

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

14/1997 · Juli 1997

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

GBO § 51, BGB § 2113 - Löschung des Nacherbenvermerks

Gutachten im Fax-Abruf

Rechtsprechung

BGB §§ 1018, 1090; WEG § 15 Abs. 1; GBO § 18 - Keine Dienstbarkeit am Sondernutzungsrecht bei Wohnungseigentum

WEG §§ 3, 7 Abs. 3 und Abs. 4 Nr. 1, 8 Abs. 1 und Abs. 2; BGB § 874 - Bestimmtheitsgrundsatz bei Aufteilung in Wohnungseigentum

WEG §§ 32 Abs. 2, 7 Abs. 4 - Umfang des Aufteilungsplans bei einem

Dauerwohnrecht

BGB §§ 2289 Abs. 1 S. 2, 2349, 2352 - Wirkung des Erbverzichts gegenüber Abkömmlingen

GBO §§ 19, 35, 51; BGB §§ 1821 Abs. 1 Nr. 1, 1913 - Löschung des Nacherbenvermerks

KStG § 8 Abs. 3 S. 2 - Verdeckte Gewinnausschüttung

Hinweise für die Praxis

Wichtige Änderungen des BauGB zum 1.1.1998

Literatur

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

GBO § 51; BGB § 2113

Löschung des Nacherbenvermerks

I. Zum Sachverhalt

Eine befreite Vorerbin beabsichtigt ihren Grundbesitz zu veräußern. Im Grundbuch ist in Abt. II ein Nacherbenvermerk für die Nacherbin eingetragen. Da der Grundbesitz lastenfrei auf den neuen Erwerber übergehen soll, muß der Nacherbenvermerk im Zuge der Eigentumsumschreibung gelöscht werden.

II. Frage

Ist die Erteilung einer Löschungsbewilligung durch die Nacherbin erforderlich?

III. Rechtslage

1. Sinn des Nacherbenvermerks gem. § 51 GBO ist es, die Nacherben davor zu schützen, daß Verfügungen des Vorerben, die entgegen § 2113 Abs. 1 oder Abs. 2 BGB vorgenommen wurden, infolge gutgläubigen Erwerbs eines Dritten gem. §§ 2113 Abs. 3, 892 BGB über den Eintritt der Nacherbfolge hinaus Rechtswirksamkeit behalten (Demharter, GBO, 22. Aufl. 1997, § 51 Rn. 31; vgl. allgemein zur Vor- und Nacherbschaft im Grundbuch Bergermann, MittRhNotK 1972, 743 ff.). Der Nacherbenvermerk bewirkt also grundsätzlich keine Grundbuchsperrung, da der Vorerbe während der Zeit seiner Vorerbschaft als Berechtigter verfügt, so daß das Grundbuchamt Eintragungsanträgen des Vorerben im allgemeinen ohne Rücksicht auf das Recht des Nacherben stattzugeben hat; dies gilt jedoch nicht für Anträge, die die Löschung des Nacherbenvermerks zum Ziel haben, da mit seiner Löschung seine

Schutzwirkung zugunsten der Nacherben für den Fall des Eintritts der Nacherbfolge hinfällig würde (vgl. Demharter, a. a. O., § 51 f. m. w. N.).

2. Zur Löschung des Nacherbenvermerks vor Eintritt des Nacherbfalls bestehen grundsätzlich zwei Wege: Zum einen die Löschung aufgrund Löschungsbewilligung gem. § 19 GBO, zum anderen die Löschung aufgrund Unrichtigkeitsnachweises nach § 22 GBO (vgl. BayObLG Rpfleger 1982, 277 = DNotZ 1983, 318 ff.; vgl. auch DNotI-Report 1995, 16 ff.).

a) Löschung aufgrund Löschungsbewilligung:

Eine Löschung des Nacherbenvermerks aufgrund Löschungsbewilligung setzt zunächst einen Antrag auf Löschung gem. § 13 GBO voraus, sowie eine in der Form des § 29 GBO erklärte **Löschungsbewilligung des (der) Nacherben sowie aller Ersatznacherben** (vgl. Demharter, a. a. O., § 51 Rn. 37; Haegele/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 10. Aufl. 1993, Rn. 3512 f.; Meikel, Grundbuchrecht, 7. Aufl. 1993, § 51 Rn. 154). Die Bewilligung auch der nur hilfsweise berufenen Ersatznacherben ist deswegen erforderlich, da auch sie durch die Eintragung des Nacherbenvermerks geschützt werden (vgl. Haegele/Schöner/Stöber, a. a. O., Rn. 3513 m. w. N.). Sind die Nacherben oder Ersatznacherben noch unbekannt, kann ein nach § 1913 BGB bestellter Pfleger für diese die Löschungsbewilligung abgeben, was wiederum durch das Vormundschaftsgericht gem. §§ 1915, 1821 BGB genehmigt werden mußte (Haegele/Schöner/Stöber, a. a. O., Rn. 3513; vgl. auch BayObLG Rpfleger 1982, 277; Entscheidung des OLG Hamm in diesem Heft).

b) Löschung aufgrund Unrichtigkeitsnachweises:

Auch die Löschung aufgrund Unrichtigkeitsnachweises bedarf zunächst eines Antrags gem. § 13 GBO. Ferner ist erforderlich, daß das Grundbuch nachträglich unrichtig geworden ist. Dies ist u. a. dann der Fall, wenn ein bislang zur Vorerbschaft gehörendes Grundstück durch eine Verfügung des Vorerben **wirksam und endgültig aus dem Nachlaß ausgeschieden** ist, sich also die Nacherbfolge nicht mehr darauf erstreckt (vgl. Haegle/Schöner/Stöber, a. a. O., Rn. 3516 m. w. N.).

aa) Dies gilt insbesondere, wenn das Grundstück vom Vorerben **mit nachgewiesener Zustimmung aller Nacherben wirksam veräußert** worden ist (vgl. Haegle/Schöner/Stöber, a. a. O., Rn. 3516, 3477; Demharter, a. a. O., § 51 Rn. 42). Denn die Vorschrift des § 2113 Abs. 1 BGB stellt eine Verfügungsbeschränkung des Vorerben dar, die nur dem Schutz des Nacherben dient, so daß dieser nicht im Sinne dieser Vorschrift durch die Verfügung beeinträchtigt werden kann, wenn er ihr zugestimmt hat (vgl. Palandt/Edenhofer, BGB, 56. Aufl. 1997, § 2113 Rn. 6). Allerdings ist erforderlich, daß die Zustimmung des Nacherben in der Form des § 29 Abs. 1 GBO nachgewiesen wird (vgl. Palandt/Edenhofer, a. a. O., Einf. vor § 2100 Rn. 13). Bei dieser Vorgehensweise ist es nach h. M. **nicht** notwendig, daß auch die Ersatznacherben der Verfügung des Vorerben zustimmen (Haegle/Schöner/Stöber, a. a. O., Rn. 3519; Demharter, a. a. O., § 51 Rn. 42 m. w. N.). Dies beruht darauf, daß dem Ersatznacherben vor Eintritt des Nacherbfalls zwar bereits eine Anwartschaft zusteht, ihm aber nach h. M. hinter dem Nacherben die aktiven Kontroll- und Sicherungsrechte versagt werden (vgl. Staudinger/Behrends/Avenarius, BGB, 13. Aufl. 1996, § 2100 Rn. 73).

Im vorliegenden Fall wäre eine Löschung des Nacherbenvermerks aufgrund Unrichtigkeitsnachweises also ohne weiteres möglich, wenn die Nacherbin der Verfügung der Vorerbin in der Form des § 29 GBO zustimmen würde und diese Unterlagen dem Grundbuchamt vorgelegt würden.

bb) Das Grundbuch wäre aber auch dann nachträglich unrichtig geworden, dadurch daß das Grundstück durch eine Verfügung des Vorerben endgültig aus dem Nachlaß ausgeschieden wäre, wenn der **befreite Vorerbe nachgewiesenermaßen entgeltlich** über das Grundstück verfügt hätte (vgl. §§ 2136, 2113 Abs. 2 BGB). Denn in diesem Falle wäre die Verfügung des Vorerben über ein zur Erbschaft gehörendes Grundstück dem Nacherben gegenüber auch dann wirksam, wenn er der Verfügung des Vorerben nicht zugestimmt hätte.

Nach der herrschenden Rechtsprechung ist Unentgeltlichkeit der Verfügung dann gegeben, wenn nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten objektiv eine in den Nachlaß zu erbringende Gegenleistung fehlt oder dem aus der Erbmasse erbrachten Opfer nicht gleichwertig ist und subjektiv der Vorerbe die Ungleichwertigkeit entweder erkennt oder jedenfalls bei ordnungsmäßiger Verwaltung das Fehlen bzw. die Unzulänglichkeit der Gegenleistung hätte erkennen müssen (vgl. Palandt/Edenhofer, a. a. O., § 2113 Rn. 10 m. w. N.; KG Rpfleger 1968, 224). Hierbei ist eine teilweise unentgeltliche Verfügung einer voll unentgeltlichen gleichzustellen (KG Rpfleger 1968, 224; BayObLG Rpfleger 1988, 525); gleiches gilt für die vorzeitige Erfüllung eines Grundstücksvermächtnisses (OLG Hamm DNotI-Report 1996, 174).

Der Vorerbe muß in diesem Falle also nachweisen, daß die Vorerbschaft befreit ist und daß die Verfügung nicht in dem dargelegten Sinne unentgeltlich war (KG Rpfleger 1968, 224).

In der Regel kann aber die Entgeltlichkeit als Eintragungsvoraussetzung gegenüber dem Grundbuchamt nicht in der Form des § 29 Abs. 1 GBO nachgewiesen werden (vgl. Demharter, a. a. O., § 52 Rn. 23; Palandt/Edenhofer, a. a. O., Einf. Vor § 2100 Rn. 15). Nach § 29 Abs. 1 S. 2 GBO gilt für den Grundbuchverkehr der Nachweis der Entgeltlichkeit der Verfügung des befreiten Vorerben aber auch dann als erbracht, wenn die Entgeltlichkeit beim Grundbuchamt offenkundig ist.

Die herrschende Rechtsprechung hat der Offenkundigkeit im Interesse eines erleichterten Grundbuchverkehrs die Fälle gleichgestellt, in denen bei freier Würdigung der vorgelegten Urkunden durch das Grundbuchamt die Unentgeltlichkeit durch die Natur der Sache oder die Sachlage ausgeschlossen wird (vgl. KG Rpfleger 1968, 224; Rpfleger 1993, 236, 237). Das Grundbuchamt wird insoweit also als berechtigt und verpflichtet angesehen, bei der Prüfung, ob die Verfügung nicht als offenkundig entgeltlich anzusehen ist, Regeln der Lebenserfahrung und der Wahrscheinlichkeit heranzuziehen (vgl. Palandt/Edenhofer, a. a. O., Einf. Vor § 2100 Rn. 15 m. w. N.). So hat sich insbesondere der Grundsatz herausgebildet, daß die Entgeltlichkeit der Verfügung regelmäßig anzunehmen ist, wenn sie auf einem zweiseitigen entgeltlichen Rechtsgeschäft, vornehmlich einem Kaufvertrag, beruht und der andere Vertragsteil ein unbeteiligter Dritter ist (vgl. KG Rpfleger 1968, 224 m. w. N.; Rpfleger 1993, 236, 237).

Wäre dies im vorliegenden Fall gegeben, dann könnte die Vorerbin unter Vorlage des Erbscheines sowie des Kaufvertrages die Berichtigung des Grundbuches beantragen. Das Grundbuchamt hätte in diesem Fall dann in freier Würdigung der vorgelegten Urkunden zu prüfen, ob die Entgeltlichkeit nach den angeführten Rechtsgrundsätzen als nachgewiesen anzusehen ist, wäre insoweit aber nicht berechtigt, von Amts wegen Beweise zu erheben und beispielsweise ein Gutachten über den Verkehrswert des Grundstücks einzuholen (vgl. KG Rpfleger 1968, 224, 225).

Bei Bestehen von verwandtschaftlichen Beziehungen zwischen dem Vorerben und seinem Vertragspartner muß das Grundbuchamt aber die Entgeltlichkeit sorgfältig prüfen und kann bei Zweifeln an der Entgeltlichkeit den Beteiligten z. B. durch Zwischenverfügung die Vorlage einer Schätzung aufgeben (vgl. zur kritischen Überprüfung eines privaten Sachverständigengutachtens: OLG Hamm OLG Report 1995, 153 f. = DNotI-Report 1995, 90 f.) oder aber die Zustimmung der Nacherben zur Verfügung verlangen (Meikel, a. a. O., § 51 Rn. 137, 139 m. w. N.).

Gutachten im Fax-Abruf

Folgende Gutachten können Sie im Fax-Abruf-Dienst unter der angegebenen Fax-Abruf-Nummer anfordern. Funktionsweise und Bedienung des Fax-Abruf-Dienstes sind im DNotI-Report 2/1997 erläutert.

WEG §§ 3 Abs. 1, 5 Abs. 1, 15 Abs. 1

Sondereigentumsfähigkeit von Dachterrassen; Umdeutung in Sondernutzungsrecht

Dokumentennr. Fax-Abruf: 1137

WEG § 3 Abs. 2 S. 2

Sondereigentumsfähigkeit von auf dem Dach eines Garagegebäudes liegenden Stellplätzen

Dokumentennr. Fax-Abruf: 1138

BeurkG § 15; BNotO § 20 Abs. 3 S. 1

Freiwillige Grundstücksversteigerung, Durchführung, Beurkundung

Dokumentennr. Fax-Abruf: 1139

GmbHG § 34

Einziehung von GmbH-Geschäftsanteilen; Nennwertanpassung; „krumme“ Nennbeträge

Problem

Die Frage, wie die Anpassung der Nennwerte der einzelnen Geschäftsanteile bei der Einziehung eines Geschäftsanteils zu erfolgen hat, ist bisher höchstrichterlich noch nicht geklärt. Insbesondere wenn sich nicht durch Hundert teilbare Beträge ergeben, werden in der Literatur verschiedene Lösungsansätze empfohlen, die jedoch mit § 5 Abs. 3 GmbHG nicht vereinbar sind. Zu dieser Problematik kann unter **Dokumentennr. 1318** ein ausführliches Gutachten abgefragt werden.

Zusammenfassung

In der Literatur wird ganz einheitlich davon ausgegangen, daß die Einziehung eines Geschäftsanteils die Vernichtung dieses Geschäftsanteils zur Folge hat. Ebenfalls besteht Übereinstimmung darüber, daß das Stammkapital der GmbH durch die Einziehung eines Geschäftsanteils unverändert bleibt. Allgemein wird in bezug auf die verbleibenden Gesellschafter davon gesprochen, daß eine anteilige Vermehrung der Mitgliedschaftsrechte und Mitgliedschaftspflichten bei den übrigen Gesellschaftern eintritt. Streitig ist jedoch, ob dies durch automatische Erhöhung der Nennbeträge der Geschäftsanteile der verbleibenden Gesellschafter oder erst durch einen die Nennbeträge an das verbliebene Stammkapital angleichenden Beschluß erfolgt (vgl. dazu bereits DNotI-Report 11/94, S. 4 ff.). Die wohl überwiegende Meinung in der Literatur läßt auch die Bildung neuer Geschäftsanteile im Zusammenhang mit der Einziehung eines GmbH-Geschäftsanteils zu. Da der eingezogene alte Geschäftsanteil jedoch vernichtet ist, müßte hier eine Neubildung des Geschäftsanteils durch Abtretung von Teilgeschäftsanteilen der verbleibenden Gesellschafter und Zusammenlegung dieser abgetretenen Anteile erfolgen. Sowohl bei der Aufstockung der alten Geschäftsanteile als auch bei der Bildung eines neuen Geschäftsanteils kann es rechnerisch jeweils zu (Teil-) Geschäftsanteilen kommen, die nicht durch Hundert teilbar sind, so daß ein Verstoß gegen § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG vorläge. Diese Problematik ist bisher weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur dogmatisch sauber gelöst. Kein Problem diesbezüglich stellt lediglich die - allerdings sehr schwerfällige - Lösung über eine Kapitalherabsetzung und eine anschließende Kapitalerhöhung dar. Neben dem Versuch, durch die verschiedensten Analogien zumindest teilweise die Kollision mit § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG

zu lösen, wird aus Sicherheitsgründen ein Kombinationsmodell vorgeschlagen. Neben dem bloßen Aufstockungsbeschluß, der die neuen Nennwerte in zulässiger Größe abweichend von der rechnerischen Teilung feststellt, sollen vorsorglich eine Teilrechtsübertragung vorgenommen und eventuell ipso iure entstandene Teilrechte in Höhe der ungeraden Spitzenbeträge an einen Gesellschafter übertragen werden.

Dem zugrundeliegenden Dilemma bei der Einziehung kann man durch vorsorgende GmbH-Satzungsgestaltung entgehen, indem man statt der Einziehung eines GmbH-Geschäftsanteils die Verpflichtung zur Abtretung durch den betroffenen Gesellschafter vorsieht.

Rechtsprechung

BGB §§ 1018, 1090; WEG § 15 Abs. 1; GBO § 18
Keine Dienstbarkeit am Sondernutzungsrecht bei Wohnungseigentum

1. Mit einer Zwischenverfügung kann nicht aufgegeben werden, das Recht, dessen Eintragung beantragt ist, inhaltlich abzuändern oder durch ein anderes Recht zu ersetzen oder die Eintragungsbewilligung von unmittelbar Betroffenen nachträglich beizubringen.

2. Der Senat bleibt dabei, daß ein Wohnungseigentum nicht mit einer Dienstbarkeit belastet werden kann, deren Ausübungsbereich ausschließlich das Sondernutzungsrecht am gemeinschaftlichen Eigentum ist (Bestätigung von BayObLGZ 1974, 396 und BayObLG DNotZ 1990, 496).

BayObLG, Beschl. v. 30.04.1997 - 2Z BR 5/97

Kz.: L I 1 - § 1018 BGB

Dokumentennr. Fax-Abruf: 584

Problem

Einem Wohnungseigentümer steht ein Sondernutzungsrecht an einem Grundstücksteil zu, das ihn auch dazu berechtigt, auf diesem Grundstücksteil eine Garage zu errichten. Der Wohnungseigentümer bestellte eine Grunddienstbarkeit an seinem Wohnungseigentum zugunsten des Eigentümers eines Nachbargrundstücks, deren Ausübungsbereich auf die dem Sondernutzungsrecht unterliegende Fläche beschränkt war.

Entscheidung

Das BayObLG bestätigte seine bisherige Rechtsprechung, wonach ein Wohnungseigentum dann nicht mit einer Grunddienstbarkeit belastet werden kann, wenn sich deren Ausübungsbereich ausschließlich auf ein Sondernutzungsrecht am gemeinschaftlichen Eigentum beschränkt. Es bezog sich dabei ausdrücklich auf seine Beschlüsse vom 24.10.1974 (BayObLGZ 1974, 396 = NJW 1975, 59) sowie vom 30.11.1989 (DNotZ 1990, 496 = MittBayNot 1990, 110 = WE 1991, 79), die auch im DNotI-Gutachten, DNotI-Report 8/1997, 85, 86 dargestellt sind.

WEG §§ 3, 7 Abs. 3 und Abs. 4 Nr. 1, 8 Abs. 1 und Abs. 2; BGB § 874

Bestimmtheitsgrundsatz bei Aufteilung in Wohnungseigentum

Ist bei der Begründung von Wohnungseigentum ein im Dachgeschoß gelegener Trockenboden im Aufteilungsplan mit gleicher Nummer wie das Wohnungseigentum gekennzeichnet, so erfordert es der Bestimmtheitsgrundsatz des Sachen- und Grundbuchrechts nicht notwendig, daß der Trockenboden in der Teilungserklärung bei der wörtlichen Beschreibung des Gegenstands vom Sondereigentum nochmals erwähnt wird.

OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 23.04.1997 - 20 W 135/97
Kz.: L I 4 - § 3 Abs. 1 WEG

Dokumentennr. Fax-Abruf: 585

Problem

Bei der Aufteilung eines Grundstücks in Wohnungseigentum wurde ein Trockenboden im Aufteilungsplan mit der Ziffer 2 gekennzeichnet. Bei der Beschreibung der Sondereigentums-einheit Nr. II in der Teilungserklärung wurde jedoch lediglich die Verbindung „mit dem Sondereigentum an der im Aufteilungsplan mit Nr. 2 bezeichneten Wohnung im Dachgeschoß sowie dem mit Nr. 2 bezeichneten Abstellraum im Keller-geschoß“ ausdrücklich erwähnt. Das Grundbuchamt verweigerte den Vollzug der Teilungserklärung, da sich aus dem Text der Teilungserklärung nicht mit der für den Grundbuchverkehr erforderlichen Klarheit ergebe, ob auch der in der Erklärung nicht selbst genannte, im Aufteilungsplan jedoch mit der Ziffer 2 gekennzeichnete Trockenboden zum Sondereigentum der Einheit Nr. 2 gehören solle.

Entscheidung

Das OLG Frankfurt ging davon aus, daß das Grundbuchamt gem. §§ 3, 7 Abs. 3, 8 Abs. 2 WEG bei der Begründung und Übertragung von Wohnungseigentum prüfen müsse, ob der sachenrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz gewahrt sei. Die Teilungserklärung als Eintragungsbewilligung und der beizufügende Aufteilungsplan sollten verdeutlichen, welche Räume zu welchem Sondereigentum gehören und wo die Grenzen der im Sondereigentum stehenden Räume untereinander sowie gegenüber dem gemeinschaftlichen Eigentum verlaufen. Deshalb verlange der Bestimmtheitsgrundsatz auch, daß der Inhalt der Teilungserklärung mit dem Aufteilungsplan übereinstimme. Alle Widersprüche zwischen dem Inhalt der Teilungserklärung selbst und dem Inhalt des in Bezug genommenen Aufteilungsplans machten die Erklärung inhaltlich unbestimmt und die Aufteilung damit so nicht vollziehbar.

Vorliegend könne wegen der zweifelsfreien Kennzeichnung des Trockenbodens im Aufteilungsplan aber kein vernünftiger Zweifel daran bestehen, daß der Trockenboden zum Sondereigentum der Wohnung Nr. 2 gehöre, denn im Anschluß an die verbale Beschreibung der drei Sondereigentumseinheiten verweise die Teilungserklärung „wegen Lage und Größe“ der Sondereigentumsräume auf den beigegeführten Aufteilungsplan. Damit handle es sich bei der Teilungserklärung nicht um eine inhaltlich vom Aufteilungsplan abweichende Aufteilung, sondern nur um eine veranschaulichende Hervorhebung der wesentlichen Merkmale des jeweiligen Sondereigentums.

WEG §§ 32 Abs. 2, 7 Abs. 4

Umfang des Aufteilungsplans bei einem Dauerwohnrecht

Für die Eintragung eines Dauerwohnrechts sind außer dem Plan über die dem Dauerwohnrecht unterliegenden Räume (Wohnungsplan) Pläne beizufügen, aus denen sich die Lage des Gebäudes, in dem sich die dem Dauerwohnrecht unterliegenden Räume befinden, auf dem Grundstück (Grundstücksplan) sowie die Größe und Lage der Räume auf dem Stockwerk (Stockwerksplan) ergeben. Pläne hinsichtlich der übrigen Stockwerke und Gebäude sind nicht erforderlich.

BayObLG, Beschl. v. 28.05.1997 - 2Z BR 60/97
Kz.: L I 4 - § 31 WEG

Dokumentennr. Fax-Abruf: 586

Problem

Auf einem Grundstück befinden sich mehrere, jeweils mehrere Stockwerke umfassende Gebäude. Es wird ein Dauerwohnrecht an einer Wohnung im ersten Obergeschoß eines der auf dem Grundstück befindlichen Gebäude bestellt. Streitig war nun der Umfang des vorzulegenden Aufteilungsplans gem. § 32 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 WEG. Bei einem Aufteilungsplan gem. § 7 Abs. 4 WEG hält es die Rechtsprechung in der Regel für erforderlich, umfassend Grundrisse, Schnitte und Ansichten bezüglich aller Gebäude vorzulegen (vgl. nur BayObLG DNotZ 1980, 747; MittBayNot 1980, 162 = Rpfleger 1980, 435; BayObLG NJW-RR 1993, 1040 = Rpfleger 1993, 398).

Entscheidung

Das BayObLG ist der Auffassung, daß die Anforderungen, die an einen Aufteilungsplan im Sinne des § 7 Abs. 4 WEG zu stellen sind, nicht auf einen Aufteilungsplan im Sinne des § 32 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 WEG übertragen werden können, auch wenn § 32 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 WEG ebenso wie § 7 Abs. 4 WEG dem sachen- und grundbuchrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz diene. Denn der Aufteilungsplan gem. § 7 Abs. 4 WEG diene zusammen mit der Abgeschlossenheitsbescheinigung der Abgrenzung des gemeinschaftlichen Eigentums vom Sondereigentum und des einzelnen Sondereigentums von anderen Sondereigentumseinheiten. Diese Unterscheidung spiele bei der Begründung eines Dauerwohnrechts aber keine Rolle. Auch müsse beim Wohnungseigentum das gesamte Gebäude in gemeinschaftliches Eigentum und Sondereigentum aufgeteilt werden, während **das Dauerwohnrecht auch nur an einer von mehreren Wohnungen begründet werden könne; der Abgrenzung von anderen Wohnungen komme keine Bedeutung zu.** Dementsprechend unterschieden sich auch der Wortlaut des § 7 Abs. 4 Nr. 1 WEG und derjenige des § 32 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 WEG.

Zur Wahrung des mit der Bauzeichnung verfolgten Zwecks, nämlich den Umfang des dinglichen Rechts eindeutig und zweifelsfrei zu bestimmen, genüge es beim Dauerwohnrecht, wenn bei mehreren Gebäuden auf dem belasteten Grundstück in einem Grundstücksplan das Gebäude gekennzeichnet sei, in dem sich die von dem Dauerwohnrecht umfaßten Räume befinden; erstrecke sich das Dauerwohnrecht auch auf außerhalb des Gebäudes liegende Grundstücksteile, z. B. einen Garten, müsse sich auch deren Lage und Größe aus dem Plan

ergeben. Wenn sich die von dem Dauerwohnrecht umfaßten Räume in einem von mehreren Stockwerken eines Gebäude befinden, sei außerdem ein Stockwerksplan erforderlich. Aus ihm müsse sich die Lage der Räume und ihre Abgrenzung zu den anderen Räumen auf dem Stockwerk ergeben; dabei genüge es, wenn die von dem Dauerwohnrecht umfaßten Räume in ihrer äußeren Umgrenzung kenntlich gemacht seien. Die weiteren, auf dem Stockwerk befindlichen Wohnungen und Räume müßten aus dem Stockwerksplan nicht ersichtlich sein. Schließlich sei noch ein Wohnungsplan über die einzelnen zum Dauerwohnrecht gehörenden Räume erforderlich.

Das BayObLG begründet seine Ablehnung hinsichtlich weitergehender Anforderungen auch mit dem **Vergleich zu den Anforderungen beim Wohnungsrecht gem. § 1093 BGB**, bei dem unter dem Gesichtspunkt des Bestimmtheitsgrundsatzes ebenfalls keine weiteren Angaben verlangt würden. Auch daraus, daß zum Inhalt des Dauerwohnrechts das Recht gehöre, die zum gemeinschaftlichen Gebrauch bestimmten Teile, Anlagen und Einrichtungen des Gebäudes und Grundstücks mitzubenutzen (§ 33 Abs. 3 WEG), ergebe sich nicht die Notwendigkeit, Aufteilungspläne bezüglich dieser in Betracht kommenden Gemeinschaftsanlagen und -einrichtungen vorzulegen. Das Mitbenutzungsrecht betreffe nämlich nicht den Umfang des Dauerwohnrechts, sondern dessen Inhalt. Es erstrecke sich bei Ersetzung oder Umgestaltung auf die Anlagen und Einrichtungen in ihrem jeweiligen Umfang und Bestand. Im Hinblick darauf sei es nicht sinnvoll, die Anlagen und Einrichtungen in einem Plan festzuhalten.

BGB §§ 2289 Abs. 1 S. 2, 2349, 2352

Wirkung des Erbverzichts gegenüber Abkömmlingen

Haben Ehegatten in einem Erbvertrag sich gegenseitig zu Alleinerben und ihre beiderseitigen gesetzlichen Erben zu Erben des Längerlebenden eingesetzt, so erstreckt sich der von dem Längerlebenden mit dem einzigen Kind der Ehegatten geschlossene Erbverzichtsvertrag selbst bei vollständiger Abfindung nicht auf die Abkömmlinge des Verzichtenden.

OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 06.03.1997 - 20 W 574/95
Kz.: L I 1 - § 2352 BGB

Dokumentennr. Fax-Abwurf: 587

Problem

Eines der Hauptprobleme des Zuwendungsverzichts gem. § 2352 BGB ist die Frage nach der Erstreckung seiner Wirkungen auf die Abkömmlinge des Verzichtenden und die damit häufig verbundene Frage, ob der erbrechtlich gebundene Testator durch Abschluß des Zuwendungsverzichtsvertrages mit dem (oder den) unmittelbar berufenen Erben seine Testierfreiheit wiedererlangen kann.

Vorliegend hatten sich die Erblasserin und ihr vorverstorbenen Ehemann im Jahre 1935 in einem notariell beurkundeten Erbvertrag gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt sowie ihre beiderseitigen gesetzlichen Erben nach den Grundsätzen der gesetzlichen Erbfolge zu Erben des Längstlebenden bestimmt. Der eine Sohn der Ehegatten war nach dem Tod des Ehemann

nes ohne Hinterlassung von Abkömmlingen gestorben. Mit dem anderen Sohn L, der sieben Kinder hat, schloß die Erblasserin im Jahre 1988 einen notariellen Erb- und Pflichtteilsverzichtungsvertrag, worin dieser gegen Zahlung einer Abfindung von DM 50.000,- auf die ihm beim Tod der Erblasserin zustehenden gesetzlichen Erb- und Pflichtteilsrechte sowie auf das ihm aufgrund des Erbvertrages von 1935 zustehende Erbrecht verzichtete. Durch notariellen Erbvertrag setzte die Erblasserin im Jahre 1991 eine ihrer Nichten zu ihrer Alleinerbin ein. Nach dem Tod der Erblasserin war nun streitig, ob die Nichte wegen der eventuell bindenden Erbenberufung der sieben Enkelkinder wirksam zur Erbin eingesetzt werden konnte (vgl. § 2289 Abs. 1 S. 2 BGB).

Entscheidung

Das OLG Frankfurt legt den Erbvertrag dahingehend aus, daß es sich bei der Schlußerbeneinsetzung der beim Tode des überlebenden Ehegatten vorhandenen beiderseitigen gesetzlichen Erben in vollem Umfang um eine vertragsmäßige Verfügung (§ 2278 BGB) gehandelt habe, mit der Folge, daß eine weitere widersprechende letztwillige Verfügung durch die Ehefrau (hier: Erbeinsetzung der Nichte) grundsätzlich nach § 2289 Abs. 1 S. 2 BGB ausgeschlossen war.

Daran hat sich nach Auffassung des OLG Frankfurt auch nichts durch den mit L abgeschlossenen Zuwendungsverzichtsvertrag geändert, da dieser sich in seinen Wirkungen nicht auf die Abkömmlinge des L erstreckt habe. Insoweit schließt sich das OLG Frankfurt der in der obergerichtlichen Rechtsprechung und herrschenden Literatur vertretenen Auffassung an, die grundsätzlich eine Erstreckung der Wirkungen des Zuwendungsverzichts auf die Abkömmlinge des Verzichtenden ablehnt, da die für den Erbverzicht geltende Vorschrift des § 2349 BGB auf einen Zuwendungsverzichtsvertrag weder direkt noch analog anwendbar sei (vgl. Palandt/Edenhofer, BGB, 56. Aufl. 1997, § 2352 Rn. 6 m. w. N.).

Nach Auffassung des OLG Frankfurt scheidet im vorliegenden Fall auch eine Erstreckung der Verzichtswirkung wegen vollständiger Abfindung (vgl. BGH NJW 1974, 43, 44; OLG Hamm OLGZ 1982, 272, 278; OLG Köln FamRZ 1990, 99) aus. Zum einen sei angesichts des geschätzten Nachlaßwertes von DM 300.000,- zweifelhaft, ob L überhaupt für den Verzicht auf seine Rechtsposition vollständig abgefunden wurde. Zum anderen sei im vorliegenden Fall - anders als in den bislang von der Rechtsprechung entschiedenen Fällen - der Verzichtende zur Zeit des Todes des überlebenden Ehegatten der einzige Abkömmling gewesen, so daß nicht die Gefahr bestehe, daß ohne Erstreckung der Wirkungen des Zuwendungsverzichts auf die Abkömmlinge des Verzichtenden einer von mehreren Stämmen der Abkömmlinge doppelt bedacht würde.

Hinweis:

Die vorliegende Entscheidung des OLG Frankfurt setzt sich nicht ausdrücklich mit den kürzlich veröffentlichten Ausführungen von *Schotten* (in: ZEV 1997, 1 ff. sowie Staudinger, BGB, 13. Bearbeitung 1997, § 2352 Rn. 42 ff.) auseinander, der mit beachtlichen Argumenten für eine analoge Anwendung des § 2349 BGB auf den Zuwendungsverzicht plädiert.

**GBO §§ 19, 35, 51; BGB §§ 1821 Abs. 1 Nr. 1, 1913
Löschung des Nacherbenvermerks**

Zur vollständigen Löschung des Nacherbenvermerks ist die Bewilligung sämtlicher Nacherben erforderlich. Ist wegen des Lebensalters der Vorerbin das Hinzutreten weiterer Nacherben ausgeschlossen, genügt die Bewilligung der derzeit vorhandenen Nacherben.

OLG Hamm, Beschl. v. 11.02.1997 - 15 W 439/96

Kz.: L II 3 - § 51 GBO

Dokumentennr. Fax-Abruf: 588

Problem

Die Löschung des Nacherbenvermerks im Grundbuch vor Eintritt der Nacherbfolge setzt neben dem Antrag auf Löschung gem. § 13 GBO entweder eine Löschungsbewilligung der Nacherben und ggf. der Ersatznacherben (§ 19 GBO) oder den Nachweis bzw. die Offenkundigkeit der Grundbuchunrichtigkeit (§§ 22, 29 Abs. 1 S. 2 GBO) voraus. In Rechtsprechung und Literatur ist anerkannt, daß zur vollständigen Löschung des Nacherbenvermerks die Bewilligung sämtlicher Nacherben erforderlich ist, wenn mehrere Personen als Nacherben berufen sind (vgl. BayObLG DNotZ 1983, 318, 319; Haegele/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 10. Aufl. 1993, Rn. 3512). Für unbekannte Nacherben ist die Bewilligung der unbekanntenen Personen durch einen gem. § 1913 BGB zu bestellenden Pfleger abzugeben, der in den Fällen der §§ 1915, 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf (BayObLG DNotZ 1983, 318, 320; OLG Hamm Rpfleger 1984, 312, 313).

Im vorliegenden Fall ging es um die Frage, ob die Bewilligung eines Pflegers nach § 1913 BGB für noch unbekannte Nacherben auch dann erforderlich ist, wenn zu Nacherben die von der Vorerbin geborenen Kinder berufen sind und wegen des Lebensalters der Vorerbin bei lebensnaher Betrachtung das Hinzutreten leiblicher Nachkommen ausgeschlossen ist.

Entscheidung

Das OLG Hamm bekräftigt zunächst die zitierte Rechtsprechung, daß zur vollständigen Löschung des Nacherbenvermerks im Grundbuch die Bewilligung sämtlicher Nacherben und ggf. eines für noch unbekannte Nacherben gem. § 1913 S. 2 BGB zu bestellenden Pflegers erforderlich ist, wenn mehrere Personen als Nacherben berufen sind. Etwas anderes gelte jedoch, wenn offenkundig sei, daß keine weiteren als die namentlich benannten Nacherben vorhanden sind und auch nicht mehr hinzutreten können. Sei in der letztwilligen Verfügung bestimmt, daß die von der Vorerbin „geborenen“ Kinder zu Nacherben berufen sind, und wegen des Lebensalters der Vorerbin bei lebensnaher Betrachtung das Hinzutreten leiblicher Nachkommen ausgeschlossen, so genüge die Bewilligung der im Grundbuch eingetragenen Nacherben und der Nachweis, daß weitere leibliche Abkömmlinge nicht vorhanden sind, auch wenn ein Erbschein die benannten Nacherben lediglich als „zur Zeit“ vorhanden ausweist. Für die notarielle Praxis ist die Entscheidung des OLG Hamm erfreulich, da sie übertriebenen Anforderungen an die Bewilligung zur Löschung von Nacherbenvermerken unter Berufung auf eine lebensnahe Betrachtungsweise entgegentritt.

**KStG § 8 Abs. 3 S. 2
Verdeckte Gewinnausschüttung**

1. Zivilrechtliche Ansprüche einer Kapitalgesellschaft gegen ihren Gesellschafter-Geschäftsführer, die in der Steuerbilanz erfolgswirksam zu aktivieren sind, können nicht gleichzeitig die Rechtsfolge des § 8 Abs. 3 S. 2 KStG auslösen. Wird eine entsprechende Forderung von der Kapitalgesellschaft tatsächlich nicht aktiviert, so ist die Steuerbilanz als solche zu berichtigen. Für eine Anwendung des § 8 Abs. 3 S. 2 KStG außerhalb der Steuerbilanz ist kein Raum.

2. Wird ein Dispens vom Wettbewerbsverbot erteilt, so begründet die fehlende Abgrenzung zwischen den wechselseitigen Geschäftsbereichen für sich genommen noch keine vGA. Es ist die Sache der Gesellschafter, die Aufgaben einer Kapitalgesellschaft zu bestimmen. Das Steuerrecht muß die Aufgabenzuweisung durch die Gesellschafter im Grundsatz akzeptieren.

3. Soweit eine andere Rechtsauffassung in den BMF-Schreiben v. 04.02.1992 IV B 7 -S 2742- 6/92 (BStBl I 1992, 137) und vom 29.06.1993 IV B 7 -S 2742- 54/93 (BStBl I 1993, 556) vertreten wird, hat dieselbe keine Rechtsgrundlage.

BFH, Urt. v. 18.12.1996 - I R 26/95

Kz.: L IX 5 - § 8 Abs. 3 S. 2 KStG

Dokumentennr. Fax-Abruf: 589

Problem

In der vorliegenden Entscheidung setzt der BFH seine Rechtsprechung zur verdeckten Gewinnausschüttung fort (vgl. DNotI-Report 24/1995, 226; DNotI-Report 8/1997, 94). Im hier vorliegenden Fall war der alleinige Geschäftsführer einer GmbH zu 95 von Hundert an dieser beteiligt. Daneben war er als freier Versicherungsvertreter tätig. Die GmbH schloß mit dem Geschäftsführer einen Vermittlervertrag ab, wonach dieser weiterhin als Versicherungsvertreter tätig sein dürfe, wenn er die Versicherungen über die Klägerin vermittele. Dafür solle er die höchste Abschlußprovision als Vergütung erhalten. Das Finanzamt behandelte diese Provisionen wegen fehlender klarer Abgrenzung zwischen den Tätigkeiten als Geschäftsführer und freier Versicherungsvertreter als vGA i. S. d. § 8 Abs. 3 S. 2 KStG und als andere Ausschüttung i. S. d. § 27 Abs. 3 S. 2 KStG.

Entscheidung

Der BFH hat der Klage der GmbH gegen die Körperschaftsteuerbescheide und den Gewerbesteuermeßbescheid des Finanzamtes stattgegeben. Der BFH bestätigt mit der vorliegenden Entscheidung nochmals seine geänderte Rechtsprechung zur vGA (vgl. hierzu bereits DNotI-Report 8/1997, 94).

Nach Auffassung des BFH ist die zu korrigierende Gewinnminderung anhand der Steuerbilanz zu ermitteln, wie sie ohne Rücksicht auf die Rechtsfolge des § 8 Abs. 3 S. 2 KStG nach dem Maßgeblichkeitsgrundsatz aufgestellt wurde (vgl. BFH BStBl. II 1993, 801; BFHE 175, 347; BFHE 175, 412). Daraus folge, daß zivilrechtliche Ansprüche einer Kapitalgesellschaft gegen ihren Gesellschafter-Geschäftsführer, die in der Steuer-

bilanz erfolgswirksam zu aktivieren seien, d. h. steuerlich keine Einlageforderung darstellten, nicht gleichzeitig die Rechtsfolge des § 8 Abs. 3 S. 2 KStG auslösen könnten. Würde eine entsprechende Forderung von der Kapitalgesellschaft tatsächlich nicht aktiviert, so sei die Steuerbilanz als solche zu berichtigen. Für eine Anwendung des § 8 Abs. 3 S. 2 KStG sei außerhalb der Steuerbilanz kein Raum. Sei die Forderung dagegen eine Einlageforderung, so sei die Anwendung des § 8 Abs. 3 S. 2 KStG dann nicht ausgeschlossen, wenn sie der Rückgängigmachung einer vGA diene (vgl. BFHE 180, 55). Diese Unterscheidung wirke sich zwar nicht auf die Höhe des Gewinnes i. S. d. §§ 8 Abs. 1 KStG, 4 Abs. 1 S. 1 EStG aus, doch könne eine andere Ausschüttung i. S. d. § 27 Abs. 3 S. 2 KStG nicht bei erfolgswirksamen Hinzuaktivierungen innerhalb der Steuerbilanz angenommen werden. Allenfalls könne der rechtswirksame Verzicht der GmbH auf eine solche Forderung den Tatbestand des § 27 Abs. 3 S. 2 KStG erfüllen (vgl. BFHE 175, 412).

Der BFH ist der Auffassung, daß die zivilrechtliche Wirksamkeit des Dispenses vom Wettbewerbsverbot nicht davon abhängt, ob dieser eine detaillierte Abgrenzung der wechselseitigen Geschäftsbereiche enthalte und ob für die Dispenserteilung ein angemessenes Entgelt vereinbart worden sei. Die Rechtsprechung des BFH zur Vereinbarung einer Kapitalgesellschaft mit einem beherrschenden Gesellschafter baue auf der Überlegung auf, daß diese von vornherein klarstellen sollten, ob sie einen Leistungsaustausch untereinander auf schuldrechtlicher oder auf gesellschaftsrechtlicher Ebene beabsichtigten. Dem sei genüge getan, wenn die Provisionsvereinbarung den schuldrechtlichen Charakter der Provisionszahlungen hinreichend deutlich zum Ausdruck bringe. Eine darüber hinausgehende detaillierte Abgrenzung wechselseitiger Geschäftsbereiche könne nicht gefordert werden. Es sei Sache der Gesellschafter, die Aufgaben einer Kapitalgesellschaft zu bestimmen. Diese könnten den Aufgabenkreis nach eigenem Ermessen weit oder eng ziehen. Das Steuerrecht müsse die Aufgabenzuweisung durch die Gesellschafter im Grundsatz akzeptieren. Im Falle eines Wettbewerbes zwischen der Kapitalgesellschaft und ihren Gesellschaftern liege eine vGA solange nicht vor, als die Kapitalgesellschaft ihren Gesellschaftern keine eigene konkrete Geschäftschancen (teil-) unentgeltlich zur Nutzung überlasse. Im übrigen könne die Kapitalgesellschaft von ihren Gesellschaftern nur dann einen Verzicht auf Erwerb bzw. auf Unterlassung bestimmter Aktivitäten verlangen, wenn ein Gesellschafter dazu rechtlich verpflichtet sei. Die gegenteiligen Auffassungen in den vorgenannten BMF-Schreiben hätten deshalb keine Rechtsgrundlage.

Die Wirksamkeit des Dispenses könne auch nicht davon abhängen, daß dafür ein angemessenes Entgelt hätte gezahlt werden müssen. Eine Kapitalgesellschaft könne ein solches Entgelt gegenüber dem Geschäftsführer nur dann durchsetzen, wenn sie sich ihm gegenüber in der stärkeren Position befinde, d. h. wenn das Interesse des Geschäftsführers an der Fortsetzung der Geschäftsführertätigkeit größer sei als das entsprechende Interesse der Kapitalgesellschaft. Wenn die Kapitalgesellschaft an der Bestellung des Gesellschafters zum Geschäftsführer interessiert sei, werde sie das an den Gesellschafter-Geschäftsführer zu zahlende Gesamtentgelt unter

Berücksichtigung des erteilten Dispenses bemessen, ohne für den Dispens ein zusätzliches Entgelt zu verlangen.

Hinweise für die Praxis

Wichtige Änderungen des BauGB zum 1.1.1998

Der Regierungsentwurf zur Änderung des Baugesetzbuches und zur Neuregelung des Rechts der Raumordnung (Bau- und Raumordnungsgesetz 1998 - BauROG) (BT-Drucks. 13/6392 - = BR-Drucks. 635/96) war vom Bundestag am 15.5.1997 im wesentlichen unverändert beschlossen worden (BR-Drucks. 339/97 - **Dokumentennr. Fax-Abdruck: 130 und 131** - wegen des Umfangs auf zwei Nummern aufgeteilt) (zum Referentenentwurf bzw. zum Regierungsentwurf vgl. insbes. Bielenberg, vhw-Informationsdienst 1997, 33/43; Dolde, NVwZ 1996, 209; Lüers, vhw-ID 1996, 128; Schliepkorte, ZfBR 1996, 301; Stürer, DVBl. 1996, 177; Wagner, DVBl. 1996, 704). Aus dem Vermittlungsausschuß kam nunmehr eine gänzlich veränderte Fassung (BR-Drucks. 478/97 - **Dokumentennr. Fax-Abdruck: 129**), die vom Bundestag am 26.6.1997, vom Bundesrat am 4.7.1997 angenommen wurde und daher so zum 1.1.1998 in Kraft treten wird (vgl. auch BNotK-Intern 3/1997, Beilage in diesem Heft). Die für die notarielle Praxis wichtigsten Änderungen wurden weitgehend erst vom Vermittlungsausschuß eingefügt. (Alle nachfolgend zitierten Paragraphen ohne besondere Angabe betreffen die Neufassung des BauGB in der ursprünglich vom Bundestag beschlossenen Fassung (BT), bzw. in der endgültigen, im Vermittlungsausschuß ausgehandelten Fassung (VA)).

1. Städtebauliche Verträge (§§ 11-13 BT)

Wichtige Bestimmungen des zum 31.12.1997 auslaufenden BauGBMaßG werden mit dem BauROG in das BauGB eingearbeitet. So sind die bisher in §§ 6 und 7 BauGBMaßG geregelten städtebaulichen Verträge und der **Vorhaben- und Erschließungsplan** künftig - inhaltlich im wesentlichen unverändert - in §§ 11 und 12 BauGB n. F. geregelt.

2. Teilungsgenehmigung (§§ 19/20 VA)

a) Abweichend vom Regierungsentwurf wird die Teilungsgenehmigung nach § 19 Abs. 1 BauGB nicht ganz abgeschafft. Eine gesetzliche Genehmigungspflicht gibt es nicht mehr, doch kann die **Gemeinde durch Satzung eine Genehmigungspflicht** für die Grundstücksteilung innerhalb der Gebiete einführen, für die ein (einfacher oder qualifizierter) **Bebauungsplan** besteht (§ 19 I 1 BauGB n. F.). Diese Befugnis kann die Landesregierung den Gemeinden aber durch Rechtsverordnung für das gesamte Landesgebiet oder Teile davon entziehen (§ 19 Abs. 5). In jedem Fall genehmigungsfrei sind damit die bisher unter § 19 Abs. 1 Nr. 2-4 BauGB a. F. fallenden Teilungen innerhalb im Zusammenhang bebauter Ortsteile, bebauter Grundstücke im Außenbereich oder von Grundstücken im räumlichen Geltungsbereich einer Veränderungssperre. Ein **Negativzeugnis** ist auch für Gemeinden erforderlich, die keine Teilungsgenehmigung vorschreiben, wie ein Vergleich von § 20 Abs. 2 mit § 22 Abs. 7 belegt -allerdings m. E. nicht, soweit eine Rechtsverordnung des Landes die Einführung der Genehmigungspflicht untersagt.

b) Gegenüber dem bisherigen Rechtsstand im wesentlichen unverändert bleibt die Genehmigungspflicht der Grundstücksteilung sowie der Aufteilung in Wohnungseigentum in **Fremdenverkehrsgebieten** (§ 22 BauGB), soweit die Gemeinden entsprechende Satzungen erlassen haben.

3. Gemeindliches Vorkaufsrecht (§§ 24-28 RE bzw. BT)

a) Das in § 3 BauGBMaßnG begründete **allgemeine Vorkaufsrecht der Gemeinde** wird künftig in § 24 BauGB eingebettet (Änderung Nr. 22 BT bzw. Nr. 7 VA). Wie bisher kann ein Vorkaufsrecht an voraussichtlich als Wohngebieten auszuweisenden Flächen bereits nach der Bekanntmachung des Aufstellungsbeschlusses für einen Flächennutzungsplan ausgeübt werden. Ähnlich kann ein Vorkaufsrecht an im Bebauungsplan für öffentliche Zwecke ausgewiesenen Flächen (§ 24 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BauGB) künftig bereits nach Beginn der öffentlichen Auslegung ausgeübt werden (§ 24 Abs. 1 S. 2 BauGB n. F.)

b) Die bisher in § 28 Abs. 4 BauGB a. F. und § 3 Abs. 4 BauGBMaßnG geregelte Ausübung des **gemeindlichen Vorkaufrechtes zugunsten Dritter** (für Bedarfs- oder Erschließungsträger bzw. für Zwecke des sozialen Wohnungsbaus) ist künftig einheitlich in § 27 a BauGB n. F. geregelt.

c) Sofern die Gemeinde ein Grundstück für die Durchführung eines Bebauungsplanes benötigt und dafür auch enteignen könnte, kann sie wie bisher ein auf den Verkehrswert preislimitiertes Vorkaufsrecht ausüben (§ 28 Abs. 3 BauGB a. F. bzw. Abs. 4 n. F.). § 3 Abs. 3 BauGBMaßnG hatte darüber hinaus ein preislimitiertes Vorkaufsrecht für Wohnbaugrundstücke eingeführt, wenn der vereinbarte Kaufpreis den Verkehrswert in erkennbarer Weise deutlich überschreitet - allerdings mit Rücktrittsrecht des Verkäufers. Nunmehr gilt dieses **preislimitierte Vorkaufsrecht mit Rücktrittsrecht des Verkäufers** für alle Vorkaufsfälle (§ 28 Abs. 3 BauGB n. F.). Im Gegensatz zu § 3 Abs. 3 BauGBMaßnG erhält die Gemeinde nunmehr baurechtlich ein **Wahlrecht** zwischen dem normalen und dem preislimitierten Vorkaufsrecht („kann“) - das allenfalls durch kommunalrechtliche Grundsätze sparsamer Hausführung etc. eingeschränkt sein kann.

4. Aufteilung in Wohnungseigentum bei Erhaltungssatzung genehmigungsbedürftig (§§ 172 ff. VA bzw. Änderung Nr. 16 VA)

Die für die notarielle Praxis wohl wichtigste und für viele Bauträger in Großstädten einschneidende Neuerung ist die Möglichkeit, durch Landesrecht eine Genehmigungspflicht für die Aufteilung in Wohnungseigentum einzuführen. Dies wurde erst bei der Befassung im Bundesrat auf Antrag Hamburgs eingefügt und in abgeschwächter Form im Vermittlungsausschuß auch durchgesetzt.

a) Die Genehmigungspflicht kann von der **Landesregierung durch Rechtsverordnung** eingeführt werden (§ 172 Abs. 1 S. 4 BauGB n. F. - s. Änderung Nr. 16 VA).

Die Genehmigungspflicht gilt dann für alle Gebiete, für die die Gemeinden eine **Erhaltungssatzung zur Erhaltung der Zusammensetzung der Wohnbevölkerung nach § 172 Abs. 1 Nr. 2 BauGB** (Milieuschutz) erlassen haben. Das Landesrecht wirkt also als Schleuse: Es entscheidet, ob die gemeindlichen Erhaltungssatzungen dieses Landes eine weitere (bundesrecht-

liche) Rechtsfolge haben oder nicht - und zwar zusätzlich zu der in jedem Fall nach § 172 Abs. 1 BauGB bestehenden Genehmigungspflicht für bauliche Änderungen etc.

b) Beim Erlaß einer entsprechenden Rechtsverordnung bedarf die **Aufteilung in Teil- oder Wohnungseigentum** einer Genehmigung (§ 172 Abs. 1 S. 4). Die Einbeziehung von Teileigentum in die Genehmigungspflicht macht die Umgehung durch "Kellermodelle" unmöglich.

Nach dem Wortlaut des Gesetzes wäre wohl auch eine Aufteilung von **Neubauten** genehmigungspflichtig, da auch der noch nicht errichtete Neubau "Wohnzwecken zu dienen bestimmt" ist. Dies war aber im Gesetzgebungsverfahren nicht beabsichtigt. Auch die Genehmigungspflicht für bauliche Änderungen betrifft Neubauten nur in Gebieten mit Ensembleschutz (§ 172 Abs. 1 S. 2 i. V. m. S. 1 Nr. 1), nicht in solchen mit Milieuschutz (Nr. 2). So könnte man bei einem Neubau das Tatbestandsmerkmal der Aufteilung eines "Gebäudes" verneinen. Ansonsten wird die Praxis wohl zu einer teleologischen Reduktion kommen, so daß m. E. für den Grundbuchvollzug nur ein Negativattest zu beantragen ist. Jedenfalls würde bei Neubauten immer ein Genehmigungsstatbestand eingreifen, da das Gebäude zur Zeit der Aufteilung nicht zu Wohnzwecken genutzt wird (§ 172 Abs. 4 S. 3 Nr. 5).

Nach dem Gesetz kann lediglich die „Begründung von Sondereigentum“ genehmigungspflichtig gemacht werden. Spätere **Änderungen der Teilungserklärung** sind, soweit kein neues Sondereigentum begründet wird, sondern lediglich der Inhalt bestehenden Sondereigentums geändert wird (etwa durch eine Änderung der Gemeinschaftsordnung), bereits dem Wortlaut nach nicht genehmigungspflichtig. Liest man „Begründung“ als „erstmalige Aufteilung“ - im Gegensatz zu „Änderung“ - so wären spätere Änderungen auch sonst nicht genehmigungspflichtig. Der Schutzzweck legt aber näher, Änderungen dann für genehmigungspflichtig zu halten, wenn dadurch neues Sondereigentum begründet wird. In vielen Fällen wird es sich dabei um unwesentliche Änderungen handeln, so etwa beim „Tausch“ eines gemeinschaftlichen Kellers mit einem in Sondereigentum stehenden, so daß die Änderung nach § 172 Abs. 4 S. 1 zu genehmigen wäre.

In Gebieten mit Fremdenverkehrsfunktionen umfaßt das Genehmigungserfordernis nach der ausdrücklichen Regelung des § 22 Abs. 1 S. 1 BauGB (a. F. wie n. F.) die „Begründung oder Teilung“ von Wohnungs- oder Teileigentum. Diese ausdrückliche Erstreckung fehlt in § 172 Abs. 1 S. 4, so daß man in einem Umkehrschluß die **Unterteilung** dort für genehmigungsfrei halten könnte. Allerdings hält die Literatur die ausdrückliche Erwähnung auch der realen Teilung in § 22 Abs. 1 für nur klarstellend, was einen Gegenschluß aus dem Fehlen nicht zulassen würde. Auch spricht der Schutzzweck des § 172 Abs. 1 S. 4 BauGB für eine Einbeziehung auch der Unterteilung in die Genehmigungspflicht, zumal die Unterteilung ohnehin nicht eigens gesetzlich geregelt ist, sondern analog der Vorschriften über die Begründung von Sondereigentum erfolgt (§§ 3 bzw. 8 WEG), für die die Genehmigungspflicht ausdrücklich eingreift.

Vieles spricht dafür, auch die **Umwandlung von Wohnungs- in Teileigentum** (und umgekehrt) für genehmigungspflichtig

zu halten. Praktisch ist die Frage wenig relevant, da die damit notwendig verbundene (tatsächliche) **Nutzungsänderung** bereits bisher genehmigungspflichtig ist (§ 172 Abs. 1 S. 1), und die Genehmigungsvoraussetzungen dafür eher enger sind. Es geht also nur mehr um die zusätzliche Frage, ob die Genehmigung dem Grundbuchamt nachzuweisen ist.

Im Zusammenhang mit der Aufteilung finden in der Regel **bauliche Änderungen** statt. Genehmigungspflicht und Genehmigungsfähigkeit nach § 172 Abs. 1 BauGB sind dann für Aufteilung und bauliche Änderung je getrennt zu prüfen, werden aber im Ergebnis wohl meist parallel laufen.

c) Nach § 172 Abs. 4 S. 1 BauGB darf die **Genehmigung** nur versagt werden, wenn die Zusammensetzung der Wohnbevölkerung aus besonderen städtebaulichen Gründen erhalten werden soll, d.h. wenn die Aufteilung konkret nachteilhafte Folgen in städtebaulicher Hinsicht auf die Zusammensetzung der Wohnbevölkerung hat, etwa indem sie zu einer Verdrängung der ansässigen Wohnbevölkerung und damit zu einer Unterausnutzung oder zu neuen Anforderungen an die Infrastruktur oder zu negativen Folgen für andere Stadteile durch die Abwanderung führen kann - immer vorausgesetzt, es handelt sich um bau- und bodenrechtliche und nicht nur um rein soziale Folgen.

Die Genehmigung ist dennoch zu erteilen, wenn auch unter Berücksichtigung des Allgemeinwohls die Erhaltung der baulichen Anlage oder ein Absehen von der Begründung von Sondereigentum wirtschaftlich nicht mehr zumutbar ist (§ 172 Abs. 4 S. 2). Diese Ausnahme galt bisher nur in Westdeutschland (§ 246 a Abs. 1 Nr. 14 BauGB a. F.).

Die allgemeinen Versagungsgründe und Genehmigungsvoraussetzungen entsprechen damit dem bisherigen Wortlaut des § 172 Abs. 4, so daß die hierzu ergangene Rechtsprechung und Literatur weiter herangezogen werden kann.

aa) Zusätzlich werden neue **spezielle Genehmigungstatbestände** geschaffen: für eine bauliche Änderung zur zeitgemäßen Modernisierung (§ 172 Abs. 2 S. 3 Nr. 1), für die Aufteilung im Zuge der **Erbaueinandersetzung** (Nr. 2) oder bei einer **Veräußerung an Familienangehörige** zu deren eigener Nutzung (Nr. 3), wenn zugunsten eines Anspruchs auf Aufteilung und Veräußerung von Sondereigentum bereits eine **Vormerkung im Grundstücksgrundbuch eingetragen** ist (Nr. 4), für die Aufteilung von nicht zu Wohnzwecken genutzten Gebäuden (Nr. 5) sowie schließlich bei einer Verpflichtung des Eigentümers, die Wohnungen innerhalb von sieben Jahren ab dem Vollzug der Aufteilung im Grundbuch nur an Mieter zu veräußern (Nr. 6).

bb) Die Aufteilung zur **Modernisierung** wird vor allem in Ostdeutschland eine große Rolle spielen. Die „Änderung einer baulichen Anlage“ ist nach § 172 Abs. 4 S. 3 Nr. 1 zu genehmigen, wenn sie der Herstellung des **zeitgemäßen Ausstattungszustandes einer durchschnittlichen Wohnung** unter Berücksichtigung der bauordnungsrechtlichen Mindestanforderungen dient. § 172 Abs. 4 S. 3 Nr. 1 gilt wohl nur für den Umbau, nicht für die damit einhergehende Aufteilung. Doch dürfte die Aufteilung zur Modernisierung häufig nach § 172 Abs. 4 S. 2 zu genehmigen sein, wenn der Eigentümer darlegt, daß er das

Gebäude nicht erhalten oder nicht zeitgemäß modernisieren kann, ohne es aufzuteilen - etwa weil die für die Modernisierung nötigen Mittel aus dem Grundstück nur durch eine teilweise Veräußerung von Wohnungen erzielt werden können.

cc) Die Aufteilung ist auch zu genehmigen, wenn sich der **Eigentümer verpflichtet, innerhalb von sieben Jahren** ab der Begründung von Sondereigentum Wohnungen **nur an die jeweiligen Mieter zu veräußern**. Die Verpflichtung ist gegenüber der Gemeinde zu erklären und kann m. E. bereits im Antrag bedingt für den Fall erklärt werden, daß die beantragte Genehmigung (oder das Negativzeugnis) ohne diese Verpflichtung nicht erteilt werden. Die Gemeinde kann dann in der Genehmigung bestimmen, daß **auch die Veräußerung von Sondereigentum während der sieben Jahre der Genehmigung bedarf**, und kann dies auch in das Grundbuch eintragen lassen. Ist ein derartiger Genehmigungsvorbehalt auch für die Veräußerung ausgesprochen, so ist eine Veräußerung ohne Genehmigung unwirksam. Ein Verstoß gegen die bloße Verpflichtung, nur an den jeweiligen Mieter zu veräußern, würde hingegen m. E. allenfalls einen Schadensersatzanspruch auslösen, wobei fraglich ist, inwieweit die Gemeinde den Schaden des Mieters liquidieren könnte (oder gar dieser selbst durch die Verpflichtung geschützt wäre). Eine bloße Verpflichtung wäre im Konkurs des Eigentümers nicht konkursfest.

Hat der Mieter ein **Vorkaufsrecht nach § 570 b BGB**, da das Mietverhältnis bei der Aufteilung in Wohnungseigentum bereits bestand, so behält er dieses auch neben einer Verpflichtung nach § 172 Abs. 4 S. 3 Nr. 6 BauGB n. F.

Bei einer Verpflichtung nach § 172 Abs. 4 S. 3 Nr. 6 BauGB n. F. **entfällt die drei- bzw. fünfjährige Sperrfrist für Eigenbedarfs- bzw. Verwertungskündigungen** nach § 564 b Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 3 BGB (§ 172 Abs. 4 Nr. 6 S. 2 BauGB n. F.). Eine allfällige zehnjährige Sperrfrist nach Art. 14 S. 2 Nr. 1 InvestitionsErleichterungs- u. WohnBaulandG v. 22.4.1993 (BGBl. 1993 I 466) verkürzt sich um sieben Jahre.

dd) Greift kein spezieller Genehmigungstatbestand ein, so sind die allgemeinen Voraussetzungen der § 172 Abs. 4 S. 1 u. 2 zu prüfen. Ein eindeutiger Beispielfall hierfür wäre m. E., wenn bei einem bisher gemischt für gewerbliche und Wohnzwecke genutzten Gebäude nur die gewerblichen Einheiten abgetrennt (und veräußert) werden sollen, während sämtliche Wohnungen zu einer einzigen Wohnungseigentumseinheit zusammengefaßt werden. Dadurch ändert sich für die Mieter und damit für die Zusammensetzung der Wohnbevölkerung nichts.

d) Das **Grundbuchamt** darf eine Aufteilung nur vollziehen, wenn ihm der **Genehmigungsbescheid oder ein Negativzeugnis** über die Genehmigungsfreiheit vorgelegt werden (§ 172 Abs. 1 S. 5 i. V. m. § 20 Abs. 2 S. 2 - je Fassung VA).

Ein Negativzeugnis ist also **auch erforderlich, wenn das Grundstück nicht im Geltungsbereich einer Erhaltungssatzung nach § 172 Abs. 1 Nr. 2 BauGB liegt** - anders als beim Genehmigungsvorbehalt für Gebiete mit Fremdenverkehrsfunktionen, bei denen Genehmigung bzw. Negativzeugnis nach der ausdrücklichen Regelung des § 22 Abs. 7 nur für die Gemeinden bzw. Gemeindeteile erforderlich sind, für die die

Rechtsverordnung gilt. Denn das Grundbuchamt kann nicht wissen, für welche Gebiete Erhaltungssatzungen bestehen. Hat allerdings die Landesregierung gar keine entsprechende Rechtsverordnung erlassen, so kann das Grundbuchamt m. E. auch kein Negativzeugnis fordern. Das Grundbuchamt prüft nur die Genehmigung der Aufteilung, nicht die Genehmigung von baulichen Änderungen oder Nutzungsänderungen etc. nach § 172 Abs. 1 S. 1.

Es empfiehlt sich, die Genehmigung bzw. das Negativzeugnis künftig **zugleich mit der Abgeschlossenheitsbescheinigung zu beantragen**.

Wurde die Aufteilung ohne die erforderliche Genehmigung vollzogen, so ist auf Antrag der Gemeinde ein Widerspruch in das Grundbuch einzutragen (§ 20 Abs. 3 HS. 1). Außerdem muß das Grundbuchamt einen Amtswiderspruch eintragen, wenn es erkennt, daß eine ohne Genehmigung oder Negativzeugnis eingetragene Aufteilung genehmigungsbedürftig war (§ 20 Abs. 3 HS. 2).

e) Das Genehmigungserfordernis „gilt als Verbot im Sinne des § 135 des Bürgerlichen Gesetzbuches“ (§ 172 Abs. 1 S. 4 BauGB n. F.). Über § 135 Abs. 2 BGB i. V. m. §§ 892, 893 BGB will der Gesetzgeber damit einen **gutgläubigen Erwerb** ermöglichen, falls die Aufteilung trotz fehlender Genehmigung eingetragen wird und der Erwerber nichts vom Fehlen der Genehmigung weiß. Dasselbe gilt für die Genehmigungspflicht bei einer Veräußerung während der siebenjährigen Veräußerungsbeschränkung, wenn diese nicht im Grundbuch eingetragen ist (§ 172 Abs. 4 S. 4/5).

Dabei genügt der gutgläubige Erwerb einer einzelnen Einheit, um die gesamte Aufteilung wirksam werden lassen. Bei einer mangels notarieller Beurkundung formnichtigen, aber im Grundbuch eingetragenen Teilungsvereinbarung hielt der BGH den Formmangel infolge gutgläubigen Erwerbes an einer einzelnen Einheit für insgesamt geheilt (BGH, Urt. v. 3.11.1989, BGHZ 109, 179 = NJW 1990, 447). Die dortige Argumentation läßt sich wohl auch auf eine mangels Genehmigung unwirksame Aufteilung übertragen.

f) Kraft der Fiktion des § 172 Abs. 1 S. 4 BauGB ist das Genehmigungserfordernis als **relatives Verfügungsverbot** (§ 135 Abs. 1 S. 1 BGB) zu behandeln. Das ist ungewöhnlich und nicht aus sich selbst heraus verständlich. Normalerweise ist eine öffentlich-rechtliche Genehmigung entweder materiell-rechtliche Wirksamkeitsvoraussetzung eines privatrechtlichen Rechtsgeschäftes (wie z. B. die Genehmigung im Sanierungsgebiet nach § 144 BauGB) oder lediglich verfahrensrechtliche Voraussetzung für dessen Vollzug (wie z. B. die Teilungsgenehmigung nach § 19 BauGB im Verhältnis zum schuldrechtlichen Teilflächenverkauf). Im ersteren Fall ist das Rechtsgeschäft vor der Genehmigung schwebend unwirksam, im letzteren Fall beeinträchtigt das Fehlen der Genehmigung die Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes nicht. Hier ist eine neue Zwischenstufe geschaffen, die relative Unwirksamkeit nur gegenüber dem vom Verfügungsverbot Geschützten. Ich will versuchen, mögliche Konsequenzen dieser neuen Rechtsfigur zu umreißen. Dabei möge sich der Leser aber bewußt sein, daß es sich dabei nur um einen persönlichen Deutungsversuch handeln kann.

aa) Das Gesetz legt nicht fest, wer **Begünstigter** dieses relativen Schutzes ist. Die gesamte "Wohnbevölkerung" des Satzungsgebietes wäre sicher zu unbestimmt. Geschützt könnten entweder die Mieter oder die Gemeinde sein. Doch haben beide mögliche Lösungen ihre Schwachpunkte.

Der städtebauliche Schutzzweck des Genehmigungserfordernisses spricht dafür, daß die **Gemeinde** als Genehmigungsbehörde (§ 173 Abs. 1 S. 1) vom relativen Verfügungsverbot geschützt ist. Dafür spricht auch, daß nach § 20 Abs. 3 HS. 1 die Gemeinde einen Widerspruch im Grundbuch eintragen lassen kann, wenn eine Aufteilung ohne Genehmigung eingetragen wurde. Jedoch wäre dies eine merkwürdige Verquickung von privatem und öffentlichem Recht.

Gegen einen Schutz des **Mieters** spricht zunächst, daß es sich um eine städtebauliche, keine Mieterschutzvorschrift handelt. Andererseits würde ein Schutz des Mieters eher zum zivilrechtlichen Charakter des § 135 BGB passen. Auch bemüht sich jedenfalls § 173 Abs. 4 Nr. 6 BauGB, einen Gleichlauf mit den Mieterschutzvorschriften herzustellen.

Die Gesetzesentstehung läßt keinen eindeutigen Schluß zu: Die zunächst vom Bundesrat beschlossene Fassung sah vor, daß die Genehmigung zu erteilen ist, wenn mindestens zwei Drittel der Mieter die Wohnung erwerben wollten (vgl. BR-Drucks. 339/97, Ziff. 13). Der Vermittlungsausschuß strich diesen Genehmigungstatbestand, fügte aber zugleich den zitierten Verweis auf § 135 BGB ein. Dies heißt wohl, daß man den im ursprünglichen Vorschlag verankerten Mieterschutz als einer städtebaulichen Norm fremd streichen wollte, doch ist nicht auszuschließen, daß man diesen Schutz nunmehr über § 135 BGB verankern wollte.

Betrachtet man den Mieter als geschützt, so ist wohl nur der Mieter derjenigen Wohnung geschützt, an der Sondereigentum begründet werden soll - und nicht alle Mieter auf dem Grundstück. Im Hinblick auf die Sperrfrist im Genehmigungstatbestand des § 172 Abs. 4 S. 3 Nr. 6 könnte man erwägen, alle Mieter innerhalb von sieben Jahren ab der Begründung des Sondereigentums in den Schutz einzubeziehen. Doch wäre dann der Geschützte zur Zeit der verbotswidrigen Verfügung noch nicht feststellbar, so daß die relative Unwirksamkeit wohl nur den Mietern gegenüber gilt, die bereits zum Zeitpunkt der Eintragung der Aufteilung im Grundbuch gemietet haben.

bb) **Bezieht man den relativen Schutz des § 135 BGB auf die Mieter, so wäre die Genehmigungspflicht weitgehend zur Disposition der Mieter gestellt:** So bedürfte eine Aufteilung mit Zustimmung aller Mieter, an deren Wohnungen Sondereigentum begründet werden soll, keiner Genehmigung - weiter vorausgesetzt, daß nur der Mieter zur Zeit der Aufteilung geschützt ist, nicht auch spätere Mieter innerhalb der Siebenjahres-Frist. Denn wenn der durch ein relatives Verfügungsverbot nach § 135 BGB Geschützte der Verfügung zustimmt, so ist die Verfügung auch ihm gegenüber - und damit allgemein - wirksam.

Ebenso bedürfte es bei einem ganz leerstehenden Gebäude keiner Genehmigung, da es dann keinen nach § 135 BGB Geschützten gäbe, was den Genehmigungstatbestand des § 172

Abs. 4 Nr. 5 überflüssig machen würde und daher sicher der Intention des Gesetzgebers widerspricht. Schließlich müßte eine zum Schutz des Mieters angeordnete relative Unwirksamkeit enden, wenn der Mieter die aufgeteilte Wohnung selbst erwirbt, oder auch wenn der Mieter auszieht.

Daß der Gesetzgeber das öffentlich-rechtliche Genehmigungserfordernis derart weitgehend zur Disposition der Mieter stellen wollte, erscheint doch fraglich. Zudem könnte dann eine „Heilung“ lediglich hinsichtlich einzelner Wohnungen eintreten, wenn bei einer vollzogenen Aufteilung nur die Mieter einzelner Wohnungen zustimmen bzw. ausziehen, so daß sich die Frage aufwürfe, ob dadurch die Aufteilung auch hinsichtlich der anderen Einheiten wirksam würde. So wird sich die **Rechtspraxis wahrscheinlich dafür entscheiden, eine relative Unwirksamkeit gegenüber der Gemeinde anzunehmen.**

Unproblematisch wäre die Anwendung der relativen Unwirksamkeit nach § 135 Abs. 1 BGB zugunsten des Mieters hingegen für den Fall, daß eine Zustimmungspflicht zur Veräußerung nach § 172 Abs. 4 Nr. 6 BauGB n. F. erlassen, aber nicht im Grundbuch eingetragen ist. Dann wäre eine ohne Genehmigung erfolgte Veräußerung Dritten gegenüber wirksam. Doch könnte sich der Mieter auf das Fehlen der Genehmigung berufen. Ihm gegenüber bliebe der bisherige Eigentümer weiterhin Eigentümer und Vermieter.

cc) Von der Rechtsfolgenrechtsseite her beschränkt § 135 Abs. 1 BGB die **Unwirksamkeit als nur relative** auf die jeweils Geschützten - also entweder die Gemeinde oder die Mieter. Allen Dritten gegenüber wäre eine einmal im Grundbuch eingetragene Aufteilung hingegen wirksam. Hält man den Mieter nicht für geschützt, so könnte er sich nicht beim Fehlen einer Genehmigung nicht auf die Unwirksamkeit der Aufteilung berufen - etwa wenn ihm der Erwerber einer Wohnung wegen Eigenbedarfs kündigt.

Besteht die relative Unwirksamkeit nur der Gemeinde gegenüber, so könnte wohl nur sie die Aufhebung der Aufteilung im Grundbuch verlangen, wobei unklar ist, inwieweit sie sich dabei auf öffentliches, inwieweit auf Zivilrecht stützen könnte.

5. Übergangsregelungen für die Genehmigungspflicht

a) Das Gesetz tritt insgesamt am 1.1.1998 in Kraft. Für die Ermächtigung zur Einführung einer Genehmigungspflicht nach § 172 Abs. 1 S. 4 gibt es keine Sonderregelung. Die Landesregierungen können ihre entsprechenden **Rechtsverordnungen also frühestens mit Wirkung vom 1.1.1998** erlassen. Die Genehmigungspflicht setzt den Erlaß und das Inkrafttreten einer Rechtsverordnung voraus. Die Rechtsverordnung gilt dann aber auch für gemeindliche Erhaltungssatzungen, die vor dem 1.1.1998 in Kraft getreten sind (§ 236 Abs. 2 S. 3), da die Erhaltungssatzung nicht Rechtsgrundlage, sondern nur ein Tatbestandsmerkmal der Genehmigungspflicht ist.

Nachdem die Rechtsverordnung frühestens zum 1.1.1998 in Kraft treten kann, **bedarf es keiner Genehmigung, wenn die Aufteilung noch vor dem 1.1.1998 in das Grundbuch eingetragen wird.** Tritt die Rechtsverordnung erst später in Kraft, so sind alle vor ihrem Inkrafttreten eingetragenen Aufteilungen genehmigungsfrei. Insoweit hat das Gesetz keine Rückwirkung

angeordnet und kann sie auch nicht anordnen, da diese als echte Rückwirkung in abgeschlossene Vorgänge eingriffe. Grundbuchamt und Baubehörde müssen ihnen vorgelegte Anträge weiterhin im normalen Geschäftsgang bearbeiten und dürfen sie nicht etwa über den Jahreswechsel hinweg in die Genehmigungspflicht hinein verschleppen.

b) Sind Anträge auf Begründung von Sondereigentum vor dem 1.1.1998 gestellt, aber nicht mehr erledigt worden, so können auch diese **Altanträge** grundsätzlich vom Genehmigungserfordernis erfaßt werden (da dies lediglich eine unechte Rückwirkung auf noch fortdauernde Lebenssachverhalte mit Hinsicht auf die Zukunft ist). Voraussetzung ist, daß auch die Rechtsverordnung vor der Eintragung in Kraft getreten ist.

Vor dem 26.6.1997 (Beschlüßfassung des Bundestages) beim Grundbuchamt **gestellte Altanträge** sind unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes nicht genehmigungspflichtig (§ 236 Abs. 2 S. 1). (Dies gilt wohl auch für kleinere, für die Genehmigung irrelevante Antragsänderungen, insbesondere Klarstellungen.) Diese Altanträge können die Landesregierungen also keinesfalls der Genehmigungspflicht unterstellen. Selbstverständlich muß die Landesregierung nicht den vollen zulässigen Rückwirkungszeitraum ausschöpfen, sondern kann Altanträge auch bis zum Inkrafttreten der Rechtsverordnung von der Genehmigungspflicht ausnehmen.

c) Wurde eine **Vormerkung** zur Sicherung des Anspruches auf die Begründung von Wohnungseigentum und dessen Übertragung bereits **vor dem 26.6.1997** im Grundstücksgrundbuch eingetragen, so ist die Aufteilung genehmigungsfrei (§ 236 Abs. 2 S. 1). Wurde die Vormerkung ab dem 26.6.1997, aber vor dem 1.1.1998 bzw. **vor Inkrafttreten der Rechtsverordnung** eingetragen, so besteht zwar eine Genehmigungspflicht, die Genehmigung muß dann aber erteilt werden (§ 172 Abs. 4 Nr. 4). Beide Vorschriften sind im Zusammenhang zu lesen.

Der Vormerkungsschutz ergänzt öffentlich-rechtlich den zivilrechtlichen Schutz nach § 883 Abs. 2 BGB. Man könnte daher erwägen, die Genehmigungsfreiheit bzw. Genehmigungsfähigkeit nur soweit zu erstrecken, wie dies für den Schutz des Vormerkungsberechtigten erforderlich ist. Die übrigen Wohnungen könnte man etwa zu einer großen Einheit zusammenfassen. Aber dann wäre entweder nur ein Teil der Aufteilung genehmigungsfrei bzw. müßte eine den Antrag modifizierende Genehmigung ergehen. Der Charakter der Bestimmungen als Übergangsvorschrift und die parlamentarischen Beratungen sprechen wohl eindeutig dafür, daß dann **die gesamte Aufteilung genehmigungsfrei bzw. genehmigungsfrei**

gungsfähig ist. Ausgenommen wären nur eindeutige Umgehungsfälle, insbesondere Scheinverkäufe, deren einziger wirtschaftlicher Zweck darin liegt, die Genehmigungspflicht zu umgehen.

d) Da die Genehmigungspflicht einem relativen Verfügungsverbot nach § 135 BGB gleichzustellen ist, könnte man auch eine **analoge Anwendung des § 878 BGB** erwägen, wenn der Eigentümer die Eintragung der Aufteilung vor dem Inkrafttreten durch das Verfügungsverbot beim Grundbuchamt beantragt hat. Dem ist zuzugeben, daß § 878 BGB jedenfalls nach einer Meinung auch auf einseitige Verfügungen, wie eine Grundstücksteilung oder die Aufteilung in Wohnungseigentum, angewandt werden kann. Vorliegend wird § 878 BGB aber m. E. durch die speziellen Regelung des § 236 Abs. 2 BauGB zur Rückwirkung verdrängt. Denn der Sache nach regeln beide Vorschriften die zeitliche Rückwirkung des eingreifenden Verbots, die eine öffentlich-, die andere zivilrechtlich, so daß die speziellere vorgeht. Hierfür spricht auch ein Gegenschluß zu § 22 Abs. 3 Nr. 1 BauGB, der eine dem zivilrechtlichen § 878 BGB entsprechende öffentlich-rechtliche Vorverlagerung des Schutzes auf den Zeitpunkt der Antragstellung ausdrücklich regelt.

6. Konsequenzen für die notarielle Vertragsgestaltung

a) Bei allen ab jetzt beurkundeten **Teilungserklärungen** sollte der Aufteilende belehrt werden, daß eine Genehmigung der Aufteilung erforderlich werden kann, wenn die Teilungserklärung nicht vor dem 31.12.1997 (bzw. vor dem Inkrafttreten einer entsprechenden Rechtsverordnung) im Grundbuch vollzogen wird. Sofern der Aufteilende die Genehmigung ausnahmsweise nicht selbst beantragen will, ist zu überprüfen, ob die Notarvollmacht für den Antrag auf Genehmigung bzw. Negativzeugnis ausreicht.

b) Im **Bausträgervertrag** ist der Vollzug der Teilungserklärung im Grundbuch ohnehin allgemeine Fälligkeit voraussetzung (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 HS. 2 MaBV). Von daher ist der Erwerber bei einer Genehmigungsversagung geschützt. Zum

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

- eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Köln -
97070 Würzburg, Kaiserstraße 23
Telefon: 09 31/3 55 76-0 - Telefax: 09 31/3 55 76-225
e-mail: dnoti@t-online.de

Hinweis:

Die im DNotI-Report veröffentlichten Gutachten und Stellungnahmen geben die Meinung der Gutachter des Deutschen Notarinstituts und nicht die der Bundesnotarkammer wieder.

Verantwortlicher Schriftleiter:

Notar a.D. Dr. Peter Limmer, Kaiserstraße 23, 97070 Würzburg

Bezugsbedingungen:

Der DNotI-Report erscheint zweimal im Monat und kann beim Deutschen Notarinstitut oder im Buchhandel bestellt werden.

Abbestellungen müssen mit vierteljährlicher Frist zum Jahresende erfolgen.

Schutz des Bauträgers kann man - ähnlich wie bei Verkäufen vor Erteilung der Baugenehmigung - ein Rücktrittsrecht des Bauträgers vorsehen, sofern die Genehmigung bzw. ein Negativzeugnis nicht bis zu einem bestimmten Termin erteilt wird (wobei dann nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 MaBV noch keine Kaufpreistraten fälliggestellt werden dürfen), oder ausdrücklich festhalten, daß der Bauträger für eine durch Verweigerung der Genehmigung eintretende Unmöglichkeit nicht haftet.

Notarassessor Christian Hertel

Literaturhinweise

Demharter, Grundbuchordnung, 22. Aufl. 1997, München, Verlag C. H. Beck, 1345 Seiten, 128,- DM

Der Kommentar *Demharters* zur Grundbuchordnung (früher Horber/Demharter) gehört wohl zur Standardausrüstung jedes Notariats, so daß sich eine Besprechung eigentlich erübrigt.

Doch sei angezeigt, daß nun die 22. Auflage dieses Standardwerkes vorliegt, die Rechtsprechung und Gesetzgebung bis zum 15.11.1996, in einigen Fällen auch darüber hinaus berücksichtigt. Im Gegensatz zur Voraufgabe waren diesmal keine größeren Änderungen in der Grundbuchordnung neu zu besprechen. Wo immer man die Probe aufs Exempel macht-, man wird neuere Rechtsprechung und Literatur bereits in den *Demharter* eingearbeitet finden - ob dies nun die Zulässigkeit einer Sukzessivberechtigung bei der Vormerkung betrifft (Anhang zu § 44 Rn. 108), den Wirksamkeitsvermerk bei der Grundpfandrechtsbestellung mit Zustimmung eines Vormerkungsberechtigten (§ 22 Rn. 19) oder schließlich das Eigentumsfristengesetz vom 20.12.1996. Außerdem findet sich in der Neuauflage auch die Neufassung der Grundbuchverfügung und der Wohnungsgrundbuchverfügung zum 24.01.1995.

Notarassessor Christian Hertel

Bezugspreis:

Jährlich 300,- DM, Einzelheft 13,- DM, inkl. Versandkosten. Für die Mitglieder der dem DNotI beigetretenen Notarkammern ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten.

Alle im DNotI-Report enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist die Verwertung nur mit Einwilligung des DNotI zulässig.

Verlag:

Bundesnotarkammer, Körperschaft des öffentlichen Rechts, Geschäftsstelle
Deutsches Notarinstitut, Kaiserstraße 23, 97070 Würzburg

Druck:

Max Schimmel Verlag GmbH + Co KG, Postfach 9444, 97094 Würzburg,
Tel.: 09 31/27 91 300, Fax.: 09 31/27 91 333