

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

UmwG §§ 20, 54; GmbHG § 16 – Verschmelzung einer GmbH zur Aufnahme auf eine andere GmbH; Beteiligung materiell-rechtlich nicht berechtigter Gesellschafter; Scheingesellschafter; Up-Stream-Merger; Tochter-Mutter-Verschmelzung; Pflicht zur Anteilsgewährung

BauGB §§ 144, 145 – Nachtrag zum Kaufvertrag; Erfordernis sanierungsrechtlicher Genehmigung

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

BGB § 1069 Abs. 1; WEG §§ 35, 42 – Zustimmungsvorbehalt bei Bestellung eines Nießbrauchs an Dauerwohn- und Nutzungsrecht

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

UmwG §§ 20, 54; GmbHG § 16

Verschmelzung einer GmbH zur Aufnahme auf eine andere GmbH; Beteiligung materiell-rechtlich nicht berechtigter Gesellschafter; Scheingesellschafter; Up-Stream-Merger; Tochter-Mutter-Verschmelzung; Pflicht zur Anteilsgewährung

I. Sachverhalt

Die B-GmbH wurde auf die A-GmbH verschmolzen. Zur Vereinfachung der Verschmelzung hatten die Gesellschafter der B-GmbH zuvor ihre Anteile an der B-GmbH auf die A-GmbH übertragen und so ein Mutter-Tochter-Verhältnis geschaffen.

Nach Vollzug der Verschmelzung haben sich die Anteilsabtretungen als unwirksam erwiesen.

II. Fragen

1. Ist die Verschmelzung durch die Registereintragung geheilt?
2. Wer ist an der A-GmbH beteiligt?

III. Zur Rechtslage

1. Vorbemerkung

Unterstellt man, dass die Anteilsveräußerer zum Zeitpunkt der Verschmelzung noch (unerkannt) materiell-rechtliche Gesellschafter der B-GmbH waren und dass man beim Verschmelzungsvertrag und den zugehörigen Beschlüssen dennoch die Alleingesellschafterstellung der A-GmbH vorausgesetzt hat, dann ist die Situation vergleichbar mit dem in der Literatur diskutierten Fall des „unerkannten“ oder „unbekannten“ Gesellschafters der zu verschmelzenden Gesellschaft. Dabei muss man für die Beantwortung der Fragen zwischen der Wirksamkeit der Verschmelzung als solcher und den Rechtsfolgen für die (wahren) Gesellschafter unterscheiden.

Zu den aufgeworfenen Rechtsfragen fehlt es bisher – soweit ersichtlich – an Rechtsprechung; es finden sich

lediglich wenige kontroverse Stellungnahmen in der Literatur. Dies ist bei den folgenden Ausführungen zu berücksichtigen.

2. Wirksamkeit der Verschmelzung

Nach § 16 Abs. 1 GmbHG gelten der Gesellschaft gegenüber nur diejenigen Personen als Gesellschafter, die in der ins Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste als Gesellschafter eingetragen sind. Wenn diese **formell ausgewiesenen Gesellschafter** am Beschluss der übertragenden GmbH über die Zustimmung zur Verschmelzung mitwirken, ist der Beschluss wirksam und sogar fehlerfrei, und zwar unabhängig davon, ob materiell-rechtlich noch andere Gesellschafter existieren. Ob nach der Abtretung der Geschäftsanteile an der B-GmbH eine entsprechende Gesellschafterliste im Handelsregister aufgenommen wurde, entzieht sich unserer Kenntnis.

Im Hinblick auf die Wirksamkeit der Verschmelzung kann diese Frage u. E. jedoch offenbleiben. Denn selbst ein – unterstellt – unwirksamer Beschluss ließe die Wirksamkeit der Verschmelzung unberührt. Eine **mangelhafte Verschmelzung** wird nach § 20 Abs. 2 UmwG durch ihre **Eintragung im Handelsregister** wirksam. Allerdings würde der materiell-rechtliche Fehler **nicht geheilt**, sondern die Verschmelzung nur **bestandskräftig**. Der Gesetzgeber beabsichtigte nicht, eine Heilungsvorschrift für fehlerhafte Rechtshandlungen einzuführen (Winter, in: Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG/UmwStG, 8. Aufl. 2018, § 20 UmwG Rn. 111). § 20 Abs. 2 UmwG normiert nur die dingliche Bestandskraft der eingetragenen Umwandlung, hat also Konstitutivwirkung dergestalt, dass die Wirksamkeit der Umwandlung nach der Eintragung außer Streit gestellt ist (Winter, § 20 UmwG Rn. 110, 112 m. w. N.). Damit ist nach Eintragung der Verschmelzung die Wirksamkeit des Umwandlungsvorgangs nicht dadurch gefährdet, dass die Geschäftsanteile davor materiell-rechtlich noch den ehemaligen Gesellschaftern gehörten und nicht der A-GmbH.

Diese konstitutive Wirkung besteht also unabhängig davon, ob Rechtshandlungen im Rahmen des Umwandlungsverfahrens mit Mängeln behaftet sind; es kommt auch nicht darauf an, wie schwer diese Mängel wiegen (OLG Hamburg DNotZ 2009, 227; Lieder, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 8, 5. Aufl. 2018, § 4 Rn. 41). Eine Ausnahme wird im Rahmen des § 20 UmwG nur in krassen Fällen anerkannt, etwa wenn eine Umwandlungsform gewählt wird, die dem UmwG fremd ist (vgl. zur Rechtsprechung Widmann/Mayer/Vossius, Umwandlungsrecht, Std.: 4/2018, § 20 UmwG Rn. 388 ff.).

3. Folgen für die Gesellschafterstellung bei der A-GmbH

a) Einordnung des Problems

Im Anschluss stellt sich allerdings die Frage, wie sich die Fehlerhaftigkeit auf den Gesellschafterkreis der aufnehmenden Gesellschaft auswirkt. Grundsätzlich gilt bei der Verschmelzung die **Pflicht zur Anteilsgewährung**: Die Altgesellschafter der übertragenden GmbH müssen im Zuge der Verschmelzung Anteile am übernehmenden Rechtsträger erhalten. Diese Pflicht ergibt sich aus §§ 2, 5 Abs. 1 Nr. 2, 20 Abs. 1 Nr. 3 UmwG sowie im Umkehrschluss aus §§ 54 Abs. 1, 68 Abs. 1 UmwG. In der Regel wird ihr durch Kapitalerhöhung bei der aufnehmenden Gesellschaft Genüge getan.

Eine **Kapitalerhöhung** darf bei der aufnehmenden GmbH jedoch **nicht** durchgeführt werden, **soweit sie Anteile eines übertragenden Rechtsträgers innehat (sog. Up-Stream-Merger, § 54 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 UmwG)**. Es dürfen und müssen in diesem Fall also keine neuen Anteile geschaffen werden (vgl. auch § 20 Abs. 1 Nr. 3 Hs. 2 UmwG). Dies führt dazu, dass die in der Praxis besonders häufige Verschmelzung einer hundertprozentigen Tochtergesellschaft auf die Mutter-GmbH ohne Kapitalerhöhung bei der Mutter durchgeführt wird. Das Verbot der Kapitalerhöhung besteht allerdings nur, soweit die übernehmende GmbH Anteile an der übertragenden GmbH hält. Sind auch Dritte am übertragenden Rechtsträger beteiligt, so bleibt es für diese Dritten – außer bei einem Verzicht gem. § 54 Abs. 1 S. 3 UmwG – bei der Pflicht zur Anteilsgewährung.

b) Literaturstimmen

Vorliegend wurden – in Unkenntnis der tatsächlich materiell Berechtigten – keine Anteile für die tatsächlichen Gesellschafter der B-GmbH geschaffen und dementsprechend wurde auch die Anteilsgewährpflicht nicht erfüllt. In der Literatur finden sich **unterschiedliche Auffassungen** dazu, wie dieses Problem zu bewältigen ist. An Rechtsprechung fehlt es, soweit ersichtlich.

Leyendecker-Langner (ZGR 2015, 516, 528 ff.) differenziert zwischen der Verschmelzung ohne und der Verschmelzung mit Kapitalerhöhung. Bei der **Abwärtsverschmelzung (Down-Stream-Merger)** halte die übertragende Gesellschaft selbst Anteile an der übernehmenden Gesellschaft, auf die sie verschmolzen werde. Daher sei ein automatischer Anteilerwerb beim Scheingesellschafter nicht mit dem umwandlungsrechtlichen System zu vereinbaren. Die Angaben zu Herkunft und Zuweisung der zu gewährenden Mitgliedschaftsrechte im Verschmelzungsvertrag seien rein schuldrechtlicher Natur und nicht geeignet, die gesetzliche Zuord-

nung nach § 20 Abs. 1 Nr. 3 UmwG zu beeinflussen. Letztere Norm stelle unabhängig von einer etwaigen gegensätzlichen Zuordnung im Verschmelzungsvertrag oder Verschmelzungsbeschluss allein auf die materielle Rechtslage ab. Dies ergebe sich bereits aus dem Gesetzeswortlaut, der auf die „Anteilshaber der übertragenden Rechtsträger“ und nicht auf die in Vertrag oder Beschlussurkunde genannten Personen abstelle. Die Wortlautauslegung werde durch den verschmelzungsrechtlichen Kontinuitäts- oder Mitgliedschaftsperpetuierungsgrundsatz gestützt. Für den Untergang ihrer Mitgliedschaftsrechte am übertragenden Rechtsträger erhielten die bisherigen Anteilshaber als Kompensation gleichwertige Anteile oder Mitgliedschaften am übernehmenden Rechtsträger.

Bei der – auch im konkreten Fall gegebenen – **Aufwärtsverschmelzung (Up-Stream-Merger)** werde die übertragende Gesellschaft auf ihre Gesellschafter, ggf. den Scheingesellschafter verschmolzen. In diesem Fall müsste nach der materiellen Rechtslage eine Kapitalerhöhung in dem Umfang erfolgen, in dem der tatsächliche Gesellschafter am übertragenden Rechtsträger beteiligt sei, sofern ein Verzicht gem. § 54 Abs. 1 S. 3 UmwG fehle. Anders als bei der Abwärtsverschmelzung könne sich bei der Aufwärtsverschmelzung die Mitgliedschaft am übertragenden Rechtsträger nicht automatisch am übernehmenden Rechtsträger fortsetzen, da **keine entsprechenden Anteile** existierten. Eine Anteilsgewährung ohne Kapitalerhöhung sei ausgeschlossen.

Westermann und *Hornung* (GmbHR 2017, 626, 629) befürworten bei einer Verschmelzung ohne Kapitalerhöhung einen endgültigen Anteilsverlust. Es sei eine Abweichung vom Grundsatz der Mitgliederkontinuität gerechtfertigt (speziell zum Meinungsstand beim *Down-Stream-Merger* und zu möglichen Kondiktionsansprüchen *Westermann/Hornung*, GmbHR 2018, 840).

Laut *Heidinger* (in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2019, § 20 UmwG Rn. 53) ist für die Zuweisung der neuen Mitgliedschaft grundsätzlich die **materielle Rechtslage** zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Verschmelzung durch ihre Eintragung im Handelsregister entscheidend. Durch die Regelung im Verschmelzungsvertrag könne ein materiell-rechtlich berechtigter Gesellschafter nicht ohne seine Mitwirkung durch Wirksamwerden der Verschmelzung seine Mitgliedschaft endgültig verlieren oder ein außenstehender Dritter und bisheriger Nichtgesellschafter ohne Weiteres mit materieller Wirkung hinzukommen. Auch § 16 Abs. 1 GmbHG, der (nur) die relative Gesellschafterstellung des in der Gesellschafterliste eingetragenen

Gesellschafters bei der GmbH unwiderleglich vermute, verschaffe dem „Scheingesellschafter“ keine materielle Gesellschafterstellung. *Heidinger* (in: MünchKommGmbHG, 3. Aufl. 2018, § 16 Rn. 222) stellt die Verschmelzung in eine Reihe mit der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln: Träten die Rechtsfolgen für den Gesellschafter kraft Gesetzes ein, so erlange der materiell berechnete Gesellschafter die zusätzliche oder neue Gesellschafterposition, nicht der nach § 16 Abs. 1 GmbHG legitimierte Scheingesellschafter. Der Sonderfall der Tochter-Mutter-Verschmelzung wird zwar an diesen Stellen nicht ausdrücklich behandelt. Für die Verschmelzung ohne Anteilsgewährung befürwortet *Heidinger* (in: Henssler/Strohn, § 20 UmwG Rn. 53a) jedoch den Verlust der Beteiligung beim wahren Inhaber des Gesellschaftsanteils – mit Ausgleichsansprüchen auf gesellschaftsrechtlicher Ebene.

Nach *Schothöfer* (GmbHR 2003, 1321, 1326 f.) können die Anteilshaber der übertragenden Gesellschaft auch im Rahmen der Anteilszuweisung des **§ 20 Abs. 1 Nr. 3 S. 1 UmwG** die neuen Anteile nur so erlangen, wie dies im Verschmelzungsvertrag vorgesehen ist. Dies führe dazu, dass der wahre materiell-rechtliche Gesellschafter, wenn ihm im Rahmen der Verschmelzung keine Anteile zugewiesen würden, nicht Gesellschafter der übernehmenden Gesellschaft werden könne. Sein Anteil an der übertragenden Gesellschaft, die erlösche, gehe daher insoweit ersatzlos unter. Für die Zuweisung der Anteile am aufnehmenden Rechtsträger will *Schothöfer* die Regelungen des UmwG, wonach die Anteilshaber der übertragenden Gesellschaft Anteilshaber der übernehmenden Gesellschaft werden, aus Gründen der Rechtssicherheit formal so verstehen, dass die Anteilshaber stets die wirksam gem. § 16 Abs. 1 GmbHG legitimierten Gesellschafter sind.

c) Ergebnis

Im Ergebnis ist die Rechtslage mangels Rechtsprechung und angesichts streitiger Literaturmeinungen derzeit offen und unsicher. Unseres Erachtens kann die Frage nach der Anteilszuweisung für die „normale Verschmelzung“ mit neu gewährten Anteilen im vorliegenden Fall offenbleiben. Jedenfalls im konkret gegebenen Fall des **Up-Stream-Merger**, bei dem keine neuen Anteile geschaffen werden, ist es aber rechtstechnisch nicht zu erklären, welche Anteile die **wahren Gesellschafter** der B-GmbH erhalten sollen. Daher ist u. E. davon auszugehen, dass diese ihre dingliche Berechtigung an der B-GmbH verlieren und auch **keine neue dingliche Berechtigung** an der A-GmbH erwerben. Die Verschmelzung ohne Gewährung von Anteilen hat u. E. Ähnlichkeit mit dem Fall, dass die Listengesellschafter die GmbH auflösen und liquidieren. Die wahren Ge-

sellschafter sind folglich auf die Geltendmachung von Schadensersatz- oder Kondiktionsansprüchen angewiesen (vgl. ausführlich hierzu Westermann/Hornung, GmbHR 2017, 626, 629 ff.).

BauGB §§ 144, 145

Nachtrag zum Kaufvertrag: Erfordernis sanierungsrechtlicher Genehmigung

I. Sachverhalt

A und B schlossen am 3.7.2017 einen Grundstückskaufvertrag. Die Auflassung wurde mitbeurkundet, die Bewilligung zur Eintragung der Eigentumsänderung ausdrücklich nicht erklärt. Der Vertrag bedurfte keiner Genehmigung und war sofort wirksam.

Im Oktober 2017 erließ die Stadt S eine Sanierungssatzung; diese wurde ordnungsgemäß veröffentlicht. Ein Sanierungsvermerk ist im Grundbuch bisher nicht eingetragen und auch nicht beantragt worden.

A und B wollen nun in einem Nachtrag Vollzugsschwierigkeiten beheben (Verlängerung der Räumungsfrist, Kaufpreisaufteilung, sofortige Übergabe, Zahlung auf Treuhandkonto zur Absicherung der Räumung). Änderungen hinsichtlich des Vertragsgegenstands (Grundstück) ergeben sich nicht.

II. Fragen

1. Bedarf der (schuldrechtliche) Nachtrag zum Kaufvertrag nunmehr der Genehmigung gem. § 144 BauGB, obwohl der Kaufvertrag selbst nicht genehmigungsbedürftig ist?

2. Kann das Grundbuchamt eine Genehmigung oder ein Negativzeugnis auch dann verlangen, wenn kein Sanierungsvermerk im Grundbuch eingetragen ist?

III. Zur Rechtslage

1. Allgemeines

Sanierungsmaßnahmen dienen der Behebung städtebaulicher Missstände (§ 136 Abs. 2 BauGB) innerhalb eines abgegrenzten Gebiets, um dieses wesentlich zu verbessern oder umzugestalten (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 3880). Die Gemeinde kann zur Behebung derartiger städtebaulicher Missstände das Sanierungsgebiet förmlich durch Beschluss festlegen (§ 142 Abs. 1 S. 1 BauGB; Schöner/Stöber, Rn. 3881). Sie erlässt dazu eine Satzung, die mit Bekanntmachung rechtswirksam wird (§ 143 Abs. 1 S. 4 BauGB). Das Grundbuchamt erlangt von der Sanierungssatzung, in der die betroffenen Grundstücke ein-

zeln aufzuführen sind, durch Mitteilung der Gemeinde Kenntnis (§ 143 Abs. 2 S. 1 BauGB; Schöner/Stöber, Rn. 3883). Es hat in die Grundbücher der in der Satzung aufgeführten Grundstücke einzutragen, dass eine Sanierung durchgeführt wird (§ 143 Abs. 2 S. 2 BauGB; Schöner/Stöber, Rn. 3884).

Die Eintragung dieses **Sanierungsvermerks** im Grundbuch wirkt nicht selbständig gegenüber Rechtsinhabern, insbesondere nicht gegenüber den Grundstückseigentümern (Krautzberger, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, EL 10/2018, § 143 Rn. 33). Sie entfaltet also **keine konstitutive Wirkung** (Schöner/Stöber, Rn. 3884). Entscheidend für die **Wirkung der Verfügungsbeschränkungen nach § 144 BauGB** mit der Genehmigungspflicht ist die ortsübliche **Bekanntmachung der Sanierungssatzung** (§ 143 Abs. 1 S. 4 BauGB, Schöner/Stöber, Rn. 3884). Fehlt der Sanierungsvermerk, so kommt eine Berufung auf den guten Glauben ans Nichtbestehen einer solchen Verfügungsbeschränkung nicht in Betracht (Schöner/Stöber, Rn. 3884; Krautzberger, § 143 Rn. 32).

Der Sanierungsvermerk ist kein einzutragendes Recht i. S. d. § 879 BGB und hat mithin keinen Rang (Krautzberger, § 143 Rn. 32). Die Eintragung des Sanierungsvermerks wirkt sich auch umgekehrt nicht auf die Rangstellen eingetragener Rechte aus (Schöner/Stöber, Rn. 3884; Schrödter/Möller, BauGB, 9. Aufl. 2019, § 143 Rn. 8).

2. Genehmigungspflicht nach § 144 BauGB

a) Allgemeines

Zur Sicherung der Sanierung sieht § 144 BauGB die Pflicht zur **Genehmigung** bestimmter Rechtsvorgänge vor und dadurch eine **Verfügungs- und Veränderungssperre**. Dieser Sperre liegt der Gedanke zugrunde, dass sich eine Sanierung nur dann erfolgreich innerhalb angemessener Frist durchführen lässt, wenn tatsächliche Veränderungen und Rechtsvorgänge unterbunden werden, die sich möglicherweise erschwerend auf den Sanierungsablauf auswirken (vgl. Krautzberger, EL 10/2018, § 144 Rn. 2). Zudem sollen die Grundstückseigentümer vor Investitionen geschützt werden, die sich beim Vollzug der Sanierung als verfehlt erweisen könnten (Brügelmann/Schmidt-Eichstaedt, BauGB, EL 1/2009, § 144 Rn. 2).

b) Genehmigungspflichtige Rechtsvorgänge

Genehmigungspflichtig ist im förmlich festgelegten Sanierungsgebiet u. a. die rechtsgeschäftliche Veräußerung des Grundstücks (§ 144 Abs. 2 Nr. 1 BauGB), aber auch ein diesbezüglicher schuldrechtlicher Vertrag, durch den eine Verpflichtung zu einem Rechtsgeschäft i. S. d.

Nr. 1 begründet wird (§ 144 Abs. 2 Nr. 3 BauGB). Mit Genehmigung des schuldrechtlichen Vertrags gilt zugleich das in Ausführung des Vertrags vorgenommene dingliche Rechtsgeschäft als genehmigt (§ 144 Abs. 2 Nr. 3 Hs. 2 BauGB; Krautzberger, § 144 Rn. 28).

Sowohl der **Kaufvertrag** (§ 144 Abs. 2 Nr. 3 BauGB) als auch die Veräußerung des Grundstücks (§ 144 Abs. 2 Nr. 1 BauGB) bedarf daher der Genehmigung. Nach h. M. ist unter dem Begriff „Veräußerung von Grundstücken“ die dingliche Einigung gem. §§ 873, 925 BGB, also die **Auflassung** zu verstehen (vgl. Schrödter/Möller, § 144 Rn. 11; Krautzberger, § 144 Rn. 28).

c) Zeitlicher Anwendungsbereich

Für den zeitlichen Anwendungsbereich des § 144 Abs. 2 BauGB gilt Folgendes: Die Genehmigungspflicht erfasst **Vorhaben und Rechtsvorgänge nach förmlicher Festlegung des Sanierungsgebiets** (vgl. OVG Lüneburg NJW 1979, 1316, 1317). Kaufverträge, die vor förmlicher Festlegung, also vor Wirksamkeit der Sanierungssatzung abgeschlossen wurden, unterliegen daher nicht der Genehmigungspflicht nach § 144 Abs. 2 BauGB (Schöner/Stöber, Rn. 3887). Sie unterliegen der Genehmigungspflicht aber grundsätzlich dann, wenn sie zwar vor förmlicher Festlegung begonnen worden, jedoch noch nicht abgeschlossen sind. Dies betrifft insbesondere **schwebend unwirksame Rechtsgeschäfte**, die z. B. noch einer Genehmigung bedürfen oder unter einer Bedingung stehen (vgl. OVG Lüneburg NJW 1979, 1316, 1317). Ist etwa ein Kaufvertrag zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Sanierungssatzung schwebend unwirksam, weil ihm eine notwendige Genehmigung fehlt, und wird die Genehmigung nach diesem Zeitpunkt erteilt, dann bedarf der Kaufvertrag nach herrschender Auffassung der sanierungsrechtlichen Genehmigung (Schöner/Stöber, Rn. 3887).

Demgegenüber sind **Vollzugsakte**, die lediglich die Eintragung in das Grundbuch betreffen (wie etwa Eintragungsantrag und Eintragungsbewilligung), von der Genehmigungspflicht **nicht erfasst** (Schöner/Stöber, Rn. 3887; Krautzberger, § 144 Rn. 28). Erfordert die Wirksamkeit eines Vorhabens die Grundbucheintragung, gilt also: Schuldrechtlicher Kaufvertrag und Auflassung bzw. Einigung müssen vor Inkrafttreten der förmlichen Gebietsfestlegung rechtswirksam geworden sein, der erst danach gestellte Eintragungsantrag löst die Genehmigungspflicht nicht aus (Schrödter/Möller, § 144 Rn. 7; Krautzberger, § 144 Rn. 8 und Rn. 28; Brügelmann/Schmidt-Eichstaedt, § 144 Rn. 24 mit Hinweis auf die unveröffentlichte Entscheidung OVG Bremen – 1 W 88.72; vgl. auch KG DNotI-Report 1997, 70; VG Berlin BeckRS 2015, 49086).

3. Würdigung des konkreten Falls

Im konkreten Fall wurden **Kaufvertrag und Auflassung vor Bekanntmachung** der Satzung gem. § 143 Abs. 1 BauGB beurkundet. Sie sind damit nicht genehmigungspflichtig gem. § 144 BauGB; die später noch zu erklärende Eintragungsbewilligung ist es als Vollzugsakt ebenfalls nicht.

Der Nachtrag regelt lediglich **Abwicklungs- und Vollzugsmodalitäten, die vom ursprünglichen Vertrag abweichen** (Verlängerung der Räumungsfrist, Kaufpreisaufteilung, sofortige Übergabe, Zahlung auf Treuhandkonto zur Absicherung der Räumung). Die *essentialia negotii* des Vertrags werden **nicht berührt**, auch die **Auflassung** wurde **nicht neu erklärt**. Damit stellt der Nachtrag **weder eine rechtsgeschäftliche Veräußerung** i. S. d. § 144 Abs. 2 Nr. 1 BauGB dar **noch einen schuldrechtlichen Vertrag** i. S. d. § 144 Abs. 2 Nr. 3 BauGB; durch den Nachtrag wird keine schuldrechtliche Verpflichtung zur Veräußerung begründet. Allerdings ist die überwiegende Literatur der Ansicht, dass die Änderung eines bereits sanierungsrechtlich genehmigten schuldrechtlichen Rechtsgeschäfts genehmigungspflichtig sei (Krautzberger, § 144 Rn. 39; Schrödter/Möller, § 144 Rn. 14; Brügelmann/Schmidt-Eichstaedt, § 144 Rn. 31; BeckOK-BauGB/Schmitz, Std.: 1.2.2019, § 144 Rn. 37). Laut *Krautzberger* (§ 144 Rn. 39) sind zudem Änderungen von „vor förmlicher Festlegung des Gebiets rechtswirksam geworden[en]“ Verträgen genehmigungspflichtig.

Unseres Erachtens stellen nachträgliche Änderungen eines vor Erlass der Sanierungssatzung vollwirksamen schuldrechtlichen Vertrags **keinen genehmigungspflichtigen Tatbestand** dar. *Krautzberger* stützt seine Ansicht nicht mit Argumenten. Gegen diese Ansicht spricht bereits der **Wortlaut** des § 144 Abs. 2 Nr. 3 BauGB, wonach der schuldrechtliche Vertrag eine Verpflichtung zur Veräußerung begründen muss. Die Änderung von Modalitäten des Kaufvertrags, die nicht die Verpflichtung zur Verfügung über das Grundstück betreffen, sind hiernach vom Gesetz nicht erfasst. Auch eine **teleologische Betrachtung** von § 144 BauGB lässt sich u. E. gegen die Genehmigungspflicht anführen: Der Genehmigungsvorbehalt soll die zügige Durchführung der Sanierung ermöglichen; Modifikationen am schuldrechtlichen Vertrag wie die Änderung von Räumungsfristen oder abweichende Zahlungsmodalitäten beeinträchtigen das Sanierungsziel aber ebenso wenig wie ein unveränderter schuldrechtlicher Vertrag mit Auflassung, dessen Vollzug noch aussteht. Nimmt man aber bei solchen Rechtsgeschäften, die vor Wirksamkeit der Sanierungssatzung abgeschlossen wurden, Einwirkungen auf die Sanierungsziele hin, so muss dies

für nachträgliche Modifikationen der vorliegenden Art ebenfalls gelten. Hinzu kommt: Würde man für derartige periphere Vertragsänderungen eine Genehmigungspflicht bejahen, käme dies einer echten Rückwirkung oder Rückbewirkung von Rechtsfolgen gleich, da man ein ursprünglich genehmigungsfreies Rechtsgeschäft *ex post* einem Vorbehalt unterstellte.

Das Grundbuchamt kann nach oben Gesagtem ab ordnungsgemäßer Bekanntmachung der Sanierungssatzung bei gegebener Genehmigungspflicht i. S. d. § 144 Abs. 2 BauGB zwar bereits vor Eintragung eines Sanierungsvermerks Genehmigung oder Negativattest verlangen. Da aber der Nachtrag kein genehmigungspflichtiger Rechtsvorgang i. S. d. § 144 Abs. 2 BauGB ist, bedarf es bereits aus diesem Grund keiner Genehmigung und keines Negativattests.

4. Zusammenfassendes Ergebnis

Das Grundbuchamt prüft von Amts wegen, ob der einzutragende Rechtsvorgang dem sanierungsrechtlichen Genehmigungserfordernis unterliegt.

Im konkreten Fall **bedürfen Kaufvertrag und Auflassung keiner sanierungsrechtlichen Genehmigung** nach §§ 144, 145 BauGB, da diese Rechtsgeschäfte **vor Bekanntmachung der Sanierungssatzung** rechtswirksam abgeschlossen wurden. Ebenso wenig ist ein Negativattest i. S. d. § 145 Abs. 6 S. 2 BauGB erforderlich.

Der **Nachtrag bedarf u. E. keiner sanierungsrechtlichen Genehmigung** nach § 144 Abs. 2 BauGB, weil bereits die **Tatbestandsvoraussetzungen nicht erfüllt** sind.

Das Grundbuchamt kann ab ordnungsgemäßer Bekanntmachung der Sanierungssatzung bei gegebener Genehmigungspflicht i. S. d. § 144 Abs. 2 BauGB zwar bereits vor Eintragung eines Sanierungsvermerks Genehmigung oder Negativattest verlangen. Da aber im Nachtrag kein genehmigungspflichtiger Rechtsvorgang i. S. d. § 144 Abs. 2 BauGB liegt, sind bereits aus diesem Grund Genehmigung und Negativattest entbehrlich.

Gutachten im Abrufdienst

Folgende Gutachten können Sie über unseren Gutachten-Abrufdienst im Internet unter:

<http://www.dnoti.de>

abrufen. In diesem frei zugänglichen Bereich können die Gutachten über die Gutachten-Abrufnummer oder mit Titelschlagworten aufgefunden werden. Dies gilt ebenfalls für die bisherigen Faxabruf-Gutachten.

GmbHG §§ 7 Abs. 3, 8 Abs. 2 S. 1

Einzahlung auf ein Sperrkonto, das erst mit der Eintragung der GmbH zur Verfügung des Geschäftsführers steht

Abruf-Nr.:

GmbHG §§ 19 Abs. 4 u. 5, 56, 56a

Her- und Hinzahlen; Darlehensrückführung an Ehefrau des künftigen Gesellschafters

Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

BGB § 1069 Abs. 1; WEG §§ 35, 42

Zustimmungsvorbehalt bei Bestellung eines Nießbrauchs an Dauerwohn- und Nutzungsrecht

a) **Zu den nach § 1069 Abs. 1 BGB auf die Bestellung eines Nießbrauchs an einem übertragbaren Recht anwendbaren Vorschriften gehören nur die Vorschriften, die allgemein für die Übertragung des mit dem Nießbrauch zu belastenden Rechts gelten. Ob besondere Ausgestaltungen für die Übertragung des Rechts auch für die Bestellung eines Nießbrauchs gelten, bestimmt sich nach den Vorschriften, die diese Ausgestaltungen zulassen.**

b) **Bei dem Dauerwohn- und dem Dauernutzungsrecht kann der Zustimmungsvorbehalt nach § 42 Abs. 1, § 35 Satz 1 WEG nur für die Übertragung des Rechts, nicht dagegen für die Belastung mit beschränkten dinglichen Rechten vereinbart werden. Ein Zustimmungsvorbehalt für die Bestellung dinglicher Rechte am Dauernutzungsrecht, die – wie der Nießbrauch – zum Gebrauch und zur Nutzung des zu belastenden Rechts berechtigen, kann aber gemäß § 33 Abs. 4 Nr. 1 WEG als Inhalt des Rechts vereinbart werden.**

BGH, Beschl. v. 6.12.2018 – V ZB 94/16

Problem

Der Erbbauberechtigte gehörte ein Erbbaurecht an einem Parkhausgrundstück. Sie räumte einer Kaufhausgesellschaft an mehreren Stellplätzen für die Laufzeit des Erbbaurechts ein Dauernutzungsrecht (§ 31 Abs. 2 WEG) ein. Als Inhalt des Dauernutzungsrechts wurde gem. §§ 42, 35 WEG vereinbart, dass die „Veräußerung und Übertragung“ des Dauernutzungsrechts der Zustimmung des Erbbauberechtigten und des Erbbaurechtausgebers bedarf.

Die Kaufhausgesellschaft bestellte an dem Dauernutzungsrecht für einen Dritten einen Nießbrauch. Der BGH musste klären, ob für die Wirksamkeit der Nießbrauchsbestellung die Zustimmung des Erbbauberechtigten und des Erbbaurechtausgebers erforderlich gewesen war.

Entscheidung

Beim **Dauerwohn- und Nutzungsrecht** (§ 31 WEG) handelt es sich **nicht** um ein **grundstücksgleiches, sondern** nur um ein „**einfaches**“ **dingliches Recht**. An ihm kann insbesondere keine Grundschuld bestellt werden; es kommt lediglich eine Rechtsverpfändung in Betracht. Das Dauerwohn- und Nutzungsrecht ist auch keine Sache i. S. d. §§ 1030 ff. BGB, sondern ein **Recht i. S. v. § 1068 Abs. 1 BGB**; die Bestellung des Nießbrauchs an einem Dauerwohn- und Nutzungsrecht richtet sich nach den Vorschriften über den **Rechtsnießbrauch**. Gem. § 1069 Abs. 1 BGB erfolgt daher die Nießbrauchsbestellung nach den für die Übertragung des Rechts geltenden Vorschriften. Das Dauerwohn- und Nutzungsrecht ist ein veräußerliches Recht (§§ 33 Abs. 1 S. 1, 31 Abs. 3 WEG). Dies gilt auch dann, wenn das Recht an einem Erbbaurecht lastet (§ 42 Abs. 1 WEG). An ihm kann mithin grundsätzlich ein Nießbrauch bestellt werden (vgl. im Umkehrschluss § 1069 Abs. 2 BGB).

Für die **Übertragung** des Dauerwohn- und Nutzungsrechts ist nach **§§ 42 Abs. 1, 35 WEG** die Zustimmung des Erbbauberechtigten erforderlich, wenn ein entsprechender **Zustimmungsvorbehalt** im Vertrag vereinbart wurde. Dennoch bedarf die Bestellung des Nießbrauchs nach Ansicht des BGH keiner Zustimmung des Erbbauberechtigten, wenn im Dauernutzungsvertrag lediglich ein Zustimmungsvorbehalt für die Rechtsveräußerung vereinbart wurde: Zu den nach **§ 1069 Abs. 1 BGB** anwendbaren Vorschriften gehörten **nur solche Vorschriften, die allgemein für die Übertragung des Rechts gälten**. Ob besondere Ausgestaltungen für die Übertragung des Rechts auch für die Bestellung des Nießbrauchs gälten, bestimme sich allein nach den Vorschriften, die diese Ausgestaltungen zuließen. Die Ver-

weisung in § 1069 Abs. 1 BGB auf die Regelungen für die Übertragung solle lediglich eine Regelungslücke bei den allgemeinen Voraussetzungen der Nießbrauchsbestellung schließen. Nicht erfasst seien Sondervorschriften, die an anderer Stelle für die Übertragung der Rechte geschaffen worden seien (Tz. 15).

Der Gesetzgeber hat in § 35 WEG einen Zustimmungsvorbehalt für die Veräußerung des Rechts eingeführt. Ein **Zustimmungsvorbehalt für die Bestellung eines Gebrauchsrechts kann nur nach § 33 Abs. 4 Nr. 1 WEG** Inhalt des Rechts sein; hiernach kann die Art der Nutzungen zum Regelungsinhalt gemacht werden. Dabei handelt es sich aber um einen besonderen Zustimmungsvorbehalt: Die Parteien sollten bei der Bestellung des Dauerwohn- oder Dauernutzungsrechts **frei entscheiden** können, **ob sie nur die Veräußerung, nur die Bestellung eines Nießbrauchs oder beides** unter einen Zustimmungsvorbehalt stellten (Tz. 25). Würde man gem. § 1069 Abs. 1 BGB die Beschränkungen für die Übertragung des Rechts auch stets auf die Belastung des Rechts mit einem Nießbrauch anwenden, nähme man den Parteien diese Gestaltungsfreiheit.

Eine Zustimmung wäre daher nur erforderlich, wenn die Parteien des Dauernutzungsrechts nicht bloß eine allgemeine Veräußerungsbeschränkung nach § 35 WEG, sondern gem. § 33 Abs. 4 Nr. 1 WEG einen speziellen Zustimmungsvorbehalt für die Bestellung des Nießbrauchs vereinbart hätten. Dies war aber nicht der Fall. Im Vertrag wurde zwar nicht nur die Veräußerung, sondern auch die Übertragung unter einen Zustimmungsvorbehalt gestellt. Es spreche jedoch alles dafür, dass die Parteien mit dem Begriffspaar nur die nach §§ 42 Abs. 1, 35 S. 2, 12 Abs. 3 WEG bestehende Rechtslage hätten beschreiben und lediglich Missverständnisse über ihren Inhalt hätten vermeiden wollen (Tz. 32) – also klargestellt wissen wollten, dass sowohl das Grundgeschäft als auch das Erfüllungsgeschäft der Veräußerung der Zustimmung bedurfte.

Postvertriebsstück: B 08129

Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg
Postvertriebsstück, Deutsche Post AG, „Entgelt bezahlt“

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu zwei Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter
www.dnoti.de

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

– eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin –
97070 Würzburg, Gerberstraße 19

Telefon: (0931) 35576-0 Telefax: (0931) 35576-225

E-Mail: dnoti@dnoti.de Internet: www.dnoti.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. Johannes Weber

Redaktion: Dr. Simon Blath

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.

Bezugspreis:

Jährlich 170,00 €, Einzelheft 8,00 €, inkl. Versandkosten. Für die Mitglieder der dem DNotI beigetretenen Notarkammern ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten.

Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert und kostenfrei zugesandt werden. 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, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

Druck:

Druckerei Franz Scheiner
Mainleite 5, 97340 Marktbreit