

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

23/1994 · Dezember 1994

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

ZPO §§ 794, 726 - Konkretisierung des Anspruchs im Verfahren der Erteilung der Vollstreckungsklausel

SachRBerG § 78 - Verfügungsverbot bei Zusammenfall von Gebäudeeigentum und Grundstückseigentum

GmbHG § 5; AktG § 26 - Gründungsaufwand, Höchstgrenze

Rechtsprechung

BGB §§ 313, 667 - Formpflicht bei Treuhandauftrag

ZVG § 92; BGB § 497 - Wiederkaufsrecht und Zwangsversteigerung

WEG §§ 10, 23 - Regelung des Gebrauchs des gemeinschaftlichen Eigentums durch Mehrheitsbeschluß

WEG § 4; BGB §§ 876, 877 - Bildung neuer Wohnungseigentumsrechte

BGB § 1144; GBO § 29; AGBG § 9 - Entgelt für die Erteilung einer Löschungsbewilligung durch eine Sparkasse in der Form des § 29 GBO

AGBG § 2; VOB - Einbeziehung der VOB in Bauvertrag

EStG § 15 - Gewerblicher Grundstückshandel, Zurechnung bei Personengesellschaft

EStG § 4 - Grundstücksentnahme durch wohnungsrechtliche Aufteilung

Aktuelles

Die Neuregelung der ErbbauVO durch das SachRBerG

Literatur

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

ZPO §§ 794, 726

Konkretisierung des Anspruchs im Verfahren der Erteilung der Vollstreckungsklausel

I. Sachverhalt

In einem Kaufvertrag hat sich der Käufer der Zwangsvollstreckung unterworfen. Der Verkäufer beantragt die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung und, den Zinsbeginn in der Vollstreckungsklausel anzugeben, da er sich nicht aus der Erklärung der Zwangsvollstreckungsunterwerfung in der Urkunde ergebe.

II. Frage

Kann im Verfahren der Erteilung der Vollstreckungsklausel vom Notar der Zinsbeginn angegeben werden, auch wenn sich der Zinsbeginn nicht aus der Zwangsvollstreckungsunterwerfungserklärung ergibt?

III. Rechtslage

1. Nach § 794 Abs 1 Ziff. 5 ZPO findet die Zwangsvollstreckung statt aus Urkunden, die von einem Notar aufgenommen sind, sofern die Urkunde über einen Anspruch errichtet ist, der die Zahlung einer bestimmten Geldsumme zum Gegenstand hat und der Schuldner sich in der Urkunde der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat. Die Unterwerfungserklärung im Sinne des § 794 ZPO ist ausschließlich auf die Schaffung eines Vollstreckungstitels gerichtet und deshalb eine **streng einseitige Prozeßhandlung** (vgl. BGH NJW 1979, 928; NJW 1985, 2423; MünchKomm-Wolfsteiner, ZPO, § 794

Rz. 162). Nach allgemeiner Meinung gelten hinsichtlich der Bestimmtheit des Zahlungsanspruchs zunächst die allgemeinen Grundsätze wie für Urteile und sonstige Titel. Danach ist der **Anspruch bestimmt**, wenn er **entweder im Titel be- tragsmäßig festgelegt ist oder wenn er sich aus dem Titel selbst ohne weiteres errechnen läßt** (so BGHZ 22, 54; BGH WM 1981, 189; BGH NJW 1983, 2262). Die Bestimmtheit muß sich daher auf den **Anspruchsgrund** und zum anderen auf die **Anspruchshöhe** beziehen (vgl. MünchKomm-Wolfsteiner, § 794, Rz. 188 ff.; Münch, Vollstreckbare Urkunde und prozessualer Anspruch, S. 290 ff.). Im vorliegenden Fall stellt sich vor allem die Frage, welche Anforderungen hinsichtlich der Bestimmtheit der Anspruchshöhe zu stellen sind. Weiter stellt sich bei dieser Problematik die **Frage, in welchem Zeitpunkt der Anspruch hinreichend bestimmt sein muß**. Hier lassen sich grundsätzlich drei Zeitpunkte denken (vgl. Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 1978, S. 65 ff.):

- * Zeitpunkt der Unterwerfung
- * Klauselerteilungsverfahren
- * Vollstreckungsverfahren

2. Bei Forderungen, die auf laufende Leistungen gerichtet sind, also insbesondere bei Rentenforderungen oder Zinsen, gehört zur Bestimmtheit grundsätzlich, daß die Zeitpunkte festgelegt sind, zu denen die Leistungspflicht beginnen und an denen sie enden soll (MünchKomm-Wolfsteiner, § 794 Rz. 229; derselbe, Die vollstreckbare Urkunde, S. 69). Wendet man also die allgemeinen Grundsätze hinsichtlich der Bestimmtheit des Titels auf die Zinsen an, **dann müßten der Zinsbeginn und auch das Zinsende entweder in der Urkunde datumsmäßig festgelegt sein oder sich zumindest anhand in**

der Urkunde enthaltener Angaben berechnen lassen (vgl. zu dieser allgemeinen Formel der Bestimmtheit des Anspruchs BGH DNotZ 57, 200; DNotZ 71, 233; DNotZ 83, 679).

3. In der Literatur und Rechtsprechung ist allerdings im einzelnen umstritten, ob nicht für Zinsen ein anderer Maßstab gilt.

a) Insbesondere *Wolfsteiner* ist der Auffassung, **daß Zinsen und sonstige laufende Nebenleistungen sowohl nach Anfang und Ende der Laufzeit als auch der Höhe nach unbestimmt sein können, wenn die Bestimmung möglich erscheint** (so MünchKomm-Wolfsteiner, § 794 Rz. 230; derselbe, Die vollstreckbare Urkunde, S. 70 f.). Ist in der Unterwerfungserklärung für die Laufzeit von Zinsen kein Beginn angegeben, so sei für die Ausfertigung und für die Vollstreckung davon auszugehen, daß sie vom Zeitpunkt der Unterwerfungserklärung an liefen. Dasselbe gelte, wenn der Beginn der Laufzeit zwar nach materiellem Recht vom Eintritt bestimmter Umstände abhängig sei (z. B. bei Verzugszinsen), wenn der Schuldner aber auf den Nachweis dieser Umstände als Vollstreckungsvoraussetzung verzichtet habe oder wenn die Umstände nicht in der Beweislast des Gläubigers liegen, wie bei Verzugszinsen zu einer Hauptschuld, deren Fälligkeit datumsmäßig bestimmt sei. **Die Bestimmung des Zeitpunktes des Beginns des Zinslaufs müßte dann spätestens im Verfahren der Klauselerteilung nach § 726 ZPO nachgeholt werden**, die Vollstreckungsklausel müsse also den Zinsbeginn datumsmäßig bezeichnen.

Wolfsteiner wendet also seinen generellen Vorschlag, die Bestimmtheit im Klauselerteilungsverfahren herzustellen, auch für den Fall des unbestimmten Zinsbeginns an. *Wolfsteiner* ist generell der Auffassung, daß das Klauselerteilungsverfahren eine mögliche Rechtsgrundlage für die Konkretisierung unscharfer Ansprüche darstelle.

b) Auch das **Kammergericht** hat sich dieser Auffassung *Wolfsteiners* angeschlossen (KG OLGZ 1983, 213 = DNotZ 1983, 681). Die Entscheidung des Kammergerichts betraf allerdings nicht die Frage des fehlenden Zinsbeginns, sondern generell die einer **Zwangsvollstreckungsunterwerfung wegen einer Geldsumme, deren Höhe sich erst aus bestimmten zukünftigen, zur Zeit der Unterwerfungserklärung noch nicht feststehenden Tatsachen ergibt**. Das Kammergericht ist der Auffassung, daß **Bestimmtheitsmängel in der Zwangsvollstreckungsunterwerfung nicht schädlich sind, die im Klauselerteilungsverfahren nach § 726 i.V.m. § 795 ZPO behoben werden können**. Unter Bezug auf *Wolfsteiner* ist es der Auffassung, daß deshalb ein Anspruch bestimmt im Sinne von § 794 ZPO sei, der alle zur Zwangsvollstreckung notwendigen Bestimmtheitsmerkmale aufweise, mit Ausnahme derjenigen, die noch im Klauselerteilungsverfahren dar getan werden könnten. Der Notar hätte die Vollstreckungsklausel erteilen dürfen, wenn er im Verfahren nach § 726 ZPO die notwendigen Bestimmtheitsanfordernisse hätte feststellen können.

Nach der Auffassung des Kammergerichts wäre daher auch der Notar im Rahmen der Klauselerteilung befugt, den Beginn der Verzinsungspflicht festzustellen und dies in der Vollstreckungsklausel zu vermerken.

c) Das **OLG Düsseldorf** hatte allerdings in der Entscheidung vom 04.11.1987 (DNotZ 1988, 243) eine andere Auffassung vertreten. Nach dieser Entscheidung kann aus einer notariellen Urkunde wegen der Zinsforderung nur vollstreckt werden, wenn sich die **Berechnungsgrundlagen unmittelbar aus der Urkunde ergeben**. Das OLG Düsseldorf war der Auffassung, eine vollstreckbare notarielle Urkunde sei hinsichtlich vereinbarter **Verzugszinsen dann kein wirksamer Vollstreckungstitel, wenn der Beginn der Zinsschuld sich nicht aus der Urkunde ergebe**. In dem zu entscheidenden Fall hing der Beginn der Verzinsung von Umständen außerhalb der Urkunde ab, nämlich der Räumung und der Fälligkeitsmitteilung durch den Notar. **Unter diesen Umständen liegt nach Auffassung des OLG Düsseldorf ein wirksamer Vollstreckungstitel hinsichtlich der Zinsforderung nicht vor**. Daran ändere auch der Umstand nichts, daß sich - außerhalb der Urkunde - ohne Schwierigkeiten ermitteln und nachweisen lassen möge, ob und gegebenenfalls wann die für den Zinsbeginn wesentliche Räumung erfolgt sei und die Bestätigung des Notars vorgelegen habe. Entscheidend sei, daß sich der Beginn der Verzinsung nicht aus der Urkunde selbst ergebe und keine Termine im Sinne einer Verfallklausel oder sonst bestimmte Termine - etwa "spätestens" - festgelegt seien, mit denen die Verzinsung beginnen sollte. Die hinreichende Bestimmtheit einer Zinsforderung ist nach Auffassung des OLG auch nicht deshalb entbehrlich, weil die Parteien im Vertrag vereinbart hatten, der Notar könne "jederzeit eine vollstreckbare Ausfertigung dieser Urkunde erteilen, ohne daß die Fälligkeit des Kaufpreises förmlich nachgewiesen sein muß." Das OLG Düsseldorf folgt auch ausdrücklich nicht der Entscheidung des Kammergerichts, wonach die Bestimmung durch Nachweis der die Anspruchshöhe bedingenden Tatsachen im Klauselerteilungsverfahren nachgeholt werden könne, wenn sich die Höhe einer Geldsumme erst aus bestimmten zukünftigen Tatsachen ergebe. Das Klauselverfahren sei kein Verfahren, durch das das Erfordernis der Bestimmtheit des Titels nachgeholt werden könne.

Auch *Kirstgen* (Zinsbeginn und inhaltliche Bestimmtheit der Zwangsvollstreckungsunterwerfung, MittRhNotK 1988, 172) schließt sich dieser Entscheidung an. Werde aufgrund eines Verzichts auf die Prüfung der Fälligkeit der Forderung eine vollstreckbare Ausfertigung erteilt, so bleibe hinsichtlich des Zinsanspruches im Gegensatz zur bezifferten Hauptsumme unklar, welcher Betrag vollstreckbar sein solle. Bezüglich des Zinsanspruches fehle es somit an der erforderlichen Bestimmtheit. Die Beteiligten könnten den Notar zwar davon entbinden, die Voraussetzungen der Fälligkeit des Anspruchs zu prüfen, sie hätten jedoch nicht die Möglichkeit, auf die erforderliche Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit der zu titulierenden Forderung zu verzichten. *Kirstgen* weist darauf hin, daß selbst wenn man der Auffassung *Wolfsteiners* bezüglich der Ergänzung im Klauselerteilungsverfahren folge, es problematisch erscheine, wie der Gläubiger durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden den Verzug des Schuldners bezüglich der Verzugszinsen beweisen könne. Dieser Nachweis werde ihm regelmäßig nicht gelingen. Anderes gelte nach Auffassung von *Kirstgen* jedoch, wenn aufgrund der Regelung des Vertrages der Kaufpreis zu hinterlegen war. Die Nichtzahlung des Schuldners sei in diesem Fall dem Notar offenkundig, und diese Offenkundigkeit ersetze den ansonsten erforderlichen Urkundsnachweis.

d) Das OLG Düsseldorf war im Beschluß vom 29.10.1976 allerdings noch großzügiger (DNotZ 1977, 413). Es war der Auffassung, daß eine Urkunde, ohne den Zinsbeginn zu regeln, einen Vollstreckungstitel auch wegen der zukünftigen Verzugszinsen darstellen könne. Es sei dann nur die Frage, wann eine Vollstreckungsklausel zu erteilen sei, ob also der beurkundende Notar vor Erteilung der Vollstreckungsklausel regelmäßig die Voraussetzungen des Zahlungsverzuges zu prüfen habe. Das OLG ließ dies im entscheidenden Fall offen, da in der Urkunde ein entsprechender Nachweisverzicht enthalten war. Das OLG Düsseldorf befaßt sich in dieser Entscheidung allerdings nicht mit der Frage, ob der Notar von sich aus den Titel für die Vollstreckung "bestimmt machen" kann.

Im gleichen Sinne hat sich auch *Reithmann* mit seiner ablehnenden Anmerkung zur Entscheidung des OLG Düsseldorf aus dem Jahre 1988 geäußert (DNotZ 1988, 246). *Reithmann* folgt grundsätzlich der Auffassung von *Wolfsteiner* und will die Bezifferung des Anspruchs im einzelnen im Klauselerteilungsverfahren zulassen.

e) Demgegenüber ist *Brambring* (Beck'sches Notar-Handbuch, S. 47 f.) der Auffassung, **daß klar zu bestimmen sei, ob neben dem Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises auch der Anspruch auf die Verzugszinsen vollstreckbar sein solle**. Bei einer Zwangsvollstreckungsunterwerfung wegen der Verzugszinsen liege ein wirksamer Vollstreckungstitel nur vor, wenn der Beginn der Verzinsung in der Urkunde mit dem Datum festgehalten sei.

4. Angesichts dieser doch erheblichen Divergenzen in Literatur und Rechtsprechung zur Frage der Bestimmtheit von Zinsen und ob der Notar den Zinsbeginn im Rahmen des Klauselverfahrens festlegen darf, läßt sich schwer absehen, wie der BGH entscheiden würde. Auch eine herrschende Meinung läßt sich kaum feststellen, so daß die Rechtsfrage als offen bezeichnet werden muß. U. E. sprechen gute Gründe für die von *Wolfsteiner* begründete Auffassung. Insbesondere bei Verzugszinsen, die im Grunde von einer Bedingung, nämlich dem Eintritt des Verzugs, abhängig sind, wäre sonst eine exakte Titulierung nicht möglich.

Allerdings ist darauf zu achten, **daß auch im Verfahren nach § 726 ZPO der Nachweis von Bedingungen nur durch öffentliche oder öffentlich-beglaubigte Urkunden möglich ist**. Man muß dann den weiteren Schluß ziehen, daß der in der Vollstreckungsklausel enthaltene Nachweisverzicht den Notar ermächtigt, auf der Grundlage anderer Beweismittel die notwendige Bestimmung des Titels vorzunehmen (vgl. auch *Wolfsteiner*, in: Kersten/Bühling, Formularbuch und Praxis der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 20. Aufl., S. 206).

Wegen der unsicheren Rechtslage empfiehlt es sich, in der Praxis **in der Urkunde einen fiktiven Zinsbeginn festzulegen**. *Wolfsteiner* schlägt etwa folgende Formulierung vor (in: Kersten/Bühling, a.a.O., S. 199):

"Im Hinblick auf den Zwangsvollstreckungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz gelten die Zinsen vom ... an als geschuldet."

SachRBERG § 78

Verfügungsverbot bei Zusammenfall von Gebäudeeigentum und Grundstückseigentum

I. Sachverhalt

Die Stadt X. hat vor Inkrafttreten des SachRBERG eine Vielzahl von sog. Eigenheimgrundstücken an die im Gebäudegrundbuch eingetragenen Eigentümer veräußert. Die Gebäudeeigentümer konnten das zugehörige Grundstück zu einem Kaufpreis erwerben, der deutlich unter dem hälftigen Verkehrswert lag. In den Verträgen war daher eine Spekulationsklausel mit einer Rückübertragungsverpflichtung aufgenommen worden, welche durch eine Vormerkung abgesichert wurde. Die Rückübertragungspflicht betraf nur das Grundstückseigentum, das veräußert wurde, nicht aber das Gebäudeeigentum, das den Käufern bereits vorher gehörte. Die Verträge sind teilweise im Grundbuch vollzogen worden, teilweise jedoch vor Inkrafttreten des SachRBERG noch nicht zum Vollzug eingereicht worden, weil die GVO-Genehmigung fehlte.

II. Frage

Können Anträge mit dem Antrag auf Eintragung der Rückkauflassungsvormerkung, die vor oder nach Inkrafttreten des SachRBERG zum grundbuchmäßigen Vollzug eingereicht wurden, zurückgewiesen werden, obwohl die Verträge vor Inkrafttreten beurkundet wurden?

Wenn die Verträge mit der durch die Vormerkung gesicherten Rückübertragungsverpflichtung nicht mehr vollzogen werden können, stellt sich die Frage, ob eine Spekulationsklausel überhaupt noch sinnvoll aufgenommen werden kann. Eine dingliche Sicherung scheint nicht mehr möglich.

III. Rechtslage

1. **§ 78 Abs. 1 SachRBERG bestimmt, daß, wenn sich Grundstücks- und Gebäudeeigentum in einer Person vereinigen, eine Veräußerung oder Belastung allein des Gebäudes oder des Grundstücks ohne das Gebäude nicht mehr zulässig ist.**

Zur Auslegung dieser Vorschrift bietet die Begründung zum Regierungsentwurf erste Anhaltspunkte (BT-Drs. 12/5992, S. 158):

"Nach dem Entwurf ist dafür Sorge zu tragen, daß das Eigentum an Grund und Boden und dasjenige am Gebäude nicht wieder auseinanderfallen. Ein Erlöschen des Gebäudeeigentums kraft Gesetzes kann in diesen Fällen aus den in der allgemeinen Begründung bereits genannten Gründen nicht angeordnet werden.

Satz 1 ordnet für diese Fälle an, daß Verfügungen über das selbständige Eigentum durch den Eigentümer des Grundstücks nicht zulässig sind. Satz 2 macht hiervon im Interesse des Erhalts des Werts der dinglichen Rechte am Gebäude eine Ausnahme für die Veräußerung im Wege der Zwangsversteigerung des Gebäudes oder zu deren Abwendung. Die Regelung enthält ein absolut wirkendes gesetzliches Verfügungsverbot, von dem nur für die Befriedigung der Inhaber dinglicher Rechte eine Ausnahme zugelassen wird."

Auch Czub (Sachenrechtsbereinigung, Leitfaden für die Praxis, 1994, S. 191) weist darauf hin, daß selbständige Verfügungen und Belastungen des Gebäudeeigentums grundsätzlich nicht mehr zulässig seien, sobald schließlich Grundstücks- und Gebäudeeigentum in einer Hand vereinigt seien. § 78 Abs. 1 S. 1 SachRBERG enthalte eine Verfügungsbeschränkung, die wie ein **absolutes Verfügungsverbot** wirke. Die Rechtswirkung solcher Verfügungsbeschränkungen entspreche der der Veräußerungsverbote, **die Verfügung sei nichtig**. Die gesetzliche Verfügungsbeschränkung sehe allerdings in § 79 Abs. 1 S. 2 SachRBERG eine Ausnahme für die Inhaber dinglicher Rechte am Gebäude vor, deren Grundpfandrechte nicht entwertet werden dürften, so daß Zwangsversteigerungen in das Gebäude sowie Veräußerungen zur Abwehr der Zwangsversteigerung zulässig blieben.

2. Nach der Regierungsbegründung und auch der Auffassung von Czub handelt es sich also um ein absolutes Verfügungsverbot. **Die Besonderheit eines absolut wirkenden Verfügungsverbot besteht darin, daß die Verfügung bzw. Veräußerung unwirksam gegenüber jedermann ist; im Gegensatz zu sog. relativen Verfügungsverboten im Sinne des § 135 BGB, die nur den Schutz bestimmter Personen bezwecken und nur dazu führen, daß ihnen gegenüber die Verfügung unwirksam ist. Das absolute Verfügungsverbot ist ohne Grundbucheintragung wirksam, guter Glaube des Erwerbers nützt nichts.**

Der BGH hat entschieden, daß durch Auslegung nach Sinn und Zweck der jeweiligen Verbotsnorm zu klären ist, ob sie die Nichtigkeit des Verpflichtungsgeschäftes oder des Verfügungsgeschäftes oder beider zur Folge hat (vgl. BGH NJW 1983, 636; NJW 1978, 170; Staudinger/Dilcher, 12. Aufl. 1980, § 135 Rz. 5 ff.).

Ob im vorliegenden Fall eine gegen § 78 Abs. 1 S. 1 SachRBERG verstoßende Veräußerung nur im dinglichen oder auch im schuldrechtlichen Teil unwirksam ist, läßt sich nur unter Heranziehung von Sinn und Zweck entscheiden. Zur Einhaltung des Gesetzeszweckes würde es genügen, wenn lediglich die Verfügung, d. h. das dingliche Rechtsgeschäft, unwirksam wäre. Gegen diese Auslegung spricht allerdings, daß das Gesetz nicht von der Verfügung, sondern von der Veräußerung spricht, was wiederum eher den schuldrechtlichen Teil meinen könnte. Die Auslegung könnte dahin gehen, daß nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift sowohl das schuldrechtliche als auch das dingliche Rechtsgeschäft, das gegen die Vorschrift verstößt, unwirksam ist. Die Folge dieser Auffassung ist, daß Veräußerungen und Belastungen allein des Gebäudes oder allein des Grundstücks unwirksam sind. Da eine Vormerkung eine Belastung darstellt, wäre also auch die Eintragung einer Rückauflassungsvormerkung unwirksam, sofern sie ausschließlich im Grundbuch des Grundstücks erfolgen soll.

3. Es fragt sich nun, wie sich das Verfügungsverbot durch Inkrafttreten des SachRBERG auf Verträge bzw. Grundbuchanträge auf Eintragung der Rückauflassungsvormerkung auswirkt, die noch nicht erledigt sind.

a) Zunächst ist festzustellen, daß das absolute Verfügungsverbot kraft Gesetzes mit Inkrafttreten des SachRBERG am 01.10.1994 außerhalb des Grundbuches entstanden ist. Da das

Gesetz für Verträge, die vorher geschlossen wurden, keine Übergangsregelung vorsieht, wird man davon ausgehen müssen, daß auch Verträge, die vor diesem Zeitpunkt geschlossen wurden, dem Verfügungsverbot unterliegen.

b) Etwas anderes könnte sich allerdings für die Fälle ergeben, in denen der **Antrag auf Eintragung der Rückauflassungsvormerkung vor Inkrafttreten beim Grundbuchamt gestellt, aber noch nicht vollzogen wurde**. Grundsätzlich muß die Verfügungsbefugnis im Zeitpunkt der letzten für die Wirksamkeit der Verfügung notwendigen Handlung vorliegen, also regelmäßig im Zeitpunkt der Grundbucheintragung. Hiervon macht allerdings **§ 878 BGB** eine Ausnahme. Die Verfügungsbefugnis des Betroffenen wird aufrechterhalten, wenn vor der Entstehung der Verfügungsbeschränkung die Einigung bindend und der Eintragungsantrag beim Grundbuch gestellt worden ist (vgl. allgemein zur Bedeutung des § 878 im Grundbuchverfahren Böhringer, BWNNotZ 1979, 141; Eickmann, Rpfleger 1972, 17; Kuntze/Ertl, Grundbuchrecht, 4. Aufl., § 19 Rz. 87 ff.; Horber/Demharter, GBO, 20. Aufl., § 13 Rz. 9 ff.). Nach h. M. gilt § 878 BGB auch für absolute Verfügungsbeschränkungen. Nach h. M. gilt § 878 BGB nicht nur für die Auflassung, sondern auch für die Bewilligung zur Eintragung einer Vormerkung (BGH DNotZ 1959, 36; BGHZ 33, 123, 129; Horber/Demharter, a.a.O.). Die Vorschrift könnte also im vorliegenden Fall helfen, wenn die Voraussetzungen bezüglich des Antrages auf Eintragung der Vormerkung im Zeitpunkt der Antragstellung beim Grundbuchamt gegeben waren und erst später das SachRBERG in Kraft getreten ist.

Für die **analoge Anwendung des § 878 BGB auf die bewilligte Vormerkung werden die Voraussetzungen des § 878 BGB wie folgt verstanden**: Die nach § 878 BGB notwendige Bindung des Betroffenen wird von der herrschenden Meinung dann angenommen, wenn seine **Eintragungsbewilligung auf Eintragung der Vormerkung beim Grundbuchamt eingegangen ist** (analog § 875 Abs. 2 BGB; so MünchKommWacke, § 878, Rz. 16; Soergel/Stürner, § 878, Rz. 5; Palandt/Bassenge, § 878 Anm. 3 a; Haegeler, BWNNotZ 1971, 9; anderer Ansicht allerdings OLG Köln MittRhNotK 1984, 16, für eine Teilungserklärung nach § 8 WEG). Folgt man dieser herrschenden Lehre, dann würde grundsätzlich für die Schutzwirkung des § 878 BGB bei einer Vormerkung genügen, daß die Eintragungsbewilligung beim Grundbuch eingegangen ist.

Ein weiteres Problem stellt sich in diesem Fall allerdings, da § 878 BGB voraussetzt, daß der Berechtigte verfügt, also die Vormerkung bewilligt hat. Da im Zeitpunkt der Bewilligung der Rückauflassungsvormerkung der Bewilligende, also der Käufer, noch nicht Berechtigter ist, stellt sich die Frage, inwieweit § 878 BGB auf die Bewilligung eines Rechtes durch einen Nichtberechtigten anwendbar ist. Der Käufer wird ja erst durch die Eintragung seiner Auflassung Berechtigter, auf den § 878 BGB direkt anwendbar wäre. Dieser Zeitpunkt wäre allerdings für die Schutzwirkung des § 878 BGB zu spät. **Nach h. M. gelten allerdings bei Verfügung eines Nichtberechtigten mit Einwilligung des Berechtigten §§ 185 Abs. 1, 878 BGB für die Verfügung des Ermächtigten unabhängig davon, ob der zustimmende Berechtigte oder der durch ihn Ermächtigte nachträglich in der Verfügungsbefugnis beschränkt wird** (so MünchKommWacke, § 878, Rz. 14; Er-

man/Hagen, § 878, Rz. 5; Soergel/Stürner, § 878, Rz. 7 a; Kuntze/Ertl, Grundbuchrecht, 4. Aufl., § 19 Rz. 93; Staudinger/Ertl, § 878, Rz. 19; Meikel/Sieweking, GBO, Anhang zu § 19, Rz. 54).

Eine solche Einwilligung des Berechtigten wird nach der h. M. regelmäßig angenommen, wenn ein Auflassungsempfänger vor dem Vollzug seiner beantragten Eintragung weiterverfügt, z. B. das Grundstück belastet. Die herrschende Lehre nimmt daher auch in den Fällen der Weiterverfügungen durch einen Auflassungsempfänger an, daß der Auflassungsempfänger bereits selbst als Berechtigter im Sinne des § 878 BGB anzusehen ist. Im Einzelfall ist dies allerdings eine Frage der Auslegung, die nicht immer einfach zu beantworten ist.

Im vorliegenden Fall könnte man also, wenn man dieser Auffassung folgt, annehmen, daß der Käufer, der vor der Eintragung der Auflassung die Rückauflassungsvormerkung bewilligt, mit einer Einwilligung des Berechtigten, nämlich des Verkäufers, handelt, so daß § 878 BGB bereits auf den Käufer vor seiner Eintragung als Eigentümer anwendbar ist. In diesem Fall müßte dann das Grundbuchamt, wenn die Eintragungsbewilligung und der Eintragungsantrag vor dem Inkrafttreten des SachRBerG beim Grundbuchamt eingegangen sind, den Antrag noch vollziehen.

Unter diesen Umständen müßte also das Grundbuchamt die Rückauflassungsvormerkung eintragen.

4. Trotz der eingetragenen Vormerkung bleibt allerdings die **Frage, ob der Rückübertragungsanspruch, der dinglich durch die Rückauflassungsvormerkung gesichert ist, der aber gegen § 78 Abs. 1 S. 1 SachRBerG verstößt, später durchgesetzt werden kann.**

Da § 78 Abs. 1 SachRBerG die der Vorschrift widersprechenden Verfügungen verbietet, wäre die Erfüllung des Rückauflassungsanspruches eine Verfügung, die gegen die Vorschrift verstößt und damit unwirksam wäre.

Aufgabe der Vormerkung ist es, vormerkungswidrige Verfügungen zu verhindern, die der Eigentümer des Grundstücks vornimmt. Darüber hinaus hat die Vormerkung auch eine Vollwirkung in der Zwangsversteigerung und im Konkurs. **In der Literatur** wird über den engen Anwendungsbereich des § 883 BGB hinaus eine **erweiterte Anwendung der Vormerkungswirkung befürwortet, etwa, wenn ein Rechtsübergang kraft sonstigen Staatsaktes oder kraft Gesetzes die Erfüllung des vormerkungsgesicherten Anspruchs verhindert oder beeinträchtigt.** Teilweise wird hier die analoge Anwendung angenommen (vgl. Staudinger/Gursky, § 883, Rz. 141). Umstritten ist z. B. die Frage, ob eine Enteignung auch dem Vormerkungsgläubiger gegenüber wirkt (vgl. MünchKomm-Wacke, § 883, Rz. 41; Staudinger/Gursky, § 883, Rz. 141). Ein Teil der Literatur ist der Auffassung, daß auch die Enteignung des vormerkungsbelasteten Grundstücks dem Vormerkungsgläubiger gegenüber unwirksam sein muß, weil er anderenfalls ohne jede Beteiligung im Enteignungsverfahren gleichsam reflexweise mitenteignet würde (so Staudinger/Gursky, a.a.O.). Die Literatur nimmt darüber hinaus auch

noch eine weitere Ausdehnung des § 883 Abs. 2 BGB an. Staudinger/Gursky weisen auf folgendes hin (§ 883 Rz. 146):

"Die Vormerkung soll den Vormerkungsgläubiger zulässig davor schützen, daß die Durchsetzung seines Anspruchs noch vereitelt werden könnte, der Vormerkungsgläubiger soll nach Eintragung der Vormerkung ohne Risiko seine Gegenleistung erbringen können. Die Vormerkung ist aber nur dann das zuverlässige Sicherungsmittel, dessen der Liegenschaftsverkehr bedarf, wenn sie den Vormerkungsgläubiger außer vor erfüllungsvereitenden Verfügungen auch vor anderen möglichen Erfüllungshindernissen schützt (Medicus AcP 163, 1, 6). Im Prinzip muß jede nach Entstehung der Vormerkung eintretende Änderung der Rechtslage, die der Realisierung des vormerkungsgesicherten Anspruchs im Wege stehen würde, durch die Vormerkungswirkung neutralisiert werden. ... Unter diesen Umständen muß die Vormerkung den Vormerkungsgläubiger vor allem auch dagegen schützen, daß die Durchsetzung einer nachträglich gegen den Schuldner verhängten Verfügungsbeschränkung scheitert."

Ein großer Teil der Literatur geht also davon aus, daß die Vormerkung auch Schutzwirkung gegenüber gegen den Schuldner verhängte Verfügungsbeschränkungen hat (in diesem Sinne MünchKomm-Wacke, § 883, Rz. 41; Staudinger/Gursky, a.a.O.; Rahn, BWNotZ 1960, 1; Soergel/Stürner, 12. Aufl., § 883, Rz. 32; a. A. allerdings Seufert, NJW 1959, 527).

Der BGH hat diese Frage für ein relatives Veräußerungsverbot ebenfalls bejaht (BGH NJW 1966, 1509): Der durch Auflassungsvormerkung gesicherte Grundstückskäufer habe gegenüber demjenigen, der nach Eintragung der Vormerkung gegenüber dem Grundstücksverkäufer ein Veräußerungsverbot erwerke, in entsprechender Anwendung des § 883 Abs. 1 BGB einen Anspruch auf Einschränkung dieses Verbotes, soweit es zur Verwirklichung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruches erforderlich sei.

Folgt man dieser in der Literatur vertretenen Auffassung, die der Vormerkung eine über den Wortlaut des § 883 BGB hinausgehende Schutzwirkung auch gegenüber Verfügungsverboten zumißt, dann wird man dies wohl auch bei absoluten Verfügungsverboten wie dem des § 78 SachRBerG annehmen müssen. Wenn die Vormerkung ein zuverlässiges Sicherungsmittel sein soll, das den vorgemerkten Anspruch auch gegen nachträgliche Änderungen schützen soll, dann muß sie diese Wirkung auch gegenüber Verfügungsverboten haben. Die Literatur spricht allerdings in erster Linie von relativen Verfügungsverboten, die dort angestellten Überlegungen gelten u. E. auch für den Fall des absoluten Verfügungsverbotes, das kraft Gesetzes neu angeordnet wird. Die Folge wäre anderenfalls, daß alle Vormerkungen und die durch sie gesicherten Ansprüche nachträglich entwertet würden, auch wenn diese lange Zeit vor dem Inkrafttreten des Gesetzes entstanden sind. Das Gesetz hätte insofern wohl auch einen Enteignungscharakter, der nicht unproblematisch wäre. Aus diesem Grund scheint es u. E. geboten, die Vorschrift unter Anwendung des Rechtsgedankens des § 883 BGB einschränkend auszulegen, daß in den Fällen, in denen eine Vormerkung erworben wurde,

diese zumindest gegen das Verfügungsverbot schützt und es auf diese Fälle nicht anwendbar ist.

Dieses Auslegungsergebnis ist natürlich äußerst unsicher, da es auf einer Reihe von Analogien beruht, die sich dem Gesetz nicht direkt entnehmen lassen.

5. Angesichts dieser erheblichen Probleme, die mit § 78 SachRBERG verbunden sind, fragt es sich, ob § 78 Abs. 1 SachRBERG nicht insgesamt einschränkend ausgelegt werden kann. Frenz erwägt eine einengende Auslegung, die sich allerdings aus dem Wortlaut und der gesetzlichen Begründung kaum ergibt (vgl. Czub/Schmidt-Räntsch/Frenz, SachRBERG § 78 Rz. 9 ff.).

Frenz ist der Auffassung, daß man die Vorschrift trotz der Gesetzesbegründung nicht unbedingt als zwingendes gesetzliches Veräußerungsverbot verstehen müsse. Es könne dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden, daß er die damit einhergehende Beeinträchtigung des Rechtsverkehrs in Kauf nehmen wollte. Frenz will daher § 78 SachRBERG als grundbuchverfahrensrechtliche Regelung verstehen, die nicht die Wirksamkeit der getroffenen Verfügung beeinträchtigt, wenn gleichwohl eine Eintragung erfolge, die lediglich als Sollvorschrift für das Grundbuchamt zu verstehen sei, bei identischer Eigentumslage isolierte Verfügungen nicht einzutragen. Ob diese Interpretation sich allerdings durchsetzen läßt, ist zweifelhaft.

6. Zusammenfassend ist zu befürchten, daß es sich um ein absolutes Veräußerungsverbot handelt. U. E. sind allerdings die Vorschriften des § 878 BGB anzuwenden, so daß Rückauflassungsvormerkungen, die vor Inkrafttreten des SachRBERG beantragt wurden, auch im Grundbuch eingetragen werden müssen, wenn die Eintragung nach Inkrafttreten zu erfolgen hätte.

Eine Rückauflassungsvormerkung, die im Grundbuch eingetragen ist, hat u. E. analog § 883 Abs. 2 BGB Schutzwirkung auch gegenüber dem absoluten Verfügungsverbot des § 78 SachRBERG. Die Vorschrift wäre insofern einschränkend auszulegen. Der Vormerkungsberechtigte könnte entgegen § 78 SachRBERG noch den Vollzug seines Rückauflassungsanspruchs verlangen.

Ob dies auch gilt, wenn nicht die Vormerkung vorher beantragt oder eingetragen wurde, sondern nur der Rückauflassungsanspruch vorher beurkundet wurde, erscheint zweifelhaft. Allenfalls im Wege einer verfassungsrechtlichen einschränkenden Auslegung könnte dies angenommen werden.

7. Im Rahmen der Schutzwirkung des § 883 BGB wird man wohl auch den in § 78 SachRBERG vorgeschriebenen Verzicht auf das Eigentum einschränken müssen, da auch dieser die Rückauflassungsvormerkung entwerten würde. Nach Inkrafttreten des SachRBERG wird eine Spekulationsklausel mit Rückübertragungsverpflichtung nichtig sein, da sie gegen § 78 SachRBERG verstößt. Die Spekulationsklausel wird demgemäß nicht mehr mit einer Rückauflassungsverpflichtung gesichert werden können, sondern es muß auf andere Sicherungsmodalitäten, etwa Vertragsstrafe oder ähnliches, zurückgegriffen werden.

GmbHG § 5; AktG § 26 Gründungsaufwand, Höchstgrenze

I. Sachverhalt

Eine neugegründete GmbH hat ein Stammkapital von 50.000,-- DM, das sofort bar einzuzahlen ist. Der Gründungsaufwand (Gebühren bei Notar und Registergericht, Beratungskosten) wird laut § 11 Abs. 6 der Satzung bis zu einem geschätzten Betrag von 6.000,-- DM von der Gesellschaft übernommen. Das Registergericht beanstandet in einer Zwischenverfügung:

"Im Hinblick auf das Stammkapital in Höhe von DM 50.000,-- ist § 11 VI der Satzung zu ändern. Allenfalls 10 % des gezeichneten Kapitals sind als Gründungsaufwand auszuweisen."

II. Frage

Gibt es einen Höchstprozentsatz, um den der von der GmbH satzungsgemäß zu tragende Gründungsaufwand den Betrag des Stammkapitals nicht übersteigen darf?

III. Rechtslage

1. Gründungsaufwand

a) Das GmbHG enthält, auch nach der Novelle von 1980, keine § 26 AktG entsprechende Vorschrift. Die Notwendigkeit, bestimmte für Gesellschaftsgläubiger gefährliche Belastungen des Gesellschaftsvermögens im Gründungsstadium im Gesellschaftsvertrag offenlegen zu müssen und hierdurch zu begrenzen, gilt jedoch auch für die GmbH (vgl. Mayer/Wissmann, Handbuch des Gesellschafts- und Wirtschaftsrechts, Band I, § 3 C Rn. 192 m.w.N. und Formulierungshinweis; Baumbach/Hueck, GmbH-Gesetz, 15. Aufl. 1988, § 5 Rn. 55; Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz, 13. Aufl. 1991, § 3 Rn. 29). Anders als das Aktienrecht (§ 26 Abs. 2 AktG) enthält das GmbHG keine ausdrückliche Bestimmung darüber, daß die Übernahme des Gründungsaufwandes zu Lasten der Gesellschaft der statutarischen Festsetzung bedarf. Das GmbHG geht aber, wie sich aus §§ 9 a, 82 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG zumindest andeutungsweise entnehmen läßt und sich zudem aus der Entstehungsgeschichte der GmbH-Novelle 1980 ergibt, von deren Notwendigkeit aus (vgl. zum Ganzen Scholz/Winter, GmbH-Gesetz, 8. Aufl. 1993, § 5 Rn. 112 m.w.N.). Die unbeabsichtigte Gesetzeslücke ist durch analoge Anwendung des § 26 Abs. 2 AktG zu schließen (Baumbach/Hueck, a.a.O., § 5 Rn. 55; Lutter/Hommelhoff, a.a.O., § 3 Rn. 29). **Dabei reicht die bloße Vereinbarung der Übernahme von Gründungskosten durch die GmbH im Gesellschaftsvertrag nicht aus; vielmehr muß der Gesamtbetrag des von der GmbH zu übernehmenden Gründungsaufwands (evtl. geschätzt) erkennbar sein** (Lutter/Hommelhoff, ebenda). **Eine Einzelaufstellung der Beiträge ist hier nicht erforderlich** - gegebenenfalls ist sie jedoch bei der Anmeldung vorzulegen (Scholz/Winter, a.a.O., § 5 Rn. 113).

b) Ist der Gründungsaufwand in der Satzung korrekt festgelegt worden, kann er zu Lasten der Einlagen von der Vorgesellschaft oder der späteren GmbH beglichen bzw. erstattet werden, und zwar *auch zu Lasten des Kapitals*, ohne daß dadurch die Unterbilanzhaftung der Gründer ausgelöst wird (Lutter/Hommelhoff, a.a.O., Rn. 29). Sofern der Gründungs-

aufwand ordnungsgemäß festgesetzt worden ist, steht die Vorschrift des § 30 GmbHG der Zahlung des notwendigen Gründungsaufwands durch die Gesellschaft nicht entgegen (Scholz/Winter, a.a.O., § 5 Rn. 113). Die Übernahme des Gründungsaufwands zu Lasten der Gesellschaft führt in denjenigen Fällen, in denen die Leistungen auf die Stammeinlagen zum Nennwert erfolgen sollen, notwendigerweise zur Verminderung des Vermögens der Gesellschaft unter den zur Deckung des Stammkapitals erforderlichen Betrag. Diese Konsequenz ist entsprechend der in § 26 AktG enthaltenen Wertung auch für das GmbH-Recht hinzunehmen (Hachenburg/Ulmer, a.a.O., § 5 Rn. 188). Die daraus entstehenden Anfangsverluste müssen von den Gesellschaftern der Vor-GmbH zwar nicht im Rahmen der Vorbelastungshaftung ausgeglichen werden - sie verhindern jedoch eine Gewinnausschüttung vor (Wieder-)Auffüllung des zur Kapitaldeckung erforderlichen Vermögens. Ergänzend sei darauf hingewiesen, daß das Erfordernis der Aufnahme des Gründungsaufwands nicht nur aus zivilrechtlichen Haftungsgrundsätzen, sondern **auch aus steuerlichen Gesichtspunkten notwendig ist** (vgl. Mayer, a.a.O., § 3, C Rn. 194). Übernimmt die GmbH - trotz fehlender Bestimmung im Gesellschaftsvertrag - den Gründungsaufwand, so bewirkt sie damit eine Vorteilszuwendung an die Gründergesellschaften, die vom Finanzamt als **verdeckte Gewinnausschüttung** angesehen werden kann.

2. Umfang des Gründungsaufwandes

a) Unter den Gründungsaufwand sind einerseits **die gesetzlich bestimmten Kosten im Zusammenhang mit der Errichtung der Gesellschaft und der Erbringung der Einlagen**, d. h. also **Notar- und Gerichtsgebühren, Veröffentlichungskosten, Verkehrsteuern bei Einbringung von Sacheinlagen, andererseits der Gründerlohn zu verstehen**, d. h. die vertraglichen Vergütungen an Gründer oder Dritte für beratende Tätigkeit aus Anlaß der Gründung (Hachenburg-Ulmer, a.a.O., § 5 Rn. 183). Nicht zum Gründungsaufwand gehören die Aufwendungen für den Betrieb des Unternehmens der künftigen GmbH (Hachenburg/Ulmer, a.a.O., § 5 Rn. 184). Der Gründungsaufwand ist daher zu unterscheiden von den Betriebsaufwendungen der Vorgesellschaft, die durch die Vorbereitung und die Aufnahme der Unternehmenstätigkeit entstehen (Scholz/Winter, a.a.O., § 5 Rn. 111). In der aktienrechtlichen Literatur werden hierunter beispielsweise die Miete von Geschäftsräumen, die Anwerbung von Arbeitnehmern oder Aufwendungen für den Betrieb eines erst nach Eintragung einzubringenden Unternehmens verstanden (Kölner Kommentar zum Aktiengesetz-Kraft, Band 1, 2. Aufl. 1988, § 26 Rn. 26).

b) Nach § 8 Abs. 1 Nr. 6 GmbHG muß der Anmeldung für den Fall, daß der Gegenstand des Unternehmens der staatlichen Genehmigung bedarf, die Genehmigungsurkunde beigelegt sein. Der Nachweis der Genehmigung ist grundsätzlich Eintragungsvoraussetzung. Daher muß grundsätzlich die Urkunde beigebracht werden, bevor das Gericht über die Eintragung entscheidet (Hachenburg/Ulmer, a.a.O., § 8 Rn. 15). Als Beispiel einer genehmigungspflichtigen Tätigkeit ist die gewerbsmäßige Tätigkeit als Makler, Bauträger oder Baubetreuer (§ 34 c Gewerbeordnung) zu nennen (vgl. z. B. BayObLG BB 1979, 1467; Hachenburg/Ulmer, a.a.O., § 8 Rn. 19; Baumbach/Hueck, a.a.O., § 8 Rn. 9). Da die Genehmigung für die

Eintragung und damit für die Entstehung der Gesellschaft (§ 11 GmbHG) notwendig ist, dürften die Auslagen im Zusammenhang mit der Einholung der Genehmigung Gründungskosten darstellen.

3. Prozentuale Grenze des Gründungsaufwandes

a) Mayer (Die Übernahme des Gründungsaufwands durch die GmbH, MittBayNot 1989, 128, 130) verweist in seinem Beitrag auf seine bisherigen Erfahrungen, wonach die Registergerichte im süddeutschen Raum bei einem Stammkapital von 50.000,- DM Vorbelastungen von regelmäßig bis zu 2.000,- DM, allenfalls bis zu 3.500,- DM für zulässig erachten. Nach unserer Kenntnis konnte in jüngster Zeit zumindest in einem Fall auch die Eintragung einer Vorbelastung von 5.000,- DM durchgesetzt werden.

b) Prozentuale Grenzen des Gründungsaufwandes im Verhältnis zum jeweiligen Stammkapital dürften sich weder direkt aus dem Gesetz, noch aus der uns vorliegenden einschlägigen Literatur entnehmen lassen. Zwar gehen über den Umfang der Einschränkung des § 30 GmbHG die Literaturstimmen teilweise auseinander: Lutter/Hommelhoff (a.a.O., § 3 Rn. 29, ebenso Roth, GmbHG, 2. Aufl., § 5 Tz. 6) weisen darauf hin, daß ein sogenannter Gründerlohn, also ein Honorar an einen Gründer für die Bemühungen anläßlich der Gründung, zwar zulässig sei, diese Zahlung aber nur zu Lasten des freien, also über § 30 GmbHG hinaus vorhandenen Vermögens erfolgen könne. Ulmer (Hachenburg, a.a.O., § 5 Rn. 188) zählt zu dem notwendigen Gründungsaufwand demgegenüber neben den Gebühren und Steuern auch eine angemessene Vergütung für eine zur Errichtung der GmbH erforderliche Vorbereitungs- und Beratungstätigkeit des Gründers, für die nicht die Einschränkung des § 30 GmbHG gelte. Sofern den Gründern oder ihnen nahestehenden Personen im Zusammenhang mit der Gründung eine unangemessen hohe Vergütung gewährt werde, handele es sich allerdings um einen Sondervorteil, für den die Schranken der §§ 30, 31 GmbHG voll zu beachten seien. Nach Auffassung von Roth (GmbHG, 1987, § 5 Tz. 6) dürfen nur die von Gesetzes wegen der Gesellschaft entstehenden Gründungskosten zu Lasten des das Stammkapital deckenden Gesellschaftsvermögens gehen. Aus dem Dargestellten wird ersichtlich, daß in der Literatur eine Beschäftigung mit einer absoluten oder relativen Grenze des Gründungsaufwandes bisher nicht stattfand.

c) Hilfreich für diese Fragestellung könnte die Heranziehung der aktienrechtlichen Auslegung von § 26 AktG sein. Das in § 26 Abs. 2 AktG verankerte Erfordernis, daß Sondervorteile für einzelne Gesellschafter und der Gründungsaufwand zu Lasten der Gesellschaft im Gesellschaftsvertrag festgesetzt sein müssen, um der Gesellschaft gegenüber zu wirken, erachtete der Rechtsausschuß für "geltendes ungeschriebenes Recht" und nahm daher davon Abstand, die im Entwurf vorgesehene ausdrückliche Regelung zu übernehmen (vgl. Roth, a.a.O., § 5 Tz. 6; Hachenburg/Ulmer, a.a.O., § 5 Rn. 171). Daher kann davon ausgegangen werden, daß die vorgeschlagene Regelung (§ 5 a), die - mit gewissen Abweichungen - praktisch wörtlich § 26 AktG entsprach, in ihren Kernaussagen auch ohne gesetzliche Verankerung im GmbH-Recht gilt (Roth, a.a.O., § 5 Tz. 6). Zu § 26 AktG wird zu der Frage der Höhe des Gründungsaufwandes das folgende vertreten:

Hüffer (AktG, 1993, § 26 Rn. 6) weist darauf hin, daß es auf die Höhe des Gründungsaufwands im Rahmen des § 26 Abs. 2 AktG (Gesamtaufwand der Gründung) nicht ankomme. Überhöhte Vergütungen (Angemessenheit des Gründerlohns) seien jedoch Sondervorteile im Sinne des § 26 Abs. 1 AktG, also nur wirksam bei genauer Angabe unter Bezeichnung des Berechtigten (ebenso Kölner Kommentar zum Aktiengesetz-Kraft, a.a.O., § 26 Rn. 28). Eckardt (in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, Aktiengesetz, Band 1, 1973, § 26 Rn. 37) stellt darauf ab, daß es für die rechtswirksame Festsetzung des Gründungsaufwandes gleichgültig sei, wie hoch sich der Gründungsaufwand im einzelnen darstelle. Das Gesetz sehe keine Obergrenze vor. Lasse sich der Gründungsaufwand nicht genau angeben, sei er zu schätzen. Die Entscheidung des BGH vom 20.02.1989 (BB 1989, 795/796) hatte sich aufgrund eines Vorlagebeschlusses des BayObLG mit der Auffassung des vorlegenden Gerichts auseinanderzusetzen, eine Aufnahme der Gründungskosten, welche die GmbH bereits kraft Gesetzes treffe (also vor allem Anmeldekosten, Eintragungskosten, Bekanntmachungskosten und die damalige Gesellschaftsteuer), sei in der Satzung nicht erforderlich. Der BGH hat in diesem Beschluß ausdrücklich betont, daß der gesetzgeberische Zweck des § 26 Abs. 2 AktG, die Öffentlichkeit über Vorbelastungen des Stammkapitals zuverlässig zu informieren, im Interesse des Gläubigerschutzes nur durch eine betragsmäßige Offenlegung in der Satzung erreichbar sei, wobei unerheblich sei, wer den Gründungsaufwand im Außenverhältnis schulde. Der gesetzgeberische Zweck des § 26 Abs. 2 AktG werde nur erreicht, wenn der gesamte Aufwand ausgewiesen und nicht danach unterschieden werde, wer ihn im Außenverhältnis schulde (BB 1989, 795, 796).

Dieser Gesichtspunkt scheint uns auch für die Beurteilung der anstehenden Frage entscheidend zu sein: mit der Bestimmung des § 26 AktG (bzw. der analogen Anwendung dieser Vorschrift auf die GmbH) soll die Gewährung von Vorteilen und von Gründungsaufwand nicht verboten sein, ihre Rechtswirksamkeit jedoch von der durch die Aufnahme in die Satzung bewirkten Publizität für die Allgemeinheit abhängig gemacht werden (Kölner Kommentar zum Aktiengesetz-Kraft, a.a.O., § 26 Rn. 2). Sofern der Gründungsaufwand entsprechend den dargestellten Kriterien korrekt festgelegt worden ist, haben potentielle Gläubiger die Möglichkeit, sich durch Einsichtnahme in die Satzung darüber zu informieren, inwieweit die Kapitalbasis der Gesellschaft gefährdet sein kann. Je höher der in der Satzung ausgewiesene Gründungsaufwand angesetzt worden ist, desto höher dürfte auch das Risiko für die Gesellschaft sein, daß Gläubiger ihre wirtschaftlichen Dispositionen zum Nachteil der Gesellschaft treffen. Eine Grenzziehung dahin gehend, daß der Gründungsaufwand nur einen bestimmten prozentualen Anteil des Stammkapitals ausmachen darf, kann aber nach unserem Dafürhalten für die Gesellschaft auch nicht aus dem Gesetzeszweck von § 26 AktG abgeleitet werden.

Rechtsprechung

BGB §§ 313, 667

Formpflicht bei Treuhandauftrag

Auch der Auftrag zum treuhänderischen Erwerb von Miteigentumsanteilen an einem Grundstück ist wegen der den Auftragnehmer treffenden Herausgabepflicht nicht beurkundungsbedürftig (Fortführung von BGH DNotZ 1984, 241).

Ein Aufhebungsvertrag über einen bereits vollzogenen Grundstückskaufvertrag bedarf nach § 313 S. 1 BGB der notariellen Beurkundung (Fortführung von BGH DNotZ 1982, 619).

BGH, Urt. v. 07.10.1994 - V ZR 102/93

Kz.: L I 1 - § 313 BGB

Problem

Fraglich war im vorliegenden Fall, ob der einem Dritten erteilte Auftrag, im eigenen Namen, aber für Rechnung des Auftraggebers ein Grundstück (treuhänderisch) zu beschaffen, im Hinblick auf die Verpflichtung des Auftragnehmers zur Weiterübertragung des Grundstücks auf den Auftraggeber nach § 313 S. 1 BGB beurkundungsbedürftig ist. Gegenstand des Verfahrens war eine Vereinbarung, nach der die Beklagten für die Kläger treuhänderisch einen Miteigentumsanteil an einem Hausgrundstück erwerben und auf die Kläger weiterübertragen sollten.

Lösung

Der BGH vertritt in ständiger Rechtsprechung die Auffassung, daß bei **einem auf die Beschaffung eines Grundstücks von einem Dritten gerichteten Auftrag, bei dem der Beauftragte im eigenen Namen, aber für Rechnung des Auftraggebers handeln soll (Treuhand), die Verpflichtung des Beauftragten zur Weiterübergang des Grundstücks an den Auftraggeber keine Beurkundungspflicht nach § 313 BGB auslöse**, weil sich diese Verpflichtung nicht erst aus einer etwa unmittelbar hierauf gerichteten vertraglichen Abrede ergebe, sondern bereits aus der Vorschrift des § 667 BGB, wonach der Beauftragte das aus der Geschäftsbesorgung Erlangte an den Auftraggeber herauszugeben habe (BGH NJW 1981, 1267; DNotZ 1984, 241). An dieser Rechtsprechung hält der BGH entgegen in der Literatur erhobener Bedenken fest (vgl. Linden, MittBayNot 1981, 169; Schwanecke, NJW 1984, 1585). Etwas anderes gilt nach Auffassung des BGHs auch nicht, wenn Gegenstand des Vertrages nicht das gesamte Eigentum an einem Grundstück, sondern nur Bruchteilseigentum sei.

Der BGH ergänzt außerdem sein Urteil vom 30.04.1982 (DNotZ 1982, 619). In dieser Entscheidung urteilte der BGH, daß ein Aufhebungsvertrag über einen bereits vollzogenen Grundstückskaufvertrag analog § 313 BGB der Beurkundung bedürfe, auch dann, wenn die Verpflichtung zur Rückübertragung des erlangten Grundstücks nicht in den Aufhebungsvertrag aufgenommen, sondern den gesetzlichen Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung überlassen worden sei. Der BGH konkretisiert dieses Urteil dahin gehend, daß für den Regelfall von Aufhebungsvereinbarungen die Beurkundungspflicht sich auch ohne ausdrückliche Regelung bereits unmittelbar aus § 313 BGB ergebe; denn die

Parteien werden typischerweise den Grundstückskaufvertrag nicht nur aufheben, sondern auch nach Vertragsrecht rückabwickeln wollen. Derartige Aufhebungsverträge seien daher regelmäßig dahin gehend auszulegen, daß sie auch eine vertragliche Verpflichtung zur Rückgewähr des Grundstücks enthielten. Sollten die Parteien allerdings im Einzelfall aus besonderen Gründen die Regelung der Rückgewähr den Vorschriften des Bereicherungsrechts überlassen wollen, böte dies weder Anlaß noch Rechtfertigung, ihnen den Schutz des § 313 BGB im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung von Rechts wegen aufzudrängen.

ZVG § 92; BGB § 497

Wiederkaufsrecht und Zwangsversteigerung

Wird bei einem Grundstückskaufvertrag ein Wiederkaufsrecht unter der aufschiebenden Bedingung vereinbart, daß der Käufer das Grundstück an Dritte veräußert, kann diese Bedingung auch dann vorliegen, wenn der Verkäufer selbst das bei dem Käufer zwangsversteigerte Grundstück ersteigert.

BGH, Urt. v. 22.09.1994 - IX ZR 251/93

Kz.: L I 1 - § 497 BGB

Problem

Gegenstand des Verfahrens war ein Grundstückskaufvertrag mit einer Gemeinde, in dem das übliche **Rückkaufsrecht zugunsten der Gemeinde** aufgenommen war, nach dem die Gemeinde die Rückgängigmachung des Kaufvertrages verlangen konnte, wenn das Grundstück in unbebautem Zustand an Dritte veräußert werden sollte. Das Recht war durch eine Vormerkung gesichert. Im vorliegenden Fall war fraglich, ob der Rechtserwerb in der Zwangsversteigerung den Rückkaufsfall auslöste.

Lösung

Der BGH qualifiziert die Vereinbarung im Kaufvertrag als **Wiederkaufsrecht nach § 497 BGB**. Eine derartige Veräußerung sei bei der Veräußerung von Bauland durch eine Gemeinde typisch (vgl. MünchKomm-Wacke, 2. Aufl., § 383 Rz. 34). Die Vormerkung sichere den vom Wiederkaufsrecht zu unterscheidenden, durch dessen Ausübung "bedingten" künftigen Rückkaufanspruch (BayObLG NJW-RR 1986, 1209). Der BGH kommt dann zu der Frage, ob der Begriff der "**Veräußerung**" **dahin ausgelegt werden könne, daß die Vertragsparteien darunter auch eine Zwangsversteigerung verstanden haben könnten**. Dies scheine allerdings zweifelhaft, weil die Vertragsparteien möglicherweise an den Fall der Zwangsversteigerung nicht gedacht hätten. Der BGH wendet allerdings dann die Grundsätze über die **ergänzende Vertragsauslegung** an und weist darauf hin, daß es bei der Veräußerung von Bauland durch eine Gemeinde in der Regel ebenfalls üblich sei, als Wiederkaufsfall auch eine Zwangsversteigerung oder sogar schon deren Anordnung zu vereinbaren (BayObLG NJW 1978, 700; OLG Düsseldorf, Rpfleger 1991, 471). Er ist daher der Auffassung, daß die Vertragslücke dahin gehend zu schließen sei, daß auch die Zwangsversteigerung das Wiederkaufsrecht auslöse.

WEG §§ 10, 23

Regelung des Gebrauchs des gemeinschaftlichen Eigentums durch Mehrheitsbeschluß

Ein Beschluß der Wohnungseigentümer, der in der Frist des § 23 Abs. 4 WEG nicht angefochten worden ist, ist für die überstimmte Minderheit auch dann verbindlich, wenn Einstimmigkeit - also eine Vereinbarung - notwendig gewesen wäre.

Beschlüsse der Wohnungseigentümergeinschaft wirken nach § 10 Abs. 3 WEG auch ohne Eintragung - anders als Vereinbarungen - gegen den Sondernachfolger eines Wohnungseigentümers. Solche Beschlüsse sind auch nicht analog § 10 Abs. 2 WEG im Grundbuch eintragungsfähig. Der Erwerber eines Miteigentumsanteils und des damit verbundenen Sondereigentums kann folglich nicht allein auf die im Grundbuch eingetragene Gemeinschaftsordnung vertrauen, er muß sich auch vergewissern, ob sie durch bestandskräftige Beschlüsse abgeändert worden ist.

Haben die Wohnungseigentümer den in der Gemeinschaftsordnung festgelegten Maßstab der Beteiligung an den Kosten des Gebrauchs des gemeinschaftlichen Eigentums durch Mehrheitsbeschluß geändert, so wird dieser bestandskräftig, wenn er nicht fristgemäß angefochten worden ist (nicht amtlicher Leitsatz).

BGH, Beschl. v. 16.09.1994 - V ZB 2/93

Kz.: L I 4 - § 10 WEG

WEG § 4; BGB §§ 876, 877

Bildung neuer Wohnungseigentumsrechte

Neue Wohnungseigentumsrechte können dadurch gebildet werden, daß das Sondereigentum eines bestehenden Wohnungseigentums in Gemeinschaftseigentum umgewandelt, der Miteigentumsanteil aufgespalten und mit jedem Teil Sondereigentum verbunden wird, das durch Umwandlung von Gemeinschaftseigentum geschaffen wird (Errichtung eines weiteren Gebäudes). Dieser Vorgang beinhaltet die **Aufhebung des betroffenen Wohnungseigentums mit der Folge, daß die daran bestehenden dinglichen Rechte erlöschen, und eine Inhaltsänderung der übrigen Wohnungseigentumsrechte**. Hierzu ist die Mitwirkung aller Wohnungseigentümer und die Zustimmung der dinglichen Berechtigung erforderlich.

Haben die dinglich Berechtigten zugestimmt und wird das Sondereigentum der neu zu schaffenden Wohnungseigentumsrechte aufgrund einer nachträglichen Planänderung kleiner, so ist eine erneute Zustimmung der dinglich Berechtigten nicht erforderlich, weil ihre Rechtsstellung nicht nachteilig berührt wird.

BayObLG, Beschl. v. 18.08.1994 - 2 Z BR 30/94

Kz.: L I 4 - § 4 WEG

Problem

Nicht selten bereitet die **Errichtung einer Eigentumswohnanlage mit mehreren Häusern in mehreren Bauabschnitten** Probleme aus wohnungseigentumsrechtlicher Sicht. Röll hat die **verschiedenen Möglichkeiten der Gestaltung** bereits eingehend dargestellt (vgl. MittBayNot 1993, 5; DNotZ 1977, 69). Im vorliegenden Fall wurde zunächst auf einem Grundstück ein Wohnhaus mit verschiedenen Wohnungen gebaut, der Eigentümer behielt sich das Recht vor, auf dem gleichen Grundstück ein zweites Wohngebäude zu errichten und in Wohnungseigentum aufzuteilen. Die Beteiligten wählten das Verfahren der **"kleinen Aufteilung mit überdimensionalem Miteigentumsanteil"** (vgl. hierzu Röll, MittBayNot 1993, 6). In diesem Fall war ein **500/1000 Miteigentumsanteil beim ursprünglichen Eigentümer verblieben, dieser wurde verbunden mit dem Sondereigentum an einem Kellerraum**. In der Urkunde wurde ihm das **Recht vorbehalten, auf dem Grundstück ein zweites Wohngebäude (Haus B) zu errichten, den Miteigentumsanteil seines Teileigentums aufzuspalten und mit jedem Teil das Sondereigentum an einer im Haus B gelegenen Wohnung zu verbinden**. Im vorliegenden Fall wichen die Pläne, die der ursprünglichen Teilungserklärung für den zweiten Bauabschnitt beigelegt waren, von der tatsächlichen Bauausführung geringfügig ab. Es war nun fraglich, ob sämtliche Wohnungseigentümer und auch die dinglich Berechtigten an allen Miteigentumsanteilen der Neuaufteilung zustimmen mußten.

Lösung

Das BayObLG ist der Auffassung, daß die Umwandlung des überdimensionalen Miteigentumsanteils in mehrere Eigentumswohnungen wie folgt vor sich geht: **Das Teileigentum des Beteiligten wird in seine Bestandteile (Miteigentums-anteil und Sondereigentum) zerlegt. Das Sondereigentum (am Keller) wird in Gemeinschaftseigentum umgewandelt. Der Miteigentumsanteil wird in mehrere Teile (entsprechend den neuen Wohnungen) aufgespalten; jeder Teil wird mit dem Sondereigentum verbunden, das durch Umwandlung des gemeinschaftlichen Eigentums an dem neu zu errichtenden Gebäude entsteht; dadurch werden neue Wohnungseigentumsrechte geschaffen**. Bei diesem komplexen Vorgang handelt es sich um eine Aufhebung des Teileigentums der Beteiligten und eine Inhaltsänderung der übrigen Wohnungs- und Teileigentumsrechte. Erforderlich für diese Umgestaltung ist die **Einigung aller Wohnungs- und Teileigentümer in der Form der Auflassung**, weil sowohl Sondereigentum aufgehoben als auch neues Sondereigentum eingeräumt wird. Ferner ist die **Eintragung in das Grundbuch** notwendig. Zur Aufhebung des Teileigentums schließlich sind außerdem die **Zustimmung der dinglich Berechtigten** an diesem Teileigentum und grundbuchrechtliche Bewilligung gemäß § 19 GBO erforderlich. Röll empfiehlt zur Durchsetzung dieser nachträglichen Änderung der Teilungserklärung die **Aufnahme von Vollmachten** sowohl in die Kaufverträge als auch in die Teilungserklärung. Entgegen Röll ist aber das BayObLG der Auffassung, daß auch die Gläubiger zustimmen müssen. Will man daher eine praktische Lösung haben, wird man auch entsprechende Vollmachten der Gläubiger herbeiführen müssen.

Da im vorliegenden Fall die dinglich Berechtigten ursprünglich zugestimmt hatten, allerdings aufgrund einer nachträglichen Planungsänderung die neu zu schaffenden Wohnungsei-

gentumsrechte kleiner waren, als ursprünglich geplant, war eine erneute Zustimmung der dinglich Berechtigten nicht mehr erforderlich, weil ihre Rechtsstellung nicht nachteilig berührt wurde.

BGB § 1144; GBO § 19; AGBG § 9

Entgelt für die Erteilung einer Löschungsbewilligung durch eine Sparkasse in der Form des § 29 GBO

Eine öffentliche Sparkasse darf für die Ausfertigung von Löschungsbewilligungen von ihren Kunden und Kreditnehmern kein Entgelt verlangen, soweit sich die Sparkasse hierfür nur auf ihre AGB berufen kann, wonach die über die Erbringung von Grundleistungen hinausgehenden Leistungen der Sparkasse entgeltpflichtig sind; denn die Erteilung einer löschungsfähigen Quittung bzw. einer öffentlichen Löschungsbewilligung ist untrennbar mit dem Darlehensvertrag verbundene Nebenpflicht und ergibt sich aus dem Gesetz (Fortführung von BGH NJW 1991, 1953).

AG Steinfurt, Urt. v. 26.07.1994 - 21 C 275/94

Kz.: L I 3 - § 9 AGBG

Problem

Sparkassen können Löschungsbewilligungen als siegelführende Körperschaften in der Form des § 29 GBO errichten. Der BGH hat im Urt. v. 07.05.1991 (NJW 1991, 1953) in einer Klausel einer Bank des Inhalts, daß für die Ausfertigung von Löschungsbewilligung bei Grundpfandrechten ein Entgelt zu entrichten sei, eine ABG-widrige Benachteiligung gesehen. **Sparkassen verlangen häufig trotz dieser Entscheidung für ihre Löschungsbewilligungen eine Vergütung**, die sie häufig - ohne Rechtsgrundlage - nach der KostO berechnen. Es ist allerdings eindeutig, daß Rechtsgrundlage für die Gebühr nicht die KostO, sondern nur Nr. 17 der allgemeinen Geschäftsbedingungen der Sparkassen sein kann. Die Sparkassen berufen sich bei dieser Vergütung darauf, daß dem Kunden hierdurch eine zusätzliche Leistung - nämlich eine öffentlich beglaubigte Urkunde - erstellt werde und daher das BGH-Urteil auf diesen Fall nicht anwendbar sei.

Lösung

Das **AG Steinfurt** ist, soweit ersichtlich, das erste Gericht, das unter Hinweis auf die BGH-Entscheidung **einen Anspruch auf Vergütung für die Herstellung einer öffentlichen Löschungsbewilligung verneint**. Ein solcher Anspruch ergebe sich auch nicht aus § 17 der AGB der Banken. Unter "Leistungen" seien hier nur Grundleistungen zu verstehen. Die Erteilung einer öffentlichen Löschungsbewilligung sei eine untrennbar mit dem Darlehensvertrag verbundene Nebenverpflichtung, die sich aus dem Gesetz ergebe. Sie könne nicht als weitere, selbständige Leistung angesehen werden, die aufgrund allgemeiner Geschäftsbedingungen selbständig zu vergüten sei.

AGBG § 2; VOB

Einbeziehung der VOB in Bauvertrag

Der Senat hält an seiner ständigen Rechtsprechung fest, wonach die VOB/B gegenüber einem weder im Baugewerbe

tätigen noch sonst im Baubereich bewanderten Vertragspartner nicht durch den bloßen Hinweis auf ihre bloße Geltung in den Vertrag einbezogen werden kann.

BGH, Urt. v. 19.05.1994 - VII ZR 26/93 (= ZfBR 1994, 262)
Kz.: L I 2 - Allg.

Problem

Die Aufnahme der VOB in Bau- und Bauträgerverträge bereitet häufig Probleme. So ist zum einen der **beurkundungsrechtliche Aspekt** zu unterscheiden, ob auf die VOB in einer notariellen Urkunde verwiesen werden kann, ohne daß deren Text zum Inhalt der Urkunde gemacht wird. Zum anderen ist es fraglich, ob die VOB für Bauleistungen des Bauträgers überhaupt oder beschränkt in einem Bauträgervertrag wirksam vereinbart werden kann.

Der BGH hat mittlerweile in ständiger Rechtsprechung entschieden, daß die **Gewährleistungsregelung der VOB in einem Bau- oder Bauträgervertrag wegen Verstoßes gegen § 11 Nr. 10 f ABGB nicht isoliert** vereinbart werden könne (BGH DNotZ 1987, 684). Zur Frage, ob die **VOB als Ganzes** einbezogen werden könne, hat der BGH ausdrücklich noch nicht entschieden. Allerdings hat das OLG Celle (DNotI-Report 12/1994, 5) entschieden, daß jedenfalls dann, wenn der Bauträgervertrag wesentliche Abweichungen von den Regelungen der VOB/B enthalte, die VOB nicht mehr als Ganzes Vertragsgegenstand geworden sei, so daß eine Verkürzung der Verjährungsfrist nicht eintreten konnte. Auch die Literatur ist wohl mehrheitlich der Auffassung, daß eine Gewährleistungsverkürzung durch Einbeziehung der VOB im Ganzen nicht erreicht werden könne (vgl. Basty, Der Bauträgervertrag, S. 155; Kutter, in: Beck'sches Notarhandbuch, S. 227; Kanzleiter, DNotZ 1987, 651).

Zur Frage, wie gegebenenfalls beurkundungsrechtlich die VOB in die Urkunde einbezogen werden kann, hat das OLG Düsseldorf (DNotZ 1985, 626) die Bezugnahme auf die VOB für zulässig gehalten, ohne daß diese Inhalt der Urkunde wurde. Es fragt sich allerdings, ob nicht aus beurkundungsrechtlichen Gründen dennoch eine Einbeziehung und Verlesung in der Niederschrift geboten ist.

Lösung

Bereits in einem Urteil aus dem Jahre 1990 (NJW 1990, 715) hat der BGH die Einbeziehung der VOB gegenüber Personen außerhalb des Baugewerbes im Hinblick auf § 2 ABGB abgelehnt, wenn diese nicht bei Vertragsschluß in ausreichender Weise Gelegenheit hatten, sich zumutbar vom Inhalt der VOB Kenntnis zu schaffen. Der BGH bestätigt diese Rechtsprechung mit dem vorliegenden Urteil erneut. Da beide Urteile allerdings privatschriftliche Bauverträge betrafen, bleibt offen, welche beurkundungsrechtlichen Konsequenzen aus dieser Rechtsprechung zu ziehen sind (vgl. Lichtenberger, NJW 1984, 159).

ESTG § 15

Gewerblicher Grundstückshandel, Zurechnung bei Personengesellschaft

Nach ständiger Rechtsprechung des BFH ist es für die Überschreitung der Grenze von der privaten Vermögensverwaltung zum gewerblichen Grundstückshandel erforderlich, daß mindestens vier einzelne Objekte, seien es unbebaute Grundstücke, bebaute Grundstücke, Gebäude oder Eigentumswohnungen, angeschafft bzw. errichtet und veräußert werden.

Es bestehen ernstliche Zweifel, ob dem Gesellschafter einer Personengesellschaft zur Bestimmung der zahlenmäßigen Grenze zwischen privater Vermögensverwaltung und gewerblichem Grundstückshandel auch Grundstücksverkäufe der Gesellschaft zugerechnet werden können.

BFH, Beschl. v. 02.09.1993 - III B 99/92 (= NV 94, 773)
Kz.: L IX 1 - § 15 EStG

ESTG § 4

Grundstücksentnahme durch wohnungsrechtliche Aufteilung

Wird ein zum notwendigen Betriebsvermögen gehörendes Gebäude, das teils eigenbetrieblich, teils fremdbetrieblich, teils zu Wohnzwecken durch Vermietung und Verpachtung oder Eigengebrauch genutzt wird, durch Teilungserklärung nach § 8 WEG in Miteigentumsanteile aufgeteilt, wird die eigenen Wohnzwecken dienende Eigentumswohnung zwangsläufig notwendiges Privatvermögen. Es liegt eine Entnahme im Sinne des § 4 Abs. 1 EStG vor.

BFH, Urt. v. 18.03.1994 - III R 6/92 (= NV 94, 780)
Kz.: L IX 1 - § 4 EStG

Aktuelles

Anwalts-GmbH ist eintragungsfähig!

Das BayObLG hat erstmals die Eintragungsfähigkeit einer von Rechtsanwälten gegründeten GmbH im Handelsregister bejaht, deren Gegenstand die "Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten" ist, da kein gesetzliches Verbot besteht, das die Anwalts-GmbH verbietet (Az.: 3z BR 115/ 94, vom 24.11.1994).

Die Neuregelung der ErbbauVO durch das SachRBERG

Durch das SachRBERG (BGBl 1994 I, 2457) haben sich zwei Praxisprobleme bei der Handhabung von Erbbaurechten gelöst:

1. Nach § 9 Abs. 2 S. 2 ErbbauVO n.F. kann Inhalt des Erbbaurechts "auch eine Verpflichtung zur Anpassung an veränderte Verhältnisse sein, wenn die Anpassung nach Zeit und Wertmaßstab bestimmbar ist." **Die Erbbauzinsreallast muß daher nicht mehr im voraus bestimmt sein, es genügt Bestimmbarkeit.** Sie wird daher der sonstigen Reallast gleichgestellt. Die Ausführungen zu § 1105 BGB gelten dann auch hier. Mit der Eintragung der Erbbauzinsreallast in dieser Form sind Erhöhungen dinglich abgesichert. Sofern Bestimmbarkeit gegeben ist, können demgemäß auch Wertsicherungsvereinbarungen als Inhalt der Erbbauzinsreallast dinglich vereinbart werden. Die amtlichen Lebenshaltungskostenindizes entsprechen diesen Anforderungen (BGH DNotZ 1974, 90).

2. Weiter geregelt wurde durch das SachRBERG in § 9 Abs. 3 S. 2 n.F. ErbbauVO die Problematik des Erbbauzinses in der Zwangsversteigerung. Die Praxis der "Stillhalteerklärung" wird daher nicht mehr notwendig sein. Nach der Neuregelung kann nunmehr als **dinglicher Inhalt der Erbbauzinsreallast vereinbart werden, daß die Reallast abweichend von § 52**

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

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.

Abs. 1 ZVG mit ihrem Hauptanspruch bestehen bleibt, wenn der Inhaber eines vorgehenden Rechts oder der Eigentümer aus der Reallast selbst die Zwangsversteigerung eines Erbbaurechts betreibt. Darüber hinaus sieht § 9 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 ErbbauVO die Möglichkeit vor, mit dinglicher Wirkung als Inhalt der Erbbauzinsreallast zu vereinbaren, daß der jeweilige Erbbauberechtigte gegenüber dem jeweiligen Reallastinhaber berechtigt ist, das Erbbaurecht in einem bestimmten Umfang mit Grundpfandrechten zu belasten. Erreicht wird damit ein beliebig ausnutzbarer Rangvorbehalt mit dinglicher Wirkung.

Die Formulierung im Erbbaurechtsvertrag könnte wie folgt lauten (so der Text aus DAI-Skript, Materialband zum SachRBERG, S. 90 f.):

"Nach § 9 Abs. 3 ErbbauVO wird als Inhalt des Erbbauzinses vereinbart, daß die Erbbauzinsreallast abweichend von § 52 Abs. 1 ZVG mit ihrem Hauptanspruch bestehen bleibt, wenn der Grundstückseigentümer aus der Reallast oder der Inhaber eines im Rang vorgehenden oder gleichstehenden dinglichen Rechts die Zwangsversteigerung des Erbbaurechts betreibt."

Literaturhinweise

Herbig/Gaitzsch/Hügel/Weser, Sachenrechtsänderungsgesetz, Leitfaden für die Praxis, 354 S., Verlag Jehle-Rehm, München 1994

Der vorliegende Leitfaden zum SachRBERG bietet eine umfangreiche Einführung in die äußerst komplizierte Materie. Inhalt und Systematik werden im Überblick erläutert sowie Einzelfragen der Umsetzung präzise und konkret dargestellt. Die Autoren, die zum Teil aus der notariellen Praxis kommen, gewährleisten, daß insbesondere die den Notar interessierenden Fragen praxisgerecht erläutert werden.

Notar a. D. Dr. Peter Limmer

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 6560, 97015 Würzburg,
Tel.: 09 31/2 00 38 0, Fax.: 09 31/2 00 38 38