses keine Antwort auf die Frage nach dessen Marktgerechtigkeit dar. Hinzukommt, dass für die Beleihungswertermittlung der dinglich abgesicherte Erbbauzins relevant ist. Eine höhere dingliche Festlegung des Erbbauzinses erschwert die Beleihbarkeit der Erbbaurechte (s. Abschn. 4.2). Allerdings kann die schuldrechtliche Reduzierung des Erbbauzinses einen zusätzlichen wirtschaftlichen Anreiz dahingehend schaffen, dass sich der Erbbaurechtsnehmer der Sozialbindung unterwirft.

Einen Schritt in die richtige Richtung hat die Stadt Stuttgart getan, die 2022 ihre Förderkonditionen für Erbbaurechte weitgehend angepasst hat (Landeshauptstadt Stuttgart 2022, S. 18). So wurde der Erbbauzins von 4 % auf den Bodenwert auf nunmehr 2 % für neu abzuschließende Erbbaurechtsverträge gesenkt. Dieser Erbbauzinssatz gilt sowohl für den freien wie den geförderten Geschosswohnungsbau. Allerdings dürfte der Erbbauzins immer noch nicht vollkommen marktgerecht sein, da sich der Erbbauzinssatz am Liegenschaftszinssatz orientiert - der Erbbauzinssatz von 2 % dürfte angesichts der zum Zeitpunkt der Beschlussfas-

sung des Stadtrats geltenden Kapitalmarktverhältnisse immer noch zu hoch gelegen haben (s. Abb. 5 in Abschn. 3.2.1). Beim geförderten Wohnungsbau werden die geminderte Ertragsfähigkeit und die weiteren Verfügungsbeschränkungen berücksichtigt, indem der Erbbauzinssatz von 2 % auf einen reduzierten Bodenwert angelegt wird. In Abkehr von einer früheren Beschlusslage wird die Vereinbarung auf die gesamte Laufzeit des Erbbaurechts bezogen; der Erbbaurechtsnehmer profitiert mithin auch weiter dann hiervon, wenn die förderrechtlichen bzw. städtischen Bindungen entfallen sind. Hierdurch sollen die Erbbaurechtsprojekte besser kalkulierbar gemacht werden (Landeshauptstadt Stuttgart 2022, S. 19).

f) Übertragung auf Nicht-Wohnobjekte

Zumal sich Stuttgart um mehr Marktgerechtigkeit bemüht hat, ist die Relation der nunmehr festgesetzten Erbbauzinssätze für andere Nutzungen, bezogen auf Wohnnutzungen, von besonderem Interesse. Die nachfolgende Tab. 3 illustriert, wie – ausgehend von einem hypothetischen marktgerechten Erbbauzinssatz von 1,3 % für Wohnnutzungen im Geschosswohnungsbau (s. Tab. 2) – die Stuttgarter Struktur der Erbbauzinssätze auch auf andere Kommunen übertragen werden kann.

Eine Begründung für die Ableitung der anderen Erbbauzinssätze wurde im Stuttgarter Beschluss nicht gegeben. Insbesondere bei Industrie, Gewerbe und Parkhäusern dürfte der angesetzte Wert von 3,5 % in einigen Fällen passend, z. T. aber auch zu hoch sein. Bei gewerblichen Objekten dürfte jedoch eine Orientierung an den Zinssätzen für langfristige gewerbliche Immobilienfinanzierung ratsam sein.

Ebenfalls ist die Vorgehensweise Stuttgarts einer anteiligen Berechnung bei Mischnutzungen empfehlenswert; diese entspricht dem o. a. Vorschlag für gemischt genutzte Objekte (Gewerbe und Wohnen). Bei derartigen Objekten mit untergeordnetem Gewerbeanteil (höchstens 20 % der Geschossfläche) ist der Erbbauzins für die übergeordnete Nutzung relevant und vice versa. Bei einem Gewerbeanteil von mehr als 20 % wird der Erbbauzins anteilig je nach konkreter Nutzungsart umgerechnet auf die Grundstücksfläche berechnet. Zu beachten sind allerdings die seit dem Beschluss veränderten Kapitalmarktverhältnisse.

Tab. 3: Relationen der Erbbauzinssätze in Stuttgart – Übertragung auf andere Konstellationen

Objekte	Erbbauzinssatz	Relation zum Erbbauzinssatz Wohnnutzungen	Übertragung auf den konkreten Fall (fiktives Beispiel)
Wohnnutzungen (Geschosswohnungsbau)	2 %	100 %	1,3 % (100 %)
Kulturelle Einrichtungen	2 %	100 % (+ 0 %)	1,3 %
Soziale Einrichtungen, Schulen, Krankenhäuser	0,75 % bezogen auf den Wert von Wohngrundstücken	37,5 % (- 62,5 %)	0,5 %
Sportvereinsheime, Waldheime	0,4 % auf einen festen Wert von 38,35 €/m²	im Einzelfall zu ermitteln	
Industrie, Gewerbe, Parkhäuser	3,5 %	175 % (+ 75 %)	2,3 %

Quelle: eigene Berechnung

FORMULIERUNGS-BEISPIEL

Erbbauzins für ein Wohnerbbaurecht

(1) *Der Erbbauberechtigte hat ab dem *** an den jeweiligen Grundstückseigentümer einen jährlichen Erbbauzins in Höhe von *** EUR (in Worten: *** Euro) zu zahlen.*

(2) *Der vorgenannte Erbbauzins zu Vertragsbeginn errechnet sich aus *** v. H. des erschließungsbeitragsfreien Bodenrichtwerts für die betreffende Bodenrichtwertzone i. H. v. *** EUR pro qm.*

(3) *Der Erbbauzins ist in monatlichen Raten im Voraus, spätestens am dritten Werktag jeden Monats zu Gunsten des Grundstückseigentümers auf das Konto *** kostenfrei zu entrichten.*

(4) *Der Erbbauberechtigte hat dem Grundstückseigentümer eine Einzugsermächtigung für die Zahlung des Erbbauzinses zu erteilen. Die Kosten einer evtl. Rücküberweisung, z. B. wegen fehlender Deckung des Kontos oder erfolgten Widerspruchs, trägt der Erbbauberechtigte.*

(5) *Der Erbbauberechtigte ist verpflichtet, den Erbbauzins samt Wertsicherungsklausel (§ ***) durch Eintragung einer Reallast an erster Rangstelle des Erbbaugrundbuchs zugunsten des jeweiligen Grundstückseigentümers dinglich zu sichern. Als dinglicher Inhalt des Erbbauzinses wird vereinbart, dass die Erbbauzinsreallast abweichend von § 52 Abs. 1 des Gesetzes über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung mit ihrem Hauptanspruch bestehen bleibt, wenn der Grundstückseigentümer aus der Reallast oder der Inhaber eines im Range vorgehenden oder gleichstehenden dinglichen Rechts die Zwangsversteigerung des Erbbaurechts betreibt.*

Hinweis: In Abs. 2 werden die Berechnungsgrundlagen dargelegt. In Abs. 5 ist ergänzend auch eine Regelung bzgl. der Zwangsversteigerungsfestigkeit des Erbbauzinses aufgenommen.

Alternative (auch für gewerbliche Erbbaurechte verwendbar)

(1) *Der Erbbauzins beträgt vom Tag des Baubeginns an monatlich *** EUR (in Worten: *** Euro).*

(2) *Der Erbbauzins ist fällig und zahlbar bis zum 3. Werktag eines jeden Monats.*

(3) *Abweichend von § 52 Abs. 1 ZVG wird außerdem vereinbart, dass die Reallast mit ihrem Hauptanspruch bestehen bleibt, wenn der Grundstückseigentümer aus der Reallast oder der Inhaber eines im Range vorgehenden oder gleichstehenden Rechts die Zwangsversteigerung des Erbbaurechts betreibt.*

(4) *Der Berechtigte unterwirft sich wegen des Ausgangsbetrags von *** Euro der sofortigen Zwangsvollstreckung aus dieser Urkunde in sein gesamtes Vermögen. Der Notar ist ermächtigt, dem Eigentümer jederzeit auch ohne Fälligkeitsnachweis eine vollstreckbare Ausfertigung dieser Urkunde zu erteilen. Durch diese Abrede erfolgt jedoch keine Beweislastumkehr.*

(5) *Im Fall einer Erhöhung des Erbbauzinses ist der Erbbauberechtigte verpflichtet, sich auf Verlangen des jeweiligen Grundstückseigentümers bezüglich des jeweiligen Erhöhungsbetrags in notarieller Urkunde der sofortigen Zwangsvollstreckung zu unterwerfen.*

Hinweis: In dieser Variante wird auf die Darstellung der Berechnungsgrundlagen verzichtet. Abs. 3 beinhaltet die Zwangsversteigerungsfestigkeit des Erbbauzinses, Abs. 4 und 5 die Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung. Letzteres kann auch separat – für den gesamten Vertragsinhalt – geregelt werden.

ZJUSAMMENFASSUNG

- Der Erbbauzins wird i. d. R. durch die Anlegung eines (marktgerechten) Erbbauzinssatzes auf den erschließungsbeitragsfreien Bodenwert festgelegt.
- Marktgerechtigkeit des Erbbauzinssatzes bedeutet Kapitalmarktorientierung.
- Bei der Findung eines marktgerechten Erbbauzinssatzes ist die Orientierung an anderen Kommunen oder kirchlichen Einrichtungen regelmäßig problematisch, da diese oftmals selbst nicht kapitalmarktorientiert agieren.
- Die Versteigerung des Erbbaurechts (Höchstgebot) ist ebenfalls nicht anzuraten, da womöglich derjenige Bieter den Zuschlag erhält, der den Marktpreis zu hoch – also falsch – eingeschätzt hat.
- Auch die Orientierung am Liegenschaftszinssatz ist zumindest bei „konventionell ausgestalteten Erbbaurechten" (Indexierung des Erbbauzinses am Verbraucherpreisindex mittels Gleitklausel – s. Abschn. 4.2.2) nicht sachgerecht, da dieser eine aus Immobilien im Volleigentum abgeleitete Größe darstellt. Im „konventionellen" Erbbaurecht herrscht jedoch eine gänzlich andere Rendite-/Risiko-Konstellation vor, weswegen die einfache Übertragung des Liegenschaftszinssatzes auf Volleigentum eine Verletzung des Grundsatzes der Modellkonformität darstellt. Allenfalls kann der Liegenschaftszinssatz insoweit als grobe Indikation verwendet werden, als der anfängliche Erbbauzinssatz diesen nicht übersteigen darf.
- Eine Orientierung am Liegenschaftszinssatz ist allerdings bei einer Indexierung des Erbbauzinses an der Mietentwicklung sinnvoll, was über eine Spannungsklausel geschehen kann (Abschn. 4.2.2). Hierbei tragen Erbbaurechtsgeber und Erbbaurechtsnehmer bezüglich ihrer Investition jeweils ähnliche Risiken.
- Möglich ist eine Ableitung des Erbbauzinssatzes aus dem Kapitalmarkt oder nach Tragfähigkeitsgesichtspunkten mittels betriebswirtschaftlicher Verfahren (z. B. einem Vollständigen Finanzplan). Diese Verfahren sind jedoch auch zertifizierten Grundstückssachverständigen z. T. nicht geläufig. Auch haben die betreffenden Verfahren noch nicht die notwendige Verbreitung gefunden, um zur Bestimmung eines marktgerechten Erbbauzinses rechtssicher eingesetzt zu werden.
- Schließlich bedarf die kapitalmarktorientierte Ableitung des Erbbauzinssatzes auch des entsprechenden ökonomischen Know-hows. Allerdings kann man sich bei „konventionellen Erbbaurechten" als Daumenregel an den Sätzen für eine 10-jährige Baufinanzierung für Einfamilienhäuser und eine 20-jährige Baufinanzierung bei Mehrfamilienhäusern im Erbbaurecht orientieren.
- Bei Erbbaurechten, die für soziale Einrichtungen, Sportvereine etc. bestellt werden, sollte der Erbbauzins entsprechend tiefer liegen, für gewerbliche Erbbaurechte i. d. R. höher.
- Unabhängig davon, welches Verfahren gewählt wird, sollte immer eine Kontrollrechnung mit einem anderen Verfahren stattfinden. Dies gilt umso mehr, als in Zukunft eine grundlegende Änderung der Kapitalmarktverhältnisse nicht auszuschließen ist.
- Wünschenswert wäre eine Regelung in der Gemeindeordnung dahingehend, dass kapitalmarktorientierte und anderweitige ökonomische Verfahren oder auch empirisch abgesicherte Daumenregeln bei der Bestimmung des Erbbauzinssatzes zulässig sind. Solange dies nicht der Fall ist, empfiehlt sich in jedem Falle die vorherige Rücksprache mit der Kommunalaufsicht.

- Die „Heruntersubventionierung" des Erbbauzinses im Gegenzug zur Übernahme sozialer oder städtebaulicher Verpflichtungen erscheint nicht unproblematisch, zumal ein marktgerechter Erbbauzins den Erbbaurechtsnehmer auch zur effizienten Bewirtschaftung der Immobilie anhält. Dies ist v. a. dann relevant, wenn ein Teil der Wohnungen frei vermietet wird.

- Besser wäre derselbe Erbbauzins für freien und geförderten Wohnungsbau. Die Subventionierung müsste dann im Rahmen einer extra errichteten Förderkulisse für solche Zwecke stattfinden.

- Solange dies noch nicht der Fall ist, erscheint das Anlegen eines marktgerechten Erbbauzinssatzes auf einen nach Tragfähigkeitsgesichtspunkten reduzierten Bodenwert, der durch den örtlichen Gutachterausschuss zu ermitteln wäre, als gangbare Lösung.

3.2.2 Anpassung des Erbbauzinses

Die Erbbauzinsen sollten an die wirtschaftliche Entwicklung fortlaufend angepasst werden. Erlaubt sind lediglich die folgenden Anpassungsklauseln (vgl. Seitz 2016, S. 10; Kleiber 2017, S. 2936-2937; Böttcher 2018, S. 112-116):

- Bei sog. **Leistungsvorbehaltsklauseln** sind bei Erreichen der Veränderung eines festgelegten Anpassungsmaßstabs die Voraussetzungen zur Anpassung des Erbbauzinses erfüllt. Es erfolgt allerdings keine automatische Anpassung. Dem Vertragspartner steht ein Ermessens- und Verhandlungsspielraum bei der Änderung des Erbbauzinses zu. Es handelt sich um eine reine Verhandlungsklausel. Die laufenden Nachverhandlungen sind aber oftmals aufwändig und ggfs. streitbefangen, weswegen Leistungsvorbehaltsklauseln nicht für den Regelfall empfohlen werden können.

- **Spannungsklauseln** stellen hingegen auf ein Spannungsverhältnis zwischen zwei Leistungen ab. Die Erhöhung des Erbbauzinses kann genau berechnet werden. Es ist beispielsweise möglich, den Erbbauzins im Verhältnis zu den ortsüblichen oder mit dem Objekt erzielbaren Mieten über die Laufzeit des Erbbaurechtsvertrags gleich laufen zu lassen. Dies kann durchaus interessant sein, wenn ein Auseinanderlaufen zwischen den Mieteinnahmen und dem zu zahlenden Erbbauzins vermieden werden soll. Andererseits wird der Erbbaurechtsgeber hierbei in höherem Maße am Investitionsrisiko beteiligt, was bei der Findung des Erbbauzinssatzes geringere Abschläge vom Liegenschaftszinssatz als bei einer am Verbraucherpreisindex orientierten Gleitklausel (s. unten) angemessen erscheinen lässt.

- Auch bei **Gleitklauseln** kann die Erhöhung des Erbbauzinses nach Feststellung der vereinbarten Vergleichsgröße ohne einen Ermessens- oder Verhandlungsspielraum genau berechnet werden. Zumeist wird die Veränderung des Erbbauzinses an den Verbraucherpreisindex (VPI) gebunden. Der Erbbauzins passt sich damit ohne Verhandlungen automatisch den geänderten Verhältnissen an, die entstehenden Verhandlungskosten sind insoweit minimal. Bei den in Abschn. 3.2.1 dargestellten Überlegungen zur erstmaligen Feststellung des Erbbauzinssatzes wird diese Vereinbarung vorausgesetzt, mit der auch eine entsprechend hohe Risikoverlagerung auf den Erbbaurechtsnehmer einhergeht (bei einer Spannungsklausel wären sie zu modifizieren).

Für Wohnerbbaurechte und weite Teile der gewerblichen Erbbaurechte sind v. a. Gleitklauseln auf VPI-Basis gebräuchlich („konventionelle Erbbaurechte"),

Spannungsklauseln finden sich seltener. Leistungsvorbehaltsklauseln spielen kaum eine Rolle. Insbesondere am Bodenwert orientierte Anpassungen der Erbbauzinsen sind bei Wohnerbbaurechten nach herrschender Meinung nicht zulässig (Gondring 2013, S. 81-82). § 9a Abs. 1 S. 3 ErbbauRG verbietet eine Berücksichtigung der Grundstückswertverhältnisse. Allerdings betrifft diese Vorschrift nur das Ausmaß der Erhöhung des Erbbauzinses, nicht aber dessen Voraussetzungen. Die Beteiligten können daher den Anpassungsanspruch allein oder zusammen mit anderen Voraussetzungen von einer Veränderung der Bodenpreise abhängig machen. Auch ist z. B. eine Vereinbarung zulässig, nach der der Erbbauzins nicht unterhalb eines bestimmten Prozentsatzes des jeweiligen Grundstückswerts sinken darf (v. Oefele/Winkler 2016, S. 386). Generell ist von bodenwertbezogenen Anpassungen aber abzuraten, da man sich hier leicht in einen rechtlichen Graubereich begibt.

Bei Erbbaurechten für Wohnzwecke ist schließlich bei der Anpassung der Erbbauzinsen § 9a ErbbauRG zu beachten. Mit dieser Vorschrift soll die Sozialfunktion der betreffenden Erbbaurechte gesichert werden. Die Vorschrift schränkt das Erhöhungsverlangen des Erbbaurechtsgebers ein.

Gem. § 9a Abs. 1 S. 5 ErbbauRG darf ein Anspruch auf Erhöhung des Erbbauzinses frühestens nach Ablauf von drei Jahren nach der jeweils letzten Erhöhung des Erbbauzinses geltend gemacht werden (3-Jahres-Frist). Es empfiehlt sich, den Mindestturnus möglichst nicht zu überschreiten. Ansonsten drohen bei inflationären Entwicklungen sprunghafte Erhöhungen des Erbbauzinses, die u. U. auf Akzeptanzprobleme stoßen können (Wiesener 2014, S. 12).

Ein Anspruch auf Erhöhung des Erbbauzinses kann nur insoweit erhoben werden, wie die Änderung des Erbbauzinses unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls nicht unbillig ist (Billigkeitsprüfung). Dies ist der Fall, wenn die Erhöhung über die seit Vertragsabschluss eingetretene Veränderung der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse hinausgeht (Kappungsgrenze). Als Maßstab hierfür gilt die im jeweiligen Bezugszeitraum eingetretene prozentuale Steigerung der Lebenshaltungskosten (Preisindex für die Lebenshaltung) einerseits und der Einkommen (Mittelwert aus dem Index der Bruttolöhne und dem Index der Bruttogehälter der Angestellten) andererseits. Entsprechende Berechnungsgrundlagen werden vom Statistischen Bundesamt laufend zur Verfügung gestellt (Destatis 2021).

Häufig wird empfohlen, die Kappungsgrenze des § 9a ErbbauRG dadurch zu umgehen, dass zu Beginn des Vertrags ein erhöhter Erbbauzins festgelegt wird. Hierdurch soll vermieden werden, dass der Bodenwertanteil, der aufgrund von Anpassungsrückständen des Erbbauzinses dem Erbbaurechtsnehmer während der Vertragslaufzeit zuwächst, zu hoch ausfällt. Dabei wird auch teilweise die Gefahr der „Erbbaurechtsspekulation" heraufbeschworen. Diese Gefahr wird insbesondere bei einer am Verbraucherpreisindex orientierten Anpassung des Erbbauzinses gesehen, wenn die Bodenwerte stärker im Wert ansteigen als der Verbraucherpreisindex. Empirische Evidenz zum Ausmaß der Erbbaurechtsspekulation existiert indessen nicht. Vorliegend wird angeraten, die Anpassungsrückstände „entspannt" und als eine Kompensation für die Nachteile des Erbbaurechts zu sehen.

Durch geeignete vertragliche Regelungen kann erreicht werden, dass – bei Verzicht auf einen erhöhten Eingangserbbauzins – auch ein Teil der Anpassungsrückstände den Mietern zugutekommt. Ein Ansatz liegt hier allein schon in den Mietverträgen, soweit Vorgaben bezüglich der Mietpreissteigerung bei der sozialen Wohnraumförderung existieren (ähnlich: Kriese 2019, S. 180). Von besonderem Interesse ist hier wiederum eine Spannungsklausel zur Erbbauzinsanpassung, welche die Steigerungen der Erbbauzinsen an die Entwicklung der Mieten knüpft.

Ebenfalls muss gesehen werden, dass das Erbbaurecht wegen der o. a. Nachteile gegenüber Volleigentum i. d. R. einen erheblichen Wertabschlag erleidet. Der im Laufe der Zeit auf den Erbbaurechtsnehmer wirtschaftlich übergehende Bodenwertanteil kompensiert diese Nachteile teilweise. Im Laufe der Zeit steigt der auf den Erbbau-

rechtsnehmer wirtschaftlich übergehende Bodenwertanteil zunächst aufgrund der Anpassungsrückstände an, nimmt aber gegen Ende der Vertragslaufzeit wieder ab (Grundstücksmarktbericht Münster 2021, S. 80, Schaubild 21). Das Erbbaurecht selbst verliert andererseits im Laufe der Zeit gegenüber Volleigentum immer weiter an Wert (dies ist an den Marktanpassungsfaktoren festzumachen, die allerdings praktisch ausschließlich für Sachwertobjekte erhoben werden; s. Frings 2018, S. 205 und Tillmann / Seitz 2020, Kap. 4.2.3.2., Tab. 21). So ergibt sich infolge der Anpassungsrückstände beim Erbbaurechtsnehmer zumindest teilweise eine Kompensation bzgl. der Nachteile des Erbbaurechts gegenüber Volleigentum.

Die künftigen Bodenwertsteigerungen bzw. deren Unterschied zu den Steigerungen der Verbraucherpreise sind angesichts der langen Laufzeit der Erbbaurechtsverträge sehr unsicher, und dementsprechend der zu erwartende Anpassungsrückstand kaum zuverlässig zu quantifizieren.

Bei den im Rahmen von ökonomischen Verfahren abgeleiteten Erbbauzinsen kann ein angemessener Aufschlag für die zu erwartenden Anpassungsrückstände eingepreist werden, die sich aufgrund der regelmäßig dynamischeren Entwicklung der Bodenwerte gegenüber den Verbraucherpreisen ergeben. Die Bezugsgröße kann z. B. die Differenz zwischen dem angepassten Erbbauzins vor der erwarteten Inflationsrate und einem Erbbauzins sein, der fiktiv laufend an die erwartete Bodenwertsteigerung angepasst wird. Aus beiden Zahlungsreihen kann ein interner Zinsfuß ermittelt werden. Die Differenz der internen Zinsfüße aus beiden Zahlungsreihen kann als Aufschlag angesetzt werden. Dies ist jedoch nur dann sinnvoll durchführbar, wenn man sich beim Wertsicherungsabschlag zunächst auf die erwartete Bodenwertsteigerung (statt auf die erwartete Steigerung der Verbraucherpreise) bezieht. Auf die gesonderte Einpreisung von Anpassungsrückständen kann jedoch dann verzichtet werden, wenn beim Wertsicherungsabschlag (s. Tab. 2) von vornherein nicht die voraussichtliche Entwicklung der Bodenpreise, sondern diejenige der Verbraucherpreise angesetzt wird. Diese Vorgehensweise wird vorliegend empfohlen.

Generell sollte also Zurückhaltung bei einer Erhöhung des Eingangserbbauzinses aufgrund künftiger Anpassungsrückstände ausgeübt oder besser ganz hierauf verzichtet werden.

Anders als bei Wohnerbbaurechten ist bei Erbbaurechten, die für gewerbliche Zwecke bestellt wurden, ohnehin jede Anpassungsklausel zulässig, die nicht gegen die Wucherbestimmungen des § 138 BGB verstößt (Kleiber 2017, S. 2947). § 9a ErbbauRG gilt nicht für gewerbliche Erbbaurechte. Bei gewerblichen Erbbaurechten kann der Erbbauzins daher auch entsprechend den Bodenwertsteigerungen oder -senkungen angepasst werden. Üblich und im Hinblick auf die Möglichkeiten der Risikoverschiebung zielführend ist dies indessen im Allgemeinen nicht. Vielmehr werden auch im gewerblichen Bereich zumeist Anpassungen des Erbbauzinses gewählt, die sich an den Verbraucherpreissteigerungen orientieren. Dies wird vorliegend auch wegen der besseren Kalkulierbarkeit der Belastung des Erbbaurechtsnehmers empfohlen.

Schließlich ist auch davon abzuraten, die Anpassung des Erbbauzinses für einen Zeitraum zu regeln, der kürzer als die Vertragslaufzeit ist. Auch hier besteht die Gefahr mangelnder Planbarkeit für den Erbbaurechtsnehmer – und damit auch eines erhöhten Risikos für Kreditgeber (vorbildlich: Landeshauptstadt Stuttgart 2022, S. 19). Die Kompensation der Sozialbindung und deren möglicher Wegfall sollte vielmehr nach Möglichkeit im Rahmen einer eigenständigen Förderkulisse für Erbbaureche erfolgen (s. oben).

Fehlt – wie manchmal bei älteren Verträgen – eine Wertsicherungsklausel, so besteht bei Objekten, die der Wohnnutzung dienen, dennoch die Möglichkeit, unter bestimmten Bedingungen vor dem Hintergrund einer Einzelfallprüfung eine Erhöhung des Erbbauzinses zu erreichen. Voraussetzung ist eine Störung des Äquivalenzprinzips, so dass die Geschäftsgrundlage wegfallen kann (§ 242 BGB). Die betreffende „Opfergrenze" besteht bei einer Steigerung des Verbraucherpreisindex um 150 Prozent (Frings 2018, S. 197).

Gleitklausel für ein Wohnerbbaurecht

(1) *Der Erbbauzins ist im Hinblick auf die lange Laufzeit des Erbbaurechts wertgesichert: Er ändert sich automatisch, beginnend mit dem Besitzübergang, jeweils nach Ablauf von drei Jahren.*

(2) *Für die Erhöhung bzw. Ermäßigung des Erbbauzinses ist der Verbraucherpreisindex für Deutschland maßgebend, wie er für den Durchschnitt eines Kalenderjahrs vom Statistischen Bundesamt für die gesamte Bundesrepublik Deutschland amtlich festgestellt wird.*

(3) *Der Erbbauzins ändert sich in dem gleichen prozentualen Verhältnis wie der Verbraucherpreisindex für das Kalenderjahr, das zeitlich der Anpassung des Erbbauzinses vorausgeht, von dem Verbraucherpreisindex des Kalenderjahrs, in dem der Erbbaurechtsvertrag begonnen wurde bzw. bei erneuter Überprüfung von dem Verbraucherpreisindex, der der letzten Überprüfung zugrunde gelegen hat, wenn dieser nach oben oder nach unten abweicht.*

Hinweis: Erwägenswert wäre u. a. noch eine ergänzende Bestimmung zur dinglichen Sicherung des angepassten Erbbauzinses.

Alternative (Wohnerbbaurecht)

*Ändert sich der vom Statistischen Bundesamt festgestellte Verbraucherpreisindex für Deutschland (Basisjahr 2010 = 100) um mehr als 10 % (nicht Punkte) gegenüber dem Index des Beurkundungsmonats dieses Erbbaurechtsvertrags, so ändert sich der Ausgangsbetrag von *** Euro von dem auf diese Änderung folgenden Monat an im gleichen Verhältnis. Bei jeder erneuten Änderung dieses Indexes um mehr als 10 % gegenüber dem Stand der letzten Anpassung ändert sich der jeweils letzte Erbbauzins entsprechend. Diese Wertsicherung wird ausdrücklich zum dinglichen Inhalt der Erbbauzinsreallast gemacht.*

Hinweis: In dieser Formulierung ist u. a. keine Bestimmung zum Turnus der Anpassung enthalten. Ein klarstellender Passus zum Mindestzyklus von drei Jahren (gem. § 9a Abs. 1 ErbbauRG) wäre erwägenswert. Zu bedenken ist auch, dass eine mindestens zehnprozentige Erhöhung des Erbbauzinses eine sprunghafte und spürbare Anpassung bedeutet, die auf Akzeptanzprobleme seitens des Erbbaurechtsnehmers stoßen kann.

- Bei Wohnerbbaurechten empfiehlt sich eine Anpassung des Erbbauzinses nach Maßgabe der Entwicklung der lokalen Mieten oder der Verbraucherpreise (auch bei gewerblichen Erbbaurechten).
- Speziell für Wohnerbbaurechte ist eine Indexierung, die sich an der Entwicklung der Bodenwerte orientiert, nicht zulässig.
- Da die Bodenwerte zumeist dynamischer als die Verbraucherpreise und die Mieten ansteigen, ergibt sich im Laufe der Zeit zu Lasten des Erbbaurechtsgebers ein Anpassungsrückstand der Erbbauzinsen gegenüber den Erbbauzinsen, die bei einer Neuvereinbarung erzielbar wären. Auf der anderen Seite erleidet mit zunehmendem Alter das Erbbaurecht eine Entwertung, die zu Lasten des Erbbaurechtsnehmers geht. Aus diesem Grunde empfiehlt es sich, gewisse Anpassungsrückstände zu akzeptieren und mit etwaigen „Aufschlägen" auf die zu Vertragsbeginn festgesetzten Erbbauzinsen maßvoll zu verfahren oder besser gänzlich darauf zu verzichten – wenngleich manchmal etwas Anderes empfohlen wird.

- Bei Wohnerbbaurechten ist eine Anpassung frühestens nach Ablauf von drei Jahren zulässig. Der Anpassungsrhythmus sollte so kurz wie möglich gehalten werden, um sprunghafte Anstiege der Belastung durch den Erbbauzins zu vermeiden. Ebenfalls ist bei Wohnerbbaurechten eine Kappungsgrenze bei der Anpassung des Erbbauzinses zu beachten. Diese Restriktionen bestehen bei gewerblichen Erbbaurechten nicht.

- Eine Neufestsetzung des Erbbauzinses während der Laufzeit sollte nicht vorgesehen werden, um die Planbarkeit des Erbbaurechtsverhältnisses zu gewährleisten. Der Erbbauzinssatz sollte vielmehr von Anfang an marktgerecht festgelegt werden; die Sozialbindungen und deren Wegfall wären vorzugsweise über eine eigenständige Förderkulisse des Landes zu regeln.

3.3 Vertragslaufzeit

Das deutsche Erbbaurechtsgesetz gibt keine bestimmten Mindest- oder Höchstdauern für Erbbaurechte vor. Trotz der diesbezüglichen Offenheit des deutschen Rechtsrahmens sind jedoch Restriktionen zu beachten (Löhr 2020, Abschn. 4.3.1.5).

Die Mindestdauer des Erbbaurechts ergibt sich v. a. aufgrund der Anforderungen der Erbbaurechtsnehmer. Diese bevorzugen regelmäßig lange Laufzeiten, dadurch können geringere Abschläge bei der Verkehrs- und Beleihungswertermittlung erreicht werden. Für Wohnerbbaurechte werden i. d. R. mindestens zwei Renovierungszyklen genannt (Barthauer und Simo 2019, S. 186; Senner 2019, S. 203). Ähnlich sieht es mit den Banken aus: Ein aufgenommenes Darlehen sollte vom Erbbaurechtsnehmer innerhalb der Laufzeit des Erbbaurechtsvertrags wieder komplett zurückgeführt werden können. Das Pfandbriefgesetz schreibt in § 13 Abs. 2 vor, dass die Beleihung befristeter Rechte nur zulässig ist, wenn die planmäßige Tilgung der Grundschuld oder Hypothek spätestens zehn Jahre vor Ablauf des Rechts endet. Sie darf nicht länger dauern, als zur buchmäßigen Abschreibung des Bauwerks nach wirtschaftlichen Grundsätzen erforderlich ist. Daher gelten Erbbaurechte mit einer Restlaufzeit von unter 20 bis 30 Jahren bei vielen Pfandbriefbanken als nicht finanzierbar und damit als kaum mehr marktgängig (JLL 2019, S. 8).

Bezüglich der Höchstdauer des Erbbaurechts kommen v. a. die Anforderungen des (kommunalen) Erbbaurechtsgebers ins Spiel. Im Laufe der Zeit erhöhen sich die Anpassungsrückstände bei den Erbbauzinsen immer mehr; dies sollte irgendwann korrigiert werden. Zudem möchte die Kommune i. d. R. auch aus städtebaulichen Gründen wieder Zugriff auf das Grundstück bekommen.

Generell ergibt sich für beide Seiten mit zunehmender Laufzeit des Erbbaurechts Anpassungsbedarf, weil sich die Umweltbedingungen im Laufe der Zeit ändern. Es erscheint sinnvoll, die Laufzeit der Erbbaurechte generell an den typischen wirtschaftlichen Nutzungsdauern der betreffenden Immobilien zu orientieren, zumal ja auch die Ertragsfähigkeit des Gebäudes durch seine Restnutzungsdauer begrenzt wird. Zuzüglich sollte ein Puffer vorgesehen werden, der mit Blick auf § 20 Abs. 1 Nr. 3 ErbbauRG mindestens zehn Jahre betragen sollte (Frings 2018, S. 187-188).

Die Vertragsdauer für Wohnerbbaurechte sollte aufgrund der deutlich längeren Regelnutzungsdauern von Wohnimmobilien entsprechend länger als diejenige für Ge-

werbeimmobilien ausfallen. Bei Wohnimmobilien sind insbesondere die oftmals im Raum stehenden 99 Jahre kein „Muss". Ihren Ursprung haben sie im „Allgemeinen Landrecht für die Preußischen Staaten" (ALR) von 1794, das eine „Ersitzung fremden Eigentums" durch Verjährung bei einem Besitz über den Zeitraum von mehr als einhundert Jahren hinweg vorsah (§§ 665, 667 ALR). Gerade bei höheren Bodenwerten ändern sich die Anforderungen an Immobilien schneller, die wirtschaftlichen Nutzungsdauern können hier kürzer angesetzt werden. Bei gewerblichen Immobilien kann die Vertragslaufzeit deutlich kürzer als bei Wohnerbbaurechten ausfallen. Allerdings sollte sie, damit das Erbbaurecht im Markt Akzeptanz findet, mindestens 50 Jahre betragen und zugleich die wirtschaftliche Restnutzungsdauer der Immobilie übersteigen (JLL 2019, S. 19).

Vertragsdauer eines Wohnerbbaurechts oder gewerblichen Erbbaurechts

*Das Erbbaurecht endet *** Jahre nach Abschluss dieses Vertrags, also am ***.*

Alternative

(1) *Das Erbbaurecht beginnt mit seiner Eintragung in das Grundbuch des mit ihm belasteten Grundstücks und endet nach *** Jahren.*

(2) *Das Erbbaurecht verlängert sich jeweils um 10 Jahre, wenn es nicht mit einer Frist von 1 Jahr vor Ablauf gekündigt worden ist.*

FORMULIERUNGS-BEISPIEL

Vertragslaufzeit

- Erbbaurechtsnehmer sind regelmäßig an einer langen Vertragslaufzeit interessiert. Dies reduziert die Wertabschläge (Verkehrs- und Beleihungswertermittlung) und erleichtert die Beleihung.
- Die Kommune hat hingegen das Interesse, über das Grundstück auf absehbare Zeit wieder verfügen zu können.
- Ein Kompromiss kann die Orientierung der Vertragslaufzeit an der wirtschaftlichen Restnutzungsdauer des Gebäudes sein. Diese sollte mit Blick auf einen hinreichenden zeitlichen Puffer bzw. den einschlägigen Vorschriften des Pfandbriefgesetzes allerdings um mindestens zehn Jahre überschritten werden.
- Erbbaurechte für gewerbliche Zwecke können dabei eine deutlich geringere Laufzeit als solche für Wohnzwecke haben.

ZUSAMMENFASSUNG

Vertragslaufzeit

3.4 Alternde Verträge: Sprechklauseln

Angesichts des langfristigen Charakters des Vertrags und sich laufend ändernder Umweltbedingungen ist eine Vorwegnahme aller Eventualitäten der Zukunft nicht vollumfänglich möglich. Die allgemeinen Umstände und die sozialen und städtebaulichen Zwecke, welche mit dem Erbbaurecht verfolgt werden, können sich im Zeitverlauf in einer Art und Weise ändern, die allenfalls beschränkt voraussehbar ist. Erbbaurechtsverträge sind daher von vornherein als unvollständige, langfristige Verträge anzusehen (Löhr 2020, Abschn. 3.1.1 und 4.3.1.6). Erbbaurechtsverträge werden somit im Laufe der Zeit den Anforderungen der Vertragsparteien oft immer weniger gerecht – sie „altern".

Wurde mit dem Erbbaurecht beispielsweise die Förderung bezahlbaren Wohnens bezweckt, so können sich die Umstände möglicherweise vollkommen ändern (man denke z. B. an die Fluchtmigration 2015, mit der sich die Kommunen konfrontiert sahen). Anstatt den aussichtslosen Versuch zu unternehmen, alle Eventualitäten der Zukunft zu regeln, sollte eine Fortentwicklung des Vertrags anvisiert werden. Hier ist es wichtig, dass die Vertragspartner miteinander im Gespräch bleiben und sich kennen.

Eine Möglichkeit ist hierbei, Nachverhandlungs- und Sprechklauseln im Erbbaurechtsvertrag zu verankern. Insbesondere bei älteren Verträgen, deren Auslaufen absehbar ist, sollte frühzeitig darüber verhandelt werden, wie es künftig weitergeht. Allerdings sind die Regelungen in Sprechklauseln unverbindlich; es wird immer darauf ankommen, ob mindestens eine Partei ein Begehren hat (wie z. B. die Verlängerung eines Erbbaurechts), das Verhandlungsbereitschaft erzeugt.

Eine weitere, bislang so gut wie nicht genutzte Möglichkeit ist die gesellschaftsrechtliche Beteiligung des Erbbaurechtsgebers beim Erbbaurechtsnehmer. Erbbaurechtsgeber und Erbbaurechtsnehmer bleiben dann beständig miteinander im Gespräch. Ein Teil der Auflagen und Zustimmungsbefugnisse, mit denen Erbbaurechte v. a. zur Sicherung von sozialen oder städtebaulichen Zwecken beladen werden, könnte ebenfalls in den gesellschaftsrechtlichen Bereich verlagert werden. Dies hätte den Nebeneffekt, dass das Erbbaurecht selbst „schlank" gehalten und laufend im gesellschaftsrechtlichen Bereich angepasst werden kann. Bei einem Verkauf des Erbbaurechts müsste sichergestellt werden, dass die stille Beteiligung übernommen wird. Derartige gesellschaftsrechtliche Lösungen sind jedoch nur für Mehrfamilienhäuser im Mietwohnungsbau vorstellbar, die von einer einzigen Gesellschaft als Vermieter betrieben werden. Allerdings handelt es sich hierbei um Neuland; entsprechende Gesellschaftsverträge müssten erst entwickelt werden.

Eine dritte Möglichkeit bestünde im Rahmen einer noch zu entwickelnden eigenständigen Förderkulisse für Wohnerbbaurechte. Im Erbbaurechtsvertrag müsste vorgesehen werden, dass eine Verlängerung der Sozialbindung vorzunehmen ist, sofern dies wirtschaftlich zumutbar ist. Ist dies strittig, könnte der Spruch eines neutralen Dritten (z. B. der zuständige Gutachterausschuss) hierüber entscheiden. Im Rahmen einer eigenständigen Förderkulisse könnten sequenzielle Förderperioden vorgesehen werden. Diese würden etwa im 25 Jahres-Turnus den Renovierungs- und Modernisierungszyklen der Gebäude angepasst, wobei jeweils neue Förderdarlehen gewährt werden. Die Förderung könnte dann jeweils über Tilgungsnachlässe oder Modernisierungszuschüsse geschehen. Im Rahmen der turnusmäßigen Förderkreditneuvergaben (mit Tilgungsnachlass) können die Förderbestimmungen zyklisch entsprechend den geänderten Bedürfnissen angepasst werden. Die privaten Investoren müssten im Erbbaurechtsvertrag grundsätzlich auf eine Sozialbindung verpflichtet werden, wenn dies vor dem Hintergrund der jeweils geltenden Förderkulisse wirtschaftlich zumutbar ist. Die Förderdarlehen könnten dabei auch als Fälligkeitsdarlehen ausgestaltet werden, was den Barwert der Cash Flows positiv beeinflusst. Eine derartige Förderkulisse muss allerdings erst noch entwickelt werden.

ZUSAMMENFASSUNG

Sprechklauseln

- Erbbaurechte sind langfristige, unvollständige Verträge, die mit zunehmendem Alter den Bedürfnissen der Vertragsparteien immer weniger gerecht werden.
- Sinnvoll ist es, im Gespräch zu bleiben und den Erbbaurechtsvertrag ggfs. im Zuge eines Gebens und Nehmens anzupassen. Dies kann im Rahmen einer Sprechklausel vereinbart werden. Allerdings wird hiermit kein Druck auf eine Einigung erzeugt.
- Eine Alternative könnte eine gesellschaftsrechtliche Regelung der Vertragsinhalte sein (stille Beteiligung). Hiermit bestehen allerdings noch kaum praktische Erfahrungen.
- Eine weitere Möglichkeit besteht in einer grundsätzlichen Festschreibung der Sozialbindung, die im Rahmen periodischer Nachförderungen konkretisiert wird. Bislang ist die Förderkulisse in NRW allerdings noch nicht entsprechend ausgestaltet.

3.5 Verlängerung des Erbbaurechts

Läuft der Erbbaurechtsvertrag ab, kann der Erbbaurechtsnehmer den Erbbaurechtsgeber um Verlängerung ersuchen, sofern das Verlängerungsrecht nicht im Erbbaurechtsvertrag ausgeschlossen wurde (ein solcher Ausschluss kann mit dinglicher Wirkung geschehen). Regelmäßig bedeutet dies, dass der Vertrag grundsätzlich zu den ursprünglich vereinbarten Konditionen für eine vereinbarte Zeit weiterläuft. Die Zeitspanne der Verlängerung muss die voraussichtliche Standdauer des Bauwerks abdecken (§ 27 Abs. 3 ErbbauRG; Grziwotz 2018, S. 64). Der Erbbaurechtsgeber hat es jedoch in der Hand, das Verlängerungsersuchen abzuwehren, indem er den Erbbaurechtsnehmer entschädigt. Lehnt der Erbbauberechtigte die Entschädigung ab, erlischt der Entschädigungsanspruch (§ 27 Abs. 3 ErbbauRG). Im Übrigen ist es durchaus möglich und auch empfehlenswert, dass man sich schon vor Ablauf des Vertrags über eine Verlängerung verständigt, soweit diese nicht ausdrücklich vertraglich ausgeschlossen ist. In diesem Kontext sind die in Abschn. 3.4 erörterten Nachverhandlungs- und Sprechklauseln vorteilhaft. Von einer Verlängerungsoption für den Erbbaurechtsnehmer muss eher abgeraten werden, da der Erbbaurechtsgeber auch ohne diese eine Verlängerung gewähren kann – bei einer diesbezüglichen Option hat er jedoch jegliche Verhandlungsmasse aus der Hand gegeben.

s. Beispiel zur Entschädigung (Abschn. 4.8)

ZUSAMMENFASSUNG

- Wird eine Verlängerung des Erbbaurechtsvertrags vereinbart, so gelten die vereinbarten Konditionen i. d. R. für die verlängerte Restlaufzeit des Vertrags weiter.
- Der Erbbaurechtsgeber kann ein Ersuchen um Verlängerung gegen Ende der Laufzeit des Vertrags ablehnen, muss dann aber eine Entschädigung für das an ihn übergehende Bauwerk entrichten.

3.6 Vorrecht auf Erneuerung

Von der Verlängerung des Erbbaurechtsvertrags ist das Vorrecht auf Erneuerung zu unterscheiden (§ 31 ErbbauRG). Hierbei werden „die Karten wieder neu gemischt", d. h. anders als bei der Verlängerung werden die Konditionen neu festgesetzt. Das Vorrecht auf Erneuerung hat eine ähnliche Wirkung wie ein „Vorkaufsrecht" auf das Erbbaurecht. Die Aufnahme des Vorrechts auf Erneuerung bietet einige Vorteile (Löhr 2020, Abschn. 4.3.1.6): Will der (kommunale) Erbbaurechtsgeber nach Ablauf des Erbbaurechts das Grundstück anderweitig nutzen (z. B. Gewerbe statt Wohnnutzung), so ist er hieran trotz des Vorrechts nach § 31 Abs. 1 ErbbauRG nicht gehindert. Lediglich die Gebäudeentschädigung ist aufzubringen, weswegen auch in diesem Fall die erforderlichen Haushaltsmittel frühzeitig eingeplant werden müssen bzw. eine Rücklagenbildung zu empfehlen ist. Wird die bisherige Nutzung hingegen nicht verändert, kann sich der Erbbaurechtsgeber nicht einfach einen neuen Erbbaurechtsnehmer suchen. Hierdurch erhält der Erbbaurechtsnehmer eine höhere Sicherheit bezüglich seiner Investition. Schließlich steht das Vorrecht auf Erneuerung nicht dagegen, dass man frühzeitig in Verhandlungen über eine vorzeitige Anpassung der Vertragskonditionen tritt.

FORMULIERUNGS-BEISPIEL

Vorrecht auf Erneuerung für Wohnerbaurechte und gewerbliche Erbbaurechte

Dem Erbbauberechtigten wird ein Vorrecht auf Erneuerung des Erbbaurechts nach Ablauf der vereinbarten Zeit eingeräumt.

ZUSAMMENFASSUNG

- Wird ein Vorrecht auf Erneuerung gewährt und ausgeübt, so werden die Konditionen neu verhandelt, obwohl die Partner des Erbbaurechtsvertrags nicht wechseln. Bezüglich der Konditionen werden – im Gegensatz zur Verlängerung des Erbbaurechts – also „die Karten neu gemischt".
- Ungeachtet des Vorrechts auf Erneuerung steht es dem Erbbaurechtsgeber frei, nach Ablauf des Erbbaurechtsvertrags das Grundstück für andere Zwecke als bisher zu nutzen.

3.7 Heimfallregelungen

Zumeist werden auch Heimfallregelungen in den Erbbaurechtsvertrag aufgenommen (§ 2 Nr. 4 ErbbauRG). Wird der Heimfall geltend gemacht, fällt das Erbbaurecht (samt Bauwerk) an den Erbbaurechtsgeber zurück; es entsteht ein Eigentümererbbaurecht. Der Erbbaurechtsgeber hat dem Erbbaurechtsnehmer jedoch eine Vergütung zu bezahlen (§ 32 ErbbauRG). Ebenso hat er die auf dem Erbbaurecht lastenden Schulden zu übernehmen, die aber auf die Vergütung anzurechnen sind (§ 33 ErbbauRG). Sind Heimfallrechte vertraglich festgelegt, kann der Heimfall insbesondere in folgenden Fällen geltend gemacht werden:

- im Falle eines Zahlungsverzugs des Erbbaurechtsnehmers in Höhe mindestens zweier Jahresbeträge
- bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Erbbauberechtigten oder bei Ablehnung der Insolvenz mangels Masse
- bei Anordnung der Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung des Erbbaurechts
- bei Verstoß gegen vereinbarte Sozialbindungen
- bei Verstoß gegen anderweitige vereinbarte Nutzungsbindungen

Die Bedingungen, unter denen ein Heimfall geltend gemacht werden kann, sollten im Erbbaurechtsvertrag dabei so genau wie möglich beschrieben werden (Barthauer und Simo 2019, S. 186; JLL 2019, S. 19).

Über Heimfallrechte werden allerdings die Verfügungsrechte des Erbbaurechtsnehmers insbesondere mit Blick auf einen eventuellen Zahlungsverzug oftmals unnötigerweise eingeschränkt (Löhr 2020, Abschn. 3.3.1): Wie oben schon erwähnt, ist zumindest bei Erbbaurechten für Einfamilienhäuser die Anzahl der säumigen Erbbaurechtsnehmer sehr gering. Die Geltendmachung des Heimfalls ist wegen des hiermit verbundenen Aufwands und der erforderlichen Schuldübernahme auch meistens nicht im Interesse des Erbbaurechtsgebers. So verzichtet beispielsweise die Klosterkammer Hannover (als einer der bedeutendsten Erbbaurechtsausgeber in Deutschland) in ihren neueren Verträgen auf die Aufnahme von Heimfallregelungen (dabei geht es primär um die Reaktion auf Zahlungsausfälle). Normalerweise ist der Erbbaurechtsgeber bei Festschreibung der Erstrangigkeit der Erbbauzinsen und gleichzeitiger Zwangsversteigerungsfestigkeit ohnehin auf der sicheren Seite (Bock und Nagel 2019, S. 185-186); der Heimfall stellt insoweit lediglich eine „Überbesicherung" der Ansprüche des Erbbaurechtsgebers dar (s. oben).

Auch bei Erbbaurechten, die an Genossenschaften (Mehrfamilienhausbau) vergeben werden, scheint die Situation sich ähnlich darzustellen. Allerdings handelt es sich hierbei um anekdotische Evidenz (wenngleich seitens wichtiger Ausgeber von Erbbaurechten). Valide Daten über den Zahlungsausfall von Erbbaurechtsnehmern bei vermieteten Mehrfamilienhausgrundstücken liegen derzeit nicht vor. Eine Empfehlung, generell auch bei Mehrfamilienhausgrundstücken mit dem Heimfallrecht zurückhaltend in den Erbbaurechtsverträgen umzugehen, kann daher vor dem Hintergrund des gegenwärtigen Erkenntnisstands nur mit entsprechendem Vorbehalt ausgesprochen werden.

Allerdings ist regelmäßig die Aufnahme eines Heimfallrechts zu empfehlen, wenn und soweit soziale oder städtebauliche Zwecke (v. a. bezahlbares Wohnen) abgesichert werden sollen.

Heimfallrechte dürften sich i. d. R. auch nur unwesentlich auf die Beleihung auswirken, da bei der Beleihungswertermittlung Vertragstreue vorausgesetzt wird. Allerdings erhöht sich im Zweifel der Abschlag wegen der Eingriffe in die Verfügungsrechte – inwieweit dies der Fall ist, obliegt jedoch gutachterlichem Ermessen.

Zu bedenken ist ebenfalls, dass die dingliche Wirkung des Heimfallanspruchs umstritten ist (von Oefele/Winkler 2016, S. 177-181). Im Verkaufsfall gilt der Anspruch nur gegen den ersten Erbbauberechtigten, nicht aber gegenüber einem späteren Erwerber des Erbbaurechts. Zwar kann die Zustimmung

des Grundstückseigentümers bei Verkauf des Erbbaurechts an die Übernahme der Heimfallregelung geknüpft werden, falls eine solche im Vertrag vereinbart wurde (s. Abschn. 3.10). Grundsätzlich kann die Zustimmung jedoch nur unter sehr eng gefassten Voraussetzungen verweigert werden. Dabei ist auch eine mögliche Fortentwicklung der Rechtsprechung in Betracht zu ziehen.

Somit verbleibt ein erhebliches Risiko eines Rechtsverlusts bei der Kommune als Erbbaurechtsausgeberin. Die Stadt Stuttgart beispielsweise vereinbart aus diesem Grund zusätzlich Vor- und Wiederkaufsrechte insbesondere für den Fall, dass der Käufer eines Erbbaurechts Pflichten aus dem Erbbaurechtsvertrag nicht erfüllt oder die Bewirtschaftung nach „genossenschaftlichen Kriterien" entfällt (Landeshauptstadt Stuttgart 2022, S. 16-17). Diese können über Dienstbarkeiten und Vormerkungen sowie u. U. auch Grundpfandrechte im Erbbaugrundbuch dinglich gesichert werden. Ebenso ist auch die Vereinbarung einer Rückübertragungsverpflichtung (als aufschiebend bedingtes Kaufangebot) mit einer Absicherung im Erbbaugrundbuch machbar.

FORMULIERUNGS-BEISPIEL

Heimfallregelung für ein Wohnerbbaurecht (restriktiv)

(1) *Der Berechtigte ist auf Verlangen des Eigentümers verpflichtet, das Erbbaurecht auf den jeweiligen Eigentümer oder auf einen von diesem zu benennenden Dritten (oder auf mehrere Dritte) sofort zu übertragen, wenn*

1. *der Berechtigte mit der Zahlung des Erbbauzinses in Höhe zweier Jahresbeiträge im Rückstand ist,*
2. *über das Vermögen des Berechtigten das Insolvenzverfahren eröffnet oder die Eröffnung mangels Masse abgelehnt wird,*
3. *die Zwangsversteigerung oder die Zwangsverwaltung des Erbbaurechts angeordnet wird,*
4. *gegen die in § *** des Vertrags festgelegte Sozialbindung verstoßen wird,*
5. *der Berechtigte aufgelöst wird.*

(2) *Tritt für den Berechtigten die in § *** des Vertrags festgelegte Wiederaufbauverpflichtung ein, so steht dem Eigentümer der Heimfallanspruch zu, wenn der Berechtigte mit dem Wiederaufbau nicht spätestens 1 Jahr nach Wegfall der dem Wiederaufbau entgegenstehenden Hindernisse, um deren Beseitigung er sich unverzüglich und andauernd bemühen muss, begonnen und den Wiederaufbau nicht form- und fristgemäß vollendet hat.*

(3) *In diesem Fall hat der Erbbauberechtigte seinen Anspruch an die Versicherung auf Auszahlung der Versicherungssumme und sonstige ähnliche Ansprüche unverzüglich an den Eigentümer abzutreten. Er hat auch etwaige Aufräumungskosten zu tragen.*

(4) *Im Voraus entrichtete Erbbauzinsen werden bei Geltendmachung des Heimfallanspruchs nicht erstattet.*

(5) *Der Anspruch auf Vertragserfüllung wird durch den vorstehenden Heimfallanspruch nicht berührt.*

(6) *Die Verjährung des Heimfallanspruchs tritt 6 Monate nach dem Zeitpunkt ein, in dem der Eigentümer von dem Vorhandensein einer Voraussetzung für seine Geltendmachung Kenntnis erlangt hat, spätestens aber mit Ablauf von 2 Jahren vom Eintritt einer Voraussetzung.*

(7) *Macht der Eigentümer bei einem zu Wohnzwecken bestellten Erbbaurecht von einem Heimfallrecht gem. § 12 ErbbauRG Gebrauch, so hat er dem Erbbauberechtigten eine Vergütung von 66 2/3 % des durch Schätzung zu ermittelnden Verkehrswerts des Bauwerks zu gewähren.*

(8) *Für die Schätzung des Verkehrswerts wird der örtlich zuständige Gutachterausschuss (§ 192 BauGB) beauftragt, sofern sich die Parteien nicht auf einen Wert einigen können. Der Erbbauberechtigte trägt die Kosten.*

(9) *Übernimmt der Grundstückseigentümer gem. § 33 Abs. 2 ErbbauRG Schulden und Lasten, so sind diese auf die Vergütung anzurechnen. Übersteigen die Schulden und Lasten die Vergütung, so ist der Erbbauberechtigte verpflichtet, die überschießenden Beträge dem Grundstückseigentümer zu erstatten.*

(10) *Die Vergütung nach Abs. 1 bzw. die Entschädigung nach Abs. 2 ist innerhalb von sechs Wochen nach Räumung des Erbbaurechts und Einigung über die Höhe der Entschädigung ohne Zinsen zu bezahlen.*

Heimfallregelung für ein gewerbliches Erbbaurecht

(1) *Der Eigentümer kann die Übertragung des gesamten Erbbaurechts auf sich selbst oder einen von ihm zu benennenden Dritten verlangen, wenn*

1. *der Erbbauberechtigte bezüglich der Zahlung des Erbbauzinses mit einem Geldbetrag, der in seiner Höhe mehr als zwei Jahresraten des Erbbauzinses entspricht, in Verzug ist, oder*

2. *vorbehaltlich der Abwendungsmöglichkeit nach § *** über das Vermögen des Erbbauberechtigten oder, wenn es sich beim Erbbauberechtigten um eine Personengesellschaft handelt, über das Vermögen eines Gesellschafters des Erbbauberechtigten ein Insolvenzverfahren eröffnet wird, der Erbbauberechtigte bzw., wenn es sich beim Erbbauberechtigten um eine Personengesellschaft handelt, der von der Insolvenz betroffene Gesellschafter des Erbbauberechtigten selbst die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über sein Vermögen beantragt, oder die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens mangels Masse abgelehnt wird, oder*

3. *die Zwangsverwaltung oder Zwangsversteigerung des Erbbaurechts angeordnet wird und die Anordnung nicht innerhalb von drei Monaten wieder aufgehoben wird, oder*

4. *der Erbbauberechtigte das Bauwerk schuldhaft nicht in Übereinstimmung mit dem Verwendungszweck gemäß § *** nutzt und diese vertragswidrige Nutzung trotz schriftlicher Abmahnung innerhalb von drei Monaten („Abhilfefrist") nach Zugang der Mahnung durch den Erbbauberechtigten schuldhaft nicht beseitigt oder beendet wurde. Die Abhilfefrist verlängert sich um bis zu neun Monate auf bis zu zwölf Monate, wenn und solange der Erbbauberechtigte nachweist, dass die vertragswidrige Nutzung auf einem Handeln oder Unterlassen eines Mieters der Bauwerke beruht und der Erbbauberechtigte sich nach besten Kräften bemüht, die maßgebliche Handlung oder Unterlassung des betreffenden Mieters abzustellen, insbesondere alle möglichen vertraglichen und gesetzlichen Rechte (einschließlich eines Rechts zur Ersatzvornahme) zweckmäßig unter Berücksichtigung der Interessen des Eigentümers ausübt und alle verfügbaren Rechtsmittel in der gebotenen Eile ausschöpft, und er etwaige Schadensersatzansprüche oder Erstattungsansprüche gegen den Mieter an den Eigentümer zur Sicherung der Ansprüche des Eigentümers gegen den Erbbauberechtigten abtritt; betreibt der Erbbauberechtigte am Ende der Abhilfefrist noch Verfahren gegen einen Mieter, um erforderliche Mitwirkungshandlungen des Mieters durchzusetzen, oder sind am Ende der Abhilfefrist noch Maßnahmen aus der Rechtsverfolgung umzusetzen, ist die Ausübung des Heimfallrechts durch den Eigentümer solange suspendiert, wie der Erbbauberechtigte das Verfahren oder die Maßnahmen ohne schuldhaftes Verzögern bis zum Abschluss betreibt; wird der Heimfallgrund vor Ausübung des Heimfallrechts*

beseitigt, entfällt das Recht zum Heimfall, oder

5. *der Erbbauberechtigte die Verpflichtungen aus § *** und § *** trotz Abmahnung nicht erfüllt und das Bauwerk hierdurch nachhaltig beschädigt oder erheblich wertgemindert wird, wobei der Heimfallanspruch im Falle eines Verstoßes gegen § *** dann nicht besteht, wenn der Erbbauberechtigte binnen sechs Monaten ab Abbruch mit der Errichtung eines neuen Bauwerks beginnt und dieses binnen fünf Jahren fertig stellt, oder*

6. *der Erbbauberechtigte unbestrittene oder rechtskräftig festgestellte Forderungen des Eigentümers nicht erfüllt, oder*

7. *das Erbbaurecht insgesamt enteignet wird, oder*

8. *ein unzulässiger Kontrollwechsel im Sinne von § *** eingetreten ist, der nicht innerhalb von drei Monaten nach Kenntniserlangung durch den Erbbauberechtigten beendet wird, oder*

9. *der Erwerber des Erbbaurechts nicht gemäß § *** in alle schuldrechtlichen Verpflichtungen aus diesem Erbbaurechtsvertrag mit der Weiterübertragungsverpflichtung eingetreten ist.*

10. *Ist der Erbbauberechtigte eine Personengesellschaft, dann begründet der Eintritt der in § *** genannten Heimfallgründe bei einem oder mehreren der Gesellschafter dann kein Heimfallrecht, wenn dieser oder diese Gesellschafter innerhalb von drei Monaten nach Eintritt des Ereignisses aus der Personengesellschaft ausscheidet/ausscheiden.*

(2) *Das Heimfallrecht ist schriftlich auszuüben.*

(3) *Übernimmt der Eigentümer gemäß § 33 ErbbauRG Lasten, so sind diese auf die nach § *** zu zahlende Entschädigung anzurechnen. Übersteigen diese die Entschädigung, so ist der Erbbauberechtigte verpflichtet, die überschießenden Beträge dem Eigentümer zu erstatten.*

(4) *Abweichend von § 33 Abs. 1 Satz 3 Erbbaurechtsgesetz sollen auf dem Erbbaurecht lastende Dienstbarkeiten, deren Eintragung der Eigentümer zugestimmt hat, beim Heimfall nicht erlöschen.*

Hinweis: Bei der vorliegenden Formulierung ist die Entschädigung in einem separaten Paragrafen des Vertragswerks geregelt.

ZJUSAMMENFASSUNG

- Wird dem Grundstückseigentümer ein Heimfallrecht eingeräumt und der Heimfall ausgeübt, entsteht ein Eigentümererbbaurecht. Der Erbbaurechtsgeber hat dabei die auf dem Objekt lastenden Schulden des Erbbaurechtsnehmers zu übernehmen und diesem eine Vergütung zu zahlen. Beides kann gegenseitig verrechnet werden.

- Der Heimfall kann beispielsweise geltend gemacht werden bei Zahlungsverzug des Erbbaurechtsnehmers, bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens, bei Anordnung der Zwangsversteigerung, aber auch bei Verstoß gegen vereinbarte Sozialbindungen.

- Erfahrungsgemäß kommt es sehr selten zum Zahlungsverzug. Auch hat der Erbbaurechtsgeber normalerweise kein Interesse an einer Schuldübernahme. Der Heimfall stellt vor dem Hintergrund dieser Möglichkeiten eher eine Überbesicherung dar.
- Auf jeden Fall ist es sinnvoll, soziale und anderweitige Nutzungsbindungen durch ein Heimfallrecht abzusichern.

3.8 Entschädigung des Erbbaurechtsnehmers für das Bauwerk

Erlischt das Erbbaurecht durch Zeitablauf, fällt das Bauwerk an den Grundstückseigentümer zurück. Im Gegenzug ist eine Entschädigungszahlung für das Bauwerk fällig (§ 27 Abs. 1 ErbbauRG). Grundsätzlich ist die Entschädigungszahlung frei vertraglich vereinbar; sie kann zwischen null und einhundert Prozent des Gebäudewerts zum Zeitpunkt der Vertragsbeendigung oder des Heimfalls betragen (Frings 2018, S. 190).

Häufig orientieren sich Erbbaurechtsverträge an der Vorschrift des § 27 Abs. 2 ErbbauRG, die zum Schutz einkommensschwacher Bevölkerungskreise eine Mindestentschädigung von 2/3 des „gemeinen Wertes" (also des Verkehrswertes) des Bauwerks vorsieht. Die betreffende Vorschrift bezeichnet aber eben eine Mindestentschädigung zum Schutz „minderbemittelter" Nutzer des Erbbaurechts. Es ergibt wenig Sinn, diese Vorschrift auf ganz andere Zusammenhänge zu übertragen, zumal der Schutzzweck erst recht durch eine höhere Entschädigung erfüllt würde (Löhr 2020, Abschn. 4.3.1.7; ähnlich RICS 2018, S. 2; Lindner 2019, S. 175; Senner 2019, S. 203).

Auch das Argument, der Grundstückseigentümer trüge bezüglich des übergehenden Gebäudes das Risiko einer unvorteilhaften Zusammensetzung der Mieter und dasjenige eines Sanierungsstaus greift nicht, da derartige Eigenschaften ohnehin schon den Verkehrswert mindern (man würde die betreffenden Risiken also doppelt berücksichtigen). Daher sollte bei Zeitablauf die Entschädigung möglichst 100 % des Verkehrswertes betragen.

Hierdurch erhält der Erbbaurechtsnehmer einen Anreiz, das Bauwerk laufend instand zu halten. Damit werden auch schwer durchsetzbare und potenziell streitbefangene Auflagen überflüssig: So findet man häufig in Erbbaurechtsverträgen den Passus, dass die Bauwerke in gutem Zustand zu erhalten sind und der Erbbaurechtsnehmer die erforderliche Instandhaltung auf eigene Kosten vorzunehmen habe. Bei Zuwiderhandlung wird möglicherweise der Grundstückseigentümer berechtigt, die Arbeiten auf Kosten des Erbbauberechtigten vornehmen zu lassen.

Damit wirken entsprechende Auflagen wie ein einseitig dem Erbbaurechtsnehmer auferlegtes Modernisierungs- und Instandsetzungsgebot (§ 177 BauGB), das Volleigentümern aber erspart bleibt. Diese Einseitigkeit wirkt gängelnd, bläht den Erbbaurechtsvertrag auf und mindert seine Marktgängigkeit; zudem lassen sich entsprechende Gebote ohnehin schwer durchsetzen. Ein positiver Instandhaltungsanreiz über eine 100-prozentige Entschädigung bei Ablauf des Erbbaurechtsvertrags ist wesentlich sinnvoller als ein derartiges Instandhaltungsgebot bei einer Teilentschädigung.

Allerdings gilt auch bezüglich der Modernisierungs- und Instandhaltungsverpflichtungen, dass diese durchaus dann einen Sinn ergeben können, wenn etwa behindertengerechte Einrichtungen auf dem Stand der Technik gehalten werden sollen. Für die entsprechenden Nachteile ist der Erbbaurechtsnehmer jedoch zu kompensieren.

Mit Blick auf die Liquiditätsbelastung zum Ende der Laufzeit muss man sich zudem klarmachen, dass zum Zeitpunkt der Investitionsentscheidung die infrage stehende Differenz zum Verkehrswert von einem Drittel diskontierungsbedingt nur eine untergeordnete Rolle spielt: Unterstellt man beispielsweise eine Renditeforderung des Erbbaurechtsgebers von 2,0 % und eine Restlaufzeit von 99 Jahren, so beträgt der Barwertfaktor zum Zeitpunkt der Investitionsentscheidung $1/(1+2{,}0\ \%)^{99}$, damit also rund 0,14. Auf die Entschädigungsdifferenz von 1/3 angelegt, ergibt dies 0,14 x 1/3 = ~ 5 % des Verkehrswerts zu Beginn des Vertrags (Gegenwartswert). Es ergibt wenig Sinn, wegen eines solch geringen Anteils die ökonomische Steuerungsfunktion der Entschädigung faktisch aufzugeben.

Die manchmal geäußerte Sorge, dass eine 100 %-Entschädigung Luxussanierungen provozieren würde (so Walder 2019, S. 157), ist unbegründet. Es geht um die Entschädigung zum vollen Verkehrswert. Soweit die Kosten der Sanierung nicht mehr durch die Erträge gedeckt sind, schlagen sie sich nicht im Verkehrswert nieder; ein rationaler Investor wird die betreffenden Sanierungen dann nicht mehr vornehmen. Bei Wohnungen, die der Sozialbindung unterliegen, ist er aus demselben Grund zurückhaltend. Selbst mit einer Entschädigung für das Gebäude zum vollen Verkehrswert ist im Übrigen kein Vermögensverlust verbunden; in der kommunalen Bilanz findet lediglich ein erfolgsneutraler Aktivtausch bzw. eine erfolgsneutrale Bilanzverlängerung statt.

Möglicherweise kommt bei einer Entschädigung zum vollen Verkehrswert die Sorge auf, dass am Ende die Kommune auf einer Immobilie sitzt, die sie zum bezahlten Wert nicht wieder loswird. Dieser Sorge kann begegnet werden, indem die Entschädigung zum vollen Verkehrswert an den Fall geknüpft wird, dass der Erbbaurechtsgeber die Immobilie binnen eines bestimmten Zeitraums wieder zum Verkehrswert veräußern bzw. ein neues Erbbaurecht vergeben kann. Andernfalls werden Abschläge vereinbart (vgl. Bock und Nagel 2019, S. 187).

Die Zahlung einer Entschädigung kann für den Erbbaurechtsgeber eine spürbare Liquiditätsbelastung darstellen. Es ist daher zu empfehlen, dass die Kommune als Erbbaurechtsgeber hierfür frühzeitig Mittel einplant; sofern kommunale Eigengesellschaften als Erbbaurechtsgeber auftreten, sollten diese während der Laufzeit des Erbbaurechts zweckgebunden Rücklagen bilden, die im Bedarfsfall verfügbar sind.

Anders als bei der Kompensation für das auf den Erbbaurechtsgeber übergehende Gebäude bei Beendigung des Erbbaurechts (§§ 32 ErbbauRG) ist es durchaus zielführend, wenn im Rahmen der Vergütung bei Geltendmachung des Heimfalls ein deutlicher Abschlag vom Verkehrswert des Bauwerks festgesetzt wird (geht es um die Sicherung bezahlbaren Wohnens für einkommensschwache Mieter, ist allerdings hier die 2/3-Grenze zu beachten, § 32 Abs. 2 ErbbauRG). Damit wiegt auch eine Schuldübernahme (§ 33 ErbbauRG) weniger schwer, die im Übrigen durch Vereinbarung im Erbbaurechtsvertrag nicht ausgeschlossen werden kann. Soll dennoch eine Entschädigung zum vollen Verkehrswert stattfinden, so ist es in jedem Falle ratsam, diese allein auf das Gebäude zu beziehen. Der ggfs. übersteigende Wert des Erbbaurechts, der sich aufgrund der Restlaufzeit mit Blick auf den zwischenzeitig übergehenden Bodenwert ergibt, sollte hiervon ausgeschlossen werden (Landeshauptstadt Stuttgart 2022, S. 21-22). Insoweit bleibt ein gewisser Sanktionscharakter für die den Heimfall auslösende Vertragsverletzung des Erbbaurechtsnehmers erhalten.

Von einer Regelung dahingehend, dass im Rahmen des Heimfalls das Grundstück auf Kosten des Erbbaurechtsnehmers freizulegen ist, muss eher abgeraten werden. Einmal kann das übergehende Gebäude werthaltig sein; dann werden auch die zu übernehmenden Schulden durch den Gebäudewert

„gedeckt". Zum anderen dürfte oftmals beim Heimfall aufgrund von Zahlungsverzug bei dem Erbbaurechtsnehmer auch kein Geld mehr für die Freimachung des Grundstücks vorhanden sein (Frings 2018, S. 193).

Bei gewerblichen Erbbaurechten kann der Fall u. U. anders als oben beschrieben liegen, wenn es sich um ein auf die Bedürfnisse des Erbbaurechtsnehmers zugeschnittenes und damit nicht marktgängiges Gebäude handelt. Das Gleiche ist der Fall, wenn schon zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses absehbar ist, dass für das Gebäude zum Ablauf des Erbbaurechtsvertrags aus anderen Gründen keine Verwendung mehr bestehen wird (Spezialimmobilie). In diesen Fällen ist daran zu denken, die Entschädigungszahlung erheblich zu reduzieren oder ganz auszuschließen und ggfs. eine Freilegung des Grundstücks zu vereinbaren. Bei der Überlegung, eine Entschädigung gänzlich auszuschließen, ist allerdings zu berücksichtigen, dass sich die mangelnde Drittverwendung ohnehin in einem entsprechend reduzierten Verkehrswert niederschlagen wird.

Es empfiehlt sich, den Wertbegriff im Vertrag zu definieren. Insbesondere bei Uneinigkeit bezüglich der Entschädigung sollte auch eine neutrale Instanz vereinbart werden, die den Wert verbindlich festlegt. Speziell für den Heimfall gelten bei der Bewertung keine Besonderheiten (Frings 2018, S. 191).

Entschädigungsregelung für ein Wohnerbbaurecht

FORMULIERUNGS-BEISPIEL

(1) *Erlischt das Erbbaurecht durch Zeitablauf, so zahlt der Grundstückseigentümer dem Erbbauberechtigten für das Bauwerk auch die über 2/3 des Verkehrswerts hinausgehende Entschädigung, maximal bis zur Höhe des festgestellten Verkehrswerts. Der die 2/3 des Verkehrswerts übersteigende Teil der Entschädigung wird nur dann fällig, sofern der Grundstückseigentümer das Bauwerk innerhalb eines Jahres nach Erlöschen des Erbbaurechts zu einem entsprechend höheren Wert vermarkten kann.*

(2) *Für die Schätzung des Verkehrswerts wird der örtlich zuständige Gutachterausschuss (§ 192 BauGB) beauftragt, sofern sich die Parteien nicht auf einen Wert einigen können. Im Falle des Absatzes (1) trägt der Erbbauberechtigte die Kosten, im Falle des Absatzes (2) werden die Kosten von jeder Partei jeweils zur Hälfte getragen.*

(3) *Der Grundstückseigentümer kann die Verpflichtung zur Entschädigung bei Zeitablauf des Erbbaurechts dadurch abwenden, dass er dem Erbbauberechtigten das Erbbaurecht vor Ablauf für die voraussichtliche Lebensdauer des Bauwerks verlängert. Danach hat der Erbbauberechtigte das Bauwerk auf Verlangen des Grundstückseigentümers abzureißen und das Grundstück zu räumen.*

(4) *Lehnt der Erbbauberechtigte eine Verlängerung ab, so erlischt sein Anspruch auf Entschädigung. Er ist in diesem Fall verpflichtet, auf Verlangen des Grundstückseigentümers das Bauwerk auf seine Kosten abzureißen und das Grundstück zu räumen.*

(5) *Bei der Entschädigung werden die Bauwerke, die bei Vertragsabschluss bereits vorhanden waren und die der Erbbauberechtigte bei Vertragsschluss nicht gegen Bezahlung übernommen hat, nicht in Ansatz gebracht. Ebenso werden nach Vertragsschluss ohne Zustimmung des Grundstückseigentümers errichtete Bauwerke nicht berücksichtigt. Entsprechendes gilt für Änderungen von Bauwerken ohne Zustimmung des Grundstückseigentümers sowie für Sonderausstattungen wie Schwimmbad, Sauna etc.*

(6) *Die Vergütung nach Abs. 1 bzw. die Entschädigung nach Abs. 2 ist innerhalb von sechs Wochen nach Räumung des Erbbaurechts und Einigung über die Höhe der Entschädigung ohne Zinsen zu bezahlen. Dieselbe Frist gilt für den Differenzbetrag nach Abs. 2 Satz 2 mit Bezug auf den Zeitpunkt der Veräußerung (Übergang von Nutzen und Lasten).*

Hinweis: In Abs. 1 soll dem Erbbauberechtigten ein Anreiz zur ordnungsgemäßen Instandhaltung gegeben und schwer durchsetzbare Instandhaltungsgebote und Ersatzvornahmevorschriften vermieden werden. Gleichzeitig soll das Wertrisiko nicht ausschließlich auf dem Grundstückseigentümer lasten. Abs. 3 und 4 knüpft an § 27 Abs. 3 ErbbauRG an; die betreffenden Bestimmungen werden klarstellend dennoch aufgenommen, weil der Abriss des Gebäudes bei Zeitablauf als zusätzliche Verpflichtung des Erbbauberechtigten aufgenommen wird. Der Erbbauberechtigte sollte finanzielle Vorsorge hierfür treffen; die hierdurch entstehende Belastung ist auch bei der Kalkulation des Erbbauzinses zu berücksichtigen. In Abs. 5 wird klargestellt, dass für Gebäude, die ohne Zustimmung des Grundstückseigentümers errichtet wurden, keine Entschädigung gezahlt wird. Damit ist der Grundstückseigentümer vom betreffenden Risiko bezüglich einer Entschädigungszahlung entlastet.

Formulierungsbeispiel für ein gewerbliches Erbbaurecht

Der Erbbauberechtigte erhält bei Erlöschen des Erbbaurechts infolge Zeitablaufs keine Entschädigung.

ZJUSAMMENFASSUNG

Heimfallregelung

- Entschädigungszahlungen können bei Ende der Vertragslaufzeit sowie bei Geltendmachung des Heimfalls von Relevanz sein.
- Bei Beendigung des Vertrags ist eine Entschädigung zu empfehlen, die sich am Verkehrswert des Gebäudes orientiert. Hierdurch wird zugleich für den Erbbaurechtsnehmer ein Anreiz gesetzt, dieses instand zu halten. Alternativ wären entsprechende Vertragsklauseln nötig, die aber schwer durchzusetzen sind.
- Um wegen der die Liquiditätsbelastung einer Entschädigung Vorsorge zu treffen, wird eine rechtzeitige Bereitstellung von Mitteln bzw. die Bildung entsprechender Rücklagen während der Laufzeit des Erbbaurechts empfohlen.
- Bei Geltendmachung des Heimfalls kann hingegen ein Abschlag von max. einem Drittel des Verkehrswerts des Gebäudes vorgesehen werden. Damit wird der Erbbaurechtsnehmer zur Vertragstreue angehalten.
- Speziell bei gewerblichen Erbbaurechten ist es auch möglich, auf eine Entschädigungszahlung gänzlich zu verzichten. Dies ist vor dem Hintergrund zu erwägen, dass es sich nicht selten bei gewerblichen Objekten um Spezialanfertigungen handelt, die auf die Zwecke des Erbbaurechtsnehmers zugeschnitten sind. Andererseits ist jedoch zu berücksichtigen, dass sich dies auch im Verkehrswert mindernd niederschlägt, wenn dieser sachgerecht ermittelt wird.

3.9 Zustimmungserfordernis zur Belastung eines Erbbaurechts

Erbbaurechtsverträge enthalten häufig weitgehende Genehmigungsvorbehalte bei Belastungen mit Hypotheken, Grund- oder Rentenschulden, einer Reallast oder einem Dauerwohn- und Dauernutzungsrecht nach dem Wohneigentumsgesetz (WEG). Dabei wird dann vom Erbbauberechtigten oftmals gefordert, eine vorherige schriftliche Zustimmung des Grundstückseigentümers einzuholen. Für den Erbbauberechtigten ist damit Abstimmungsbedarf sowie Aufwand verbunden (Bescheinigungen, Genehmigungen inkl. Gebühren).

Derartige Zustimmungserfordernisse wiegen für den Erbbaurechtsnehmer nicht besonders schwer, da bei vertragskonformer Nutzung ein grundsätzlicher und einklagbarer Anspruch auf Zustimmung besteht. Hingegen kann die Zustimmung beispielsweise dann verweigert werden, wenn eine Belastung über die zulässigen Grenzen hinaus erfolgen soll.

Die Rechtsprechung deckelt allerdings den Zustimmungsanspruch des Erbbaurechtsnehmers zu Belastungen bei 70 % des Werts des Erbbaurechts. Das darüber Hinausgehende stelle mit Blick auf einen etwaigen Heimfall ein Risiko für den Grundstückseigentümer dar, der die betreffenden Schulden dann übernehmen muss (§ 33 ErbbauRG). Folgt man dieser Auffassung, sind Beleihungsbeschränkungen insbesondere dann zu erwägen, wenn – aus welchem Grunde auch immer – Heimfallrechte vereinbart werden, deren Ausübung ernsthaft in Betracht kommt. Wie schon erläutert, gehen mit dem Heimfall ja auch die auf dem Erbbaurecht lastenden Schulden auf den Erbbaurechtsgeber über. Dann sollte allerdings konsequenter Weise auch auf ein umfassendes Auskunftsrecht des Erbbaurechtsgebers bezüglich Darlehensstand und Tilgung geachtet werden. Ebenso kann die Neuvalutierung einer bestehenden Grundschuld unter Genehmigungsvorbehalt gestellt werden.

Allerdings ist es auch möglich, das betreffende Risiko im Rahmen der Ausgestaltung der Sicherungszweckerklärung der Grundschuld aufzufangen. Ist gewährleistet, dass die Mittel in das Erbbaurecht selbst investiert werden, dass der Schuldendienst geleistet werden kann und die Grundschuld keine weiteren, nachrückenden Forderungen sichert, kann auch deutlich über die 70 %-Marke hinausgegangen werden – dann sind auch bis zu 100 % durchaus im Bereich des Möglichen (s. auch Landeshauptstadt Stuttgart 2022, S. 21).

Die Klosterkammer Hannover verzichtet bewusst ebenfalls größtenteils auf entsprechende Genehmigungsvorbehalte. Lediglich Dienstbarkeiten sind von diesem Verzicht ausgenommen. Voraussetzung hierfür ist aber die Vereinbarung eines zwangsversteigerungsfesten und erstrangig gesicherten Erbbauzinses (Bock und Nagel 2019, S. 185-186). Das durch die Genehmigungsvorbehalte zu vermeidende Risiko einer Überbelastung dürfte unter diesen Bedingungen gering sein, zumal auch die kreditgebenden Banken i. d. R. einen realistischen Beleihungsrahmen zugrunde legen (Bock und Nagel 2019, S. 185).

Zustimmungsregelung für ein Wohnerbbaurecht hinsichtlich von Belastungen

FORMULIERUNGS-BEISPIEL

(1) *Der Erbbauberechtigte bedarf der schriftlichen Zustimmung des Grundstückseigentümers*

1. *zur Belastung des Erbbaurechts mit Dauerwohn- und Dauernutzungsrechten (§ 31 WEG) und Reallasten sowie zur Änderung des Inhalts eines dieser Rechte, wenn die Änderung eine weitere*

Belastung des Erbbaurechts enthält,

2. *zur Belastung des Erbbaurechts mit anderen dinglichen Rechten und Baulasten – mit Ausnahme von Grundpfandrechten – sowie zur Aufteilung des Erbbaurechts in Wohnungs- und Teilerbbaurechte. Das Zustimmungserfordernis gilt auch für die Eintragung einer öffentlich-rechtlichen Baulast.*

(2) *Die notariellen Verträge, insbesondere die Kaufverträge, Teilungserklärungen, Erklärungen über die Aufteilung des Erbbauzinses auf die einzelnen Wohnungs- oder Teilerbbaurechte o. ä. sind vorzulegen.*

Hinweis: In Abs. 1 und 2 wurden bewusst evtl. Hypotheken, Grund- und Rentenschulden etc. nicht aufgenommen und der Genehmigungsvorbehalt nur auf Dienstbarkeiten beschränkt. Im vorliegenden Vertragsmuster wird ein zwangsversteigerungsfester und erstrangig gesicherter Erbbauzins vorausgesetzt. Damit dürfte der Erbbaurechtsgeber auf der sicheren Seite sein, zumal auch die Banken einen realistischen Beleihungsrahmen zugrunde legen. Diese tragen das Risiko einer Fehleinschätzung mit. Sollte dies für den Grundstückseigentümer nicht akzeptabel sein, wären die betreffenden Beschränkungen zu ergänzen. In der vorliegenden Formulierung ist die Entschädigung in einem separaten Paragrafen des Vertragswerks geregelt.

Weitere Absicherung des Erbbaurechtsgebers (Belastung)

*Der Erbbauberechtigte verpflichtet sich im Rahmen der Sicherungsabrede der Bank gegenüber, die durch das Grundpfandrecht gesicherte Darlehensvaluta ausschließlich zur Neuerrichtung oder zum Umbau von Bauwerken, Anlagen und Einrichtungen auf dem Erbbaugrundstück, die in Zusammenhang stehen mit dem in § *** dieser Urkunde stehenden Betrieb, zu verwenden und dem Grundstückseigentümer vor Eintragung des jeweiligen Grundpfandrechts – soweit möglich –, spätestens jedoch vor Auszahlung der Darlehensvaluta, den Nachweis über eine entsprechende Verwendung zu führen.*

ZJUSAMMENFASSUNG

Belastung

- Erbbaurechtsverträge enthalten zumeist Genehmigungsvorbehalte bei Belastungen mit Hypotheken, Grund- oder Rentenschulden, einer Reallast oder einem Dauerwohn- und Dauernutzungsrecht nach dem Wohneigentumsgesetz. Für den Erbbauberechtigten ist dies mit Aufwand verbunden (Bescheinigungen, Genehmigungen inkl. Gebühren); die Beleihungsakzeptanz wird oft unnötig beschränkt.
- Derartige Genehmigungsvorbehalte (Ausnahme: Dienstbarkeiten) sind bei Vereinbarung eines zwangsversteigerungsfesten und erstrangig gesicherten Erbbauzinses möglicherweise verzichtbar, da auch die kreditgebenden Banken i. d. R. einen realistischen Beleihungsrahmen zugrunde legen.
- Dies gilt insbesondere dann, wenn sichergestellt ist, dass die durch den Erbbaurechtsnehmer aufgenommenen Darlehen in das Erbbaurechtobjekt fließen.

3.10 Zustimmungserfordernis bei Veräußerung eines Erbbaurechts

Anlässlich der Veräußerung eines Erbbaurechts ist es in jedem Falle anzuraten, eine vorherige schriftliche Zustimmung des Grundstückseigentümers zu verlangen. Dies gilt grundsätzlich auch im Rahmen des Zwangsversteigerungsverfahrens, allerdings muss dies erst einmal durchgesetzt werden. Es liegt nämlich im Interesse des Erbbaurechtsgebers, dass

- der Erwerber in sämtliche Verpflichtungen des Erbbaurechtsvertrags und etwaiger (auch schuldrechtlich geschlossener) Ergänzungsverträge bzw. gesellschaftsrechtlicher Verträge in notarieller Form eintritt;
- zudem muss dieser in der Lage sein, den Erbbauzins zu entrichten. Zumindest sollte dieser sicher vollstreckt werden können.

Weitergehende Zustimmungserfordernisse können insbesondere dann angebracht sein, wenn es zur Verfolgung sozialer oder städtebaulicher Zielsetzungen bestimmter (qualifizierter) Partner bedarf. Doch auch für die diesbezüglichen Eingriffe in die Verfügungsrechte des Erbbaurechtsnehmers bedarf es der wirtschaftlichen Kompensation, da die Fungibilität des Erbbaurechts leidet. Auch für die Veräußerung gilt, dass die Zustimmung nur in Ausnahmefällen verweigert werden kann, wenn beispielsweise die Veräußerung an eine Person erfolgen soll, die nicht in geordneten wirtschaftlichen Verhältnissen lebt.

Generell sollten die Zustimmungserfordernisse jedoch die Verfügungsrechte des Erbbaurechtsnehmers so wenig wie möglich einschränken.

FORMULIERUNGS-BEISPIEL

Zustimmungsregelung für ein Wohnerbbaurecht hinsichtlich einer Veräußerung

(1) *Zur Veräußerung des Erbbaurechts im Ganzen oder von ideellen oder realen Teilen bedarf der Erbbauberechtigte der vorherigen schriftlichen Zustimmung des Grundstückseigentümers.*

(2) *Die Zustimmung zur Veräußerung setzt voraus, dass der Erwerber in sämtliche Verpflichtungen des Erbbaurechtsvertrags und etwaiger Ergänzungsverträge in notarieller Form eintritt (§ *** des Vertrags).*

(3) *Die Zustimmung ist zu erteilen, sofern nicht in der Person des Erwerbers stehende Gründe dem Zweck des Vertrags (§ ***) entgegenstehen oder Gründe dafür vorliegen, dass die Zahlung und Vollstreckbarkeit des Erbbauzinses gefährdet erscheint.*

(4) *Die Vertragsparteien sind sich einig, dass eine etwaige Teilung des Erbbaurechts in Wohnungs- und Teilerbbaurechte keine Veräußerung, sondern eine Vertragsänderung ist, die der Vereinbarung mit dem Grundstückseigentümer bedarf.*

Alternative und zugleich weiteres Formulierungsbeispiel für die Belastung eines Erbbaurechts

(1) *Der Berechtigte bedarf der schriftlichen Zustimmung des Eigentümers*

1. *zur Veräußerung des Erbbaurechts, ausgenommen für die Erteilung des Zuschlags in einer Zwangsversteigerung, die aus einem Grundpfandrecht betrieben wird, das mit Zustimmung des*

Eigentümers eingetragen worden ist;

2. *zur Belastung des Erbbaurechts mit Hypotheken, Grund- und Rentenschulden sowie Reallasten, Dauerwohn- oder Dauernutzungsrechten, ferner zur Änderung des Inhalts derartiger Belastungen, wenn diese Änderungen eine weitere Belastung des Erbbaurechts darstellen.*

(2) *Die nach vorstehenden Vereinbarungen erforderliche Zustimmung zur Veräußerung darf der Grundstückseigentümer versagen, wenn dadurch seine wirtschaftlichen Interessen unmittelbar oder mittelbar beschädigt werden und wenn der Erwerber nicht in alle Verpflichtungen aus diesem Vertrag eintritt, insbesondere in solche rein schuldrechtlicher Art; weiter darf der Grundstückseigentümer die Genehmigung versagen, wenn Zweifel an der Bonität des Erwerbers bestehen.*

Hinweis: In Abs. 1 Nr. 2 und in Abs. 2 wurden neben Reallasten nunmehr auch Hypotheken, Grund- und Rentenschulden aufgenommen.

ZUSAMMENFASSUNG

- Bei einer Veräußerung des Erbbaurechts sollte auf jeden Fall ein Zustimmungsvorbehalt in den Vertrag aufgenommen werden.
- Der Käufer muss wirtschaftlich in der Lage und Willens sein, den Erbbauzins zu entrichten, und ggfs. auch in schuldrechtliche Verpflichtungen einzutreten.
- Ein weitergehendes Motiv kann z. B. auch die Eignung des Erwerbers sein, bestehende Sozialbindungen fortzuführen.

3.11 Bauverpflichtungen

Auch Bauverpflichtungen werden häufig zum Gegenstand von Erbbaurechtsverträgen gemacht (Löhr 2020, Abschn. 3.3.1). Sie sollen eine ähnliche Wirkung haben wie ein Baugebot (§ 176 BauGB), werden anders als dieses dann aber zumeist einseitig Erbbaurechtsnehmern (und nicht Volleigentümern) auferlegt. Dies gilt auch mit Auflagen dahingehend, in welcher Weise (mit welchen Baustoffen, Technologien etc.) das Gebäude zu erstellen ist.

Erbbauberechtigte sollten allerdings möglichst nicht mit Auflagen erschwert werden, die Volleigentümer nicht treffen, wenn die Marktgängigkeit des Erbbaurechts nicht über Gebühr leiden soll. Sind die Erbbauzinsen schon vor der Bebauung (also bei Abschluss des Erbbaurechtsvertrags) zu zahlen und wurden die Erbbauzinsen marktgerecht festgesetzt, so entsteht auch ohne Bauverpflichtung ein entsprechender Druck auf eine rasche Bebauung. Lässt der Erbbauberechtigte das Grundstück liegen, entstehen ihm ansonsten Kosten, denen keine Einnahmen gegenüberstehen.

Andererseits hat der Erbbaurechtsgeber bis zur Fertigstellung des Gebäudes auch ein erhöhtes Risiko inne. Bei Geltendmachung

des Heimfalls aufgrund Zahlungsunfähigkeit des Erbbaurechtsnehmers während der Bauphase bekommt er möglicherweise eine weitgehend wertlose Bauruine, muss aber die Schulden übernehmen. Nimmt man andererseits eine Bauverpflichtung auf und bewehrt diese noch durch ein Heimfallrecht, so dürfte dieses im Allgemeinen nur sehr eingeschränkt geeignet sein, um die Erfüllung der Verpflichtung des Erbbaurechtsnehmers auch durchzusetzen.

Denkbar, aber bislang so gut wie nicht praktiziert, ist eine (nur schuldrechtlich festgelegte) Erhöhung des eingangs gezahlten Erbbauzinses (z. B. um 0,5 %) bis zum Zeitpunkt der Fertigstellung des Gebäudes, und danach die Absenkung auf ein marktmäßiges Niveau. Der zeitweise erhöhte Erbbauzins hätte den Charakter einer Risikoprämie, die an den Erbbaurechtsgeber zu entrichten ist. Er würde die Beleihungs- und Verkehrswertermittlung nicht beeinflussen.

Statuierung einer Bauverpflichtung (Wohnerbbaurecht)

*Der Erbbauberechtigte ist verpflichtet, das in § *** genannte Gebäude innerhalb von *** Jahren nach Abschluss des Vertrags bezugsfertig zu errichten (mindestens behördliche Erlaubnis zur vorläufigen Inbenutzungsnahme).*

FORMULIERUNGS-BEISPIEL

- Bauverpflichtungen stellen zumeist einen Eingriff in die Verfügungsrechte dar, der die Volleigentümer nicht in vergleichbarer Weise trifft und daher tendenziell ebenfalls zu erhöhten Abschlägen vom Verkehrs- bzw. Beleihungswert führt.
- Bauverpflichtungen werden häufig auch ohne Not sehr weitgehend gestaltet.
- Grundsätzlich lassen sich Bauverpflichtungen zwar rechtfertigen, zumal die Phase vor Baufertigstellung mit einem erhöhten Risiko für den Erbbaurechtsgeber verbunden ist. Allerdings existieren auch Alternativen, wie die zeitweise Erhöhung des Erbbauzinses bis zur Fertigstellung des Baus.

ZJUSAMMENFASSUNG

3.12 Errichtung, Instandhaltung und Verwendung des Bauwerks

Normalerweise ergibt sich aus der Bauleitplanung bzw. aus § 34 BauGB (im unbeplanten Innenbereich) die Art und Weise der zulässigen Bebauung. Daher ist die oft vorzufindende nochmalige Festlegung im Erbbaurechtsvertrag (z. B. „Das Erbbaurecht wird bestellt für die Errichtung eines Einfamilienhauses“) in vielen Fällen überflüssig (Löhr 2020, Abschn. 3.3.1). Ähnliches gilt auch für Bestimmungen, die besagen, dass die Pläne, Planabweichungen oder spätere bauliche Änderungen dem Grundstückseigentümer zur Genehmigung vorgelegt werden müssen. Dies jedenfalls so lange, wie Volleigentümer (z. B. in Kaufverträgen mit dem kommunalen Grundstücksverkäufer) ebenfalls nicht mit derartigen Auflagen beschwert werden und der Zweck des Erbbaurechtsvertrags an anderer Stelle des Vertrags festgelegt ist. Auch weitergehende Einschränkungen der

Verfügung über das Grundstück („Der nicht bebaute Teil des Grundstücks darf nur für Anlagen genutzt werden, die dem Zweck des Grundstücks dienen") sind aus demselben Grunde zumeist entbehrlich.

Andererseits werden die betreffenden Bestimmungen damit gerechtfertigt, dass hiermit auch Auswirkungen für etwaige Vergütungen (Heimfall) bzw. Entschädigungszahlungen (Beendigung des Erbbaurechts durch Zeitablauf) für den Erbbaurechtsgeber verbunden sind. Möglich ist allerdings die Aufnahme einer weicheren Bestimmung in den Erbbaurechtsvertrag dahingehend, dass Entschädigungen bzw. Vergütungen nur für solche vorab durch den Erbbaurechtsgeber genehmigte Bauwerke gezahlt werden.

Eine Genehmigung der baulichen Anlagen ist jedoch dann zweckmäßig, wenn bestimmte soziale und/oder städtebauliche Ziele (z. B. im Rahmen von Konzeptvergaben) erreicht werden sollen. Zu denken ist hier an Studierendenwohnheime oder den Bau alten- oder behindertengerechter Wohnungen. Dies betrifft auch Besichtigungsrechte. Doch auch hier gilt: Die Beschränkungen der Verfügungsrechte des Erbbaurechtsnehmers bedürfen einer angemessenen Kompensation, die jedoch – wenn möglich – besser über eine eigenständige Förderung außerhalb des Erbbauzinses erfolgen sollte.

Beide Parteien sind normalerweise an der Instandhaltung interessiert, da nur mit einem instandgehaltenen Bauwerk die Ertragsfähigkeit gesichert werden kann (Frings 2018, S. 199). Sofern allerdings bei Ablauf des Erbbaurechtsvertrags bei der Entschädigung für das übergehende Bauwerk Abschläge vom Verkehrswert gemacht werden, wird das Interesse des Erbbaurechtsnehmers an der Instandhaltung verringert. Ähnliches gilt auch, wenn der Erbbauzins deutlich unterhalb des Marktüblichen festgesetzt wird – das Erfordernis, die Ertragsfähigkeit des Gebäudes v. a. auf die nicht sozialgebundenen Wohnanteile aufrecht zu erhalten, wird damit reduziert. Umgekehrt können die – ohnehin schwer durchsetzbaren – Instandhaltungsverpflichtungen möglicherweise sogar entbehrlich sein, wenn die Entschädigung bei Zeitablauf marktgerecht festgesetzt wird (s. Abschn. 3.8).

FORMULIERUNGS-BEISPIEL

Zweckbestimmung

Regelung der Zweckbestimmung (Wohnerbbaurecht)

(1) *Mit der Bestellung des Erbbaurechts verfolgt der Grundstückseigentümer den Zweck, bezahlbaren Wohnraum für Bezieher geringerer Einkommen sowie für behinderte Menschen zu schaffen.*

(2) *Im Rahmen dieser Zielsetzung verpflichtet sich der Erbbauberechtigte, die Mieten der auf dem Erbbaurechtsgrundstück errichteten Wohneinheiten dauerhaft um mindestens *** Prozent unterhalb der ortsüblichen Vergleichsmiete zu halten, die sich aus dem Mietspiegel der Stadt *** ergibt.*

(3) *Vor dem Hintergrund dieser Zielsetzung wird der Erbbauzins vereinbart.*

(4) *Das Erbbaurecht wird bestellt für die Errichtung eines Wohngebäudes mit *** Wohneinheiten. Davon werden *** Wohneinheiten behindertengerecht und barrierefrei ausgestaltet. Zudem werden *** Stellplätze zur Verfügung gestellt, davon *** Stellplätze für elektrobetriebene PKW mit Lademöglichkeit.*

(5) *Vom Erbbauberechtigen ist bezüglich Planung und Bauvorlagen die Zustimmung des Grundstückseigentümers einzuholen und diesem eine Kopie zu überlassen.*

(6) *Die Bauwerke dürfen nur mit schriftlicher Zustimmung des Grundstückseigentümers ganz oder teilweise abgebrochen oder wesentlich verändert werden. Weitere Wohneinheiten oder eine Veränderung der vereinbarten Nutzungsart sind nur im Wege der Vertragsänderung möglich.*

(7) *Der Eigentümer haftet nicht für eine bestimmte Größe, Güte oder Beschaffenheit, Mängel des Grundstücks sowie die Verwendbarkeit für das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein von Rechten und Lasten, die zu ihrer Entstehung der Eintragung im Grundbuch nicht bedürfen.*

Hinweis: Abs. 3 wäre entbehrlich, wenn die Förderung des Erbbaurechtsnehmers auf anderem Wege als durch eine Herabsetzung des Erbbauzinses erfolgt. Abs. 5 und 6 sind vor dem Hintergrund der Zielsetzung barrierefreien und behindertengerechten Wohnens zu sehen. Abs. 7 ist aus rechtlicher Sicht zwar nicht zu beanstanden; allerdings ist der politische Schaden zu erwägen, der entstünde, wenn sich bei einem kommunalen Grundstück z. B. ein Altlastenverdacht herausstellt und sich die Kommune aus der Verantwortung zieht.

Regelung der Zweckbestimmung (gewerbliches Erbbaurecht)

(1) *Der Berechtigte ist befugt, auf dem Grundstück eine gewerblich zu nutzende Sportstätte zu errichten, bestehend aus einer Vierfeldtennishalle mit 4 Squashboxen, Sauna und Restaurant sowie den dazugehörigen Räumlichkeiten.*

(2) *Der Berechtigte ist zur Erstellung des vorgenannten Bauwerks unter Verwendung guten dauerhaften Materials nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet.*

(3) *Er hat zu diesem Zweck um alle erforderlichen bau- und planungsrechtlichen Genehmigungen und Zustimmungen und sonst notwendigen öffentlich-rechtlichen Genehmigungen unverzüglich nachzusuchen und alles ihm Mögliche und Zumutbare zu tun, was zu deren raschestmöglicher Erteilung erforderlich und dienlich ist.*

(4) *Unverzüglich nach rechtskräftigem Vorliegen der Baugenehmigung hat der Berechtigte mit der Herstellung des Bauwerks zu beginnen und die Arbeiten so zu betreiben, dass das Bauwerk schnellstmöglich bezugsfähig ist.*

(5) *Die erstellte Anlage darf nur mit schriftlicher Einwilligung des Eigentümers einer anderen Nutzung zugeführt werden.*

Hinweis: In Abs. 2 werden Vorgaben bezüglich zu verwendender Baustoffe und Materialien gemacht. Dies dürfte in den meisten Fällen überflüssig sein, zumal etwaige diesbezügliche Mängel sich bei Beendigung des Vertrags oder Heimfall ohnehin auf eine etwaige zu zahlende Kompensation wertmindernd auswirken. Dies gilt erst recht, wenn eine Entschädigung zum Laufzeitende ausgeschlossen wird oder das Grundstück freizulegen ist. Abs. 3 und 4 sind überflüssig, wenn durch einen marktgerecht festgesetzten Erbbauzins Nutzungsdruck erzeugt wird.

ZUSAMMENFASSUNG

- Auch bei der Mitsprache des Erbbaurechtsgebers bezüglich der baulichen Anlagen ist Zurückhaltung angesagt, soweit nicht besondere soziale und/oder städtebauliche Bindungen im Erbbaurechtsvertrag enthalten sind.
- In den Erbbaurechtsvertrag sollte allerdings eine Klausel dahingehend aufgenommen werden, dass nur vorab genehmigte Gebäude Gegenstand von Entschädigungszahlungen sein können.

3.13 Versicherung des Bauwerks, Wiederaufbauverpflichtung im Falle der Zerstörung

Anders als bei Bauverpflichtungen verhält es sich bei Versicherungen des Bauwerks im Falle der Zerstörung und bei Wiederaufbauverpflichtungen. Insbesondere bei älteren Erbbaurechten ist wegen der zwischenzeitigen Anpassungsrückstände (s. Abschn. 3.2.2) allein der durch den Erbbauzins erzeugte Nutzungsdruck zumeist nicht zuverlässig genug, um den raschen Wiederaufbau zu garantieren. Der Grund hierfür sind die mit der Zeit eintretenden Anpassungsrückstände (die sich v. a. bei einer VPI-Indexierung aufgrund des Auseinanderlaufens von Verbraucherpreisindex und Bodenwertsteigerungen einstellen), weswegen der Druck auf eine effiziente Nutzung des Erbbaugrundstücks im Laufe der Zeit immer weiter nachlässt.

Daher ist die Aufnahme von Regelungen zu obligatorischen Versicherungen in den Erbbaurechtsvertrag unbedingt empfehlenswert. Der Erbbauberechtigte sollte dabei verpflichtet werden, im Falle einer schwerwiegenden Beschädigung oder des Untergangs (z. B. Brand) das Bauwerk innerhalb einer bestimmten Zeitspanne wiederherzustellen (Löhr 2020, Abschn. 3.3.4). Ebenfalls sollte er ausdrücklich darauf hingewiesen werden, dass er die Versicherungs- und sonstige Entschädigungsleistungen in vollem Umfang zur Wiederherstellung zu verwenden hat.

Für Volleigentümer ist zwar eine Wohngebäudeversicherung nicht verpflichtend. Allerdings fordern die kreditgebenden Banken regelmäßig eine solche ein. Aus diesem Grunde entstehen dem Erbbauberechtigten auch durch eine solche Klausel keine Nachteile gegenüber einem Volleigentümer.

FORMULIERUNGS-BEISPIEL

Versicherungsfall

Regelung für den Eintritt des Versicherungsfalls (Wohnerbbaurecht)

(1) *Der Erbbauberechtigte ist verpflichtet, bei Eintritt des Versicherungsfalls das Bauwerk unverzüglich, spätestens innerhalb von vier Jahren in dem vorherigen Umfang wiederherzustellen. Dabei sind die Versicherungs- sowie sonstige Entschädigungsleistungen in vollem Umfange zur Wiederherstellung zu verwenden.*

(2) *Will der Erbbauberechtigte bei dem Wiederaufbau wesentlich von den ursprünglichen genehmigten Plänen abweichen, so bedürfen die Änderungen der vorherigen schriftlichen Zustimmung des Grundstückseigentümers.*

(3) *Falls ein Wiederaufbau unmöglich ist oder die Beteiligten sich darüber einig sind, dass ein Wiederaufbau derzeit nicht erfolgen soll, so ist die Versicherungssumme zur Beseitigung der Gebäudereste und zur Tilgung der auf dem Erbbaurecht ruhenden Belastungen zu verwenden. Ein etwaiger Restbetrag ist an den Erbbauberechtigten auszuzahlen.*

Hinweis: Hier wäre statt Abs. 2 bei der Kompensation für das auf den Erbbaurechtsgeber übergehende Gebäude (Beendigung des Erbbaurechts durch Zeitablauf oder Heimfall) eine analoge Regelung wie oben angesprochen denkbar: Auch im Falle des Wiederaufbaus wird eine Kompensation nur dann gewährt, wenn und soweit die betreffenden Gebäudeteile vorher durch den Erbbaurechtsgeber Zustimmung erfahren haben.

Alternative Formulierung für gewerbliche Erbbaurechte

(1) *Der Berechtigte ist verpflichtet, das Bauwerk gegen Brandschaden in Form der Neuwertversicherung sofort mit Baubeginn auf seine Kosten zu versichern.*

(2) *Das gleiche gilt für eine Versicherung gegen Sturm, Wasser und Ölschäden jeder Art, sowie gegen Haftpflichtgefahren.*

(3) *Die Versicherungen sind über die gesamte Dauer des Erbbaurechts aufrechtzuerhalten. Nachweise hierüber sind dem Eigentümer auf Verlangen zu erbringen.*

(4) *Sollte das Bauwerk durch Brand oder sonstige Einwirkungen jeglicher Art beschädigt oder ganz oder teilweise zerstört werden, so ist der Berechtigte verpflichtet, es in einer der Art der Beschädigung oder Zerstörung entsprechenden angemessenen Frist in einer dem vorherigen Zustand gerecht werdenden Form wieder zu erstellen und die Versicherungen oder sonstige Entschädigungen in vollem Umfang zur Wiederherstellung zu verwenden.*

(5) *Für die Form des Wiederaufbaus sind in erster Linie die im Zeitpunkt seiner Vornahme bestehenden Verhältnisse und Bedürfnisse maßgebend. Wesentliche Änderungen gegenüber dem ursprünglichen Bauwerk bedürfen der Zustimmung des Eigentümers.*

Hinweis: Bezüglich Abs. 5 gilt der Hinweis zur vorstehenden Vertragsformulierung entsprechend.

ZUSAMMENFASSUNG

- Eine Wiederaufbauverpflichtung im Falle der Zerstörung ist sinnvoll, da aufgrund von zwischenzeitigen Anpassungsrückständen nicht davon ausgegangen werden kann, dass der Erbbauzins allein einen ausreichenden wirtschaftlichen Druck auf die schnelle Wiedernutzung des Grundstücks machen kann.
- Auch sollte vorgesehen werden, dass eine ausgezahlte Versicherungssumme nicht zweckfremd verwendet werden darf.

3.14 Vorkaufsrechte

Gegebenenfalls sollte die Vereinbarung eines gegenseitigen Vorkaufsrechts überdacht werden (Löhr 2020, Abschn. 3.3.2). Dieses kann u. U. dann durchbrochen werden, wenn die Kommune ihr Grundstück an eine andere öffentlich-rechtliche Einheit verkauft. Hierdurch werden Umstrukturierungen im kommunalen Verbund ermöglicht, ohne dass das Vorkaufsrecht greift.

Das Vorkaufsrecht kann auch mit einer Rückauflassungsvormerkung verbunden werden und der Rückkaufspreis u. U. schon für die Zukunft festgelegt werden. Ggfs. nimmt jedoch das Erbbaurecht dann nicht mehr in vollem Maße an der konjunkturellen Entwicklung teil, so dass in der Verkehrs- oder Beleihungswertermittlung entsprechende Abschläge vorzunehmen sind (Frings 2018, S. 203). I. d. R. sollte daher hiervon Abstand genommen und der Verkehrswert als Maßstab vereinbart werden.

FORMULIERUNGS-BEISPIEL

Vorkaufsrecht

Vorkaufsrecht für Wohnerbbaurechte und gewerbliche Erbbaurechte

(1) *Der Grundstückseigentümer räumt dem jeweiligen Erbbauberechtigten für die Dauer des Erbbaurechts das dingliche Vorkaufsrecht für alle Verkaufsfälle an dem mit dem Erbbaurecht belasteten Grundstück ein. Ausgenommen hiervon sind Veräußerungen an andere juristische Personen des öffentlichen Rechts.*

(2) *Umgekehrt räumt der Erbbauberechtigte dem jeweiligen Grundstückseigentümer das dingliche Vorkaufsrecht für alle Verkaufsfälle am Erbbaurecht ein. Die Eintragung des dinglichen Vorkaufsrechts im Erbbaugrundbuch soll im Rang nach dem Erbbauzins erfolgen.*

Hinweis: Durch die Ausnahme in Abs. 1, S. 2 sollen u. a. Umstrukturierungen innerhalb der Kommune ermöglicht werden. Mit dem Vorkaufsrecht des Erbbaurechtsgebers und dem Zustimmungsrecht bei einer etwaigen Veräußerung hat der Erbbaurechtsgeber etwaige Veräußerungsvorgänge gut unter Kontrolle.

Alternative

Der Grundstückseigentümer räumt dem jeweiligen Berechtigten am Erbbaugrundstück das dingliche Vorkaufsrecht für alle Verkaufsfälle ein. Für die Vorkaufsrechte gelten die dinglichen Bestimmungen.

Hinweis: Hierbei handelt es sich um ein einseitig erteiltes Vorkaufsrecht zugunsten des Erbbaurechtsnehmers. Hiermit ist ein potenzieller Steuerungsverlust seitens der Kommune verbunden.

ZJUSAMMENFASSUNG

- Durch ein gegenseitiges Vorkaufsrecht kann beiden Seiten mehr Sicherheit gewährt werden.
- Das Vorkaufsrecht des Erbbaurechtsnehmers sollte allerdings bei Umstrukturierungen innerhalb der Kommune durchbrochen werden.

3.15 Tragung öffentlicher Lasten und Abgaben

Zumeist wird in Erbbaurechtsverträgen bezüglich öffentlicher Lasten und Abgaben einschließlich der Grundsteuer, der Erschließungsbeiträge und der Ausgleichsbeiträge nach dem Baugesetzbuch etc. bestimmt, dass der Erbbaurechtsnehmer diese zu tragen hat (Löhr 2020, Abschn. 3.3.3). Obwohl üblich, kann eine solche Bestimmung dennoch problematisch sein. So haben Straßenausbaubeiträge durchaus das Potenzial, einen geringer verdienenden Erbbaurechtsnehmer (Einfamilienhäuser) wirtschaftlich zu ruinieren; das gilt v. a. dann, wenn er altersbedingt nur noch schwer an Kredite kommt. Härten können auch dann entstehen, wenn kurz vor Ablauf des Erbbaurechtsvertrags noch eine größere Zahlung ansteht.

Problematisch ist insbesondere die Zuordnung einmaliger öffentlicher Abgaben beim Erbbaurechtsnehmer insoweit, als sich die in diesem Zusammenhang getätigten öffentlichen Investitionen in einer erhöhten Ertragsfähigkeit des Bodens niederschlagen, die über die Zeit des Erbbaurechtsvertrags hinausreicht (während der Dauer des Erbbaurechtsvertrags profitiert der Erbbaurechtsnehmer von der höheren Ertragsfähigkeit des Grundstücks).

Ist in absehbarer Zeit mit einer entsprechenden Belastung zu rechnen, könnte daher der Erbbauzinssatz auf einen um die voraussichtliche Belastung geminderten Bodenwert bezogen oder der Erbbauzins anderweitig nach unten angepasst werden. Alternativ wäre – bei Bezugnahme auf den vollen, erschließungsbeitragsfreien Bodenwert – auch daran zu denken, einen definierten Anteil (ähnlich wie bei einer Mietkaution) einer treuhänderisch geführten Rücklage zuzuführen, die verzinst und nach Ablauf des Vertrags wieder an den Erbbaurechtsnehmer zurückgezahlt wird. Bei den Vertragsformulierungen sollte jedenfalls immer auf eine Korrespondenz zwischen den dem Erbbaurechtsnehmer zukommenden Vorteilen und seinen Belastungen geachtet werden. Eine weitere Möglichkeit besteht darin, dass der Erbbaurechtsgeber einen höheren Anteil der Belastungen durch Ausbau- und Anschlussbeiträge übernimmt, wenn sich der Erbbaurechtsvertrag seinem Ende nähert (z. B. Teilung der Kosten, wenn mehr als die Hälfte der Vertragsdauer überschritten ist).

Regelungen zu Lasten und Abgaben sowie Erschließungskosten (Wohnerbbaurechte und gewerbliche Erbbaurechte)

FORMULIERUNGS-BEISPIEL

(1) *Die Kosten der erstmaligen Erschließung für das Erbbaugrundstück werden von dem Grundstückseigentümer übernommen und sind anteilig im Grundstückswert von *** €/qm enthalten (§ *** des Vertrags); die Endabrechnung der Ersterschließung trägt der Grundstückseigentümer.*

(2) *Der Erbbauberechtigte hat alle auf das Erbbaugrundstück und das Erbbaurecht entfallenden einmaligen und wiederkehrenden öffentlichen und privatrechtlichen Lasten, Abgaben und Pflichten, die den Grundstücks- oder Gebäudeeigentümer als solchen betreffen, ab Vertragsschluss für die Dauer des Erbbaurechts zu tragen bzw. dem Grundstückseigentümer zu erstatten. Zu diesen gehören u. a. die Grundsteuer, gemeindliche Lasten nach dem Kommunalabgabengesetz, Erschließungskosten oder Ausgleichsbeträge nach dem Baugesetzbuch. Maßgeblich für öffentliche Lasten ist der Zeitpunkt des Zugangs eines Bescheids bei einem der Vertragspartner. Dem Erbbauberechtigten ist bekannt, dass derartige Bescheide auch für umlegungsfähigen Aufwand aus früherer Zeit ergehen können. Ausgenommen sind Grundpfandrechte des Grundstückseigentümers, die zugunsten Dritter am Erbbaugrundstück bestellt sind; für diese haftet alleine der Grundstückseigentümer. Für die Erfüllung aller behördlichen Auflagen hat der Erbbauberechtigte zu sorgen.*

(3) *Wird der Erbbauberechtigte nach Ablauf der Hälfte der Vertragsdauer durch Ausbau- und Anschlussbeiträge nach dem Baugesetzbuch oder nach dem Kommunalabgabengesetz oder Vorausleistungen hierauf belastet, so ist der Erbbauzins in der Folge zu reduzieren. Die Verminderung ergibt sich nach dem Anteil der vom Erbbaurechtsnehmer zu tragenden Kosten zum Bodenrichtwert (§ 196 BauGB), wie er für das betreffende Grundstück durch den örtlich zuständigen Gutachterausschuss festgestellt wurde.*

Hinweis: In Abs. 2 kann der Erbbaurechtsnehmer aus laufenden privatrechtlichen und öffentlichen Lasten in Anspruch genommen werden, auch wenn diese aus früheren Zeiten stammen. Dies ist mit Blick auf die Ausgewogenheit von Nutzen und Lasten kritisch zu sehen. Mit Blick auf den Umstand, dass der Erbbauberechtigte im Gegenzug zu öffentlichen Lasten, die erst gegen Ende des Erbbaurechtsvertrags anfallen, nur noch geringe Vorteile erwarten kann, wird hingegen in Abs. 3 der Erbbauzins entsprechend ermäßigt. Beim Ansatz von 50 % der Vertragsdauer handelt es sich um eine Typisierung, um den Passus nicht übermäßig komplex zu gestalten. Handelt es sich beim Erbbauberechtigten um ein bilanzierendes Unternehmen, sind für eine absehbare Inanspruchnahme i. d. R. Rückstellungen zu bilden.

ZJUSAMMENFASSUNG

- Herkömmlicherweise wird in Erbbaurechtsverträgen die Tragung öffentlicher Lasten und Abgaben durch den Erbbaurechtsnehmer vereinbart. Dies ist nicht unproblematisch, soweit sich insbesondere einmalige öffentliche Abgaben in einer höheren Ertragsfähigkeit des Bodens niederschlagen, die über die Dauer des Erbbaurechtsvertrags hinausreicht.
- Dies kann insbesondere bei Erbbaurechtsverträgen mit kurzer Restnutzungsdauer problematisch sein, so dass für solche Fälle eine Aufteilung der Lasten im Erbbaurechtsvertrag vorgesehen werden sollte.

4 Steuern und Finanzierung

4.1 Steuerliche Aspekte

Bei der Bestellung, der Veräußerung, dem Heimfall und auch der Verlängerung oder Erneuerung des Erbbaurechts fällt Grunderwerbsteuer an (Bock und Götting 2017, S. 22-26). Bei Bestellung, Veräußerung, Verlängerung oder Erneuerung trägt üblicherweise der Erbbaurechtsnehmer die Grunderwerbsteuer. Keine Grunderwerbsteuer entsteht bei Ablauf des Erbbaurechts. Als Bemessungsgrundlage wird ein von der Restlaufzeit des Vertrags abhängiger Vielfacher des Erbbauzinses herangezogen.

Selbst bei einem sehr niedrigen Erbbauzins kann Grunderwerbsteuer fällig sein, wenn es sich nicht um eine freigebige Zuwendung handelt, durch die ein Bedachter auf Kosten des Zuwendenden bereichert wird. Soweit mit dem Vermögen aber auch entsprechende Aufgaben auf den Erbbaurechtsnehmer übergehen, handelt es sich eben um keine Schenkung (BFH 2006). Aus demselben Grund sollte ein „heruntersubventionierter" Erbbauzins auch regelmäßig nicht von schenkungssteuerlicher Relevanz sein.

Bei der Grundsteuer nach dem sog. Bundesmodell ist die Grundsteuerlast vom Erbbaurechtsnehmer zu übernehmen (§ 261 BewG neu). Nordrhein-Westfalen machte nicht von der in Art. 72 Abs. 3 S. 1 Nr. 7 GG ermöglichten Abweichungskompetenz Gebrauch und schloss sich dem Bundesmodell an, so dass insoweit keine Abweichungen zu beachten sind.

In umsatzsteuerlicher Hinsicht ist bei Erbbaurechten zu Wohnzwecken die Bestellung des Erbbaurechts (§ 4 Nr. 9a UStG) wie auch der Erbbauzins (§ 4 Nr. 12a UStG) von der Steuer befreit. Bei gewerblichen Erbbaurechten ist hingegen ein Verzicht auf die Steuerbefreiung möglich, so dass dann der Vorsteuerabzug möglich ist (§ 9 UStG). Voraussetzung ist, dass es sich bei beiden Vertragspartnern um Unternehmer im umsatzsteuerlichen Sinne handelt (§ 2 UStG) und gleichzeitig der Erbbaurechtsnehmer Umsätze tätigt, die den Vorsteuerabzug erlauben (§ 15 UStG). Bei vielen gewerblichen Erbbaurechtsnehmern ist dies der Fall. Der Verzicht auf die Umsatzsteuerbefreiung ermöglicht auf Seiten des Erbbaurechtsgebers den Vorsteuerabzug im Zusammenhang mit dem Erbbaugrundstück. Vorsteuerabzugsrelevante Aufwendungen auf Seiten des Erbbaurechtsgebers sind jedoch normalerweise von untergeordneter Bedeutung, so dass ein Verzicht auf die Umsatzsteuerbefreiung auch bei gewerblichen Erbbaurechten eher ausnahmsweise infrage kommt.

Ertragsteuerlich ist der gezahlte Erbbauzins für den Erbbaurechtsnehmer in seiner Eigenschaft als Vermieter als Werbungskosten bzw. Betriebsausgabe abziehbar. Gleiches gilt für die auf das Gebäude entfallenden Aufwendungen, wie z. B. Abschreibungen, Bewirtschaftungskosten oder Grundsteuern. Handelt es sich hingegen beim Erbbaurechtsnehmer um selbstnutzende Privatleute, ist der gezahlte Erbbauzins ohne steuerliche Relevanz. Für die Kommune als Erbbaurechtsgeber kommt es auf den Einzelfall an. Regelmäßig ist bei einer Eigengesellschaft in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft der Erbbauzins mit Blick auf Körperschaft- und Gewerbesteuer steuerpflichtig.

Generell ist dringend zu empfehlen, zum Abklopfen der steuerlichen Aspekte im Einzelfall einen Steuerberater zu Rate zu ziehen.

ZJUSAMMENFASSUNG

Steuern

- Transaktionen im Zusammenhang mit Erbbaurechten unterliegen der Grunderwerbsteuer. Ausgenommen hiervon ist die Beendigung des Erbbaurechts durch Zeitablauf.
- Die Grundsteuer ist vom Erbbaurechtsnehmer zu tragen.
- Die Bestellung von Erbbaurechten zu Wohnzwecken ist von der Umsatzsteuer befreit. Das Gleiche gilt für den Erbbauzins. Bei gewerblichen Erbbaurechten ist unter bestimmten Umständen ein Verzicht auf die Umsatzsteuerbefreiung möglich; dies dürfte jedoch nur in wenigen Fällen sinnvoll sein.
- Die ertragsteuerlichen Implikationen des Erbbaurechts sind einzelfallbezogen zu beurteilen.

4.2 Finanzierung von Erbbaurechten: zwangsversteigerungsfeste Erbbauzinsen und Stillhalteerklärungen

Für die Beurteilung der Beleihungsfähigkeit von Erbbaurechten ist zunächst auf die Beleihungswertermittlung zu blicken. Diese geschieht i. d. R. nach dem sog. Münchner Verfahren (Werth 1989, S. 68-74). Bei Anwendung des Ertragswertverfahrens gibt § 12 Abs. 4 BelWertV für den anzulegenden Diskontierungszinssatz ein – abhängig vom Zinsniveau – dynamisches Modell mit Unter- und Obergrenzen vor (zwischen 3,5 und 5,5 % für Wohn- und zwischen 4,5 und 6,5 % für Gewerbeimmobilien). Beim Münchner Verfahren geht man zunächst vom (fiktiven) Wert des Objekts im Volleigentum aus. Sodann werden hiervon Abschläge gemacht:

- Der **erste Abschlag** berücksichtigt (in diskontierter Form), dass nach Ablauf des Erbbaurechtsvertrags der Grundstückswert an den Erbbaurechtsgeber zurückfällt, also nicht mehr dem Erbbaurechtsnehmer zur Verfügung steht.
- Der **zweite Abschlag** berücksichtigt ebenfalls – über die Restlaufzeit des Erbbaurechts – in diskontierter Form (zu den Sätzen s. oben) den anteiligen nicht entschädigten Gebäudewert zum Ablauf des Erbbaurechts.
- Der **dritte Abschlag** trägt den allgemeinen Nachteilen des Erbbaurechts gegenüber dem Volleigentum Rechnung. Die einzelnen Einschränkungen sind i. d. R. nicht bis ins Detail wertmäßig erfassbar. Sie ergeben sich aus der Vielzahl der Verfügungsrechtsbeschränkungen und Zustimmungsbefugnisse und haben oftmals den Charakter eines merkantilen Minderwerts (Frings 2018, S. 203). Daher werden i. d. R. nach gutachterlichem Ermessen Sicherheitsabschläge von 5 bis 15 % des Beleihungswerts bei Volleigentum bzw. mit bis zu 50 % des Bodenwerts angesetzt (Schneider 2017, S. 10-11; JLL 2019, S. 9).

V. a. aufgrund dieser Abschläge ist die Beleihungsfähigkeit des Erbbaurechts vergleichsweise schlechter als diejenige einer Immobilie in Volleigentum. Der Beleihungswert des erbbauzinsfreien Erbbaurechts kann jedoch durch eine Reduzierung der Bewertungsabschläge erhöht werden. Konkret kann dies geschehen durch eine möglichst lange (Rest-) Laufzeit des Erbbaurechts (zu den

diesbezüglichen Konflikten s. Abschn. 3.3). Hierdurch werden der diskontierte Bodenwert (erster Abschlag) und auch ein u. U. diskontierter nicht entschädigter Gebäudewertanteil minimiert.

Vorteilhaft wäre mit Blick auf den zweiten Abschlag eine vollständige Gebäudeentschädigung zum Verkehrswert. Mit Blick auf den dritten Abschlag ist ein möglichst „schlanker" Erbbaurechtsvertrag mit möglichst wenig Einschränkungen der Verfügungsrechte des Erbbaurechtsnehmers zu befürworten (JLL 2019, S. 6).

Das Ergebnis der genannten Berechnungsschritte ist der Wert des erbbauzinsfreien Erbbaurechts.

Entscheidend ist jedoch der Beleihungsraum, also der Teil des Beleihungswerts, dessen Höchstgrenze das Kreditvolumen limitiert (s. Tab. 4). Ein niedriger Beleihungsraum reduziert die Möglichkeiten des Erbbaurechtsnehmers zur Fremdkapitalaufnahme zu Bestkonditionen. Mit anderen Worten: Bei gleicher Eigenkapitalausstattung kann weniger investiert werden oder es ist eben mehr Eigenkapital oder anderes zusätzliches Kapital erforderlich. Dabei ist immer zu berücksichtigen, dass Eigenkapital wegen der höheren Risikotraglast teurer als Fremdkapital ist. Sollte eine Bank dennoch bereit sein, eine mit Volleigentum vergleichbare Höhe der Fremdfinanzierung darzustellen, führt der abweichende Beleihungsauslauf (der fremdfinanzierte Teil des Beleihungswerts) beim Erbbaurecht zu deutlich schlechteren Kreditkonditionen. Ziel muss es also sein, über die vertragliche Gestaltung zur Absicherung des Erbbauzinses den Beleihungsraum möglichst hoch zu halten.

Um vom erbbauzinsfreien Erbbaurecht zum Beleihungsraum zu gelangen, sind die Vereinbarungen zu berücksichtigen, die bezüglich des Erbbauzinses getroffen wurden (Schneider 2017, S. 11). Hierbei geht es zunächst einmal um die Höhe des Erbbauzinses. Die abzuziehende Erbbauzinsreallast wird gerade in einer Niedrigzinsphase durch einen marktgerecht festgesetzten Erbbauzins u. U. entscheidend geringer.

Zudem muss ein Weg gefunden werden, die Konkurrenz zwischen Erbbaurechtsgeber und Bank bezüglich der (erstrangigen) Besicherung des Erbbauzinses aufzulösen (Rangstellenkonflikt). Die verschiedenen Varianten zur Absicherung des Erbbauzinses unterscheiden sich dadurch, an welcher Stelle der Abzug des Erbbauzinses als Reallast erfolgt. Dies skizziert Tab. 4. Aus dem Blickwinkel der Finanzierung ist der Verzicht auf die Absicherung (Erbbauzins im Nachrang) am günstigsten, da insoweit überhaupt keine Berücksichtigung erfolgt und der Beleihungsraum fast demjenigen bei Volleigentum entspricht. Allerdings ist der Verzicht auf jegliche Absicherung aus Sicht des Erbbaurechtsgebers regelmäßig nicht akzeptabel. Ansonsten ist – unter der Zielsetzung der Maximierung des Beleihungsraums – die Berücksichtigung der Erbbauzinsreallast vom unbelasteten Beleihungswert günstiger als ein Abzug von der Beleihungsgrenze. Im ersten Fall wird durch den Abzug der (i. d. R. 40-prozentige) Abschlag vom Beleihungswert gemindert, im zweiten Fall nicht. Dementsprechend empfiehlt sich entweder eine Vereinbarung gem. § 9 Abs. 3 ErbbauRG oder eine Stillhalteerklärung seitens der Kommune; hiermit kann ein erheblicher Teil des bei Volleigentum bestehenden Beleihungsraums erhalten werden.

Durch eine Vereinbarung gem. § 9 Abs. 3 ErbbauRG kann das Bestehenbleiben des Erbbauzinses unabhängig von seiner Rangstelle dinglich gesichert werden („zwangsversteigerungsfester Erbbauzins"). Im Falle der Zwangsversteigerung erhält der Grundstückseigentümer dann nur Befriedigung für den bis zum Zeitpunkt des Zuschlags rückständigen Erbbauzins. Ohne eine solche Vereinbarung bestünde die Gefahr, dass bei einer aus einem vorrangigen Recht betriebenen Zwangsversteigerung ein erbbauzinsloses Erbbaurecht entsteht. Im Falle eines zwangsversteigerungsfesten Erbbauzinses hat der Ersteher jedoch die Erbbauzinsreallast zu übernehmen.

Die Erstrangigkeit der Erbbauzinsforderung kann ebenfalls gewahrt bleiben, wenn entsprechende Stillhalteerklärungen seitens der Kommune abgegeben werden (bei Stillhalteerklärungen von privaten Erbbaurechts-

gebern erfolgt die Berücksichtigung des Erbbauzinses in ungünstiger Weise). Hierbei handelt es sich der Sache nach um eine abweichende Zwangsversteigerungsbestimmung bzw. um eine Zustimmung zur Belastung und Veräußerung des Erbbaurechts. Der Erbbaurechtsgeber willigt damit ein, dass der Erbbauzins im Falle der Zwangsversteigerung nicht kapitalisiert, sondern sein Fortbestand nach § 59 ZVG vereinbart wird. Es soll erreicht werden, dass der Erbbauzins in der Zwangsversteigerung nicht erlischt, und dass an die Stelle des erloschenen Rechts nicht ein aus dem Versteigerungserlös zu befriedigender Ersatzbetrag tritt. Der Meistbietende entrichtet während der restlichen Laufzeit des Erbbaurechts den Erbbauzins also weiter (Freckmann 2018, S. 118).

Ein zwangsversteigerungsfester Erbbauzins dürfte zumeist einfacher als eine Stillhalteerklärung zu handhaben sein (Bock und Nagel 2019, S. 183 sowie S. 185-186). Bei der Stillhalteerklärung ist viel Sorgfalt auf die Formulierungen zu verwenden.

Tab. 4: Berücksichtigung der Erbbauzinsreallast in der Finanzierung

Erbbauzins im Vorrang	Erbbauzins im Nachrang	Vereinbarung zum Bestehenbleiben		
		gem. § 9 Abs. 3 ErbbauRG	Stillhalteerklärung mit	
			Kommune	Privaten
Erbbauzinsfreies Erbbaurecht (unbelasteter Beleihungswert)				
-/-	-/-	./. EBZ-Reallast	./. EBZ-Reallast	-/-
= Beleihungswert				
./. Abschlag (i. d. R. 40 % vom Beleihungswert)				
= Beleihungsgrenze (i. d. R. 60 % vom Beleihungswert)				
./. EBZ-Reallast (Vorlast)	-/-	-/-	-/-	./. EBZ-Reallast (Vorlast)
= Beleihungsraum (realkreditfähiger Anteil)				

Teilweise wird von Kommunen als Erbbaurechtsgeber – v. a. mit Blick auf eine evtl. Schuldübernahme bei Geltendmachung des Heimfalls – auch eine Beschränkung der Beleihung des Erbbaurechts auf einen bestimmten Prozentsatz (i. d. R. 70 Prozent) des Verkehrswerts eingefordert. Eine solche Klausel ist jedoch regelmäßig entbehrlich, zumal die Banken ohnehin eine Kreditwürdigkeitsprüfung vornehmen und oftmals entsprechende Beschränkungen einfordern. Zudem wird der Heimfall erfahrungsgemäß sehr selten geltend gemacht, so dass die z. T. erhebliche Erschwernis für den Erbbaurechtsnehmer hiergegen abgewogen werden sollte. Ist – aus welchen Gründen auch immer – eine entsprechende Regelung notwendig, so sollte die maximale Beleihung auf nicht weniger als 80, besser 100 % des Verkehrswerts des Erbbaurechts limitiert werden. Allerdings sollte dafür Sorge getragen werden, dass die Mittel wirklich in das Erbbaurechtsobjekt fließen und nicht zweckfremd verwendet werden (s. Abschn. 3.9).

Unabhängig von der genannten Beleihungsbeschränkung bleibt jedoch festzuhalten, dass im Rahmen der konventionellen Erbbaurechtsmodelle gegenüber Volleigentum eine „Finanzierungslücke" entsteht. Es wurde schon skizziert, dass es denkbar ist, diese Finanzierungslücke entweder durch eine Umgestaltung der landesspezifischen Förderkulisse und/oder durch kommunale Bürgschaften, kommunale Kredite bzw. stille Beteiligungen zu füllen.

Bezüglich der Leistungsfähigkeit von Erbbaurechten darf also nicht nur die Investitionsseite (Aktivseite) gesehen werden; vielmehr muss auch die Finanzierung betrachtet werden. Hierbei ist jedoch das Vergabe- bzw. das Beihilfe- und Kommunalwirtschaftsrecht zu beachten (s. Abschn. 5).

5 Vergabe von Erbbaurechten

5.1 Suche geeigneter Partner über Konzeptvergabeverfahren

Die Auswahl eines geeigneten Partners über freihändige Direktvergabe ist der – zu begründende – Ausnahmefall bei der öffentlichen Vergabe. Kommunen müssen vielmehr das europäische und nationale Vergaberecht, das EU-Beihilferecht und das kommunale Haushaltsrecht beachten, um rechts- und damit investitionssichere Konzeptvergaben zu bewerkstelligen.

Dabei ist von Höchstpreisverfahren abzuraten (Löhr 2020, Abschn. 9.1. und 9.2). Zwar lassen sich über Höchstpreisverfahren in angespannten Grundstücksmärkten Erbbauzinssätze erzielen, die deutlich oberhalb der Liegenschaftszinssätze liegen. Dies mag natürlich den Kämmerer erfreuen. Andere als finanzielle Ziele können über ein Höchstpreisverfahren jedoch nicht verfolgt werden.

Zudem entsteht die in der Ökonomie bekannte Problematik der adversen Selektion (Akerlof 1970): Nur in den seltensten Fällen dürfte über eine Bietung auf den Höchstpreis auch ein Marktgleichgewichtspreis getroffen werden; vielmehr liegt oftmals eine Überschätzung des marktgerechten Preises durch den Gewinner vor (s. Abschn. 3.2.1). Potenzielle Erbbaurechtsnehmer, die das Vorhaben seriös durchkalkulieren, kommen mit einer relativ hohen Wahrscheinlichkeit nicht zum Zuge oder beteiligen sich erst gar nicht am Bietverfahren. Eher unseriöse Erbbaurechtsnehmer, die ihre Kalkulation „auf Kante nähen", oder solche, die die Tragfähigkeit des Erbbauzinses falsch einschätzen, haben hingegen höhere Chancen.

Dementsprechend muss die Gefahr gesehen werden, dass die zum Zuge kommenden Bieter ihre Versprechungen am Ende nicht einhalten können. Der Vertragspartner kann aber nicht so einfach gewechselt werden; es handelt sich beim Erbbaurecht vielmehr (in der Sprache der ökonomischen Theorie) um ein „spezifisches" Vertragsverhältnis, in dem beide Seiten für lange Zeit „gefangen" sind. Zwar gibt es im Rahmen von Bieterverfahren Möglichkeiten, diese Probleme zu begrenzen; dies erfordert jedoch ein hohes Know-how.

Aus diesen und weiteren Gründen wird immer mehr zu Konzeptvergaben anstatt zu Höchstpreisverfahren geraten. Hierbei findet (auch) ein Wettbewerb über die Qualität statt, bei dem soziale, ökologische und architektonische Kriterien angelegt werden können.

Bei der Konzeptvergabe kann die Kommune die Vergabe nach qualitativen Kriterien und zusätzlich auch nach dem besten Preis vornehmen. Die Kommune vereinbart also mit dem Erwerber sachlich und mengenmäßig bestimmte (also „fixierte") zusätzliche Leistungen. Hierbei kann auch ein Mindest-Erbbauzins vorgegeben werden, über den zusätzlich zu den qualitativen Kriterien hinaus Gebote abgegeben werden können. Bei der Beurteilung des Gesamtangebots fließt die Preiskomponente mit einer bestimmten Gewichtung ein (z. B. 20 %; „Bestgebotsvergabe"). Die o. a. Probleme des Höchstpreisverfahrens werden durch solche Verfahren zumindest abgeschwächt;

Alternativ kann die Kommune die wesentlichen ökonomischen Konditionen vorgeben (v. a. den Erbbauzins, aber auch weitere Größen wie Entschädigung, Laufzeit etc.) und den Wettbewerb auf die qualitativen Kriterien beschränken. Hierbei stößt man allerdings auf das in Abschn. 3.2.1 beschriebene Problem der Ermittlung eines marktgerechten Erbbauzinssatzes bzw. Erbbauzinses.

Wie beschrieben, kann man sich bei „konventioneller Ausgestaltung der Erbbaurechte" jedoch an den langfristigen Baufinanzierungszinssätzen orientieren, die auf einen tragfähigen Bodenwert angelegt werden. Ein Qualitätswettbewerb der Konzepte kann vor diesem Hintergrund zum Zweck der Sicherstellung eines bestimmten Zwecks (bezahlbares oder altengerechtes Wohnen etc.) veranstaltet werden.

Die Auswahl geschieht in beiden Verfahren über Bepunktung der einzelnen Kriterien (ähnlich wie bei einer Nutzwertanalyse).

Bei größeren Projekten sind die vergabe-, beihilfe- und haushaltsrechtlichen Implikationen zu prüfen (etwaige Ausschreibungspflicht, ggf. Anmeldungspflicht/Notifizierung als europäische Beihilfe bei der EU-Kommission, beihilferechtliche Erleichterungen für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI) und nach der sog. De-minimis-Regelung). All dies ist in jedem Fall im Vorfeld des Projekts einer juristischen Prüfung zu unterziehen. Zu den genannten Rechtsgebieten, die bei der Vergabe von Erbbaurechten berührt sein können, wird im Folgenden ein Überblick gegeben.

5.2 Vergaberecht: Ist eine Ausschreibung notwendig?

Der Bereich der Immobilienwirtschaft im Verhältnis von Gemeinde und Flächenentwickler, Bauunternehmer, Investor oder Erwerber wird von den nachfolgend skizzierten grundsätzlichen Regelungen des Vergaberechts eingerahmt. Diese Regelungen sind u. a. auch für die vergaberechtliche Beurteilung bei der Vergabe von Erbbaurechten relevant:

Zunächst ist das Vergaberecht nach § 107 Abs. 1 Nr. 2 GWB von vornherein nicht anwendbar, wenn es sich lediglich um den Erwerb, die Miete oder die Pacht von Grundstücken, vorhandenen Gebäuden oder anderem unbeweglichem Vermögen sowie Rechten daran, ungeachtet ihrer Finanzierung, handelt (vgl. EuGH 2010; OLG München 2011).

Um einen auszuschreibenden Bauauftrag nach § 103 Abs. 3 GWB handelt es sich dagegen bei Verträgen über die Ausführung oder die gleichzeitige Planung und Ausführung von Bauleistungen (Nr. 1) oder bzgl. eines Bauwerks für den öffentlichen Auftraggeber oder Sektorenauftraggeber, das Ergebnis von Tief- oder Hochbauarbeiten ist und eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll (Nr. 2). Ein Bauauftrag liegt nach § 103 Abs. 3 S. 2 GWB auch vor, wenn ein Dritter eine Bauleistung gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber oder Sektorenauftraggeber genannten Erfordernissen erbringt, die Bauleistung dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugutekommt und dieser einen entscheidenden Einfluss auf Art und Planung der Bauleistung hat.

Und schließlich könnte im gemeindlichen Grundstücksverkehr auch eine ausschreibungspflichtige Baukonzession vorliegen. Diese wird in § 105 Abs. 1 Nr. 1 GWB (und ferner in § 23 VOB/A) als entgeltlicher Vertrag definiert, mit dem ein oder mehrere Konzessionsgeber ein oder mehrere Unternehmen mit der Erbringung von Bauleistungen betrauen und bei dem die Gegenleistung entweder allein in dem Recht zur Nutzung des Bauwerks oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung besteht.

5.2.1 Vergaberechtliche Vorgaben aus dem EuGH-Urteil „Helmut Müller“

Im Tätigkeitsfeld der kommunalen Flächenentwicklung ist aus vergaberechtlicher Sicht zudem die zuvor schon zitierte Grundsatzentscheidung des EuGH „Helmut Müller“ aus dem Jahre 2010 (vgl. EuGH 2010, S. 321 ff.) von großer praktischer Relevanz. So hatte der EuGH u. a. klargestellt:

Eine auszuschreibende Bauleistung setzt ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse für den öffentlichen Auftraggeber voraus; ein solches unmittelbares wirtschaftliches Interesse ist beispielsweise gegeben, wenn vorgesehen ist, dass

- der öffentliche Auftraggeber Eigentümer der Bauleistung oder des Bauwerks wird, die bzw. das Gegenstand der Bauleistung ist;

- der öffentliche Auftraggeber über einen Rechtstitel verfügen soll, der ihm die Verfügbarkeit der Bauwerke, die Gegenstand des Auftrags sind, im Hinblick auf ihre öffentliche Zweckbestimmung sicherstellt;
- der öffentliche Auftraggeber wirtschaftliche Vorteile aus der zukünftigen Nutzung oder Veräußerung des Bauwerks ziehen kann;
- der öffentliche Auftraggeber an der Erstellung des Bauwerks finanziell beteiligt ist;
- der öffentliche Auftraggeber Risiken im Fall eines wirtschaftlichen Fehlschlags des Bauwerks trägt (EuGH 2010, S. 324).

Der EuGH hatte des Weiteren klargestellt,

- dass bloße bauplanerische Entscheidungen oder Zuständigkeiten der Gemeinde im Zusammenhang mit der Entwicklung von Baugrundstücken weder auf den Erhalt vertraglicher Leistungen noch auf ein „unmittelbares wirtschaftliches Interesse", das für die Annahme eines vergaberechtlich relevanten „Bauauftrags" gegeben sein muss, gerichtet sind und
- dass bloße planerische Entscheidungen oder Zuständigkeiten der Gemeinde im Zusammenhang mit der Entwicklung von Baugrundstücken für sich allein auch keine „vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernisse" als Teilvoraussetzung einer Bauleistung, die unter das Vergaberecht fällt, sind (zu den Auswirkungen des Urteils s. Tomerius 2012).

Eine ausschreibungspflichtige Baukonzession liegt nach dem EuGH vor, wenn die vereinbarte Vergütung im Recht des Konzessionärs zur Verwertung seiner eigenen Leistung besteht und er das Betriebsrisiko in erster Linie oder jedenfalls in erheblichen Umfang selbst trägt. Verfüge ein Wirtschaftsteilnehmer jedoch über das Recht auf Nutzung eines Grundstücks, das in seinem Eigentum steht, so ist es einer Behörde verwehrt, Konzessionen über diese Nutzung zu erteilen (EuGH 2010, S. 325).

Im Regelfall ist also der öffentliche Auftraggeber Grundstückseigentümer. Er kann Baukonzessionen dann etwa über Grundstücksverpachtung oder Bestellung eines Erbbaurechts vergeben; denkbar sind ferner Fälle, in denen er sich Rückkaufsrechte vorbehalten oder das Eigentum nur befristet übertragen hat (Tomerius 2012, S. 338 m. w. N.).

5.2.2 Erbbaurechtsvergabe als Baukonzession oder Bauauftrag?

In diesem vergaberechtlichen Kontext kann die Vergabe von Erbbaurechten nur – bei Erreichen der jeweiligen Schwellenwerte EU-weit – ausschreibungspflichtig sein, wenn sie einen Bauauftrag oder evtl. auch eine Baukonzession nach den o. g. Regelungen des GWB darstellt.

Soweit ersichtlich, hat sich obergerichtlich bislang nur das OLG München mit der vergaberechtlichen Einordnung der Erbbaurechtsvergabe beschäftigt und hierbei eine Baukonzession angenommen (OLG München 2012; VK Südbayern 2010; VK Thüringen 2014). Hierbei ging es um eine Konstellation der sog. „Bayerischen Baukonzession", in der die Kommune Grundstückseigentümerin war. Der Investor verpflichtete sich dazu, auf einem Grundstück an einem Hochschulcampus verschiedene Gebäude unterschiedlicher Nutzungen zu planen, zu errichten und zu betreiben. Hierbei sollten dem Land Bayern Lehrräume bereitgestellt und zur Nutzung auf der Grundlage einer Nutzungsvereinbarung überlassen werden.

Der Investor sollte das Bauvorhaben nach den Vorstellungen der Kommune auf eigene Kosten realisieren und auf eigenes Risiko wirtschaftlich verwerten. Das Grundstück sollte im Eigentum der Gemeinde bleiben, die dem Investor aber ein auf 50 Jahre befristetes Erbbaurecht einräumte.

Das OLG München erkannte in dieser Fallgestaltung eine Baukonzession und begründete dies damit, dass der Investor zugunsten der Gemeinde verpflichtet sei, das Bauvorhaben zu realisieren und ihr bestimmte Nutzungsrechte einzuräumen. Die Gegenleistung der

Gemeinde liege in der Zurverfügungstellung des Grundstücks im Wege des Erbbaurechts und in der Einräumung der 50-jährigen Nutzung. Zudem trage nur der Investor das Nutzungsrisiko (OLG München 2012; zustimmend Mainka 2020).

Es gibt allerdings auch Gegenauffassungen. Die Entscheidung des OLG München wird in der Literatur aus folgenden Gründen abgelehnt: Bei Einräumung des Erbbaurechts erhalte der Erbbaurechtsnehmer nicht, wie vom EuGH verlangt, ein aus dem Eigentumsrecht der Gemeinde abgeleitetes Nutzungsrecht, sondern nach den Regelungen des ErbbauRG ein originäres Nutzungsrecht an dem zu errichtenden Bauwerk, quasi „ab dem ersten Spatenstich". Der EuGH setze aber für die Vereinbarung einer Konzession voraus, dass der Konzessionsgeber, also die Gemeinde, über das Nutzungsrecht verfügen könne. Zum Wesen einer Baukonzession gehöre daher, dass der Konzessionsgeber dem Investor das originäre Nutzungsrecht an dem fertig gestellten Bauwerk einräume, damit dieser es nutzen und eigene Erträge aus der Nutzung ziehen könne. Der Investor aber leite das Nutzungsrecht ausschließlich und originär aus dem Erbbaurecht und nicht mehr vom Konzessionsgeber ab, wenn er nach den Regularien des Erbbaurechts ein Bauwerk errichte. Der Erbbauberechtigte baue daher auch nicht, wie für die Anwendung des Vergaberechts erforderlich, „auf Kosten des Staates" (Summa 2016; Ganske 2020, § 23 Rn. 30).

Gegenüber dieser Argumentation wird wiederum in jüngerer Zeit vorgebracht, der Erbbauberechtigte erhalte in jedem Fall eine konzessionsrechtlich relevante Gegenleistung: Ohne den Baukonzessionsvertrag, der die rechtliche Voraussetzung für den Erbbaurechtsvertrag sei, habe der Investor nichts – auch nicht ein vermeintlich originär bei ihm entstehendes Nutzungsrecht an dem Gebäude, das wesentlicher Bestandteil des Erbbaurechts werde (Mainka 2020, S. 137-138).

Ob das oben beschriebene Konzept der „bayrischen" Erbbaurechtsvergabe ein ausschreibungspflichtiger Bauauftrag nach § 99 Abs. 3 GWB sein kann, wird ebenfalls deutlich in Zweifel gezogen. Gemäß § 12 Abs. 3 ErbbauRG wird das Bauwerk erst nach Ablauf der Vertragszeit wesentlicher Bestandteil des Grundstücks und fällt somit erst in mehr oder weniger weit entfernt liegender Zukunft in das Eigentum des gemeindlichen Grundstückseigentümers und Erbbaurechtsgebers. Ob dies aber für das vom EuGH in o. g. Entscheidung „Helmut Müller" verlangte „unmittelbare wirtschaftliche Interesse des Auftraggebers am Bauwerk" ausreichend sei, wird in Frage gestellt. Der Eigentumsrückfall an die Gemeinde sei gesetzliche Nebenfolge, nicht wirtschaftliches Ziel der Gemeinde. Das einzige unmittelbar wirtschaftliche Interesse verfolge mit der Bauleistung der Erbbaurechtsberechtigte. Auch sei die Entschädigung nach § 27 Abs. 1 ErbbauRG kein „Entgelt" im Rahmen eines ausschreibungspflichtigen Bauvertrags, denn die Entschädigung für den Eigentumsverlust des Erbbauberechtigten diene dem Interessensausgleich und nicht seiner Bezahlung für eine – vor Dekaden schon erbrachte – Bauleistung (Summa 2016; Ganske 2020, § 23 Rn. 30).

Im Zusammenhang mit der Frage, ob ein ausschreibungspflichtiger Bauauftrag nach § 99 Abs. 3 GWB vorliegt, ist ferner die schon zitierte Entscheidung des OLG München (2011) von Interesse: Hier hatte das Gericht ein Bieterverfahren bei einer verbilligten Veräußerung einer Grundstücksfläche mit Bauverpflichtung im Rahmen der Wohnraumförderung für nicht ausschreibungspflichtig gehalten, solange der öffentliche Auftraggeber keinen Zugriff auf das Bauwerk oder dessen Entstehung hat oder dieser von keiner ihn selbst unmittelbar treffenden Aufgabe entlastet wird.

Bei kommunalen Erbbaurechtsprojekten, in denen es neben Bauleistungen in gewissem Umfang auch um Dienstleistungen geht (etwa Betreiben einer Kita oder Ähnliches), ist aus vergaberechtlicher Sicht folgendes zu beachten: Die Kopplung solcher Dienstleistungen an evtl. nicht ausschreibungspflichtige Bauleistungen im Wege einer zulässigen Direktvergabe ohne eigenes wirtschaftliches Interesse der Gemeinde (siehe auch die zuvor zitierte Entscheidung des OLG München, 2011) führt nicht automatisch dazu, dass

die an sich evtl. sogar EU-weit auszuschreibende Dienstleistung aus dem Anwendungsbereich des Vergaberechts fällt, wenn der öffentliche Auftraggeber der Dienstleistung die Gemeinde ist.

In Zweifelsfällen hinsichtlich der Ausschreibungspflicht des kommunalen Erbbaurechtsmodells könnte es sich im Interesse der Rechtssicherheit anbieten, die Ausschreibung des Modells als Baukonzession vorzunehmen und in diesem Rahmen im Sinne des § 110 Abs. 1 Satz 2 GWB die der Bauleistung untergeordnete Dienstleistung für den Wettbewerb transparent zu machen (zur Ausschreibung als Baukonzession auch nachfolgend im Fazit).

5.2.3 Fazit

Zusammenfassend lässt sich aus vergaberechtlicher Sicht festhalten:

Solange die Gemeinde kein eigenes unmittelbares wirtschaftliches Interesse mit der zu erbringenden Bauleistung verfolgt und keine der im EuGH-Urteil Helmut Müller genannten Varianten vorliegt, die ein solches Interesse begründen kann, wird regelmäßig kein auszuschreibender Bauauftrag nach § 103 Abs. 3 GWB vorliegen.

Was das mögliche Vorliegen einer ausschreibungspflichtigen Baukonzession anbetrifft, so ist die Rechtslage umstritten. Die Rechtsprechung hat bislang beim erbbaurechtlichen Modell der „Bayerischen Baukonzession" eine Ausschreibungspflicht bejaht. Ob dies in Zukunft weitere Gerichte auch so sehen werden, ist – nicht zuletzt angesichts deutlicher Kritik am einschlägigen Urteil des OLG München – offen.

Aus Gründen der Rechtssicherheit sollte daher bis auf weiteres nicht auf eine Ausschreibung verzichtet werden. Von der Verfahrensart her räumt die Konzessionsvergabeverordnung (KonzVgV) Flexibilität und Gestaltungsspielräume ein: Nach § 12 KonzVgV darf der Konzessionsgeber nämlich das Verfahren zur Vergabe von Konzessionen nach Maßgabe der KonzVgV frei ausgestalten. Hierbei kann der Konzessionsgeber das Verfahren an den Vorschriften der Vergabeverordnung (VgV) zum Ablauf des Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb ausrichten. Das Verfahren kann ferner ein- oder mehrstufig durchgeführt werden, und der Konzessionsgeber darf mit Bewerbern und Bietern Verhandlungen führen.

Ein vergaberechtliches Auswahlverfahren hat zudem unter beihilferechtlichen Aspekten den Vorteil, dass – neben der Erfüllung weiterer Kriterien – eine wirtschaftliche Begünstigung des beteiligten Unternehmens regelmäßig nicht angenommen wird, wenn der erbbauberechtigte, unternehmerische Partner der Gemeinde in einem vergaberechtlichen Verfahren gefunden wurde (zu den beihilferechtlichen Implikationen siehe nachfolgend Abschn. 5.3).

Angesichts der Kasuistik und der Einzelfallumstände der genannten und bislang nur vereinzelt ergangenen vergaberechtlichen Entscheidungen sollte beim jeweiligen erbbaurechtlichen Modell unbedingt juristische Fachexpertise hinzugezogen werden.

- Eine Erbbaurechtsvergabe ist auszuschreiben, wenn es sich hierbei entweder um einen Bauauftrag nach § 103 Abs. 3 GWB oder um eine Baukonzession nach § 105 Abs. 1 Nr. 1 GWB bzw. unterhalb der EU-Schwellenwerte nach § 23 VOB/A handelt.
- Ein Bauauftrag liegt nach § 103 Abs. 3 S. 2 GWB auch vor, wenn ein Dritter eine Bauleistung gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber oder Sektorenauftraggeber genannten Erfordernissen erbringt,

ZUSAMMENFASSUNG

die Bauleistung dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugutekommt und dieser einen entscheidenden Einfluss auf Art und Planung der Bauleistung hat.

- Dies entspricht der EuGH-Rechtsprechung (Urteil „Helmut Müller"), nach der eine auszuschreibende Bauleistung ein „unmittelbares wirtschaftliches Interesse" für den öffentlichen Auftraggeber voraussetzt.

- Verfolgt die Gemeinde kein eigenes unmittelbares wirtschaftliches Interesse mit der zu erbringenden Bauleistung und liegt keine der im EuGH-Urteil Helmut Müller genannten Varianten vor, die ein solches Interesse begründen kann, wird in der Erbbaurechtsvergabe regelmäßig kein auszuschreibender Bauauftrag nach § 103 Abs. 3 GWB vorliegen.

- Ob die Erbbaurechtsvergabe als ausschreibungspflichtige Baukonzession zu qualifizieren ist, ist umstritten.

- Die Rechtsprechung hat beim erbbaurechtlichen Modell der „Bayerischen Baukonzession" in nur wenigen Entscheidungen eine Ausschreibungspflicht bejaht. Angesichts deutlicher Kritik an diesen Entscheidungen ist die weitere Rechtsentwicklung offen.

- Wenn aus Gründen der Rechtssicherheit eine Ausschreibung vorgenommen wird, darf der Konzessionsgeber gemäß § 12 KonzVgV das Verfahren an den Vorschriften der Vergabeverordnung (VgV) ausrichten und ein Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb wählen.

- Ein solche Auswahl des erbbauberechtigten, unternehmerischen Partners der Gemeinde in einem vergaberechtlichen Verfahren hat unter beihilferechtlichen Aspekten den Vorteil, dass – neben der Erfüllung weiterer Kriterien – eine wirtschaftliche Begünstigung des beteiligten Unternehmens regelmäßig nicht angenommen wird.

- Angesichts der umstrittenen und zukünftig noch offenen vergaberechtlichen Fragen sollte beim jeweiligen erbbaurechtlichen Modell unbedingt juristische Fachexpertise hinzugezogen werden.

5.3 Beihilferecht

Werden Erbbaurechte mit Sozialbindungen vergeben, ist ein ökonomischer Ausgleich für die Nachteile erforderlich, die dem Investor über Eingriffe in die Verfügungsrechte zugemutet werden. Dies kann über eine angemessene Anpassung des Erbbauzinses (s. Abschn. 3.2.1 zur Herleitung eines marktgerechten Erbbauzinses) oder eine eigenständige Förderkulisse geschehen. Hier stellt sich die Frage einer eventuellen Kollision mit dem EU-Beihilferecht, namentlich mit den Art. 107 und 108 AEUV: Demnach sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedsstaaten beeinträchtigen. Solche Beihilfen sind bei der EU-Kommission nach Art. 108 Abs. 3 AEUV anzumelden (sog. Notifizierungspflicht). Es besteht nach dem EU-Beihilferecht bei tatbestandlichem Vorliegen einer Beihil-

fe also eine Anmeldepflicht, aber auch ein Durchführungsverbot. Letzteres bedeutet, dass die Beihilfe bis zur Freigabe durch die Kommission nicht gewährt und in Vollzug gesetzt werden darf. Eine Verletzung dieses Prinzips macht die Beihilfe auf europarechtlicher Ebene schon formell rechtswidrig, also unabhängig von der Frage, ob die EU-Kommission nun die Beihilfe inhaltlich – materiellrechtlich – mit dem EU-Binnenmarkt für vereinbar halten würde oder nicht. Da das Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV unmittelbar anwendbar ist, können sich Konkurrenten des Unternehmens, welches die Beihilfe empfängt, vor nationalen Gerichten direkt auf die Verletzung des Durchführungsverbots berufen.

In dem nicht leicht zu durchschauenden Geflecht von primär- und sekundärrechtlichen Regelungen des EU-Beihilferechts, die teilweise auch auf „soft law" (Mitteilungen und Auslegungshilfen der EU-Kommission) beruhen, gibt es zwei zentrale Ansatzpunkte, die bei der beihilferechtlichen Risikobewertung von Konzepten der Erbbaurechtsvergabe zu beachten sind:

Der erste Ansatzpunkt betrifft den Tatbestand der „Beihilfe" in Art. 107 Abs. 1 AEUV, mithin die Frage, ob überhaupt eine Beihilfe vorliegt oder ob sie ausgeschlossen werden kann. Der zweite Ansatzpunkt betrifft die Frage, ob die jeweilige erbbaurechtliche Konzeption unter die sog. „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI)" im Sinne des Art. 106 Abs. 2 AEUV gefasst werden können. Beide Ansatzpunkte stehen zudem in einem Wirkungszusammenhang, der nachfolgend aufgezeigt wird.

5.3.1 Keine Beihilfe nach den „Altmark-Trans-Kriterien"

Zum ersten Ansatzpunkt: Eine wichtige Rolle für die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Beihilfe nach Art. 107 AEUV schon tatbestandlich ausgeschlossen werden kann, spielen die sog. „Altmark-Trans-Kriterien", die aus dem einschlägigen EuGH-Urteil „Altmark Trans" stammen (EuGH 2003).

Aus Sicht der öffentlich geförderten Erbbaurechtsvergabe geht es hierbei darum, über die „Altmark-Trans-Kriterien" eventuell die Tatbestandsvoraussetzung der „Begünstigung" des Unternehmens ausschließen zu können. Dies könnte letztendlich mittels eines Verfahrens gelingen, das der Festlegung eines marktgerechten Erbbauzinses dient. Denn aus beihilferechtlicher Sicht darf dem (erbbauberechtigten) Unternehmen kein „wirtschaftlicher Vorteil" im europäischen Binnenmarkt zukommen. Zudem muss die Gemeinde dem Kriterium eines „marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsteilnehmers" genügen.

Im Urteil „Altmark Trans" hat der EuGH einen wirtschaftlichen Vorteil und damit eine Begünstigung im Sinne des Beihilferechts abgelehnt, wenn nur die Mehrkosten für die Wahrnehmung von sogenannten gemeinwirtschaftlichen Aufgaben ausgeglichen werden. Hierbei hat das Gericht vier Kriterien aufgestellt, die insgesamt erfüllt sein müssen, damit staatliche Ausgleichszahlungen für die Erbringung einer gemeinwirtschaftlichen Aufgabe in Form einer „Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse" (DAWI, siehe hierzu näher Abschn. 5.3.2) als beihilfefrei angesehen werden können:

- **Kriterium der Betrauung:** Das Unternehmen, das staatliche Förderung erhält, muss mit der Erfüllung klar definierter gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut sein, wobei Art, Dauer und Umfang der Tätigkeit schon im Betrauungsakt bestimmt sein müssen (zu den Anforderungen an den Betrauungsakt im Zusammenhang mit der Anerkennung von „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse" – DAWI – siehe nachfolgenden Abschn. 5.3.2).

- **Kriterium der Transparenz:** Die Parameter für die Berechnung der Ausgleichszahlungen müssen bereits im Vorhinein objektiv und transparent aufgestellt werden.

- **Kriterium der Erforderlichkeit:** Der Ausgleich darf nicht zu einer Überkompensa-

tion führen, wobei nur ein angemessener Gewinn zulässig ist.

- **Kriterium der Effizienz:** Die Höhe des zu gewährenden Ausgleichs ist im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge zu bestimmen; wenn dies nicht möglich ist, muss der Ausgleich auf der Grundlage einer Analyse der Kosten bestimmt werden, die für die Erfüllung der Verpflichtungen bei einem durchschnittlichen, gut geführten Unternehmen, das angemessen mit den für die Erbringung der Leistung erforderlichen Betriebsmitteln ausgestattet ist, entstehen würden (EuGH 2003; Dauses/Ludwigs 2021).

Da sich in der Praxis vor allem das Erfüllen des Effizienzkriteriums – das öffentliche Vergabeverfahren zur Analyse der Kosten, die es dann angemessenen auszugleichen gilt – als problematisch in der Durchführung herausstellte (Keßler/Dahlke 2008, S. 69), griff die EU-Kommission diesen Punkt in ihrem sog. DAWI-Rahmen (EU 2011a) und ihrem DAWI-Freistellungsbeschluss vom 20.11.2011 (EU 2011b) mit Sonderregelungen auf (siehe hierzu auch nachfolgend Abschn. 5.3.2). Nach diesen Sonderregelungen wird bei DAWI die Erfüllung des vierten Altmark-Kriteriums nicht mehr gefordert. Dies hat dann beihilferechtlich zwar zunächst zur Folge, dass ein „wirtschaftlicher Vorteil" des begünstigten Unternehmens nicht mehr ausgeschlossen werden kann, also tatbestandlich vom Vorliegen einer Beihilfe auszugehen ist. Dem entgegenkommend sehen DAWI-Rahmen und DAWI-Freistellungsbeschluss dann aber mit Bezug auf Art. 106 Abs. 2 AEUV Voraussetzungen vor, wann Beihilfen für DAWI als mit dem Binnenmarkt vereinbar erklärt werden können bzw. von einer Notifizierungspflicht freigestellt sind.

Über die genannten Sonderregelungen im DAWI-Rahmen und im DAWI-Freistellungsbeschluss der EU-Kommission ist es also möglich, dass sich Beihilfen im Rahmen von DAWI rechtfertigen lassen (siehe hierzu näher den nachfolgenden Abschn.).

5.3.2 Modifizierte Anwendbarkeit der beihilferechtlichen Regelungen bei Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI)

Der zweite Ansatzpunkt für eine Verringerung der beihilferechtlichen Risiken bei der Vergabe von Erbbaurechten setzt bei einer modifizierten Anwendbarkeit der beihilferechtlichen Regelungen an und führt über eine Betrauung des begünstigten Unternehmens mit „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI)" im Sinne des Art. 106 Abs. 2 AEUV. Nach dieser Regelung gelten insbesondere die Wettbewerbsregeln des AEUV für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben, nur, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert.

Die EU-Kommission erkennt Aufgaben als DAWI an, wenn sie der Durchsetzung eines Gemeinwohlinteresses dienen und diese Aufgaben zum Wohle der Bürger oder im Interesse der Gesellschaft als Ganzes erbracht werden; es soll sich hierbei um Dienstleistungen handeln, die ein Unternehmen, wenn es im eigenen gewerblichen Interesse handelt, nicht oder nicht in gleichem Umfang oder nicht zu den gleichen Bedingungen übernommen hätte (EU 2012, Rn. 47 und 50).

5.3.2.1 Vergabe von Erbbaurechten als DAWI und als Instrument des sozialen Wohnungsbaus

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob die Vergabe von Erbbaurechten im Rahmen des „sozialen Wohnungsbaus" unter die Sonderregelungen für DAWI im Sinne des Art. 106 Abs. 2 AEUV fallen kann.

Das Tätigkeitsfeld des sozialen Wohnungsbaus wurde bereits im Jahr 2005 im Rahmen einer Entscheidung der Kommission v. 28.11.2005 unter DAWI gefasst (EU 2005).

In Erwägungsgrund 16, aufgegriffen in Art 2 I b, wird ausgeführt, dass u. a. „Unternehmen, die mit Leistungen im Bereich des sozialen Wohnungsbaus betraut sind und Wohnraum für benachteiligte Bürger oder sozial schwache Bevölkerungsgruppen bereitstellen, die nicht die Mittel haben, sich auf dem freien Wohnungsmarkt eine Unterkunft zu beschaffen, im Rahmen dieser Entscheidung von der Notifizierungspflicht freigestellt werden, selbst wenn die Höhe des Ausgleichs, den sie erhalten, die in dieser Entscheidung genannten Obergrenzen überschreitet, vorausgesetzt, die erbrachten Leistungen werden von dem betreffenden Mitgliedsstaat als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse eingestuft."

Die in der Höhe unbegrenzte Freistellung wurde für alle sozialen Dienstleistungen, inklusive des sozialen Wohnungsbaus, im neueren sog. DAWI-Freistellungsbeschluss bestätigt (EU 2011c; Weiß 2013, S. 683). Erwägungsgrund 11 und Art. 2 I c) des Beschlusses stellen klar: Um in den Genuss der Befreiung der Anmeldepflicht zu kommen, sollten soziale Dienstleistungen klar ausgewiesen werden und den sozialen Bedarf im Hinblick u. a. auf den sozialen Wohnungsbau decken.

Des Weiteren findet der soziale Wohnungsbau Erwähnung in einem jüngeren Leitfaden der EU-Kommission zu staatlichen Beihilfen, öffentlichen Aufträgen, DAWI und Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse (EU 2013a): Im Leitfaden wird der soziale Wohnungsbau in die Schnittmenge von DAWI und „Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse" (SDAI) eingeordnet (Seite 19), später allerdings eher als „wirtschaftliche" Tätigkeit eingestuft (Seiten 31-32 und 61).

Hieraus folgt: Wenn kommunale Erbbaurechte gezielt als Maßnahme des sozialen Wohnungsbaus und damit als Teil der Daseinsvorsorge verstanden werden, kann es sich somit u. U. um DAWI handeln, für die besondere Ausgleichsregelungen gelten (siehe hierzu Abschn. 5.3.2.3 – „soft law" der EU-Kommission). Einer Kommune kann es demnach unter besonderen Umständen und nach den Sonderregelungen der EU-Kommission erlaubt sein, den fortlaufenden Verlust eines privaten oder kommunalen Wohnungsbauunternehmens auszugleichen. Hierzu muss die Kommune den betreffenden Investor aber ausdrücklich mit einer öffentlichen Aufgabe betrauen (siehe hierzu nachfolgenden Abschn.).

5.3.2.2 Die Betrauung mit DAWI

Der Anwendungsbereich von Art. 106 Abs. 2 AEUV erfordert u.a., dass das Unternehmen von der öffentlichen Hand mit DAWI betraut wird (Jung 2022, Rn. 40 ff.). Ein solcher Betrauungsakt beinhaltet Leistungen, die ein Unternehmen im eigenen gewerblichen Interesse nicht oder nicht im gleichen Umfang oder nicht zu den gleichen Bedingungen übernommen hätte. Die EU-Kommission hat die Anforderungen an den Betrauungsakt in einschlägigen Mitteilungen und Entscheidungen konkretisiert. So muss die Betrauung spätestens gleichzeitig mit der Gewährung der Ausgleichsleistung vorliegen. Eine Heilung rechtswidriger Beihilfen durch eine nachträgliche Betrauung ist nicht möglich.

Der Betrauungsakt muss nach Auffassung der Kommission (2012a, Rn. 52; 2011a, Rn. 16; 2011b, Art. 4) folgende Mindestangaben enthalten:

- Gegenstand und Dauer der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen
- Unternehmen und ggf. das betreffende Gebiet
- Art etwaiger ausschließlicher oder besonderer Rechte, die dem Unternehmen durch die Bewilligungsbehörde gewährt werden sollen
- Beschreibung des Ausgleichsmechanismus und der Parameter für die Berechnung, Überwachung und Änderung der Ausgleichsleistungen
- Maßnahmen zur Vermeidung und Rückforderung von Überkompensationszahlungen (hilfreich: EU 2013b)

Was die Laufzeit der Betrauung anbetrifft, so gibt der DAWI-Freistellungsbeschluss (EU 2011b) in Erwägungsgrund 12 zumindest Anhaltspunkte: Die Kommission sieht in der Dauer einen gewichtigen Faktor für das Ausmaß der Beeinträchtigung von Handel

und Wettbewerb durch eine bestimmte Ausgleichsmaßnahme. Sofern ein längerer Betrauungszeitraum nicht aufgrund einer erforderlichen beträchtlichen Investition, z. B. im Bereich des sozialen Wohnungsbaus, gerechtfertigt ist, sollte die Anwendung dieses Beschlusses auf eine Betrauungsdauer von höchstens zehn Jahre beschränkt werden. Dies gibt im Rahmen von Erbbaurechtsvergaben hinreichenden Begründungsspielraum für längere Betrauungen als 10 Jahre, statuiert aber auch eine entsprechende Begründungspflicht.

5.3.2.3 Das beihilferelevante „soft law" der EU-Kommission

In der Konsequenz der Anerkennung einer Dienstleistung als DAWI gilt ein sog. europarechtliches „soft law", das von der EU-Kommission im sog. Almunia-Paket zum 31.01.2012 zu DAWI erlassen wurde und eine große praktische Bedeutung entfaltet.

Dieses Legislativpaket besteht aus den folgenden Mitteilungen und Beschlüssen:

- Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfevorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von DAWI vom 20.12.2011, sog. DAWI-Mitteilung (EU 2012a)
- De-minimis-Verordnung Nr. 360/2012 der Kommission zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse vom 25.04.2012 (EU 2012b), sog. DAWI-De-minimis-Verordnung
- Beschluss der Kommission über die Anwendung von Art. 106 Abs. 2 AEUV auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von DAWI betraut sind vom 20.11.2011 (EU 2011b), sog. DAWI-Freistellungsbeschluss
- Rahmen der Europäischen Union für staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen vom 20.12.2011 (EU 2011a), sog. DAWI-Rahmen

Mit Blick auf die Praxis – hier: die u. U. öffentlich geförderte Erbbaurechtsvergabe – haben diese Regelwerke die Bedeutung, dass bei Erfüllen der jeweiligen dort aufgestellten Kriterien auf unterschiedlichen Ebenen beihilferelevante Tatbestände „entschärft" werden können. Im Überblick:

Die DAWI-Mitteilung dient als Auslegungshilfe für den Beihilfetatbestand, insbesondere mit Blick auf die Begriffe des „Unternehmens" und der „Begünstigung" in Art. 107 AEUV. Erfüllt die öffentliche Hand die dort genannten Kriterien, liegt schon tatbestandlich mangels „Begünstigung" keine Beihilfe vor. Es wird demnach davon ausgegangen, dass die Leistungen der öffentlichen Hand lediglich die Nachteile ausgleichen, die durch die Erbringung der DAWI entstehen. Es liegt in diesem Fall konsequenterweise kein beihilferelevanter Vorteil mehr vor.

Die DAWI-De-minimis-Verordnung sieht insbesondere vor, dass Beihilfen von max. 500.000 Euro in drei Steuerjahren von der Anmeldepflicht befreit sind.

Der DAWI-Freistellungsbeschluss und der DAWI-Rahmen entfalten ihre Relevanz für die in der Praxis wichtige Frage, ob die jeweils vorliegende Beihilfe mit dem Binnenmarkt vereinbar ist. Hierbei stellt der DAWI-Freistellungsbeschluss Kriterien auf, die erfüllt werden müssen, damit Ausgleichszahlungen ohne Anmeldungserfordernis als mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen werden. Können die Voraussetzungen bejaht werden, ist die einschlägige Maßnahme freigestellt und es bedarf keines Notifizierungsverfahrens gemäß Art. 108 AEUV.

In Bezug auf den sozialen Wohnungsbau ist Erwägungsgrund 11 des Freistellungsbeschlusses von Interesse: An dieser Stelle betont die EU-Kommission, dass ein größeres Ausmaß an Ausgleich für soziale Dienstleistungen nicht notwendigerweise eine Steigerung des Risikos von Wettbewerbsverzerrungen zur Folge hat. Deshalb solle die Befreiung von der Anmeldepflicht auch für Unternehmen gelten, die mit der Erbringung von Sozialdienstleistungen betraut sind und Wohnraum für benachteiligte Bürger oder sozial schwächere Bevölkerungsgruppen bereitstellen, die nicht die Mittel haben, sich auf dem freien Wohnungsmarkt eine Unterkunft zu beschaffen. Dies solle selbst

dann gelten, wenn der den Unternehmen gewährte Ausgleichsbetrag die im DAWI-Freistellungsbeschluss festgelegte allgemeine Obergrenze für Ausgleichleistungen übersteigt.

Nicht zu vergessen ist, dass im Rahmen der DAWI-Beurteilung die sog. „Altmark-Trans-Kriterien" immer wieder eine wichtige Rolle spielen (s. Abschn. 5.3.1). Auf diese Kriterien wird im Rahmen der o. g. Beschlüsse und Mitteilungen der Kommission sowohl für die tatbestandlichen Voraussetzungen der Beihilfe als auch für Fragen der Vereinbarkeit einer vorliegenden Beihilfe mit dem Binnenmarkt mehrfach Bezug genommen.

5.3.3 Fazit

Wird das gemeindliche Konzept der Erbbaurechtsvergabe gezielt zu Zwecken des sozialen Wohnungsbaus eingesetzt, so spricht viel dafür, dass das Konzept als Instrument des sozialen Wohnungsbaus in den Anwendungsbereich der DAWI fällt. Dies entbindet allerdings nicht von einer sorgfältigen Prüfung des Einzelfalls. Denn es ist zu konstatieren, dass weder eine Legaldefinition noch eine übergreifende, abschließende Definition von DAWI durch die Europäische Kommission existiert. Da es immer noch keine einschlägigen EU-Vorschriften gibt, wann eine Dienstleistung wirklich eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse darstellt, haben die Mitgliedsstaaten bei der Festlegung dieser Dienstleistung und der Gewährung von Ausgleichsleistungen für den Dienstleistungserbringer einen weiten Ermessensspielraum. Die Befugnisse der EU-Kommission beschränken sich hierbei darauf zu kontrollieren, dass dem Mitgliedsstaat bei der Festlegung der Dienstleistung als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse kein offenkundiger Fehler unterlaufen ist, und zu prüfen, ob die Ausgleichsleistungen staatliche Beihilfen umfassen (vgl. EU 2012, Nr. 46).

Dennoch ist angesichts weiter Beurteilungsspielräume der EU-Kommission auf eine Empfehlung des BMWi hinzuweisen: Das Ministerium legt einen grundsätzlich kritischen und zurückhaltenden Umgang mit DAWI nahe und empfiehlt im Zweifel eine vorherige informelle Abstimmung mit der EU-Kommission bei geplanten DAWI-Maßnahmen (BMWi 2016, S. 75).

Ist nach sorgfältiger Prüfung im Einzelfall davon auszugehen, dass das Konzept der Erbbaurechtsvergabe als Instrument des sozialen Wohnungsbaus unter DAWI gefasst werden kann, greifen nach ordnungsgemäßer Betrauung des Unternehmens mit der Dienstleistung die oben in Abschn. 5.3.2.3 genannten Sonderregelungen des beihilferechtlichen „soft laws".

Zur Prüfung der beihilferechtlichen Risiken eröffnen sich – abgesehen von den Fällen, die unter die „De-minimis-Verordnung" fallen – zwei Perspektiven:

- Entweder es gelingt der Gemeinde, in ihrem Modell der Erbbaurechtsvergabe die vier Altmark-Trans-Kriterien, inklusive eines Verfahrens der öffentlichen Auftragsvergabe, zu erfüllen. In diesem Fall liegt schon tatbestandlich keine Beihilfe vor, weil die Ausgleichsleistungen dann keinen wirtschaftlichen Vorteil und damit keine Begünstigung des betrauten Unternehmens darstellen.

- Oder aber die Gemeinde kann oder will in ihrem Konzept eins der Altmark-Trans-Kriterien, insbesondere das Effizienz-Kriterium des Vergabeverfahrens, nicht erfüllen. Dann handelt es sich um eine Beihilfe im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV, und es ist sicherzustellen, dass diese Beihilfe mit dem Binnenmarkt vereinbar ist. In diesem Fall sind die Voraussetzungen nach dem DAWI-Freistellungsbeschluss zu erfüllen. Nur dann können die jeweiligen Ausgleichszahlungen ohne Anmeldungserfordernis als mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen werden. Können die Anforderungen des DAWI-Freistellungsbeschlusses eingehalten werden, so gilt das Erbbaurechtsmodell als freigestellt.

Ein Notifizierungsverfahren gemäß Art. 108 AEUV ist dann nicht notwendig.

Vor diesem Hintergrund ist zu überlegen, ob eine Ausschreibung der konzeptionellen Erbbaurechtsvergabe sowohl in vergabe- als auch in beihilferechtlicher Hinsicht Vorteile hat. Wie in Abschn. 5.2 beschrieben, ist es umstritten und angesichts nur spärlicher Gerichtsentscheidungen offen, ob die gemeindliche Vergabe von Erbbaurechten als Baukonzession ausschreibungspflichtig ist oder nicht. Wer nach den Regelungen der Konzessionsvergabeverordnung (KonzVgV) ausschreibt, hat zumindest mehr Sicherheit in der vergaberechtlichen Grauzone.

Aber auch beihilferechtlich hätte eine Ausschreibung, wie oben beschrieben, den Vorteil, dass schon eins der vier Altmark-Trans-Kriterien erfüllt und man auf dem Weg wäre, sich mit den zusätzlich einzuhaltenden drei Kriterien außerhalb des Beihilferechts bewegen zu können. Vom Vergabeverfahren her lässt die EU-Kommission nunmehr im Einklang mit den Verfahrensvorgaben der KonzVgV (siehe Abschn. 5.2.3) ein Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb ausreichen, um über ein wettbewerbliches Vergabeverfahren den angemessenen Kostenausgleich festzustellen (EU 2016, Rn. 93).

Auch wenn aufgrund des DAWI-Freistellungsbeschlusses bei zu bejahenden DAWI im sozialen Wohnungsbau eine gewisse Überkompensation zulässig sein kann, kann man sich grundsätzlich fragen, ob es die beihilferechtliche Systematik und Sensibilität bzgl. der „Begünstigung", des „wirtschaftlichen Vorteils", der „angemessenen Ausgleichsmaßnahmen" etc. nicht eher nahelegt, Förderinstrumente zugunsten des Investors wie etwa einen abgesenkten Erbbauzins o. Ä. besser aus der erbbaurechtsvertraglichen Gestaltung herauszunehmen, diese damit beihilferechtlich zu entlasten und die finanzielle Unterstützung klar abgetrennt über die staatliche Förderkulisse laufen zu lassen.

ZJUSAMMENFASSUNG

- Setzt die Gemeinde das Konzept der Erbbaurechtsvergabe gezielt zu Zwecken des sozialen Wohnungsbaus ein, so spricht viel dafür, dass das Konzept als Instrument des sozialen Wohnungsbaus in den Anwendungsbereich der „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse" (DAWI) fällt.
- Im Zweifel ist nach Empfehlung des BMWi kritisch zu prüfen und zurückhaltend mit der Annahme von DAWI umzugehen; es empfiehlt sich im Zweifel vor Durchführung der Maßnahmen eine informelle Vorab-Abstimmung mit der EU-Kommission.
- Ist nach sorgfältiger Prüfung davon auszugehen, dass das Konzept der Erbbaurechtsvergabe als Instrument des sozialen Wohnungsbaus unter DAWI gefasst werden kann, greifen nach ordnungsgemäßer Betrauung des Unternehmens durch die Gemeinde Sonderregelungen des beihilferechtlichen „soft laws".
- Ein formaler Betrauungsakt der Gemeinde muss spätestens gleichzeitig mit der Gewährung der Ausgleichsleistung vorliegen.
- Die Anforderungen des o. g. „soft laws" aus diversen Mitteilungen und Beschlüssen der Europäischen Kommission sind in Verbindung mit den sog. „Altmark-Trans-Kriterien" des EuGH sorgfältig zu prüfen.
- Können die Anforderungen insbesondere des „DAWI-Freistellungsbeschlusses" eingehalten werden, so gilt das Erbbaurechtsmodell als freigestellt. Ein Notifizierungsverfahren gemäß Art. 108 AEUV ist dann nicht notwendig.

- Nach dem „DAWI-Freistellungsbeschluss" der Europäischen Kommission kann im sozialen Wohnungsbau bei der Frage des angemessenen Ausgleichs auch eine gewisse Überkompensation des betrauten Unternehmens zulässig sein.

- Eine Ausschreibung der Erbbaurechtsvergabe im Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb führt im Einklang mit den Regelungen der KonzVgV zunächst zu mehr Sicherheit in der vergaberechtlichen Grauzone.

- Aus beihilferechtlicher Sicht hat eine solche Ausschreibung zusätzlich den Vorteil, dass dann das „Effizienz-Kriterium" zur Bestimmung der Höhe des zu gewährenden angemessenen Ausgleichs als eins der vier „Altmark-Trans-Kriterien" des EuGH erfüllt wäre, um sich ggf. bei Einhaltung der weiteren drei Kriterien außerhalb des Beihilferechts bewegen zu können.

5.4 Kommunales Haushaltsrecht

Der allgemeine Grundsatz der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit aus § 75 Abs. 1 S. 2 GemO NRW findet in § 90 Gemeindeordnung (GO) NRW seinen speziellen Niederschlag, was die Veräußerung und Überlassung von Vermögensgegenständen der Gemeinde betrifft. Gemäß § 90 Abs. 3 GO NRW darf die Gemeinde Vermögensgegenstände, die sie zur Erfüllung ihrer Aufgaben in absehbarer Zeit nicht braucht, veräußern, dies aber nach Abs. 3 S. 2 in der Regel nur zu ihrem vollen Wert. Von diesem Grundsatz erlaubt Abs. 3 S. 3 Ausnahmen im besonderen öffentlichen Interesse: So kann eine Veräußerung nach Abs. 3 S. 4 auch unterhalb des vollen Verkehrswerts zulässig sein, wenn es sich u. a. um das Tätigkeitsfeld des sozialen Wohnungsbaus oder um die Bildung privaten Eigentums unter sozialen Gesichtspunkten handelt. Abs. 3 S. 5 stellt die innere Verbindung zum EU-Beihilferecht dar, indem die Vereinbarkeit mit dem EU-Binnenmarkt vor einem Unterwertverkauf eines Grundstücks an ein Unternehmen sicherzustellen ist.

Was die Vergabe von Erbbaurechten an gemeindlichen Grundstücken angeht, so ist § 90 Abs. 4 GO NRW zu beachten: Hiernach gelten die eben genannten Regelungen des Abs. 3 für die Überlassung der Nutzung eines Vermögensgegenstands entsprechend. Dies bedeutet zunächst, dass auch die Nutzungsüberlassung nur zulässig ist, wenn die Gemeinde den Vermögensgegenstand zur Erfüllung ihrer Aufgaben in absehbarer Zeit nicht benötigt. Ferner gilt ebenfalls, dass die Ausnahme einer Überlassung zur Nutzung unter dem Marktwert mit Blick auf den Miet-, Pacht- oder Erbbaurechtspachtzins ausnahmsweise zulässig sein kann, wenn Zwecke des sozialen Wohnungsbaus oder der Bildung privaten Eigentums unter sozialen Gesichtspunkten verfolgt werden (vgl. Duikers 2021, Rn. 25).

Über die sinngemäße Anwendung von § 90 Abs. 3 S. 5 GO NRW gilt allerdings bei der Nutzungsüberlassung von gemeindlichen Grundstücken ebenfalls die Prüfungspflicht, ob das EU-Beihilferecht nicht entgegensteht. Insofern geht es dann letztendlich auch auf der gemeindehaushaltsrechtlichen Regelungsebene um die Prüfung der EU-beihilferechtlichen Sonderregelungen für DAWI, die in Abschn. 5.3 näher beschrieben wurden.

Auf die restriktive gemeindehaushaltsrechtliche Regelung für kommunale Bürgschaften in § 87 Abs. 2 GO NRW – Sicherheiten und Gewährleistungen für Dritte –, nach

der die Gemeinde Bürgschaften und Verpflichtungen aus Gewährverträgen nur im Rahmen der Erfüllung ihrer Aufgaben übernehmen darf, wird in Abschn. 6.3.5 näher eingegangen.

ZUSAMMENFASSUNG

Haushaltsrecht

- Für die Vergabe von Erbbaurechten an gemeindlichen Grundstücken greift § 90 Abs. 4 GO NRW.
- Hiernach ist auch die Nutzungsüberlassung nur zulässig, wenn die Gemeinde den Vermögensgegenstand zur Erfüllung ihrer Aufgaben in absehbarer Zeit nicht benötigt.
- Ausnahmsweise kann die Überlassung zur Nutzung unter dem Marktwert mit Blick auf den Miet-, Pacht- oder Erbbaurechtspachtzins zulässig sein, wenn Zwecke des sozialen Wohnungsbaus oder der Bildung privaten Eigentums unter sozialen Gesichtspunkten verfolgt werden.
- Auch bei der Nutzungsüberlassung von gemeindlichen Grundstücken greift die Pflicht der Gemeinde zur Prüfung, ob das EU-Beihilferecht nicht entgegensteht.

5.5 Besondere Verfahrensanforderungen bei Einheimischenmodellen

Wird eine Vergabe von Erbbaurechten unter bevorzugter Berücksichtigung von Einheimischen („Einheimischenmodelle") durchgeführt, sind besondere Anforderungen zu beachten. Zentrale Bedeutung hat hierfür ein Urteil des EuGH aus dem Jahr 2013, in dem das Gericht die Anforderungen an Einheimischenmodelle verschärft hatte (EuGH 2013, S. 226 ff.). Da gemeindliche Regelungen über Einheimischenmodelle mit dem Erfordernis einer „ausreichenden Bindung zur Gemeinde" die Niederlassungsfreiheit, die Freiheit des Kapitalverkehrs und die Dienstleistungsfreiheit beschränkten, seien sie, so der EuGH, nur bei besonderer Rechtfertigung zulässig. Die von der Gemeinde getroffenen Regelungen müssten für die Erreichung des Ziels, ein ausreichendes Wohnangebot für einkommensschwache Personen oder andere benachteiligte Gruppen der örtlichen Bevölkerung sicherzustellen, erforderlich und angemessen sein; dies schließe z. B. Regelungen, nach denen auch zahlungskräftige Einheimische in den Genuss der Förderung kämen, aus. Für die Rechtfertigung einer bevorzugten Vergabe an Einheimische sei es zudem erforderlich, dass die Kommune einen konkreten Bedarf für das Einheimischenmodell darlege und über die Vergabe der vergünstigten Grundstücke aufgrund objektiver, nichtdiskriminierender und im Voraus benannter Kriterien entscheide (EuGH 2013, Rn. 53, 55 ff.).

Im Jahr 2017 kam es dann zu einem EU-Kompromiss, nach dem der Ortsbezug als Kriterium nur noch zeitlich begrenzt und auch in der Gewichtung deutlich verringert berücksichtigt werden darf (vgl. Patzelt 2018). Im Rahmen der genannten rechtlichen Leitplanken verbleibt der Gemeinde Gestaltungsspielraum für die Durchführung von offenen Ideenwettbewerben und komplexen Konzeptvergaben (wie z. B. Anker- / Anliegervergaben).

ZJUSAMMENFASSUNG

Einheimischenmodelle

- Nach einem Urteil des EuGH aus dem Jahr 2013 bedürfen gemeindliche Regelungen über „Einheimischenmodelle“ wegen ihrer Auswirkungen auf die EU-Grundfreiheiten einer besonderen Rechtfertigung.
- Die von der Gemeinde getroffenen Regelungen müssen dem Ziel dienen, ein ausreichendes Wohnangebot für einkommensschwache Personen oder andere benachteiligte Gruppen der örtlichen Bevölkerung sicherzustellen; dies schließt z. B. Regelungen aus, nach denen auch zahlungskräftige Einheimische in den Genuss der Förderung kommen.
- Ferner muss die Gemeinde einen konkreten Bedarf für das Einheimischenmodell darlegen und über die Vergabe der vergünstigten Grundstücke aufgrund objektiver, nichtdiskriminierender und im Voraus benannter Kriterien entscheiden.
- Aufgrund eines EU-Kompromisses aus dem Jahr 2017 darf der Ortsbezug als Kriterium nur noch zeitlich begrenzt und auch in der Gewichtung nur noch deutlich verringert berücksichtigt werden.

5.6 Vertragsgestaltung

Der kommunale Erbbaurechtsvertrag muss angemessen gestaltet sein. Es kann sich hierbei um einen zivilrechtlichen Vertrag, aber u. U. auch um eine Sonderform eines städtebaulichen Vertrags handeln (Realisierungsvertrag i. S. d. § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BauGB). Für die Qualifikation als städtebaulicher Vertrag muss allerdings nach Inhalt und Zwecksetzung ein öffentlich-rechtlicher Zusammenhang mit der kommunalen Bauleitplanung vorliegen; diese Voraussetzung ist bei Konzeptvergaben in der Regel gegeben.

Das Gebot angemessener Vertragsgestaltung gemäß § 11 Abs. 2 BauGB und allgemein nach § 56 Abs. 1 S. 2 VwVfG ist jedoch auch nach dem sog. Verwaltungsprivatrecht (Bindung der Verwaltung an grundsätzliche öffentlich-rechtliche Vorgaben auch auf dem Gebiet des Privatrechts) zu beachten, wenn das Städtebaurecht nicht unmittelbar anwendbar ist, etwa, weil die Veräußerung durch eine kommunal beherrschte Grundstücksgesellschaft erfolgt.

Handelt es sich um Vertragsbedingungen, die die Stadt für eine Vielzahl von gleichartigen Verträgen vorformuliert hat, liegen Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) vor, die besonderen rechtlichen Maßstäben gemäß der §§ 305 ff. BGB unterliegen.

In der Praxis spielen drei Ausprägungen des Gebots angemessener Vertragsgestaltung eine wichtige Rolle: Erstens muss die Gemeinde sicherstellen, dass das Geschäft für den privaten Partner im Rahmen einer Gesamtbetrachtung noch wirtschaftlich zumutbar ist.

Zweitens müssen Nutzungs- oder Verfügungsbeschränkungen (z. B. Sozialbindungen) zeitlich auf eine angemessene Dauer beschränkt werden. Speziell bei Erbbaurechten entfällt dies jedoch; die Sozialbindung kann auf die gesamte Laufzeit des Erbbaurechts erstreckt werden.

Drittens müssen auch die Regelungen zu den Rechtsfolgen, die durch den Verstoß gegen vertragliche Bindungen ausgelöst werden, verhältnismäßig sein (z. B. Ausgestaltung

von Heimfallrechten). Entscheidend ist, dass in der Gesamtbetrachtung keine unzumutbare Belastung entsteht. Dabei können aber ggfs. die wirtschaftlichen Effekte mehrerer Teilvorhaben zutreffender Auffassung nach saldiert betrachtet werden.

ZJUSAMMENFASSUNG

- Beim Erbbaurecht kann es sich um einen zivilrechtlichen Vertrag, aber auch um eine Sonderform eines städtebaulichen Vertrags handeln.
- Aus dem Erbbaurechtsvertrag darf sich keine unzumutbare Belastung für den Erbbaurechtsnehmer ergeben.

5.7 Potenzielle Partner bei Konzeptvergaben

Im Fall der Verfolgung städtebaulicher und/oder sozialpolitischer Ziele sind im Rahmen von Konzeptvergaben als Partner v. a. „Renditesatisfizierer" geeignet. Dies sind Akteure, die nicht unbedingt auf Renditemaximierung aus sind. Insbesondere kommen hierbei Stiftungen, Genossenschaften, freigemeinnützige Träger, aber auch sonstige sich dem Gemeinwohl als verpflichtet sehende private Akteure in Betracht. Ebenfalls sind kommunale Eigengesellschaften als Erbbaurechtsnehmer denkbar. Einige der genannten Akteure haben nur einen beschränkten Zugang zum Kapitalmarkt, was auch aus ihrer Sicht die Möglichkeit eines „kapitallosen Zugangs" zu Boden als besonders interessant erscheinen lässt.

Im Einzelnen sollte die Wahl der Partner von den verfolgten Zielsetzungen abhängig gemacht werden: Steht die Eigentumsbildung als Ziel im Vordergrund, so ist insbesondere bei Trading-Developer-Modellen besondere Vorsicht geboten. Auf die Ausführungen in Abschn. 3.9 im Kontext mit dem WEG sei hier noch einmal verwiesen.

Wesentlich besser ist es daher, einen einzigen Erbbaurechtsnehmer als Vertragspartner vorzusehen. Genossenschaften sind hier das Mittel der Wahl. Über die Genossenschaftsanteile geschieht beschränkte Eigentumsbildung, gleichzeitig fungiert die Genossenschaft als Vermieterin. Sofern sichergestellt ist, dass diese ausschließlich an ihre Mitglieder vermietet, entfallen die Marktgegenseiten – und damit insoweit u. U. auch die Notwendigkeit, entsprechende Sozialbindungen aufzuerlegen. Es besteht ein Interesse der Mitglieder an einer Vermietung der Wohnungen zu bezahlbaren Konditionen.

Anders ist der Fall, wenn das Erbbaurecht in der Hand eines privaten Vermieters liegt oder eine Genossenschaft an Nicht-Mitglieder vermietet. Besteht ein Ziel in der Sicherstellung bezahlbaren Wohnraums, ist die Auferlegung einer Sozialbindung (die auch über ein Heimfallrecht abgesichert werden kann) dann unverzichtbar. Anders als bei der Veräußerung von Grundstücken kann diese Sozialbindung über die gesamte Laufzeit hinweg reichen.

ZJUSAMMENFASSUNG

- Als Partner für die Kommunen sind Renditesatisfizierer vorzugswürdig. Diese können im Rahmen von Konzeptvergaben identifiziert werden.
- Genossenschaften sind als potenzielle Erbbaurechtsnehmer von besonderem Interesse.
- Wenig geeignet ist das Erbbaurecht im Kontext von Trading-Developer-Modellen.

6 Wirtschaftliche Vorteilhaftigkeit von Erbbaurechten

6.1 Die Perspektive der Kommune als Erbbaurechtsgeber

Aus wirtschaftlicher Sicht ist es für die Kommune das Ziel der Erbbaurechtsgestaltung, sich nicht schlechter zu stellen als im Falle eines Grundstücksverkaufs. Für einen solchen Vergleich der Vermarktungsvarianten müssen die Zahlungsströme in der gesamten Laufzeit des Erbbaurechtsvertrags betrachtet werden. Im Fall eines Grundstücksverkaufs ist dies die Verzinsung des Verkaufserlöses. Im Fall einer Erbbaurechtsvergabe sind dies die Erbbauzinsen, deren Verzinsung und der potenzielle Verkaufserlös am Ende der Vertragslaufzeit (siehe Abb. 6).[8] Dabei sind die Voraussetzungen und die damit verbundenen Berechnungsvariablen für jede Kommune in Abhängigkeit von der eigenen Haushaltslage und dem lokalen Grundstücksmarkt verschieden. So müssen folgende lokal spezifische Variablen bei der Wirtschaftlichkeitsberechnung des Erbbaurechts betrachtet werden:

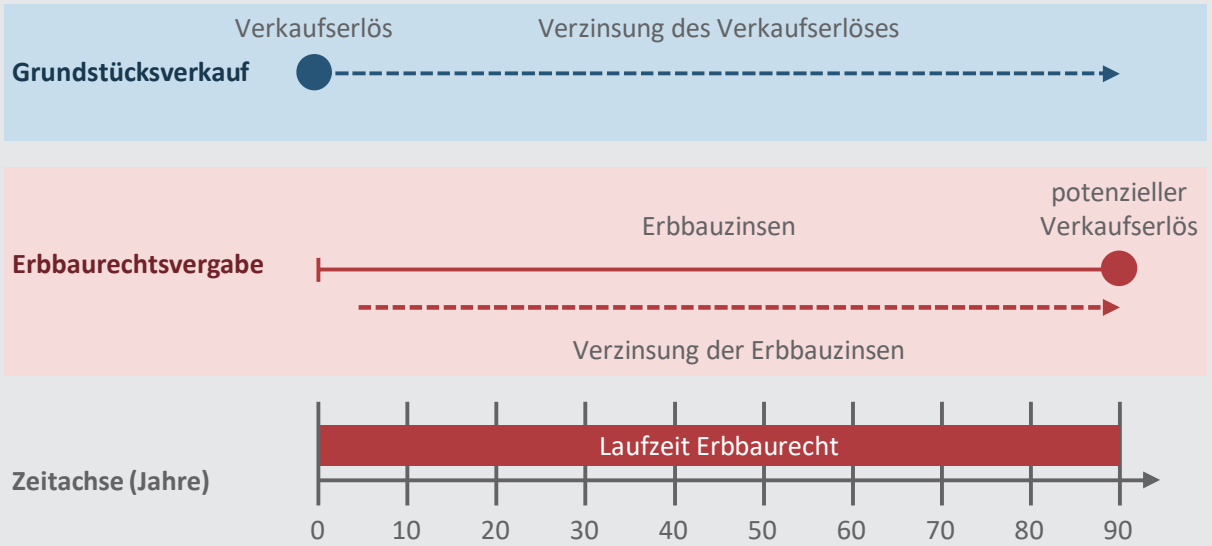
- **Bodenwertsteigerung:** Zwar orientiert sich der Erbbauzins i. d. R. nur bei der erstmaligen Festsetzung an dem Bodenwert und wird in den Folgejahren oftmals mit dem Verbraucherpreisindex fortgeschrieben. Dennoch ist es bei der wirtschaftlichen Betrachtung des Erbbaurechts aus Sicht des Erbbaurechtsgebers relevant, welche Annahmen zur Bodenwertentwicklung getroffen werden können. Schließlich bleibt das Grundstück im Eigentum des Erbbaurechtsgebers und kann nach Ablauf des Erbbaurechts in Wert gesetzt werden.

- **Opportunitätskostensatz der Kommune:** Eine entscheidende Variable für die Wirtschaftlichkeit des Erbbaurechts ist der Opportunitätskostensatz der Kommune. Damit ist der Zinssatz gemeint, den die Kommune selbst für die Verwendung von Geldbeträgen ansetzt.[9] Dieser kann je nach Haushaltssituation und aktuellem Zinsniveau erheblich variieren. Ist eine Kommune beispielsweise hoch verschuldet und muss für jede Investition Kredite (mit relativ hohen Zinsen) aufnehmen, so ist der Opportunitätskostensatz höher als bei einer Kommune mit ausgeglichenem Haushalt, die für Investitionen eine geringere Zinslast tragen muss. Dieser Zinssatz kann bei den Berechnungen zur Wirtschaftlichkeit sowohl beim Grundstücksverkauf für die Verzinsung des Verkaufserlöses als auch beim Erbbaurecht für die Verzinsung der Erbbauzinsen und der Abzinsung des Verkaufserlöses am Ende der Vertragslaufzeit verwendet werden.

Zur Vergleichbarkeit der beiden Vermarktungsvarianten wird der Barwert der beschriebenen Zahlungsströme betrachtet, also deren Gegenwert zum heutigen Zeitpunkt. Für den Fall des Grundstücksverkaufs ist dies der aktuelle Bodenwert, wenn der Zinssatz für die Verzinsung des Verkaufserlöses mit dem gewählten Abzinsungszinssatz übereinstimmt. Der Barwert des Erbbaugrundstücks ist abhängig von der Laufzeit des Erbbaurechtsvertrags, den Annahmen zur Bodenwertsteigerung, dem Opportunitätskostensatz der Kommune und selbstverständlich von dem festgelegten Erbbauzins. Für die nachfolgenden Berechnungen wird davon ausgegangen, dass dieser in Prozent des Bodenwerts erstmalig festgelegt wird und anschließend nach Ablauf von 3 Jahren entsprechend dem Verbraucherpreisindex angepasst wird. Für den Verbraucherpreisindex wird über die Laufzeit des Erbbaurechtsvertrags eine durchschnittliche Steigerung von 2 % p. a. angesetzt. Dies entspricht dem Inflationsziel der Europäischen Zentralbank (EZB).

[8] Weitere mit der Erbbaurechtsvergabe verbundene Zahlungsströme (v. a. Entschädigung am Ende der Laufzeit, Heimfall) werden hier zunächst ausgeblendet. Im Falle der Entschädigung am Ende der Laufzeit erhält der Erbbaurechtsgeber (Kommune) mit dem Gebäude einen Gegenwert für anfallende Kosten. Gleiches ist bei einem Heimfall gegeben. Beide Fälle sollten also für den Erbbaurechtsgeber in der Regel nicht zu einer Schlechterstellung des Erbbaurechts gegenüber dem alternativen Grundstücksverkauf führen. Die bei dem Erbbaurechtsnehmer ggf. entstehenden Belastungen werden weiter unten beschrieben.

[9] Interner Zinsfuß der nächstbesten Alternativinvestition. Bei Kommunen ist i. d. R. die bedeutsamste Alternativinvestition die Rückführung der Kredite.



Quelle: eigene Darstellung

Abb. 6: Zahlungsströme aus dem Grundstücksverkauf und der Erbbaurechtsvergabe

In Tab. 5 ist dargestellt, wie der Erbbauzins durch die Kommunen gewählt werden müsste, um für den eigenen Haushalt das Erbbaurecht dem Grundstücksverkauf gleichzustellen (im Beispiel 90 Jahre Laufzeit). Wie beschrieben ist dies abhängig von der zu erwartenden Bodenwertentwicklung und dem Opportunitätskostensatz der Kommune. Grundsätzlich gilt dabei:

- Je höher die zu erwartende Bodenwertsteigerung, desto geringer kann der Erbbauzins festgelegt werden. Das bedeutet, dass in einer wachstumsstarken Region mit einem voraussichtlich auch zukünftig engen Grundstücksmarkt die Erbbauzinsen geringer angesetzt werden können, da die Kommune zusätzlich von der erwartbaren Bodenwertsteigerung profitiert. Andersherum muss in einer Region mit schwächerer Bodenwertentwicklung (z. B. in wachstumsschwächeren Regionen) aus Sicht der Kommune der Erbbauzins höher angesetzt werden, da die Rendite aus der langfristigen Bodenwertsteigerung für die Kommune geringer ausfällt. Inwiefern dies wiederrum negative Auswirkungen auf die Attraktivität des Wohnungsbaus (in einem ohnehin schwächeren Marktumfeld) hat, wird in dem Perspektivwechsel weiter unten beschrieben. Außerdem sollte in Betracht gezogen werden, dass die zukünftige Entwicklung der Bodenwerte im Allgemeinen höheren Unsicherheiten unterliegt als der laufend zufließende Erbbauzins.

- Je besser die Haushaltslage in einer Kommune, desto geringer kann der Erbbauzins festgelegt werden. Diese tautologisch anmutende Erkenntnis ist von hoher Relevanz und sollte von jeder Kommune ehrlich beantwortet werden. Denn die in der Abbildung dargestellten Prozentwerte legen quasi die Untergrenze des Erbbauzinses fest, der für eine Kommune haushaltsneutral wirkt. Eine Stadt, die nur einen geringen Prozentsatz als Opportunitätskosten ansetzen muss, hat im Umkehrschluss einen großen Spielraum bei der Gestaltung des Erbbauzinses und kann über dessen Festlegung Wohnungsbau bzw. einzelne Segmente fördern, ohne dabei finanzielle Belastungen zu erfahren. Andersherum ist ein Zinssatz, der über diesem Niveau festgelegt wird, eine vermeidbare Belastung des Wohnungsbaus zugunsten der Stadtkasse. Allerdings sollte der Erbbauzins möglichst marktgerecht festgelegt werden; die Haushaltssituation der Kommune beschreibt lediglich die Spielräume hierfür.

Tab. 5: Erbbauzinssatz zur finanziellen Gleichstellung der Erbbaurechtsvergabe (90 Jahre Laufzeit) mit dem Grundstücksverkauf für einen kommunalen Grundstückseigentümer

		Opportunitätskostensatz der Kommune							
		gute Haushaltslage ←				→ schlechte Haushaltslage			
		1,5%	2,0%	2,5%	3,0%	3,5%	4,0%	4,5%	5,0%
erwartbare langfristige Bodenwertentwicklung	wachstumsschwache Region ↑	0,0%	0,7%	0,9%	1,2%	1,6%	1,9%	2,3%	2,7%	3,1%
		0,5%	0,5%	0,8%	1,2%	1,5%	1,9%	2,3%	2,7%	3,1%
		1,0%	0,3%	0,7%	1,0%	1,4%	1,8%	2,2%	2,6%	3,0%
		1,5%	0,0%	0,4%	0,8%	1,2%	1,7%	2,1%	2,5%	3,0%
		2,0%	-0,5%	0,0%	0,5%	1,0%	1,5%	2,0%	2,4%	2,9%
	wachstumsstarke Region ↓	2,5%	-1,3%	-0,6%	0,0%	0,6%	1,2%	1,7%	2,3%	2,8%
		3,0%	-2,4%	-1,6%	-0,8%	0,0%	0,7%	1,4%	2,0%	2,6%
		3,5%	-4,3%	-3,1%	-1,9%	-0,9%	0,0%	0,8%	1,6%	2,3%
		4,0%	-7,1%	-5,3%	-3,7%	-2,3%	-1,1%	0,0%	1,0%	1,8%

Quelle: eigene Berechnung

Lesehilfe: Dunkelrot eingefärbt sind die Werte für den Annahmenbereich, der angesichts der Bodenwertentwicklung der vergangenen 20-30 Jahre und angesichts der Haushaltssituation der Kommunen bei dem aktuellen Zinsniveau (Stand 05/2022) im Durchschnitt angenommen werden kann. Von diesem ausgehend, sind die heller rot eingefärbten Felder ein plausibler Abweichungsbereich unter Berücksichtigung lokaler Spezifika. Nicht farblich hinterlegt sind Felder, die unter den derzeitigen Rahmenbedingungen weniger plausibel erscheinen. Bei sich ändernden Rahmenbedingungen (z.B. steigende Zinsen zur Kommunalfinanzierung) kann jedoch auf diese Werte zurückgegriffen werden.

- Als dritte wesentliche Einflussgröße auf die Wirtschaftlichkeit des Erbbaurechts stellt sich die Laufzeit des Erbbaurechtsvertrags dar. Die entsprechenden Ergebnisse für ein Erbbaurecht mit 60 Jahren Laufzeit sind im Anhang (s. Tab. 6) aufgeführt.

ZUSAMMENFASSUNG

- Spielräume für die Vereinbarung des Erbbauzinses ergeben sich aus den zukünftigen Bodenwertsteigerungen, der Haushaltslage der betreffenden Kommune und der Laufzeit des Erbbaurechtsvertrags.
- Je höher die angenommene Bodenwertsteigerung, je besser die Haushaltssituation und je kürzer die Laufzeit des Erbbaurechtsvertrags, umso mehr Spielraum besteht für eine Anpassung des Erbbauzinses nach unten.

6.2 Die Perspektive des Wohnungsbauinvestors als Erbbaurechtsnehmer

Hinweis: Die im Abschnitt 6.2 aus der Sicht eines Wohnungsbauinvestors angestellten Wirtschaftlichkeitsbetrachtungen basieren auf der Methode des in der Wohnungswirtschaft gebräuchlichen „Vollständigen Finanzplans (VoFi)". Eine Darstellung des Berechnungswegs und der Annahmen enthält der Anhang (s. Abb. 20 und Tab. 7).

6.2.1 Zahlungsströme und Einflussgrößen

Für die Ausgestaltung des Erbbaurechts ebenso entscheidend wie die wirtschaftliche Perspektive der Kommune als Erbbaurechtsgeber ist die des potenziellen Wohnungsbauinvestors bzw. Erbbaurechtsnehmers. Nur wenn das Erbbaurecht so ausgestaltet ist, dass es für einen Wohnungsbauinvestor gleichwertig oder besser gegenüber dem Vollerwerb des Grundstücks ist, wird das Instrument dauerhaft die Akzeptanz potenzieller Erbbaurechtsnehmer finden. Dabei sind die zu berücksichtigenden Zahlungsströme des Wohnungsbauinvestors wesentlich komplexer als die in Abschn. 6.1 beschriebenen Zahlungsströme der Kommune (siehe Abb. 7).

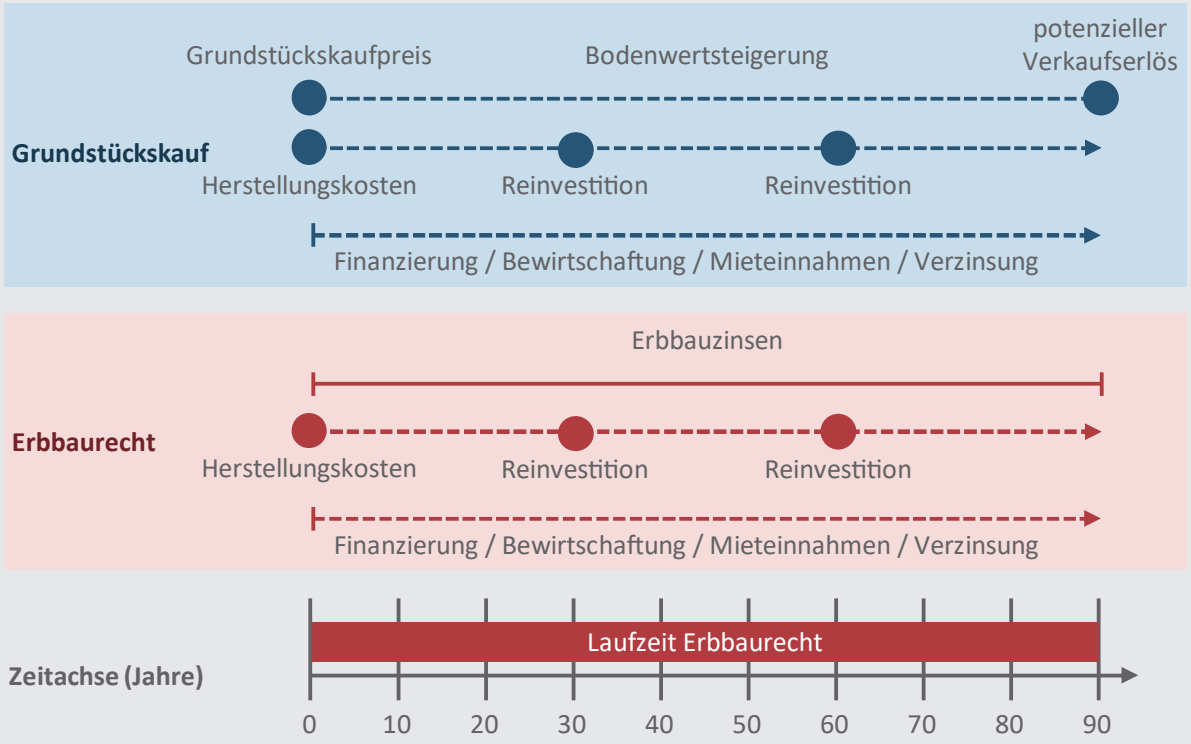
Für den Erbbaurechtsnehmer sind die Grundstückskosten bzw. der Erbbauzins nur ein Bestandteil dieser Zahlungsströme und ihre wirtschaftliche Bedeutung steht in Wechselwirkung mit anderen Kosten- und Einnahmepositionen. Aus diesem Grund werden im Folgenden nicht nur die wesentlichen Gestaltungsmöglichkeiten eines Erbbaurechtsvertrags, nämlich

- Erbbauzins und
- Entschädigungshöhe,

sondern auch verschiedene wohnungswirtschaftliche Rahmenbedingungen, nämlich

- Boden- und Mietpreisniveau,
- Baukosten und Zinsniveau sowie

Abb. 7: Zahlungsströme aus dem Grundstücksverkauf und der Erbbaurechtsvergabe aus Sicht des Vorhabenträgers



Quelle: eigene Darstellung

- Konditionen des geförderten Wohnungsbaus,

als Variablen in die Wirtschaftlichkeitsberechnungen mit einbezogen und in ihrer Bedeutung für das Erbbaurecht analysiert.

Auch für den Vergleich zwischen Volleigentum und Erbbaurecht aus Sicht des Wohnungsbauinvestors wird eine Barwertberechnung angestellt. Hierzu werden alle relevanten Zahlungsströme im Zeitablauf modelliert. Diese als Vollständiger Finanzplan (kurz: VoFi) bezeichnete Methode ist vor allem in der bestandshaltenden Wohnungswirtschaft geläufig und eignet sich besonders gut für den Vergleich verschiedener Investitionsmöglichkeiten im Mietwohnungsbau (frei finanziert und/oder gefördert). Das abgezinste Ergebnis dieser Betrachtung wird als Kapitalwert bezeichnet und ist der Gegenwert dieser zukünftigen Zahlungsströme zum Zeitpunkt vor der Investition.

In den nachfolgenden Analysen werden die Berechnungen jeweils für zwei Betrachtungszeiträume berechnet. Während eine Betrachtung den gesamten Zeitraum von 90 Jahren in den Blick nimmt, konzentriert sich eine zweite Betrachtung auf die ersten 30 Jahre nach der Investition. Über diese zweite Betrachtungsweise können zwar die Unsicherheiten langfristiger Entwicklungen etwas reduziert werden, wichtige wohnungswirtschaftliche Aspekte bei der Bewertung der langfristigen Laufzeiten von Erbbaurechtsverträgen bleiben in diesem Fall aber unberücksichtigt. So werden etwa die bei einer 90-jährigen Wohnungsbewirtschaftung notwendige Reinvestitionen in den Wohnungsbestand bei der kurzfristigeren Betrachtung ausgeblendet. Auf der anderen Seite ist es schwierig, belastbare Annahmen für solche Investitionen in etwa 30 Jahren zu treffen, wenn eine erste Modernisierungswelle ansteht.

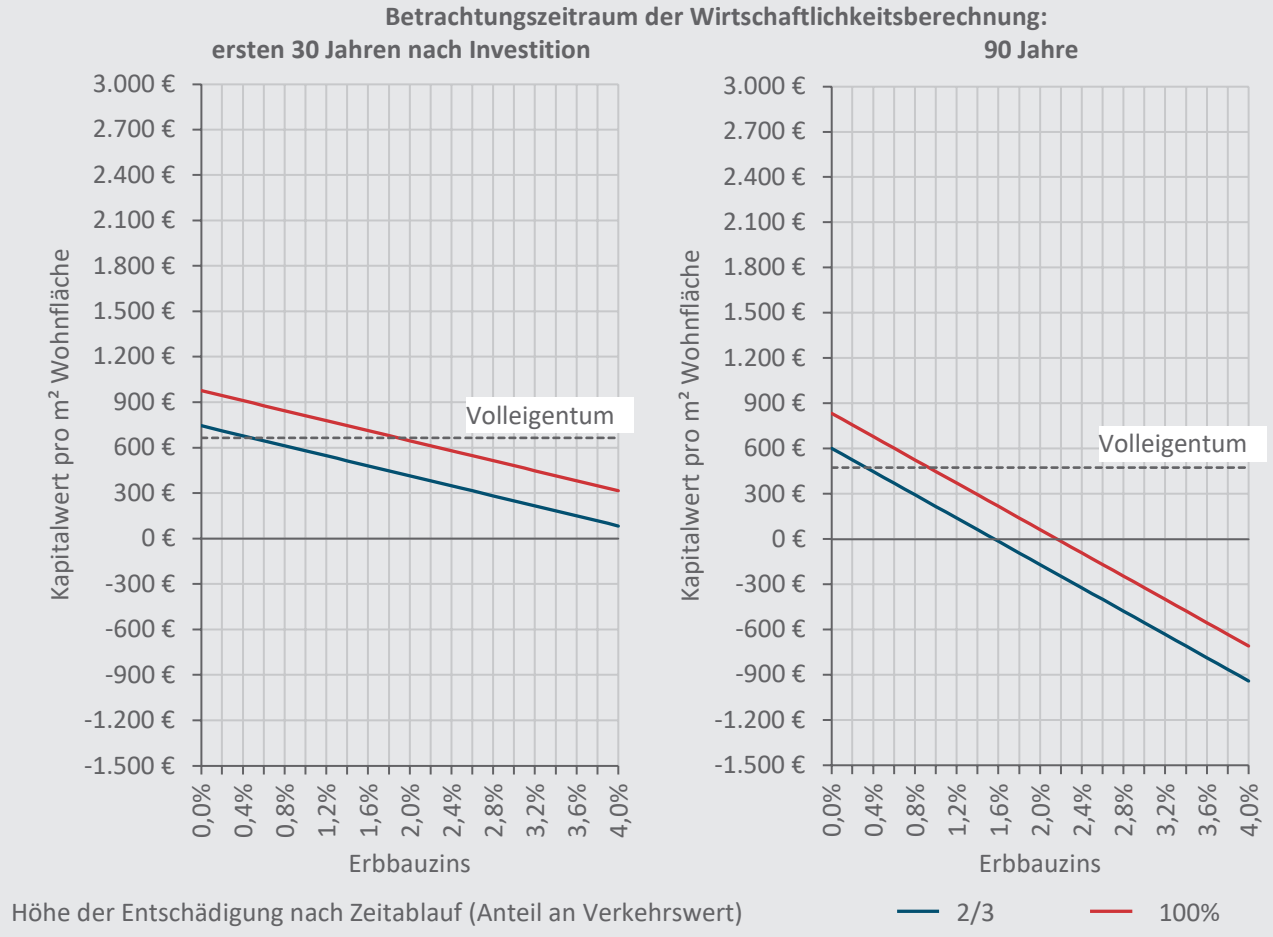
6.2.2 Einflussgrößen für die marktgerechte Gestaltung des Erbbaurechts

6.2.2.1 Entschädigungshöhe

Aus der Sicht des Erbbaurechtsnehmers hat es eine hohe Bedeutung, ob zum Ende der Laufzeit eine vollständige oder nur eine teilweise Entschädigung für das an den Erbbaurechtsgeber zurückfallende Objekt vereinbart ist. Selbst wenn der Erbbaurechtsnehmer nicht abschätzen kann, wie wahrscheinlich die Nicht-Verlängerung des Erbbaurechtsvertrags ist, wird er quasi als Schadensbegrenzung den Fall der Nicht-Verlängerung vollständig (und nicht multipliziert mit der Wahrscheinlichkeit des Ereignisses) in seiner Kalkulation berücksichtigen müssen.

Kalkulatorisch hat dies zwei zentrale Konsequenzen: Erstens sinkt die kalkulatorische Ertragskraft einer Investition durch die nicht vollständige Entschädigung relativ stark ab. Zweitens wäre zur Kompensation eine dementsprechend deutliche Absenkung des Erbbauzinses erforderlich. Je kürzer der Betrachtungszeitraum (30 versus 90 Jahre), umso stärker müsste der Erbbauzins abgesenkt werden. Ursache ist, dass nur ein kürzerer Zeitraum zur Kompensation eines im absoluten Wert unveränderten Nachteils zur Verfügung steht.

Abb. 8: Einfluss der Entschädigungshöhe eines Erbbaurechtsvertrags auf den Kapitalwert einer Wohnungsbauinvestition in Abhängigkeit vom Erbbauzins



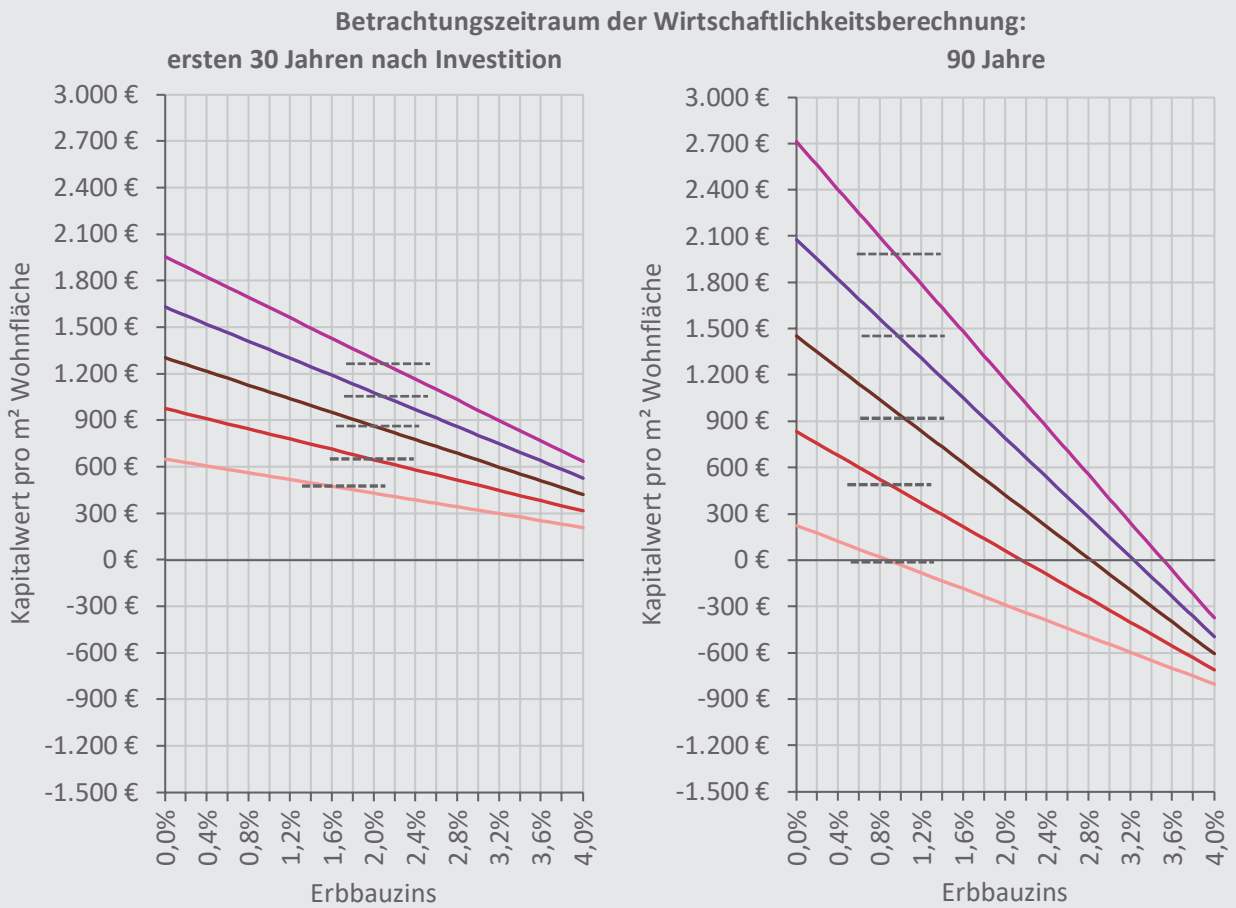
weitere Annahmen: Bodenwert: 600 €/m²; Neubaumiete: 13,00 €/m²; Bestandsmiete: 8,50 €/m²; Baukosten: 3.350 €/m²; Zinsen (erste 30 Jahre): 1,6%

Quelle: eigene Berechnungen

6.2.2.2 Standortgüte (bzw. Boden- und Mietpreisniveau)

Das Ertragspotenzial einer immobilienwirtschaftlichen Investition steigt mit der Standortgüte. Dabei spielt es kaum eine Rolle, ob diese Investition auf einem Erbbaurechtsgrundstück oder einem im Volleigentum erworbenen Grundstück stattfindet. Auch der marktgerechte Erbbauzins variiert nur wenig mit der Standortgüte. Allerdings gilt, dass ein nicht marktgerechter Erbbauzins an Standorten hoher Güte höhere wirtschaftliche Konsequenzen hat (unterschiedliche Steigung der Graphen in der nachfolgenden Abbildung). Mit anderen Worten: Seine Hebelwirkung auf die relative wirtschaftliche Attraktivität des Erbbaurechts gegenüber dem Volleigentum ist an sehr guten Standorten höher und an einfachen Standorten dementsprechend geringer.

Abb. 9: Einfluss von Boden- und Mietpreisniveaus auf den Kapitalwert einer Wohnungsbauinvestition auf einem Erbbaugrundstück in Abhängigkeit vom Erbbauzins



Standort	← günstig		hochpreisig →			Voll-eigentum
Bodenwert (GFZ 1,2)	400 €/m²	600 €/m²	800 €/m²	1.000 €/m²	1.200 €/m²	
Neubaumiete	12,00 €/m²	13,00 €/m²	14,00 €/m²	15,00 €/m²	16,00 €/m²	
Bestandsmiete	7,50 €/m²	8,50 €/m²	9,50 €/m²	10,50 €/m²	11,50 €/m²	
	—	—	—	—	—	----

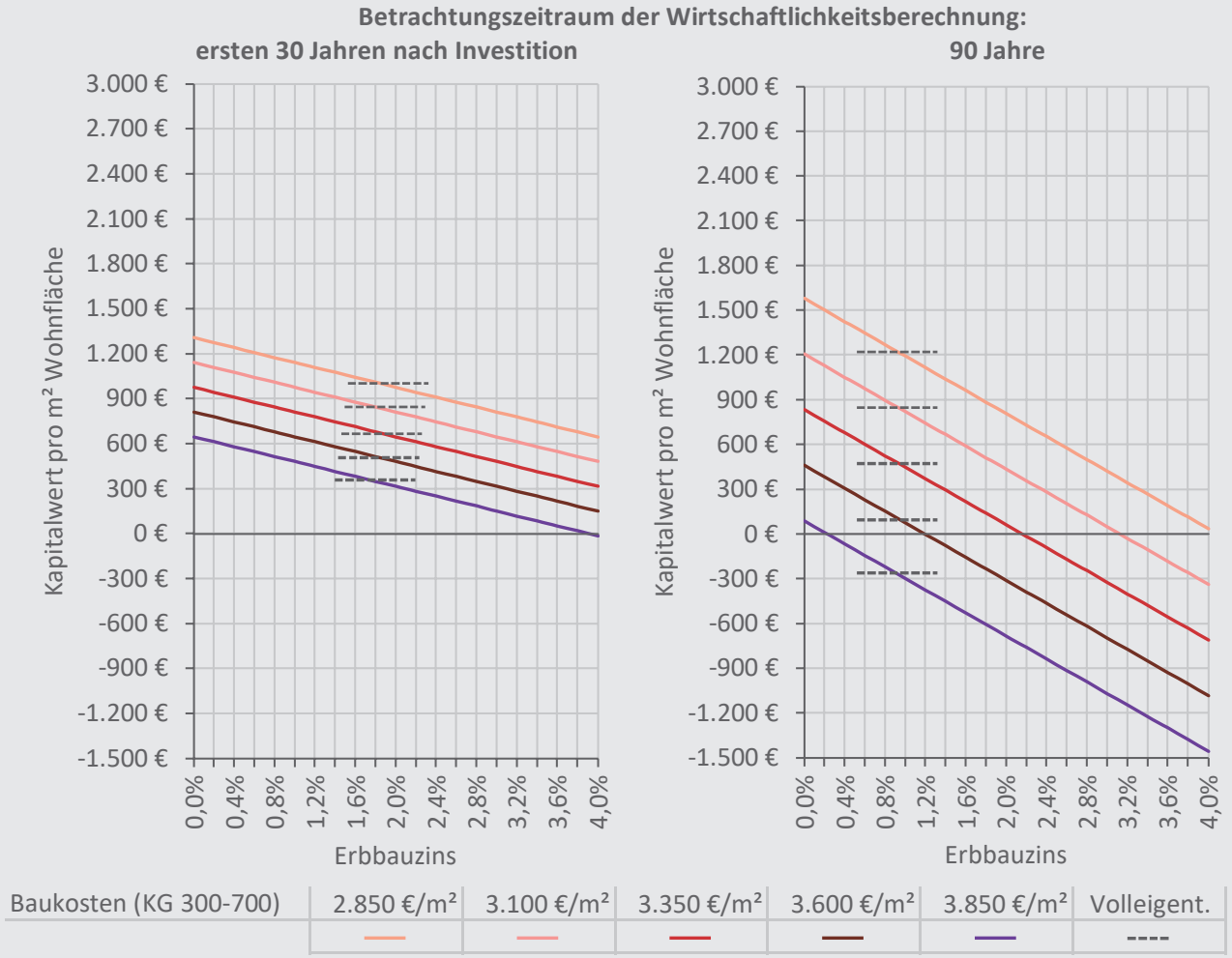
weitere Annahmen: Vertragslaufzeit: 90 Jahre; Entschädigung nach Zeitablauf: 100%; Baukosten: 3.350 €/m²; Zinsen (erste 30 Jahre): 1,6%

Quelle: eigene Berechnungen

6.2.2.3 Baukosten

Das Renditepotenzial einer immobilien- oder wohnungswirtschaftlichen Investition sinkt mit steigenden Baukosten (siehe nachfolgende Grafik) sowohl auf Erbbaurechtsgrundstücken als auch im Volleigentum. Die Höhe eines marktgerechten Erbbauzinses ist davon jedoch weitgehend unbeeinflusst.

Abb. 10: Einfluss von Baukosten auf den Kapitalwert einer Wohnungsbauinvestition auf einem Erbbaugrundstück in Abhängigkeit vom Erbbauzins



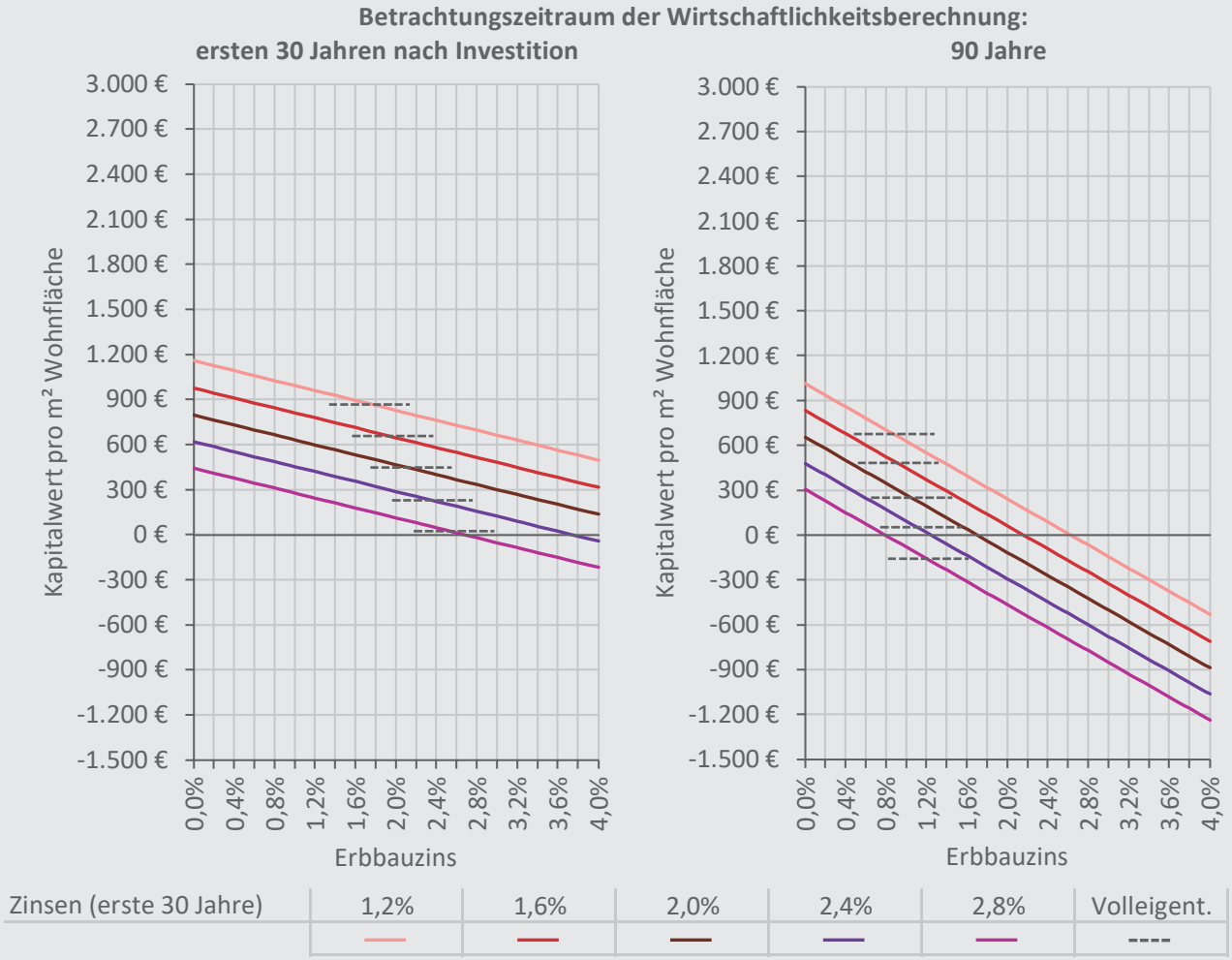
weitere Annahmen: Vertragslaufzeit: 90 Jahre; Entschädigung nach Zeitablauf: 100%; Bodenwert: 600 €/m²; Neubaumiete: 13,00 €/m²; Bestandsmiete: 8,50 €/m²; Zinsen (erste 30 Jahre): 1,6%

Quelle: eigene Berechnungen

6.2.2.4 Finanzierungszinssatz

Günstige Zinsen wirken auf eine immobilienwirtschaftliche Investition ähnlich wie geringe Baukosten: Sie stärken das Ertrags- bzw. Renditepotenzial (siehe folgende Grafik). Naheliegend ist zugleich, dass sich ein günstiger Finanzierungszinssatz für das anzukaufende Grundstück bei unverändertem Erbbauzins zugunsten des Volleigentums auswirken würde. Insofern ergibt sich eine starke Abhängigkeit des marktgerechten Erbbauzinses von den Finanzierungs- bzw. Fremdkapitalzinsen.

Abb. 11: Einfluss von Finanzierungszinsen auf den Kapitalwert einer Wohnungsbauinvestition auf einem Erbbaugrundstück in Abhängigkeit vom Erbbauzins



weitere Annahmen: Vertragslaufzeit: 90 Jahre; Entschädigung nach Zeitablauf: 100%; Bodenwert: 600 €/m²; Neubaumiete: 13,00 €/m²; Bestandsmiete: 8,50 €/m²; Baukosten: 3.350 €/m²

Quelle: eigene Berechnungen

ZJUSAMMENFASSUNG

- Ein markgerechter Erbbauzins sollte aus Investorensicht insbesondere unter Rückbezug auf das Zinsumfeld ermittelt werden. Geringe Finanzierungszinsen erfordern einen geringen Erbbauzins.
- Eine nicht vollständige Entschädigung für das Gebäude hat eine hohe wirtschaftliche Konsequenz für den Investor und insofern eine durchschlagende Wirkung auf den marktgerechten Erbbauzins. Eine derartige Regelung sollte, wenn möglich, vermieden werden.
- Die Höhe der Baukosten und die Standortgüte haben zwar einen hohen Einfluss auf die Renditepotenziale der Investition, aber wenig Einfluss auf die Höhe des marktgerechten Erbbauzinses.

6.3 Erbbaurecht und geförderter Wohnungsbau (inkl. Bindungsverlängerung)

Hinweis: Die im Abschnitt 6.3 aus der Sicht eines Wohnungsbauinvestors angestellten Wirtschaftlichkeitsbetrachtungen basieren auf der Methode des in der Wohnungswirtschaft gebräuchlichen „Vollständigen Finanzplans (VoFi)". Eine Darstellung des Berechnungswegs und der Annahmen enthält der Anhang (s. Abb. 20 und Tab. 7).

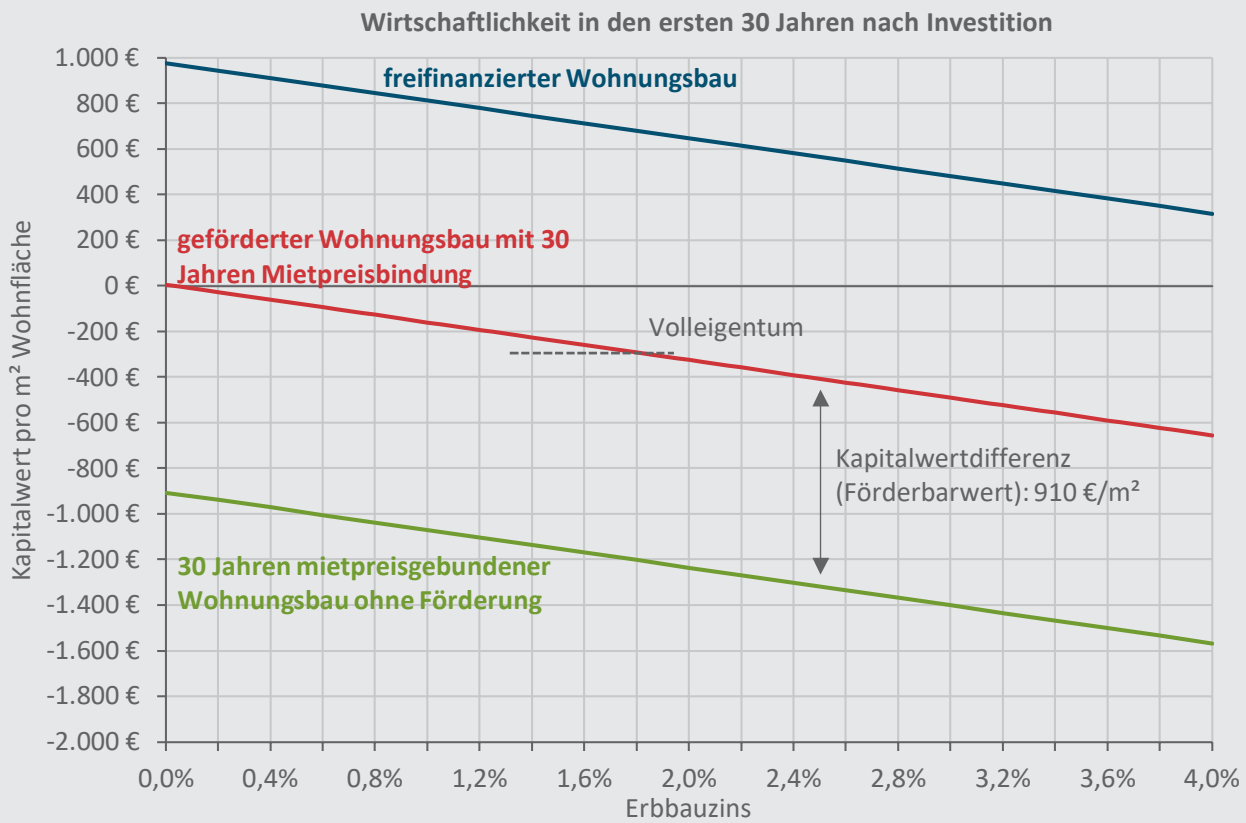
6.3.1 Erbbaurecht unter den Konditionen des geförderten Wohnungsbaus

Durch die Gestaltung der Konditionen der nordrhein-westfälischen Wohnungsbauförderung hat der Bau geförderter Wohnungen auf Erbbaugrundstücken durchaus Vorteile. Die vorgegebene Darlehensobergrenze deckt nicht die gesamten Investitionskosten, so dass in (fast) jedem Fall noch ein Anteil des Investments (vergleichsweise teuer) über den freien Markt finanziert werden muss. Sinkt nun die Investitionssumme aufgrund der wegfallenden Grundstückskosten, so reduziert sich auch der frei finanzierte Darlehensanteil, während der günstige Förderkredit weiterhin in voller Höhe bezogen werden kann.

Dieser Förderkredit, der sich aus einem Tilgungsnachlass von bis zu 35 % und einer Zinsvergünstigung auf 0,0 % (in den ersten 15 Jahren, anschließend 0,5 %) zusammensetzt, soll die mit der Förderung einhergehende Mietpreisbindung möglichst weitgehend gegenüber einem freifinanzierten Wohnungsbau kompensieren. Wie die Beispielberechnung in Abb. 12 zeigt, gelingt das nicht vollständig, sondern zu ungefähr der Hälfte. An dem Wohnungsbaustandort mit einem Bodenwert von 600 €/m² und einer erzielbaren Neubaumiete von 13,00 €/m² kann ein freifinanzierter Wohnungsbau bei einem marktgerechten Erbbauzins von 1,6 % einen Kapitalwert von rund 710 €/m² Wohnfläche erwirtschaften. Wird die Miete ohne Kompensationen auf 6,40 €/m² gebunden (entspricht dem Förderweg A in der Mietenstufe 4), so sinkt der Kapitalwert auf -1.170 €/m². Durch den Förderkredit der Wohnungsbauförderung erhöht sich der Kapitalwert um 910 €/m² auf rund -260 €/m². Dieser Wert kann auch als Förderbarwert bezeichnet werden. Um in den Bereich eines positiven Kapitalwerts zu gelangen, müsste die Förderkulisse angepasst werden.

Wie für den freifinanzierten Wohnungsbau ergibt sich auch für den geförderten Wohnungsbau im Rahmen „konventioneller Erbbaurechte" ein marktgerechter Erbbauzinssatz von 1,6 % (der ungefähr dem langfristigen Baufinanzierungssatz entspricht) als wirtschaftliches Äquivalent zum Vollerwerb des Grundstücks (siehe Berechnungen in Abschn. 6.2). In einigen Städten werden derzeit Beschlüsse zum Erbbaurecht gefasst, die einen reduzierten Erbbauzins für den geförderten Wohnungsbau in etwa dieser Größenordnung vorsehen. Fälschlicherweise wird ein solcher Zinssatz oft als zusätzlicher Anreiz zum Bau geförderter Wohnungen angesehen bzw. wird in diese Richtung argumentiert. Vielmehr sind jedoch höhere Erbbauzinsen für den freifinanzierten Wohnungsbau (bei aktueller Marktlage alle Ansätze > 1,5-2,0 %) ein Hemmnis zur Umsetzung von Wohnungsbauvorhaben und konterkarieren die Bemühungen zur Stärkung des Erbbaurechts, in dem sie die Akzeptanz für dieses Instrument bei den Vorhabenträgern beschädigen.

Abb. 12: Kapitalwert einer öffentlich geförderten Wohnungsbauinvestition (Wohnraumförderung NRW 2022) auf einem Erbbaugrundstück in Abhängigkeit vom Erbbauzins im Vergleich zu einem freifinanzierten Wohnungsbau auf Marktmiet- und Fördermietniveau



weitere Annahmen: Vertragslaufzeit: 90 Jahre; Entschädigung nach Zeitablauf: 100%; Bodenwert: 600 €/m²; Neubaumiete: 13,00 €/m²; Bestandsmiete: 8,50 €/m²; Wohnraumförderbestimmungen des Landes Nordrhein-Westfalen (02/2022), Mietenstufe 4; Baukosten: 3.350 €/m²

Quelle: eigene Berechnungen

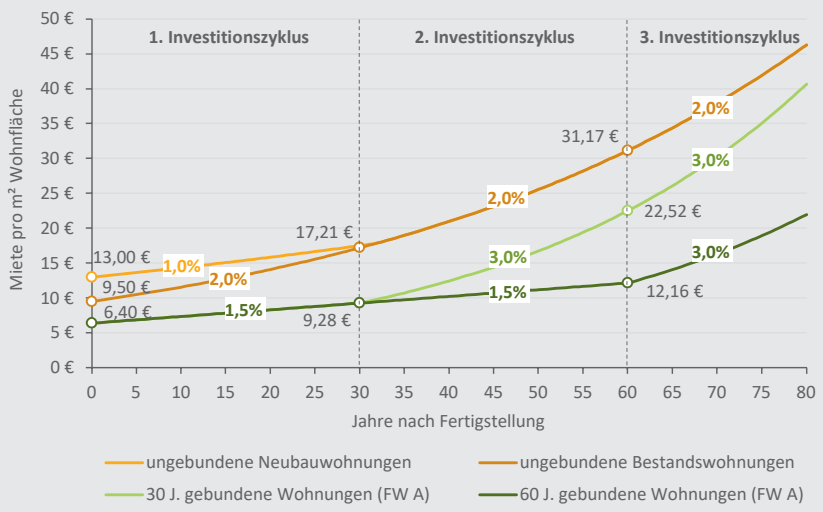
ZUSAMMENFASSUNG

- Die Programme der sozialen Wohnraumförderung in NRW gleichen im Erbbaurecht die Nachteile des Investors gegenüber frei finanziertem Wohnungsbau nicht aus.
- Eine Reduktion der Erbbauzinssätze in die Größenordnung der langfristigen Baufinanzierung stellt keine Fördermaßnahme dar, sondern macht lediglich ein „konventionell ausgestaltetes" Erbbaurecht ohne Berücksichtigung der Sozialbindung dem Volleigentum gleichwertig.
- Die Kompensation der Sozialbindungen muss zusätzlich zu den marktgerecht festgesetzten Erbbauzinsen erfolgen.

6.3.2 Konsequenzen einer Bindungsverlängerung für das Erbbaurecht

Die entscheidende Frage bei der Kombination von Erbbaurecht und gefördertem Wohnungsbau ist, ob das Erbbaurecht dazu genutzt werden kann und soll, die Bindungsdauern des geförderten Wohnungsbaus über den Förderzeitraum (in NRW 25 oder 30 Jahre) hinaus zu verlängern. Eine solche Verlängerung hat weitreichende Konsequenzen für die Wirtschaftlichkeit eines Wohnungsbauvorhabens. Hierbei ist zu beachten, dass in einer Situation mit regulärer Bindungsdauer ein Teil der Wirtschaftlichkeit aus den erwartbaren Mietpreisanpassungen nach Ablauf der Bindefrist entsteht. Essenziell sind diese Mieterhöhungsspielräume zum Zeitpunkt des Bindungsablaufs, wenn nach 25 bis 30 Jahren Nutzung eine erste grundlegende Renovierung des Wohnungsbestands notwendig ist. Diese lassen sich i. d. R. nur durch diese Mietsteigerungspotenziale finanzieren.

Abb. 13: Beispielhafte Mietpfade einer geförderten Wohnung (Wohnraumförderung NRW 2022, Mietenstufe 4) mit einer Bindungsdauer von 30 oder 60 Jahren im Vergleich zu einer freifinanzierten Wohnung



Quelle: Wohnraumförderbestimmungen (WFB) des Landes Nordrhein-Westfalen, 02/2022; eigene Berechnungen

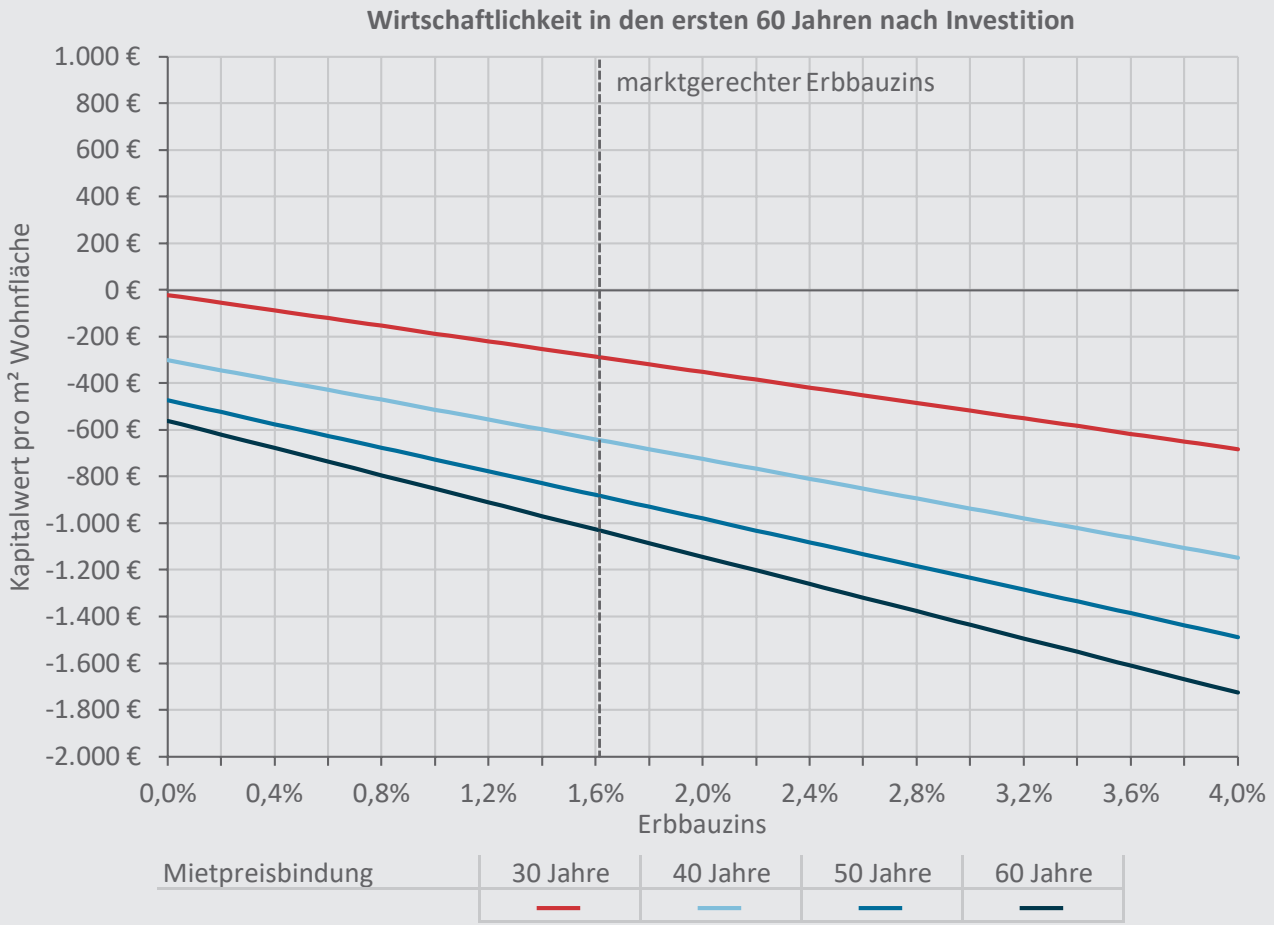
In Abb. 13 ist zunächst dargestellt, wie sich die Mieterträge in den verschiedenen Wohnungsbausegmenten während der 90-jährigen Laufzeit des Erbbaurechtsvertrags entwickeln. An einem beispielhaften Wohnungsbaustandort, an dem eine Neubauwohnung für 13,00 €/m² vermietet werden kann, liegt das Mietniveau für Bestandswohnungen bei ca. 9,50 €/m². Während sich die Mietpreise des Bestandsmarkts entsprechend des langjährigen Mittels um 2 % p. a. entwickeln, werden für den ungebundenen Wohnungsneubau in den ersten 30 Jahren nur 1 % angesetzt. Dies entspricht der Beobachtung, dass neu errichtete Wohnungen das Qualitätsmerkmal „Neubau" mit den Jahren verlieren und sich mit ihrem Mietniveau dem Bestandsmarkt annähern.

Für den geförderten Wohnungsbau gilt der Mietsteigerungspfad der Wohnungsbauförderung. Dieser ist mit 1,5 % der Bewilligungsmiete festgelegt. Bei einer Bewilligungsmiete von 6,40 €/m² im Förderweg A (Mietenstufe 4) steigt die Miete damit jährlich um 9,6 Cent (und damit linear und nicht exponentiell wie andere Preisentwicklungen). Nach Ablauf der Belegungsbindung wird eine Mietstei-

gerung von 3 % p. a. unterstellt, bis sich der Mietpreis der geförderten Wohnung dem Bestandsmarkt angenähert hat. Mit dieser Annahme bleibt die Beispielrechnung hinter der nach BGB und Mietpreisbremse maximal möglichen 15 % innerhalb von 3 Jahren zurück. Eine solche maximale Mietpreissteigerung ehemals geförderter Wohnungen über mehrere Jahre hinweg ist weder in der Praxis bestandshaltender Wohnungsunternehmen beobachtbar, noch kann sie von der städtischen Wohnungspolitik gewollt sein und deshalb unterstellt werden.

In der Abbildung ist sowohl der Pfad für geförderte Wohnungen mit einer Bindungsdauer von 30 Jahren und mit einer Bindungsdauer von 60 Jahren abgebildet. Klar ist – und so ist es auch das Ziel solcher Regelungen –, dass bei einer Verlängerung der Bindungsdauer die Wohnungen langfristig deutlich unter dem Marktniveau verbleiben. Ausgehend von den getroffenen Annahmen liegt der Mietpreis für eine geförderte Wohnung (6,40 €/m²) heute ca. 50 % unter dem Niveau einer Neubauwohnung (13,00 €/m²) und 33 % unter dem Niveau einer Bestandswohnung (9,50 €/m²). Nach 30 Jahren Mietpreisbindung liegt die geförderte Wohnung (9,28 €/m²) bereits 46 % unter dem Niveau des Bestandsmarkts (17,21 €/m²). Würde die Belegungsbindung um weitere 30 Jahre verlängert, läge die geförderte Wohnung (12,16 €/m²) um 61 % unter dem Niveau des

Abb. 14: Kapitalwert geförderter Wohnungsbauinvestitionen (Wohnraumförderung NRW 2022) mit verschiedenen Bindungsdauern über den Förderzeitraum hinaus auf einem Erbbaugrundstück in Abhängigkeit vom Erbbauzins



weitere Annahmen: Vertragslaufzeit: 90 Jahre; Entschädigung nach Zeitablauf: 100%; Bodenwert: 600 €/m²; Wohnraumförderbestimmungen des Landes Nordrhein-Westfalen (02/2022), Mietenstufe 4; Baukosten: 3.350 €/m²; Reinvestition nach 30 Jahren: 50% der Neubaukosten

Quelle: eigene Berechnungen

Bestandsmarkts (31,17 €/m²). Auch wenn die Mietpreisbindung nach 30 Jahren aufgehoben wird, läge die ehemals geförderte Wohnung (22,52 €/m²) aufgrund der nachholenden Mietpreisentwicklung noch 28 % unter dem Niveau des Bestandsmarkts.

In der Situation eines mit Bindungsverlängerungen ausgestatteten Erbbaurechtsvertrags haben diese Mindereinnahmen durch die gebundenen Wohnungsmieten einen durchschlagenden Effekt auf die Wirtschaftlichkeit eines Wohnungsbauvorhabens. Ohne zusätzliche Kompensationsmittel sinkt der Kapitalwert bei 10 Jahren Bindungsverlängerung von -285 €/m² auf rund -640 €/m², bei einer Gesamtbindungsdauer von 50 Jahren auf ca. -880 €/m² und bei einer Verdopplung der Bindungsdauer auf rund -1.025 €/m².[10] Würde durch ein Erbbaurecht also eine Verdopplung der Bindungsdauer vereinbart, so würde daraus eine Belastung von 740 €/m² entstehen. Eine Kompensation über den Erbbauzins wäre in diesem Falle nicht vollständig möglich. Selbst bei einem Erbbauzins von 0 % wäre der Investor noch um knapp 300 €/m² Wohnfläche schlechter gestellt als bei einer 30-jährigen Mietpreisbindung mit einem marktgerechten Erbbauzins von 1,6 %.

[10] Da in den nachfolgenden Berechnungen Bindungsdauern von bis zu 60 Jahren berechnet wurden, wurde der Betrachtungszeitraum für diese Auswertungen von 30 Jahren auf 60 Jahre ausgeweitet. Aus diesem Grund weicht der Kapitalwert für den geförderten Wohnungsbau von dem in Abschn. 6.3.1 genannten Wert ab, der für einen 30-jährigen Zeitraum berechnet wurde.

ZJUSAMMENFASSUNG

- Sozialbindungen drücken die erzielbaren Mieten und damit auch den Kapitalwert insbesondere bei Bindungsverlängerungen deutlich unter das Marktniveau.
- Obwohl rechtlich gesehen Sozialbindungen über die gesamte Laufzeit des Erbbaurechts auferlegt werden können, ist die Wirtschaftlichkeit für den Investor dann normalerweise nicht mehr gegeben.

6.3.3 Kompensation über eine Herabsetzung des Erbbauzinses

Um bezahlbares Wohnen im Kontext mit kommunalen Erbbaurechten zu bezuschussen, wäre eine Anpassung der Wohnraumförderung des Landes wünschenswert. Soweit dies noch nicht der Fall ist bzw. die nötigen Förderwirkungen nicht erreicht werden, kann der Erbbauzins herabgesetzt werden (zu den rechtlichen Voraussetzungen s. Abschn. 5). Dies kann durchaus auch für die (Beleihungs-) Wertermittlung hilfreich sein (Abschn. 5.2). Technisch kann die Herabsetzung des Erbbauzinses

- entweder über die Reduktion des Erbbauzinssatzes (gegenüber einem marktüblichen Erbbauzinssatz) geschehen, der auf den Verkehrswert des Bodens (oder einen angenäherten Verkehrswert) angelegt wird
- oder über die Anlegung eines marktüblichen Erbbauzinssatzes auf einen gegenüber dem Verkehrswert des Bodens reduzierten Bodenwert als „Bemessungsgrundlage".

Während in dem Fall ohne eine Änderung der Bewirtschaftungskonditionen die Herabsetzung des Erbbauzinses unter das marktgerechte Erbbauzinsniveau (in der Beispielberechnung in Abschn. 6.3.2 entsprechend < 1,6 %) eine Förderwirkung entfalten kann, zeigen die Berechnungen zur Bindungsverlängerung, dass bei den aktuellen Marktbedingungen eine Kompensation solcher Bindungsverlängerungen nur über die Absenkung des Erbbauzinses kaum bzw. nur für sehr kurze Zeiträume möglich ist. Hier sind andere Kompensationsmecha-

nismen zwingend erforderlich (s. Abschn. 6.3.4).

Unabhängig davon, welcher Weg gewählt wird, ist hierbei zunächst die Bemessung der Reduktion problematisch. Zwar ist die Ermittlung von „sozialverträglichen", also unter Inkaufnahme der Sozialbindungen ermittelten Ertragsanforderungen denkbar. Die Logik ist hierbei ähnlich wie bei der Ermittlung eines Residualwerts: Von den aufgrund der Sozialbindung reduzierten Erträgen werden die operativen Kosten sowie diejenigen der Fremdfinanzierung in Abzug gebracht. Vor dem Hintergrund der Verzinsungsanforderungen des Eigenkapitals wird sodann ermittelt, wie hoch der Erbbauzins noch sein darf. Ähnlich wie beim Residualwert ergibt sich jedoch einmal eine ungünstige Fehlerfortpflanzung, so dass erhöhte Ergebnisunsicherheiten bestehen (Kanngießer et al. 2007, S. 348).

Zudem bestehen die Beeinträchtigungen des Erbbaurechtsnehmers durch Sozialbindungen ja nicht nur in den unmittelbaren Ertragseinbußen, sondern auch in weitergehenden Eingriffen in die Verfügungsrechte. Hierbei geht es u. a. um die Reduktion der Anpassungsmöglichkeiten bei sich ändernden Umweltbedingungen (z. B. bei Vertragsabschluss nicht vorhergesehenen preislichen Verwerfungen etwa aufgrund einer Hyperinflation) und zusätzlichen Nachverhandlungskosten (z. B. Änderungen der Zielgruppen der Sozialbindung). Diese Beeinträchtigungen der Verfügungsrechte sind schwer zu quantifizieren (im Rahmen des Münchner Verfahrens kommen sie lediglich in pauschalen Abschlägen zum Ausdruck, s. Abschn. 4.2).

Zu nennen ist in diesem Zusammenhang auch die Problematik bislang nicht bekannter Marktanpassungsfaktoren bei Vorhandensein von Sozialbindungen (weder bei Volleigentum noch bei Erbbaurechten).

Eine weitere Problematik besteht in Form von Diskontierungsverlusten. Für den Erbbaurechtsgeber stellen die Abschläge vom Erbbauzins künftige Einnahmenminderungen dar, für den Erbbaurechtsnehmer Ersparnisse. Um die wirtschaftlichen Wirkungen der Abschläge bei den künftigen Erbbauzinsen zu ermitteln, müssten diese diskontiert werden. Die Kommune muss aber aufgrund ihrer Präferenzen und des geringen Risikos des Erbbaurechtsgebers (s. Abschn. 3.1) regelmäßig mit einem deutlich geringeren Kapitalisierungszinssatz als der Erbbaurechtsnehmer diskontieren, der ja den Großteil des unternehmerischen Risikos trägt. Die Summe der Barwerte des Erbbauzinsverzichts auf Seiten des Erbbaurechtsgebers ist daher i. d. R. deutlich höher als die Summe der Barwerte der Erbbauzinsersparnisse beim Erbbaurechtsnehmer. Mit anderen Worten: Der kommunale Erbbaurechtsgeber gibt über eine Reduktion des Erbbauzinses mehr Förderung hin als beim privaten Erbbaurechtsnehmer ankommt. Diese Effekte können durchaus beachtlich sein. Vermeiden lassen sich diese Diskontierungsverluste nur durch Einmalzahlungen. Dann kommt beim Erbbaurechtsnehmer dasselbe an, wie der Erbbaurechtsgeber verausgabt.

Schließlich stellt der Versuch, den Erbbauzins aus sozial- oder städtebaupolitischen Gründen zu modifizieren, auch einen Verstoß gegen die Tinbergen-Regel als fundamentale Einsatzregel für (wirtschafts-) politische Instrumente dar (Tinbergen 1952). Die Tinbergen-Regel gilt in gleicher Weise für die verschiedensten Ebenen des Staats, darunter auch für Kommunen. Sie besagt, dass sich regelmäßig mit einer einzigen Maßnahme nicht mehrere Ziele gleichzeitig erreichen lassen. Jedes wirtschaftspolitische Ziel benötigt vielmehr ein (linear) unabhängiges Instrument. Bezogen auf den Erbbauzins heißt dies beispielsweise, dass er ohne Weiteres (!) eben nicht zugleich ein marktadäquates Entgelt für die Vergabe von Flächennutzungen und zugleich die Kompensation von Sozialbindungen darstellen kann. Es besteht dann die Gefahr, dass beide Ziele mehr oder weniger verfehlt werden. Konkret:

- Durch die Minderungen des Erbbauzinses gegenüber der marktüblichen Höhe sollen die Einnahmenausfälle und Eingriffe in die Verfügungsrechte möglichst marktgerecht kompensiert werden, welche der Erbbaurechtsnehmer durch die Sozialbindung erleidet.

- Andererseits soll ein marktüblicher Erbbauzins auch sicherstellen, dass die knappe Ressource Fläche nicht nur gewinnbringend bewirtschaftet werden kann, sondern auch effizient genutzt wird. Dies gilt v. a. bezüglich der frei vermieteten Wohnungsanteile. Bei einer zu geringen Festsetzung des Erbbauzinses besteht die Gefahr, dass Ineffizienzen auftauchen: So könnte die Errichtung der Bebauung verzögert werden oder die Ausnutzung der Grundstücksfläche durch die Bebauung zu gering ausfallen, wenn der Druck auf eine effiziente Nutzung des Grundstücks durch den Erbbauzins unzureichend ist. Vermieden werden könnte dies nur durch entsprechende Bestimmungen im Erbbaurechtsvertrag, die diesen aber beschweren (und damit zu Abschlägen bei der Bewertung führen) und auch erst einmal durchgesetzt werden müssen (Verhandlungskosten, rechtliche Auseinandersetzungen).

Zwar ist die Verfolgung sozialpolitischer Ziele über Reduktionen des Erbbauzinses nicht nur bei kommunalen Erbbaurechtsausgebern, sondern auch bei kirchlichen Eigentümern durchaus üblich (z. B. „Abkindern" des Erbbauzinses). Ein Leitbild können diese Gestaltungen allerdings nicht darstellen.

ZUSAMMENFASSUNG

- Bei fehlender Wirtschaftlichkeit aufgrund unzureichender Landesförderungsprogramme besteht die Möglichkeit einer weitergehenden Absenkung des Erbbauzinses.
- Wird dieser Weg gegangen, sollte ein marktgerechter Erbbauzinssatz auf einen als tragfähig erachteten Bodenwert angelegt werden.
- Die Spielräume, um über eine Absenkung des Erbbauzinses Wohnungsbauprojekte mit Sozialbindung rentabel zu machen, sind aber begrenzt.
- Zudem sind mit einer Absenkung des Erbbauzinses auch Ineffizienzen verbunden.

6.3.4 Kompensation über eine Umgestaltung der Förderkulisse

Um einerseits einen marktgerechten Erbbauzins zu ermöglichen, andererseits aber auch die sozialpolitischen und städtebaulichen Ziele zu erreichen, wäre es wünschenswert, die Förderlogik umzugestalten und die Kompensation der Sozialbindung insbesondere von der Festsetzung des Erbbauzinses zu separieren. Dies kann dadurch geschehen, dass Erbbaurechte in die Förderkulisse des Landes explizit eingebunden werden oder durch Programme der Kommunen ergänzt werden, die solche Bindungsverlängerungen einsetzen möchten. Anzuknüpfen wäre an bauliche Maßnahmen. Solche baulichen Maßnahmen können die erstmalige Errichtung des Gebäudes, aber auch die periodischen Renovierungszyklen, die energetische Sanierung oder „Umrüstungen" z. B. auf alten- oder familiengerechtes Wohnen darstellen. Jede dieser baulichen Maßnahmen könnte konkret finanziell unterstützt und dabei auch mit einer zeitlich beschränkten Sozialbindung versehen werden. Keinesfalls sollten jedoch dem Erbbaurechtsnehmer ohne weitere Kompensationen Sozialbindungen über die gesamte Nutzungsdauer hinweg auferlegt werden, wenngleich dies rechtlich möglich ist. Nachfolgend werden verschiedene mögliche Komponenten einer Umgestaltung der Förderkulisse diskutiert.

a) Sukzessive Förderung

Im Wesentlichen würde es sich bei einer solchen Regelung um eine Anschlussfinanzierung an die reguläre Wohnungsbauförderung handeln. Sind nach erstmaligem Ablauf der Belegungsbindung nach 30 Jahren Investitionen in den Bestand notwendig (Renovierungszyklus), würden dem Wohnungsunternehmen Baukostenzuschüsse oder Förderdarlehen bereitgestellt, mit deren Inanspruchnahme sich das Wohnungsunternehmen erneut zu einer Sozialbindung (beispielsweise für weitere 30 Jahre) verpflichtet. Allerdings sind die Förderkonditionen in 20, 30 Jahren zum heutigen Zeitpunkt nicht vorhersehbar. Sollte sich der Wohnungsbauinvestor dennoch zum heutigen Zeitpunkt auf eine verlängerte Bindungsdauer festlegen müssen, würde er damit ein kaum zu kalkulierendes Risiko eingehen. Es liegt daher nahe, im Erbbaurechtsvertrag zu vereinbaren, dass eine Anschlussförderung mit verlängerter bzw. neu vereinbarter Sozialbindung nur dann in Anspruch zu nehmen ist, wenn dies wirtschaftlich zumutbar ist. Ähnlich will auch Stuttgart (2022, S. 7, Variante 1) vorgehen.

b) Endfälliges Förderdarlehen

Die ausgegebenen Förderdarlehen könnten zudem nicht mehr als Tilgungsdarlehen, sondern als langfristige Fälligkeitsdarlehen ausgestaltet werden, die nach Ablauf einer 30-jährigen Förderperiode in einem Betrag zurückzuzahlen sind. Diese Rückzahlung kann der Investor vermeiden, wenn er sich für eine weitere Förderperiode auf die Fortführung (ggf. auch mit Modifikationen) der Sozialbindung verpflichtet. Zum Ablauf des Erbbaurechtsvertrags erfolgt dann endgültig die Rückzahlung des Kredits, wobei eine Verrechnung mit dem Entschädigungsanspruch gegenüber der Kommune für das an diese übergehende Gebäude stattfinden kann. Auf diese Weise wird eine erhöhte Liquiditätsbelastung beider Partner vermieden und es auch möglich, im Rahmen der Renovierungszyklen die Förderkonditionen und Sozialbindungen gegen Ende der jeweiligen Förderzyklen nachzuverhandeln, ohne dass man sich auf die Wirkung einer weitgehend unverbindlichen Sprechklausel verlassen muss (s. Abschn. 3.4).

c) Ausgestaltung als Nachrangdarlehen

Das Förderdarlehen kann nachrangig ausgestaltet werden. Es handelt sich dann um günstiges Fremdkapital, das abgesehen von der Sozialbindung mit keinen weitergehenden Mitsprachemöglichkeiten seitens der Kommune verbunden ist. Insoweit kann eine unerwünschte Einschränkung der unternehmerischen Autonomie vermieden werden. Durch den Nachrang hat das Darlehen jedoch zugleich eine partielle Eigenkapitalfunktion, wenn im Zuge der Renovierungs- und Modernisierungszyklen weitere Bankenkredite aufgenommen werden müssen. Durch diese Konstruktion kann die in Abschn. 4.2 dargestellte Finanzierungslücke geschlossen werden, die ansonsten bei der Beleihung von Erbbaurechten entstehen kann.

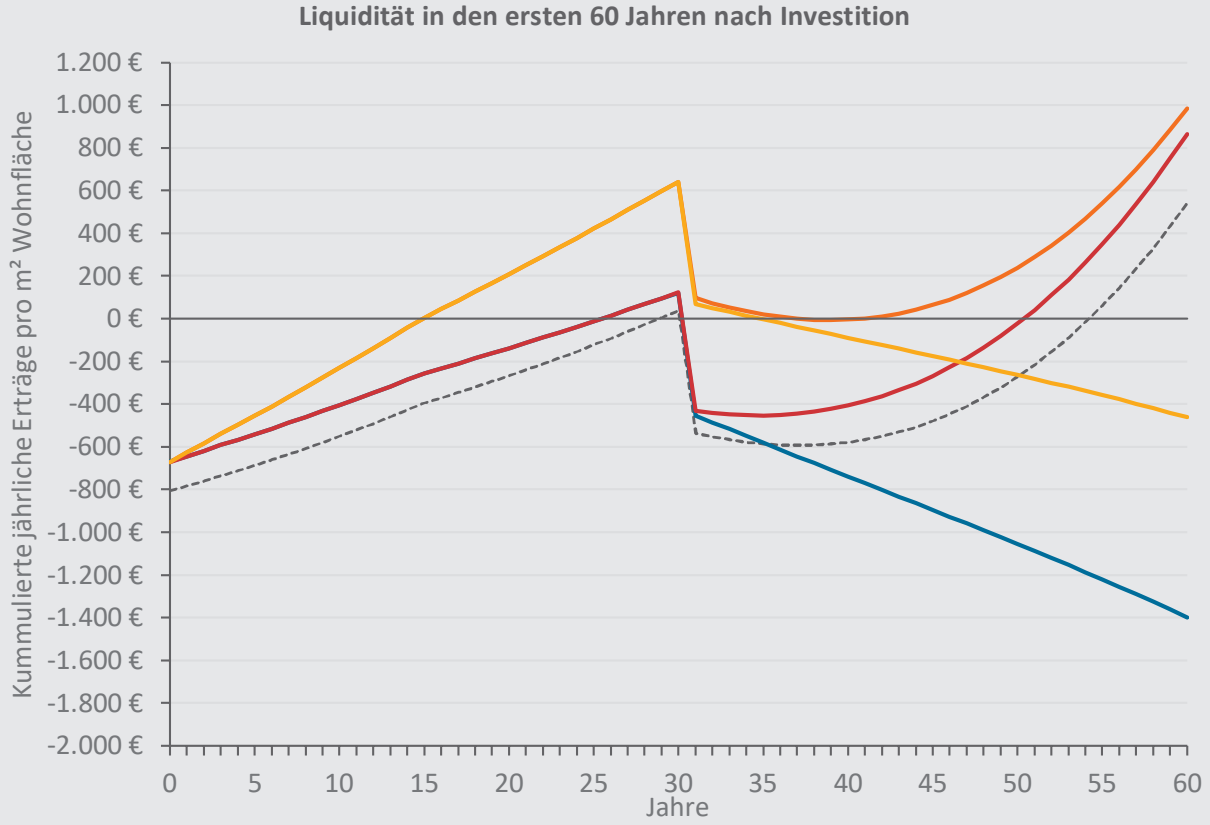
d) Erbbaurechtsvertrag

Im Erbbaurechtsvertrag könnte lediglich festgehalten werden, dass die anfänglich eingegangene Sozialbindung nach Auslaufen des Förderzyklus grundsätzlich fortzuführen ist, sofern dies vor dem Hintergrund der dann geltenden Förderkulisse wirtschaftlich zumutbar ist (s. oben). Damit besteht für den Investor zugleich eine Exit-Option, die ihn gegen inakzeptable Forderungen seitens der öffentlichen Hand schützt. Bei einem endfälligen Förderdarlehen wird er diese Option jedoch allein

schon wegen der hiermit verbundenen Liquiditätsbelastung nicht leichtfertig ausüben. Lässt er sich aber auf eine Fortführung der Sozialbindung ein, kann er die Rückzahlung des Förderkredits vermeiden und erhält weitere Mittel.

Abb. 15 zeigt, dass auf diese Weise das Problem reduziert wird, dass nach Ablauf des Förderzeitraums dem Investor zu wenige Mittel für eine Reinvestition zur Verfügung stehen. Die in gelb eingezeichnete Linie markiert nach 30 Jahren einen deutlich höheren Liquiditätsrahmen als dies in dem Fall der klassischen Wohnungsbauförderung in Nordrhein-Westfalen der Fall ist. Mit Blick auf die Liquidität in den 30 Jahren nach der zweiten Investitionswelle wird jedoch klar, dass es weitere Anreize für eine Verlängerung der Sozialbindung benötigt. Neue Zuschüsse bzw. neue Förderdarlehen für diese baulichen Maßnahmen müssen die Attraktivität dieses Segments erhöhen, da ansonsten binnen weniger Jahre die Optionen mit einer kürzeren Bindungsdauer wirtschaftlich deutlich attraktiver werden.

Abb. 15: Liquidität in den ersten 60 Jahren nach der Investition für verschiedene Bindungsdauern und Finanzierungsdauern eines geförderten Wohnungsbaus



		Bindungsdauer	
		30 Jahre	60 Jahre
Erbbaurecht (1,5%)	aktuelle Wohnungsbauförderung (30 J.)	—	—
	Endfälliges Darlehen (60 J.)	—	—
Vollerwerb	aktuelle Wohnungsbauförderung (30 J.)	---	

weitere Annahmen: Vertragslaufzeit: 90 Jahre; Entschädigung nach Zeitablauf: 100%; Bodenwert: 600 €/m²; Wohnraumförderbestimmungen des Landes Nordrhein-Westfalen (02/2022), Mietenstufe 4; Baukosten: 3.350 €/m²; Reinvestition nach 30 Jahren: 50% der Neubaukosten; ohne Verzinsung der Erträge

Quelle: eigene Berechnungen

In dem hier vorgeschlagenen Modell werden die Details in die Förderkulissen des Landes und der Kommunen ausgelagert. Dies ermöglicht eine Verschlankung der Erbbaurechtsverträge und damit einhergehend eine Minimierung der Abschläge bei der Beleihungs- und Verkehrswertermittlung (s. Abschn. 4.2).

Der Vorschlag läuft also darauf hinaus, die Sozialbindungen von den Erbbaurechtsverträgen grundsätzlich zu entkoppeln und in eigenständige Förderkulissen von Land und Kommunen zu verlagern. Im Idealfall wird der Erbbauzins marktüblich festgelegt und nicht durch eine ökonomische Kompensation der Sozialbindungen beeinflusst. Diese findet separiert hiervon im Rahmen der Förderkulissen von Land und Kommunen statt. Eine solche Entkopplung entspricht im Übrigen auch der Tinbergen-Regel (s. Abschn. 6.3.3).

ZJUSAMMENFASSUNG

- Vorzugswürdig wäre eine Umgestaltung der Förderkulisse seitens des Landes.
- Dabei könnte eine sukzessive Förderung bzw. Nachförderung im Rahmen der Renovierungszyklen stattfinden, wobei die Sozialbindungen jeweils nachadjustiert werden.
- Hierbei könnte mit nachrangigen Förderdarlehen gearbeitet werden, die als Fälligkeitsdarlehen ausgestaltet und revolvierungsfähig sind.
- Des Weiteren steht auch das Instrument des Tilgungsnachlasses zur Verfügung.

6.3.5 Unterstützung mithilfe von Kommunalbürgschaften

Eine weitere Möglichkeit, die Finanzierungslücke bei Erbbaurechten zu schließen, bestünde in der Gewährung von kommunalen Bürgschaften, die mit einer weiteren Spezifikation der Sozialbindung verknüpft werden. Dabei ist allerdings das Vergabe- bzw. das Beihilfe- und Haushaltsrecht zu beachten. § 87 Abs. 2 GO NRW setzt für Bürgschaften Grenzen: Hiernach darf die Gemeinde Bürgschaften und Verpflichtungen aus Gewährverträgen nur „im Rahmen der Erfüllung ihrer Aufgaben" übernehmen. Eine kommunale Bürgschaft kommt etwa zugunsten von Unternehmen in Betracht, an denen die Gemeinde beteiligt ist. Sie scheidet aber bei Gewährverträgen, die dazu dienen, das private unternehmerische Risiko zu senken, und damit zugunsten privater Unternehmen, an denen die Gemeinde nicht beteiligt ist, nach verbreiteter Auffassung aus (Rosario 2021, § 87 GO NRW, Rn. 3 m. w. N.).

Bürgschaften einer Gemeinde können darüber hinaus beihilferechtliche Fragen aufwerfen. Möglicherweise sind sie als „Beihilfen" im Sinne des EU-Rechts notifizierungspflichtig, was der Gemeinde gewisse Prüfungsschritte auferlegt, um herauszufinden, ob in der jeweiligen Bürgschaft eine EU-rechtlich relevanten Beihilfe vorliegt oder nicht. Hierzu gehört u. a. die Ermittlung der marktüblichen Prämie für eine der gewährten Bürgschaft vergleichbare Bürgschaft (vgl. hierzu näher IM NRW 2008)

Im Übrigen ist die Entscheidung der Gemeinde zur Übernahme einer Bürgschaft nach § 87 Abs. 1 S. 2 GO NRW der Aufsichtsbehörde unverzüglich, spätestens aber einen Monat vor der rechtsverbindlichen Übernahme, anzuzeigen.

In den o. g. engen Grenzen wäre die Gewährung einer kommunalen Bürgschaft außerhalb des Beihilferechts jedoch beispielsweise im Rahmen eines Betrauungsakts im Kontext mit einer DAWI-Maßnahme denkbar (hierzu unter Abschnitt 5.3). Zumal auch durch Bürgschaften das kommunale Obligo belastet wird, ist es ausreichend, wenn die Kom-

munalbürgschaft auf die ansonsten entstehende Differenz im Beleihungsraum zwischen Erbbaurechten und Volleigentum geschlossen wird.

ZJUSAMMENFASSUNG

- Bei fehlender Wirtschaftlichkeit aufgrund unzureichender Landesförderungsprogramme besteht die Möglichkeit einer weitergehenden Absenkung des Erbbauzinses.
- Wird dieser Weg gegangen, sollte ein marktgerechter Erbbauzinssatz auf einen als tragfähig erachteten Bodenwert angelegt werden.
- Die Spielräume, um über eine Absenkung des Erbbauzinses Wohnungsbauprojekte mit Sozialbindung rentabel zu machen, sind aber begrenzt.
- Zudem sind mit einer Absenkung des Erbbauzinses auch Ineffizienzen verbunden.

6.3.6 Unterstützung durch kommunale stille Beteiligungen

Alternativ – und ebenfalls schon heute machbar – ist an eine stille Beteiligung der Kommune am Erbbaurechtsprojekt zu denken (s. auch Abschn. 3.4). Im Rahmen einer stillen Beteiligung könnten „mehrere Fliegen mit einer Klappe" geschlagen werden:

Regelungen bezüglich der Sozialbindung etc. könnten im Rahmen des Gesellschaftsvertrags anstatt im Erbbaurechtsvertrag spezifiziert werden. Der Erbbaurechtsvertrag könnte im Gegenzug insoweit „entschlackt" werden. Gleichzeitig können die Regelungen flexibler als im Erbbaurechtsvertrag selbst laufend angepasst werden.

Mit einer stillen Beteiligung gehen jedoch – je nach Ausgestaltung – erhöhte Mitspracherechte des Erbbaurechtsgebers bezüglich des Erbbaurechtsprojekts einher. Diese sollten möglichst zurückhaltend ausgestaltet werden, um die unternehmerische Autonomie des Erbbaurechtsnehmers möglichst wenig zu beeinträchtigen. Dennoch haben sie ihren Preis; sie sind nicht zum Nulltarif zu haben. Vielmehr müssen diese durch geringere Renditeforderungen seitens der Kommune „erkauft" werden. Ein solcher Renditeverzicht hat den Charakter von „impliziten Kapitalkosten" (Süchting 1995, S. 513) und stellt daher ausdrücklich keine Subvention dar. Dennoch ist mit Blick auf das Haushaltsrecht und, wenn dies außerhalb einer entsprechenden beihilferechtlichen Einbettung geschieht (DAWI), mit Diskussionen zu rechnen – das Konzept der „impliziten Kapitalkosten" dürfte nicht jedem Justiziar geläufig sein.

Für den Erbbaurechtsnehmer bewirkt der Austausch von „expliziten", also zu zahlenden, hin zu „impliziten" Kapitalkosten eine u. U. deutliche Reduktion der Finanzierungskosten. Zudem könnte die stille Beteiligung im Nachrang gewährt werden. Insoweit hat sie dann auch Eigenkapital ersetzenden Charakter.

Ein Teil der Erträge aus der stillen Beteiligung fällt erfolgsabhängig an. Damit sitzt die Kommune wenigstens teilweise „im selben Boot" wie der Investor und bringt dadurch tendenziell ein höheres Verständnis für dessen wirtschaftliche Zwänge auf. Gleichzeitig wird das Fixkostenrisiko (Leverage-Risiko) reduziert. Allerdings sollte der variabel zu zahlende Gewinnanteil – parallel zu den Mitspracherechten des Erbbaurechtsgebers – im Vertrag über die stille Beteiligung so gering wie möglich gehalten werden, da ansonsten die Kommune in erhöhtem Maße im Risiko steht. Die erhöhte Risikoexposition zieht auch erhöhte Kapitalkostenforderungen der Kommune nach sich.

Die Rückzahlung der stillen Beteiligung kann bei Beendigung des Erbbaurechtsverhält-

nisses erfolgen. Hierbei kann eine vollständige oder teilweise Verrechnung mit den Forderungen des Erbbaurechtsnehmers erfolgen, zumal das auf den Erbbaurechtsgeber übergehende Gebäude von diesem entschädigt werden muss. Beide Seiten werden hierdurch liquiditätsmäßig entlastet und müssen – anders als bei konventionellen Erbbaurechtsmodellen – insoweit keine Vorsorge treffen.

Das Modell mit Einbeziehung der stillen Beteiligung versucht, die Stärken beider Partner nutzbar zu machen: Der private Investor ist in der Lage, das Gebäude effizient zu errichten und zu bewirtschaften. Außerdem kann er weite Teile der Risiken tragen. Die Kommune kommt zu guten Konditionen an Finanzmittel und gibt ihre Bonität teilweise an den Investor weiter – zum Wohle der Mieter als weitere Stakeholder.

Allerdings wurden mit dem hier skizzierten Modell noch keine praktischen Erfahrungen gemacht. Es fehlen noch Musterverträge und entsprechende Leuchtturmprojekte, die auch als Vorlage für die Ausgestaltung der Erbbaurechtsverträge dienen könnten.

ZUSAMMENFASSUNG

- Eine interessante Möglichkeit, Erbbaurechtsprojekte mit Sozialbindungen zusätzlich zu fördern, stellen stille Kapitalbeteiligungen der Kommune beim Erbbaurechtsgeber dar.
- Die Renditeforderungen der Kommune könnten hier beschränkt werden, da die Kommune im Austausch auch Mitsprachemöglichkeiten erhält.
- Gleichzeitig können die Details der Sozialbindungen aus dem Erbbaurechtsverhältnis herausgenommen und im Rahmen der stillen Gesellschaft geregelt werden.
- Allerdings handelt es sich um rechtliches Neuland; es bestehen noch keine Erfahrungen mit derartigen Konstruktionen.

6.4 Das Erbbaurecht an vier Beispielvorhaben

Die in den vorangegangenen Kapiteln analysierten wirtschaftlichen Zusammenhänge der Erbbaurechtsvergabe spiegeln sich auch in den vier Beispielvorhaben wider, welche von den Mitgliedskommunen des Forum Baulandmanagement NRW in die Erstellung dieser Arbeitshilfe eingebracht wurden. Bei diesen Vorhaben handelt es sich um kommunale Grundstücke, bei denen aktuell eine Anwendung des Erbbaurechts diskutiert wird oder schon beschlossen wurde. Gemeinsam ist den Beispielen, dass es sich um Wohnungsbauvorhaben im Mehrfamilienhausbau handelt. Auch ist ihnen gemein, dass in allen Vorhaben – vollständig oder teilweise – öffentlich geförderter Wohnungsbau errichtet werden soll. Vor allem anhand der jeweiligen Lage im Stadtgebiet und der verschiedenen Ausgangssituationen auf den lokalen Grundstücks- und Wohnungsmärkten können einige der in der Arbeitshilfe diskutierten Sachverhalte in verschiedenen Facetten betrachtet werden.

- **Aachen, Seffenter Weg:** Mit dem rund 7.300 m² großen Grundstück im Seffenter Weg verfügt die Stadt über ein gut erschlossenes Grundstück in guter innenstadtnaher Lage. Um das Grundstück für ein Wohnungsbauvorhaben nutzbar zu machen, ist zuvor jedoch der Abbruch von vier Wohnhäusern mit ca. 60 WE erforderlich. Eingeschränkt wird die Nutzbarkeit durch eine Bahnstrecke auf der Rückseite des Grundstücks. Der Wohnungsmarkt in

der Universitätsstadt Aachen ist seit Jahren angespannt und die Preise auf dem Grundstücks- und Wohnungsmarkt entsprechend hoch. Bei einem Grundstücksverkauf könnte hier ein Verkaufspreis von rund 1.000 €/m² erzielt werden, freifinanzierte Neubauwohnungen würden für voraussichtlich rund 14,00 €/m² vermietet. An diesem Standort möchte die Stadt ein urbanes Stadtquartier umsetzen, bei dem mindestens 40 % des Wohnungsbaus öffentlich gefördert errichtet werden.

- **Bocholt, Biemenhorster Weg:** Bei dem Bocholter Beispielvorhaben handelt es sich um ein städtisches Grundstück (ca. 3.100 m²) am Rand eines Neubaugebiets im südlichen Stadtrandbereich. Der vorgesehene Geschosswohnungsbau hat für das ansonsten aus Einfamilienhäusern bestehende Neubaugebiet auch eine abschirmende Funktion gegenüber einer stärker befahrenen Straße. Gleichzeitig bietet der Geschosswohnungsbau die Möglichkeit, preiswerten Wohnraum in das Neubaugebiet zu integrieren. Auf dem städtischen Grundstück sollen mindestens 30 % geförderter Wohnungsbau entstehen. Ohne die Mietpreisbindung des geförderten Wohnungsbaus würden die Neubaumieten an diesem Standort bei rund 11,00 €/m² liegen. Bei einem Verkauf des Grundstücks könnte die Stadt mit Einnahmen von rund 280 €/m² rechnen.

- **Dinslaken, Trabrennbahn:** Anders als in den beiden vorgenannten Beispielen ist das Beispielvorhaben in Dinslaken noch theoretischer Natur. Die Stadt steht vor der Entwicklung zweier großer innenstadtnaher Entwicklungsflächen: einer ehemaligen Trabrennbahn und eines ehemaligen Industriekomplexes. Auf der ehemaligen Rennbahn ist geplant, einzelne oder mehrere Grundstücksteile im Eigentum der Stadt zu behalten und für den Geschosswohnungsbau Erbbaurechte zu vergeben. Ein Anteil von mindestens 30 % ist auch hier für den öffentlich geförderten Wohnungsbau vorgesehen.

- **Münster, Markweg:** Das 1.400 m² große Beispielgrundstück Markweg liegt im Norden der Kernstadt, noch innerhalb des 2. Rings und ist Teil eines größeren Neubaugebiets (> 300 WE) auf einer ehemals landwirtschaftlich genutzten Fläche. Bei dem Grundstück handelt es sich um einen kommunalen Flächenanteil, der in Münster laut Stadtratsbeschluss in jedem Baugebiet in der Außenentwicklung obligatorischer Bestandteil ist (sog. SoBoMü) und in diesem Fall vollständig für den geförderten Wohnungsbau zur Verfügung gestellt werden soll.[11] Mit einem Bodenwert von rund 800 €/m² und einer erwarteten Neubaumiete von 14,00 €/m² liegt das Beispielvorhaben Markweg auf einem ähnlichen Preisniveau wie das Aachener Beispiel.

Bei allen vier Beispielvorhaben zeigt sich, dass das Erbbaurecht in Kombination mit dem geförderten Wohnungsbau zum Einsatz kommen soll. Dies entspricht aktuell der Motivation der meisten Städte, die sich für den vermehrten Einsatz von Erbbaurechten interessieren (siehe Befragungsergebnisse in Abschn. 2.2). Mit Blick auf die Beispielvorhaben fällt auf, dass mit Ausnahme des Münsteraner Beispiels alle Grundstücke nur zu einem Anteil im geförderten Wohnungsbau umgesetzt werden sollen. Gleichzeitig liegt es aus kommunaler Sicht nahe, den geförderten Wohnungsbau durch einen reduzierten Erbbauzins zu unterstützen. Dies kann entweder durch einen reduzierten Prozentsatz vom Bodenrichtwert (für eine ungebundene Bebauung) oder durch denselben Prozentsatz auf einen reduzierten Bodenwert erfolgen. In der vorliegenden Arbeitshilfe empfehlen wir den Weg über einen fixen Prozentsatz bezogen auf einen reduzierten Bodenwert. Voraussetzung für eine

[11] Die Sozialgerechte Bodennutzung Münster (SoBoMü) besagt, dass vor dem Start der Bauleitplanung im Außenbereich ein Flächenanteil von mind. 50 % im Besitz der Stadt sein muss. Auf diesen Flächen verpflichtet sich die Stadt mind. 60 % öffentlich geförderten Wohnungsbau zu errichten (insgesamt also mind. 30 %). Im Innenbereich ist auch die Entwicklung auf rein privaten Grundstücken möglich. Hier werden die Grundstückseigentümer/Entwickler über städtebauliche Verträge dazu verpflichtet, mind. 30 % des Wohnungsbaus öffentlich gefördert zu errichten. Bei dem Neubaugebiet, in dem das Beispielvorhaben Markweg liegt, handelt es sich um eine Entwicklung im Außenbereich, bei der ein städtischer Grundstücksanteil verpflichtend ist.

praxistaugliche Anwendung eines solchen Ansatzes ist jedoch, dass Grundstücke klar einer Nutzung zugeordnet werden können (gefördert oder freifinanziert). Dies ist auch aus der Systematik der Wohnungsbauförderung heraus empfehlenswert, da ansonsten die Differenzierung zwischen förderfähigen und nicht förderfähigen Kosten zu Schwierigkeiten führen kann. V. a. für das kleinere Beispielvorhaben in Bocholt wäre also zu prüfen, ob der geforderte Anteil geförderter Wohnungen sinnvoll in eine eigene bauliche Einheit mit eigenem Grundstücksanteil umgesetzt werden kann.

Ein weiterer Aspekt mit Blick auf die geplanten geförderten Wohnungen in den Beispielvorhaben sind die oftmals geforderten Verlängerungen der Sozialbindungen. Hierhinter verbirgt sich die Idee, dass über das Erbbaurecht die Halter der geförderten Wohnungen zu einer längeren Mietpreis- und Sozialbindung verpflichtet und so die Wohnungen für einen langen Zeitraum preiswert vermietet werden. Eine Kompensation dieser Verpflichtung – so wird bisweilen diskutiert – würde durch den reduzierten Erbbauzins erfolgen. In der vorliegenden Arbeitshilfe wurde deutlich herausgearbeitet, dass für eine solche Bindungsverlängerung eine Reduzierung des Erbbauzinses allein nicht ausreichen kann und eine zusätzliche Förderung erforderlich ist (siehe Abschn. 6.3.2). Ansonsten ist entweder damit zu rechnen, dass ein so ausgestaltetes Erbbaurecht kaum Investitionsinteresse auslöst, oder dass ein hohes Risiko für spätere Instandhaltungsdefizite oder sogar Verwahrlosung besteht.

Das für den Einsatz von Erbbaurechten oftmals vorgebrachte Argument der langfristigen Einflussmöglichkeit der Kommune auf die städtebauliche Entwicklung eines Grundstücks wird auf die Beispielgrundstücke nur bedingt zutreffen. Keines der Beispielgrundstücke befindet sich an einem so markanten Standort innerhalb des Stadtgebiets, dass die Städte mit dem Verkauf der Grundstücke eine herausragende Einflussmöglichkeit aus der Hand geben. Dennoch kann gerade für größere Neubaugebiete deren zukünftige Entwicklung nur schwer vorhergesehen werden. Insofern kann es v. a. für die Stadt Dinslaken auch aus dem Aspekt einer späteren Nachsteuerung in den großen Entwicklungsgebieten von Interesse sein, auf einzelne Grundstücke langfristig Zugriff zu haben. Auch für das Beispiel in Münster trifft dieses Argument in etwas abgeschwächter Form (da deutlich kleineres Neubaugebiet) zu.

Aus Sicht der Kommunen ebenfalls nicht zu vernachlässigen sind die fiskalischen Aspekte der Erbbaurechtsvergabe. Hier ist der Begriff des marktgerechten Erbbauzinses von zentraler Rolle. Dieser liegt dann vor, wenn sich Grundstückskauf und Erbbaurecht für den Erbbaurechtsnehmer (Investor) und den Erbbaurechtsgeber (Kommune) möglichst nicht unterscheiden. Den Ausführungen in Abschnitt 3.2.2 folgend, kann hierbei zur Orientierung der jeweils aktuelle langfristige Hypothekenzinssatz herangezogen werden. Zusätzlich haben die Auswertungen in Abschnitt 6.1 gezeigt, dass je höher die angenommene Bodenwertsteigerung im Stadtgebiet, je besser die Haushaltssituation und je kürzer die Laufzeit des Erbbaurechtsvertrags sind, umso mehr Spielraum besteht für eine Anpassung des Erbbauzinses nach unten. Das bedeutet etwa für die Stadt Münster mit einem ausgeglichenen Haushalt und einer voraussichtlich anhaltenden Bodenwertsteigerung, dass sie bei der Gestaltung des Erbbauzinses größere Spielräume hat, ohne gegenüber dem Grundstücksverkauf negative fiskalische Auswirkungen fürchten zu müssen.

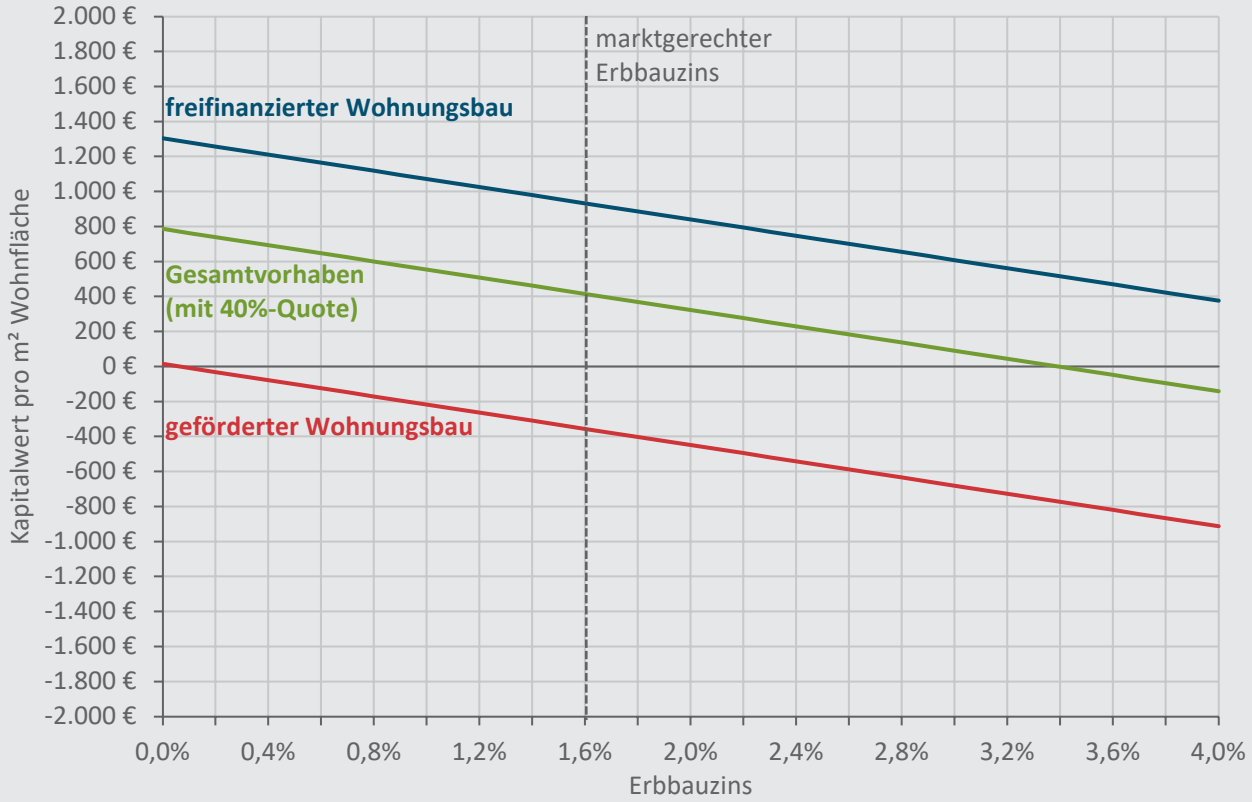
Schließlich wurden für die Beispielvorhaben Wirtschaftlichkeitsberechnungen aus Sicht eines Wohnungsbauinvestors angestellt (siehe Abb. 16 bis Abb. 19). Diese basieren auf der Methode des in der Wohnungswirtschaft gebräuchlichen „Vollständigen Finanzplans (VoFi)“. Eine Darstellung des Berechnungswegs und der Annahmen enthält der Anhang (s. Abb. 20 und Tab. 7).

Deutlich zeigt sich in den vier Beispielen der Unterschied zwischen den hochpreisigen Standorten in Aachen und Münster gegenüber den günstigeren Standorten in Bocholt und Dinslaken. Für die Anwendung des Erbbaurechts noch entscheidender als das Niveau, auf dem sich die Erträge befinden, ist die Spreizung in Abhängigkeit vom Erbbauzins. Während Städte wie Münster und

Aachen durch die Ausgestaltung des Erbbauzinses merkliche Vergünstigungen oder Verteuerungen für den Wohnungsbau auf Erbbaugrundstücken bewirken können, sind diese Effekte an den günstigeren Standorten deutlich geringer. Anders ausgedrückt: Setzt die Stadt Dinslaken einen um 0,5 Prozentpunkte höheren Erbbauzins an, so fällt dies dem Wohnungsbauinvestor kaum ins Gewicht, da sich die Erbbauzinszahlungen auf einen vergleichsweise günstigen Bodenwert beziehen. Setzt die Stadt Münster einen um 0,5 Prozentpunkte günstigeren Erbbauzins an (z. B. für den geförderten Wohnungsbau), so kann sie damit bereits eine merkliche Entlastung des Wohnungsbaus erreichen und damit die Umsetzung spezifischer Wohnungsbausegmente fördern. V. a. Städte mit besonders hohen Bodenwerten erhalten durch das Erbbaurecht also ein zusätzliches Steuerungsinstrument. Zu bedenken ist selbstverständlich, dass ausbleibende Erbbauzinsen für die Kommune ebenso wirken wie ein vergünstigter Abgabepreis beim Grundstücksverkauf. Dies gilt insbesondere dann, wenn sich die Erbbauzinsen unterhalb eines marktgerechten Niveaus bewegen.

Beispielgrundstück:	**Seffenter Weg, Aachen**
Grundstücksfläche:	ca. 7.300 m²
Lagetyp:	gute und gut angeschlossene innerstädtische Wohnlage
Planung:	Neubau eines urbanen Stadtquartiers
Wohnfläche:	ca. 8.200 m²
Nutzungsmix:	Mehrfamilienhäuser mit Anteil gefördertem Wohnungsbau (mind. 40%)
Bodenpreis:	1.000 €/m² (bei GFZ 1,5)
Mieteinnahmen:	14,00 €/m² Mietenstufe 4 im geförderten Wohnungsbau 6,40 €/m² im Förderweg A, 7,20 €/m² im Förderweg B

Wirtschaftlichkeit in den ersten 30 Jahren nach Investition



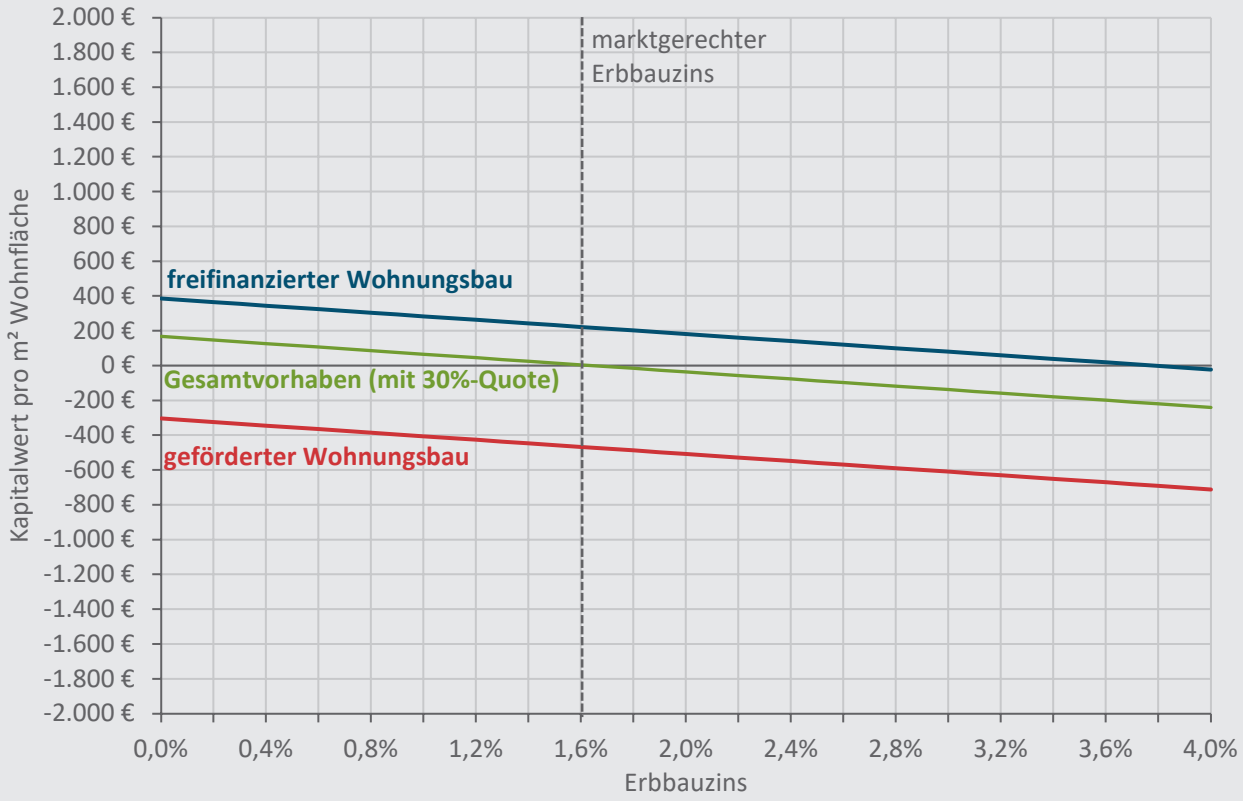
weitere Annahmen: Vertragslaufzeit: 90 Jahre; Entschädigung nach Zeitablauf: 100%; Baukosten: 3.350 €/m², Bestandsmiete: 9,50 €/m²

Quelle: eigene Berechnungen

Abb. 16: Beispielgrundstück Seffenter Weg, Aachen

Beispielgrundstück:	**Biemenhorster Weg, Bocholt**
Grundstücksfläche:	ca. 3.100 m²
Lagetyp:	Ortsteil Biemenhorst; Stadtrandbereich
Planung:	Mehrfamilienhausriegel, auch zum Schutz der innnenliegenden Bebauung
Wohnfläche:	ca. 1.850 m²
Nutzungsmix:	Mehrfamilienhäuser mit Anteil gefördertem Wohnungsbau (mind. 30%)
Bodenpreis:	280 €/m² (bei GFZ 0,8)
Mieteinnahmen:	11,00 €/m² Mietenstufe 3 im geförderten Wohnungsbau 5,90 €/m² im Förderweg A, 6,60 €/m² im Förderweg B

Wirtschaftlichkeit in den ersten 30 Jahren nach Investition



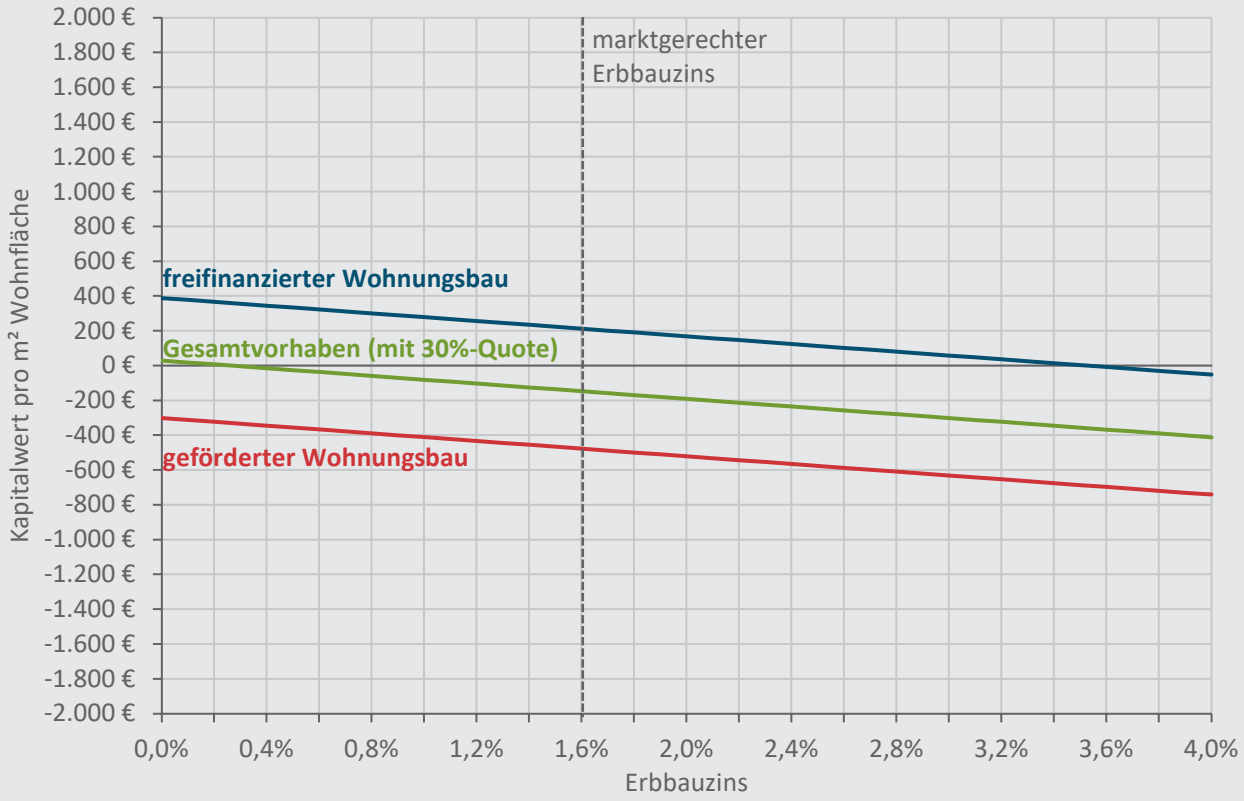
weitere Annahmen: Vertragslaufzeit: 90 Jahre; Entschädigung nach Zeitablauf: 100%; Baukosten: 3.350 €/m²; Bestandsmiete: 6,50 €/m²

Quelle: eigene Berechnungen

Abb. 17: Beispielgrundstück Biemenhorster Weg, Bocholt

Beispielgrundstück:	**Beispielfläche in Dinslaken (Flächenentwicklung Trabrennbahn)**
Grundstücksfläche:	Teilfläche mit beispielhaft 5.000 m²
Lagetyp:	Innenstadtnahe Flächenentwicklung
Planung:	Innenstadtnahes Quartier mit verschiedenen Bauformen und Nutzungen
Wohnfläche:	4.500 m²
Nutzungsmix:	Mehrfamilienhäuser mit Anteil gefördertem Wohnungsbau (mind. 30%)
Bodenpreis:	400 €/m² (bei GFZ 1,2)
Mieteinnahmen:	11,00 €/m² Mietenstufe 3 im geförderten Wohnungsbau 5,90 €/m² im Förderweg A, 6,60 €/m² im Förderweg B

Wirtschaftlichkeit in den ersten 30 Jahren nach Investition



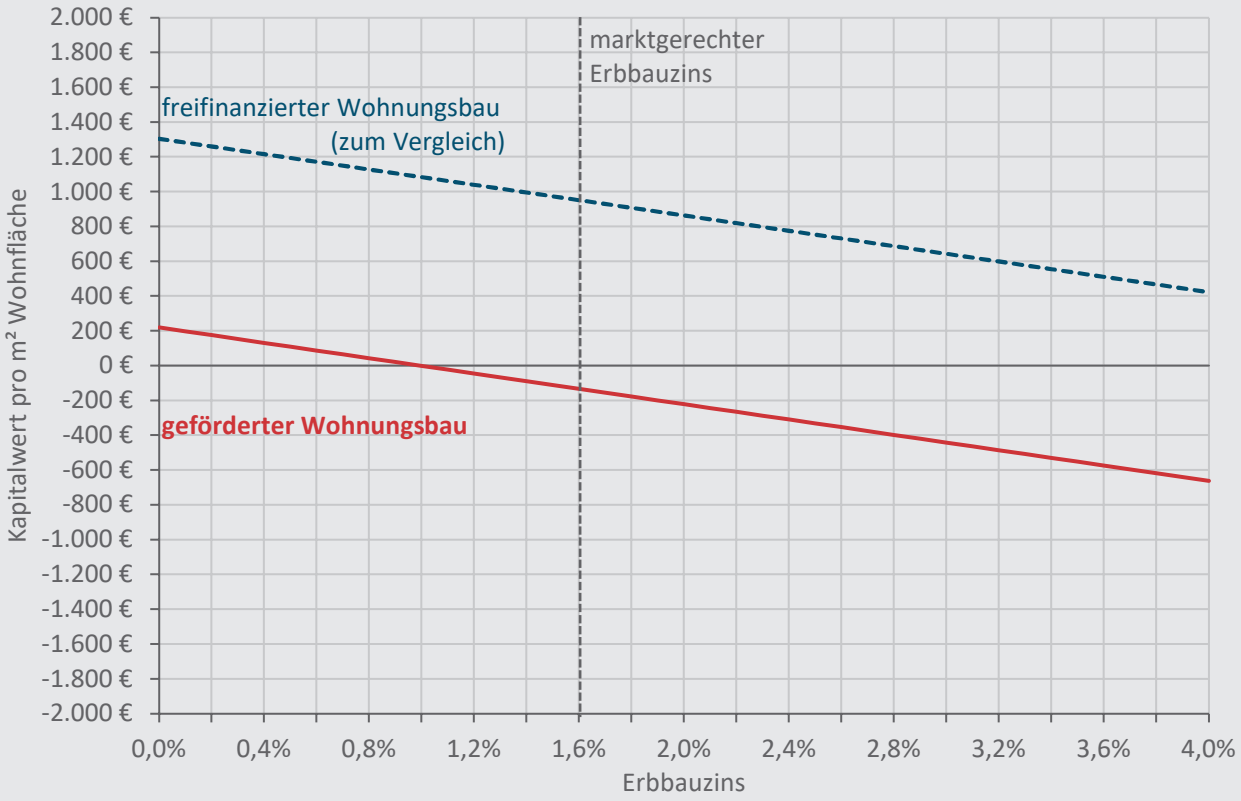
weitere Annahmen: Vertragslaufzeit: 90 Jahre; Entschädigung nach Zeitablauf: 100%; Baukosten: 3.350 €/m²; Bestandsmiete: 6,50 €/m²

Quelle: eigene Berechnungen

Abb. 18: Beispielgrundstück Trabrennbahn, Dinslaken

Beispielgrundstück:	**Markweg, Münster**
Grundstücksfläche:	ca. 1.550 m²
Lagetyp:	Innerstädtische Lage (2. Ring)
Planung:	Urbanes Stadtquartier, aufgelockerter Geschosswohnungsbau und EFH
Wohnfläche:	ca. 1.400 m²
Nutzungsmix:	Mehrfamilienhäuser im öffentlich geförderten Wohnungsbau (100%)
Bodenpreis:	800 €/m² (bei GFZ 1,2)
Mieteinnahmen:	14,00 €/m² Mietenstufe 5 im geförderten Wohnungsbau 7,00 €/m² im Förderweg A, 7,80 €/m² im Förderweg B

Wirtschaftlichkeit in den ersten 30 Jahren nach Investition



weitere Annahmen: Vertragslaufzeit: 90 Jahre; Entschädigung nach Zeitablauf: 100%; Baukosten: 3.350 €/m², Bestandsmiete: 9,50 €/m²

Quelle: eigene Berechnungen

Abb. 19: Beispielgrundstück Markweg, Münster

7 Fazit: Chancen und Herausforderungen beim Einsatz von Erbbaurechten

Das vermehrte Interesse am Erbbaurecht resultiert derzeit vor allem aus dem politischen Ziel, dauerhaft bezahlbaren Wohnraum bereitzustellen. Denn vielerorts wurde in den letzten Jahren die Erfahrung gemacht, dass die vor zwanzig oder dreißig Jahren ausgegebenen Förderdarlehen und die daran gekoppelten Mietpreis- und Belegungsbindungen heute zu einer Zeit auslaufen, in der man sie gut für eine sozialorientierte Wohnungsversorgung gebrauchen könnte. Das Erbbaurecht bietet hier als rechtliches Instrument die Möglichkeit, es künftig besser zu machen. Dem Investor können städtebauliche und soziale Bindungen für die gesamte Laufzeit des Erbbaurechtsvertrags auferlegt werden. Dies wird dadurch erleichtert, dass es sich beim Erbbaurecht um einen Zwitter aus dinglichem Recht und Schuldrecht handelt. Gleichzeitig erlaubt das Erbbaurecht, den Nutzungszyklus bestimmter Schlüsselgrundstücke in einer Kommune langfristig zu steuern.

Allerdings wird es kaum gelingen, ohne eine Ergänzungs- oder Anschlussförderung eine Verlängerung der Bindefristen durchzusetzen. So ausgestaltete Erbbaurechtsverträge werden mit hoher Wahrscheinlichkeit kein Investitionsinteresse mobilisieren. Darüber hinaus besteht das Risiko, dass derartige Verträge über den Einzelfall hinaus die Akzeptanz des Erbbaurechts untergraben. In sehr engen Grundstücks- und Wohnungsmärkten sind wahrscheinlich Erbbaurechtsregeln am Markt durchzusetzen, bei denen nur ein Teil des Wohnungsbaus ohne Kompensation mit langfristigen Sozialbindungen versehen wird und der Investor somit die Möglichkeit erhält, zur Kompensation eine interne Querfinanzierung aus dem freifinanzierten Teil des Wohnungsbaus vorzunehmen. Empfehlenswert ist dies trotzdem nicht, da die daraus entstehende Verteuerung der freifinanzierten Wohnungen ihrerseits wohnungspolitisch kontraproduktiv ist.

Die Kommunen dürfen auch und gerade bei einer starken Stellung auf dem Grundstücksmarkt nicht der Versuchung unterliegen, die Investoren in ihrer Rolle als Erbbaurechtsnehmer zu überfordern. Diese Versuchung kann v. a. dann groß sein, wenn Kommunen angesichts angespannter Märkte und noch bestehender kommunaler Bodenvorräte eine starke Stellung auf dem Grundstücksmarkt haben. Der Erbbaurechtsnehmer muss jedoch auch im Erbbaurecht und unter Auflagen eine übliche Rendite erwirtschaften können. Aus diesem Grund müssen die Nachteile, die Investoren aus Erbbaurechtsverträgen erwachsen, wirtschaftlich kompensiert werden.

Letztlich gilt die Regel, dass wirtschaftliche Belastungen oder Nachteile aus dem Erbbaurechtsvertrag durch eine ergänzende Förderung kompensiert werden sollten.

Dies sollte, wenn möglich, primär über eine Förderkulisse geschehen, welche die Charakteristika des Erbbaurechts ausreichend berücksichtigt. Ist die Förderkulisse hinreichend gestaltet und bemessen, kann der Erbbauzins in marktüblicher Höhe festgelegt werden – und zwar unabhängig von der Ausgestaltung der Sozialquote. Dies entspricht bei Mehrfamilienhäusern einem anfänglichen Erbbauzinssatz, der etwa in Höhe langfristiger Hypothekendarlehen (ca. 20 Jahre) auf den erschließungsbeitragsfreien Bodenwert angelegt wird. Bei gewerblichen Erbbaurechten kann der Erbbauzinssatz ein wenig darüber, bei Einfamilienhäusern (soweit diese noch im Erbbaurecht vergeben werden) ein wenig darunter liegen. Erst dann, wenn notwendige Fördermöglichkeiten nicht mehr zur Verfügung stehen, sollte auch eine Absenkung des Erbbauzinses unter das Niveau der Marktüblichkeit als weiteres Subventionsinstrument subsidiär genutzt werden. Dabei sollte ein marktgerechter Erbbauzinssatz auf einen reduzierten Bodenwert angelegt werden.

Um auf Akzeptanz bei den Investoren und Banken zu stoßen, sollten auch weitere Aspekte marktkonform gesetzt werden (z. B. Entschädigung für das übergehende Gebäude bei Beendigung des Erbbaurechtskontrakts in Höhe des Verkehrswerts). Umgekehrt sollten die Eingriffe in die Verfügungsrechte des Investors auf das unvermeidbare Ausmaß beschränkt werden. Keinesfalls sollte der Eindruck entstehen, dass es sich beim Erbbaurecht um „Eigentum zweiter Klasse" handelt.

Werden diese Richtlinien befolgt, hat das Erbbaurecht gute Chancen, im Markt akzeptiert zu werden.

Damit ist freilich noch nicht das Problem gelöst, dass kommunale Erbbaurechte auch kommunales Bodeneigentum voraussetzen. Kommunales Bodeneigentum besteht überwiegend in Ortsrandlagen, die bislang bevorzugt mit Einfamilienhäusern bebaut werden. Zusätzliche Potenziale des Erbbaurechts bestehen hingegen insbesondere bei Mehrfamilienhäusern und Gewerbeobjekten in den zentralen Lagen. Hier in nennenswertem Umfang Bodeneigentum aufzubauen, ist schon aufgrund der hohen Grundstückspreise eine große Herausforderung für die Städte. Vorsicht ist ebenfalls geboten, wenn die Investoren Eigentumswohnungen erstellen und vertreiben wollen. Denn mit dem Wohnungsteileigentum ist das Erbbaurecht nur eingeschränkt kompatibel. Dennoch kann das Erbbaurecht sehr nützlich sein, ist aber keine „Allzweckwaffe". Sein Einsatz will vor dem jeweiligen Projekthintergrund und den jeweiligen Projektzielen wohl überlegt sein.

Literatur

G. A. Akerlof (1970): The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism. Quarterly Journal of Economics 84: 488-500.

M. Barthauer, H. A. Simo (2019): Boden auf Zeit: Für Immobilieninvestoren wird Erbbaurecht immer relevanter. Vhw FWS 4 / Juli – August, S. 185-187.

BMI (Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat) (2020): Erbbaurechte – ein Beitrag zur Bereitstellung von Wohnbauland für den bezahlbaren Wohnungsbau? Ergebnisdokumentation zum ExWoSt-Projekt Fachdialog Erbbaurecht. Berlin.

BMWi (Bundesministerium für Wirtschaft und Energie) (2016): Handbuch über staatliche Beihilfen, Berlin. Online: https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/B/beihilfen-kontrollpolitik-handbuch-ueber-staatliche-beihilfen.pdf?__blob=publicationFile&v=6 (Abruf: 22.03.2022).

F. Bock, E. Götting (2017): Ausgewählte steuerliche Fragestellungen des Erbbaurechts rund um die Beendigungstatbestände des Erbbaurechts. In: Nagel M (Hrsg) Erbbaurecht – Neue Perspektiven auf einen Klassiker. Stiftung & Sponsoring Verlag GmbH, Hannover, S. 22-26.

F. Bock, M. Nagel (2019): Warum das Erbbaurecht für breite Bevölkerungsschichten interessant ist – Das Beispiel Klosterkammer Hannover. In: B. Gerber, U. Kriese (Hrsg): Boden behalten – Stadt gestalten. Zürich, S. 181-188.

R. Böttcher (2018): Praktische Fragen des Erbbaurechts. 8. Aufl., Köln.

M. A. Dauses / M. Ludwigs (2021): Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Werkstand: 54. EL, München.

Destatis (2021): Verdienstindizes für Erbbauzinsberechnungen – 3. Vierteljahr 2021. Online: https://www.destatis.de/DE/Themen/Arbeit/Verdienste/Verdienste-Verdienstunterschiede/Publikationen/Downloads-Verdienste-und-Verdienstunterschiede/verdienstindizes-erbbauzins-pdf-5623207.html;jsessionid=259047CCCDD625B2F17D805D8B4615DE.live721?nn=206824 (Abruf: 31.01.2022).

Deutsche Bundesbank (2021): Inflationsrate könnte in Deutschland noch bis Mitte 2022 über 2 Prozent betragen (23. August). Online: https://www.bundesbank.de/de/aufgaben/themen/inflationsrate-koennte-in-deutschland-noch-bis-mitte-2022-ueber-2-prozent-betragen-873866 (Abruf: 16.12.2021).

J. Duikers (2021): Kommentar zu § 90 GO NRW. In: J. Dietlein / A. Heusch (Hrsg.): Beck Online-Kommentar, Kommunalrecht Nordrhein-Westfalen, 18. Edition, Stand: 01.12.2021.

Ernst & Young (2017) Ground rents: an opportunity for institutional investors to diversify exposure – Market, investment and regulatory considerations for this illiquid asset class. https://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-ground-rents-opportunity-for-institutional-investors/$File/ey-ground-rents-opportunity-for-institutional-investors.pdf (Abruf: 10.01.2022).

GEWOS (2018): Expertise „Wohnungspolitische Potenziale des Erbbaurechts". Unveröffentlichter Zwischenbericht im Rahmen des Fachdialogs Erbbaurecht (BMI, BBSR), September. Hamburg.

H. Gondring (2013): Immobilienwirtschaft, 3. Auflage, München.

ECB (2021): The ECB Survey of Professional Forecasters – Fourth Quarter of 2021. https://www.ecb.europa.eu/stats/ecb_surveys/survey_of_professional_forecasters/html/ecb.spf2021q4~5129df678e.en.html#toc7# (Abruf: 15.12.2021).

EU (2005): Entscheidung der Kommission über die Anwendung von Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen, die bestimmten mit der Erbringung von DAWI betrauten Unternehmen als Ausgleich gewährt werden, v. 28.11.2005 (2005/842/EG), ABl. EU 2005 Nr. L 312.

EU (2011a): Rahmen der Europäischen Union für staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen vom 20.12.2011 (DAWI-Rahmen), ABl. EU 2012 C 8/15.

EU (2011b): DAWI-Freistellungsbeschluss der EU-Kommission 20.11.2011, ABl. EU 2012 L 7/3.

EU (2011c): Beschluss der Kommission über die Anwendung von Art. 106 Abs. 2 AEUV auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von DAWI betraut sind, vom 20.11.2011, ABl. EU 2012 L 7/3.

EU (2012a): DAWI-Mitteilung der Europäischen Kommission, ABl. EU 2012 C 8/4.

EU (2012b): De-minimis-Verordnung Nr. 360/2012 der Kommission zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse vom 25.04.2012, ABl. EU 2012 L 114/8.

EU (2013a): Leitfaden zur Anwendung der Vorschriften der Europäischen Union über staatliche Beihilfen, öffentliche Aufträge und den Binnenmarkt auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und insbesondere auf Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse" vom 29.4.2013, im Netz unter https://ec.europa.eu/competition/state_aid/overview/new_guide_eu_rules_procurement_de.pdf (Abruf: 20.02.2022).

EU (2013b): Hilfreich für Fragen zum Betrauungsakt auch der „Leitfaden zur Anwendung der Vorschriften der Europäischen Union über staatliche Beihilfen, öffentliche Aufträge und den Binnenmarkt auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und insbesondere auf Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse" vom 29.4.2013, im Netz unter https://ec.europa.eu/competition/state_aid/overview/new_guide_eu_rules_procurement_de.pdf (Abruf: 20.02.2022).

EU (2016): Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, ABl. EU 2016 C 262/1.

Freckmann, P. (2018): Das Erbbaurecht in der Zwangsversteigerung. In: Freckmann, P., Frings, M., Grziwotz, H. (Hrsg.): Das Erbbaurecht in der Finanzierungspraxis – Die Erbbaugrundschuld als Kreditsicherheit. 3. Aufl., Heidelberg, S. 243-262.

Frings, M. (2018): Bewertungsfragen rund um das Erbbaurecht. In: Freckmann, P., Frings, M., Grziwotz, H. (Hrsg.): Das Erbbaurecht in der Finanzierungspraxis – Die Erbbaugrundschuld als Kreditsicherheit. 3. Aufl., Heidelberg, S. 175-242.

FXEMPIRE (2022): German Core Inflation Rate. Online: https://www.fxempire.com/macro/germany/core-inflation-rate (Abruf: 09.12.2022).

M. Ganske (2020): Komentar zu § 23. In: K.-D. Kapellmann/ B. Messerschmidt, VOB Teile A und B. 7. Aufl., München.

H. Gondring (2013): Immobilienwirtschaft, 3. Auflage, München.

H. Grziwotz (2018): Notarieller Erbbaurechtsvertrag als Ausgangspunkt. In: P. Freckmann, M. Frings, H. Grziwotz (Hrsg.): Das Erbbaurecht in der Finanzierungspraxis – Die Erbbaugrundschuld als Kreditsicherheit. 3. Aufl., Heidelberg, S. 11-108.

Gutachterausschuss für Grundstückswerte in der Stadt Münster (2021): Grundstücksmarktbericht 2021 für die Stadt Münster, Münster. Online: https://www.stadt-muenster.de/fileadmin/user_upload/stadt-muenster/62_gutachter/pdf/GMB_119_2021_pflichtig.pdf (Abruf: 20.01.2022).

IdW (2019): Neue Kapitalkostenempfehlungen des FAUB (25.10.). https://www.idw.de/idw/idw-aktuell/neue-kapitalkostenempfehlungen-des-faub/120158 (Abruf: 12.12.2021).

IdW (2020): Auswirkungen der Ausbreitung des Coronavirus auf Unternehmensbewertungen. https://www.idw.de/blob/122884/2316fb82457e82143445b8d0740a3e89/down-corona-faub-fachlhinw-ubewertung-data.pdf (Abruf: 12.12.2021).

IM NRW (Innenministerium des Landes Nordrhein-Westfalen) (2008): Handreichung zur Beurteilung kommunaler Bürgschaften im Hinblick auf das Europäische Beihilferecht auf der Grundlage der Bürgschaftsmitteilung der Europäischen Kommission aus Juni 2008 (ABl. EU 2008/C 155/10), Düsseldorf. Online: https://silo.tips/download/ministerium-fr-wirtschaft-mittelstand-und-energie-des-landes-nordrhein-westfalen-2 (Abruf: 20.02.2022).

JLL (Jones Lang LaSalle) (2019): Erbbaurechte in deutschen Metropolen – Analyse ihrer Werttreiber und Bedeutung am Investmentmarkt. JLL, Hamburg und Frankfurt.

C. Jung (2022): Art. 106 AEUV. In: C. Calliess/ M. Ruffert (Hrs.): EUV/AEUV (Kommentar), 6. Auflage, München.

E. Kanngießer, D. Kertscher, M. Jessen (2007): Analyse nicht normativ geregelter Wertermittlungsverfahren. Zfv 132 (H. 6), S. 347-356.

J. Keßler / A. Dahlke (2008): Sozialer Wohnungsbau und europäische Beihilfekontrolle. EuZW (H. 3), S. 68-69.

W. Kleiber (2017): Verkehrswertermittlung von Grundstücken. 8. Aufl., Köln.

KPMG (2018): Cost of Capital Study 2018 – New business models – risks and rewards. Hamburg/München. https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/ch/pdf/cost-of-capital-study-2018.pdf (Abruf: 16.12.2021).

KPMG (2020): Cost of Capital Study 2020 – Global economy – search for orientation? Hamburg/München. https://home.kpmg/de/en/home/insights/2020/10/cost-of-capital-study-2020.html (Abruf: 16.12.2021).

KPMG (2021): Cost of Capital Study 2021 – Sustainability vs Return – ESG as a driver of long-term performance? Hamburg/München. https://home.kpmg/de/en/home/insights/2021/10/cost-of-capital-study-2021.html (Abruf: 16.12.2021).

I. Lindner (2019): Erbbaurechte – historisch betrachten und modern gestalten. Vhw FWS 4 / Juli – August, S. 171-176.

D. Löhr (2020): Marktgerechte Erbbaurechte – Wie Kommunen bezahlbares Wohnen ermöglichen können. Wiesbaden.

D. Löhr, O. Braun (2020): Warum hat es das Erbbaurecht so schwer? Zur Erhöhung der Akzeptanz von Erbbaurechten durch mehr Marktgerechtigkeit. Zeitschrift für Immobilienökonomie. DOI: 10.1365/s41056-020-00048-y (online first).

D. Löhr (2021): Soziale Wohnungspolitik – Zeitgemäße Konzepte und Instrumente. Hans-Böckler-Stiftung, Düsseldorf.

Löhr, D. (2022a): Zum Erbbauzinssatz: Das Rätsel um die Marktgerechtigkeit. Zeitschrift für Immobilienökonomie 8, S. 79-98. https://doi.org/10.1365/s41056-022-00059-x.

Löhr, D. (2022b): Erbbauzinssatz: Einfach marktgerecht. Grundstücksmarkt und Grundstückswert 6. In Veröffentlichung.

P. Mainka (2020): Die Baukonzession und das Erbbaurecht – Problem oder Lösung? VergabeR 2020, S. 133-138.

H. v. Oefele, K. Winkler (2016): Handbuch des Erbbaurechts, 6. Aufl., München.

OGA RLP (Oberer Gutachterausschuss für Grundstückswerte Rheinland-Pfalz) (2019): Landesgrundstücksmarktbericht Rheinland-Pfalz 2019. Mainz.

W. Patzelt (2018): Europäische Union und Einheimischenmodell – Akuter Handlungsbedarf bei Städten und Gemeinden. KommJur 2018, S. 321-324.

Perridon L, Steiner M, Rathgeber A (2009): Finanzwirtschaft der Unternehmung. 15. Aufl. Vahlen, München.

RICS (2018): Erbbaurecht stärken – Bauland aktivieren. RICS Positionen. RICS, Frankfurt a.M. https://www.rics.org/globalassets/rics-website/media/training--events/conferences/europe/rics-positionen-erbbaurecht.pdf (Abruf: 31.10.2019).

S. Rosario (2021): Kommentar zu § 87 GO NRW. In: J. Dietlein / A. Heusch (Hrsg.): Beck Online-Kommentar, Kommunalrecht Nordrhein-Westfalen, 18. Edition, Stand: 01.12.2021.

S. Sänze (2017): Marktgerechtigkeit von Erbbauzinsen im Niedrigzinsumfeld – ein Ansatz aus Kapitalmarktsicht. (Vortrag im Rahmen des 4. Erbbaurechtskongresses in Nürnberg am 20./21. Februar 2017).

M. Schäfer, F. Bock (2014): Ablauf der Vertragszeit – Risiko oder Chance? In: M. Nagel (Hrsg.): Erbbaurechte – Eine alternative Vermögensanlage für Stiftungen. Hannover, S. 16-18.

T. Schneider (2017): Erbbaurecht aus Banken- und Gutachterperspektive. In: M. Nagel (Hrsg.): Erbbaurecht – Neue Perspektiven auf einen Klassiker. Hannover, S. 10-12.

S. Sebastian, D. Wagner, C. Fritz (2019): Erbbaurecht als Anlageform für institutionelle Investoren, Regensburg.

G. Spars, M. Wickel (2019): Expertise zum Planungswertausgleich zur Vorlage in der Expertenkommission „Nachhaltige Baulandmobilisierung und Bodenpolitik". Köln, Hamburg.

A. M. Seitz (2016): Die typische Fehlerquelle bei der Verkehrswertermittlung im Zusammenhang mit Erbbaurechten: Der Erbbauzins. Grundstücksmarkt und Grundstückswert (H. 1), S. 6-15.

K. Senner (2019): Mit Erbbaurecht zu mehr bezahlbarem Wohnraum. Vhw FWS 4 / Juli – August, S. 201-204.

W. F. Sharpe (1964): Capital Asset Prices: A Theory of Market Equilibrium under Conditions of Risk. Journal of Finance 19, S. 425–442.

K.-W. Schulte (1975): Optimale Nutzungsdauer und optimaler Ersatzzeitpunkt bei Entnahmemaximierung. Dissertation, Schriften zur wirtschaftswissenschaftlichen Forschung. Band 89. Meisenheim am Glan.

Statista (2021): Gemeinschaftsdiagnose: Inflationsrate von 2008 bis 2020 und Prognose bis 2023. Online: https://de.statista.com/statistik/daten/studie/5851/umfrage/prognose-zur-entwicklung-der-inflationsrate-in-deutschland/.

J. Süchting (1995): Finanzmanagement, 6. Aufl. Wiesbaden.

H. Summa (2016): Baukonzessionen in der Vergaberechtsprechung. (Vortrag am 29.04.2016 im Rahmen der Berliner Vergaberechtstage 2016). Online: https://konzessionsrechtstage.de/images/Impressionen/Summa_Berliner%20Konzessionsrechtstage.pdf (Abruf: 10.02.2022).

H.-G. Tillmann, A. M. Seitz (2020): Wertermittlung von Erbbaurechten und Erbbaugrundstücken. 1. Aufl., Reguvis Online Bewertungsportal (Abruf: 02.03. 2022).

J. Tinbergen (1952): On the Theory of Economic Policy. Amsterdam (NL).

S. Tomerius (2012): Kommunale Flächenentwicklung in öffentlich-privater Partnerschaft und Vergaberecht: Entwicklungslinien in Literatur und Rechtsprechung zwei Jahre nach dem EuGH-Urteil „Helmut Müller". ZfBR, S. 332-340.

Landeshauptstadt Stuttgart (2022): Neuausrichtung Bodenpolitik – Grundsatzbeschluss (GRDr. 146/2021 vom 14.02.2022.

H. von Oefele, K. Winkler, J. Schlögel (2016): Handbuch des Erbbaurechts, 6. Aufl., München.

F. Walder (2019): Das Baurecht unter der Lupe – eine Studie im Auftrag des Bundesamts für Wohnungswesen. In: B. Gerber, U. Kriese (Hrsg): Boden behalten – Stadt gestalten. Zürich, S. 153-164.

W. Weiß (2013): Öffentliche Daseinsvorsorge und soziale Dienstleistungen: Europarechtliche Perspektiven. EuR, S. 669-688.

A. Werth (1989): Verkaufswertermittlung nach § 21 ErbbauVO. Was ist heute möglich? In: Der langfristige Kredit 40, S. 68-74.

J. Wiesener (2014): Systemgestützte Erbbaurechtsverwaltung im Nonprofit-Bereich – die Komplexität der Grundlagen. In: M. Nagel (Hrsg): Erbbaurechte – eine alternative Vermögensanlage für Stiftungen. Hannover, S. 12-14.

Verzeichnis der zitierten Urteile

BFH (2006): Urt. v. 29.03.2006, Az. II R 68/04, NWB Datenbank (https://datenbank.nwb.de/Dokument/202746/)

BGH (2008): Urt. v. 22.02.2008 – V ZR 56/0, NZBau 2008, 407-408

EuGH (2003): Urt. v. 24.07.2003 – Rs. C-280/00, NJW 2003, 2515-2519

EuGH (2010): Urt. v. 25.03.2010 – C-451/08 – Helmut Müller, NZBau 2010, S. 321-326

EuGH (2013): Urt. v. 08.05.2013 – Rs. C-197/11 und C-203/11, KommJur 2013, S. 226-235

OLG München (2011): Beschl. v. 27.09.2011 – Verg 15/11, NZBau 2012, S. 134-136

OLG München (2012): Beschl. v. 05.04.2012 – Verg 3/12 – Hochschulcampus, NZBau 2012, S. 456-460

VK Südbayern (2010): Beschl. v. 14.07.2010 – Z3–3-3194-1-29-05/10, BeckRS 2010, 37327

VK Thüringen (2014). Beschl. v. 13.05.2014 – 250-4002-3198/2014-E-009-J, - juris

Mitglieder des Arbeitskreises „Erbbaurecht“ des Forum Baulandmanagement NRW

Kerim Abulzahab, Amt für Wirtschaftsförderung der Bundesstadt Bonn, Abteilungsleitung Liegenschaften

Christoph Andrzejewski, Amt für Immobilienmanagement der Stadt Münster, Abteilungsleitung Immobilienverkehr

Lisa Bergkemper, Fachdienst Vermessung, GEO-Dienste, Liegenschaften der Stadt Dinslaken

Nejlâ Bicakoglu-Murzik, Ministerium für Heimat, Kommunales, Bau und Digitalisierung des Landes Nordrhein-Westfalen, Referat Kommunale Baulandmobilisierung, Landesinitiative Bau.Land.Leben

Joachim Bußhoff, Stadt Bocholt, Fachbereichsleitung Grundstücks- und Bodenwirtschaft

Anja Graumann, Dinslakener Flächenentwicklungsgesellschaft DIN FLEG mbH

Markus Hengstmann, Amt für Immobilienmanagement der Stadt Münster

Dr. Jan Hogen, Ministerium für Heimat, Kommunales, Bau und Digitalisierung des Landes Nordrhein-Westfalen, Referat Baulandmobilisierung auf Landesliegenschaften und mit Unternehmen

Maria Jost, Referat Wirtschaftsförderung und Stadtentwicklung der Stadt Gladbeck

Uwe Käbe, NRW.URBAN GmbH & Co. KG

Christoph Kemperdick, Stadt Aachen, Fachbereichsleiter Immobilienmanagement

Eva Maria Levold, Dezernat Bauen, Wohnen, Stadtentwicklung und Verkehr des Städtetags NRW, Hauptreferentin Baurecht und Liegenschaften

Stefan Raetz, Geschäftsführer der Wirtschaftsförderungs- und Entwicklungsgesellschaft der Stadt Rheinbach mbH und Vorsitzender des Forum Baulandmanagement NRW

Sebastian Siebert, STADTRAUMKONZEPT GmbH, Koordinierungsstelle Forum Baulandmanagement NRW

Martina Wessels, Amt für Liegenschaften der Stadt Paderborn

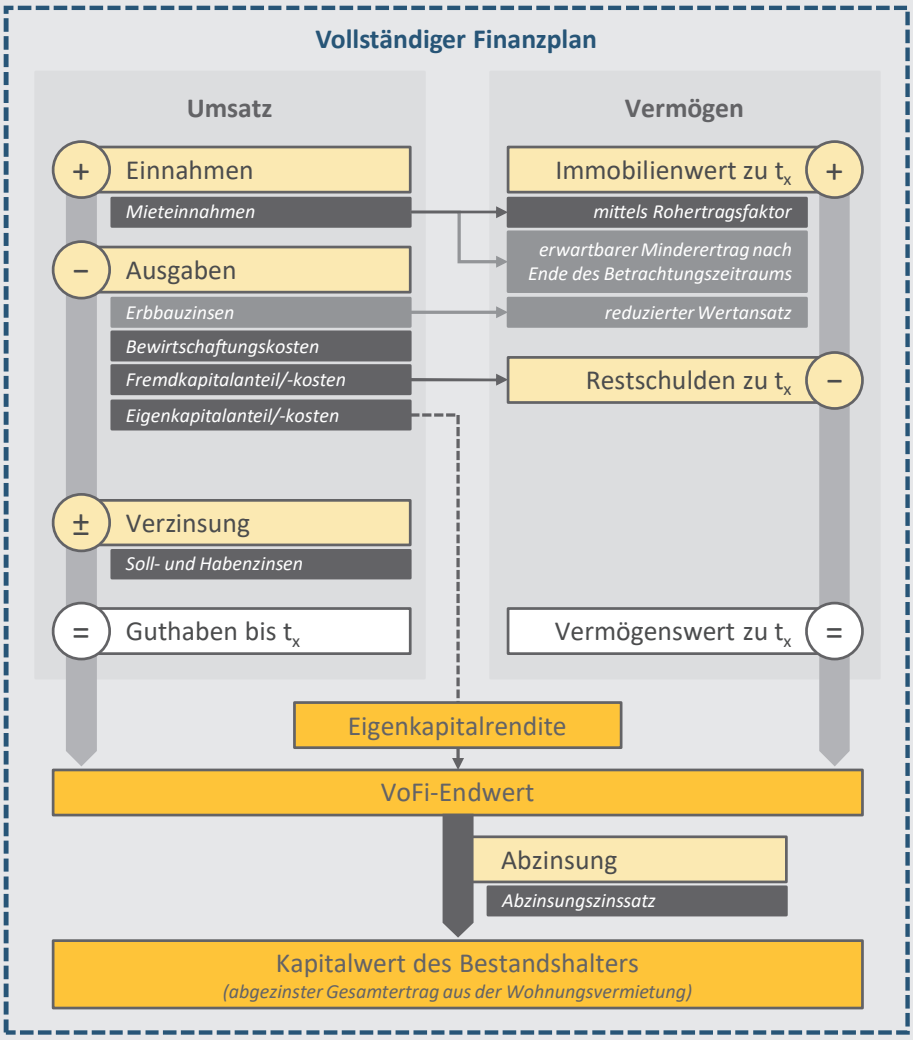
Belinda Winkler, Fachdienst Vermessung, GEO-Dienste, Liegenschaften der Stadt Dinslaken

Tab. 6: Erbbauzinssatz zur finanziellen Gleichstellung eines 60-jährigen Erbbaurechts zum Grundstücksverkauf für einen kommunalen Erbbaurechtsgeber

		Opportunitätskostensatz der Kommune							
		finanziell gut aufgestellt ←				→ finanziell schlecht aufgestellt			
		1,5%	2,0%	2,5%	3,0%	3,5%	4,0%	4,5%	5,0%
erwartbare langfristige Bodenwertentwicklung									
wachstumsschwache Region ↑	0,0%	0,9%	1,2%	1,5%	1,8%	2,2%	2,6%	2,9%	3,3%
	0,5%	0,6%	1,0%	1,3%	1,7%	2,1%	2,5%	2,9%	3,3%
	1,0%	0,4%	0,8%	1,1%	1,5%	1,9%	2,3%	2,8%	3,2%
	1,5%	0,0%	0,4%	0,9%	1,3%	1,7%	2,2%	2,6%	3,1%
	2,0%	-0,5%	0,0%	0,5%	1,0%	1,5%	2,0%	2,4%	2,9%
wachstumsstarke Region ↓	2,5%	-1,2%	-0,6%	0,0%	0,6%	1,1%	1,6%	2,2%	2,7%
	3,0%	-2,0%	-1,3%	-0,7%	0,0%	0,6%	1,2%	1,8%	2,4%
	3,5%	-3,2%	-2,3%	-1,5%	-0,8%	0,0%	0,7%	1,4%	2,0%
	4,0%	-4,8%	-3,7%	-2,7%	-1,7%	-0,8%	0,0%	0,8%	1,5%

Quelle: eigene Berechnung

Lesehilfe: Dunkelrot eingefärbt sind die Werte für den Annahmenbereich, der angesichts der Bodenwertentwicklung der vergangenen 20-30 Jahre und angesichts der Haushaltssituation der Kommunen bei dem aktuellen Zinsniveau (Stand 05/2022) im Durchschnitt angenommen werden kann. Von diesem ausgehend, sind die heller rot eingefärbten Felder ein plausibler Abweichungsbereich unter Berücksichtigung lokaler Spezifika. Nicht farblich hinterlegt sind Felder, die unter den derzeitigen Rahmenbedingungen weniger plausibel erscheinen. Bei sich ändernden Rahmenbedingungen (z. B. steigende Zinsen zur Kommunalfinanzierung) kann jedoch auf diese Werte zurückgegriffen werden.



Quelle: eigene Darstellung

Abb. 20: Rechenweg im Vollständigen Finanzplan zur Berechnung der Wirtschaftlichkeit

Tab. 7: Vollständige Berechnungsannahmen zu den Berechnungen der Wirtschaftlichkeit

Grundstückskosten

Erwerbsnebenkosten beim Grundstücksankauf	**10,0%**

Erläuterung: setzt sich zusammen aus der Grunderwerbssteuer (NRW: 6,5%), den Notar- und Grundbuchkosten (1,5%) und einem Kostenpuffer (2,0%)

Herstellungskosten

	MFH-Bau	EFH-Bau
Herstellungskosten pro m² Wohnfläche (KG 300-700)	**3.350 €/m²**	**3.240 €/m²**

Erläuterung: BKI Baukosteninformationszentrum (Hrsg.): BKI Baukosten Neubau. Statistische Kostenkennwerte für Gebäude. (BKI) Stuttgart. Verwendet werden die Werte für Mehrfamilienhäuser (mit 6 bis 19 WE, mittlerer Standard) bzw. Doppel- und Reihenendhäuser (mittlerer Standard), siehe Ableitung unten:

			MFH-Bau		*EFH-Bau*	
Kostenkennwert für die Kostengruppen 300+400 (Stand 1/2021)				*2.300 €/m²*		*2.100 €/m²*
Kostengruppe 500		*Anteil an 300+400:*	*3,9%*	*90 €/m²*	*4,8%*	*101 €/m²*
Kostengruppe 600		*Anteil an 300+400:*	*1,2%*	*28 €/m²*	*0,9%*	*19 €/m²*
Kostengruppe 700		*Anteil an 300+400:*	*21,4%*	*492 €/m²*	*28,2%*	*592 €/m²*
Summe der Kostengruppen 300-700				*2.910 €/m²*		*2.812 €/m²*
Regionalfaktor (falls erforderlich)	*1,000*			*2.910 €/m²*		*2.812 €/m²*
Kostensteigerungen bis IV/2021	*9,5%*			*276 €/m²*		*267 €/m²*
Kostenpuffer für 2022	*5,0%*			*159 €/m²*		*154 €/m²*
abgeleiteter Wert für 2022				*3.345 €/m²*		*3.233 €/m²*
davon Kostengruppen 300+400				*2.519 €/m²*		*2.300 €/m²*

Reinvestitionszyklus	**30 Jahre**
Modernisierungskosten *(Anteil der Herstellungskosten)*	**50%**

Erläuterung: entspricht ca. den vom Verband Thüringer Wohnungs- und Immobilienwirtschaft ermittelten Werten in dem Abschlussbericht "Lebenszyklusbetrachtung eines repräsentativen Typengebäudes" (2019)

	MFH-Bau	EFH-Bau
Anteil der Wohnfläche an der Geschossfläche	**75%**	**90%**
Durchschnittliche Wohnfläche pro Wohnung	**75 m²**	**140 m²**

Erläuterung: Setzung

Quelle: eigene Darstellung

Mieteinnahmen

Mietsteigerung freifinanzierter Neubau-Mietwohnungen *(jährlich)*	**1,0%**
bis Angleichung an Bestandsmiete	
Mietsteigerung ungebundener Bestands-Mietwohnungen	**2,0%**

Erläuterung: Setzung

Bindungsdauer geförderter Mietwohnungen		**30 Jahre**
Mietenstufe entsprechend der Wohnraumförderbestimmungen		**M4**
entspricht einer Erstvermietungsmiete	im Förderweg A	**6,40 €/m²**
	im Förderweg B	**7,20 €/m²**
Mietsteigerung geförderter Mietwohnungen *(jährlich, Anteil Bewilligungsmiete)*		**1,5%**

Erläuterung: Wohnraumförderbestimmungen (WFB) des Landes Nordrhein-Westfalen, 02/2022

mögliche Laufzeiten der Mietpreisbindung				*25 Jahre*	*30 Jahre*
Mietenstufen der Wohnraumförderbestimmungen	*M1*	*M2*	*M3*	*M4*	*M5*
Erstvermietungsmiete im Förderweg A (pro m²)	*5,90 €*	*5,90 €*	*5,90 €*	*6,40 €*	*7,00 €*
Erstvermietungsmiete im Förderweg B (pro m²)	*6,60 €*	*6,60 €*	*6,60 €*	*7,20 €*	*7,80 €*

Bindungsdauer preisgedämpfter Wohnungsbau	**30 Jahre**
Erstvermietungsmiete preisgedämpfter Wohnungsbau	**6,40 €/m²**
Mietsteigerung preisgedämpfter Wohnungsbau	**1,5%**

Erläuterung: Setzung

Mietsteigerung gebundener Wohnungen nach Bindungsende *(bis Angleichung)*	**3,0%**

Erläuterung: Setzung im Rahmen des § 558 BGB

Erbbauzinsen

Laufzeit des Erbbaurechts	**90 Jahre**
Anpassung des Erbbauzinses alle	**3 Jahre**
Bodenwertsteigerung im Betrachtungszeitraum *(jährlich)*	**2,0%**
Entschädigung bei Heimfall und Zeitablauf *(Anteil vom Verkehrswert)*	**100%**
Verpflichtungen/Einschränkungen aus dem Vertrag *(Abschlag vom Verkehrswert)*	**5%**

Erläuterung: Setzung

Bewirtschaftungskosten

Verwaltungskosten	**295,00 €/WE**
Instandhaltungskosten	**12,00 €/m²**
Mietausfallwagnis *(Anteil an Mieteinnahmen)*	**2,0%**
Kostensteigerung innerhalb des Betrachtungszeitraums	**2,0%**

Erläuterung: nach Verordnung über wohnungswirtschaftliche Berechnungen nach dem Zweiten Wohnungsbaugesetz (Zweite Berechnungsverordnung - II. BV), für Steigerung Durchschnitt des VPI der letzten 20 Jahre

Quelle: eigene Darstellung

Fremdkapitalanteil/-kosten

Fremdkapitalanteil	80,0%

Erläuterung: ergibt sich aus dem Eigenkapitalanteil (s.u.)

Konditionen für den freifinanzierten Wohnungsbau		
bis Reinvestition *(30 Jahre)*	1,6% Zinsen	1,0% Tilgung
anschließend	3,3% Zinsen	1,0% Tilgung

Erläuterung: Zinsen laut Bundesbank (BBK01.SUD119): Wohnungsbaukredite an private Haushalte mit anfänglicher Zinsbindung von über 10 Jahren, effektiver Jahreszinssatz % p.a., angepasst inkl. prozentualer Differenz aus Zinsen ohne Kosten (BBK01.SUD131Z) und Zinsen mit Kosten (BBK01.SUD131), siehe BBK
Tilgung entsprechend den Bedingungen der Wohnungsbauförderung

Konditionen für den geförderten Wohnungsbau		
Laufzeit des Förderdarlehens *(i.d.R. gleich Bindungsdauer)*		30 Jahre
förderfähige Kosten / Kostenobergrenze	im Förderweg A	2.830 €/m²
	im Förderweg B	1.900 €/m²
Tilgungsnachlass		35%
bis zum Ablauf des 15. Jahres	0,0% Zinsen	1,0% Tilgung
ab dem 16. Jahr *(auf die urspr. Darlehenssumme)*	0,5% Zinsen	1,0% Tilgung
Verwaltungskosten *(ab 50% Tilgung auf halben Betrag)*	0,0% einm.	0,5% p.a.

Erläuterung: Wohnraumförderbestimmungen (WFB) des Landes Nordrhein-Westfalen vom 02.02.2021

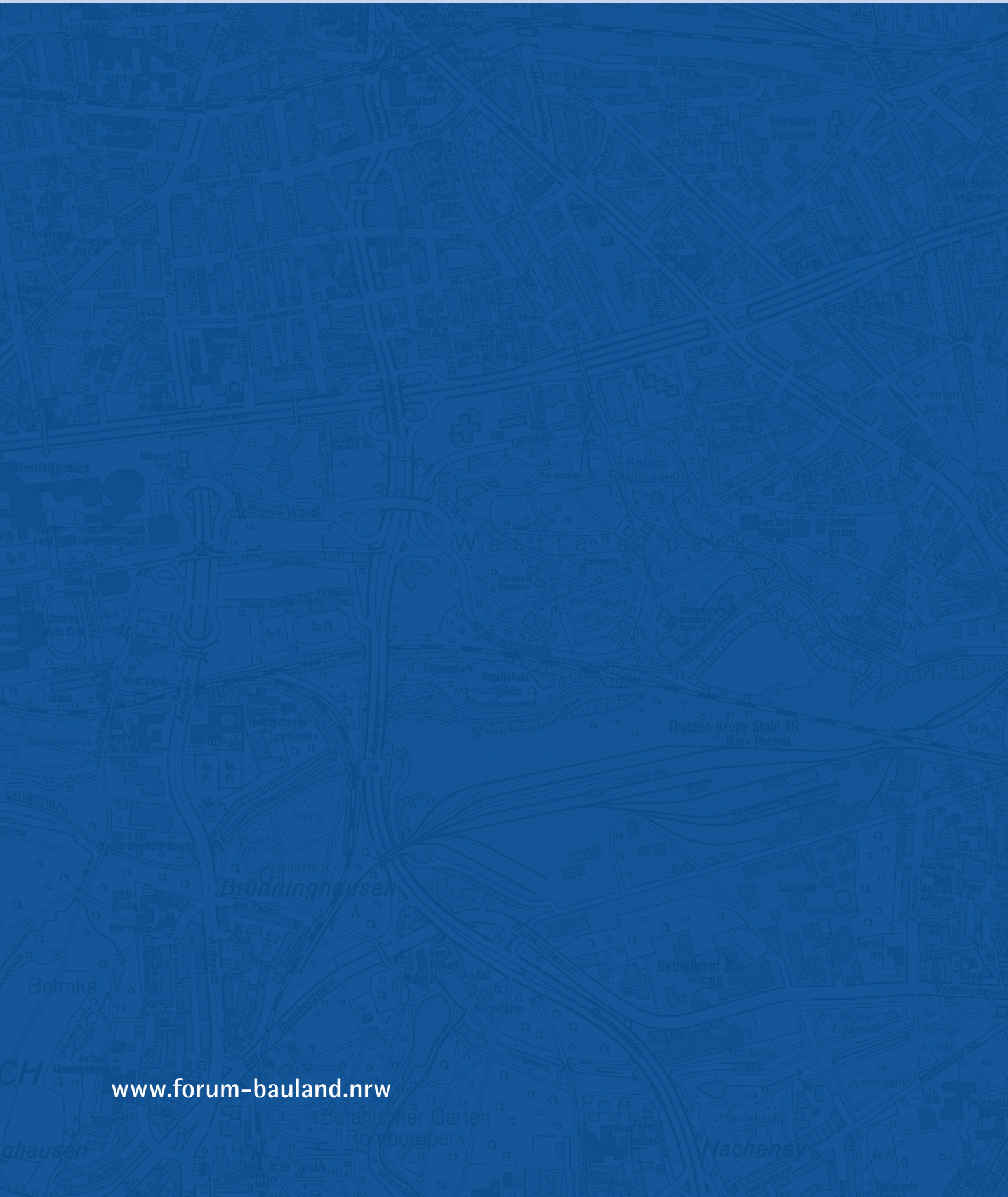
Mietenstufen der Wohnraumförderbestimmungen	*M1*	*M2*	*M3*	*M4*	*M5*
förderfähige Kosten im Förderweg A (pro m²)	*2.620 €*	*2.620 €*	*2.620 €*	*2.830 €*	*2.950 €*
förderfähige Kosten im Förderweg B (pro m²)	*1.580 €*	*1.580 €*	*1.580 €*	*1.900 €*	*1.960 €*
Tilgungsnachlass bei einer Laufzeit von 25 Jahren	*20%*	*20%*	*20%*	*30%*	*30%*
Tilgungsnachlass bei einer Laufzeit von 30 Jahren	*25%*	*25%*	*25%*	*35%*	*35%*

Zinssätze

Habenzinsen	3,0%
Sollzinsen	3,0%
Abzinsungszinssatz	3,0%

Erläuterung: Liegenschaftszinssatz

Quelle: eigene Darstellung



www.forum-bauland.nrw