

# DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

16. Jahrgang  
Juli 2008  
ISSN 1434-3460

13/2008

*Mit Beilage BNotK-Intern*

## Inhaltsübersicht

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BauGB §§ 22, 244 Abs. 6; GBO §§ 29 Abs. 1 S. 2, 53; BGB §§ 891, 894; BeurkG § 18 – Genehmigungserfordernis für Aufteilung in Wohnungseigentum in Gebieten mit Fremdenverkehrsfunktionen

ErbbauRG §§ 5, 7 – Verweigerung der Zustimmung zur Veräußerung des Erbbaurechts an einen ausländischen Finanzinvestor

### Gutachten im Fax-Abruf

### Rechtsprechung

BGB §§ 826, 286 Abs. 2 Nr. 4; GmbHG § 31 – Verzugszinsen bei existenzvernichtendem Eingriff

GenG a.F. § 39 Abs. 1, BGB §§ 134, 139, 141 Abs. 1, 177 Abs. 1, 184, 626 Abs. 1 – Aufsichtsratsvorsitzender einer Genossenschaft kann diesen nicht in der Willensbildung vertreten (sondern nur beim Vollzug von Aufsichtsratsbeschlüssen bei entsprechender Bevollmächtigung)

EG Art. 43, 48, 234; EGBGB Internationales Gesellschaftsrecht – Aufgrund der europarechtlichen Niederlassungsfreiheit muss das nationale Gesellschaftsrecht eine Verlegung des Verwaltungssitzes einer Gesellschaft in das EU-Ausland zulassen

### Literatur

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### **BauGB §§ 22, 244 Abs. 6; GBO §§ 29 Abs. 1 S. 2, 53; BGB §§ 891, 894; BeurkG § 18 Genehmigungserfordernis für Aufteilung in Wohnungseigentum in Gebieten mit Fremdenverkehrsfunktionen**

#### I. Sachverhalt

Im Gebiet eines Grundbuchamtes haben verschiedene Gemeinden in Gebieten mit Fremdenverkehrsfunktionen ein Genehmigungserfordernis für die Aufteilung in Wohnungseigentum nach § 22 BauGB eingeführt. Z. T. stammen die Fremdenverkehrssatzungen noch vom Ende der 1980er oder Anfang der 1990er Jahre.

#### II. Fragen

1. Unter welchen Voraussetzungen ist die Aufteilung in Wohnungseigentum in Fremdenverkehrsgebieten genehmigungsbedürftig – insbesondere bei älteren, noch aus den Jahren 1987-2004 stammenden Satzungen?

2. Welche Folgen hat es, wenn eine Aufteilung in Wohnungseigentum in das Grundbuch eingetragen wurde, ohne dass die nach § 22 Abs. 1 BauGB erforderliche Genehmigung hierfür vorliegt?

3. In welchem Umfang kann und darf das Grundbuchamt das Genehmigungserfordernis nach § 22 BauGB überprüfen? Kann die Gemeinde hierfür eine allgemeine „Negativklärung“ abgeben?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Genehmigungserfordernis

###### a) Rechtsgrundlage in § 22 Abs. 1 BauGB

Gemeinden, die oder deren Teile überwiegend durch den Fremdenverkehr geprägt sind, können nach § 22 Abs. 1 BauGB in einem Bebauungsplan oder durch eine sonstige Satzung („Fremdenverkehrssatzung“) bestimmen, dass zur Sicherung der Zweckbestimmung von Gebieten mit Fremdenverkehrsfunktionen die Begründung oder Teilung von Wohnungseigentum oder Teileigentum der Genehmigung unterliegt (§ 22 Abs. 1 S. 1 BauGB) (salopp formuliert zur Verhinderung von „Rolladensiedlungen“ mit nur selten genutzten Zweitwohnungen).

Die jetzige Fassung erhielt § 22 Abs. 1 BauGB durch das BauROG vom 18.8.1997 (BGBl. 1997 I, 2081) mit Wirkung zum 1.1.1998. Nach der bis Ende 1997 geltenden Fassung von § 22 Abs. 1 BauGB 1986 war hingegen als zusätzliche Rechtsgrundlage noch der Erlass einer **Rechtsverordnung der Landesregierung** erforderlich. Dies entfiel durch das BauROG.

## b) Gemeindliche Satzung oder Bebauungsplan

Nach § 22 Abs. 1 S. 1 BauGB kann das Genehmigungserfordernis von der Gemeinde durch Bebauungsplan oder durch eine sonstige Satzung begründet werden.

Auch nach dem von 1987 bis 1997 geltenden Recht ermächtigte die Rechtsverordnung der Landesregierung die Gemeinden lediglich, ein Genehmigungserfordernis einzuführen (i. d. R. ebenfalls durch Satzung oder Bebauungsplan); auch damals wurde das Genehmigungserfordernis nicht unmittelbar durch die Rechtsverordnung der Landesregierung begründet. Aufgrund der früheren Fassung des § 22 Abs. 1 BauGB 1986 i. V. m. der Rechtsverordnung der Landesregierung des jeweiligen Bundeslandes erlassene Satzungen gelten nach § 233 Abs. 3 BauGB auch nach der Neufassung des BauGB durch das BauROG 1997 weiter (Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, Stand: September 2007, § 22 BauGB Rn. 9).

## c) Genehmigungsverfahren

Nach § 22 Abs. 4 S. 1 BauGB darf die Genehmigung nur versagt werden, wenn durch die Begründung oder Teilung der Rechte die Zweckbestimmung des Gebiets für den Fremdenverkehr und dadurch die städtebauliche Entwicklung und Ordnung beeinträchtigt wird. Nach S. 2 ist die Genehmigung zu erteilen, wenn sie erforderlich ist, damit Ansprüche Dritter erfüllt werden können, zu deren Sicherung vor dem Wirksamwerden des Genehmigungsvorbehalts eine Vormerkung im Grundbuch eingetragen oder der Antrag auf Eintragung einer Vormerkung beim Grundbuchamt eingegangen ist; damit wird der Vormerkungsschutz nach §§ 883, 888 BGB auch auf ein späteres Genehmigungserfordernis erstreckt.

Über die Genehmigung entscheidet nach § 22 Abs. 5 S. 1 BauGB die Baugenehmigungsbehörde im Einvernehmen mit der Gemeinde. Über die Genehmigung ist innerhalb eines Monats nach Eingang des Antrags bei der Baugenehmigungsbehörde zu entscheiden; diese Frist kann verlängert werden, jedoch höchstens um 3 Monate (§ 22 Abs. 5 S. 2-3 BauGB).

Wird die Genehmigung nicht binnen der Frist versagt, so gilt sie als erteilt; dabei hat die Baugenehmigungsbehörde auf Antrag eines Beteiligten ein Zeugnis auszustellen (§ 22 Abs. 5 S. 4-5 BauGB – **Fiktionszeugnis**).

Die Gemeinde muss den Genehmigungsvorbehalt aufheben oder im Einzelfall einzelne Grundstücke durch Erklärung gegenüber dem Eigentümer vom Genehmigungsvorbehalt freistellen (**Freistellungserklärung**), wenn die Voraussetzungen für den Genehmigungsvorbehalt entfallen sind (§ 22 Abs. 8 S. 1 BauGB).

## 2. Rechtsfolge für eine Genehmigung

### a) Grundbuchsperrung (§ 22 Abs. 6 S. 1 BauGB)

Nach § 22 Abs. 6 S. 1 BauGB darf das Grundbuchamt eine Aufteilung in Wohnungseigentum bei einem im Geltungsbereich einer entsprechenden Satzung liegenden Grundstück nur dann in das Grundbuch eintragen, wenn ihm der Genehmigungsbescheid oder ein Zeugnis über die Fiktion der Genehmigung nach Fristablauf oder eine Freistellungserklärung der Gemeinde für das betreffende Grundstück vorgelegt wird.

### b) Unwirksamkeit der Aufteilung

Außerdem ist die Genehmigung Wirksamkeitsvoraussetzung der Aufteilung in Wohnungseigentum. Wird die Aufteilung

im Grundbuch eingetragen, ohne dass die erforderliche Genehmigung erteilt wurde oder die Voraussetzungen der Genehmigungsfiktion vorlagen, ist das **Grundbuch unrichtig** (Berliner Kommentar zum BauGB/Kraft, Stand: September 2007, § 22 BauGB Rn. 27; Brügelmann/Dürr, BauGB, Stand: September 2007, § 22 BauGB Rn. 49; EZBK/Söfker, § 22 BauGB Rn. 59; Schrödter/Rieger, BauGB, 7. Aufl. 2006, § 22 BauGB Rn. 26; vgl. auch zur Teilungsgenehmigung nach altem Recht: BGHZ 76, 242 = BWNotZ 1981, 44 = MDR 1998, 660 = NJW 1980, 1691 = Rpfleger 1980, 274; OLG Hamm OLGZ 1978, 304 = Rpfleger 1978, 374).

Indirekt ergibt sich dies aus der gesetzlichen Regelung des § 22 Abs. 6 S. 2 BauGB. Danach kann die Baugenehmigungsbehörde das Grundbuchamt um die Eintragung eines **Widerspruchs** ersuchen, wenn die Aufteilung in das Grundbuch eingetragen wurde, obwohl die Genehmigung erforderlich war; § 53 Abs. 1 GBO bleibt jedoch nach der ausdrücklichen Regelung des § 22 Abs. 6 S. 2 Halbs. 2 BauGB unberührt. Damit hat das Grundbuchamt von Amts wegen einen Widerspruch einzutragen, wenn es nachträglich feststellt, dass die eingetragene Aufteilung genehmigungspflichtig war und weder eine Genehmigung erteilt wurde noch infolge Fristablaufs als erteilt gilt. Darüber hinaus könnte die Genehmigungsbehörde nach § 22 Abs. 6 S. 2 Halbs. 1 BauGB selbst um Eintragung eines Widerspruchs ersuchen (§ 38 GBO). Ob die Genehmigungsbehörde dieses Ersuchen stellt, steht in ihrem Ermessen. Die Eintragung des Widerspruchs dient in beiden Fällen der Verhinderung gutgläubigen Erwerbs (§ 891 BGB) (Berliner Kommentar zum BauGB/Kraft, § 22 BauGB Rn. 27; Brügelmann/Dürr, § 22 BauGB Rn. 49; EZBK/Söfker, § 22 BauGB Rn. 59 ff.; Schrödter/Rieger, § 22 BauGB Rn. 26).

## 3. Prüfung durch das Grundbuchamt

### a) Mitteilung der Gemeinde an das Grundbuchamt (§ 22 Abs. 2 S. 3 BauGB)

Nach § 22 Abs. 2 S. 3 BauGB teilt die Gemeinde dem Grundbuchamt den Beschluss über die Satzung, das Datum ihres Inkrafttretens sowie die **genaue Bezeichnung der betroffenen Grundstücke** vor ihrer Bekanntmachung rechtzeitig mit. Von der genauen Bezeichnung der betroffenen Grundstücke kann abgesehen werden, wenn die gesamte Gemarkung betroffen ist und die Gemeinde dies dem Grundbuchamt mitteilt (§ 22 Abs. 2 S. 4 BauGB). Damit soll das Grundbuchamt genaue Kenntnis von den betroffenen Grundstücken erhalten; eine Eintragung eines entsprechenden Vermerkes in das Grundbuch erfolgt jedoch nicht (anders als etwa in Umlage- oder Sanierungsgebieten).

Diese Mitteilungspflicht wurde erst durch das Europarechtsanpassungsgesetz Bau (EAG Bau) 2004 (vgl. Bekanntmachung des BauGB vom 23.9.2004, BGBl. 2004 I, 2414) eingefügt.

Für **neue gemeindliche Satzungen** ist die Mitteilung der betroffenen Grundstücke durch die Gemeinde an das Grundbuchamt **keine Wirksamkeitsvoraussetzung** (Berliner Kommentar/Kraft, § 22 BauGB Rn. 22; Brügelmann/Dürr, § 22 BauGB Rn. 24; EZBK/Söfker, § 22 BauGB Rn. 43).

### b) Mitteilung ist Wirksamkeitsvoraussetzung für Weitergeltung alter Satzung (§ 244 Abs. 6 BauGB)

Anders ist dies für **vor Inkrafttreten des EAG Bau erlassene Satzungen**: Eine auf der Grundlage des § 22 BauGB in der vor dem 20.7.2004 geltenden Fassung wirksam erlassene Satzung bleibt in der vor dem 20.7.2004 geltenden Fassung **bis zum 30.6.2005** weiterhin anwendbar. Ab dem

1.7.2005 ist § 22 BauGB in der dann geltenden Fassung anzuwenden, aber nur, wenn beim Grundbuchamt **vor Ablauf des 30.6.2005** eine den Anforderungen des § 22 Abs. 2 S. 3 und 4 BauGB entsprechende **Mitteilung der Gemeinde** eingegangen ist, welche Grundstücke davon betroffen sind. Ist die Mitteilung hinsichtlich der Satzung nicht fristgerecht erfolgt, ist die Satzung auf die von ihr erfassten Vorgänge nicht mehr anzuwenden (§ 244 Abs. 6 S. 1-3 BauGB). Bei allen auf das BauGB vor der Änderung durch das EAG BauGB gestützten Satzungen ist damit die Mitteilung an das Grundbuchamt **Wirksamkeitsvoraussetzung** für die **Weitergeltung** der Satzung.

#### c) Nachweis gegenüber dem Grundbuchamt

Durch die genaue Bezeichnung der Grundstücke in der Mitteilung der Gemeinde ist das durch das EAG BauGB abgeschaffte **Negativzeugnis entbehrlich**; das Grundbuchamt weiß genau, bei welchen Grundstücken es eine Genehmigung nach § 22 BauGB verlangen muss – und umgekehrt bei welchen Grundstücken eine derartige Genehmigung nicht erforderlich ist und daher auch nicht nachzuweisen ist (Regierungsentwurf EAG Bau, BT-Drs.: 15/2250 vom 17.12.2003, S. 52; Krautzbeger, in: Battis/Krautzbeger/Löhr, BauGB, 10. Aufl. 2007, § 22 BauGB Rn. 11; Berliner Kommentar/Kraft, § 22 BauGB Rn. 22; EZBK/Söfker, § 22 BauGB Rn. 7a und 58).

#### d) Kein Negativzeugnis mehr vorgesehen

Mit der Neuregelung der grundbuchamtlichen Prüfung in § 6 BauGB, die durch den Wegfall der früheren gesetzlichen Verweisung auf die Regelung für die Teilungsgenehmigung (§ 22 Abs. 6 S. 2 i. V. m. § 20 Abs. 2-4 BauGB a. F.) erforderlich war, fiel das Negativzeugnis auch im Bereich des § 22 BauGB weg. Der Gesetzgeber hielt es für entbehrlich, da nunmehr eine Pflicht der Gemeinde zur parzellenscharfen Angabe der betroffenen Grundstücke gegenüber dem Grundbuchamt eingeführt wurde (§ 22 Abs. 2 S. 3 BauGB) (vgl. BT-Drs. 15/2250, S. 52 f.).

Das Gesetz sieht nunmehr neben der Genehmigung selbst lediglich das **Fiktionszeugnis** über die kraft Fristablauf eingetretene Fiktionswirkung der Genehmigung vor (§ 22 Abs. 5 S. 4-5 BauGB), ferner die **Freistellungserklärung** nach § 22 Abs. 8 S. 1 BauGB, wenn die Voraussetzungen für den Genehmigungsvorbehalt hinsichtlich einzelner betroffener Grundstücke entfallen sind.

Im Übrigen hat die Gemeinde den **Genehmigungsvorbehalt insgesamt aufzuheben**, wenn die Voraussetzungen über den Genehmigungsvorbehalt (§ 22 Abs. 1 BauGB) für alle von der Satzung bzw. dem Bewahrungsplan erfassten Grundstücke entfallen sind (§ 22 Abs. 8 S. 1 Variante 1 BauGB). Die Gemeinde muss dann dem Grundbuchamt die Aufhebung des Genehmigungsvorbehalts sowie die genaue Bezeichnung der hiervon betroffenen Grundstücke unverzüglich mitteilen (§ 22 Abs. 8 S. 2 BauGB). Mit dem Eingang der Mitteilung beim Grundbuchamt erlischt der Genehmigungsvorbehalt (§ 22 Abs. 8 S. 4 BauGB).

Eine generelle „Negativklärung“ der Gemeinde gegenüber dem Grundbuchamt ist daneben nicht vorstellbar. Die Gemeinde muss entweder den Genehmigungsvorbehalt aufheben, wenn dessen Voraussetzungen entfallen sind, oder im Einzelfall die Baugenehmigungsbehörde prüfen lassen, ob eine Genehmigung zu erteilen ist. Eine bloße Nichtanwendung eines fortbestehenden Genehmigungsvorbehalts oder eine pauschale Genehmigung sieht das Gesetz nicht vor.

## Erbbaurecht §§ 5, 7

### Verweigerung der Zustimmung zur Veräußerung des Erbbaurechts an einen ausländischen Finanzinvestor

#### I. Sachverhalt

Eine Privatperson bestellte im Jahre 1988 ein Erbbaurecht auf die Dauer von 60 Jahren. Ein Zustimmungsvorbehalt für Veräußerung und Belastung des Erbbaurechts nach §§ 5 ff. Erbbaurechtsgesetz wurde vereinbart. Erbbaurechtsnehmer ist eine GmbH. Die Erbbauberechtigte beabsichtigt, ein Immobilienpaket einschließlich des vorerwähnten Erbbaurechts an einen Finanzinvestor zu veräußern und erbittet die Zustimmung des Grundstückseigentümers zur Veräußerung. Der Erbbaurechtsvertrag regelt die Voraussetzungen für die Zustimmung nicht näher.

Erwerber des Erbbaurechts soll eine Kommanditgesellschaft mit Sitz in Deutschland sein. Deren alleiniger persönlich haftender Gesellschafter ist eine Kapitalgesellschaft mit Sitz in Luxemburg. Der Erwerber soll in sämtliche Rechte und Pflichten aus dem bestehenden Erbbaurechtsvertrag (das Erbbaurecht läuft noch ca. 40 Jahre) eintreten, unter Entlassung des bisherigen Erbbauberechtigten mit Wirkung ab Besitzübergang. Der private Grundstückseigentümer möchte die Zustimmung zur Veräußerung des Erbbaurechts verweigern.

#### II. Frage

Unter welchen Voraussetzungen kann ein Grundstückseigentümer die Zustimmung zu einer Veräußerung des Erbbaurechts verweigern, speziell bei Veräußerung an einen ausländischen Finanzinvestor?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Grundsatz: Anspruch des Erbbauberechtigten auf Zustimmung zur Veräußerung

Die grundsätzliche Veräußerlichkeit eines jeden Erbbaurechts (§ 1 Abs. 1 Erbbaurechtsgesetz) ist unabdingbarer Inhalt des Rechts, vgl. § 137 BGB (von Oefele/Winkler, Handbuch des Erbbaurechts, 4. Aufl. 2008, Rn. 4.184). Das Gesetz erlaubt daher in §§ 5 Abs. 1, 7 Erbbaurechtsgesetz nur eine sachlich begründete Modifizierung der Veräußerungsbefugnis. Entsprechend darf die Veräußerungsbefugnis als solche durch eine Vereinbarung nach § 5 Abs. 1 Erbbaurechtsgesetz nicht in ihrer Substanz angetastet, sondern nur aus sachlichen Gründen begrenzt werden (von Oefele/Winkler, Rn. 4.190).

Nach § 7 Abs. 1 Erbbaurechtsgesetz besteht grundsätzlich ein gesetzlicher Anspruch auf Zustimmung zur Veräußerung. Dieser Zustimmungsanspruch (§ 7 Abs. 1 Erbbaurechtsgesetz) und das Recht auf gerichtliche Ersetzung (§ 7 Abs. 3 Erbbaurechtsgesetz) sind zwingendes Recht und können daher nicht ausgeschlossen oder beschränkt werden (von Oefele/Winkler, Rn. 4.193).

##### 2. Ausnahme: Recht des Grundstückseigentümers zur Verweigerung der Zustimmung

Der Anspruch des Erbbauberechtigten auf Zustimmung zur Veräußerung besteht jedoch nicht, wenn anzunehmen ist, dass der mit der Bestellung des Erbbaurechts verfolgte Zweck durch die Veräußerung wesentlich beeinträchtigt oder gefährdet wird (§ 7 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 Erbbaurechtsgesetz) oder wenn die Persönlichkeit des Erwerbers keine Gewähr für eine ordnungsmäßige Erfüllung der sich aus dem Erbbaurechtserhalt ergebenden Verpflichtungen bietet (§ 7 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 Erbbaurechtsgesetz).

### a) Beeinträchtigung oder Gefährdung des Zwecks

Hinsichtlich der Fallgruppe der Beeinträchtigung oder Gefährdung des Zwecks des Erbbaurechts ist in der Literatur zum Erbbaurecht weitgehend anerkannt, dass die Bestimmung des mit der Bestellung des Erbbaurechts verfolgten Zwecks sich weitgehend nach dem **Erbbaurechtsvertrag** richtet, insbesondere nach der Bestimmung des Bauwerkes gem. § 1 Abs. 1 ErbbauRG, den Vereinbarungen über die zulässige Verwendung des Bauwerkes (§ 2 Nr. 1 ErbbauRG) oder aber Vereinbarungen über Heimfall- oder Vertragsstrafenrechte (§ 2 Nr. 4 und 5 ErbbauRG; vgl. hierzu von Oefele/Winkler, Rn. 4.198; Staudinger/Rapp, BGB, 2002, §§ 5-7 ErbbauVO Rn. 26; Ingenstau/Hustedt, Kommentar zum Erbbaurecht, 8. Aufl. 2001, § 7 Rn. 8).

**aa) Umstritten** ist hingegen, ob auch die **Renditeerwartungen des Grundstückseigentümers** über die Zahlung von Erbbauzins zum Zweck des Erbbaurechts i. S. v. § 7 Abs. 1 ErbbauRG zählt (dafür: von Oefele/Winkler, Rn. 4.201 ff.; MünchKomm/von Oefele, BGB, 4. Aufl. 2004, § 7 ErbbauVO Rn. 6; Erman/Grziwotz, BGB, 12. Aufl. 2008, § 7 ErbbauRG Rn. 2; Staudinger/Rapp, §§ 5-7 ErbbauVO Rn. 26; Ingenstau/Hustedt, § 7 ErbbauVO Rn. 8, jew. m. w. N.; a. A.: RGRK/Räfle, BGB, 12. Aufl. 1986, § 7 ErbbauVO Rn. 5 und 7).

**bb)** Eine zulässige Zweckbestimmung liegt auch vor, wenn im Erbbaurechtsvertrag die **Nutzung des Gebäudes** auf dem Erbbaurecht **zu Wohnzwecken** festgeschrieben ist oder aber, wenn das Erbbaurecht als **soziale Fürsorge** für bestimmte minderbemittelte Kreise gedacht ist (vgl. hierzu nur: von Oefele/Winkler, Rn. 4.199 und RGRK/Räfle, § 7 ErbbauVO Rn. 6).

**cc)** Zusätzlich wird im Rahmen der **Beeinträchtigung oder Gefährdung** des mit dem Erbbaurecht verfolgten Zwecks als Fallgruppe diskutiert, ob auch eine „**spekulative Ausnutzung**“ des Erbbaurechts zur Verweigerung der Zustimmung berechtigen könnte. **Leitentscheidung** ist insoweit der Beschluss des **OLG Stuttgart** vom 30.1.1958 (NJW 1958, 1098; ferner OLG Hamburg NJW 1968, 554; OLG Hamm MDR 1968, 242; OLG Karlsruhe WM 1972, 97). In dieser Entscheidung führt das OLG Stuttgart aus (NJW 1958, 1098, 1099 f.), dass eine Beeinträchtigung des mit der Erbbaurechtsbestellung verfolgten Zwecks bei einer spekulativen Ausnutzung des Erbbaurechts dann angenommen werden kann, wenn eine Veräußerung vorliegt, die im objektiven Sinn gewinnstüchtig ist. Hierbei müsse die Gewinnsucht durch äußerlich sichtbare und zumindest missbilligende Verhaltensweisen zutage treten, d. h. also, es muss ein unanständiges Gewinnstreben auf Kosten des Grundstückseigentümers erkennbar sein (vgl. hierzu auch die Ausführungen von Keller, BWNotZ 1966, 98, 101).

Im damals zur Entscheidung anstehenden Fall hielt das OLG Stuttgart das Vorliegen einer derartigen spekulativen Ausnutzung für möglich, weil das Erbbaurecht für **sozial schwache Schichten** gedacht war, der Verkauf jedoch zu einem derart hohen Preis an einen Angehörigen solcher sozial schwachen Bevölkerungskreise erfolgt war, dass mit Rücksicht auf den Zweck des Erbbaurechts das übliche Maß überschritten war. Zum damaligen Zeitpunkt zog das OLG Stuttgart insbesondere eine Parallele zur Neuvergabe einer Siedlerstelle nach dem RSiedlG. Im Jahre 1998 hat sodann der **BGH** (Urt. v. 15.5.1998, NJW-RR 1998, 1387 = NZM 1998, 637) die Rechtsprechung des OLG Stuttgart aufgegriffen und es ebenso für möglich erachtet, dass die Zustimmung zur Veräußerung bei spekulativer Ausnutzung

des Erbbaurechts verweigert werden könne. Allerdings erfolgten diese Äußerungen lediglich in einem Hinweis für das Berufungsgericht, an das der Fall zur weiteren Sachverhaltsaufklärung zurückverwiesen wurde, und lediglich als *obiter dictum*.

In der rechtswissenschaftlichen **Literatur** wird die vorgenannte Fallgruppe insbesondere von *von Oefele/Winkler* (Rn. 4.208 f.) und bei *Keller* (BWNotZ 1966, 98) behandelt. Im Prinzip sind beide Autoren für diese Fallgruppe der Ansicht, dass eine **spekulative Ausnutzung** des Erbbaurechts eine **Zustimmungsverweigerung rechtfertigen** könne. Dies könne jedoch nicht für jeden überhöhten Kaufpreis gelten, sondern nur, wenn tatsächlich eine Veräußerung vorliege, die im objektiven Sinn gewinnstüchtig sei. Als Gegenbeispiel wird von beiden Autoren angeführt, dass eine Veräußerung dann genehmigt werden müsse, wenn bei der Veräußerung zwar ein Preis erheblich über dem Marktpreis erzielt werde, jedoch aufgrund eines außerordentlich günstigen Erbbauzinses die Gesamtbelastung des Erwerbers nicht den Rahmen dessen sprengt, was aufgrund des Zwecks des Erbbaurechts angemessen sei (ebenso etwa Erman/Grziwotz, § 7 ErbbauRG Rn. 2).

**dd)** Nach unserer Ansicht ist durchaus die Notwendigkeit anzuerkennen, eine Fallgruppe der Versagung der Zustimmung bei spekulativer Ausnutzung des Erbbaurechts zuzulassen (i. d. S. auch ohne weitere Ausführungen: Staudinger/Rapp, §§ 5-7 ErbbauVO Rn. 26; Ingenstau/Hustedt, § 7 ErbbauVO Rn. 6). Zu beachten ist jedoch, dass nach § 7 Abs. 1 Satz 1 ErbbauRG die Zustimmung nicht schon verweigert werden kann, wenn der mit dem Erbbaurecht verfolgte Zweck durch die Veräußerung tangiert wird, sondern nur, wenn eine „*wesentliche* Beeinträchtigung des Zwecks“ vorliegt (vgl. hierzu statt aller: Ingenstau/Hustedt, § 7 ErbbauVO Rn. 9; MünchKomm/von Oefele, § 7 ErbbauVO Rn. 5). Insoweit kann auch nicht jede Veräußerung des Erbbaurechts zu einem Preis, der den Marktwert überschreitet, eine Versagung der Zustimmung nach § 7 Abs. 1 Satz 1 ErbbauRG rechtfertigen. Hinzukommen muss zum Ersten, dass aufgrund der Zielsetzung des Erbbaurechts, die zumindest durch Auslegung dem Erbbaurechtsvertrag entnommen werden muss, zumindest feststeht, dass das Erbbaurecht nicht für den „freien Markt“ bestimmt ist, sondern bestimmten Einschränkungen, z. B. für sozial schwache Schichten, unterliegt. Zum anderen muss u. E. hinzukommen, dass bei der Veräußerung des Erbbaurechts ein erheblich über dem Marktpreis liegender Verkaufserlös erzielt wird, da nur dann von einem – wie bereits vom OLG Stuttgart gefordert – „*ungesunden Gewinnstreben*“ des Erbbauberechtigten und Verkäufers ausgegangen werden kann.

Nach diesen Kriterien bietet der **Sachverhalt** keinen Anhaltspunkt dafür, dass ein Fall der spekulativen Ausnutzung des Erbbaurechts vorliegt und der Grundstückseigentümer deshalb seine Zustimmung verweigern kann. Insbesondere ist nichts dafür dargetan, dass die Veräußerung des Erbbaurechts an den Finanzinvestor zu einem erhöhten Preis erfolgen soll.

### b) Persönlichkeit des Erwerbers

#### aa) Allgemeine Anforderungen

Ein Grund für die Verweigerung der Zustimmung gem. § 5 ErbbauVO kann allerdings auch dann vorliegen, wenn die Persönlichkeit des Erwerbers nicht die Gewähr für eine ordnungsgemäße Erfüllung der sich aus dem Erbbaurechtsinhalt ergebenden Verpflichtungen bietet (§ 7 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 ErbbauRG). Die Persönlichkeit des Erwerbers ist in

**sittlicher, geistiger und vermögensrechtlicher Hinsicht** zu prüfen, jedoch nur, soweit diese Eigenschaften für den Erbbaurechtsinhalt oder aus allgemeinen Erwägungen von Bedeutung sind (Ingenstau/Hustedt, § 7 ErbbauVO Rn. 11).

Was die **Vermögenslage des Erwerbers** angeht, muss diese so gefestigt sein, dass er seinen Verpflichtungen aus dem Erbbaurechtsvertrag nachkommen kann. Die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Erwerbers muss die Übernahme aller Verpflichtungen in gleicher Weise wie bisher sicherstellen (OLG Oldenburg NJW-RR 1991, 23; Ingenstau/Hustedt, § 7 ErbbauVO Rn. 12; von Oefele/Winkler, Rn. 4.215). Nach wohl **überwiegender Auffassung** muss dies auch für die **Zahlung des Erbbauzinses** gelten. Denn zwar gehört der Erbbauzins nicht zum Erbbaurechtsinhalt, dem Normzweck des § 7 ErbbauRG entspricht es aber insbesondere, dass der Erwerber des Erbbaurechts nach seinen persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen in der Lage sein muss, den Erbbauzins zu zahlen (von Oefele/Winkler, Rn. 4.215; Ingenstau/Hustedt, § 7 ErbbauVO Rn. 12; Münch Komm/von Oefele, § 7 ErbbauVO Rn. 7; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rn. 1788; vgl. auch OLG Celle DNotZ 1984, 387; OLG Hamm DNotZ 1987, 40).

Nach **a. A.** soll dagegen die Zahlung des vereinbarten Erbbauzinses, da dieser nicht dinglicher Inhalt des Erbbaurechts ist, nicht zu den Verpflichtungen gehören, deren Erfüllung in der Person des Erwerbers gewährleistet sein muss (RGRK/Räfle, § 7 ErbbauVO Rn. 7; Palandt/Bassenge, BGB, 67. Aufl. 2008, § 7 ErbbauVO Rn. 3, jedoch mit dem Hinweis darauf, dass mangelnde Zahlung bezüglich des Erbbauzinses die Zustimmungsverweigerung wegen Zweckgefährdung rechtfertigen kann).

Die Entscheidung des **BGH** (BGHZ 100, 107 = NJW 1987, 1942 = Rpfleger 1987, 320), wonach der vom Grundstückseigentümer verfolgte Zweck, sich durch die Bestellung des Erbbaurechts laufende Einkünfte aus dem Grundstück in Form des Erbbauzinses zu verschaffen, im entschiedenen Fall nicht zu berücksichtigen war, betraf allein den Sonderfall, dass der Grundstückseigentümer einer Belastung des Erbbaurechts durch ein vorrangiges Grundpfandrecht zustimmte und daraufhin die Zustimmung des Grundstückseigentümers zum Zuschlag bei der Zwangsversteigerung aus diesem vorrangigen Grundpfandrecht in Frage stand.

Folgt man der wohl überwiegenden Auffassung, kann somit die Zustimmungsverweigerung durch den Grundstückseigentümer auch dann gerechtfertigt sein, wenn der Erwerber nicht in der Lage ist, den Erbbauzins zu bezahlen.

#### **bb) Neuere Rechtsprechung**

Aus der neueren Rechtsprechung sind im Zusammenhang mit dem vorgelegten Sachverhalt der Beschluss des **OLG Frankfurt** vom 12.7.2005 (NJW-RR 2006, 387 = NZM 2005, 919) und der Beschluss des **OLG Hamm** vom 27.10.2005 (NJW-RR 2006, 656 = NZM 2006, 27 = RNotZ 2006, 118) hervorzuheben.

Nach der vorgenannten Entscheidung des OLG Frankfurt kann die Zustimmung zur Übertragung des Erbbaurechts auf eine **GmbH & Co. KG** im Rahmen einer Neugründung nicht allein wegen der eingeschränkten Haftung der GmbH & Co. KG verweigert werden. Die Vorinstanzen hatten den Anspruch des Antragstellers auf Zustimmung scheitern lassen, weil die GmbH & Co. KG für die Ansprüche des Grundstückseigentümers nicht wie eine **natürliche Person** haften. Aus Sicht des OLG Frankfurt würde das im Ergeb-

nis jedoch bedeuten, dass ein für eine natürliche Person bestelltes Erbbaurecht nicht auf eine juristische Person mit eingeschränkter Haftung oder eine Personenhandelsgesellschaft in der Form der GmbH & Co. KG übertragen werden könnte, und zwar generell ohne Würdigung der Umstände des Einzelfalls. Das lehnt das OLG Frankfurt ab, soweit die Übertragung auf eine Personenhandelsgesellschaft in einer gesetzlich anerkannten Rechtsform erfolgt. Zwar trage der Erbbauberechtigte für das Vorliegen der Voraussetzungen des § 7 ErbbauVO die Feststellungslast. Einem entsprechenden Vortrag müsse der Grundstückseigentümer aber mit konkreten Tatsachenbehauptungen entgegentreten. Allein der Umstand, dass der Erwerber eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist, reicht demnach nicht aus.

Das OLG Hamm hatte sich in seinem Beschluss vom 27.10.2005 mit einem Fall zu befassen, in dem das Erbbaurecht an einem mit einem Kaufhaus bebauten Grundstück von einer Konzernobergesellschaft an eine konzernzugehörige Objektgesellschaft übertragen werden sollte. Es entschied, dass auch diese **konzerninterne Übertragung** des Erbbaurechts durch den Grundsatz der freien Veräußerlichkeit des Erbbaurechts gedeckt sei. Das Interesse des Grundstückseigentümers an dem Fortbestand des Erbbaurechtsvertrages gerade mit der Konzernobergesellschaft, die ihm im Hinblick auf die Kapitalausstattung und die Publizitätspflicht einer börsennotierten Aktiengesellschaft eine vermeintlich größere Sicherheit für die dauerhafte Erfüllung seiner Ansprüche bieten mag, sei durch die gesetzliche Vorschrift nicht geschützt. Im Hinblick auf den beschränkten Zweck der Vorschrift als Schutzrecht des Grundstückseigentümers gegen eine Verschlechterung seiner Rechtsposition komme es nur darauf an, dass der Grundstückseigentümer durch die Veräußerung des Erbbaurechts bei verständiger Würdigung im Ergebnis keine Nachteile erleide. Zur Abwendung einer Beeinträchtigung der Rechtsposition des Grundstückseigentümers sah es das Gericht als ausreichend an, dass der bisherige Erbbauberechtigte eine Bürgschaft für die Erfüllung sämtlicher Verpflichtungen aus dem Erbbaurechtsvertrag durch den Rechtsnachfolger übernimmt.

#### **cc) Vorliegender Sachverhalt**

Spezifische Ausführungen zum Erwerb eines Erbbaurechts durch einen ausländischen Finanzinvestor konnten wir weder in Rechtsprechung noch Literatur finden.

Allein der Umstand, dass Erwerber des Erbbaurechts eine **Kommanditgesellschaft** ohne eine persönlich haftende natürliche Person ist, dürfte im Hinblick auf die vorzitierte Entscheidung des OLG Frankfurt vom 12.7.2005 nicht ausreichen, um die Zustimmung zur Veräußerung zu verweigern.

Wäre der Erwerber selbst eine **ausländische Gesellschaft**, ließe sich durchaus argumentieren, dass dem Grundstückseigentümer dadurch die Durchsetzung seiner Rechte erheblich erschwert wird, wobei dieses Argument größeres Gewicht haben dürfte, wenn es sich – anders als hier – um eine außereuropäische Gesellschaft handeln würde. Vorliegend hat die erwerbende Kommanditgesellschaft jedoch ihren Sitz in Deutschland. Nur der persönlich haftende Gesellschafter ist eine luxemburgische Gesellschaft. Zwar erlangt die Person des persönlich haftenden Gesellschafters einer Kommanditgesellschaft eine zentrale Bedeutung, wenn die Kommanditgesellschaft in Vermögensverfall gerät. Dennoch ist dieser Umstand allein wohl nicht ausreichend, um die Verweigerung der Zustimmung zu rechtfertigen. Entscheidend ist u. E. vielmehr, dass unmittelbarer

Vertragspartner des Grundstückseigentümers eine deutsche Gesellschaft ist, gegen die er im Inland seine Rechte durchsetzen kann. Der geschilderte Sachverhalt lässt auch nicht erkennen, dass die erwerbende Gesellschaft aufgrund ihrer wirtschaftlichen Situation nicht in der Lage wäre, die Verpflichtungen aus dem Erbbaurechtsvertrag zu erfüllen. Nach alledem bietet der vorgetragene Sachverhalt u. E. keinen hinreichenden Grund für die Verweigerung der Zustimmung nach § 5 ErbbauVO.

#### **dd) Auskunft über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Erwerbers**

Anzumerken ist allerdings, dass dem Grundstückseigentümer die Auseinandersetzung mit den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen des vorgesehenen Erwerbers zu ermöglichen ist. Unzureichend ist es, wenn ihm nur die Person, nicht die „Persönlichkeit“ des Erwerbers, bekannt gegeben wird (von Oefele/Winkler, Rn. 4.212). Insoweit ist der Grundstückseigentümer berechtigt, **weitere Auskünfte** zu verlangen, bevor er seine Zustimmung erteilt.

Inwieweit sich das Auskunftsrecht auch auf die Managementpläne des Investors bezieht, ist jedoch fraglich. So hat das OLG Hamm in der vorzitierten Entscheidung vom 27.10.2005 angemerkt, dass die wirtschaftlichen Vorteile, die sich der Erbbaurechtsinhaber von der Umstrukturierung seines Konzerns und – so darf man wohl ergänzen – von der Übertragung des Erbbaurechts verspricht, nicht aufklärungsbedürftig seien.

### **3. Ergebnis**

Im Ergebnis ist u. E. ein Anspruch des Erbbauberechtigten auf Zustimmung zur Veräußerung des Erbbaurechts im Grundsatz zu bejahen. Der Grundstückseigentümer ist jedoch berechtigt, hinreichende Informationen zu verlangen, um die Zuverlässigkeit des Erwerbers prüfen zu können.

## **Gutachten im Fax-Abruf**

Folgende Gutachten können Sie im Fax-Abruf-Dienst anfordern (Telefon **0931/355 76 43** – Funktionsweise und Bedienung s. DNotI-Report 2000, 8). Ein Inhaltsverzeichnis findet sich unter Fax-Abruf-Nr. 1.

**Bitte beachten Sie:** Unser Fax-Abruf-Dienst ist sprachmenügesteuert. Bitte benutzen Sie deshalb nicht die Fax-Abruf-Funktion an Ihrem Gerät, sondern wählen Sie vorstehende Telefonnummer und warten Sie dann auf die Eingabeaufforderung.

#### **EnEV § 16 Abs. 2**

**Befristung des Rechts auf Vorlage eines Energieausweises**

Fax-Abruf-Nr.: **11522**

#### **BGB §§ 1050, 1036 Abs. 2, 277**

**Abänderung des Haftungsmaßstabs beim Nießbrauch mit dinglicher Wirkung (diligentia quam in suis)**

Fax-Abruf-Nr.: **11523**

#### **EGBGB Art. 25, 26**

**Dänemark: Gemeinschaftliches Testament eines deutsch-dänischen Ehepaares nach neuem dänischen Erbrecht**

Fax-Abruf-Nr.: **14303**

#### **EGBGB Art. 25, 26**

**Dominikanische Republik: Pflichtteilsverzicht gegenüber einer dominikanischen Staatsangehörigen**

Fax-Abruf-Nr.: **14304**

#### **EGBGB Art. 15, 25, 26**

**Kanada/Provinz Nova Scotia: anwendbares Güterrecht und Erbrecht, Erbvertrag und Pflichtteilsrecht bei Grundbesitz deutscher Ehegatten in Kanada (Provinz Nova Scotia)**

Fax-Abruf-Nr.: **14305**

## **Rechtsprechung**

### **BGB §§ 826, 286 Abs. 2 Nr. 4; GmbHG § 31**

**Verzugszinsen bei existenzvernichtendem Eingriff**

**Werden der Gesellschaft unter dem Gesichtspunkt des existenzvernichtenden Eingriffs Geldbeträge entzogen, so hat der rechtswidrig handelnde Gesellschafter Verzugszinsen ab der Entziehung zu entrichten.**

BGH, Urt. v. 13.12.2007 - IX ZR 116/06

Kz.: L I 1 – § 826 BGB

Fax-Abruf-Nr.: **10803**

#### **Problem**

Der Beklagte war alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer einer GmbH. In vier Teilbeträgen überwies er am 3., 7., 8. und 10.9.2004 aus dem Vermögen der Schuldnerin eine „Sondervergütung“ in Höhe von insgesamt 70.000.– € auf sein eigenes Bankkonto. Bereits am 20.9.2004 stellte er Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der GmbH. Die Insolvenz wurde alsdann eröffnet. Der Insolvenzverwalter forderte diesen Geldbetrag zurück und begehrte zugleich Verzugszinsen ab dem jeweiligen Folgetag der einzelnen Überweisungen.

#### **Entscheidung**

Der BGH gab der Klageforderung vollumfänglich statt. Anspruchsgrundlage ist zum einen der Rückgewähranspruch nach erfolgreicher Insolvenzverwalteranfechtung gem. § 143 Abs. 1 InsO. Dieser Rückgewähranspruch kann nur vom Insolvenzverwalter geltend gemacht werden. Daher entsteht das Anfechtungsrecht auch erst mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Zugleich wird damit der Rückgewähranspruch fällig, weil nach neuem Verständnis die Insolvenzanfechtung keiner gesonderten Erklärung bedarf (BGHZ 135, 140, 151 = NJW 1997, 1857; BGHZ 171, 38, 44 = MDR 2007, 678 = NZI 2007, 630).

Gleichzeitig bejaht der BGH aber auch einen Anspruch wegen Existenzvernichtung nach § 826 BGB (BGHZ 173, 246 = DNotZ 2008, 213 = NJW 2007, 2689 „Trihotel“). Eine Existenzvernichtung liegt vor, wenn der Gesellschafter auf die Zweckbindung des Gesellschaftsvermögens keine angemessene Rücksicht nimmt, indem er der Gesellschaft durch offene oder verdeckte Entnahmen ohne angemessenen Ausgleich Vermögenswerte entzieht, die sie zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten benötigt, und sie dadurch in die Insolvenz führt oder eine bereits bestehende Insolvenz vertieft. Der existenzvernichtende Eingriff ist sittenwidrig, weil die Gesellschaft dadurch um Vermögen gebracht wird, das sie zur vorrangigen Befriedigung ihrer Gläubiger benötigt.

Hier liegt ein solcher existenzvernichtender Eingriff vor, weil die hier für den Fall einer Krise vorgesehene zusätzliche Vergütung unzulässig ist, zumal der Schuldnerin als Gegenleistung auch keine Vorteile zugeflossen waren (vgl. BGHSt 50, 333, 337 = NJW 2006, 522 „Mannesmann“).

Mit der rechtswidrigen Entziehung der ihm nicht zustehenden Geldbeträge geriet der Beklagte unmittelbar gem. § 286 Abs. 2 Nr. 4 BGB in Verzug. Der BGH musste daher nicht entscheiden, ob § 849 BGB einschlägig ist oder ob der geltend gemachte Zinsanspruch unter dem Gesichtspunkt gezogener Nutzungen bzw. schuldhaft nicht bezogener Nutzungen begründet ist.

---

**GenG a.F. § 39 Abs. 1, BGB §§ 134, 139, 141 Abs. 1, 177 Abs. 1, 184, 626 Abs. 1**  
**Aufsichtsratsvorsitzender einer Genossenschaft kann diesen nicht in der Willensbildung vertreten (sondern nur beim Vollzug von Aufsichtsratsbeschlüssen bei entsprechender Bevollmächtigung)**

a) Der Aufsichtsratsvorsitzende kann den Aufsichtsrat einer Genossenschaft in der Willensbildung zum Abschluss oder zur Änderung des Dienstvertrags mit dem Vorstand nicht vertreten.

b) Die Vereinbarung einer Abfindungszahlung in einem Dienstvertrag mit dem Vorstand für den Fall der außerordentlichen Kündigung durch die Genossenschaft ist unwirksam, weil sie das Recht zur Kündigung aus einem wichtigen Grund unzumutbar erschwert (Anschluss an Sen. Urt. v. 3. Juli 2000 – II ZR 282/98, ZIP 2000, 1442).

BGH, Urt. v. 17.3.2008 – II ZR 239/06  
Kz.: L V 4 – § 39 GenG a. F.  
Fax-Abruf-Nr.: 10804

#### **Problem**

Der Vorstandsvorsitzende einer Wohnungsbaugenossenschaft schloss mit dem Aufsichtsratsvorsitzenden als Vertreter des Aufsichtsrats einen Aufhebungsvertrag für seinen Dienstvertrag, der u. a. eine Regelung über Abfindung und Übergangsgeld enthielt. Danach bestätigte der Aufsichtsrat den laut Beschlussantrag „rechtswirksam abgeschlossenen“ Aufhebungsvertrag. Später verlangte die Genossenschaft die Rückzahlung der Abfindung und des Übergangsgeldes.

#### **Entscheidung**

Nach der Entscheidung des BGH muss der Vorstandsvorsitzende die erhaltene Abfindung und das Übergangsgeld zurückerzahlen, da es an einer wirksamen vertraglichen Vereinbarung fehle. Dabei könne dahinstehen, ob der Aufsichtsrat das für den Abschluss des Aufhebungsvertrages zuständige Organ der Genossenschaft war. Denn jedenfalls habe der Aufsichtsrat den von seinem Vorsitzenden geschlossenen Vertrag nicht genehmigt.

Der Aufsichtsrat der Genossenschaft könne – ebensowenig wie der Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft (BGHZ 41, 282, 285 = MDR 1964, 576 = NJW 1964, 1367) – nicht von seinem Vorsitzenden bei der Willensbildung vertreten werden. Der Aufsichtsratsvorsitzende könne aufgrund einer besonderen Bevollmächtigung einen Aufsichtsratsbeschluss

vollziehen und dabei den Aufsichtsrat vertreten, aber nicht vor einem Beschluss des Aufsichtsrats Verträge mit dem Vorstand abschließen.

Der Aufsichtsrat habe den Vertrag jedenfalls deshalb nicht genehmigt, weil er dabei davon ausgegangen sei, dass der Aufhebungsvertrag bereits durch den Aufsichtsratsvorsitzenden wirksam abgeschlossen war, und er daher seinen Beschluss als bloße Formalie ansah.

---

#### **EG Art. 43, 48, 234; EGBGB Internationales Gesellschaftsrecht**

**Aufgrund der europarechtlichen Niederlassungsfreiheit muss das nationale Gesellschaftsrecht eine Verlegung des Verwaltungssitzes einer Gesellschaft in das EU-Ausland zulassen**

Angesichts der vorstehenden Erwägungen schlage ich dem Gerichtshof vor, die vom Szegedi Ítéletábla vorgelegten Fragen wie folgt zu beantworten:

1. In einem Fall wie dem vorliegenden kann ein Rechtsmittelgericht dem Gerichtshof in einem Rechtsmittelverfahren gegen den Beschluss eines unteren Gerichts Vorabentscheidungsfragen vorlegen, auch wenn weder das Verfahren vor dem unteren Gericht noch das Rechtsmittelverfahren streitigen Charakter hat.

2. Der Umstand, dass ein Rechtsmittel gegen eine Entscheidung eines nationalen Gerichts auf Rechtsfragen beschränkt ist und nicht automatisch aufschiebende Wirkung entfaltet, impliziert keine Vorlagepflicht dieses Gerichts nach Art. 234 Abs. 3 EG.

3. Art. 234 EG verbietet die Anwendung nationaler Vorschriften, nach denen nationale Gerichte verpflichtet sein können, ein Vorabentscheidungsersuchen auszusetzen oder zurückzuziehen.

4. Art. 43 EG und 48 EG stehen nationalen Vorschriften entgegen, die eine nach nationalem Recht gegründete Gesellschaft daran hindern, ihren operativen Geschäftssitz in einen anderen Mitgliedsstaat zu verlegen.

EuGH, Schlussantrag des Generalanwaltes v. 22.5.2008 – C-210/06 (Cartesio)  
Kz.: R 4100 – EGBGB Internat. Gesellschaftsrecht  
Fax-Abruf-Nr.: 10805

#### **Problem**

Die in Ungarn nach dortigem Recht gegründete und ansässige Kommanditgesellschaft „Cartesio“ wollte ihren „operativen Geschäftssitz“ nach Italien verlegen und beantragte eine entsprechende Handelsregistereintragung beim ungarischen Handelsregister. Das ungarische Handelsregister hielt die Sitzverlegung in einen anderen EU-Mitgliedsstaat für unzulässig; die Gesellschaft müsse sich zunächst in Ungarn auflösen und anschließend nach italienischem Recht neu gründen. Das ungarische Rechtsmittelgericht legte dem EuGH verschiedene Fragen zur Vorabentscheidung vor.

#### **Schlussantrag des Generalanwaltes**

In seinem Schlussantrag schlägt der Generalanwalt dem EuGH vor, die vierte Vorlagefrage dahingehend zu beantworten, dass die europarechtliche Niederlassungsfreiheit

nach Art. 43 und 48 EG nationalen Vorschriften entgegenstehe, die eine nach nationalem Recht gegründete Gesellschaft daran hindern, ihren operativen Geschäftssitz in einen anderen Mitgliedsstaat zu verlegen.

## Literaturhinweise

**R. Schröder/L. Bergschneider (Hrsg.), Familienvermögensrecht, 2. Aufl., Gieseking Verlag, Bielefeld 2007, 1645 Seiten, 128.– €**

Das nunmehr in zweiter Auflage erschienene Werk enthält eine umfassende Darstellung der vermögensrechtlichen Probleme, die innerhalb familienrechtlicher Strukturen auftreten können. Es beschränkt sich dabei nicht auf die vermögensrechtlichen Wirkungen der Ehe, sondern behandelt auch die vermögensrechtlichen Beziehungen in **nichteheulichen Lebensgemeinschaften** und die in der notariellen Praxis wichtige Vermögensverwaltung und -übertragung bei **Kindern**. Für die Praxis hilfreich sind außerdem die Ausführungen zu den **steuerrechtlichen** Beziehungen zwischen Ehegatten bzw. in Bezug auf Kinder oder Immobilien, wie auch beispielsweise die Darstellung der Teilungsversteigerung. Dabei gewinnt das nicht gerade dünne Buch insgesamt durch zahlreiche Grafiken, Tabellen und Checklisten, die das Buch zu einem trotz des erheblichen Umfangs **übersichtlichen und v. a. kompetenten Ratgeber** machen.

**Dr. Gabriele Müller**

**G. Wiemer, Inhaltskontrolle von Eheverträgen – Eine kritische Auseinandersetzung mit der Kernbereichslehre des BGH –, Gieseking Verlag, Bielefeld 2007, 280 Seiten, 64.– €**

Wie der Untertitel schon verrät, handelt es sich bei der angezeigten **Dissertation** um eine kritische Auseinandersetzung mit der „Kernbereichslehre“, die der BGH in seinem grundlegenden Urteil vom 11.2.2004 entworfen und seither fortlaufend konkretisiert hat. Ein Schwerpunkt der Arbeit liegt in der Analyse der Kontrollinstrumente der §§ 138 Abs. 1, 242 BGB vor dem Hintergrund der BGH-Rechtsprechung. Im Ergebnis bemängelt der Autor, dass der Versuch der Schaffung allgemein verbindlicher Kriterien bislang nicht erhöhte Rechtssicherheit geschaffen habe und plädiert daher für eine einzelfallbezogene ehevertragliche Inhaltskontrolle. Insgesamt ein lesenswertes Buch, das zum Nachdenken über die Ehevertragsfreiheit und deren Grenzen anregt.

**Dr. Gabriele Müller**

**C. Berringer/R. Menzel, Das neue Unterhaltsrecht – Folgen für die notarielle Praxis, MittBayNot 2008, 165**

**A. Bruch, Zuwendungen unter Ehegatten – ein Überblick über Abgrenzungsfragen und Gestaltungsmöglichkeiten, MittBayNot 2008, 173**

**P. Derleder/J. H. Sommer, Die sachenrechtlichen Rahmenbedingungen der Windkraftanlagen, ZfIR 2008, 325**

**M. Drasdo, Zur Rechtsfrage der Führung der Beschlussammlung, ZWE 2008, 169**

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu 2 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. Christian Hertel, Gerberstraße 19, 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.

**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  
Haugerpfarrgasse 9, 97070 Würzburg