

DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

21. Jahrgang
Juni 2013
ISSN 1434-3460

12/2013

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

AktG §§ 141 Abs. 1, 3 u. 4, 181 Abs. 3 – Aufhebung des Gewinnvorzugs; Zeitpunkt des Wiederauflebens des Stimmrechts

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

AEUV Artt. 21, 45, 49, 56, 63; Artt. 22, 24 Richtlinie 2004/38/EG – Einheimischenmodelle; Vereinbarkeit mit europäischen Grundfreiheiten

GBO §§ 13, 22; ErbbauRG §§ 27, 28 – Eintragung der Löschung des Erbbaurechts in das Grundbuch ohne Bewilligung

des Erbbauberechtigten; Erfordernis gleichzeitiger Eintragung der Entschädigungsforderung des Erbbauberechtigten in Abt. II des Grundstücksgrundbuchs

Aktuelles

Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im notariellen Beurkundungsverfahren passiert Bundesrat

BauGB-Novelle 2013 – Änderungen des Städtebaurechts mit Bezug zur notariellen Praxis

Literaturhinweise

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

AktG §§ 141 Abs. 1, 3 u. 4, 181 Abs. 3 Aufhebung des Gewinnvorzugs; Zeitpunkt des Wiederauflebens des Stimmrechts

I. Sachverhalt

Eine nicht börsennotierte Aktiengesellschaft, die sowohl Stammaktien als auch Vorzugsaktien ausgegeben hat, möchte den Vorzug aufheben, mit der Folge, dass die Gesellschaft nur noch Stammaktionäre hat. Dazu bedarf es eines satzungsändernden Hauptversammlungsbeschlusses und eines Sonderbeschlusses der Vorzugsaktionäre. Zunächst soll eine Versammlung der Vorzugsaktionäre stattfinden, danach die Hauptversammlung. Gleichzeitig soll in der Hauptversammlung eine Kapitalerhöhung beschlossen werden.

Die Gesellschaft wünscht, dass die Aufhebung des Vorzugs erst mit der gleichzeitigen Eintragung der Kapitalerhöhung in das Handelsregister wirksam wird. Würde die Aufhebung des Vorzugs bereits mit dem Beschluss der Hauptversammlung wirksam, wäre dies kartellrechtlich relevant, weil die Beteiligung eines maßgeblichen Aktionärs von 25,1 % auf unter 25 % fällt, er aber nach Durchführung der

Kapitalerhöhung wieder über eine Beteiligung von mehr als 25 % verfügt.

II. Frage

Wird die Aufhebung des Vorzugs bereits durch den Beschluss der Hauptversammlung und den Sonderbeschluss der Vorzugsaktionäre wirksam oder erst mit der Eintragung der Satzungsänderung in das Handelsregister?

III. Zur Rechtslage

Bei der **Aufhebung des Gewinnvorzugs** handelt es sich um eine **Satzungsänderung i. S. d. §§ 179 ff. AktG**, welche gem. § 141 Abs. 1 AktG **zusätzlich der Zustimmung der Vorzugsaktionäre in Form eines Sonderbeschlusses** nach Maßgabe von § 141 Abs. 3 AktG (zwingend gesonderte Versammlung, nicht lediglich gesonderte Abstimmung; zwingend Mehrheit von 3/4 der abgegebenen Stimmen) bedarf.

Da vorliegend Vorzugsaktien in Stammaktien umgewandelt werden sollen, ist **zudem ein Sonderbeschluss der Stammaktionäre** nach Maßgabe von **§ 179 Abs. 3 i. V. m. Abs. 2 AktG** erforderlich. Deren Stimmrecht wird nämlich infolge der Zunahme stimmberechtigter Aktien verwässert und daher unmittelbar beeinträchtigt (OLG Köln NZG 2002, 966, 967; Grigoleit/Herrler, AktG, 2013, § 141 Rn. 10 m. w. N.).

Die Aufhebung des Gewinnvorzugs ist eine herkömmliche Satzungsänderung i. S. d. §§ 179 ff. AktG, für die lediglich in § 141 Abs. 1 und § 179 Abs. 3 AktG Sonderbeschlusserfordernisse normiert sind. Der satzungsändernde Hauptversammlungsbeschluss entfaltet somit nach den allgemeinen Regeln **erst mit der Eintragung** Wirkungen (§ 181 Abs. 3 AktG – soweit ersichtlich allg. Meinung, Grigoleit/Herrler, § 141 Rn. 2; Heidel/Roth, AktG, 3. Aufl. 2011, § 141 Rn. 22; Hölters/Hirschmann, AktG, 2011, § 141 Rn. 4; Hüffer, AktG, 10. Aufl. 2012, § 141 Rn. 2; Spindler/Stilz/Bormann, AktG, 2. Aufl. 2010, § 141 Rn. 4). Da die Aufhebung des Vorzugs die Eintragung der Satzungsänderung in das Handelsregister voraussetzt, entsteht das Stimmrecht gem. § 141 Abs. 4 AktG erst zu diesem Zeitpunkt.

Gutachten im Abrufdienst

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

<http://faxabruf.dnoti-online-plus.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.

**BGB § 471; BayNatSchG Art. 39
Gesetzliches Vorkaufsrecht nach Art. 39 BayNatSchG
bei Veräußerung durch Nachlassinsolvenzverwalter**
Abruf-Nr.:

**BGB §§ 1093, 1092 Abs. 1 S. 2; SGB XII § 93
Überleitbarkeit des Wohnungsrechts bzw. von
Geldersatzansprüchen auf den Sozialhilfeträger; sozial-
hilferechtliche Berücksichtigung des Wohnungsrechts**
Abruf-Nr.:

**BGB § 2139
Anfall der Erbschaft an den Nacherben; Berücksichti-
gung im Rahmen der Pflichtteilsberechnung**
Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

**AEUV Artt. 21, 45, 49, 56, 63; Artt. 22, 24 Richt-
linie 2004/38/EG
Einheimischenmodelle; Vereinbarkeit mit euro-
päischen Grundfreiheiten**

1. Die Art. 21 AEUV, 45 AEUV, 49 AEUV, 56 AEUV und 63 AEUV sowie die Art. 22 und 24 der Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG stehen einer Regelung wie der in Buch 5 des Dekrets

der Flämischen Region vom 27. März 2009 über die Grundstücks- und Immobilienpolitik vorgesehenen entgegen, die die Übertragung von Liegenschaften, die in bestimmten, von der flämischen Regierung bezeichneten Gemeinden belegen sind, der Überprüfung des Bestehens einer „ausreichenden Bindung“ des potenziellen Erwerbers oder Mieters zu diesen Gemeinden durch eine provinciale Bewertungskommission unterwirft.

2.-4. [...]

EuGH, Urt. v. 8.5.2013 – C-197/11, C-203/11
Abruf-Nr.: **11085R**

Problem

Im belgischen Recht existiert ein Dekret der Flämischen Region vom 27.3.2009 über die Grundstücks- und Immobilienpolitik, welches u. a. Regelungen über bezahlbare Wohnungen und hier speziell die Bestimmung des Art. 5.2.1 über das „Wohnen in der eigenen Region“ enthält. Darin ist die Übertragung von Liegenschaften in bestimmten flämischen Gemeinden (sog. „Zielgemeinden“) an eine **besondere Übertragungsbedingung** geknüpft, wonach Grundstücke und darauf errichtete Bauten nur an Personen (weiter) übertragen werden können, die nach dem Dafürhalten einer provinziellen Bewertungskommission eine **ausreichende Bindung zur Gemeinde** haben. Unter „Übertragen“ ist dabei gem. Art. 5.2.1 § 1 Abs. 2 des Dekrets „*Verkauf, Vermietung für mehr als neun Jahre oder Belastung mit einem Erbpacht- oder Erbbaurecht*“ zu verstehen.

Die provinciale Bewertungskommission stellt die geforderte Bindung zur Gemeinde anhand der in Art. 5.2.1 § 2 des flämischen Dekrets beschriebenen Kriterien fest (mindestens sechs Jahre wohnhaft in der Zielgemeinde, Verrichtung von Tätigkeiten in der Gemeinde zum Zeitpunkt der Übertragung oder gesellschaftliche, familiäre, soziale, wirtschaftliche Bindung des Kauf-/Mietwilligen an die Gemeinde aufgrund eines wichtigen und dauerhaften Umstands). Eine Person weist eine ausreichende Bindung in diesem Sinne auf, wenn sie **eine oder mehrere der Bedingungen erfüllt**.

Beim belgischen Verfassungsgerichtshof waren mehrere Klagen auf Nichtigklärung des Dekrets anhängig. Neben (vorliegend ausgeblendet) Fragen des Beihilfe- und Vergaberechts warf der Verfassungsgerichtshof insbesondere die Frage auf, **ob das Dekret mit den Grundfreiheiten** und den Artt. 22 u. 24 der Richtlinie 2004/38/EG (Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten) **vereinbar** ist.

Entscheidung

Nach Ansicht des EuGH verstößt das flämische Dekret insbesondere hinsichtlich des Erfordernisses einer ausreichenden Bindung zu einer konkreten Gemeinde gegen das Unionsrecht. So bejaht der EuGH eine Verletzung der in Artt. 21, 45, 49, 56, 63 AEUV und in Artt. 22 u. 24 der Richtlinie 2004/38/EG enthaltenen Bestimmungen. Die im Dekret vorgesehene Prüfung hindere bestimmte Personen ohne ausreichende Bindung zur Gemeinde daran, Grundstücke oder darauf errichtete Bauten zu erwerben oder zu mieten. Zugleich halte sie Staatsbürger der Europäischen Union, die in den Zielgemeinden eine Immobilie besäßen oder mieteten, davon ab, diese Gemeinde zu verlassen,

um sich im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats aufzuhalten oder dort einer Berufstätigkeit nachzugehen. Demnach seien die im AEUV verbürgten Rechte der Freizügigkeit (Art. 21 AEUV) und der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit (Artt. 45, 49 AEUV) gleichermaßen betroffen wie die in Artt. 22 und 24 der Richtlinie 2004/38/EG enthaltenen Bestimmungen über das EU-Unionsbürger-Aufenthaltsrecht. Auch der freie Dienstleistungsverkehr (Art. 56 AEUV) werde durch die Regelung beschränkt, da die entsprechenden Grundstücke in Zielgemeinden nicht an jeden Staatsbürger der Union verkauft oder vermietet werden könnten. Da Gebietsfremde zugleich davon abgehalten werden könnten, in einer der Zielgemeinden Immobilien zu erwerben, liege schließlich eine Beschränkung des freien Kapitalverkehrs i. S. d. Art. 63 AEUV vor.

Die entsprechenden Beeinträchtigungen ließen sich im vorliegenden Fall auch nicht rechtfertigen. Grundsätzlich akzeptiert der EuGH zwar Beschränkungen der Grundfreiheiten mit dem **Ziel, den Immobilienbedarf der am wenigsten begüterten einheimischen Bevölkerung in den Zielgemeinden zu befriedigen**, wie dies die flämische Regierung geltend gemacht hatte. Ein solches Ziel könne nämlich einen **zwingenden Grund des Allgemeininteresses** darstellen, der Beschränkungen der Grundfreiheiten zu rechtfertigen vermöge. Da indes **keines der drei alternativen Prüfkriterien** des flämischen Dekrets **in unmittelbarem Zusammenhang** mit dem sozioökonomischen Ziel stehe, die am wenigsten begüterte einheimische Bevölkerung auf dem Immobilienmarkt zu schützen, gelinge eine Rechtfertigung im konkreten Einzelfall nicht. Denn alle diese Kriterien könnten nicht nur von der am wenigsten begüterten Bevölkerung erfüllt werden, sondern auch von Personen, die über ausreichende Mittel verfügten und folglich keinen besonderen Bedarf an sozialem Schutz auf dem Immobilienmarkt hätten.

Konsequenzen für die Praxis

Die Entscheidung des EuGH ist zu einem flämischen Einheimischenmodell ergangen. Die Parallelen zu den in deutschen Kommunen praktizierten Einheimischenmodellen sind jedoch offensichtlich. Auch hier geht es schließlich darum, den Wohnbedarf der ortsansässigen Bevölkerung zu bezahlbaren, i. d. R. deutlich unter dem Verkehrswert liegenden Preisen zu decken (vgl. BGHZ 153, 93 = DNotZ 2003, 341 m. Anm. Grziwotz = DNotI-Report 2003, 41; BGH DNotZ 2007, 513 m. Anm. Vierling = DNotI-Report 2007, 30; s. auch Krüger/Hertel, Der Grundstückskauf, 10. Aufl. 2012, Rn. 109 ff.; Krüger, ZNotP 2010, 450).

Vor dem Hintergrund der EuGH-Entscheidung wird künftig einerseits feststehen, dass das sozialpolitische Ziel, den Wohnbedarf der ortsansässigen, am wenigsten begüterten Bevölkerung durch Einheimischenmodelle zu decken, ein auch im Unionsrecht grundsätzlich relevanter Allgemeinwohlbelang ist. Andererseits dürften nur solche Einheimischenmodelle den Vorgaben des Primär- und Sekundärrechts standhalten, die mit Blick auf dieses legitime Ziel geeignete Auswahlkriterien aufstellen. Allein an die Dauer der Ortsansässigkeit anzuknüpfen, sollte sich damit jedenfalls fortan verbieten. Vielmehr muss gerade dem **Kriterium der Sozialauswahl** signifikante Bedeutung zukommen. Über den geförderten Personenkreis hinaus werden wohl keine sonstigen „Einheimischen“ Grundstücke bevorzugt erwerben dürfen (vgl. auch Grziwotz, Anm. zu EuGH, Urt. v. 8.5.2013 – C-197/11, C-203/11, NotBZ 2013, i. E.).

Grundsätzlich binden die Grundfreiheiten zwar nur die Politiken der Mitgliedstaaten (statt aller Calliess/Ruffert/Kingreen, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 34-36 AEUV Rn. 104 ff.). Der **Begriff des Mitgliedstaats ist dabei aber funktional zu verstehen**. Die Grundfreiheiten verpflichten also nicht nur die staatliche Zentralgewalt, sondern alle mit Hoheitsgewalt ausgestatteten Einrichtungen (Calliess/Ruffert/Kingreen, Art. 34-36 Rn. 105), insbesondere auch die jeweiligen Gemeinden. Diese werden daher bei der Erstellung der Kriterienkataloge für die Grundstücksvergabe die EuGH-Grundsätze zu beachten haben.

Rechtskonstruktiv ist derzeit noch unklar, ob und inwiefern ein Verstoß gegen die Grundfreiheiten unmittelbar auf die einfach-rechtliche nationale Ebene der geschlossenen Verträge durchschlägt. Es könnte danach zu differenzieren sein, ob die vertraglichen Abreden im Einzelfall selbst die maßgeblichen Auswahlkriterien enthalten, wie dies etwa beim klassischen „Weilheimer Modell“ der Fall ist (vgl. BVerfG DNotZ 1994, 63), oder nicht. Angesichts des scharfen Schwerts der gesetzlichen Nichtigkeitsfolge dürfte die Annahme eines Gesetzesverstoßes i. S. v. § 134 BGB (i. V. m. § 59 Abs. 1 VwVfG) zwar bei praxismäher Betrachtung in beiden Konstellationen eher fernliegen. Jedoch wird in der Literatur kontrovers diskutiert, ob und unter welchen Voraussetzungen die Grundfreiheiten als Verbotsgesetze i. S. v. § 134 BGB anzusehen sind (vgl. Staudinger/Sack/Seibl, BGB, Neubearb. 2011, § 134 Rn. 43; MünchKommBGB/Armbrüster, 6. Aufl. 2012, § 134 Rn. 38). Im Übrigen ist eine Vielzahl anderer Kontrollkonzepte denkbar: Neben § 138 BGB (vgl. wiederum MünchKommBGB/Armbrüster, § 134 Rn. 38) lässt sich für die Inhaltskontrolle wohl namentlich § 11 Abs. 2 BauGB fruchtbar machen. Mit Blick auf letztgenannte Bestimmung hat der BGH bereits angenommen, dass auf der Rechtsfolgenseite nicht stets die Unwirksamkeit des gesamten Vertrags geboten ist, sondern auch die durch die unwirksame Regelung geschaffenen Lücken im Wege ergänzender Vertragsauslegung geschlossen werden können (vgl. hierzu nur BGH NJW 2010, 3505, 3507).

GBO §§ 13, 22; ErbbauRG §§ 27, 28 Eintragung der Löschung des Erbbaurechts in das Grundbuch ohne Bewilligung des Erbbauberechtigten; Erfordernis gleichzeitiger Eintragung der Entschädigungsforderung des Erbbauberechtigten in Abt. II des Grundstücks- grundbuchs

Die Löschung eines durch Zeitablauf erloschenen Erbbaurechts im Grundbuch kann auf Antrag des Grundstückseigentümers im Wege der Grundbuchberichtigung nur dann erfolgen, wenn gleichzeitig ebenfalls auf Antrag des Eigentümers die Entschädigungsforderung des Erbbauberechtigten für den Eigentumsverlust an dem Bauwerk in das Grundbuch eingetragen wird.

BGH, Beschl. v. 11.4.2013 – V ZB 109/12
Abruf-Nr.: **11086R**

Problem

In seinem Beschluss vom 11.4.2013, der für die amtliche Sammlung vorgesehen ist, beschäftigte sich der V. Zivilsenat mit der Grundbuchberichtigung nach Erlöschen des Erbbaurechts. Mit Ablauf der Beststellungszeit erlischt ein

Erbbaurecht; zugleich hat der Grundstückseigentümer dem Erbbauberechtigten, vorbehaltlich eines Ausschlusses des Entschädigungsanspruchs (§ 27 Abs. 1 S. 2 ErbbauRG), eine Entschädigung für das Bauwerk zu leisten (§ 27 Abs. 1 S. 1 ErbbauRG). Die **Entschädigungsforderung** haftet auf dem Grundstück anstelle des Erbbaurechts mit dessen Rang (§ 28 ErbbauRG). Zu den **Nachweisenforderungen**, die an die **Grundbucheintragung** dieser Vorgänge zu stellen sind, äußerte sich der BGH in seinem Beschluss nun eingehend.

Gegenstand der Entscheidung war ein im Jahre 1972 begründetes Erbbaurecht, dessen Löschung der Grundstückseigentümer im Wege der Grundbuchberichtigung beantragt hatte. Mit Zwischenverfügung vom 13.5.2011 beanstandete das Grundbuchamt den Antrag unter Hinweis darauf, dass die Grundbuchberichtigung nach Erlöschen des Erbbaurechts ohne die Eintragung der (noch) nicht bezifferten Entschädigungsforderung nicht erfolgen könne und deshalb die Eintragung dieser Forderung noch zu beantragen sei. Nachdem die hiergegen gerichtete Beschwerde beim OLG Frankfurt erfolglos blieb, legte der Grundstückseigentümer Rechtsbeschwerde ein. Der BGH wies diese ebenfalls zurück.

Entscheidung

Materiell-rechtlich konnte der BGH seiner Entscheidung zugrunde legen, dass das betroffene Erbbaurecht mit Ablauf des 6.3.2002 erloschen und das Grundbuch mit diesem Zeitpunkt unrichtig geworden war. Generell unstreitig ist, dass ein Erbbaurecht – auch separat ohne Eintragung der Entschädigungsforderung im Grundbuch – aufgrund Bewilligung des (ehemaligen) Erbbauberechtigten gelöscht werden kann (s. nur OLG Celle NJW-RR 1995, 1420). Erforderlich wird in diesem Fall aber evtl. die Zustimmung der dinglich am Erbbaurecht gesicherten Berechtigten sein (s. dazu Gutachten DNotI-Report 2012, 197). Wie der V. Zivilsenat ausführte, ist es jedoch umstritten, unter welchen Voraussetzungen eine **Löschung des Erbbaurechts im Wege der Grundbuchberichtigung durch Unrichtigkeitsnachweis** erfolgen kann – für den Fall also, dass der Erbbauberechtigte sich am Grundbuchberichtigungsverfahren nicht beteiligt (§§ 22, 29 GBO).

Teilweise wird vertreten, dass das Erbbaurecht nach Fristablauf ohne Rücksicht auf die Entschädigungsforderung im Grundbuch des belasteten Grundstücks gelöscht werden könne, weil das Erlöschen des Erbbaurechts und das Entstehen der Entschädigungsforderung nichts miteinander gemein hätten. Nach einer weiteren Ansicht ist die Löschung des Erbbaurechts gem. §§ 23, 24 GBO erst mit Ablauf eines Jahres nach Erlöschen des Erbbaurechts möglich, weil es sich bei der Entschädigungsforderung um einen Rückstand des Erbbaurechts handele. Nach einer dritten Meinung schließlich kann die Löschung des Erbbaurechts nur dann erfolgen, wenn gleichzeitig auf Antrag des Grundstückseigentümers die Entschädigungsforderung im Grundbuch eingetragen wird.

Der **BGH folgt** in seinem Beschluss der **letztgenannten Meinung, wonach die Entschädigungsforderung notwendig mit eingetragen werden muss**, wenn die Löschung des Erbbaurechts im Grundbuch erfolgen soll. Der V. Zivilsenat begründet dies damit, dass das Erbbaurecht und die Entschädigungsforderung nicht zwei voneinander unabhängige Rechte seien, sondern voneinander abhingen. Dabei stellt er – entgegen einer abweichenden Ansicht in

der Literatur – darauf ab, dass die Entschädigungsforderung bereits mit der Entstehung des Erbbaurechts als bedingtes Recht entstehe (a. A. Ingenstau, in: Ingenstau/Hustedt, ErbbauRG, 9. Aufl. 2010, § 27 Rn. 17); ihre Fälligkeit sei bis zum Erlöschen des Erbbaurechts aufgeschoben, sodass **es sich nicht um einen Rückstand im Sinne der §§ 23, 24 GBO handele**. Demgemäß komme eine Löschung des Erbbaurechts ohne Eintragung der Entschädigungsforderung auch nach Ablauf eines Jahres nicht in Betracht. Ohne Bewilligung des Erbbauberechtigten könne das Erbbaurecht nur dann gelöscht werden, wenn die Entschädigungsforderung gleichzeitig im Grundstücksgrundbuch eingetragen werde. Aus Sicht des Erbbauberechtigten sei dieser verfahrensrechtliche Schutz notwendig, weil er ansonsten der **Gefahr eines gutgläubigen lastenfreien Erwerbs des Grundstücks** ausgesetzt werde. Obiter dictum deutet der BGH an, dass eine separate Eintragung der Löschung auch dann in Betracht kommt, wenn der Ausschluss der Entschädigungsforderung in der Form des § 29 GBO nachgewiesen wird.

Hilfreiche Hinweise gibt der BGH schließlich zur technischen Umsetzung der gleichzeitig mit der Löschung des Erbbaurechts einzutragenden Entschädigungsforderung. Entsprechende Anwendung finden insofern laut BGH die **Vorschriften über die Reallasten** (§§ 873 ff. BGB, § 857 Abs. 6, 830 ZPO). Wie beim Erbbaurecht erfolge die Eintragung in Abteilung II des Grundbuchs. Sie sei ohne Nennung eines bestimmten Geldbetrags möglich, wenn die Höhe der Entschädigungsforderung noch nicht feststehe.

Fazit

Zusammenfassend ist aus dem BGH-Beschluss abzuleiten, dass die Löschung eines Erbbaurechts nach Zeitablauf entweder aufgrund Bewilligung des Erbbauberechtigten oder durch Unrichtigkeitsnachweis – dann aber nur unter gleichzeitiger Eintragung der Entschädigungsforderung – möglich ist. Weil bei Nachweis eines Ausschlusses der Entschädigungsforderung in der Form des § 29 GBO – wie der BGH obiter dictum andeutet – eine Ausnahme vom Erfordernis der gleichzeitigen Eintragung gilt (vgl. Lemke/Czub, Immobilienrecht, 2011, § 27 ErbbauRG Rn. 4), kann sich die notarielle Beurkundung bzw. Beglaubigung einer dahingehenden Inhaltsänderung des Erbbaurechts (§ 11 Abs. 1 ErbbauRG, § 877 BGB) empfehlen (näher zu den materiell-rechtlichen Anforderungen an den nachträglichen Ausschluss des Entschädigungsanspruchs als Inhaltsänderung des Erbbaurechts: Gutachten DNotI-Report 2012, 197).

Aktuelles

Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im notariellen Beurkundungsverfahren passiert Bundesrat

Am 7.6.2013 hat der Bundesrat im zweiten Durchgang das Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im notariellen Beurkundungsverfahren angenommen (BR-Drs. 359/13; vgl. auch BT-Drs. 17/12035; 17/13137; BR-Drs. 619/12). Das Gesetz soll den Verbraucherschutz im notariellen Beurkundungsverfahren verbessern, wobei es die Funktion des Notars als „Herrn des Beurkundungsverfahrens“ in den Vordergrund stellt. Zur Erreichung dieses Ziels wird einerseits § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2 BeurkG geändert, andererseits § 50 Abs. 1 Nr. 9 BNotO neu gefasst.

§ 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2 BeurkG hat künftig folgenden Wortlaut:

„(2a) Der Notar soll das Beurkundungsverfahren so gestalten, dass die Einhaltung der Pflichten nach den Absätzen 1 und 2 gewährleistet ist. Bei Verbraucherverträgen soll der Notar darauf hinwirken, dass

1. [...]

2. der Verbraucher ausreichend Gelegenheit erhält, sich vorab mit dem Gegenstand der Beurkundung auseinanderzusetzen; bei Verbraucherverträgen, die der Beurkundungspflicht nach § 311b Absatz 1 Satz 1 und Absatz 3 des Bürgerlichen Gesetzbuchs unterliegen, soll dem Verbraucher der beabsichtigte Text des Rechtsgeschäfts vom beurkundenden Notar oder einem Notar, mit dem sich der beurkundende Notar zur gemeinsamen Berufsausübung verbunden hat, zur Verfügung gestellt werden. Dies soll im Regelfall zwei Wochen vor der Beurkundung erfolgen. Wird diese Frist unterschritten, sollen die Gründe hierfür in der Niederschrift angegeben werden.“

§ 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2 S. 1 und 2 BeurkG n. F. sieht somit ausdrücklich vor, dass der beurkundende **Notar** oder der Notar, mit dem sich der beurkundende Notar zur gemeinsamen Berufsausübung verbunden hat, **dem Verbraucher den Entwurf zur Verfügung stellen muss**. Hierdurch soll nach dem Willen des Gesetzgebers einer drohenden „Beratungsisolation“ des Verbrauchers entgegengewirkt werden, zu der es bisher kommen konnte, wenn der Verbraucher in der Beurkundung die Fristeinhaltung behauptete, obwohl der Unternehmer ihm den Entwurf nicht (rechtzeitig) zugeleitet hatte (vgl. BT-Drs. 17/12035, S. 6). Wird der Entwurf nun vom Notariat übersandt, kann der beurkundende Notar die Einhaltung der Zwei-Wochen-Frist in jedem Fall selbst überprüfen. Diese Zwecksetzung ist auch dann erfüllt, wenn die Pflicht, den Vertragstext zur Verfügung zu stellen, von Notarin, Notar oder Sozios nicht höchstpersönlich wahrgenommen, sondern auf Mitarbeiter delegiert wird (vgl. BT-Drs. 17/12035, S. 8). Maßgeblich ist letztlich, „dass der Vertragstext aus der ‚Sphäre‘ der Notarin oder des Notars oder deren Sozios kommt“ und die Pflichterfüllung von Notarin oder Notar sorgfältig überwacht werden kann (so BR-Drs. 619/12 [B], S. 9). Die Übersendung durch den Notar soll außerdem gewährleisten, dass sich der Verbraucher bei rechtlichen Fragen zum Vertrag und zur Beurkundung bereits im Vorfeld der Beurkundung an den Notar wendet, der ihm im Gegensatz zum Unternehmer fachkundig und neutral zu allen etwa auftretenden Fragen Auskunft geben kann. Der vom Notariat übersandte Vertragstext soll dem Verbraucher zudem deutlicher vor Augen führen, dass eine rechtliche Bindung bevorsteht (BT-Drs. 17/12035, S. 7).

Daneben ordnet § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2 S. 3 BeurkG n. F. eine **Dokumentationspflicht** an, derzufolge der beurkundende **Notar die Gründe, die zu einer Unterschreitung der Zwei-Wochen-Regelfrist führen, in der Niederschrift selbst angeben muss**. Wie der BGH mit Urteil vom 7.2.2013 festgestellt hat, steht die Regelfrist von zwei Wochen nicht zur Disposition der Urkundsbeteiligten (BGH NJW 2013, 1451 = DNotI-Report 2013, 62). Sei die Regelfrist von zwei Wochen nicht abgelaufen und seien die Zwecke dieser Wartefrist nicht anderweitig erfüllt, habe der Notar die Amtspflicht, eine Beurkundung auch dann abzulehnen, wenn diese von den Urkundsbeteiligten gewünscht werde. Wie der BGH ebenfalls erkennen lässt, kommt ein Abweichen von der Regelfrist nur dann in Betracht, wenn im Einzelfall nachvollziehbare Gründe – auch unter Berücksichtigung der Schutzinteressen des Verbrauchers – die

Unterschreitung der dem Verbraucher zugedachten Schutzfrist rechtfertigen. In besonderen Fällen könne auch ein Überschreiten der Frist geboten sein. Eine Abkürzung der Frist setzt nach Ansicht des III. Zivilsenats einen sachlichen Grund voraus. Dieser sei nur dann gegeben, wenn der vom Gesetz bezweckte Übereilungs- und Überlegungsschutz auf andere Weise als durch die Einhaltung der Regelfrist gewährleistet sei (vgl. Tz. 20 des Urteils m. w. N.). Um dies – auch für die Dienstaufsichtsbehörden – nachvollziehbar festzuhalten und dem Verbraucher die Abweichung zu verdeutlichen, sieht § 17 Abs. 2a Nr. 2 S. 3 BeurkG n. F. daher vor, dass die Gründe für die Unterschreitung in den mitzuverlesenden Urkundstext Eingang finden müssen. Die Dokumentationspflicht in Verbindung mit der notariellen Pflicht zur Verlesung der Niederschrift im Beurkundungsverfahren gem. § 13 Abs. 1 S. 1 BeurkG soll sicherstellen, dass der Verbraucher Kenntnis von der in § 17 Abs. 2 Nr. 2 S. 1 und 2 BeurkG vorgesehenen Prüffrist erhält und ihm deren Unterschreiten vor Augen geführt wird (BT-Drs. 17/12035, S. 7).

Schließlich wird durch das Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im notariellen Beurkundungsverfahren der **Katalog der Amtsenthebungsgründe** in § 50 Abs. 1 BNotO erweitert. So regelt § 50 Abs. 1 Nr. 9 b) BNotO in Zukunft ausdrücklich, dass ein Notar auch dann des Amtes zu entheben ist, wenn er „wiederholt grob“ gegen die „Pflichten gemäß § 17 Absatz 2a Satz 2 Nummer 2 des Beurkundungsgesetzes verstößt“. Diese Ergänzung stärkt nicht nur § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2 BeurkG in seiner Bedeutung und Wirksamkeit, sondern mittelbar ebenso die Verbraucherschützende Funktion des Notars, der sein Amt aufs Spiel setzt, wenn er wiederholt und in besonderem Maße gegen die Pflichten aus § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2 BeurkG verstößt (BT-Drs. 17/12035, S. 7 li. Sp.).

Mit dem Inkrafttreten des Gesetzes ist nach derzeitiger Prognose zum 1.9.2013 zu rechnen.

BauGB-Novelle 2013 Änderungen des Städtebaurechts mit Bezug zur notariellen Praxis

I. Stand des Gesetzgebungsverfahrens: Inkrafttreten der Novelle steht bevor

Die bereits seit einigen Monaten diskutierte (vgl. etwa Bunzel ZfBR 2013, 211; Hageböling NuR 2013, 99) BauGB-Novelle (BR-Drs. 474/12; BT-Drs. 17/11468 u. 17/13272) ist am 25.4.2013 vom Bundestag als „**Gesetz zur Stärkung der Innenentwicklung in den Städten und Gemeinden und weiteren Fortentwicklung des Städtebaurechts**“ verabschiedet worden. Der Bundesrat hat in seiner Sitzung vom 3.5.2013 den Vermittlungsausschuss nicht angerufen (BR-Drs. 317/13). Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass das Gesetz **demnächst ausgefertigt und im Bundesgesetzblatt verkündet wird**. Nach Art. 3 Abs. 1 des Gesetzes tritt die Novelle grundsätzlich drei Monate nach Verkündung in Kraft. Hiervon ausgenommen sind u. a. die besonders notarrelevanten Änderungen der §§ 11, 124 BauGB. Diese treten nach Art. 3 Abs. 2 S. 1 des Gesetzes am Tag nach der Verkündung im Bundesgesetzblatt in Kraft.

II. Besonders notarrelevante Gesetzesänderungen

1. Erschließungsverträge mit gemeindlichen Eigengesellschaften

a) Entscheidung des BVerwG vom 1.12.2010 (MittBayNot 2011, 523)

Die Änderungen der §§ 11, 124 BauGB verstehen sich vor dem Hintergrund der für die Praxis der Baulanderschließung äußerst bedeutsamen Entscheidung des BVerwG vom 1.12.2010 (MittBayNot 2011, 523 mit Anm. Dirnberger = BVerwGE 138, 244 = NVwZ 2011, 690; vgl. zu – nicht gegebenen – Fernwirkungen auf Kostenvereinbarungen zur Überwälzung von Erschließungsaufwand auf Fremdanlieger jüngst BVerwG NVwZ-RR 2013, 479; dazu auch BVerwG DNotI-Report 2011, 197), in deren Folge namentlich Erschließungsverträge mit gemeindlichen Eigengesellschaften entgegen der herrschenden Lehre (zahlr. Nachw. zum Streitstand bei Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Grziwotz, BauGB, 106. EL 2012, § 124 Rn. 92 ff.) und bisherigen Rechtsprechung (VGH Mannheim BeckRS 2009, 41526) am **Erfordernis des „Dritten“** in § 124 BauGB scheiterten. Nach diesem Urteil stand die Gemeinde mit der durch § 124 Abs. 1 BauGB a. F. eröffneten Möglichkeit, die ihr nach § 123 BauGB obliegende Erschließungsaufgabe durch Vertrag auf einen Dritten zu übertragen, bislang vor einer **„Regimeentscheidung“**: *„Sie muss wählen“*, so das BVerwG (MittBayNot 2011, 523, 528), *„ob sie die Erschließung in ‚Eigenregie‘ durchführt mit der Folge, dass sie den ihr entstandenen Aufwand (nur) in dem von den §§ 127 ff. BauGB bestimmten Umfang durch Erhebung von Erschließungsbeiträgen auf die Grundstückseigentümer umlegen kann (und muss), oder ob sie die Erschließung auf einen Dritten überträgt, der sie in ‚Fremdregie‘ durchführt und sich wegen der von ihm übernommenen Erschließungskosten [...] privatrechtlich durch mit den Grundstückseigentümern/-käufern vertraglich vereinbarte Kostenerstattung refinanziert“*. Wird die Erschließung hiernach auf einen Dritten übertragen („Fremdregie“), ist es der Erschließungsträger, der sich – und zwar befreit von den Begrenzungen des Beitragsrechts – über die Erwerber durch vereinbarte Kostenerstattung refinanziert; führt die Gemeinde die Erschließung hingegen in Eigenregie durch, muss sie den Weg des Beitragsrechts gehen.

Insbesondere Erschließungsverträge mit ganz oder mehrheitlich durch die Gemeinde beherrschten Eigengesellschaften, aber auch solche, in denen sich die Gemeinde Steuerungsmöglichkeiten vorbehält, die auf ein Selbstvornahmerecht hinauslaufen, sind nach dieser Entscheidung nichtig. Den §§ 124 ff. BauGB liegt nämlich nach Auffassung des BVerwG die Erwägung zugrunde, dass es der Gemeinde nicht durch Einschaltung einer weiteren Person (= Erschließungsträger) gestattet sein soll, „im Mantel eines Privaten“ vertraglich Kosten auf die Eigentümer bzw. Käufer abzuwälzen, die sie im Falle der Beitragslösung selbst zu tragen hätte. Hiermit angesprochen war der **10 %ige Eigenanteil nach § 129 Abs. 1 S. 3 BauGB**, der gem. § 124 Abs. 2 S. 3 BauGB von der Gemeinde bei Abschluss eines Erschließungsvertrags gerade nicht zu tragen ist. Einen Rückgriff auf § 11 BauGB als Auffangnorm für Inhalt und Zulässigkeit städtebaulicher Verträge lehnte das BVerwG unter Hinweis auf den Spezialitätsgrundsatz ab.

b) Gesetzgeberische Korrektur

Die vorgenannte Entscheidung wird nunmehr vom Gesetzgeber korrigiert: Nach der künftigen Gesetzeskonzeption geht der bisherige Regelungsgehalt des § 124 BauGB beinahe vollständig in § 11 BauGB auf. So wird künftig in § 11

Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BauGB ausdrücklich statuiert, dass zu den städtebaulichen Maßnahmen, die Gegenstand städtebaulicher Verträge sein können, auch die Erschließung durch nach Bundes- oder Landesrecht beitragsfähige oder nicht beitragsfähige Erschließungsanlagen gehört. Der angefügte § 11 Abs. 1 S. 3 BauGB wird weiterhin ausdrücklich anordnen, dass die Gemeinde städtebauliche Verträge auch mit einer juristischen Person abschließen kann, an der sie beteiligt ist (vgl. zum Ganzen BT-Drs. 17/11468, S. 15, 17). Und schließlich wird der an den Kontrollmaßstab des § 11 Abs. 2 S. 1 BauGB angefügte § 11 Abs. 2 S. 3 BauGB (vgl. hierzu BT-Drucks. 17/13272, S. 11, 19) künftig bestimmen, dass – unbeschadet des Angemessenheitsgebots – *„eine Eigenbeteiligung der Gemeinde nicht erforderlich [ist], wenn der Vertragspartner Kosten oder sonstige Aufwendungen trägt oder übernimmt.“* In der Konsequenz wird § 124 BauGB auf den Fall der Verdichtung der Erschließungspflicht nach abgelehntem Vertragsangebot (§ 124 Abs. 3 S. 2 BauGB) reduziert. Nicht ausdrücklich verhält sich die Neuregelung hingegen zu der Frage, ob Erschließungsverträge künftig auch bei Vereinbarung weitgehender Selbstvornahmrechte der Gemeinde möglich sein sollen. Dies erscheint angesichts der Streichung des Erfordernisses des Vertragsschlusses mit einem „Dritten“ naheliegend; der Gang der Diskussion bleibt jedoch abzuwarten.

2. Erweiterung der Gründe der Ausübung des Vorkaufsrechts zugunsten Dritter (§ 27a BauGB)

Die in § 27a BauGB enthaltene Möglichkeit der Ausübung des Vorkaufsrechts zugunsten Dritter ist bislang auf Fälle der sozialen Wohnraumförderung oder der Wohnbebauung für Personengruppen mit besonderem Wohnbedarf beschränkt. Diese **Beschränkung wird aufgehoben**. Als allgemeine Voraussetzung zur Ausübung verbleibt damit lediglich, dass der Dritte zu der mit der Ausübung des Vorkaufsrechts bezweckten Verwendung des Grundstücks innerhalb angemessener Frist in der Lage ist und sich hierzu verpflichtet. Nach der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 17/11468, S. 10, 14) soll dadurch dem Umstand Rechnung getragen werden, dass das Vorkaufsrecht auch in vielen anderen Fällen auf die Veräußerung des Grundstücks an Dritte angelegt ist, der Durchgangserwerb der Gemeinde aber zu zusätzlichen verwaltungsmäßigen, zeitlichen und finanziellen Belastungen führt. Hiervon sollen Gemeinde und Investor entlastet werden. Gesetzliche Folge der Ausübung des Vorkaufsrechts ist der **Vertragsschluss mit dem Dritten unter Kostenhaftung der Gemeinde** (§ 27a Abs. 2 BauGB).

III. Weitere Gesetzesänderungen

Das Gesetz sieht darüber hinaus **weitere Änderungen** sowohl des **BauGB** als auch der **BauNVO** vor, von denen im Folgenden nur die wichtigsten schlagwortartig benannt werden sollen: So enthält die Novelle eine Einschränkung der Privilegierung von gewerblichen Tierhaltungsanlagen im Außenbereich (vgl. § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB n. F.), eine Erweiterung der Möglichkeiten zur Zurückstellung von Baugesuchen (vgl. § 15 Abs. 3 S. 4 BauGB n. F.), eine Stärkung der Innenentwicklung bei Reduzierung der Neuinanspruchnahme von Flächen (§ 1a Abs. 2 S. 4 BauGB n. F.) und eine Erweiterung der gemeindlichen Möglichkeiten im Umgang mit sog. Schrottimmobilien (§ 179 Abs. 4 BauGB n. F.). Wichtig sind schließlich die Änderungen der BauNVO dahingehend, dass Anlagen zur Kinderbetreuung in reinen Wohngebieten künftig allgemein zulässig sind (§ 3 Abs. 2 Nr. 2 BauNVO n. F.) und dass Anlagen zur Nutzung der solaren Strahlungsenergie und Kraft-Wärme-

Kopplungsanlagen in, an oder auf Dach- und Außenwandflächen stets als Nebenanlagen gelten (§ 14 Abs. 3 BauNVO n. F.).

Literaturhinweise

Postvertriebsstück: B 08129

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

Veranstaltungen

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. Sebastian Herrler

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
Haugerpfargasse 9, 97070 Würzburg