

Berlin

Hartmut Gaßner
Dr. Klaus-Martin Groth
Wolfgang Siederer
Katrin Jänicke
Angela Zimmermann
Caroline von Bechtolsheim
Dr. Achim Willand
Dr. Jochen Fischer
Dr. Frank Wenzel
Dr. Maren Wittzack
Dr. Gerrit Aschmann
Dr. Georg Buchholz
Jens Kröcher
Dr. Sebastian Schattenfroh
Dr. Jörg Beckmann
Dr. Joachim Wrase
Isabelle-Konstanze Charlier, M.E.S.
Dr. Markus Behnisch
Wiebke Richmann
Annette Sander
Julia Biermann
Alexandra Pyttlik
Linus Viezens
Grigori Lagodinsky
Dr. Julia-Pia Schütze, LL.M.
Dorothee Hoffmeister

Augsburg

Dr. Thomas Reif
Robert Kutschick
Dr. Valentin Köppert, LL.M.

Berlin, 10.09.2014

**Privatrechtliche Instrumente
zur Sicherung des „bezahlbaren“ Dauerwohnens
auf der Insel Sylt**

im Auftrag
des Inselbauamtes Sylt, stellvertretend für die Sylter Gemeinden
List, Kampen, Wenningstedt-Braderup, Sylt und Hörnum

Rechtsanwältin
Dr. Maren Wittzack
Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht
Dr. Gerrit Aschmann

Inhaltsverzeichnis

Teil A Einleitung: Sachverhalt und Gegenstand des Gutachtens	4
Teil B Die einzelnen privatrechtlichen Sicherungsinstrumente	8
I. Allgemeine öffentlich- und privatrechtliche Grundsätze vertraglicher Sicherungsinstrumente des Dauerwohnens	10
1. Öffentlich-rechtlicher Rahmen des Handelns in Privatrechtsform	10
2. § 11 BauGB	12
3. AGB-Recht.....	14
4. Verhältnis zur Wohnraumförderung.....	15
II. Sicherung des Vertragszwecks „Dauerwohnen“ bei kommunalen Grundstücksveräußerungen	16
1. Grundstücksveräußerungen ohne planungsrechtliche Absicherung des Dauerwohnens	18
a) Schuldrechtliche Fixierung der Nutzungsbeschränkungen und Bindungsdauer.....	18
aa) Dauerwohnen.....	19
bb) „Bezahlbarkeit“	21
b) Unmittelbare Sicherungsinstrumente: Beschränkt persönliche Dienstbarkeit.....	24
aa) Dauerwohnen als Inhalt einer Dienstbarkeit?	24
bb) Wohnungsbelegungsrechte und Mietobergrenzen	27
c) Flankierende Ergänzungsregelungen	29
d) Mittelbare Sicherungsinstrumente: Wiederkaufsrecht, Nachzahlungs- bzw. Mehrerlösklauseln.....	31
aa) Wiederkaufsrecht	32
bb) Nachforderungs- bzw. Mehrerlösklauseln.....	33
e) Zwischenergebnis	34
2. Gemeindliche Grundstücksveräußerungen im Kontext planungsrechtlicher Festsetzungen zum „Dauerwohnen“	35
III. Erbbaurechtsverträge	39

1.	Vereinbarungen über die Errichtung, Instandhaltung und Verwendung des Bauwerkes, § 2 Nr. 1 ErbbauRG.....	40
2.	Rechtliche Absicherung des Verwendungszwecks.....	43
3.	Mittelbare Sicherungsinstrumente: Heimfall und Vertragsstrafe.....	44
	a) Heimfall, § 2 Nr. 4 ErbbauRG	44
	b) Vertragsstrafe, § 2 Nr. 5 ErbbauRG.....	44
	c) Ausübungsvoraussetzungen.....	45
4.	Flankierendes schuldrechtliches Sicherungsinstrumentarium.....	45
5.	Besonderheiten aufgrund der unabdingbaren Veräußerlichkeit des Erbbaurechts	48
	a) Grundsätze.....	48
	b) Wahrung des Verwendungszweckes	50
	aa) Dauerwohnen.....	50
	bb) „Bezahlbarkeit“	50
6.	Bewertung: Vergleich Grundstücksveräußerung/Erbbaurecht	56
IV.	Städtebauliche Verträge im Zusammenhang mit Bebauungsplanverfahren ohne Grundstücksveräußerung.....	57
	1. Rechtfertigung privatrechtlicher Nutzungsbeschränkungen	57
	2. Spezifisches Sicherungsmittel: Ankaufsrecht.....	59
V.	Kommunale Kooperation mit kollektiv ausgerichteten Wohnformen.....	60
	1. Wohnungsgenossenschaften	62
	a) Satzungsregelungen mit relevantem Bezug zum bezahlbaren Dauerwohnen	62
	b) Kooperation der Gemeinde mit der Genossenschaft.....	66
	2. Baugemeinschaften	68
	a) Gesellschaftsvertrag.....	69
	b) Teilungserklärung und Gemeinschaftsordnung	71
	c) Kooperationsvertrag	75
	3. Vergleich Wohnungsgenossenschaft/Baugemeinschaft.....	76
	Teil C Zusammenfassung der Ergebnisse und Handlungsempfehlungen	78

Teil A

Einleitung: Sachverhalt und Gegenstand des Gutachtens

Das – viele Fremdenverkehrsgemeinden betreffende – Problem eines Mangels an bezahlbarem Wohnraum für die ortsansässige Bevölkerung stellt sich auf der Insel Sylt in ganz besonders gravierender Art und Weise. Dies ist nicht zuletzt auf die infolge der naturräumlichen Gegebenheiten beschränkten Erweiterungsmöglichkeiten für den Wohnungsbau sowie auf die herausragende Stellung, die die Insel Sylt unter den Fremdenverkehrsstandorten einnimmt, zurückzuführen. Die Entwicklung ist insbesondere seit den 1960er Jahren durch eine Verdrängung des Dauerwohnraums durch Ferienwohnungen („touristische Wohnungen“) bzw. „eigengenutzte Zweitwohnungen“ geprägt. In den letzten Jahren hat sich die Entwicklung dahingehend akzentuiert, dass auch Ferienwohnungen – d.h. Wohnungen mit wechselnder Nutzerstruktur – durch eigengenutzte Zweitwohnungen verdrängt werden.

Nach der Bestandsaufnahme der Sylter Gemeinden haben diese Prozesse mittlerweile bedrohliche Formen angenommen: Es kommt zu sinkenden Einwohnerzahlen, die Orte werden außerhalb der Saison, öffentliche Infrastrukturen leiden an Minderauslastung und die Fremdenverkehrsfunktion der Insel wird zunehmend ausgehöhlt. Die Folgen für die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Strukturen der Insel werden mittlerweile als existenzbedrohend angesehen.

Die Problematik wurde auch auf landes- und regionalplanerischer Ebene erkannt. Der Regionalplan für den Planungsraum V (Schleswig-Holstein Nord) aus dem Jahr 2002 formuliert für die städtebauliche Entwicklung auf der Insel Sylt Ziele und Grundsätze, die die bauliche Entwicklung stark beschränken und dazu dienen sollen, die o.g. Verdrängungsprozesse zu stoppen. So ist insbesondere gemäß Nr. 4.1 Abs. 7 des Regionalplans für den Planungsraum V im Unterabs. 3 als Ziel aufgestellt, dass *„aufgrund der Engpässe bei der Versorgung der einheimischen Bevölkerung mit Wohnungen (...) auf den Inseln Sylt, Amrum und Föhr eine Bauleitplanung zur Errichtung neuer Zweitwohnungen nicht mehr vertretbar“* ist. Gemäß dem Ziel in Nr. 6.4.2 Nr. 2 des Regionalplans für den Planungsraum V soll der künftige Wohnungsneubau *„planerisch nur noch den tatsächlichen Bedarf der einheimischen Bevölkerung decken. Er darf erst im Einzelnen realisiert werden, wenn jeweils sichergestellt ist, dass keine Umnutzungen zu Zweitwohnungen, Ferienwohnungen und anderen Tourismusangeboten erfolgen (z.B. Entwicklung neuer Wohnbauflächen nur auf der Grundlage gemeindlichen Eigentums bzw. von Erbbaurechtsverträgen oder in Kooperation mit öffentlich-rechtlichen Wohnungsbauträgern oder Kreditinstituten mit entsprechenden gemeind-*

lichen Bindungsoptionen). Neue Wohnungen für Personal von Tourismus und anderen Gewerbebetrieben sind wegen Beschränkungen für einheimischen Wohnungsbau nur sehr begrenzt möglich.“ Die zuständige Landesplanungsbehörde hat in verschiedenen Bebauungsplanverfahren der Gemeinden der Insel Sylt deutlich gemacht, dass es als zielwidrig und daher unter dem Aspekt des § 1 Abs. 4 BauGB¹ nicht zustimmungsfähig anzusehen sei, wenn nicht das gesamte – öffentlich- und privatrechtliche – Instrumentarium zur Absicherung des Dauerwohnens eingesetzt werde.

Um die genannten Verdrängungsprozesse zu stoppen bzw. umzukehren und um den Zielen der Landes- und Regionalplanung gerecht zu werden, bringen die Sylter Gemeinden seit Jahren eine große Bandbreite rechtlicher Instrumentarien zum Einsatz, die im Einzelnen und in ihrer Koordination untereinander eine Vielzahl von rechtlichen Problemen auf der Regelungs- und Vollzugsebene aufweisen. Zur Steigerung der Effizienz der in Betracht kommenden Rechtsinstrumente, zur Gewährleistung ihrer Rechtswirksamkeit und Rechtsicherheit sowie zur weitgehenden Standardisierung der einzelnen Regelungsansätze ist jedoch eine Gesamtbetrachtung erforderlich, die insbesondere auch die Koordination privat- und öffentlich-rechtlicher Instrumentarien auf der Grundlage eines gesicherten Datenbestandes in den Blick nimmt. Zu diesem Zweck haben die Sylter Gemeinden die Erarbeitung eines insularen Entwicklungskonzeptes eingeleitet, das sich im Handlungsfeld „Wohnen“ ausschließlich der Sicherung und Erweiterung des Dauerwohnens auf der Insel Sylt widmet. Auf der Grundlage eines weitgehend fertiggestellten Wohnungsmarktkonzeptes zur Ermittlung des insularen/örtlichen Wohnungsbedarfs sollen die Teilbereiche öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Instrumente zur Sicherung und Erweiterung des Dauerwohnraums durch entsprechende Rechtsgutachten durchdrungen werden. Hinsichtlich der öffentlich-rechtlichen Instrumente liegt ein Rechtsgutachten über die Möglichkeiten der städtebaurechtlichen Steuerung der „Wohnarten“ Dauerwohnen, touristisches Wohnen und Zweitwohnungsnutzung durch Fremdenverkehrsgemeinden von Prof. Dr. Martin Wickel in vorläufiger Fassung vor. Die für die rechtsgutachterliche Würdigung der privatrechtlichen Sicherungsinstrumente des Dauerwohnens wesentlichen Ergebnisse des städtebaulichen Gutachtens sind folgende:

¹ „§ 1 (4) Die Bauleitpläne sind den Zielen der Raumordnung anzupassen.“

- Im Zusammenhang mit Fremdenverkehrssatzungen gemäß § 22 BauGB²: Ein Anspruch auf Genehmigung der Begründung von Wohnungseigentum bestehe auch dann nicht, wenn die Unterlassung einer Zweitwohnungsnutzung durch beschränkt persönliche Dienstbarkeit abgesichert wird.
- Im Zusammenhang mit Bebauungsplänen: Es ist möglich, die ausschließlich Freizeitzwecken dienende Zweitwohnungsnutzung im Wege der planerischen Feinsteuerung (§ 1 Abs. 5 und 9 BauNVO)³ aus der allgemein zulässigen Wohnnutzung auszuschließen.

Im Rahmen von Sondergebietsausweisungen ist die Festsetzung „Wohngebäude mit dauerwohnlicher Nutzung“ eine zulässige Festsetzung als eigenständige Nutzungsart.⁴

Die Dauerwohnnutzung kann bauplanungsrechtlich auch durch vorhabenbezogene Bebauungspläne festgesetzt werden.

- Im Zusammenhang mit städtebaulichen Verträgen: Aufgrund der aus der Rechtsprechung zu sogenannten Einheimischen-Modellen abgeleiteten Notwendigkeit einer Befristung der spezifischen Nutzungsverpflichtung scheiden diese als Instrument zur *unbefristeten* Absicherung von Dauerwohnbindungen aus.

Nunmehr sollen auch die privatrechtlichen Instrumente zur rechtlichen Sicherung einer Dauerwohnnutzung sowie deren Koordination mit den herausgearbeiteten öffentlich-rechtlichen Instrumenten im Rahmen eines Rechtsgutachtens untersucht werden. Mit der

² „§ 22 (1) Die Gemeinden, die oder deren Teile überwiegend durch den Fremdenverkehr geprägt sind, können in einem Bebauungsplan oder durch eine sonstige Satzung bestimmen, dass zur Sicherung der Zweckbestimmung von Gebieten mit Fremdenverkehrsfunktionen die Begründung oder Teilung von Wohnungseigentum oder Teileigentum (§ 1 des Wohnungseigentumsgesetzes) der Genehmigung unterliegt. (...)“

³ „§ 1 (5) Im Bebauungsplan kann festgesetzt werden, dass bestimmte Arten von Nutzungen, die nach den §§ 2, 4-9 und 13 allgemein zulässig sind, nicht zulässig sind oder nur ausnahmsweise zugelassen werden können, sofern die allgemeine Zweckbestimmung des Baugebietes gewahrt bleibt.“

„§ 1 (9) Wenn besondere städtebauliche Gründe dies rechtfertigen, kann im Bebauungsplan bei Anwendung der Absätze 5 bis 8 festgesetzt werden, dass nur bestimmte Arten der in den Baugebieten allgemein oder ausnahmsweise zulässigen baulichen oder sonstigen Anlagen zulässig oder nicht zulässig sind oder nur ausnahmsweise zugelassen werden können.“

⁴ Vgl. Wickel, Vorläufiges Rechtsgutachten, S. 124/125 sowie S. 17. Das reine SO“ Dauerwohnen“ war nach den Ausführungen des Vorläufigen Rechtsgutachtens jedoch noch nicht Gegenstand einer verwaltungsgerichtlichen Kontrolle, so dass dessen Gerichtsfestigkeit offengelassen werden muss. Für das vorliegende Gutachten kommt es indes lediglich darauf an, dass überhaupt bauplanungsrechtliche Festsetzungen zum Dauerwohnen zulässig sind.

Erstellung dieses Rechtsgutachtens haben die Sylter Gemeinden das Anwaltsbüro [GGSC] beauftragt.

Neben der vorläufigen Fassung des Rechtsgutachtens von Herrn Prof. Dr. Martin Wickel hat das Inselbauamt Sylt dem Anwaltsbüro [GGSC] eine Reihe von Vertragsbeispielen aus der Rechtspraxis der letzten Jahre überlassen. Dabei handelt es sich einerseits um Grundstückskaufverträge und Erbbaurechtsverträge bzw. Kaufverträge über ein Wohnungserbbaurecht, andererseits um (sonstige) städtebauliche Verträge bzw. Vertragsentwürfe im Zusammenhang mit Bebauungsplanverfahren sowie diverse diesbezügliche Stellungnahme und entsprechenden Schriftverkehr der Beteiligten. Die überlassenen Verträge, Vertragsentwürfe und diesbezüglichen Stellungnahmen sind im Rahmen des Rechtsgutachtens zu bewerten und zu berücksichtigen.

Der Darstellung und Analyse der einzelnen privatrechtlichen Sicherungsinstrumente werden allgemeine Ausführungen zu den rechtlichen Rahmenbedingungen vorangestellt. Sodann sind die privatrechtlichen Sicherungsinstrumente spezifisch im Hinblick auf die drei Grundkonstellationen – Veräußerung gemeindeeigener Grundstücke, Erbbaurechtsverträge an gemeindeeigenen Grundstücken sowie (sonstige) städtebauliche Verträge im Zusammenhang mit Bebauungsplan- und Genehmigungsverfahren – zu untersuchen und zu bewerten.

Ein Schwerpunkt der Bearbeitung wird dabei auf der Frage liegen, ob und inwieweit die privatrechtlichen Sicherungsinstrumente geeignet sind,

- *bezahlbaren* Dauerwohnraum,
- *nachhaltig*, d.h. unbefristet

abzusichern. Insbesondere die Untersuchung der Eignung beschränkter persönlicher Dienstbarkeiten zur Absicherung des Dauerwohnens wird sich daher auch mit der Frage einer dinglichen Sicherung von Festlegungen zur Miethöhe und zur Zielgruppe durch Wohnungsbelegungsrechte befassen. In diesem Zusammenhang ist auch zu prüfen, ob eine „Ablöse“ von der Verpflichtung zur Dauerwohnnutzung (vergleichbar einer Stellplatzabläse) zulässig ist.

Im Rahmen der Darstellung der Vor- und Nachteile der privatrechtlichen Sicherungsinstrumente wird insbesondere auch die „Vollzugsebene“ mit dem Ziel untersucht, wie das „Vertragscontrolling“ effizient gestaltet werden kann. Die Vollzugsebene ist Gegenstand des

[GGSC]-Gutachtens „Möglichkeiten der Effektivierung des Vollzugs privat- bzw. öffentlich-rechtlicher Dauerwohnpflichten“.

Neben dem Entwurf von Textbausteinen für Standardlösungen zur vertraglichen bzw. dinglichen Absicherung der jeweiligen Pflichten untersucht das Gutachten zudem die Kombinationsmöglichkeiten privatrechtlicher Instrumente mit den öffentlich-rechtlichen bzw. planungsrechtlichen Instrumenten, die im Gutachten von Prof. Dr. Martin Wickel herausgearbeitet wurden. Dabei wird insbesondere die Frage berücksichtigt, inwieweit das privatrechtliche Instrumentarium durch öffentlich-rechtliche Vorgaben überlagert wird und inwieweit eine Vorrangigkeit des öffentlich-rechtlichen Instrumentariums gegeben ist, aus der sich eine Einschränkung des Einsatzes privatrechtlicher Regelungen ergibt.

In einem eigenen Abschnitt wird schließlich das Gutachten die *mittelbaren* Steuerungsmöglichkeiten zum Dauerwohnen umreißen, die darin bestehen, kollektive Wohnformen zu fördern, die aufgrund der persönlichen Zielsetzungen der Beteiligten (in Wohnungsbau-genossenschaften oder Baugruppen/Bauherrengemeinschaften) geeignet erscheinen, den Sicherungsinstrumenten zum Dauerwohnen besonderen Nachdruck zu verleihen. In diesem Zusammenhang sollen die spezifischen Kooperationsformen der Gemeinde mit den genannten Gruppierungen beleuchtet, die jeweiligen Rechtsgrundlagen dargestellt und Ansätze vertraglicher Rahmenregelungen zur Kooperation entwickelt werden.

Schließlich soll auch die Frage behandelt werden, ob bzw. welche Steuerungsmöglichkeiten den Sylter Gemeinden zur Verfügung stehen, soweit es um Grundstücksverkäufe Dritter (BlmA bzw. Private) geht. Diesbezügliche Ausführungen zu dem insoweit insbesondere in Betracht kommenden gemeindlichen Vorkaufsrecht enthält das [GGSC]-Ergänzungsgutachten „Strategien, um Zugriff auf Grundstücke zur Wohnraumversorgung zu erlangen: Vorkaufsrecht, Enteignung, Städtebaulicher Vertrag“.

Teil B

Die einzelnen privatrechtlichen Sicherungsinstrumente

Prägendes Merkmal der nachfolgend zu behandelnden privatrechtlichen Sicherungsinstrumente des Dauerwohnens ist ihr öffentlich-rechtlicher Zweck, der Förderung und Sicherung der mit der Bauleitplanung verfolgten sowie sonstiger städtebaulicher Ziele zu dienen. Daher handelt es sich unabhängig von der Zuordnung des einzelnen Sicherungsinstruments zum Privatrecht um Städtebauliche Verträge im Sinne des § 11 Abs. 1 BauGB, die

jedenfalls an den Vorgaben des § 11 Abs. 2 BauGB⁵ – Angemessenheitsgebot und Kopplungsverbot – zu messen und in aller Regel – aufgrund ihres privatrechtlichen Klauselcharakters – darüber hinaus aber auch einer Inhaltskontrolle nach den §§ 307 ff. BGB zu unterziehen sind. Der Bundesgerichtshof hat sich einer Entscheidung zur ausschließlichen Zuordnung zu dem einen oder dem anderen Rechtsregime bislang enthalten⁶.

Diesem Ansatz folgend, soll im Folgenden vor der Untersuchung der Effizienz und Grenzen einzelner privatrechtlicher Sicherungsinstrumente ein Überblick über den allgemeinen öffentlich-rechtlichen und zivilrechtlichen Rahmen gegeben werden, den derartige Regelungen zu beachten haben. Dabei ist bereits an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass sich die verwaltungs- und zivilgerichtliche Rechtskontrolle nicht auf die jeweilige vertragliche Vereinbarung selbst beschränkt, sondern darüber hinaus auch das „Ob“ und „Wie“ der *Anwendung* der einzelnen Sicherungsmittel im Falle eines Verstoßes oder eines Ausnahmebegehrens einer die konkreten Umstände des Einzelfalls in den Blick nehmenden Verhältnismäßigkeitskontrolle unterzieht. Das rechtsstaatliche Übermaßverbot ist folglich nicht nur auf der Ebene der *Vertragsgestaltung*, sondern insbesondere auch auf der Ebene des *Vertragsvollzuges* zwingend zu beachten.

Im Anschluss an den nachfolgenden Überblick sollen die einzelnen Sicherungsinstrumente einer spezifischen Bewertung im jeweiligen Kontext – Grundstücksveräußerung durch die Gemeinde, Bestellung/Veräußerung eines Erbbaurechts durch die Gemeinde sowie vertragliche Regelung im Zusammenhang mit Bebauungsplanverfahren – untersucht werden. Im Hinblick darauf, dass das Ziel, das Dauerwohnen zu fördern und abzusichern, dem Ziel, die einheimische Bevölkerung mit angemessenem Wohnraum zu versorgen, sehr weit angenähert ist, können die Aussagen der sehr zahlreichen Rechtsprechung und Literatur zu den sogenannten Einheimischen-Modellen grundsätzlich auf vertragliche Regelungen zur Absicherung des Dauerwohnens übertragen, zumindest aber berücksichtigt werden. Auf einen für die Bewertung der rechtlichen Zulässigkeit einzelner Sicherungsregelungen bedeutsamen Unterschied zwischen „Dauerwohn-Modellen“ und Einheimischen-Modellen ist bereits an dieser Stelle hinzuweisen. Während Einheimischen-Modelle auf eine Nutzergruppe Bezug nehmen, deren Berücksichtigung einer bauleitplanerischen Festsetzung nicht zugänglich ist⁷, stellt das Dauerwohnen eine Nutzungsstruktur dar, die – wenn auch in umstrittenem Umfang – einer bauleitplanerischen Festsetzung zugänglich ist, so dass insoweit

⁵ „§ 11 (2) Die vereinbarten Leistungen müssen den gesamten Umständen nach angemessen sein. Die Vereinbarung einer vom Vertragspartner zu erbringenden Leistung ist unzulässig, wenn er auch ohne sie einen Anspruch auf die Gegenleistung hätte.“

⁶ Vgl. BGH, Urteil vom 16.04.2010 – V ZR 175/09 – ZfBR 2010, 686; NJW 2010, 3505.

⁷ Vgl. BVerwGE 92, 56 zum sogenannten „Weilheimer Modell“.

ein Ineinandergreifen bauplanungsrechtlicher und privatrechtlicher Regelungen möglich ist. Die insofern eröffneten Gestaltungsspielräume gilt es nachfolgend insbesondere in den Blick zu nehmen.

I. Allgemeine öffentlich- und privatrechtliche Grundsätze vertraglicher Sicherungsinstrumente des Dauerwohnens

1. Öffentlich-rechtlicher Rahmen des Handelns in Privatrechtsform

Die Berechtigung juristischer Personen des öffentlichen Rechts, in Formen des Privatrechts zu handeln, ist im Grundsatz allgemein anerkannt. Allerdings unterliegen Staat und Gemeinden dabei vielfältigen allgemeinen und bereichsspezifischen Bindungen. Unabhängig von ihrer grundsätzlich anzuerkennenden Privatrechtsfähigkeit ist es für das Handeln des Staates und der Gemeinden in Formen des Privatrechts von grundlegender Bedeutung, dass ihnen weder Privatautonomie noch Vertragsfreiheit zukommt. Das privatrechtliche Instrumentarium stellt in diesem Sinne einen öffentlich-rechtlich eingebundenen „Technischen Normenkomplex“ zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben dar.⁸ Bedient sich die Gemeinde privatrechtlicher Rechts- oder Organisationsformen, so übt sie selbstverständlich weiterhin „vollziehende Gewalt“ aus und ist damit gemäß Art. 1 Abs. 3 GG⁹ an die Grundrechte gebunden. Die Gemeinde begibt sich zwar ihrer hoheitlichen Vollstreckungsbefugnisse, wenn sie in Formen des Privatrechts handelt, unterliegt daher aber nicht minder dem im allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 GG) verankerten Willkürverbot. Infolge des Willkürverbots ist die Gemeinde zwingend gehalten, ihre Maßnahmen zur Sicherung bezahlbaren Dauerwohnraums konzeptionell einzubinden, d.h., sich an ein Handlungskonzept zu binden und somit auch die Vorhersehbarkeit für Dritte zu gewährleisten.

Ferner sind die im Verfassungsrecht angelegten Kompetenzregelungen zu beachten, wonach sich die Gemeinde nur der Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft annehmen darf (Art. 28 GG)¹⁰, während Maßnahmen mit primär überörtlicher Bedeutung dem Selbstverwaltungsrecht entzogen sind. Im Hinblick da-

⁸ Vgl. Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, Seiten 86 ff.

⁹ „Art. 1 (3) Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht.“

¹⁰ „Art. 28 (2) Den Gemeinden muss das Recht gewährleistet sein, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln. (...)“

rauf, dass es sich beim Handeln der Gemeinde in Privatrechtsformen stets um *Verwaltungshandeln* handelt, sind jedenfalls auch die im Verwaltungsverfahrensgesetz modifizierten wesentlichen Grundsätze des Verwaltungshandelns beachtlich. Hierzu gehören insbesondere die Ausschluss- und Befangenheitsregeln (§§ 25, 21 VwVfG) sowie die Vorschriften zur Anhörung, Akteneinsicht und Geheimhaltung (§§ 28 bis 30 VwVfG).

Im Hinblick darauf, dass vorliegend städtebauliche Ziele verfolgt werden – die Sicherung von Dauerwohnstrukturen – sind zudem die spezifisch bauplanungsrechtlichen Bindungen und Vorgaben in den Blick zu nehmen. Ein explizites Verbot des Handelns in Privatrechtsformen ist im BauGB nicht geregelt. Jedoch stellen die im BauGB normierten Grundsätze der Bauleitplanung eine normative Gesamtkonzeption dar, die bei der Frage der Anwendbarkeit privatrechtlicher Instrumente zur Sicherung städtebaulicher Ziele nicht außer Betracht bleiben können. Primär ist insoweit das in § 1 Abs. 1 BauGB normierte Planmäßigkeit- und Kodifikationsprinzip zu benennen, wonach es Aufgabe der Bauleitplanung ist, „*die bauliche und sonstige Nutzung der Grundstücke in der Gemeinde nach Maßgabe dieses Gesetzbuches vorzubereiten und zu leiten*“. Nach ganz herrschender Meinung in Rechtsprechung und Literatur ist diesem Prinzip jedoch lediglich die allgemeine Leitlinie zu entnehmen, wonach die städtebauliche Entwicklung nicht dem freien Spiel der Kräfte überlassen werden darf, sondern durch Planung zu steuern und zu lenken ist, ohne insoweit die Rechtsformwahl auf das Mittel des Erlasses eines Bebauungsplans zu beschränken. Des Weiteren ist zu beachten, dass sich aus § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB im Einzelfall – nämlich bei Vorliegen einer städtebaulichen Erforderlichkeit – eine Planungspflicht der Gemeinde herleiten lässt¹¹. Ein dringendes, mit den Mitteln der Bauleitplanung lösbares bodenrechtliches bzw. städtebauliches Problem dürfte grundsätzlich geeignet sein, eine Planungspflicht zu erklären. Dies schließt indes nicht aus, flankierende städtebauliche Verträge abzuschließen. Gleiches gilt für den in § 1 Abs. 6 BauGB verankerten Grundsatz der Konfliktbewältigung. Dieser verlangt, dass die wesentlichen Ergebnisse der Abwägung ihren Niederschlag im Bebauungsplan selbst finden. Die von einer Zweitwohnungsnutzung hervorgerufenen Probleme lösen eine Vielzahl gesamtörtlicher Probleme aus und stellen ein derart gravierendes Bedrohungspotential für die Gemeinde dar, dass eine Verlagerung des Konflikts auf eine rein privatrechtliche Lösungsebene

¹¹ Vgl. *BVerwGE* 119, 25 (28 f.), § 1 Abs. 3 S. 1 BauGB lautet: „Die Gemeinden haben die Bauleitpläne aufzustellen, sobald und soweit es für die städtebauliche Entwicklung und Ordnung erforderlich ist.“

dem Gebot der Konfliktbewältigung nicht gerecht würde. Soweit folglich die Nutzungsstrukturen einer Festsetzung im Bebauungsplan zugänglich sind, dürfte ein Verzicht darauf in der Regel als abwägungsfehlerhaft anzusehen sein.

Soweit die tatsächlichen Voraussetzungen vorliegen, insbesondere ein investitionsbereiter Grundstückseigentümer gegeben ist, kann die Gemeinde den Weg eines vorhabenbezogenen Bebauungsplans gem. § 12 BauGB in Erwägung ziehen.¹² Hier kann eine genaue Nutzungsbeschreibung an die Stelle der Festsetzungen nach den Kategorien der BauNVO treten und die Planverwirklichung wird durch den zwingend erforderlichen Durchführungsvertrag gesichert.

Ob die planerische Festsetzungs*möglichkeit* des Dauerwohnens (etwa unter Berücksichtigung der Ziele der Landes- und Regionalplanung) stets zu einer Planung*pflicht* der Gemeinde führt, soweit eine entsprechende Erforderlichkeit i.S.d. § 1 Abs. 3 S. 1 BauGB festgestellt wurde, lässt sich jedoch letztlich nicht generell, sondern nur anhand der konkreten Umstände des Einzelfalles bestimmen. Unseres Erachtens könnte eine Planungspflicht jedenfalls dann zu verneinen sein, wenn lediglich einzelne Grundstücke betroffen sind und bewältigungsbedürftige städtebauliche Konflikte (Immissionsschutz, Erschließung etc.) im Übrigen nicht auszumachen sind. Die daraus resultierende Pflicht, insoweit das bauplanungsrechtliche Instrumentarium zur Festsetzung des Dauerwohnens auszuschöpfen, steht indessen einer flankierenden Regelung durch Einsatz des zivilrechtlichen Instrumentariums nicht entgegen. Ob und inwieweit im Einzelfall sogar eine „Doppelsicherung“ auf bauplanungsrechtlicher und zivilrechtlicher Ebene in Betracht kommt, ist nachfolgend im Einzelfall zu prüfen.

2. § 11 BauGB

Im Hinblick auf den städtebaulichen Zweck entsprechender privatrechtlicher Vereinbarungen müssen diese als Städtebauliche Verträge den Anforderungen des § 11 BauGB genügen. Gemäß § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB müssen die im Städtebaulichen Vertrag vereinbarten Leistungen den gesamten Umständen nach angemessen sein. Die gebotene wirtschaftliche Betrachtung hat sich auf den Gesamtvorgang zu erstrecken. Im Ergebnis darf *„die Gegenleistung des Vertragspartners der Behörde nicht außer Verhältnis zu dem wirtschaftlichen Wert der*

¹² Vgl. dazu das vorläufige Rechtsgutachten von *Wicke*, S. 129 f.

von der Behörde zu erbringenden Leistung stehen“ und darüber hinaus ist die Gegenleistung einer Zumutbarkeits-Kontrolle zu unterziehen¹³.

Nicht nur das Austauschverhältnis insgesamt, sondern auch die einzelnen Vertragsklauseln haben das Angemessenheitsgebot zu beachten. Eine herausgehobene Bedeutung kommt insoweit dem Vertragszweck zu, dessen Gemeinwohlbezug Gegenleistungen des Vertragspartners der Gemeinde zu rechtfertigen vermag, die im (reinen) Privatrechtsverkehr möglicherweise bereits die Grenze zur Unangemessenheit überschreiten würden. Die Gemeinde ist kraft öffentlichen Rechts (Gebot der sparsamen Verwendung öffentlicher Mittel) verpflichtet, die Zweckerreichung durch entsprechende vertragliche Gestaltungen sicherzustellen¹⁴. Die mit der Zweckbestimmung korrespondierenden Bindungen sind einerseits geboten, um einen späteren spekulativen Weiterverkauf des (etwa im Rahmen eines Einheimischen-Programms) vergünstigt erworbenen Grundstücks auf dem allgemeinen Grundstücksmarkt zu verhindern. Andererseits sind Klauseln, die darauf abzielen, den Erwerber an der vorzeitigen Realisierung des Planungsgewinns zu hindern und damit den städtebaulichen Zweck zumindest befristet zu gewährleisten, dann unangemessen, wenn sie den Erwerber *„unverhältnismäßig“* belasten¹⁵. Die Zweckbindung steht daher im Spannungsfeld zwischen Effizienz und Angemessenheit.

Im Hinblick darauf, dass die Angemessenheitskontrolle sich sowohl auf die Regelungs- als auch auf die Vollzugsebene des Vertrages bezieht¹⁶, ist in der Rechtsprechung eine Tendenz auszumachen, vertragliche Regelungen nur in Fällen krasser Unangemessenheit als unwirksam zu verwerfen und dafür einen tendenziell strengeren Maßstab bei der Ausübung des Vollzugsermessens anzulegen¹⁷.

Unangemessen ist die Vereinbarung einer Gegenleistung jedenfalls dann, wenn der Vertragspartner kraft öffentlichen Rechts ohnehin einen Anspruch auf die Gewährung der Leistung hätte (§ 11 Abs. 2 Satz 2 BauGB-Koppelungsverbot). Dieses Korrektiv hat im hier interessierenden Zusammenhang indes nur be-

¹³ BVerwG, NVwZ 2006, 336, 337.

¹⁴ BayVGh, DNotZ 1999, 639; BGH, NJW-RR 2007, 962.

¹⁵ BayVGh, DNotZ 1999, 639, 645.

¹⁶ BGH, Urteil vom 16.04.2010 – V ZR 175/09 – NJW 2010, 3505.

¹⁷ So auch Grziwotz, MittBayNot 2006, 324.

grenzte Bedeutung, da auf die einschlägigen gemeindlichen Leistungen – insbesondere die vergünstigte Veräußerung eines Grundstücks oder die Überplanung eines Grundstücks – im Hinblick darauf, dass es sich um Maßnahmen der Leistungsverwaltung bzw. des Planungsrechts handelt, ohnehin kein Anspruch besteht (§ 1 Abs. 3 Satz 2 BauGB).

Als zweiter Aspekt des erwähnten Koppelungsverbot ist es unzulässig, in einem Städtebaulichen Vertrag Leistungen miteinander zu verknüpfen, die nicht ohnehin schon in einem inneren Zusammenhang zueinander stehen (§ 56 Abs. 1 Satz 2 VwVfG). Das Vorliegen eines inneren, sachlichen Zusammenhangs zwischen Leistung und Gegenleistung ist dann nicht mehr gegeben, „*wenn die vom Bürger zu erbringende Leistung einem anderen öffentlichen Interesse zu dienen bestimmt ist als die von der Behörde zu erbringende oder von ihr in Aussicht gestellte Leistung*“¹⁸. Die Verbindung von gemeindlicher Planung einerseits und deren Absicherung durch Gegenleistungen, die der Verwirklichung der der Planung innewohnenden städtebaulichen Ziele zu dienen bestimmt sind, wird jedenfalls durch das Bundesverwaltungsgericht als hinreichender innerer Zusammenhang anerkannt¹⁹.

3. AGB-Recht

Dem öffentlich-rechtlichen Angemessenheitsgebot entspricht im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (§§ 305 ff. BGB) § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB, wonach (vorformulierte) Vertragsklauseln unwirksam sind, „*wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen*“. In diesem Zusammenhang ist in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs allerdings anerkannt, dass der besonderen Interessenlage der Gemeinde und deren öffentlich-rechtlicher Bindung im Rahmen der Würdigung der Angemessenheit gemäß § 307 BGB jedenfalls Rechnung zu tragen ist²⁰.

Unterschiede zwischen der öffentlich-rechtlichen und der AGB-rechtlichen Angemessenheitskontrolle bestehen indes insofern, als das öffentlich-rechtliche Angemessenheitsgebot eine weitergehende Kompensation von Vertragsklausel-

¹⁸ BVerwGE 111, 162, 169.

¹⁹ BVerwGE 92, 56, 65.

²⁰ Vgl. BGH, NJW 2003, 888, 890.

seln ermöglicht, die für sich genommen unangemessen sind, aber durch vorteilhafte Bestimmungen im übrigen Vertrag ausgeglichen werden²¹. Darüber hinaus kennt das AGB-Recht Klauselverbote, die nicht im Wege der Interessenabwägung überwunden werden können (§ 309 BGB). Im hier interessierenden, auf möglichst *lange* Bindungsfristen abzielenden Zusammenhang kann darüber hinaus § 308 Nr. 1 BGB Bedeutung zukommen, wonach die Gemeinde als Verwenderin vorformulierter Vertragsklauseln sich keine „*unangemessen lange oder nicht hinreichend bestimmte Fristen für die Annahme oder Ablehnung eines Angebots*“ vorbehalten darf. In der Rechtsprechung haben jedoch – im Hinblick auf die langfristigen Ziele der Bauleitplanung – etwa 20jährige Bindungsfristen an ein Kaufangebot gegenüber der Gemeinde Zustimmung gefunden²². Behält sich die ein Grundstück veräußernde Gemeinde ein Wiederkaufsrecht vor, so sind die regelmäßig vereinbarten Abschläge vom ursprünglichen Verkaufspreis als sogenannte Verfallklausel an § 307 BGB zu messen. Ob die klauselmäßige Vereinbarung einer Nachforderung in Höhe des Subventionsanteils im Rahmen einer vergünstigten Grundstücksveräußerung für den Fall der vertragswidrigen Weiterveräußerung noch zulässig ist, ist ebenfalls an § 307 BGB zu messen.

Abgesehen von besonderen Fallgestaltungen, gilt jedoch regelmäßig, dass eine angemessene Vertragsgestaltung im Sinne des § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB auch AGB-rechtlich nicht zu beanstanden sein wird.

4. Verhältnis zur Wohnraumförderung

Der von der Gemeinde angestrebte Zweck erschöpft sich nicht in dem rein städtebaulichen Ziel der Sicherung von Dauerwohnraum, sondern erstreckt sich zudem auf die „Bezahlbarkeit“ des Dauerwohnraums. Dieser Aspekt berührt die gesetzlich geregelte Materie der Wohnraumförderung.²³ Das Wohnraumförderungsgesetz regelt zwar primär die *staatliche* Wohnraumförderung im Sinne einer „*Unterstützung von Haushalten, die sich am Markt nicht angemessen mit Wohnraum versorgen können*“ (§ 1 Abs. 2 SHWoFG), aber auch die kommunale Betätigung der Kommunen ist in § 2 WoFG geregelt, so dass jedenfalls sachliche und kompetenzielle Schnittstellen zu dem gemeindlichen Anliegen bestehen,

²¹ BGH, NJW 2003, 888, 890.

²² So etwa OLG München, NJW 1998, 1962.

²³ Gesetz über die Wohnraumförderung in Schleswig-Holstein (SHWoFG) vom 25.04.2009, GVBl. 2009, 194.

die Bezahlbarkeit von Dauerwohnraum abzusichern. Die Zuständigkeiten, Rechtsformen und Wertungen des Wohnraumförderungsgesetzes dürfen nicht durch Etablierung paralleler Rechtsregime umgangen werden. Dies ist vorliegend jedoch auch nicht der Fall, da es sich zum einen bei der „Bezahlbarkeit“ des Wohnraums um ein Annexziel zum Primärziel der Gewährleistung von *Dauerwohnraum* handelt und mangels Zielgruppenidentität kein sozialer Wohnungsbau im engeren Sinne vorliegt. Die im Sylter Wohnungsmarktkonzept explizit benannten Zielgruppen gehen über die in § 8 SHWoFG genannten begünstigten Haushalte deutlich hinaus: ein Anspruch auf Erteilung eines Wohnberechtigungsscheins besteht nur bei Unterschreitung der in § 8 Abs. 2 SHWoFG genannten (niedrigen) Einkommensgrenzen, während aufgrund der Besonderheiten des Sylter Wohnungsmarktes auch Personen mit deutlich höheren Einkommen relevante Schwierigkeiten haben, sich mit angemessenem Wohnraum zu versorgen. Dementsprechend ist dem Wohnraumförderungsgesetz keine grundsätzliche Beschränkung der Gemeinde hinsichtlich ihres Zieles, Dauerwohnraum nicht nur als solchen, sondern darüber hinaus zu bezahlbaren Konditionen sicherzustellen, zu entnehmen.

Abgesehen davon, dass außergewöhnlich hohen Baukosten auf der Insel Sylt schwer in Einklang mit den entsprechenden Vorgaben der sozialen Wohnraumförderung zu bringen sein dürften, ist das Ziel, bezahlbaren Dauerwohnraum dauerhaft zu sichern insofern mit den Instrumenten des SHWoFG nicht zu gewährleisten, da insoweit die Mietobergrenzen und Belegungsbindungen zwingend zu befristen sind.

II. Sicherung des Vertragszwecks „Dauerwohnen“ bei kommunalen Grundstücksveräußerungen

Grundstücksveräußerungen der Gemeinde, die das Ziel verfolgen, eine Dauerwohnnutzung langfristig abzusichern, sind in zwei Konstellationen denkbar:

- Im Bebauungsplan ist eine Dauerwohnnutzung festgesetzt oder
- es fehlt an einer planungsrechtlichen Festsetzung der Dauerwohnnutzung.

Diese Differenzierung der möglichen Ausgangskonstellationen unterscheiden die auf eine Dauerwohnnutzung abzielenden Grundstücksveräußerungen von Grundstücksveräußerungen im Rahmen sogenannter Einheimischen-Modelle, in denen – abgese-

hen von der öffentlich-rechtlich zu beurteilenden Entscheidung über die Auswahl des Erwerbers – die Regelungen im Grundstückskaufvertrag die *einzig*e Regelungsebene darstellen, um den Vertragszweck – Wohnnutzung durch Einheimische – abzusichern. Findet die auf eine Dauerwohnnutzung abzielende Grundstücksveräußerung ohne entsprechenden bauplanungsrechtlichen Rahmen statt, so kann im Ansatz auf die vielfältige und sehr ausdifferenzierte Rechtsprechung zum Verkaufsmodell im Rahmen von Einheimischen-Programmen zurückgegriffen werden²⁴. Denn in beiden Fällen gilt gleichermaßen, dass die jeweilige Beschränkung in der Nutzbarkeit des Grundstücks allein auf vertraglicher Grundlage basiert (dazu 1.). Andere Wertungen und Rechtsprobleme bestehen hingegen dann, wenn eine entsprechende bauleitplanerische Festsetzung des Dauerwohnens gegeben ist und die Regelungen im Grundstücksveräußerungsvertrag (lediglich) eine flankierende, der zusätzlichen Sicherung der mit der Bauleitplanung verfolgten Ziele dienende Regulierung darstellen (dazu 2.).

An dieser Stelle ist erneut darauf hinzuweisen, dass die Gemeinde vor dem Hintergrund der Regelung in § 1 Abs. 3 S. 1 BauGB („Die Gemeinden haben die Bauleitpläne aufzustellen, sobald und soweit es für die städtebauliche Entwicklung und Ordnung erforderlich ist.“) sowie dem in § 1 Abs. 6 BauGB enthaltenden (planerischen) Konfliktbewältigungsverbot grundsätzlich gehalten ist, angesichts der Dringlichkeit der Problematik der Wohnstrukturen vom Instrumentarium der Bauleitplanung soweit wie möglich Gebrauch zu machen. Ob und inwieweit die Gemeinde im Einzelfall befugt sein kann, anstelle der Bauleitplanung den Weg eines (planerisetzenden) städtebaulichen Vertrages zu gehen, kann an dieser Stelle nicht abschließend allgemein beantwortet werden. Es ist jedoch nicht außer Betracht zu lassen, dass die Weichenstellung dafür, welches Instrumentarium zum Einsatz kommt, in jedem Falle bauplanungsrechtlicher und damit öffentlich-rechtlicher Natur ist.

In beiden Konstellationen ist ferner zu beachten, dass sich die im Rahmen des vorliegenden Gutachtens zu untersuchende Zielstellung der Gemeinde nicht in der Sicherung des Dauerwohnens *an sich* erschöpft, sondern es darüber hinaus gilt, die *Bezahlbarkeit* des Dauerwohnens abzusichern. Das bedeutet, dass entsprechende vertragliche Regelungen zur Vermietung und Weiterveräußerung nicht nur daraufhin zu untersuchen sind, ob sie geeignet sind, das Dauerwohnen als Nutzungsstruktur festzuschreiben, sondern auch darauf, ob sie geeignet sind, Vermietungs- und Weiterveräußerungsrechte mit verbindlichen Obergrenzen auszustatten. Hinsichtlich der

²⁴ So auch *Wicke*, vorläufiges Rechtsgutachten, S. 141.

Bezahlbarkeit spielt die bauplanungsrechtliche Ebene keine Rolle, da es an unmittelbar kostenlimitierenden Festsetzungsmöglichkeiten im Bebauungsplan fehlt.

1. Grundstücksveräußerungen ohne planungsrechtliche Absicherung des Dauerwohnens

In dieser Konstellation veräußert die Gemeinde ein Grundstück an einen – in der Regel in einem speziellen Auswahlverfahren ermittelten – Erwerber zu günstigen Konditionen unter Verkehrswert, um auf diese Weise die „Bezahlbarkeit“ des Wohnraums zu gewährleisten. Die Gemeinde sichert diesen sowie den Vertragszweck „Dauerwohnen“ im Rahmen des insoweit als Städtebaulicher Vertrag einzustufenden Grundstückskaufvertrages durch Vereinbarung entsprechender Nutzungsverpflichtungen und Nutzungsunterlassungen durch den Erwerber. Als Sicherungsinstrumente zur Gewährleistung dieser Nutzungspflichten kommen in Betracht:

- beschränkt persönliche Dienstbarkeiten zu Gunsten der Gemeinde,
- Zustimmungserfordernis der Gemeinde für Weiterverkauf,
- Zustimmungserfordernis der Gemeinde für Vermietungen,
- Weitergabe der Nutzungsbindung bei Veräußerung (Rechtsnachfolgeklausel),
- Vereinbarung eines Wiederkaufsrechts bzw. von Nachforderungs- bzw. Mehrerlösklauseln für den Fall des Verstoßes gegen die Nutzungsbindung.

Die genannten Sicherungsinstrumente sollen nachfolgend im Einzelnen dargestellt und im Hinblick auf ihre Effizienz und Grenzen beleuchtet werden.

a) Schuldrechtliche Fixierung der Nutzungsbeschränkungen und Bindungsdauer

Wenn auch der Zweck der vertraglichen Regelung – „*bezahlbarer Dauerwohnraum*“ – zunächst als *einheitlicher* Zweck erscheint, ist es doch geboten, die beiden Komponenten getrennt voneinander zu betrachten. Die Notwendigkeit einer Differenzierung ergibt sich daraus, dass einmal die *Nutzungsart* (Dauerwohnen) und zum anderen Beschränkungen in der *wirtschaftlichen* Ausnutzbarkeit des Grundstücks betroffen sind.

aa) **Dauerwohnen**

Zunächst ist im Grundstückskaufvertrag exakt zu definieren, welchen Nutzungsbeschränkungen der Grundstückserwerber unterliegt. Es ist festzulegen, dass die auf dem Grundstück befindlichen oder noch zu errichtenden Baulichkeiten ausschließlich zu Dauerwohnzwecken genutzt und namentlich eine Nutzung als Zweitwohnung zu Freizeit Zwecken sowie als Ferienwohnung zu unterlassen ist. Soweit das Grundstück in einem ausgewiesenen reinen oder allgemeinen Wohngebiet gelegen ist, kann sich der Ausschluss einer Nutzung als Ferienwohnung bereits aus dem bauplanungsrechtlichen Rahmen ergeben. Der vertragliche Ausschluss hätte in dieser Konstellation lediglich eine klarstellende, deklaratorische Wirkung.

Fraglich ist, ob das Dauerwohnen wirksam als – ggf. gerichtlich durchsetzbare – Primärpflicht des Erwerbers vereinbart werden kann. Dies ist eindeutig zu verneinen. Das Dauerwohnen kann zwar als gemeinsam von den Vertragsparteien zugrunde gelegter Vertragszweck definiert werden, eine gerichtliche Durchsetzbarkeit scheidet indes aus. Ausschließbar aus dem Spektrum der denkbaren Wohnformen ist hingegen die Nutzung als Zweitwohnung zu Freizeitwohnzwecken. Die schuldrechtlichen Regelungen sind folglich so zu formulieren, dass deutlich wird, dass das Dauerwohnen der vertraglich vereinbarte Nutzungszweck ist, es sich jedoch insoweit lediglich um eine sogenannte Obliegenheit handelt, während eine Nutzung als Zweitwohnung zu Freizeit Zwecken mit einem Unterlassungsgebot belegt werden kann. Ebenso wie der BGH²⁵ einer Selbstnutzungsverpflichtung im Rahmen von Einheimischen-Modellen den Charakter einer Primärpflicht abgesprochen und diese als bloße Obliegenheit (zur Vermeidung der vertraglich festgelegten Sanktionen) qualifiziert hat, verhält es sich auch beim Dauerwohnen. In der vorliegenden Konstellation wird die Festlegung auf die vertraglich vereinbarte Nutzungsstruktur *Dauerwohnen* dadurch erreicht, dass eine Unterlassungspflicht bezüglich der Zweitwohnungsnutzung vereinbart wird und das Dauerwohnen auf diese Weise die einzig

²⁵ BGH, Urteil vom 16.04.2010, V ZR 175/09, NJW 2010, 3505.

rechtlich zulässige Nutzungsart darstellt. Dies schließt zwar nicht aus, dass der Erwerber das Gebäude leer stehen lässt. Eine wirtschaftlich derart sinnlose Form der Erfüllung vertraglicher Pflichten dürfte indes ein vernachlässigbares Risiko darstellen. Sollte allerdings auf der Insel Sylt auch das gezielte „Leerstehenlassen“ von Wohnraum als Problem identifizierbar sein, spricht unter Angemessenheitsgesichtspunkten nichts dagegen, auch dieses in den Kreis der (schuldrechtlich) unzulässigen Nutzungen aufzunehmen.

Eine zumindest mittelbare Nutzungsbeschränkung auf das Dauerwohnen ist unter Angemessenheitskriterien nicht zu beanstanden, da es sich um eine aus dringenden städtebaulichen Gründen gebotene Zielsetzung handelt, die einen legitimen Zweck eines städtebaulichen Vertrages darstellt. Fraglich ist jedoch, ob dies eine *unbefristete* Bindung rechtfertigt. Dies könnte in Anlehnung an die gefestigte einhellige Meinung in Rechtsprechung und Literatur zu den sogenannten Einheimischen-Modellen von vornherein zu verneinen sein. Dem liegt primär die Überlegung zugrunde, dass die mit der vergünstigten Grundstücksveräußerung verbundene Subvention zugunsten des Erwerbers nach Ablauf eines bestimmten Zeitraumes (je nach den konkreten Umständen maximal 30 Jahre) „verbraucht“ ist und unter grundrechtlichen Gesichtspunkten eine weitere Einschränkung des Eigentümers nicht mehr zu rechtfertigen vermag. *Gegen* eine Übertragung der für die Selbstnutzungspflicht im Rahmen von Einheimischen-Modellen entwickelten Grundsätze auf die Verpflichtung zur Dauerwohnnutzung könnte jedoch sprechen, dass letztere keine persönliche Pflicht darstellt, sondern primär die Festlegung auf eine Nutzungs*struktur*. Jedenfalls wird sich unter diesem Aspekt eine besonders lange Nutzungsbindung rechtfertigen lassen.

Ein unbefristeter Ausschluss bestimmter (lukrativer) Nutzungsoptionen (Zweit- und Ferienwohnungsnutzung) könnte dadurch gerechtfertigt sein, dass es sich um eine *objektive* Beschränkung der Nutzungsoptionen handelt, die die persönliche Lebensgestaltung des Erwerbers weit weniger berührt als eine *Selbstnutzungspflicht* im Rahmen von Einheimischen-Modellen. Die Zulässigkeit *objektiver* Nutzungsbeschränkungen des Erwerbers eines kommunalen Grund-

stücks ist in anderen Konstellationen seit langem anerkannt. So sieht der Bundesgerichtshof²⁶ kein Problem darin, im Rahmen einer kommunalen Veräußerung eines in einem Gewerbegebiet gelegenen Grundstücks, einige der bauplanungsrechtlich zulässigen Nutzungen dauerhaft auszuschließen und dies auch durch Bestellung einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit unbefristet dinglich abzusichern. Derartige Beschränkungen der Nutzungsstruktur stellen wertbildende Umstände dar, die sich im Rahmen der Verkehrswertmittlung mindernd auswirken. Veräußert die Gemeinde ein Grundstück zu dem Preis, der sich unter Berücksichtigung der wertmindernden Nutzungsbeschränkung als Verkehrswert darstellt, so liegt darin keine „vergünstigte“ Grundstücksvergabe, die Nutzungsbeschränkung erweist sich nicht als Gegenleistung einer Subvention, sondern ist dem Rechtsgeschäft von vornherein immanent.

Die beiden Gründe, die unter Angemessenheitsgesichtspunkten eine Befristung der Nutzungsbeschränkung gebieten könnten - Beschränkung der persönlichen Lebensführung sowie Gegenleistung im Rahmen eines Subventionsverhältnisses – sind daher vorliegend nicht einschlägig. Die dingliche Sicherung der Dauerwohnnutzung durch Ausschluss der Zeitwohnungs- und Ferienwohnnutzung mittels einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit (dazu unten) ist folglich nicht als Sicherungsmittel einer persönlichen Pflicht bzw. Obliegenheit aufzufassen, sondern als wertbildendes Gestaltungsmittel, das dem Rechtsgeschäft von vornherein innewohnt. Eine Befristung ist daher rechtlich nicht geboten.

bb) „Bezahlbarkeit“

Es ist jedoch zu beachten, dass sich der vertraglich zu erreichende Zweck nicht auf das Dauerwohnen an sich beschränkt, sondern gerade darauf abzielt, den Dauerwohnraum bestimmten Bevölkerungsgruppen dauerhaft zu angemessenen Konditionen zugänglich zu machen. Fraglich ist, ob die mit dieser Zielstellung einhergehenden wirtschaftlichen Beschränkungen des Grundstückserwerbers

²⁶ BGH, Urteil vom 24.06.1983 – V ZR 167/82, NJW 1984, 924.

zwingend einer Befristung bedürfen, um den Erfordernissen der Angemessenheit des Vertragsverhältnisses zu genügen. Die Erfahrungen in der Gemeinde Sylt zeigen, dass selbst bei einer Festlegung auf die Nutzungsart „Dauerwohnen“ Grundstückspreise und Miethöhen üblich sind, die auch den mittleren Einkommensgruppen den Erwerb bzw. die Anmietung praktisch unmöglich machen. Will die Gemeinde im Rahmen einer Grundstücksveräußerung in diesem Sinne die Bezahlbarkeit des Dauerwohnraums sicherstellen, so ist eine Veräußerung unter dem (unter Berücksichtigung der Nutzungsbeschränkung gebildeten) Verkehrswert erforderlich. In dieser Vergünstigung liegt eine Fördermaßnahme, deren Zweckgewährleistung die Gemeinde nicht zuletzt aus haushaltsrechtlichen Gründen sicherzustellen hat. Es ist zu verhindern, dass der Erwerber den auf dem Grundstück befindlichen Dauerwohnraum zu einem marktüblichen Mietzins vermietet oder zum am freien Markt erzielbaren Preis weiter veräußert.

Soweit mit der Grundstücksveräußerung bezweckt wird, *bezahlbaren* Dauerwohnraum zu schaffen bzw. zu erhalten, ist dies dadurch zu bewirken, dass Obergrenzen für den zulässigerweise zu vereinbarenden Mietzins verbunden mit der Gemeinde eingeräumten Belegungsrechten zu Gunsten des definierten Kreises von Berechtigten festgelegt werden. Ist das Grundstück mit einem Mehrfamilienwohngebäude bebaut bzw. nach den vertraglichen Vorgaben zu bebauen und sind folglich die einzelnen Wohneinheiten auf Vermietung angelegt, so bietet es sich an, die Konditionen einer zulässigen Vermietung so präzise wie möglich zu regeln. Dabei kann sich die Gemeinde an den Regelungen über die Verwendung eines Bauwerks im Rahmen eines Erbbaurechtsvertrages gem. § 2 Nr. 1 ErbbauRG (vgl. dazu unten III.1.) orientieren. Für selbst genutztes Wohneigentum bietet es sich an, im Rahmen des Zustimmungsvorbehaltes für die Weiterveräußerung eine dem Veräußerungspreis durch die Gemeinde entsprechende Obergrenze zu vereinbaren.

Eine Mietzinsbegrenzung ergibt sich zwar ebenso wie eine Kappung des erzielbaren Veräußerungspreises *mittelbar* auch bereits aus der Nutzungsbeschränkung auf das Dauerwohnen. Im Hinblick auf den

vereinbarten Vertragszweck „Bezahlbarkeit“ und den dementsprechend von der Gemeinde festgelegten vergünstigten Verkaufspreis ist jedoch eine ausdrückliche Fixierung des zulässigen Mietzinses bzw. Weiterveräußerungspreises zur Erreichung des Vertragszweckes geboten und daher angemessen. Fraglich ist, ob auch insoweit eine unbefristete Bindung des Erwerbers in Betracht kommt. Dies ist unter dem Aspekt der vertraglichen Ausgewogenheit und Angemessenheit zu verneinen. Wenn die Gemeinde ihr Eigentum und damit die Möglichkeit zur wirtschaftlichen Verwertung eines Grundstücks aufgibt, so rechtfertigen auch die vergünstigten Veräußerungsbedingungen es nicht, dem Erwerber dauerhaft Beschränkungen der wirtschaftlichen Nutzbarkeit aufzuerlegen. Nach Ablauf einer bestimmten Frist, deren Bemessung im Einzelfall anhand der Differenz zwischen dem Verkehrswert und dem Veräußerungspreis sowie anhand der Differenz zwischen der marktüblichen sowie der vertraglich festgelegten Miete zu bestimmen ist, erweist sich die Beschränkung als nicht mehr gerechtfertigt. Die Befristungsnotwendigkeit hinsichtlich der Gegenleistung des Empfängers für eine empfangene öffentliche Förderung bestimmt das Zuwendungsrecht insgesamt und prägt auch das Recht der öffentlichen Wohnraumförderung. So bestimmt § 5 Abs. 2 SHWoFG, dass die Gegenleistung nach Art, Umfang *und Dauer* im Rahmen der Förderzusage zu regeln ist. Auch die Überleitungsvorschriften in § 16 SHWoFG legen Obergrenzen für Belegungs- oder Mietbindungen geförderter Wohnungen fest. Eine einmalige Förderung mit einer ewigen Beschränkung zu verbinden, erweist sich als unangemessen.

Das Ziel, die „Bezahlbarkeit“ von Dauerwohnraum im Rahmen einer kommunalen Grundstücksveräußerung *unbefristet* zu gewährleisten, ist daher nicht erreichbar. Dennoch sollen sogleich [b]) die Möglichkeiten einer dinglichen Sicherung befristeter Wohnungsbelegungsrechte und Mietobergrenzen betrachtet werden.

b) Unmittelbare Sicherungsinstrumente: Beschränkt persönliche Dienstbarkeit

Als Mittel zur Sicherung vertraglich vereinbarter Nutzungsbindungen kommt grundsätzlich die Bestellung beschränkt persönlicher Dienstbarkeiten gemäß § 1090 BGB²⁷ in Betracht. Der Einsatz beschränkt persönlicher Dienstbarkeiten zur Sicherung öffentlicher Zwecke, insbesondere auch der Ziele der Bauleitplanung sowie von Subventionsverhältnissen, ist anerkannt und in der Rechtspraxis fest etabliert.²⁸ Maßgeblich bleibt allerdings der sachenrechtliche Gestaltungsrahmen, dessen Überschreitung auch durch öffentlich-rechtliche Zwecke nicht gerechtfertigt würde.

Im Gegensatz zur Grunddienstbarkeit gemäß § 1018 BGB²⁹ erfolgt die Belastung des betroffenen Grundstücks nicht zugunsten des Eigentümers eines anderen Grundstücks, sondern einer Person, hier der Gemeinde als juristischer Person des öffentlichen Rechts. Als dingliches Recht haftet die beschränkt persönliche Dienstbarkeit unabhängig von der Person des jeweiligen Eigentümers dem Grundstück an und vermittelt daher dem Begünstigten einen veräußerungsfesten Anspruch. Beschränkt persönlichen Dienstbarkeiten ist eine Befristungsmöglichkeit immanent. Soweit unter Angemessenheitsgesichtspunkten eine Befristung der Nutzungsbindung erforderlich ist, stehen einer Befristung der entsprechenden Dienstbarkeit keine Bedenken entgegen.

aa) Dauerwohnen als Inhalt einer Dienstbarkeit?

Entsprechend der gesetzlichen Definition in §§ 1090 Abs. 1, 1018 BGB gibt es drei zulässige Grundtypen von Dienstbarkeiten:

²⁷ „§ 1090 (1) Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, dass derjenige, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, berechtigt ist, das Grundstück in einzelnen Beziehungen zu benutzen, ohne dass ihm eine sonstige Befugnis zusteht, die den Inhalt einer Grunddienstbarkeit bilden kann (beschränkte persönliche Dienstbarkeit).“

²⁸ Vgl. etwa Staudinger/Mayer, BGB-Kommentar, Bd. 3 (2009), Rn. 20 ff.; ausführlich: Odersky, Die beschränkte persönliche Dienstbarkeit als Mittel zur Sicherung öffentlicher Zwecke, in: Festschrift 125 Jahre Bayerisches Notariat (1987) 213 ff.

²⁹ „§ 1018 **gesetzlicher Inhalt der Grunddienstbarkeit.** Ein Grundstück kann zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks in der Weise belastet werden, dass dieser das Grundstück in einzelnen Beziehungen benutzen darf oder dass auf dem Grundstück gewisse Handlungen nicht vorgenommen werden dürfen oder dass die Ausübung des Rechts ausgeschlossen ist, dass sich aus dem Eigentum an dem belasteten Grundstück dem anderen Grundstück gegenüber ergibt (Grunddienstbarkeit).“

- Benutzungsdienstbarkeit, die ein Benutzungsrecht des Grundstücks „in einzelnen Beziehungen“ vermittelt;
- Unterlassungs- bzw. Verbotsdienstbarkeit, die auf die Nichtvornahme einzelner Handlungen durch den Grundstückseigentümer gerichtet ist;
- auf Ausschluss der Ausübung eines Rechts gerichtete Dienstbarkeit, wobei sich das *Recht*, auf dessen Ausübung verzichtet wird, auf die Person des Begünstigten beziehen muss.

Vorliegend kommt ausschließlich der Typ der Unterlassungs- bzw. Verbotsdienstbarkeit in Betracht. Es stellt sich die Frage, ob das Dauerwohnen durch Ausschluss sonstiger Wohnformen (Zweitwohnungs- und Ferienwohnnutzung) sowie ggf. durch Ausschluss des dauerhaften Leerstehenlassens zum Inhalt einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit gemacht werden kann. Bedenken bestehen insofern, als es bei der Nutzungsform „Dauerwohnen“ nicht nur darum geht, die beiden anderen Wohnformen auszuschließen, sondern gerade auch darum, dass das Dauerwohnen tatsächlich stattfinden soll. Die Nutzung durch Dauerbewohner bildet den Kern des städtebaulichen Zwecks der Regelung (Vermeidung von „Rollladensiedlungen“ bzw. Unterauslastung zwingend vorzuhaltender Infrastruktur). Jedoch ist es unzulässig, eine Hauptpflicht zu einem positiven Handeln als Inhalt einer Dienstbarkeit zu vereinbaren.³⁰

Es ist daher zu prüfen, ob das vorliegend zu gewährleistende positive Tun (Dauerwohnen) zulässigerweise dadurch erreicht werden kann, dass die unzulässigen Nutzungsformen (Zweit- und Ferienwohnnutzung) ausgeschlossen werden. Entsprechend dem sachenrechtlichen Bestimmtheitsgebot müssen die Handlungen, die verboten sind, bestimmt bezeichnet werden. Dies kann anerkannter Maßen auch dadurch geschehen, dass die erlaubten Handlungen aufgezählt und sich im Rückschluss daraus ergibt, dass alle übrigen tatsächlichen Handlungen unter das in der Dienstbarkeit vereinbarte Verbot fallen.³¹ Fraglich ist allerdings, ob eine Dienstbarkeit, die zwar

³⁰ Vgl. etwa Staudinger/Mayer, BGB-Kommentar Band 3 (2009), Rn. 11 zu § 1090.

³¹ Vgl. MüKo BGB/Joost, § 1018, Rn. 31.

die Gestalt des Verbots von Handlungen hat (Zweit- und/oder Ferienwohnnutzung), dem Eigentümer *praktisch* jedoch nur eine sinnvolle Nutzungsmöglichkeit belässt (Dauerwohnen) deshalb unzulässig ist, weil dem *tatsächlichen* Zwang zu dieser einzig sinnvollen Nutzung die gleiche Wirkung wie einer rechtlichen Verpflichtung beizumessen sein könnte. Dem kann aber entgegen gehalten werden, dass ein *faktischer* Zwang nicht ohne weiteres mit einer *Rechtspflicht* gleichgesetzt werden kann. Entscheidend für die Zulässigkeit einer Verbotsdienstbarkeit ist vielmehr, dass das Verbot zu einer Änderung oder Einschränkung der Benutzungsart des dienenden Grundstücks führen muss. Gegenstand muss eine Beschränkung der tatsächlichen Herrschaftsmacht des Eigentümers sein. Dies ist der Fall, wenn die nach Bauplanungsrecht zulässige Nutzung als Zweitwohnung durch die Dienstbarkeit ausgeschlossen wird. Denn in diesem Fall hat das Verbot eine Verschiedenheit in der Art der Benutzung des Grundstücks zur Folge. Im Rückschluss aus der allgemein anerkannten Zulässigkeit sogenannter „Fremdenverkehrsdienstbarkeiten“³² ist anzuerkennen, dass die persönliche und zeitliche Kontinuität bzw. Diskontinuität einer Grundstücksnutzung den Charakter der Benutzung grundlegend ändern.

Trotz der genannten Bedenken sprechen unseres Erachtens die überwiegenden Argumente dafür, zur Sicherung einer Dauerwohnnutzung eine Verbotsdienstbarkeit, die eine Zweit- bzw. Ferienwohnnutzung sowie ggf. das dauerhafte Leerstehenlassen untersagt, zuzulassen. Diese Dienstbarkeit ist, um die Nutzungsbeschränkung vor der Veräußerung zum verkehrswertbildenden Element zu machen, durch Bewilligung der Gemeinde als beschränkt persönliche Eigentümerdienstbarkeit zu bewilligen, was jedenfalls im hier gegebenen Fall, dass die Dienstbarkeit mit Rücksicht auf eine beabsichtigte Veräußerung des Grundstücks erfolgt – und aus diesem Grunde ein Bedürfnis hierfür besteht.³³

³² Vgl. etwa OLG München, Urteil vom 02.11.2000 (1 U 2072/00) – juris.

³³ Vgl. Erman/Griziwotz, BGB § 1090, Rn. 2 mit Rechtsprechungs nachweisen; Tennie, Dingliche Rechte als städtebauliche Gestaltungsmittel (2005), S. 15.

Es ist jedoch das Restrisiko in den Blick zu nehmen, dass die fehlende Befristung der schuldrechtlichen Dauerwohnpflicht und ihrer dinglichen Sicherung einer gerichtlichen Kontrolle nicht standhalten könnte. Im Falle einer Beanstandung würde das Gericht zudem kaum den Zeitraum der Bindung angemessen reduzieren, sondern wohl die Dauerwohnpflicht vollständig aufheben, so dass die Nutzungsart nicht mehr beschränkt, sondern auch sonstige planungsrechtlich zulässige Nutzungsarten erfolgen könnten. Dieses Risiko dürfte indes in gewissem Umfang (zumindest befristet) durch die sogleich zu untersuchenden Wohnungsbelegungsrechte kompensiert werden.

bb) Wohnungsbelegungsrechte und Mietobergrenzen

In der Rechtsprechung und rechtswissenschaftlichen Literatur wird die Eintragung einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit in Form eines Wohnungsbelegungsrechts praktisch einhellig anerkannt.³⁴ Die insoweit bestehenden rechtsdogmatischen Bedenken³⁵ stellen die Zulässigkeit von Wohnungsbelegungsrechten in der Rechtspraxis nicht in Frage. Die Handlung, die durch den Grundstückseigentümer zu unterlassen ist, ist die Überlassung der Wohnungen auf dem Grundstück an beliebige Personen. Die gängige positive Inhaltsbeschreibung lautet:

„Die Wohnungen, die auf dem Grundstück errichtet werden, dürfen auf die Dauer von [xy] Jahren nur von Personen genutzt werden, die vom Dienstbarkeitsberechtigten benannt werden.“

Aus Praktikabilitätsgründen wird diese Beschreibung regelmäßig durch die Formulierung ergänzt, dass diese Benennung für bestimm-

³⁴ Vgl. nur Staudinger/Mayer, BGB § 1090, Rn. 18; PK-BGB/Alpmann, § 1090, Rn. 27; Erman/Grziwotz, BGB § 1090, Rn. 7; vgl. auch SchlHOLG, Urteil vom 09.09.2011 – 17 U 8/11, SchlHA 2012, 69 ff. zum Wohnungsbesetzungsrecht zur Sicherung betreuten Wohnens.

³⁵ Deziert Göz, Die beschränkte persönliche Verbotsdienstbarkeit (1997) und der Hinweis darauf, dass die Art der Benutzergruppe nicht zu einer in tatsächlicher Hinsicht anderen Benutzung des Grundstücks führt (Seite 20 ff.); kritisch auch MüKo, BGB/Joost, § 1090, Rn. 11.

te Personengruppen als erteilt gilt³⁶. Da die Benennung der berechtigten Personengruppe Aufschluss über Sinn und Zweck der Dienstbarkeit gibt und daher deren Inhalt auch in Zweifelsfällen bestimmt, sollte auf eine dem Einzelfall angepasste präzise Benennung der Personengruppe bzw. der die Personengruppe charakterisierenden Merkmale (Einkommens- und Vermögensobergrenzen, Eigentumsverhältnisse, Anzahl sorge- bzw. pflegebedürftiger Familienangehöriger etc.) nicht verzichtet werden. Die Definition des bevorrechtigten Personenkreises ist geeignet, sowohl auf Seiten der Grundstückseigentümer/Vermieter als auch für die kommunalen Entscheidungsgremien ein hohes Maß an Transparenz und Vorhersehbarkeit und damit an Rechtssicherheit zu gewährleisten.

Fraglich ist hingegen, ob die schuldrechtlich vereinbarten Mietobergrenzen ebenfalls zum Inhalt der beschränkt persönlichen Dienstbarkeit gemacht werden können. Dafür könnte sprechen, dass das Wohnungsbelegungsrecht für sich genommen nicht ausreichend ist, um den Subventionszweck sicher zu gewährleisten. Denn mit der Festlegung des Personenkreises derjenigen, die *wohnberechtigt* sind, ist noch keine Aussage darüber verbunden, zu welchen *Konditionen* die Wohnnutzung erfolgt. Es wäre widersinnig, den Dienstbarkeitsberechtigten auf die Benennung des wohnberechtigten Personenkreises zu beschränken und es andererseits dem Eigentümer/Vermieter anheim zu stellen, die Konditionen des Mietverhältnisses, insbesondere die Miethöhe frei festzulegen. Wenn sich die Wohnberechtigten die Konditionen nicht leisten können, ginge das Belegungsrecht ins Leere.

Im öffentlichen Wohnraumförderrecht stehen die Belegungsrechte und Mietbindungen zwar nebeneinander. In § 10 SHWoFG ist von Belegungs- *oder* Mietbindungen die Rede. In den dazu ergangenen Verwaltungsbestimmungen³⁷ wird in Ziffer 7.1 Abs. 2 jedoch festgelegt, dass *zusätzlich* zur Freistellung von der Belegungsbindung eine Freistellung von der Mietbindung zulässig sein kann, während eine

³⁶ Zum Formulierungsbeispiel vgl. Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rn. 1205.

³⁷ Verwaltungsbestimmungen zum Schleswig-Holsteinischen Wohnraumförderungsgesetz (VB-SHWoFG) Amtsbl. SH 2012, 790.

ausschließliche Freistellung von der Mietbindung nicht möglich sei. Dies belegt den sachlichen inneren Zusammenhang: Eine Belegungsbindung ohne Mietobergrenze ist sinnlos, während die Festlegung von Mietobergrenzen auch ohne Belegungsbindung eingesetzt werden kann.

Insoweit handelt es sich jedoch ausschließlich um Zweckmäßigkeitserwägungen, die für sich genommen die sachenrechtliche Zulässigkeit der grundbuchlichen Absicherung von Mietobergrenzen nicht zu begründen vermögen. Die Mietobergrenzen könnten begleitend zum dinglich gesicherten Wohnungsbelegungsrecht auch rein schuldrechtlich vereinbart werden – und mittels Weitergabeverpflichtung auch für den Rechtsnachfolger verbindlich werden. Das rechtliche Schicksal einer rein schuldrechtlichen Regelung ist im Falle der Weiterveräußerung indes deutlich ungewisser als dasjenige einer dinglichen Sicherung.

Unseres Erachtens ist es im Ergebnis zulässig, das Wohnungsbelegungsrecht mit einer begleitenden Mietregelung zur Mietobergrenze zum Inhalt der beschränkt persönlichen Dienstbarkeit zu machen. Die Mietobergrenzenregelung stellt insofern eine sinnvolle Annexregelung dar, die den Inhalt des anerkanntermaßen zulässigen Wohnungsbelegungsrechts präzisiert.

Eine Befristung der Dienstbarkeit ist entsprechend den Ausführungen zum schuldrechtlichen Inhalt der Vereinbarung zwingend geboten.

c) Flankierende Ergänzungsregelungen

Insofern kommt zunächst in Betracht, dem Erwerber jährliche Berichts- und Nachweispflichten hinsichtlich der Einhaltung der Nutzungsbindungen aufzuerlegen. So bestehen keine Bedenken, im Grundstückskaufvertrag als Nebenpflicht des Käufers diesem aufzuerlegen, jährlich zu einem bestimmten Termin eine Eigenerklärung des Inhalts in schriftlicher Form vorzulegen, dass das Gebäude ausschließlich zu Dauerwohnzwecken genutzt wurde. Zudem kann vereinbart werden, diese Eigenerklärung durch

Vorlage der Abrechnungen der jeweiligen Versorgungsunternehmen (Strom, Wasser, ...) zu belegen. Eine Befristungsnotwendigkeit besteht insoweit jedenfalls dann nicht, wenn die Beschränkung der zulässigen Nutzung auf das Dauerwohnen ihrerseits entsprechend obigen Ausführungen nach hier vertretener Auffassung nicht befristet werden muss. Als Annex zur Hauptpflicht (Dauerwohnen bzw. Unterlassen einer Zweit- bzw. Ferienwohnnutzung) unterliegen die Nebenpflichten (Berichts- und Nachweispflichten) denselben rechtlichen Vorgaben wie die Hauptpflicht, auf die sie sich beziehen.

Für den Fall der nicht- bzw. nicht fristgerechten Erfüllung der Nachweis- und Belegpflichten kann zudem eine Vertragsstrafe im Sinne des § 339 BGB in Form einer Geldstrafe vereinbart werden.³⁸ Weniger empfehlenswert erscheint hingegen die – grundsätzlich zulässige – Möglichkeit, an die Verletzung der Pflicht, eine Zweit- bzw. Ferienwohnnutzung zu unterlassen, eine Vertragsstrafe zu knüpfen. Denn primär geht es der Gemeinde darum, diese wesentliche vertragliche Pflicht *durchzusetzen*, was durch ein reines bloßes Strafversprechen nicht erreicht werden kann.

Um die oben genannten Nutzungsbindungen zusätzlich abzusichern, bieten sich flankierende Ergänzungsregelungen insbesondere dann an, wenn die dingliche Sicherung durch beschränkt persönliche Dienstbarkeiten ausscheiden sollte.

Eine Kontrolle der Einhaltung *bauplanungsrechtlicher* Festsetzungen zum Dauerwohnen durch *privatrechtliche* Vereinbarungen zu jährlichen Berichts- und Nachweispflichten scheidet aus. Etwas anderes gilt dann, wenn die Beschränkung der zulässigen Nutzungsarten auf das Dauerwohnen *zusätzlich* durch städtebaulichen Vertrag mit der Gemeinde vereinbart wurde. Anknüpfend an den *Vertrag* können zulässigerweise Berichts- und Nachweispflichten vereinbart werden. Bauplanungsrechtliche Nutzungsbeschränkungen können hingegen ausschließlich durch Neben-

38 § 339 BGB lautet: „**Verwirkung der Vertragsstrafe:** Verspricht der Schuldner dem Gläubiger für den Fall, dass er seine Verbindlichkeiten nicht oder nicht in gehöriger Weise erfüllt, die Zahlung einer Geldsumme als Strafe, so ist die Strafe verwirkt, wenn er in Verzug kommt. Besteht die geschuldete Leistung in einem Unterlassen, so tritt die Verwirkung mit der Zuwiderhandlung ein.“

bestimmungen zur Baugenehmigung festgelegt und bauaufsichtlich kontrolliert werden.

In diesem Falle schafft die Vereinbarung von Zustimmungsvorbehalten für den Weiterverkauf und die Vermietung ein Kontrollinstrumentarium, das ein präventives Eingreifen der Gemeinde zur Sicherstellung angemessener Konditionen im Falle von Weiterveräußerungen oder Vermietungen ermöglicht. Die Voraussetzungen für die Erteilung der Zustimmung sind hinsichtlich des Personenkreises und der Höhe des Mietzinses bzw. Weiterveräußerungspreises vertraglich zu fixieren. Die unten [d)] dargestellten Rechte der Gemeinde knüpfen sodann an Fälle vertragswidriger, d. h. ohne die Zustimmung der Gemeinde erfolgter Rechtsgeschäfte an.

Schließlich ist es geboten, die im Grundstückskaufvertrag geregelten schuldrechtlichen Pflichten mit entsprechenden Weitergabeverpflichtungen der Vertragsinhalte auf Rechtsnachfolger auszustatten.

d) Mittelbare Sicherungsinstrumente: Wiederkaufsrecht, Nachzahlungs- bzw. Mehrerlösklauseln

Die Vereinbarung von Sanktionen für den Fall des vertragswidrigen Gebrauchs des Grundstücks verleiht der Nutzungsbindung Nachdruck und erhöht den Anreiz des Grundstückserwerbers, den vertraglichen Rahmen zu beachten. Auch das Wiederkaufsrecht sowie Nachzahlungs- und Mehrerlösklauseln sind jedoch entsprechend der Nutzungsbindungsdauer zu befristen.

Nach der hier vertretenen Auffassung ist sowohl die Nutzungsart (durch Ausschluss einer Zweit- und Ferienwohnungsnutzung) als auch die wirtschaftliche Ausnutzbarkeit des Grundstücks (durch Festlegung des berechtigten Nutzerkreises und der maximalen Höhe des Mietzinses) einer durchsetzbaren Regelung in Form beschränkt persönlicher Dienstbarkeiten zugänglich. Im Falle vertrags- bzw. dienstbarkeitswidriger Nutzungen kann der Erwerber auf vertrags- bzw. dienstbarkeitskonformen Gebrauch in Anspruch genommen werden. Dennoch sollte die Gemeinde sich vertraglich Sanktionsmöglichkeiten für den Fall von Vertragsverletzungen vorbehalten. Sanktionen kommen in Betracht im Falle einer ohne die er-

forderliche Zustimmung der Gemeinde erfolgenden Vermietung oder Weiterveräußerung, d. h. zu vertragswidrigen Konditionen sowie im Falle einer unzulässigen Nutzung als Zweit- oder Ferienwohnung.

aa) **Wiederkaufsrecht**

Ein im Grundstücksveräußerungsvertrag vorbehaltenes Wiederkaufsrecht i.S.d. §§ 456 ff. BGB verleiht der Gemeinde das Recht, durch einseitige Erklärung bei Vorliegen der vertraglich vereinbarten Voraussetzungen das Grundstück zurück zu erwerben. Die Voraussetzungen, unter denen das Wiederkaufsrecht ausgeübt werden kann, sind möglichst genau zu benennen.

Zur dinglichen Sicherung des vorbehaltenen Wiederkaufsrechts, d. h. zur Absicherung der Rückauflassung des Grundstücks, ist eine Vormerkung gemäß § 883 BGB zugunsten der Gemeinde zu bewilligen und zu beantragen.

Probleme wirft die Bestimmung des Wiederkaufspreises auf. Grundsätzlich ist entsprechend der in § 456 Abs. 2 BGB enthaltenen Wertung der ursprüngliche Kaufpreis als Wiederkaufspreis zu vereinbaren. Dies führt dazu, dass Wertsteigerungen des Grundstücks, die vor Ablauf der Bindungsfrist eintreten, der Gemeinde zugewiesen sind. In der Literatur werden hierzu unter dem Aspekt der Einzelfallgerechtigkeit unterschiedliche Auffassungen vertreten.³⁹ Es wird jedoch davon abgesehen, den Meinungsstand an dieser Stelle im Einzelnen wiederzugeben, da als Grundsatz festgehalten werden kann, dass auf der Regelungsebene der in § 456 Abs. 2 BGB zugrunde gelegte Ansatz (der Ursprungskaufpreis entspricht dem Wiederkaufspreis) angemessen erscheint, während die Gemeinde bei *Ausübung* des Wiederkaufsrechts im Einzelfall den bereits verstrichenen Bindungszeitraum sowie ggf. die zur Vertragsverletzung führenden Gründe zu berücksichtigen hat. Zu beachten ist auch, dass die Gemeinde im Falle der Ausübung des Wiederkaufsrechts ein auf dem Grundstück errichtetes Gebäude grundsätzlich zum Verkehrswert zu

³⁹ Vgl. die ausführliche Darstellung von Huber/Wollenschleger, *Einheimischenmodelle* (2008), Rn. 151 ff.

ersetzen hat (§ 459 BGB). Dies sowie die Tatsache, dass die oben genannten unmittelbaren Sicherungsinstrumente in der Regel vorrangig zum Einsatz kommen dürften, schränken den Anwendungsbereich des Wiederkaufsrechts in der Praxis ein. Nur dann, wenn die Gemeinde bereit und in der Lage ist, den Wiederkaufspreis zu finanzieren und die weitere Verwaltung bzw. Verwertung des Grundstücks zurück zu übernehmen, kann sich das Wiederkaufsrecht als adäquates Sicherungsmittel erweisen. Als alternatives Sicherungsmittel bieten sich Nachforderungs- bzw. Mehrerlösklauseln an.

bb) Nachforderungs- bzw. Mehrerlösklauseln

Die in der *vergünstigten* Grundstücksveräußerung liegende Zuwendung an den Grundstückserwerber soll dieser nur dann behalten dürfen, wenn er im Rahmen der Bindungsfrist diejenigen vertraglichen Pflichten erfüllt, die die entsprechende Vergünstigung motiviert haben.

Im Hinblick auf diese Verknüpfung zwischen Zuwendung und Nutzungspflichten sind Nachforderungsklauseln gerechtfertigt, die die Gemeinde dazu berechtigten, bei zweckwidriger Verwendung des Grundstücks die Zuwendung – d. h. die Differenz von ursprünglichem Verkaufspreis und Verkehrswert – zurückzufordern. Im Hinblick darauf, dass die Gemeinde verpflichtet ist, die zweckentsprechende Verwendung des Grundstücks sicherzustellen, werden derartige, an die jeweilige Bindungsfrist gekoppelte Nachforderungsklauseln als grundsätzlich angemessen angesehen.⁴⁰ Aus Praktikabilitäts- und Rechtssicherheitsgründen empfiehlt es sich, im Grundstücksveräußerungsvertrag ausdrücklich auszuweisen, in welchem Umfang die Veräußerung unter Verkehrswert erfolgt.

Sogenannte Mehrerlösklauseln dienen der Abschöpfung des Spekulationsgewinns im Falle vertragswidriger Weiterveräußerung (ohne Zustimmung der Gemeinde).⁴¹ Mehrerlösklauseln zielen darauf ab,

⁴⁰ So insbesondere BGH, NJW-RR 2007, 962 (963).

⁴¹ Grundsätzlich zur Zulässigkeit BGH, NJW 2003, 888 (891 f.).

die Differenz zwischen dem ursprünglichen Ankaufs- und dem vom Erwerber später erzielten Verkaufspreis zugunsten der Gemeinde und damit zugunsten der Allgemeinheit abzuschöpfen. Im Einzelfall kann es unangemessen sein, einen entsprechenden Mehrerlös *vollständig* geltend zu machen.⁴² Auch insoweit gilt, dass auf der Ebene der Rechtsausübung durch die Gemeinde – wie bei jeder Ermessensentscheidung – alle Umstände des konkreten Einzelfalles zu betrachten sind, während deren Berücksichtigung auf der vertraglichen Regelungsebene aufgrund der Vielgestaltigkeit der in Betracht kommenden Lebenssachverhalte nicht möglich ist.

Damit eventuelle künftige Ansprüche der Gemeinde auf Nachforderung bzw. Mehrerlös nicht ins Leere laufen, empfiehlt sich deren dingliche Absicherung durch Einräumung einer Restkaufpreishypothek.

Nachforderungs- bzw. Mehrerlösklauseln im Rahmen zweckgebundener kommunaler Grundstücksveräußerungen gelten nur in dem Zeitraum der Nutzungsbindung bezüglich der „Bezahlbarkeit“. Sowohl der Weiterveräußerungspreis als auch die Miethöhe können nur zeitlich limitiert werden, wenn die Gemeinde das Grundstück veräußert hat. Nur im Rahmen dieser – im Einzelfall zu bestimmen – Bindungsdauer greifen auch die entsprechenden Sicherungsmittel in Form von Nachforderungs- bzw. Mehrerlösklauseln.

e) **Zwischenergebnis**

Im Rahmen von Grundstücksveräußerungen der Gemeinde außerhalb planungsrechtlicher Vorgaben zur Art der Wohnnutzung steht der Gemeinde ein Instrumentarium zur dauerhaften Gewährleistung von Dauerwohnraum zur Verfügung, während eine unbefristete Fixierung der „Bezahlbarkeit“ des bestehenden bzw. zu schaffenden Dauerwohnraums ausscheidet. Macht die Gemeinde von der – nach hier vertretener Auffassung bestehenden – Möglichkeit Gebrauch, die Zweit- und Ferienwohnnutzung im Hinblick auf die anstehende Veräußerung zuvor durch Eintra-

⁴² Vgl. etwa OLG München, NVwZ 1999, 1025 (1026).

gung einer entsprechenden beschränkt persönlichen Eigentümerdienstbarkeit auszuschließen, so bewirkt sie damit eine Minderung des Verkehrswertes des Grundstückes. Die Veräußerung zu dem entsprechenden Verkehrswert hat keinen Zuwendungscharakter, so dass der Dauerhaftigkeit der Nutzungsbeschränkung keine durchgreifenden rechtlichen Bedenken entgegenstehen.

Erfolgt die Veräußerung darüber hinaus vergünstigt, d.h. *unter* Verkehrswert, um bestimmten Bevölkerungsgruppen den Erwerb bzw. das Mietwohnen zu ermöglichen, so erfordert das Gebot der Angemessenheit eine – von den Umständen des Einzelfalles abhängige – Befristung der den „Subventionszweck“ sichernden Wohnungsbelegungsrechte samt Mietobergrenzen, die dementsprechend auch lediglich durch eine *befristete* beschränkt persönliche Dienstbarkeit gesichert werden können.

Im Hinblick auf die Möglichkeit, die Dauerwohnnutzung (durch Ausschluss einer Zweit- und Ferienwohnnutzung) sowie die befristete Bezahlbarkeit dieses Dauerwohnraums (durch Belegungsrechte und Mietobergrenzen) dinglich in Form beschränkt persönlicher Dienstbarkeiten zu sichern, tritt die Bedeutung der lediglich mittelbar wirkenden Sicherungsinstrumente – Wiederkaufsrecht und Nachforderungs- bzw. Mehrerlösklauseln – in den Hintergrund. Insbesondere dann, wenn ein unbebautes Grundstück veräußert wird und der Erwerber bereits der Bebauungspflicht nicht nachkommt, könnte die Ausübung eines vertraglich vereinbarten Wiederkaufsrechts sinnvoll sein, um auf die Person des Erwerbers weiter Einfluss nehmen zu können. Zur Verhinderung spekulativer Weiterveräußerungen im Rahmen der Bindungsfrist bieten sich insbesondere im Falle selbst genutzten Wohneigentums Zustimmungsvorbehalte und – neben dem Wiederkaufsrecht - Mehrerlösklauseln an.

2. **Gemeindliche Grundstücksveräußerungen im Kontext planungsrechtlicher Festsetzungen zum „Dauerwohnen“**

Veräußert die Gemeinde Grundstücke, für die das Dauerwohnen als Nutzungsart im Bebauungsplan festgesetzt ist, so stellt sich die Frage, ob flankierende Sicherungsregelungen in einem städtebaulichen Vertragsteil des Grundstückskaufvertrags überhaupt erforderlich bzw. zulässig sind.

Wickel verneint in dem vorläufigen Rechtsgutachten (S. 136) – ohne sich näher mit der Frage der *Zulässigkeit* auseinanderzusetzen – lediglich die *Erforderlichkeit* vertraglicher Nutzungsbindungen, soweit eine Dauerwohnnutzung bauleitplanerisch festgesetzt wurde.

Die *Zulässigkeit* einer die bauleitplanerische Festsetzung des Dauerwohnens flankierenden Regelung in einem Städtebaulichen Vertrag mit der Gemeinde setzt jedoch deren (zwingende) *Erforderlichkeit* nicht voraus. Zweckmäßigkeitserwägungen sind vielmehr ausreichend. Die Zweckmäßigkeit einer die planungsrechtliche Dauerwohnpflicht wiederholenden vertraglichen Regelung könnte daraus hergeleitet werden, dass es ohne eine derartige Regelung im Verhältnis Gemeinde/Grundstückserwerber ansonsten ausschließlich dem Einsatz des bauordnungsrechtlichen Instrumentariums der Bauaufsichtsbehörde überlassen wäre, die Einhaltung der – durch Bebauungsplan und Baugenehmigung vorgesehenen – Dauerwohnnutzung zu gewährleisten. Selbstverständlich kann eine entsprechende vertragliche Dauernutzungspflicht durch Nachweispflichten ergänzt werden. Eine derartige Überwachungs- und Vollzugstätigkeit kann indes von der Bauaufsichtsbehörde (Landkreis Nordfriesland) nach Angaben des Auftraggebers erfahrungsgemäß in der Regel nicht geleistet werden.⁴³

Ein flankierender Städtebaulicher Grundstücksveräußerungsvertrag mit entsprechenden Nutzungsbindungen gegenüber der Gemeinde wäre ohne weiteres geeignet, die Gewährleistung der Nutzungsbindung dadurch zu fördern, dass in Person der Gemeinde ein weiterer „Gläubiger“ existierte, dem das oben genannte privatrechtliche Instrumentarium zur Verfügung stünde. Für die Zulässigkeit einer entsprechenden Parallelität beider Regelungsebenen (Bebauungsplan und Baugenehmigung einerseits, Städtebaulicher Vertrag mit Nutzungsbindung andererseits) spricht auch, dass es den Gemeinden nicht verwehrt ist, vertragliche Baupflichten in Städtebaulichen Verträgen zu vereinbaren, obwohl das Baugesetzbuch das Instrument des Baugebots gemäß § 176 BauGB grundsätzlich zur Verfügung stellt.

⁴³ Zu den „Möglichkeiten der Effektivierung des Vollzugs privat- bzw. öffentlich-rechtlicher Dauerwohnpflichten“ vgl. das [GGSC]-Ergänzungsgutachten.

Jedenfalls ist gegen eine *schuldrechtliche* Regelung zur Dauerwohnnutzung in einem Grundstücksveräußerungsvertrag daher im Ergebnis nichts einzuwenden. Darüber hinaus sind bauleitplanerische Festsetzungen zur Dauerwohnnutzung selbstverständlich ohne Auswirkung auf vertragliche Regelungen zur Gewährleistung der „Bezahlbarkeit“ des Wohnraums. Da die entsprechenden preis- und mietzinsregulierenden Regelungselemente von vornherein keiner bauleitplanerischen Regulierung zugänglich sind, kann das oben (1.) genannte entsprechende vertragliche Instrumentarium auch im Rahmen einer Grundstücksveräußerung eines mit der Festsetzung „Dauerwohnen“ überplanten Grundstücks zum Einsatz kommen. Dies gilt auch bezüglich der Art und Weise der Wohnsitznahme (Erst-/Zweitwohnsitz). Diese ist einer unmittelbaren bauplanungsrechtlichen Steuerung nicht zugänglich, kann jedoch Gegenstand einer vertraglichen Regelung sein.

Fraglich bleibt indes, ob in der Konstellation eines den Bebauungsplan flankierenden Städtebaulichen Vertrages die vereinbarte Dauerwohnnutzung nicht nur mittelbar (über ein Wiederkaufsrecht), sondern auch unmittelbar durch Bestellung einer entsprechenden beschränkt persönlichen Dienstbarkeit gesichert und ggf. durchgesetzt werden kann.

Ob in der gegebenen Konstellation der Bestellung einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit (gerichtet auf das Unterlassen einer Zweit- bzw. Ferienwohnungsnutzung) der Grundsatz entgegen steht, dass sich die Dienstbarkeit nicht in der bloßen Wiederholung des Gesetzeswortlautes erschöpfen darf, bzw. einen Inhalt aufweisen muss, der über die gegebenen öffentlich-rechtlichen Beschränkungen hinaus reichen muss⁴⁴, ist in der sachenrechtlichen Literatur umstritten. Die dingliche Sicherung einer sich bereits aus dem Bebauungsplan ergebenden Unterlassungspflicht wirft – jedenfalls dann, wenn tatsächlich Inhaltsgleichheit besteht – die Frage der Erforderlichkeit auf.

Eigentumsbeschränkungen, die bereits kraft Gesetzes bestehen, sollen als Gegenstand einer Dienstbarkeit ausscheiden, da das *Rechtsschutzbedürfnis* des Berechtigten an einer solchen Eintragung fehlt und die bloße Wiederholung ge-

⁴⁴ Vgl. MüKo BGB/Joost, § 1091, Rn. 3 m.w.N. sowie dem Verweis auf die entsprechenden Regelungen in den Landesbauordnungen zur Baulast. Auch die Baulast gemäß § 80 Abs. 1 LBO darf sich nur auf öffentlich-rechtliche Verpflichtungen des Grundstückseigentümers beziehen, die sich nicht schon aus öffentlich-rechtlichen Vorschriften ergeben.

setzlicher Vorschriften das Grundbuch unnötig belasten würde.⁴⁵ Grundstückerutzungen, deren Unterlassen ohne Weiteres schon auf der Grundlage öffentlich-rechtlicher Vorschriften durchgesetzt werden könnte, bedürfen folglich nicht einer privatrechtlichen Sicherung.⁴⁶

Umstritten ist, welche Bedeutung in diesem Zusammenhang Bebauungsplänen sowie den auf dieser Grundlage ergangenen Baugenehmigungen zukommt. Die Befürworter bebauungsplanwiederholender Dienstbarkeiten beziehen sich insbesondere darauf, Bebauungsplänen fehle die Gewähr einer Dauerhaftigkeit, sie unterlägen Modifikationen und Anpassungen an sich ändernde Verhältnisse.⁴⁷ Die überwiegende Meinung in der Literatur nimmt eine differenzierende Betrachtungsweise vor und unterscheidet danach, ob sich die Frage im Rahmen des privatrechtlichen Nachbarschaftsverhältnisses oder aber im Rahmen des Verhältnisses der öffentlichen Hand zum betroffenen Eigentümer stellt. Da der *private* Nachbar tatsächlich keinen Einfluss auf die durch Bebauungsplan und Baugenehmigung geschaffene Rechtslage hat, kann diesem ein Rechtsschutzbedürfnis für die Eintragung einer inhaltsgleichen Dienstbarkeit nicht abgesprochen werden.⁴⁸ Im öffentlich-rechtlichen Verhältnis zum Grundstückseigentümer könne sich hingegen ohnehin die Notwendigkeit einer Abweichung von der ursprünglichen planungsrechtlichen Konzeption ergeben. In dieser Situation könnte die überholte Bauleitplanung auch nicht mittels der für sie eingeräumten Dienstbarkeit erzwungen werden.

Wiederholt also eine Dienstbarkeit lediglich den Inhalt eines Bebauungsplans und „verdoppelt“ damit die rechtliche Bindung des Grundstücks auf öffentlich-rechtlicher und zivilrechtlicher Ebene in identischer Weise, so ist gerade ein sich abzeichnendes planungsrechtliches Bedürfnis nach Planänderung geeignet, Diskrepanzen zwischen öffentlich-rechtlicher und zivilrechtlicher Rechtslage zu erzeugen, die zu erheblicher Rechts- und Vollzugsunsicherheit führen.⁴⁹ Die mit

⁴⁵ Vgl. MüKo BGB/Joost, § 1018, Rn. 49.

⁴⁶ Vgl. Staudinger/Meyer, BGB, § 1090, Rn. 21.

⁴⁷ So insbesondere Tennie, Dingliche Rechte als städtebauliche Gestaltungsmittel (2005), Seite 12 sowie Odersky, Die beschränkte persönliche Dienstbarkeit als Mittel zur Sicherung öffentlicher Zwecke in: Festschrift 125 Jahre Bayerisches Notariat, Seite 213, 220.

⁴⁸ Vgl. MüKo BGB/Joost, § 1018, Rn. 50 (Fn. 226); Staudinger/Meyer, BGB, § 1090, Rn. 23.

⁴⁹ Vgl. MüKo BGB/Joost, § 1018, Rn. 50 (Fn. 226); Staudinger/Meyer, BGB, § 1090, Rn. 23; so auch dezidiert: Quack, beschränkt persönliche Dienstbarkeiten zur Sicherung planungsrechtlicher Zweckbindungen, Rechtspfleger 1979, 281 ff.

der Wiederholung einer planungsrechtlichen Festsetzung beabsichtigte *Stärkung* der Durchsetzbarkeit bestimmter Festsetzungen birgt daher die Gefahr in sich, Unstimmigkeiten auf den verschiedenen Regelungsebenen zu bewirken und – in diesem Teilbereich – die Einheit der Verwaltung in Frage zu stellen. Die überwiegenden Gründe sprechen daher dafür, eine Durchbrechung des sachenrechtlichen Gebotes, wonach das, was ohnehin schon gilt, nicht zusätzlich mit einer Dienstbarkeit festgelegt werden kann, nicht durch die Zulassung inhaltsgleicher, bebauungsplanwiederholender beschränkt persönlicher Dienstbarkeiten zugunsten der Gemeinde aufzubrechen.

Soweit eine Zweit- und Ferienwohnungsnutzung bauplanungsrechtlich ausgeschlossen ist, ist der Anwendungsbereich für den Einsatz beschränkt persönlicher Dienstbarkeiten gleichen Inhalts unseres Erachtens nicht eröffnet.

III. Erbbaurechtsverträge

Erbbaurechte stellen ein wichtiges Mittel öffentlicher Bodenpolitik dar, da einerseits dem Berechtigten eine langfristige Nutzung eingeräumt wird, andererseits jedoch die Gemeinde Grundstückseigentümerin bleibt, über die Verwendung des Bauwerks dauerhafte, mit dinglicher Wirkung versehene Bestimmungen treffen und über die Definition der Voraussetzungen des Heimfalls nicht nur den Verwendungszweck absichern kann, sondern zugleich über eine Art gesetzliches Rückabwicklungsrecht über die gesamte Vertragsdauer hinweg verfügt.⁵⁰ Im Hinblick darauf, dass das Erbbaurecht kraft Gesetzes unabdingbar veräußerlich und vererblich ist, ist zur dauerhaften Absicherung des Vertragszwecks „bezahlbares Dauerwohnen“ besondere Sorgfalt auf die Definition und Vereinbarung des Verwendungszwecks, des berechtigten Nutzerkreises und der Heimfallvoraussetzungen zu verwenden.

⁵⁰ „§ 2 Erbbaurechtsgesetz lautet: „Zum Inhalt des Erbbaurechts gehören auch Vereinbarungen des Grundstückseigentümers und des Erbbauberechtigten über:

1. die Errichtung, die Instandhaltung und die Verwendung des Bauwerkes;
2. die Versicherung des Bauwerkes und seinen Wiederaufbau im Falle der Zerstörung;
3. die Tragung der öffentlichen und privatrechtlichen Lasten und Abgaben;
4. eine Verpflichtung des Erbbauberechtigten, das Erbbaurecht beim Eintreten bestimmter Voraussetzungen auf den Grundstückseigentümer zu übertragen (Heimfall);
5. eine Verpflichtung des Erbbauberechtigten zur Zahlung von Vertragsstrafen;
6. die Einräumung eines Vorrechts für den Erbbauberechtigten auf Erneuerung des Erbbaurechts nach dessen Ablauf;
7. eine Verpflichtung des Grundstückseigentümers, das Grundstück an den jeweiligen Erbbauberechtigten zu verkaufen.“

1. Vereinbarungen über die Errichtung, Instandhaltung und Verwendung des Bauwerkes, § 2 Nr. 1 ErbbauRG

Wesensbildendes Merkmal des Erbbaurechts ist es, dass bestimmte vertragliche Vereinbarungen über ihre schuldrechtliche Wirkung hinaus zum dinglichen Inhalt des Erbbaurechts gemacht werden können. Je nach Lage des einzelnen Falles gehen der Regelung des Verwendungszwecks Regelungen über die Errichtung und Instandhaltung des (ggf. bereits vorhandenen) Bauwerks voraus. Ohne Regelungen über die Errichtung bzw. Instandhaltung des bereits errichteten Gebäudes gingen Vereinbarungen über die Verwendung des Bauwerks ins Leere. Unabhängig davon, ob das Erbbaurecht an einem bebauten oder unbebauten Grundstück bestellt wird, sind im Erbbaurechtsvertrag stets Regelungen zur Instandhaltungspflicht des Erbbauberechtigten aufzunehmen und mit dinglicher Wirkung auszustatten.

Dingliche Festlegungen zur *Errichtung* des Bauwerks können neben einer Bauverpflichtung insbesondere Regelungen zur Art und Weise der Bebauung enthalten, die eine Vorsteuerung der Verwendungsart bewirken. Festlegungen zum Bebauungsumfang sind zulässig, solange das dem Erbbaurecht immanente Bebauungsrecht dadurch nicht insofern faktisch ausgeschlossen wird, dass die dinglich vorgegebene Bauweise baurechtswidrig und daher nicht genehmigungsfähig wäre. Festlegungen zur Anzahl und Größe der Wohneinheiten bzw. der Anzahl der Aufenthaltsräume je Wohneinheit sind insbesondere dann zulässig, wenn und soweit dadurch die allgemeine Zweckbestimmung des Erbbaurechts (bezahlbarer Wohnraum für bestimmte Bevölkerungskreise) bestätigt und ausgefüllt wird. Soweit für das Wohnprojekt noch keine Baugenehmigung vorliegt, erweist es sich als empfehlenswert, die Angaben zur Art und Weise der Bebauung durch eine Baubeschreibung zu konkretisieren, die Angaben zur Anzahl der Wohneinheiten, gestaffelt nach Wohnungsgrößen (Wohnfläche und Zimmeranzahl) enthält. Auf diese Weise wird zugleich eine Verknüpfung zum Baugenehmigungsverfahren hergestellt: Unter Hinweis auf das fehlende Sachbescheidungsinteresse kann die Baugenehmigungsbehörde einen Bauantrag ablehnen, der unter Verstoß gegen die (dinglichen) Vereinbarungen im Erbbaurechtsvertrag gestellt wurde.⁵¹

⁵¹ Vgl. [GGSC]-Gutachten zu den Möglichkeiten der Effektivierung des Vollzugs privt- bzw. öffentlich-rechtlicher Dauerwohnpflichten (III.1.b)bb)).

Wesentlich für die vorliegend interessierende Fragestellung – Absicherung einer Dauerwohnnutzung – sind indes die Bestimmungen zur *Verwendung* des Bauwerks. Die Verdinglichung der Verwendungsart hat zur Rechtsfolge, dass sie dem Erbbaurecht – unabhängig von der Person des Erbbauberechtigten – anhaftet und Änderungen der Einigung zwischen dem Eigentümer und dem Erbbauberechtigten sowie der Eintragung im Grundbuch bedürfen. In der erbbaurechtlichen Rechtsprechung und Literatur sind Verwendungsvereinbarungen mit sozialer, wirtschaftlicher oder ideeller Zielsetzung einhellig anerkannt.⁵² Dass beim vorliegenden Verwendungszweck – Dauerwohnen – neben der sozialen Motivation (Versorgung der ggf. minderbemittelten einheimischen Bevölkerung mit Wohnraum) eine *städtebauliche* Komponente hinzutritt, stößt auf keinerlei Bedenken. Denn die Gemeinde handelt insoweit im Rahmen ihres Daseinsvorsorgeauftrages. Die in Erbbaurechtsverträgen der Gemeinde Sylt zur Anwendung gelangten Formulierungen wie etwa:

„Der Berechtigte ist verpflichtet, das Bauwerk unter Ausschluss jeder anderen Verwendung wie folgt zu verwenden: Wohngebäude für den Wohnungserbbauberechtigten und die eventuell in seinem Haushalt lebenden Familienangehörigen und/oder Lebenspartner/in zu Dauerwohnzwecken (räumlicher Schwerpunkt der gesamten Lebensverhältnisse = Hauptwohnsitz im Sinne des Landesmeldegesetzes). (...)“

sind daher rechtlich unbedenklich, genügen grundsätzlich dem sachenrechtlichen Bestimmtheitsgebot und sind daher geeignet, zum dinglichen Inhalt des Erbbaurechts zu werden.⁵³ Es sollte jedoch jedenfalls noch präzisiert werden, dass eine Nutzung als Zweit- bzw. Ferienwohnung ebenso unzulässig ist wie ein dauerhaftes Leerstehenlassen der Wohneinheit.

Darüber hinaus sind zur Gewährleistung des sozialen Zwecks des Erbbaurechts im Erbbaurechtsvertrag ausdrückliche Regelungen zur begünstigten Nutzer-

⁵² v. Oefele/Winkler, Handbuch des Erbbaurechts, 5. Auflage 2012, Rn. 4.55; MüKo BGB/v. Oefele, § 2 ErbbauRG, Rn. 16.

⁵³ Die Zulässigkeit und hinreichende Bestimmtheit dieser Formulierung hat das OLG Schleswig mit Urte. v. 05.06.2014 (2U 2/14) ausdrücklich bestätigt. Das Urteil ist allerdings noch nicht rechtskräftig (Stand Juli 2014); es ist vielmehr der Ausgang des beim Bundesgerichtshof anhängigen Revisionsverfahrens abzuwarten.

gruppe zu treffen. Um insoweit die individuellen Verträge an die konzeptionellen Grundlagen zu koppeln, empfiehlt es sich, die im Wohnungsmarktkonzept als „bedürftig“ beschriebenen Nutzergruppen aufzuführen. Zur Gewährleistung des sozialen Zwecks des Erbbaurechts sind die generell in der Gemeinde (etwa im Wohnungsmarktkonzept) geltenden Kriterien für die Förderwürdigkeit auch im einzelnen Erbbaurechtsvertrag aufzunehmen. Anzahl und Lebenssituation im Haushalt lebender Angehöriger sowie Einkommens- ggf. gar Vermögensobergrenzen sowie Grundstücks- bzw. Wohnungseigentumsverhältnisse sollten festgelegt werden. Abgesehen von der dadurch vorgenommenen konkretisierenden Zweckbestimmung des Erbbaurechts spielt die Festlegung des berechtigten Personenkreises eine Rolle im Zusammenhang mit der Veräußerung von Erbbaurechten (Zustimmung durch die Gemeinde generell nur im Falle der Veräußerung an eine Person aus dem bevorrechtigten Personenkreis) bzw. im Zusammenhang mit der Heimfallregelung (Heimfallanspruch, soweit im Falle des Versterbens des Erbbauberechtigten der Erbe weder Ehegatte bzw. Abkömmling noch Angehöriger der bevorrechtigten Personengruppe ist). Daher ist darauf zu achten, dass die bevorrechtigte Personengruppe im Rahmen des Verwendungszwecks identisch zur Gruppe derjenigen zu definieren ist, für die die Gemeinde die Zustimmung zur Veräußerung/Vermietung erteilt (vgl. das Formulierungsbeispiel unter Punkt 5.b)bb)).

Fraglich ist, ob von der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage zur Regelung der Verwendung des Bauwerks auch solche Regelungen gedeckt sind, die Detailfestlegungen zur Vermietung in Form von Vorgaben zur Haushaltsgröße in Relation zur Wohnungsgröße, zur Altersstruktur sowie zu Mietobergrenzen enthalten. Derartige Regelungen bieten sich dann an, wenn das Gebäude von vornherein nicht zur Eigennutzung durch den Erbbauberechtigten zu dienen bestimmt ist, sondern zur Vermietung an eine Vielzahl von Personen, etwa die Mitglieder einer Wohnungsbaugenossenschaft. Fraglich ist die Zulässigkeit einer derartigen Detailregulierung insofern, als der Zustimmungsvorbehalt des Grundstückseigentümers zum Abschluss von Mietverträgen nur schuldrechtlich vereinbart, nicht jedoch mit dinglicher Wirkung versehen werden kann (s. u. 4.). Im Hinblick darauf, dass der Zustimmungsvorbehalt zu Vermietungen ohnehin einer (mittelbaren) Verdinglichung zugänglich ist, indem ein Verstoß dagegen als Heimfallgrund geregelt werden kann (vgl. unten 4.), bestehen im Ergebnis keine durchgreifenden Bedenken dagegen, den zulässigen Vermietungskonditionen selbst zum dinglichen Inhalt des Erbbaurechts unter dem Aspekt der Ver-

wendung zu machen. Der Begriff der „*Verwendung des Bauwerks*“ ist nach allgemeiner Auffassung insbesondere dann weit auszulegen, wenn die Verwendungsmodalitäten der Förderung des sozialen Wohnungsbaus dienen.⁵⁴ Ist das Wohngebäude, das Gegenstand des Erbbaurechts ist, folglich von vornherein als Mehrfamilienwohnhaus auf eine Vermietung angelegt, erweist sich die dingliche Regelung der Vermietungskonditionen als Verwendungsform des Bauwerks i. S. d. § 2 Nr. 1 ErbbauRG als zulässig.

2. Rechtliche Absicherung des Verwendungszwecks

Anders als im Falle entsprechender Nutzungsbindungen im Zusammenhang mit Grundstücksveräußerungen der Gemeinde, die jedenfalls in der Rechtsprechung als (bloße) *Obliegenheiten* bewertet werden,⁵⁵ handelt es sich bei den erbbaurechtlichen Vereinbarungen zur Verwendung des Bauwerks grundsätzlich um *Primärverpflichtungen*, so dass dem Grundstückseigentümer – der Gemeinde – im Falle eines Verstoßes ein *Erfüllungsanspruch* zusteht.⁵⁶ Neben dem erbbaurechtlichen Erfüllungsanspruch steht dem Grundstückseigentümer darüber hinaus ein gesetzlicher Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch gemäß § 1004 BGB zu, der auf die Beseitigung der widerrechtlichen Nutzung (etwa als Zweit- oder Ferienwohnung) gerichtet ist.⁵⁷

Eine gerichtlich durchsetzbare Verpflichtung des Erbbauberechtigten, das Gebäude höchstpersönlich (bzw. mit seinen Angehörigen) zu Dauerwohnzwecken zu nutzen, scheidet indes nicht zuletzt aus vollstreckungsrechtlichen Gründen aus. Auch wenn es möglich ist, in einem Erbbaurechtsvertrag eine höchstpersönliche Eigennutzungspflicht zu vereinbaren, stellt diese doch keine gerichtlich durchsetzbare Verpflichtung, sondern lediglich eine Obliegenheit dar, die der Betreffende zur Vermeidung der Ausübung des Heimfallrechts durch den Grundstückseigentümer (die Gemeinde) zu beachten gehalten ist. Die Vereinbarung, dass der Erbbauberechtigte selbst (bzw. mit seinen Angehörigen) das Gebäude bewohnen soll, ist zulässig, würde aber im Falle des Verstoßes dagegen nicht dazu führen, dass die Gemeinde in der Lage wäre, die Eigennutzungspflicht gerichtlich durchzusetzen. Gerichtlich durchsetzbar ist nicht die Person

⁵⁴ MüKo BGB/v. Oefele/Heinemann, § 2 ErbbauRG, Rn. 16.

⁵⁵ Vgl. BGH, Urteil vom 16.04.2010, V ZR 175/09, NJW 2010, 3505.

⁵⁶ v. Oefele/Winkler, Handbuch des Erbbaurechts, 5. Auflage 2012, Rn. 4.61; MüKo BGB/v. Oefele, § 2 ErbbauRG, Rn. 17.

⁵⁷ v. Oefele/Winkler, Handbuch des Erbbaurechts, 5. Auflage 2012, Rn. 4.61; MüKo BGB/v. Oefele, § 2 ErbbauRG, Rn. 17.

des Nutzers, sondern lediglich die *Art* der Nutzung. Da nicht die Person des Nutzers, sondern vielmehr die Art der Nutzung („Dauerwohnen“) im Zentrum des Interesses der Gemeinde steht, sollte im Erbbaurechtsvertrag das Hauptaugenmerk auf die Festlegung des Nutzungszwecks sowie der *Personengruppe* berechtigter Nutzer gelegt werden.

Der dingliche Erfüllungsanspruch erschöpft sich daher hinsichtlich seiner Durchsetzbarkeit in einem Unterlassungsanspruch (Unterlassen einer Zweit- oder Ferienwohnungsnutzung). Er kann indes ergänzt werden durch eine Pflicht, dauerhaften Leerstand zu unterlassen und durch schuldrechtliche Vereinbarungen zur Vermietung, einschließlich Festlegungen zur Miethöhe und zum berechtigten Personenkreis.

3. Mittelbare Sicherungsinstrumente: Heimfall und Vertragsstrafe

Neben den direkten Vertragserfüllungs- und Unterlassungsansprüchen besteht die Möglichkeit der Gewährleistung der Verwendungsart durch Vereinbarung von (mit dinglicher Wirkung ausgestatteten) Sanktionen.

a) Heimfall, § 2 Nr. 4 ErbbauRG

Der Heimfall ist ein einseitiges Gestaltungsrecht des Grundstückseigentümers, dessen Ausübung zur Übertragung des Erbbaurechts auf den Grundstückseigentümer führt. Es handelt sich folglich um ein bedingtes dingliches Erwerbsrecht bezüglich des Erbbaurechts.⁵⁸ Hinsichtlich der Definition der Heimfallgründe besteht grundsätzlich – im Rahmen der Angemessenheit – Vertragsfreiheit. Verstöße gegen die in § 2 Nr. 1 bis 3 ErbbauRG vereinbarten Verpflichtungen des Erbbauberechtigten, hier insbesondere gegen die vereinbarte Verwendung des Bauwerks, zählen zu den typischen und anerkannten Heimfallgründen.

b) Vertragsstrafe, § 2 Nr. 5 ErbbauRG

Zum Inhalt des Erbbaurechts können gemäß § 2 Nr. 5 ErbbauRG auch Vereinbarungen über eine Verpflichtung des Erbbauberechtigten zur Zahlung von Vertragsstrafen i.S.d. §§ 339 ff. BGB gehören. Der Anspruch des Grund-

⁵⁸ MüKo BGB/v. Oefele, § 2 ErbbauRG, Rn. 25.

stückseigentümers auf Leistung der Vertragsstrafe entsteht im Falle der hier interessierenden Unterlassungspflichten im Zeitpunkt der Zuwiderhandlung durch den Erbbauberechtigten.

Vertragsstrafen können sowohl für Verstöße gegen diejenigen Pflichten vereinbart werden, die (dinglicher) Inhalt des Erbbaurechts sind, als auch Verstöße gegen rein schuldrechtliche Begleitvereinbarungen sanktionieren. Im letzteren Falle wirkt die Vertragsstrafe gegenüber einem Rechtsnachfolger des Erbbauberechtigten allerdings nur dann, wenn die entsprechende schuldrechtliche Verpflichtung mitübertragen wurde.

c) **Ausübungsvoraussetzungen**

Soweit es um die Sanktionierung eines Verstoßes gegen die vereinbarte Verwendung des Grundstücks geht, besteht grundsätzlich ein Wahlrecht zwischen Heimfall und Vertragsstrafe. Die Ausübung des einen oder anderen Rechts steht aus oben genannten Gründen unter dem Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit. In aller Regel wird es sich daher anbieten, die Vertragsstrafe an weniger schwerwiegende Vertragsverletzungen zu knüpfen. Zwar setzt der Heimfallanspruch keine *schwerwiegende* Verletzung erbaurechtlicher Pflichten voraus. Dennoch ist insbesondere im Hinblick auf die lange Laufzeit von Erbbaurechten zu berücksichtigen, dass sich die Verhältnisse im Laufe der Jahrzehnte ändern können. Sollte etwa ein Anspruch des Erbbauberechtigten auf Modifikation/Erweiterung des Verwendungszwecks entstanden sein, so wäre es unter Umständen rechtsmissbräuchlich, wenn der Grundstückseigentümer seinen Heimfallanspruch auf die Verletzung eines (mittlerweile mit einem Abänderungsanspruch behafteten) dinglich vereinbarten Verwendungszwecks stützt.

4. **Flankierendes schuldrechtliches Sicherungsinstrumentarium**

Die Rechtsbeziehungen zwischen dem Grundstückseigentümer und dem Erbbauberechtigten beschränken sich nicht auf die mit dinglicher Wirkung ausgestatteten Regelungen gemäß §§ 2 bis 8 ErbbauRG, die auch gegenüber Sonderrechtsnachfolgern wirken. Die Beteiligten können darüber hinaus schuldrechtliche Rechte und Pflichten untereinander vertraglich festlegen. Selbstverständlich müssen auch die schuldrechtlichen Vereinbarungen dem Angemessen-

heitsgebot des § 11 BauGB entsprechen und sich im Rahmen der AGB-rechtlichen Klauselverbote halten.⁵⁹

Die schuldrechtlichen Bestandteile des Erbbaurechtsvertrages stehen allerdings nicht als „gesonderter“ Vertrag neben dem Erbbaurechtsvertrag, sondern sind in diesen integriert. Der Erbbaurechtsvertrag enthält folglich neben den dinglichen auch schuldrechtliche Regelungen. Schließt die Gemeinde mit einem Erbbaurechtsinteressenten einen (die wesentlichen Konditionen des künftigen Erbbaurechts vorzeichnenden) Vorvertrag in Form eines Kooperationsvertrages, so sind diese Regelungen, um als schuldrechtlicher Teil des Inhalts des Erbbaurechts Wirkung zu entfalten, zwingend in den künftigen Erbbaurechtsvertrag zu integrieren. Allenfalls käme es in Betracht die Zustimmungserfordernisse und Heimfallgründe im Erbbaurechtsvertrag durch Verweis auf einen entsprechenden (notariell beurkundeten, s.u.) Kooperationsvertrag zu regeln. Aus Gründen der Rechtssicherheit empfiehlt es sich jedoch, die prägenden Inhalte des Erbbaurechts ausdrücklich in einer einzigen Vertragsurkunde zu regeln.

Die Besonderheit der schuldrechtlichen Vereinbarungen besteht darin, dass Zuwiderhandlungen nicht nur Schadensersatzpflichten begründen, sondern in gewissem Umfang „verdinglicht“ werden können, indem für den Fall *erheblicher* Verstöße der Heimfall vereinbart werden kann.⁶⁰

Um zu erreichen, dass die schuldrechtlichen Bindungen sich auch auf Sonderrechtsnachfolger (Erwerber des Erbbaurechts) erstrecken, ist im Vertrag eine Weiterübertragungsverpflichtung zu regeln. Ein Verstoß gegen die Weiterübertragungsverpflichtung führt zwar grundsätzlich (lediglich) zur Schadensersatzpflicht. Es ist jedoch allgemein anerkannt, dass dann, wenn ein Zustimmungserfordernis für die Veräußerung mit dinglicher Wirkung vereinbart wurde (§ 5 ErbbauRG, dazu unten), ein Unterlassen der Weitergabe der vertraglichen Pflichten an den Rechtsnachfolger den Grundstückseigentümer dazu berechtigt,

⁵⁹ Das OLG Schleswig hat mit Urt. v. 05.06.2014 (2 U 2/14) die AGB-rechtliche Wirksamkeit der „üblichen“ Sylter Formulierungen in Erbbaurechtsverträgen ausdrücklich bejaht, jedoch darauf hingewiesen, dass es bislang an höchstrichterlicher Rechtsprechung zu der Frage fehle, ob eine unbefristete Selbstnutzungspflicht für die Dauer der Laufzeit des Erbbaurechts durch Allgemeine Geschäftsbedingungen bestimmt werden könne. Das vom OLG Schleswig daher zugelassene Revisionsverfahren ist derzeit (Juli 2014) beim Bundesgerichtshof anhängig; der Ausgang des Verfahrens bleibt abzuwarten.

⁶⁰ v. Oefe/e/Winkler, Handbuch des Erbbaurechts, 5. Auflage 2012, Rn. 4.8.

dem Veräußerungsvorgang die Zustimmung zu versagen.⁶¹ Nach allgemeinem Verständnis prägen die schuldrechtlichen Vereinbarungen das Erbbaurecht dergestalt, dass ein Verstoß gegen die Sicherstellung ihrer Dauerhaftigkeit eine Zweckvereitelung nahe legt, so dass das Zustimmungsverweigerungsrecht gemäß § 7 Abs. 1 ErbbauRG greift (dazu unten).

Besondere Bedeutung kommt im Zusammenhang mit der interessierenden Fragestellung (Sicherung *bezahlbaren* Wohnraums) der Möglichkeit zu, *schuldrechtlich* ein Zustimmungserfordernis zur Vermietung und Verpachtung des Bauwerks zu vereinbaren. Denn ein derartiges Zustimmungserfordernis kann nicht unmittelbar zum (dinglichen) Inhalt des Erbbaurechts gemacht werden.⁶² Darüber hinaus kann der (zulässige) Inhalt einer Vermietung oder Verpachtung näher bestimmt werden, insbesondere durch Regelungen zur zulässigen Miethöhe. Durch die Vereinbarung einer entsprechenden Miethöhe (in der Regel die „Kostenmiete“) sowie zum Inhalt des Mietverhältnisses (Dauermiete unter Ausschluss einer Ferienwohn- oder Zweitwohnungsnutzung) und zum berechtigten Personenkreis (neben bestimmten Verwandten der im Wohnungsmarktkonzept genannte Personenkreis), wird zum einen definiert, wann der Grundstückseigentümer zur Erteilung der Zustimmung verpflichtet ist. Zum anderen wird das Interesse des Erbbauberechtigten an einer vertragswidrigen Vermietung dadurch praktisch gegen Null reduziert werden können, dass die Vermietung oder Verpachtung *ohne* erforderliche Zustimmung des Grundstückseigentümers als Heimfallgrund geregelt wird.⁶³ Auf diese Weise kann der Grundstückseigentümer eine mittelbar dingliche Absicherung der Miethöhe sowie des berechtigten Personenkreises erreichen. Als kritisch zu bewerten sein dürfte allerdings im Hinblick auf die gebotene Angemessenheit der vertraglichen Regelungen die Vereinbarung eines „reinen“ Wohnungsbelegungsrechts des Grundstückseigentümers dergestalt, dass allein dieser die Person des Mieters benennen darf. Selbst wenn die vom Grundstückseigentümer (Gemeinde) zu beachtenden Auswahlkriterien im Erbbaurechtsvertrag aufgeführt werden, würde ein

⁶¹ v. Oefele/Winkler, Handbuch des Erbbaurechts, 5. Auflage 2012, Rn. 4.12.

⁶² v. Oefele/Winkler, Handbuch des Erbbaurechts, 5. Auflage 2012, Rn. 4.58.

⁶³ Dieser Sachverhalt bildete den Gegenstand der Entscheidung des OLG Schleswig v. 05.06.2014 (2U 2/2014). Das OLG hat die Zulässigkeit des Heimfallgrundes „Vermietung ohne erforderliche Zustimmung des Grundstückseigentümers“ ausdrücklich bejaht. Auch insoweit bleibt jedoch abzuwarten, ob der Bundesgerichtshof die Rechtsauffassung des OLG Schleswig im Rahmen seiner Revisionsentscheidung bestätigt.

dauerhaftes Belegungsrecht in einem Spannungsverhältnis zu der grundsätzlichen Rechtsposition des Erbbauberechtigten stehen.

Ein derartiges Wohnungsbelegungsrecht des Grundstückseigentümers ist indes auch nicht erforderlich, um den Zweck (dauerhafte Festlegung des als Mieter berechtigten Personenkreises) zu gewährleisten, da durch das Zustimmungserfordernis ausreichend sichergestellt ist, dass eine Vermietung nur an den (im Wohnungsmarktkonzept genannten) berechtigten Personenkreis erfolgt (vgl. auch die Erläuterungen zur untenstehenden Musterregelung). Im Rahmen der Zustimmungsentscheidung gelangen dann die vorab definierten Vergabekriterien der Gemeinde zur Anwendung.

5. Besonderheiten aufgrund der unabdingbaren Veräußerlichkeit des Erbbaurechts

a) Grundsätze

Die Veräußerlichkeit zählt zu den unabdingbaren Wesensmerkmalen des Erbbaurechts (§ 1 Abs. 1 ErbbauRG)⁶⁴. Die Bestellung eines unveräußerlichen Erbbaurechts bzw. der dingliche Ausschluss der Veräußerlichkeit wären unzulässig. Der Verstoß gegen ein zulässiges *schuldrechtliches* Veräußerungsverbot führt indes nicht zur Unwirksamkeit einer dennoch erfolgten Veräußerung, sondern lediglich zum Schadensersatz.

Im Hinblick auf die Unabdingbarkeit der Veräußerlichkeit des Erbbaurechts sind auch – grundsätzlich zulässige – Beschränkungen der Veräußerlichkeit gemäß §§ 5 – 8 ErbbauRG dann unzulässig, wenn sie wirtschaftlich der Unveräußerlichkeit des Erbbaurechts gleichkommen. Eine Veräußerungs*beschränkung* durch (dingliche) Vereinbarung eines Zustimmungserfordernisses des Grundstückseigentümers ist jedoch zulässig (§ 5 ErbbauRG). Eine ohne die erforderliche Zustimmung erfolgte Veräußerung des Erbbaurechts ist schwebend unwirksam und erlangt erst mit Erteilung der Zustimmung – bzw. dann, wenn die Zustimmung zu Unrecht versagt wird, mit deren gerichtlicher Ersetzung gemäß § 7 Abs. 3 ErbbauRG – Wirksamkeit. Eine Verletzung der Pflicht des Erbbauberechtigten, die

⁶⁴ „§ 1 (1) Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, dass demjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, das veräußerliche und vererbliche Recht zusteht, auf oder unter der Oberfläche des Grundstücks ein Bauwerk zu haben (Erbbaurecht).“

Zustimmung des Grundstückseigentümers zur Veräußerung einzuholen, kann allerdings nicht mit dinglicher Wirkung als Heimfallklausel ausgestaltet werden (§ 6 Abs. 2 ErbbauRG).

Im Hinblick auf die Gewährleistung der sozialen Zielsetzung der Erbbaurechtsbestellung ist es für die Gemeinde von besonderer Bedeutung, die Veräußerbarkeit des Erbbaurechts zur Vermeidung von Spekulationsverkäufen im Sinne der sozialen Zielstellung zu begrenzen. Nachfolgend gilt es, die Grenzen auszuloten, die §§ 5 bis 7 ErbbauRG für zulässige Zustimmungserfordernisse des Grundstückseigentümers regeln.

Maßgeblich ist insoweit § 7 Abs. 1 S. 1 ErbbauRG. Danach gilt:

„Ist anzunehmen, dass durch die Veräußerung (§ 5 Abs. 1) der mit der Bestellung des Erbbaurechts verfolgte Zweck nicht wesentlich beeinträchtigt oder gefährdet wird, und dass die Persönlichkeit des Erwerbers Gewähr für eine ordnungsgemäße Erfüllung der sich aus dem Erbbaurechtsinhalt ergebenden Verpflichtung bietet, so kann der Erbbauberechtigte verlangen, dass der Grundstückseigentümer die Zustimmung zur Veräußerung erteilt.“

Der in § 7 Abs. 1 S. 1 ErbbauRG geregelte gesetzliche Anspruch auf Zustimmung ist zwingendes Recht und kann daher weder ausgeschlossen noch beschränkt werden. In diesem Spannungsfeld zwischen den durch die Zustimmungspflicht gemäß § 5 ErbbauRG geschützten berechtigten Interessen des Grundstückseigentümers einerseits und der Veräußerlichkeit des Erbbaurechts andererseits, kommt dem „mit der Bestellung des Erbbaurechts verfolgten Zweck“ eine zentrale Bedeutung zu. Zweckwidrigen oder zweckgefährdenden Veräußerungen darf die Zustimmung versagt werden. Maßgebend ist der im Erbbaurechtsvertrag festgelegte Zweck.

Aus Gründen der Rechtssicherheit ist eine ausdrückliche vertragliche Regelung geboten. Darüber hinaus können selbstverständlich ergänzende Rückschlüsse aus der Bestimmung des Bauwerks (§ 1 Abs. 1 ErbbauRG) oder aus Vereinbarungen gemäß § 2 Nr. 1, 4 und 5 ErbbauRG gezogen werden. Ob die Zweckbeeinträchtigung oder –gefährdung *wesentlich* im Sinne des

§ 7 Abs. 1 Satz 1 ErbbauRG ist, ist nach einem objektiven Maßstab anhand der abzuwägenden Ziele und Interessen des Grundstückseigentümers und des Erbbauberechtigten zu ermitteln.

b) Wahrung des Verwendungszweckes

Im Falle der Gemeinden der Insel Sylt wird mit dem Erbbaurecht ein doppelter Zweck verfolgt:

- städtebaulicher Zweck – Dauerwohnen
- sozialer Zweck – Versorgung der ortsansässigen „bedürftigen“ Bevölkerungsgruppen mit angemessenem Wohnraum.

aa) Dauerwohnen

Soweit es um die Gewährleistung des Dauerwohnzwecks geht, wird es für die Versagung der Zustimmung zur Veräußerung ausreichend sein, wenn Tatsachen die Prognose rechtfertigen, dass der Erwerber andere als Dauerwohnzwecke verfolgt, etwa weil er über einen externen Arbeitsplatz verfügt oder seinen bisherigen externen Wohnsitz beizubehalten beabsichtigt. Lassen die Lebensumstände des Erwerbers den Rückschluss darauf zu, dass er eine – letztlich den Heimfallanspruch des Grundstückseigentümers begründende – mit den Vereinbarungen zur Verwendung des Bauwerks nicht konforme Nutzung anstrebt, dürfte die Interessenabwägung regelmäßig zur Bejahung der Voraussetzungen einer Zustimmungsverweigerung führen.

bb) „Bezahlbarkeit“

Einer spekulativen Veräußerung des Erbbaurechts kann indes durch Ausschluss solcher Erwerber, die keine Dauerwohnnutzung erwarten lassen, nicht begegnet werden, da die Dauerwohnnabsicht nicht einen Erwerberkreis ausschließt, der bereit und in der Lage ist, einen gegenüber dem ursprünglichen Kaufpreis deutlich höheren Kaufpreis zu entrichten.

Es stellt sich daher die Frage, ob und ggf. durch welche präzise Zweckbestimmung des Erbbaurechts eine spekulative Veräußerung an finanzstarke Erwerber verhindert werden kann. Fraglich ist insbesondere, wie der mit der Bestellung des Erbbaurechts verfolgte Zweck zu formulieren ist, um einer Veräußerung zum „überhöhten“ Kaufpreis die Zustimmung versagen zu können.

Eine mittelbare Steuerung ist dadurch erreichbar, dass im Erbbaurechtsvertrag vereinbart wird, dass für bestimmte Veräußerungsvorgänge (Zugehörigkeit des Erwerbers zu dem von der Gemeinde definierten Kreis von Berechtigten) die Zustimmung des Grundstückseigentümers in Voraus erklärt wird. Umgekehrt ist es auch zulässig, die Fälle, in denen die Veräußerung der Zustimmung des Grundstückseigentümers bedarf, aufzulisten, um auf diese Weise die gemeinsam vereinbarte Intention des Erbbaurechts zu verdeutlichen. So wird es etwa als zulässig angesehen, für die Veräußerung an bestimmte Personenkreise im Voraus die Zustimmung zu erklären.⁶⁵ Da es sich um eine Einschränkung des grundsätzlich zulässigen Zustimmungserfordernisses handelt, spricht auch nichts dagegen, die Festlegungen zum „zustimmungsfreien“ Personenkreis durch Angaben zum zustimmungsfreien Kaufpreis zu ergänzen. Allerdings ist die Steuerungswirkung derartiger Regelungen nur mittelbar und für sich genommen nicht geeignet zu verhindern, dass eine Veräußerung zu einem deutlich höheren Kaufpreis vom Erbbauberechtigten beabsichtigt wird.

Es ist geboten, die Bestimmung des sozialen Zwecks des Erbbaurechts möglichst präzise anhand eindeutiger Kriterien des in Betracht kommenden Personenkreises festzulegen. Insbesondere kann auf Einkommens- und/oder Vermögensobergrenzen abgestellt werden, sowie auf die familiäre Situation (sorgeberechtigte- bzw. pflegebedürftige Angehörige). Die Definition des begünstigten Personenkreises muss daher präziser sein als lediglich die Benennung von „Bevölkerungsgruppen mit besonderen Wohnraumversorgungsproblemen“. Die Gemeinde ist daher gehalten, diejenigen Kriterien,

⁶⁵ Vgl. v. Oefele/Winkler, Handbuch des Erbbaurechts, Rn. 4.188.

die sie selbst bei der Auswahl und prioritären Berücksichtigung Erbbauberechtigter zugrunde legt, auch im Erbbaurechtsvertrag als Nutzergruppe festzuschreiben. In diesem Falle könnte auf die (problematische) Definition einer Formel zur Bestimmung des höchstzulässigen Weiterveräußerungspreises verzichtet werden, da durch die Definition des zulässigen Personenkreises der erzielbare Weiterveräußerungspreis ohnehin beschränkt wäre.

Es ist jedoch fraglich, ob derartige Regelungen, die zu einer unbefristeten Beschränkung des Verkehrswerts des Erbbaurechts unter dem Marktpreis führen, noch mit dem in § 11 BauGB angelegten Angemessenheitsgebot vereinbar sind. Im Falle von Grundstücksveräußerungen durch die öffentliche Hand unter dem erzielbaren Marktpreis entspricht es allgemeiner Ansicht, dass eine zeitlich unbegrenzte Beschränkung der freien Weiterveräußerbarkeit eine unangemessene Einschränkung des Grundstückserwerbers darstellt (siehe oben). Fraglich ist, ob die insoweit für Grundstücksveräußerungen geltende Rechtslage auf Erbbaurechtsverträge übertragbar ist. So hält etwa *Grziwotz*⁶⁶ die „Umgehung“ der Befristungsnotwendigkeit durch Bestellung längerdauernder Erbbaurechte mit entsprechenden Bindungen für unangemessen.⁶⁷ Es liegt hier ein Spannungsverhältnis vor zwischen dem Umstand, dass ein Erbbaurechtsvertrag mit sozialen und städtebaulichen Inhalten ein die Vorgaben des § 11 BauGB zu beachtender Städtebaulicher Vertrag ist und andererseits das Erbbaurecht ein zivilrechtliches Rechtsinstrument ist, das darauf angelegt ist, Nutzungsbindungen und Veräußerungsbeschränkungen mit dinglicher Wirkung dauerhaft festzulegen.

Unseres Erachtens ist zur Auflösung dieses Spannungsverhältnisses auf den Zweck und die Wesensmerkmale des Erbbaurechts abzustellen. Aufgrund der ihm zugedachten Funktion als wichtiges Mittel öffentlicher Bodenpolitik dient das Erbbaurecht als Rechtsinstrument

⁶⁶ Urteilsanmerkung in DNotZ 1990, 646 (650).

⁶⁷ Diese Sichtweise hat das OLG Schleswig (Urt. v. 05.06.2014, 2 U 2/14) unter Hinweis auf die Unterschiede zwischen Erbbaurechten und herkömmlichen Einheimischenmodellen ausdrücklich abgelehnt. Ob der Bundesgerichtshof sich dieser Auffassung im Rahmen des derzeit (Juli 2014) anhängigen Revisionsverfahrens anschließt, bleibt abzuwarten.

der Wohnungsbauförderung insbesondere der sozialschwächeren Schichten sowie als Instrument zur Bekämpfung der Bodenspekulation.⁶⁸ Damit ist die Angemessenheit von Regelungen, die eine dauerhafte Bindung an den sozialen Zweck des Erbbaurechts bewirken, vom Normzweck nicht nur gedeckt, sondern geradezu beabsichtigt. Während es bei Grundstücksveräußerungen der öffentlichen Hand zwar auch ein legitimes Interesse darstellt, die im subventionierten Kaufpreis zum Ausdruck kommende soziale Komponente möglichst langfristig sicherzustellen, steht dies doch im Widerstreit zur Eigentumsordnung der Bundesrepublik, die es dem Eigentümer von Grund und Boden ermöglicht, sein Grundeigentum im Rahmen der öffentlich-rechtlichen und zivilrechtlichen Normen nach freiem Belieben zu nutzen und zu veräußern. Entlässt die öffentliche Hand ein Grundstück aus ihrer Zuständigkeitssphäre, so wäre es weder mit Art. 14 GG⁶⁹ noch mit der im BGB angelegten Verfügungsmacht des Eigentümers vereinbar, diesem das *Vollrecht* dauerhaft vorzuenthalten.

Im Unterschied zu Grundstücks*veräußerungen* ist die Bestellung eines Erbbaurechts hingegen ihrem Wesen nach darauf angelegt, der öffentlichen Hand das Grundeigentum ebenso wie die dauerhafte Definition des Verwendungszwecks zu bewahren. Die dauerhafte Kontrolle der zweckkonformen Verwendung des Gebäudes ist daher nicht gesondert rechtfertigungsbedürftig, sondern im Wesensgehalt des Erbbaurechts angelegt. Die Gemeinde dürfte bereits aus kommunalrechtlichen Gründen Erbbaurechte – anders als ein privater Grundstückseigentümer – nicht frei (etwa nur festgelegt auf die Nutzungsart „Wohnen“) vergeben; sie ist vielmehr, da ihr gesamtes Verwaltungshandeln der Erreichung öffentlicher Zwecke zu dienen bestimmt ist, gehalten, das zur Verfügung stehende zivilrechtliche Instrumentarium nicht restriktiv anzuwenden, sondern voll auszuschöpfen. Die dem Erbbaurecht immanente dauerhafte Nutzungsbindung muss folglich auch aus öffentlich-rechtlicher Perspektive betrachtet voll ausgeschöpft werden. Ein dingliches – und daher un-

⁶⁸ Vgl. MüKo BGB/von Oefele, vor § 1 ErbbauRG, Rn. 3 und 10.

⁶⁹ „Art. 14 [Eigentumsgarantie und Erbrecht] (1) Das Eigentum und das Erbrecht werden gewährleistet. Inhalt und Schranken werden durch die Gesetze bestimmt.“

befristetes – Zustimmungserfordernis zu Veräußerungen des Erbbaurechts, das dazu führt, gewinnorientierten – und daher den klar definierten sozialen Verwendungszweck beeinträchtigenden – Erbbaurechtsveräußerungen einen Riegel vorzuschieben, ist daher unter öffentlich-rechtlichen Angemessenheitsgesichtspunkten nicht zu beanstanden. Die dauerhafte Gewährleistung des explizit vereinbarten Verwendungszwecks rechtfertigt daher u.E. eine dauerhafte Einschränkung der Veräußerlichkeit des Erbbaurechts.

Folgendes Formulierungsbeispiel berücksichtigt die angestrebte Bindungswirkung:

„Zustimmungserfordernis

(1)

Der Erbbauberechtigte bedarf der schriftlichen Zustimmung des Grundstückseigentümers

- *zur Veräußerung des Erbbaurechts, mit Ausnahme zur Veräußerung an Personen, die nach Maßgabe [Verweis auf untenstehende Regelung] Erben sein können; in einem derartigen Fall ist jedoch die Veräußerung dem Grundstückseigentümer durch Übersendung einer beglaubigten Abschrift der Urkunde anzuzeigen;*
- *(...).*

(2)

Rein schuldrechtlich bedarf der Erbbauberechtigte ferner der schriftlichen Zustimmung des Eigentümers zu

- *der Vermietung, Verpachtung oder sonstige Nutzungsüberlassung. Nicht zustimmungspflichtig ist jedoch eine Nutzungsüberlassung an Ehegatten, Abkömmlinge oder Eltern sowie Personen, die nach*

*Maßgabe [Verweis auf untenstehende Regelung]
Erben sein können.*

(3)

*Die Zustimmung kann nur aus wichtigem Grunde ver-
sagt werden. Hierzu wird festgestellt, dass das Erbbaurecht der Versorgung folgenden Personenkreises mit Wohnraum dient und deswegen günstige Konditionen aufweist: [Hier den Personenkreis aufführen, der nach Maßgabe des Wohnungsmarktkonzepts förderwürdig ist].*

Heimfall

(1)

Der Grundstückseigentümer kann die Übertragung des Erbbaurechts an sich oder einen von ihm zu bezeichnenden Dritten auf Kosten des Erbbauberechtigten verlangen – Heimfall – wenn

- *ein Mietvertrag über das Erbbaurecht bzw. Teile hiervon abgeschlossen wurde, ohne dass hierzu eine nach diesem Erbbaurechtsvertrag erforderliche Zustimmung des Grundstückseigentümers eingeholt wurde;*
- *der jeweilige Erbbauberechtigte verstorben ist, und wenn eine andere Person Erbe bzw. Vermächtnisnehmer wird, als*
 - *der Ehegatte, Verwandte in gerader Linie,*
 - *Personen, die folgendem Personenkreis angehören: (Hier den oben genannten begünstigten Personenkreis wiederholen.)“*

Aufgrund der vorgenannten wertenden Betrachtungsweise kann unseres Erachtens den in der Literatur geäußerten Bedenken gegen eine dauerhafte – d.h. für die gesamte Dauer des Erbbaurechts bestehende – Bindung des Erbbauberechtigten bzgl. der Ausgestaltung von Mietverhältnissen und der Beschränkung von Veräußerungsvorgängen begegnet werden. Die soziale Zweckbindung ist dem Erbbaurecht ebenso immanent wie die dauerhafte Festlegung des Verwendungszwecks. Soweit sich die Ausgestaltung des Zustimmungserfordernisses des Grundstückseigentümers zu Vermietungen als angemessen erweist (zumutbarer Kreis von Berechtigten, wirtschaftlich zumutbare Miethöhe und zumutbare Nutzungsbeschränkungen in Form eines Ausschlusses von Zweit- und Ferienwohnnutzungen), so gilt dies grundsätzlich für die gesamte Dauer des Erbbaurechts.⁷⁰ Dies schließt allerdings nicht aus, dass gesetzliche Anpassungspflichten bestehen, die dann greifen, wenn sich die für den Vertragsabschluss maßgeblichen Verhältnisse (Geschäftsgrundlage) wesentlich ändern und ein Festhalten am Vertrag unzumutbar machen. Daher sind Anpassungsklauseln zur Mietobergrenze vorzusehen.

6. Bewertung: Vergleich Grundstücksveräußerung/Erbbaurecht

Die nachhaltige Absicherung des gemeindlichen Ziels, die *Art* der Nutzung eines Wohngebäudes auf das Dauerwohnen zu beschränken, lässt sich grundsätzlich gleichermaßen im Rahmen einer Grundstücksveräußerung oder einer Erbbaurechtsbestellung realisieren. Im Rahmen einer Grundstücksveräußerung bedarf diese Nutzungsbindung einer nach hier vertretener Ansicht zulässigen beschränkt persönlichen Dienstbarkeit, um den Ausschluss der Zweit- oder Ferienwohnnutzung dinglich an das zu veräußernde Grundstück zu binden. Dem Erbbaurecht ist die Festlegung des Verwendungszwecks einschließlich entsprechender Unterlassungspflichten und eines Sanktionsinstrumentariums hingegen immanent.

Im Hinblick auf das gemeindliche Ziel, die „Bezahlbarkeit“ des entsprechend gebundenen Dauerwohnraums dauerhaft zu gewährleisten, erweist sich das Erbbaurecht im Vergleich zur Grundstücksveräußerung als vorzuzugswürdig, da die

⁷⁰ Die Zulässigkeit einer für die gesamte Laufzeit des Erbbaurechts geltenden Nutzungsbeschränkung wurde vom OLG Schleswig ausdrücklich betont (Urt. v. 05.06.14, 2 U 2/14). Es bleibt abzuwarten, ob der Bundesgerichtshof diese Rechtsauffassung im Rahmen des derzeit anhängigen Revisionsverfahrens (Stand Juli 2014) bestätigt.

Veräußerung des Erbbaurechts dauerhaft an das (dingliche) Erfordernis der Zustimmung der Gemeinde als Grundstückseigentümerin gebunden werden kann, um mit Blick auf den bevorrechtigten Personenkreis Spekulationsveräußerungen zu verhindern. Über die den dinglichen Inhalt des Erbbaurechts flankierende schuldrechtliche Vereinbarung eines Zustimmungsvorbehaltes für Vermietungen, der durch Heimfallandrohung „verdinglicht“ werden kann, erreicht die Gemeinde als Grundstückseigentümerin eine dauerhafte Einflussnahme auf den Personenkreis und die Konditionen des Mietverhältnisses. Im Falle einer Grundstücksveräußerung sind die möglichen Beschränkungen der wirtschaftlichen Ausnutzbarkeit des Grundstücks hingegen zwingend zu befristen.

IV. Städtebauliche Verträge im Zusammenhang mit Bebauungsplanverfahren ohne Grundstücksveräußerung

Im Rahmen von Bebauungsplanverfahren, die die Begründung oder Erweiterung von Wohnnutzungen zum Gegenstand haben, bietet sich der Abschluss Städtebaulicher Verträge mit den jeweiligen Grundstückseigentümern an, die gemäß § 11 Abs. 1 Nr. 2 BauGB zum Ziel haben, die mit der Bauleitplanung verfolgten Ziele zu sichern, indem als „Gegenleistung“ für die planungsrechtlich eröffneten Bebauungs- und/oder Nutzungsmöglichkeiten deren zweckkonforme Beschränkung auf das Dauerwohnen vereinbart und abgesichert wird. Das Gleiche lässt sich im Rahmen des Durchführungsvertrages zu einem vorhabenbezogenen Bebauungsplan erreichen. Ob ein „normaler“ Angebotsbebauungsplan oder ein vorhabenbezogener Bebauungsplan gem. § 12 BauGB vorzuzugswürdig ist, hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalles ab. Insbesondere die Bereitschaft des Grundstückseigentümers, sich zur Durchführung eines konkreten Vorhabens in einem festgelegten Zeitraum zu verpflichten, ist insoweit maßgebend.

1. Rechtfertigung privatrechtlicher Nutzungsbeschränkungen

Diese Konstellation zeichnet sich dadurch aus, dass – anders als bei vergünstigten Grundstücksveräußerungen durch die Gemeinde – kein Zuwendungsverhältnis (im engeren Sinne) vorliegt. Damit ist auch nicht a priori die Notwendigkeit gegeben, die Nutzungsbeschränkung zu befristen. Zwar sind auch insoweit Nutzungsbeschränkungen des Grundstückseigentümers (insbesondere Unterlassung einer Ferienwohn- bzw. Zweitwohnungsnutzung) einer Angemessenheitskontrolle zu unterziehen. Im Hinblick darauf, dass die entsprechenden Nutzungsmöglichkeiten durch die Bauleitplanung, auf die sich der Städtebauliche

Vertrag bezieht, überhaupt erst begründet wurden, ist eine Befristungsnotwendigkeit dieser Konstellation jedenfalls nicht immanent. Die beiden in dieser Konstellation vorrangig in Betracht kommenden privatrechtlichen Sicherungsinstrumente – die beschränkt persönliche Dienstbarkeit zu Gunsten der Gemeinde und das dinglich gesicherte Ankaufsrecht – sind demnach einer Angemessenheitskontrolle zu unterziehen, die zu berücksichtigen hat, dass dem Vertragspartner der Gemeinde ohne die Selbstbeschränkung auf das Dauerwohnen gar keine (oder eine nur eingeschränkte) Nutzung zu Wohnzwecken eröffnet gewesen wäre, da ohne seine Selbstbeschränkung der entsprechende Bebauungsplan aus landesplanungsrechtlichen Gründen nicht zustande kommen würde.

Allerdings ist auch in dieser Konstellation die weichenstellende Ausgangsfrage relevant, ob eine bauleitplanerische Festsetzung des *Dauerwohnens* als Regelung der baulichen Nutzung rechtlich möglich ist. Soweit dies generell oder jedenfalls im konkreten Einzelfall zu bejahen ist, wird dadurch zugleich die Frage nach einer entsprechenden (regelmäßig wohl zu bejahenden) Planungspflicht, sowie die daran anschließende Frage nach der Erforderlichkeit einer flankierenden städtebauvertraglichen Regelung aufgeworfen. Insbesondere die rechtliche Zulässigkeit der Absicherung der Dauerwohnnutzung (bzw. Unterlassung einer Zweitwohnungsnutzung) durch Einräumung einer entsprechenden beschränkt persönlichen Dienstbarkeit gegenüber der Gemeinde wäre dann unter dem Aspekt der Unzulässigkeit einer Mehrfachabsicherung einer (hier im B-Plan normierten) öffentlich-rechtlichen Verpflichtung zur Dauerwohnnutzung ausgeschlossen.

Der Anwendungsbereich der beschränkt persönlichen Dienstbarkeit ist folglich hinsichtlich des Ziels, Dauerwohnraum zu gewährleisten, nur dann eröffnet, wenn – allgemein oder im konkreten Einzelfall – die planungsrechtliche Festsetzung einer Dauerwohnnutzung ausscheidet. Die Vereinbarung einer Verpflichtung des Eigentümers, ausschließlich Dauerwohnraum zu schaffen, ist jedoch ebenso wie die Bestellung einer (befristeten) beschränkt persönlichen Dienstbarkeit, die der Gemeinde ein Wohnungsbelegungsrecht vermittelt, grundsätzlich zulässig.⁷¹

⁷¹ Zu den Inhalten des Wohnungsbelegungsrechts bzw. der Zustimmung zur Vermietung von Wohneinheiten durch die Gemeinde sollte die Gemeinde sich an den Ausführungen zur Verwendung des Erbbaurechtsgebäudes orientieren (vgl. oben III.1.).

Als weiteres Element der dem durch die Planung begünstigten Grundstückseigentümer aufzuerlegenden Gegenleistungen kommt die Verpflichtung, Mittel aus Förderprogrammen des sozialen Wohnungsbaus in Anspruch zu nehmen in Betracht. Damit gehen für den Grundstückseigentümer als Bauherrn spürbare gestalterische Einschränkungen sowie Beschränkungen der Nutzbarkeit (beschränkter Nutzerkreis, Belegungsrechte, Mietobergrenzen) entsprechend dem SHWoFG einher. Im Hinblick darauf, dass sich diese Beschränkungen als Kompensation für die Inanspruchnahme der Fördermittel erweisen, sind sie entsprechend den gesetzlichen Vorgaben im SHWoFG zwingend zu befristen: der mit der Inanspruchnahme der Fördermittel einhergehende Vorteil ist nach Ablauf des im Fördermittelbescheid vorzusehenden Zeitraums „verbraucht“. Im Hinblick auf das alle städtebaulichen Verträge prägende Angemessenheitserfordernis ist festzustellen, dass nur ein bestimmter Anteil der auf der Grundlage des neu geschaffenen Baurechts errichteten Wohnungen mit der Verpflichtung belegt werden darf, diese im Rahmen eines sozialen Wohnungsbauförderprogramms zu errichten. Als Anhaltspunkt dürfte die in etablierten Programmen der „Sozialgerechten Bodennutzung – SoBoN“ anerkannte Förderquote von 30 % anzusehen sein. Ein weiterer Anhaltspunkt für Angemessenheitsprüfung ist das weitgehend anerkannte Verbot einer vollständigen Abschöpfung der planungsbedingten Bodenwertsteigerungen: Nach Abzug aller Gegenleistungen sollte rund ein Drittel des Bodenwertzuwachses beim Grundstückseigentümer/Investor verbleiben.⁷²

2. Spezifisches Sicherungsmittel: Ankaufsrecht

Hinsichtlich der Möglichkeit der Gemeinde, schuldrechtlich sowie durch beschränkte persönliche Dienstbarkeiten eine Dauerwohnnutzung (durch Ausschluss einer Zweit- und Ferienwohnungsnutzung) sowie deren „Bezahlbarkeit“ (durch Wohnungsbelegungsrecht und Festlegung einer Mietobergrenze) abzusichern, gelten die Ausführungen zu den entsprechenden Sicherungsinstrumenten im Rahmen von Grundstücksveräußerungen entsprechend. Aus Gründen der gebotenen Angemessenheit des Vertrages sind die Nutzungsbindungen

⁷² Vgl. Die Sozialgerechte Bodennutzung – der Münchner Weg, München, 3. Auflage 2009; Hellriegel/Teichmann, Sozialgerechte Bodennutzung (SoBoN) – Voraussetzungen und Grenzen für städtebauliche Verträge zwischen Plangebern und Bauherren, BauR 2014, 189; Schröer/Kullick, Umlegung von Planungskosten – Das Münchner Modell, NZBau 2012, 429.

ausschließlich auf den planbedingt neu geschaffenen Wohnraum zu beschränken.⁷³

Die (weitere) Absicherung durch ein *Wiederkaufsrecht* scheidet indes aus, da es an einem Veräußerungsvorgang durch die Gemeinde fehlt. An dessen Stelle tritt in der vorliegenden Konstellation ein Ankaufsrecht der Gemeinde, das durch ein befristetes und notariell beurkundetes Kaufangebot des Grundstückseigentümers gegenüber der Gemeinde begründet wird. Die Möglichkeit, ein dinglich gesichertes Ankaufsrecht zu vereinbaren, besteht unabhängig davon, ob die entsprechenden Nutzungskonditionen durch beschränkt persönliche Dienstbarkeit dinglich gesichert werden bzw. gesichert werden können. Die Gemeinde verpflichtet sich im Gegenzug, das Angebot nicht anzunehmen, soweit der Grundstückseigentümer das Grundstück ausschließlich im Sinne der vertraglichen Regelungen zu Dauerwohnzwecken nutzt und im Falle der Vermietung innerhalb des zwingend erforderlichen Bindungszeitraums ausschließlich den berechtigten Personenkreis sowie die vereinbarte Mietzinsobergrenze berücksichtigt.

V. Kommunale Kooperation mit kollektiv ausgerichteten Wohnformen

Durch die Verzahnung öffentlich-rechtlicher mit privatrechtlichen Regulierungsinstrumenten kann ein relativ engmaschiges Netz zur Gewährleistung des Dauerwohnens in bezahlbarem Wohnraum geknüpft werden. Die Rechtswirklichkeit offenbart indes Defizite im Bereich des Vollzugs und der Kontrolle. Dies ist nicht zuletzt darauf zurückzuführen, dass die kommunalen Zielsetzungen keineswegs deckungsgleich sind mit den wirtschaftlichen Interessen von Investoren und den Bedürfnissen des Marktes. Die Lukrativität von Ferienwohnungsnutzungen sowie die große Nachfrage nach Zweitwohnungen motiviert vielfach die Suche nach „Schlupflöchern“ aus vertraglichen Regelungen bzw. provoziert Erfindungsreichtum, was Umgehungen anbelangt. Daher drängt sich die Suche nach Kooperationen auf, die anstelle einer Interessendivergenz von einem Interessengleichklang der Beteiligten geprägt sind. Personengruppen, die aus materiellen Interessen und ideellen Zielen heraus ein Wohnen mit einem Mindestmaß an gemeinschaftlicher Verbindlichkeit anstreben, können eher die Gewähr dafür bieten, dass die rechtlichen Bindungen mit den gemeinschaftli-

⁷³ Vgl. dazu das [GGSC]-Ergänzungsgutachten „Strategien, um Zugriff auf Grundstücke zur Wohnraumversorgung zu erlangen: Vorkaufsrecht, Enteignung, Städtebaulicher Vertrag“, Teil B III. 2. a).

chen Zielstellungen nicht konfliktieren, sondern sich im Idealfall ergänzen. Das Anliegen, dauerhaft gemeinschaftlich wohnen zu *wollen*, dürfte in vielen Fällen ein effektiverer Hebel sein, um Dauerwohnnutzungen zu gewährleisten als ein enges vertragliches Korsett. Vor diesem Hintergrund sollen im Folgenden die rechtlichen Rahmenbedingungen einer Kooperation mit kollektiv ausgerichteten Wohnformen – Wohnungsbaugenossenschaften und Baugemeinschaften – beleuchtet und ausgelotet werden⁷⁴.

Wohnungsbaugenossenschaften unterscheiden sich grundlegend von Baugemeinschaften dadurch, dass sie auf die Vermietung des errichteten oder umgebauten Wohnraums ausgerichtet sind, während Baugemeinschaften in aller Regel das Ziel verfolgen, im Anschluss an die Planungs- und (Um-)Bauphase eine Wohnungseigentümergeinschaft nach dem Wohnungseigentumsgesetz zu bilden. Daher sollen im Folgenden beide Organisationsformen jeweils getrennt behandelt werden.

Aus kommunaler Sicht ist es in der Einstiegsphase von zentraler Bedeutung, die Weichen entsprechend den kommunalen Bedürfnissen zu stellen. Sobald ein kommunales Grundstück – bzw. ein Grundstück, auf das die Kommune Zugriff erlangen kann – identifiziert wurde, das zur Bebauung oder zum Umbau durch eine Personengruppe geeignet ist, empfiehlt es sich, mit einer gemäß den kommunalen Kriterien geeigneten Personengruppe so frühzeitig zu kooperieren, dass auf deren vertragliche bzw. satzungsmäßige Grundlagen seitens der Kommune Einfluss genommen werden kann. Denkbar ist auch der Fall, dass eine Personengruppe bereits über ein Grundstück verfügt, etwa weil ein Mitglied dieses im Wege der Erbschaft erworben hat und die Gruppierung nun erreichen will, dass die planungsrechtlichen Voraussetzungen für die Bebauung bzw. den Umbau entsprechend den Bedürfnissen der Gruppierung geschaffen werden. Soweit es um eine Verdichtung bzw. höhere bauliche Nutzbarkeit des Grundstücks geht, kommt also auch ein städtebaulicher Vertrag außerhalb eines Grundstücksgeschäfts in Betracht.

Die kommunale Kooperation mit bauwilligen Personengruppen kommt folglich in den drei zuvor untersuchten Konstellationen – Grundstücksveräußerungen, Erbbaurechtsverträge und städtebauliche Verträge im Zusammenhang mit Bauabwicklungsverfahren – in Betracht. Daraus folgt aber zugleich, dass alle genannten rechtlichen

⁷⁴ Anschauliche Beispiele werden in dem vom Institute for Creative Sustainability herausgegebenem Handbuch „Co-Housing Cultures“, Berlin 2012 dargestellt.

Vorgaben und Einschränkungen selbstverständlich auch dann gelten, wenn der Kooperationspartner der Gemeinde eine Personengruppe ist. Das kommunale Kooperationsinteresse knüpft daher in erster Linie daran an, das Ziel, bezahlbaren Dauerwohnraum zu sichern, durch Fruchtbarmachung des „Gemeinschaftssinns“ einer Baugemeinschaft oder Genossenschaft zu befördern. Es soll aber dennoch im Folgenden untersucht werden, welche rechtlichen Einwirkungsmöglichkeiten der Kommune zur Verfügung stehen, um die ideellen Bindungen rechtlich abzusichern.

Durch die Satzung der Genossenschaft werden die Tätigkeit, der Zweck und die Struktur der Genossenschaft festgelegt. Diese Funktionen werden im Fall einer Baugemeinschaft zunächst durch den Gesellschaftsvertrag, später durch die Teilungserklärung und die Gemeinschaftsordnung der Wohnungseigentümergeinschaft erfüllt.

1. Wohnungsgenossenschaften

Nach der Legaldefinition in § 1 Abs. 1 Genossenschaftsgesetz (GenG) sind Genossenschaften *„Gesellschaften von nicht geschlossener Mitgliederzahl, deren Zweck darauf gerichtet ist, den Erwerb oder die Wirtschaft ihrer Mitglieder oder deren soziale oder kulturelle Belange durch gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb zu fördern.“* Die eingetragene Genossenschaft (eG) entsteht durch den Gründungsvorgang, d. h. durch den Gründungsvertrag mit Unterzeichnung der Satzung durch mindestens drei Gründungsmitglieder (§§ 4 und 5 GenG). Neben dem Förderzweck – gemäß § 1 Abs. 1 GenG dem Wesensmerkmal der eG – muss die Satzung insbesondere den Gegenstand des Unternehmens bestimmen; dieser gehört gemäß § 6 Nr. 2 GenG zu den Mindestinhalten der Satzung. Unter dem „Gegenstand des Unternehmens“ sind alle Tätigkeiten zusammengefasst, mit denen im Einzelfall der Förderzweck erreicht werden soll. Ihre Rechtsfähigkeit erlangt die eG mit der Eintragung in das Genossenschaftsregister (§§ 13, 16 GenG).

a) Satzungsregelungen mit relevantem Bezug zum bezahlbaren Dauerwohnen

Die wesentliche Weiche für die Festlegung ihrer Tätigkeit stellt die Wohnungsgenossenschaft durch die Festlegung von Zweck und Gegenstand in ihrer Satzung. Als Ausgangspunkt für die Formulierung kann auf die Mustersatzung des GdW Bundesverband deutscher Wohnungs- und Immobili-

lienunternehmen e. V.⁷⁵ zurückgegriffen werden. Nach der Mustersatzung lauten Zweck und Gegenstand einer Wohnungsgenossenschaft:

„Zweck der Genossenschaft ist die Förderung ihrer Mitglieder vorrangig durch eine gute, sichere und sozial verantwortbare Wohnungsversorgung.

Die Genossenschaft kann Bauten in allen Rechts- und Nutzungsformen bewirtschaften, errichten, erwerben, vermitteln (Erlaubnis nach § 34 GewO erforderlich), veräußern und betreuen. Sie kann alle im Bereich der Wohnungs- und Immobilienwirtschaft, des Städtebaus und der Infrastruktur anfallenden Aufgaben übernehmen. Hierzu gehören Gemeinschaftsanlagen und Folgeeinrichtungen, Läden und Räume für Gewerbebetriebe, soziale, wirtschaftliche und kulturelle Einrichtungen und Dienstleistungen.

(...) Die Ausdehnung des Geschäftsbetriebs auf Nichtmitglieder ist nicht zugelassen/ist zugelassen; Vorstand und Aufsichtsrat beschließen die Voraussetzungen.“

Diese sehr allgemein und weitgehaltene Definition von Zweck und Gegenstand der Wohnungsgenossenschaften in der Satzung sollte den örtlichen Gegebenheiten und dem Zuschnitt der jeweiligen Genossenschaft angepasst werden, worauf die Gemeinde, soweit sich die Genossenschaft noch in der Gründungsphase befindet, Einfluss nehmen kann. Insbesondere der Zweck sollte – ausgehend vom Text der Mustersatzung – dahingehend ergänzt bzw. spezifiziert werden, dass es um die Versorgung der Mitglieder durch Vermietung von *Dauerwohnraum* geht.

Der Gegenstand des Unternehmens kann auf die Errichtung und/oder den Aus- bzw. Umbau von (im Einzelnen benannten) Wohngebäuden zum Zwecke der Vermietung an die Mitglieder beschränkt werden, wenn die

⁷⁵ Der GdW ist der für Wohnungsgenossenschaften maßgebliche Spitzenverband. Die Mustersatzung wird zitiert nach Lang/Weidmüller, Kommentar zum Genossenschaftsgesetz, 37. Aufl. 2011, § 1 Rn. 60.

Genossenschaft dem Typus einer wohnprojektbezogenen Genossenschaft entspricht.

Im Rahmen des Förderverhältnisses der Wohnungsgenossenschaft zum Mitglied richtet sich der Förderauftrag einer Wohnungsgenossenschaft grundsätzlich auf die Nutzung einer Genossenschaftswohnung. Die Art und Weise der wohnlichen Versorgung der Mitglieder kann – unter Ausschluss des Wohnungseigentumserwerbs oder Einräumung eines Dauerwohnrechts – auf die bloße Nutzung einer Genossenschaftswohnung beschränkt werden. Dies bietet sich an, soweit – wie hier – der gemeinsame Zweck darin besteht, bezahlbaren *Mietwohnraum* zu schaffen.

Zur satzungsmäßigen Spezifizierung des Genossenschaftszwecks, eine *sozialverantwortbare* Wohnungsversorgung zu gewährleisten, bietet es sich an, auf die im Geltungszeitraum des Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetzes (1940 bis 1990) zwingende Satzungsregelung zurückzugreifen, wonach der Preis für die Überlassung des Gebrauchs von Wohnungen nur angemessen ist,

„wenn er den Betrag nicht überschreitet, der zur Deckung der laufenden Aufwendungen nach den Grundsätzen einer ordnungsgemäßen Geschäftsführung im Jahre der Bezugsfertigkeit notwendig ist.“⁷⁶

Um darüber hinaus bereits auf Satzungsebene den Kreis der potentiellen Wohnungsnutzer zu begrenzen, bietet es sich an, die Ausdehnung des Geschäftsbetriebs auf Nichtmitglieder nicht zuzulassen.

Dass die Gemeinde als Vertragspartnerin berechtigt wäre, die Genossenschaft auf Einhaltung ihrer eigenen satzungsmäßigen Regelungen in Anspruch zu nehmen, ist nicht ersichtlich. Erst dann, wenn in der Verletzung eigener satzungsmäßiger Ziele zugleich eine Verletzung grundstücksvertraglichen Pflichten im Verhältnis zur Gemeinde festzustellen sein sollte (etwa Zuwiderhandlung gegen die erbaurechtlichen Pflichten zur Art

⁷⁶ Vgl. § 19 der Verordnung zur Durchführung des Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetzes, zitiert nach Lang/Weidmüller, Kommentar zum Genossenschaftsgesetz, a. a. O., § 1 Rn. 62.

und Weise der Verwendung des Bauwerks), kann dies einen einklagbaren Anspruch auf Unterlassung vermitteln, eine Vertragsstrafe auslösen oder einen Heimfallgrund darstellen. Insofern wirkt sich die satzungsmäßige Orientierung auf eine sozial verantwortbare Wohnungsversorgung nur mittelbar förderlich im Hinblick auf die gemeindlichen Ziele aus.

Das genossenschaftliche Nutzungsverhältnis stellt nach ständiger Rechtsprechung des BGH der Sache nach einen Mietvertrag dar, so dass die Bestimmungen des Mietrechts in den §§ 535 ff. BGB grundsätzlich – jedoch mit der Möglichkeit vertraglicher Abweichungen – gelten. Die Besonderheit des genossenschaftlichen Mietverhältnisses besteht nach der Rechtsprechung des BGH darin, dass es durch die körperschaftliche Bindung zwischen der Genossenschaft und ihren Mitgliedern, den gemeinsam durch das Statut festgelegten wirtschaftlichen Zweck des Zusammenschlusses sowie die sich daraus ergebenden beiderseitigen Treuepflichten geprägt werde.⁷⁷ Dies ist insbesondere im Rahmen der Frage von Bedeutung, ob sich die Genossenschaft auf ein „berechtigtes Interesse“ als Kündigungsgrund gemäß § 573 BGB dann berufen kann, wenn die Genossenschaftsmitgliedschaft endet. Im Einzelfall kann auf dieser Grundlage sogar die Kündigung eines Nutzungsvertrages von einem berechtigten Interesse i. S. d. § 573 BGB getragen sein, wenn eine Genossenschaftswohnung „erheblich unterbelegt“ ist und an eine größere Familie mit entsprechendem Wohnbedarf vermietet werden soll.⁷⁸ Der Kündigungsgrund des berechtigten Interesses wegen *Zweckentfremdung* kann dann gegeben sein, wenn ein Genossenschaftsmitglied seine Wohnung als Ganzes an ein Nichtmitglied untervermietet.⁷⁹ Wenn auch das berechtigte Interesse als Kündigungsgrund auf Satzungsebene nur generell vorgezeichnet werden kann und es sich bei der Frage, ob eine Kündigung berechtigt war, jeweils um eine Frage des konkreten Einzelfalls handelt, bleibt auch festzustellen, dass aus dem gegenseitigen genossenschaftlichen Treueverhältnis eine engere Bindung resultiert, als dies zwischen einem „normalen“ Vermieter und seinen Mietern der Fall ist.

⁷⁷ So BGH, NZM 2004, 25 f.

⁷⁸ Die Bejahung dieses Kündigungsgrundes durch das OLG Stuttgart (WuM 1991, 379) ist allerdings in der mietrechtlichen Literatur angegriffen worden. Es muss sich auf jeden Fall um eine gut begründete Einzelfallentscheidung handeln.

⁷⁹ Zustimmend: Lang/Weidmüller, Kommentar zum Genossenschaftsgesetz, a. a. O., § 1 Rn. 82.

b) Kooperation der Gemeinde mit der Genossenschaft

Die Gemeinde kann sich ihre Einflussnahme auf die Tätigkeit der Genossenschaft – im Rahmen des allgemeinen Angemessenheitsgrundsatzes – durch städtebaulich motivierte Vereinbarungen im Rahmen eines Kooperations-Rahmenvertrages sichern, der darauf abzielt, die wesentlichen Inhalte nachfolgender Verträge vorzuzeichnen, die gemeinsamen Ziele verbindlich zu definieren, sich über kommunale Einwirkungsmöglichkeiten zu einigen und die Art und Weise der Zusammenarbeit zu entwickeln. Als weiterer Regelungsgegenstand eines entsprechenden Städtebaulichen Vertrages kommen Vorgaben zur Inanspruchnahme staatlicher Fördermittel aus sozialen Wohnungsbauprogrammen nach dem SHWoFG in Betracht, die mit den entsprechenden gesetzlichen Bindungen einhergehen.⁸⁰ Im Hinblick auf die satzungsgemäß fehlende Gewinnorientierung der Genossenschaft dürfte insoweit auch eine höhere Förderquote angemessen sein als im Falle privater Investoren, wo die Angemessenheitsgrenze bei rund 30% Förderquote angesetzt wird.

Die Gemeinde Sylt hat diesen Weg in Form der Kooperationsvereinbarung mit der Wohnungsgenossenschaft Bastianplatz eG beschritten. Wenn auch ein derartiger Vertrag letztlich *neben* bzw. *vor* einem Erbbaurechtsvertrag oder einem Grundstücksveräußerungsvertrag steht, erweist es sich doch als sinnvoll, den rechtlichen Rahmen der Kooperation im Vorfeld festzulegen.

Ein Anspruch auf Veräußerung oder Erwerb eines konkreten Grundstücks bzw. auf Abschluss eines Erbbaurechtsvertrages bezüglich eines konkreten Grundstücks zu den im Kooperationsvertrag vereinbarten Konditionen setzt voraus, dass der Kooperationsvertrag als Vorvertrag zu einem Grundstücksgeschäft das Formerfordernis des § 311b Abs. 1 BGB erfüllt, also notariell beurkundet wird.⁸¹ Als zum Abschluss des Grundstücksgeschäfts verpflichtender Vorvertrag könnte ein derartiger Kooperationsvertrag zwar auch durch Abschluss des (formwirksamen) Hauptvertrages

⁸⁰ Vgl. dazu oben IV. 1.

⁸¹ Zur Formbedürftigkeit des Vorvertrages vgl. Palandt/Grüneberg, § 311b BGB, Rn. 11.

gemäß § 311b Abs. 1 Satz 2 BGB Wirksamkeit erlangen, allerdings nur soweit der Vorvertrag keine über den Hauptvertrag hinausgehenden Vereinbarungen zu Lasten des Vertragspartners enthält.⁸² Als gegenseitige Vereinbarung lenkt der Kooperationsvertrag die weiteren Verhandlungen und ist geeignet, auch über den Abschluss des eigentlichen Grundstücksgeschäfts hinaus die Formen einer vertrauensvollen Zusammenarbeit festzulegen. Einem Kooperationsvertrag ist daher in erster Linie die Funktion beizumessen, dem Vertragspartner der Gemeinde zu verdeutlichen, von der Erfüllung welcher Bedingungen das Grundstücksgeschäft abhängig ist und sich darüber hinaus über die Zweckidentität des gemeindlichen und des genossenschaftlichen Handelns zu verständigen.

Der Kooperationsvertrag verliert als Vorvertrag seine rechtliche Bedeutung, sobald und soweit der dadurch vorbereitete Erbbaurechtsvertrag abgeschlossen wurde. Dabei ist aus Gründen der Rechtssicherheit und Übersichtlichkeit nachdrücklich zu empfehlen, im Erbbaurechtsvertrag nicht lediglich auf die im Kooperationsvertrag enthaltenen Regelungen zu verweisen (und diesem dem Erbbaurechtsvertrag als Anlage beizufügen), sondern die wesentlichen schuldrechtlichen ebenso wie die dinglichen Regelungen im Erbbaurechtsvertrag selbst vorzunehmen. Die erbbaurechtlichen Nutzungsbindungen sind über die Zwecksetzung, Zustimmungsvorbehalte zu Vermietung und Veräußerung sowie durch die Heimfallklausel mit dem Erbbaurecht „verwoben“. Daher sind die entsprechenden Regelungen auch dort und nicht in einem flankierenden Vorvertrag vorzunehmen.

Folgende Regelungen bieten sich als Gegenstand eines Kooperations-Rahmenvertrages an:

Wesentlich ist es zunächst, den gemeinsamen Zweck – die Schaffung bezahlbaren Dauerwohnraums für genau bestimmte Bevölkerungsgruppen zu schaffen – als „Geschäftsgrundlage“ festzulegen. Damit wird zugleich eine Auslegungshilfe im Falle künftiger Rechtsstreitigkeiten geschaffen.

⁸² Vgl. MüKo BGB/Kanzleiter, § 311b, Rn. 82.

Soweit sich die Wohnungsgenossenschaft noch in der Gründungsphase befindet, kann die Gemeinde Einfluss auf die Inhalte des Gründungsvertrages und damit der Satzung der Genossenschaft nehmen und damit erreichen, dass die oben genannten satzungsrechtlichen Möglichkeiten, den Mitgliedern bezahlbaren Dauerwohnraum zur Verfügung zu stellen, ausgeschöpft werden.

Ferner ist es sinnvoll, sich auf einen Ablaufplan zu verständigen und ggf. den Bezug zur gemeindlichen Bauleitplanung herzustellen.

Darüber hinaus sollten die aus gemeindlicher Sicht wesentlichen Inhalte des künftigen Grundstücksgeschäfts (Grundstücksveräußerung oder Erbbaurechtsbestellung) dargestellt werden. Dabei handelt es sich neben baulich-gestalterischen Vorgaben insbesondere um die Darstellung der für das nachfolgende Grundstücksgeschäft grundlegenden Einwirkungsrechte der Gemeinde zur Sicherung bezahlbaren Dauerwohnraums in Form von Zustimmungsvorbehalten sowie Aussagen dazu, unter welchen Voraussetzungen die Gemeinde bereit sein wird, ihre Zustimmung zur Veräußerung bzw. Vermietung zu erteilen. Dazu gehört insbesondere auch die – im künftigen Grundstücksgeschäft erneut zu regelnde – Vereinbarung zu den Zielgruppen und Mietobergrenzen, da diese zum Kern des künftigen Grundstücksgeschäfts zählen.

2. Baugemeinschaften

Eine Baugemeinschaft oder Baugruppe ist ein Zusammenschluss von bauwilligen Familien und Einzelpersonen, die in der Regel eine Alternative zum „klassischen“ Eigentum suchen. Das regelmäßige Ziel ist es, gleichermaßen hochwertig und kosteneffizient zu planen und zu bauen, um dann, wenn die als Gesellschaft bürgerlichen Rechts durchgeführte Planungs- und Bauphase vollzogen ist, nach abgeschlossener Teilungserklärung die Umwandlung in eine Wohnungseigentümergeinschaft (WEG) zu bewirken, um in guter und – in gewissem Maße – verbindlicher Nachbarschaft zu wohnen. Sowohl die Dauerwohnutzung als auch deren Bezahlbarkeit dürften durch Baugruppen eher mittelbar und in erster Linie auf der Grundlage eines Eigeninteresses verwirklicht werden. Eine Orientierung an öffentlichen – sozialen oder städtebaulichen – Belangen

dürfte hingegen ein nachrangiges Motiv sein⁸³. Dessen ungeachtet sollte die Gemeinde nicht ausschließen, die Potentiale derartiger Bauprojektgruppen zu nutzen und durch entsprechende Rahmenvereinbarungen die Festschreibung des Ziels, bezahlbaren Dauerwohnraum zu schaffen, zu erreichen. Dies kann durch Steuerung der Inhalte des Gesellschaftsvertrages und der Teilungserklärung bzw. der künftigen Gemeinschaftsordnung der WEG gefördert werden.

Neben einer Grundstücksveräußerung an eine (künftige) Wohnungseigentümergeinschaft kommt selbstverständlich auch ein Wohnungserbbaurecht i. S. d. § 30 Wohnungseigentumsgesetz (WEG) in Betracht. Nach der in diesem Gutachten vertretenen Auffassung ist die Erbbaurechtsbestellung gegenüber der Grundstücksveräußerung grundsätzlich die vorzugswürdige Handlungsform. Die Rechtspraxis im Zusammenhang mit Baugemeinschaften weist allerdings einen lediglich untergeordneten Anteil an Wohnungserbbaurechtsbegründungen auf. Da gemäß § 30 Abs. 3 Satz 2 WEG die Vorschriften über das Gemeinschaftsverhältnis der Wohnungseigentümer bei der Erbbaurechtsgemeinschaft entsprechend gelten, gelten die nachfolgenden Ausführungen zur Kooperation mit Baugemeinschaften gleichermaßen für die Einräumung entsprechender Erbbaurechte.

a) Gesellschaftsvertrag

Regelmäßig vollzieht sich die gemeinschaftliche Vorhabenerrichtung in zwei Stufen: Einer Planungsphase folgt die eigentliche Bauphase. Während sich in der Planungsphase die Gemeinschaft erst konstituiert und die konzeptionellen, organisatorischen und finanziellen Voraussetzungen für die spätere Bau- und Nutzungsphase schafft, steht in der Bauphase neben dem Grundstückserwerb die Baurealisierung und die Vorbereitung der Überführung in Wohnungseigentum im Mittelpunkt.

Neben der Entwicklung eines Nutzungskonzeptes steht in der Planungsphase die Bildung einer verbindlichen Baugruppe im Vordergrund. Aus einer (rechtlich unverbindlichen) Interessengemeinschaft entwickelt sich

⁸³ Heinzmann weist in seinem Handbuch „Die freie Bauherrengemeinschaft“ (4. Auflage, Tübingen 2011) darauf hin, dass Baugemeinschaften geeignet sind, die „gegensätzlichen Werte Bezogenheit und Individualität“ optimal miteinander auszugleichen (S. 9), während die Genossenschaften die Mitglieder durch den sozialen Zweck miteinander verbunden seien (S. 11/12).

eine Planungsgemeinschaft, die als Gesellschaft bürgerlichen Rechts einen (weder form- noch beurkundungsbedürftigen) Gesellschaftsvertrag gem. §§ 705 ff. BGB abschließt.⁸⁴

Die Grundzüge des Nutzungskonzeptes können sich im Gesellschaftszweck der Planungsgemeinschaft widerspiegeln. Als Zweck der Gesellschaft kann insbesondere vereinbart werden, durch kostengünstige Bauweise ein in Wohnungseigentum aufzuteilendes Wohngebäude zu errichten oder ein vorhandenes Gebäude entsprechend umzubauen, um dort für Menschen, die ihren Lebensmittelpunkt auf der Insel Sylt haben, Dauerwohnraum bei gleichzeitiger Realisierung eines hohen Anteils gemeinschaftlich zu nutzender Einrichtungen zu verwirklichen.

Soweit sich das Projekt in der Planungsphase zu einem bestimmten Bauvorhaben auf einem konkreten Grundstück konkretisiert, schließt die Gesellschaft anschließend einen Gesellschaftsvertrag als Bauherrengemeinschaft, der auf den Grundstückserwerb, die Ausführung des Bauvorhabens und die Festlegung der Grundzüge des Teilungsvertrages bzw. der Gemeinschaftsordnung der künftigen Wohnungseigentümergeinschaft ausgerichtet ist. Da der Gesellschaftsvertrag auf den Erwerb des konkreten Baugrundstücks ausgerichtet ist, bedarf er grundsätzlich gem. § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB notarieller Beurkundung.

Wenn auch die Planungs- und Bauphase letztlich nur der Vorbereitung der Teilungserklärung nach dem Wohnungseigentumsgesetz und der künftigen Gemeinschaftsordnung der Wohnungseigentümergeinschaft als künftigen Rechtssubjekt dienen, sind sie doch für die Prägung dieser künftigen Gemeinschaft von entscheidender Bedeutung in personeller und konzeptioneller Hinsicht. In diesen Phasen bildet sich das Selbstverständnis als Gruppierung, die weniger eine Zweckgemeinschaft, sondern vielmehr eine Gemeinschaft von Personen bilden will, die ein individuelles Wohnen in gemeinschaftlicher Verbundenheit anstrebt.

⁸⁴ § 705 BGB: „*Inhalt des Gesellschaftsvertrags*. Durch den Gesellschaftsvertrag verpflichten sich die Gesellschafter gegenseitig, die Erreichung eines gemeinsamen Zwecks in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern, insbesondere die vereinbarten Beiträge zu leisten.“

b) Teilungserklärung und Gemeinschaftsordnung

Das abschließende Rechtsgeschäft, das die Baugemeinschaft untereinander verbindet, ist der Teilungsvertrag nach dem Wohnungseigentumsgesetz. Der Teilungsvertrag stellt sozusagen die „Satzung“ der Wohnungseigentümergeinschaft dar. Durch die Teilungserklärung wird bestimmt, welche Räume und Gebäudebestandteile Sondereigentum sind (§ 3 WEG) und was zum Gemeinschaftseigentum gehört. Grundlage des Teilungsvertrages ist der von der Baubehörde abgestempelte und unterschriebene Aufteilungsplan sowie die mit diesem verbundene Abgeschlossenheitsbescheinigung (§ 7 Abs. 4 WEG). Diese Urkunden werden regelmäßig erst mit bzw. nach Erteilung der Baugenehmigung erstellt. Der zwingend notariell zu beurkundende Teilungsvertrag entfaltet seine eigentliche Rechtswirkung erst, nachdem das Gebäude errichtet und sich damit der Hauptzweck der *Baugemeinschaft* verwirklicht hat.

Der Teilungsvertrag enthält zudem die Gemeinschaftsordnung, die die Verhältnisse der Wohnungseigentümer untereinander regelt (§§ 10, 5 Abs. 4 WEG). Durch die in der Teilungserklärung enthaltene Zweckbestimmung zum Gebrauch des Sondereigentums an der jeweiligen Wohnung wird eine Beschränkung der grundsätzlich beliebigen Nutzungsbefugnis des Sondereigentums erreicht. Darüber hinaus können die Einzelheiten der Nutzung des Sondereigentums durch eine Gemeinschaftsordnung i. S. d. § 15 WEG geregelt werden, die gem. § 10 Abs. 3 WEG zum dinglichen Inhalt des Sondereigentums gemacht werden kann und somit auch gegenüber Rechtsnachfolgern wirkt.⁸⁵

Im Hinblick auf das Ziel, (bezahlbaren) Dauerwohnraum zu sichern, kommt der in der Gemeinschaftsordnung zu regelnden Zweckbestimmung der Art der Wohnungsnutzung zentrale Bedeutung zu. So kann etwa zur Art der Nutzung geregelt werden:

⁸⁵ § 15 WEG – Gebrauchsregelung – „(1) Die Wohnungseigentümer können den Gebrauch des Sondereigentums und des gemeinschaftlichen Eigentums durch Vereinbarung regeln.“; § 10 – Allgemeine Grundsätze – „(3) Vereinbarungen, durch die Wohnungseigentümer ihr Verhältnis untereinander in Ergänzung unter Abweichung von den Vorschriften dieses Gesetzes regeln, sowie die Abänderung oder Aufhebung solcher Vereinbarungen wirken gegen den Sondernachfolger eines Wohnungseigentümers nur, wenn sie als Inhalt des Sondereigentums im Grundbuch eingetragen sind.“

„Wohnungen und die dazugehörigen Nebenräume dürfen nur zu Dauerwohnzwecken benutzt werden. Eine Dauerwohnnutzung liegt vor, wenn die Wohnung den Mittelpunkt der gesamten Lebensführung des Berechtigten und seiner Angehörigen bildet. Eine Nutzung als Zweit- oder Ferienwohnung ist ausgeschlossen.“

Bei Verstößen steht der Wohnungseigentümergeinschaft ein Unterlassungsanspruch gegenüber dem einzelnen Mitglied zu.

Darüber hinaus besteht die Möglichkeit, mit dinglicher Wirkung ausgestattete Zustimmungsvorbehalte der Wohnungseigentümergeinschaft zu bestimmten Rechtsgeschäften des einzelnen Wohnungseigentümers in der Gemeinschaftsordnung zu verankern. Die vorliegend relevanten Zustimmungsvorbehalte betreffen die Veräußerung und die Vermietung des Wohnungseigentums. Gem. § 12 Abs. 1 WEG kann als Inhalt des Sondereigentums vereinbart werden, *„dass ein Wohnungseigentümer zur Veräußerung seines Wohnungseigentums der Zustimmung anderer Wohnungseigentümer oder eines Dritten bedarf.“* Gem. § 12 Abs. 2 Satz 1 WEG darf die Zustimmung *„nur aus einem wichtigen Grunde versagt werden“*. Bislang spielt in der Rechtspraxis die Übertragung der Zustimmungsbefugnis auf einen außenstehenden Dritten keine Rolle. Es könnte jedoch überlegt werden, diese gesetzliche Möglichkeit in der vorliegenden Situation im Verhältnis zur Gemeinde einzusetzen und damit die Gemeinde in Veräußerungsvorgänge einzubinden.

Als *Minus* zu dieser Veräußerungsbeschränkung ist darüber hinaus allgemein anerkannt, dass auch das gesetzliche Recht zu Vermietung der Eigentumswohnung gem. § 13 WEG⁸⁶ einem Zustimmungsvorbehalt der Wohnungseigentümergeinschaft unterworfen werden kann. Die Begründung für die Zulässigkeit der Veräußerungs- und/oder Vermietungs-

⁸⁶ § 13 WEG – Rechte des Wohnungseigentümers – *„(1) Jeder Wohnungseigentümer kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit den im Sondereigentum stehenden Gebäudeteile nach Belieben verfahren, insbesondere diese bewohnen, vermieten, verpachten oder in sonstiger Weise nutzen und andere von Einwirkungen ausschließen.“* Allgemein zur Zulässigkeit des Zustimmungsvorbehaltes zur Vermietung vgl. MüKo BGB/Commichau, § 13 WEG, Rn. 23.

berechtigung des Wohnungseigentümers liegt im Schutz der Wohnungseigentümergeinschaft vor einer Nutzung, die mit den gemeinschaftlichen Interessen der übrigen Wohnungseigentümer nicht vereinbar ist.

Soweit es um eine Veräußerungsbeschränkung geht, stellt diese eine Ausnahme vom Grundsatz des § 137 BGB dar, wonach die Befugnis zur Verfügung über ein veräußerliches Recht eingeschränkt werden kann. Soweit es um die Vermietungsbeschränkung geht, stellt diese eine Ausnahme von den in § 13 Abs. 1 WEG normierten Rechten des Wohnungseigentümers dar. Als Ausnahmetatbestände vom gesetzlichen Leitbild ist der Anwendungsbereich der entsprechenden Zustimmungsvorbehalte beschränkt. Die tatbestandlichen Voraussetzungen sind eng auszulegen. Um den unbestimmten Rechtsbegriff „*wichtiger Grund*“, der zur Versagung der Zustimmung berechtigt, näher zu präzisieren, kann von der durch § 12 Abs. 2 Satz 2 WEG eröffneten Möglichkeit Gebrauch gemacht werden, diejenigen Fälle, in denen dem Wohnungseigentümer ein Anspruch auf Erteilung der Zustimmung eingeräumt werden soll, zu präzisieren.

Nach allgemeiner Ansicht in Rechtsprechung und Literatur darf es sich bei den die Versagung der Zustimmung rechtfertigenden Gründe allein um solche handeln, die *in der Person des Erwerbers* liegen.⁸⁷ Soweit die Wohnungseigentümergeinschaft in der Gemeinschaftsordnung die Nutzungsart mit dinglicher Wirkung auf das *Dauerwohnen* festgelegt hat, wird ein in der Person des Erwerbers/Mieters liegender wichtiger Grund zur Versagung der Zustimmung stets dann anzunehmen sein, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, es sei keine Dauerwohnnutzung beabsichtigt. Die auf die Nutzungsart *Dauerwohnen* beschränkte Nutzungsstruktur der WEG kann folglich durchaus durch Einräumung und Ausübung entsprechender Zustimmungsvorbehalte wirksam gewährleistet werden.

Fraglich ist, ob dies auch auf das Merkmal der *Bezahlbarkeit* des Dauerwohnens übertragbar ist. Im Hinblick darauf, dass wegen der gebotenen engen Auslegung der Zustimmungsvorbehalte allein in der Person des Erwerbers liegende Gründe als die Versagung rechtfertigende wichtige

⁸⁷ Vgl. MüKo BGB/Commichau, § 12 WEG, Rn. 25 m. w. N.

Gründe anerkannt werden, scheidet eine Versagung der Zustimmung unter Berufung auf die Höhe des Veräußerungspreises bzw. Mietzinses aus. Fraglich bleibt allerdings, ob ein die Versagung der Zustimmung liegender wichtiger Grund dann gegeben sein kann, wenn der Erwerber/Mieter nicht zu der Personengruppe zählt, die die Gemeinde in ihrem Wohnungsmarktkonzept als „*bedürftig*“ definiert hat. Die ganz überwiegenden Gründe sprechen dafür, dies zu verneinen. Es widerspräche dem Wesensgehalt des Wohnungseigentums und dem begrenzten Schutzzweck, der mit dem Zustimmungsvorbehalt verwirklicht werden soll (Schutz der Zusammensetzung der Wohnungseigentümergeinschaft), stellte man es der Gemeinschaft anheim, die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit/Leistungsbereitschaft des Erwerbers/Mieters zum maßgeblichen Kriterium zu machen. Der Wohnungseigentümergeinschaft steht es folglich im Verhältnis zum einzelnen Wohnungseigentümer nicht zu, dessen wirtschaftliche Gestaltungsmacht einzuschränken.

Es ist damit festzuhalten, dass durch die Ausgestaltung der Gemeinschaftsordnung der WEG lediglich die Nutzungsart – Dauerwohnen unter Ausschluss einer Zweit- oder Ferienwohnungsnutzung – neben der Zweckbestimmung und entsprechenden Nutzungsbeschränkungen in der Gemeinschaftsordnung grundsätzlich durch Festlegung von Zustimmungsvorbehalten unmittelbar abgesichert werden kann. Auf Grund seiner gesetzlichen Ausgestaltung kann der Zustimmungsvorbehalt hinsichtlich der *Veräußerung* des Sondereigentums indes nicht die Funktion eines *dauerhaften* Sicherungsmittels erfüllen. Gemäß § 12 Abs. 4 Satz 1 WEG können die Wohnungseigentümer „*durch Stimmenmehrheit beschließen, dass eine Veräußerungsbeschränkung gemäß Abs. 1 aufgehoben wird.*“ Diese gesetzliche Aufhebungsbefugnis ist unabdingbar; sie kann gemäß § 12 Abs. 4 Satz 2 WEG „*durch Vereinbarung der Wohnungseigentümer nicht eingeschränkt oder ausgeschlossen werden.*“ Dies bedeutet, dass die Wohnungseigentümergeinschaft auch nicht befugt ist, mit der Gemeinde zu vereinbaren, dass entsprechende Zustimmungsvorbehalte dauerhaft in der Gemeinschaftsordnung verankert bleiben. Eine derartige Selbstbeschränkung wäre unwirksam. Die Eignung des Veräußerungszustimmungsvorbehaltes als WEG-internes Sicherungsmittel wird folglich dadurch relativiert, dass der Zustimmungsvorbehalt, auch wenn er mit dinglicher Wirkung vereinbart wurde, jederzeit durch einfachen *Mehr-*

*heits*beschluss aufgehoben werden kann. Anders verhält es sich hinsichtlich der Zustimmungsvorbehalte zur Vermietung der Eigentumswohnung. Soweit diese mit dinglicher Wirkung in der Gemeinschaftsordnung verankert sind, können sie nur durch Vereinbarung, d. h. durch einstimmige Entscheidung der Gemeinschaft, aufgehoben werden. Denn die Befugnis zur (lediglich) mehrheitlichen Aufhebung bezieht sich bereits dem Wortlaut des § 12 Abs. 4 S. 1 WEG nach ausschließlich auf *Veräußerungs*beschränkungen.⁸⁸ Zustimmungsvorbehalte zu Vermietungen erweisen sich daher als beständiger als solche, die sich auf Veräußerungen beziehen.

Vor diesem Hintergrund ist es von Bedeutung, dass auch die in der Gemeinschaftsordnung geregelte Nutzungsbeschränkung (Ausschluss von Zweit- und Ferienwohnnutzung) nicht durch Mehrheitsbeschluss aufgehoben werden kann, sondern lediglich durch eine einstimmig zu fassende Änderungsvereinbarung i. S. d. § 10 Abs. 2 S. 2 WEG. Die Nutzungsbeschränkungen in der Gemeinschaftsordnung stellen damit neben Vermietungszustimmungsvorbehalten den wesentlichen Hebel dar, im Innenverhältnis der Wohnungseigentümergeinschaft eine zweckkonforme Nutzung dauerhaft durchsetzen zu können.

c) Kooperationsvertrag

Soweit eine Personengruppe, die sich zur Baugemeinschaft und späteren Wohnungseigentümergeinschaft entwickeln will, bereits frühzeitig Kontakt zur Gemeinde aufnimmt, ist es möglich, im Rahmen einer Kooperationsvereinbarung seitens der Gemeinde Einfluss auf die Gestaltung der jeweiligen Statuten – Gesellschaftsvertrag und Teilungsvertrag mit Gemeinschaftsordnung – zu nehmen. Im Hinblick auf die notarielle Beurkundungsbedürftigkeit des auf Grundstückserwerb gerichteten Gesellschaftsvertrages der Bauherrengemeinschaft sowie des Teilungsvertrages hängt auch die Wirksamkeit einer diesbezüglichen vorvertraglichen Bindung mit der Gemeinde von der notariellen Beurkundung ab (vgl. oben 1. b)). Dies gilt gleichermaßen im Hinblick auf den mit der Baugemeinschaft zu schließenden Grundstücksveräußerungs- bzw. Erbbaurechtsvertrag. Auf Rechtsverbindlichkeit angelegte Vorfestlegungen bedürfen folglich nota-

⁸⁸ Vgl. in: Bärmann, Kommentar zum WEG, 12. Auflage 2013, § 12 Randnummer 49.

rieller Beurkundung. Eine Heilung durch Abschluss des formgerechten Grundstücksveräußerungs- bzw. Erbbaurechtsvertrages erfolgt nur hinsichtlich derjenigen Regelungen, die in dem Grundstücksgeschäft wirksam vereinbart werden.

Genauso wie im Falle der Wohnungsgenossenschaft kann die Gemeinde mit der (entstehenden) Baugemeinschaft im Rahmen eines Kooperations-Rahmenvertrages den gemeinsamen Zweck vereinbaren und als gemeinsame Geschäftsgrundlage regeln, welches gemeinschaftsinterne Bindungsinstrumentarium zur Sicherung einer Dauerwohnnutzung zu Grunde zu legen ist.

3. Vergleich Wohnungsgenossenschaft/Baugemeinschaft

Sowohl die Satzung einer Wohnungsgenossenschaft als auch der Gesellschaftsvertrag sowie der spätere Teilungsvertrag samt Gemeinschaftsordnung einer Baugemeinschaft eröffnen die Möglichkeit, den Zweck des zu errichtenden Wohngebäudes auf eine Dauerwohnnutzung festzulegen. Das ideelle Motiv – der Wunsch nach einem gemeinschaftsorientierten Wohnen – ist folglich bei beiden Organisationsformen einer gewissen Verrechtlichung zugänglich. Während allerdings der Förderzweck im Verhältnis der Genossenschaft zu ihren Mitgliedern gemäß § 1 Abs. 1 Genossenschaftsgesetz deren Wesensmerkmal bildet, normiert das Wohnungseigentumsgesetz keine Förderzwecke, sondern ist vielmehr darauf ausgerichtet, die Verfügungsbefugnis bezüglich des Sondereigentums nur in dem für die Gemeinschaft notwendigen Mindestmaß zu beschränken. Selbst die mit dinglicher Wirkung festlegbaren Veräußerungsbeschränkungen des Wohnungseigentümers sind kraft Gesetzes unabdingbar durch Mehrheitsbeschluss der Gemeinschaft aufhebbar. Daher scheidet, was die personelle Zusammensetzung der Gemeinschaft anbelangt, die Möglichkeit aus, die ideelle Bindung der Baugemeinschaftsmitglieder in eine dauerhaft verbindliche Gemeinschaftsordnung zu übersetzen, die in der Lage ist, dauerhaft gezielt auf die Zusammensetzung der Gemeinschaft einzuwirken. Folglich kann zwar die Gemeinde darauf hinwirken, dass die Baugemeinschaft in ihrer künftigen Gemeinschaftsordnung Veräußerungszustimmungsvorbehalte vereinbart und präzisiert. Die Unabdingbarkeit des Rechts zur Aufhebung entsprechender Zustimmungserfordernisse durch einfachen Mehrheitsbeschluss steht indes einer dauerhaft zuverlässigen Einflussnahme auf die Zusammensetzung der Gemein-

schaft entgegen. Das wesentliche Instrument zur Sicherung einer Dauerwohnutzung im Innenverhältnis bleibt folglich neben dem Vermietungszustimmungsvorbehalt die Zweckbestimmung sowie die Nutzungsbeschränkungen in der Gemeinschaftsordnung, die nur einstimmig geändert und im Verhältnis der Gemeinschaft zum einzelnen Mitglied durchgesetzt werden können.

Die Genossenschaftsmitglieder erwerben kraft Satzung Nutzungsrechte an dem von der Genossenschaft bereitgestellten Wohnraum. Eigentümer bzw. Erbbauberechtigter bleibt indes die Genossenschaft, soweit diese als Vermietungsgenossenschaft ausgestaltet ist. Das genossenschaftliche Nutzungsverhältnis bezüglich des Wohnraums ist zwar als schuldrechtlicher Mietvertrag nach dem BGB ausgestaltet, es wird jedoch durch die genossenschaftlichen Bindungen überlagert. Im Hinblick auf den *sozialen* Förderzweck, der dem Wesen der Genossenschaft innewohnt, ist die Genossenschaft bereits auf Grund ihrer Rechtsnatur darauf angelegt, Wohnraum in sozial verantwortlicher und damit bezahlbarer Weise den Mitgliedern zur Verfügung zu stellen. Entsprechende Satzungsänderungen der Genossenschaft könnten als Heimfallgrund im Erbbauvertragsvertrag geregelt werden. Eine Abkehr von diesen grundlegenden und gesetzlich vorgezeichneten Zielen würde die Daseinsberechtigung der Genossenschaft selbst in Frage stellen. Eine Wohnungsgenossenschaft ist daher darauf angelegt, dieses Ziel unabhängig davon zu gewährleisten, welche Regelung der entsprechende Grundstückskauf- bzw. Erbbauvertragsvertrag festlegt. Daher und weil zudem die Genossenschaft als juristische Person selbst Vertragspartner der Gemeinde ist und bleibt, ist sie als Kooperationspartner gegenüber der Baugemeinschaft vorzugswürdig, zumal die Baugemeinschaft als BGB-Gesellschaft und (regelmäßig) künftige Wohnungseigentümergeinschaft stärker auf Vereinzelung angelegt ist, was auch den Rechtsverkehr erschwert.

Die Möglichkeiten der Gemeinde, durch Ausgestaltung von Grundstücksveräußerungs- bzw. Erbbauverträgen oder im Rahmen städtebaulicher Verträge durch Einsatz des privatrechtlichen Sicherungsinstrumentariums die Nutzungsstruktur „Dauerwohnen“ und dessen „Bezahlbarkeit“ sicherzustellen, sind grundsätzlich unabhängig von der Rechtsform des Vertragspartners der Gemeinde. Genossenschaftliche Rechtsformen bieten allerdings aus ihrer Rechtsnatur heraus eine deutlich weitergehende Gewähr für die Absicherung der entsprechenden Ziele. Dies umso mehr, als die Genossenschaft jedenfalls als Vermietungsgenossenschaft anders als die Baugemeinschaft nicht auf „Vereinze-

lung“ nach der gemeinsamen Bauphase durch Bildung von Wohnungseigentum angelegt ist. Daher erweist sich die Genossenschaft als der vorzugswürdige Kooperationspartner. Soweit allerdings eine genossenschaftliche Lösung – etwa im Hinblick auf die beschränkte Mitgliederzahl der Personengemeinschaft oder die geringe Größe des zu errichtenden Vorhabens – ausscheidet, können Baugemeinschaften – im Vergleich zu gewinnorientierten privaten Investitionsgesellschaften - ein adäquater Kooperationspartner sein. Denn es ist – jedenfalls in der großstädtischen Rechtswirklichkeit – häufig festzustellen, dass die aus Baugemeinschaften gebildeten Wohnungseigentümergeinschaften regelmäßig größeren Wert auf die gemeinschaftlichen Aspekte des Wohnens legen und daher mehr als sonstige Bauträger von einem Interesse geleitet sind, Zweit- und Ferienwohnnutzungen dauerhaft auszuschließen.

Teil C

Zusammenfassung der Ergebnisse und Handlungsempfehlungen

1. Setzt die Gemeinde zur Erreichung städtebaulicher Zwecke – hier zur Gewährleistung „bezahlbaren“ Dauerwohnraums – die Regelungsinstrumente des Privatrechts ein, so unterliegt sie den allgemeinen öffentlich-rechtlichen sowie den spezifisch bauplanungsrechtlichen Bindungen. Verwendet sie vorformulierte Vertragsklauseln unterliegt sie zudem den Vorgaben des AGB-Rechts. Die Gemeinde ist insofern in der Wahl der Rechtsformen ebenso wenig vollständig frei wie hinsichtlich der Ausgestaltung der einzelnen privatrechtlichen Regelungsinstrumente. Die Gemeinde ist zwar privatrechtsfähig, aber nicht privatautonom. Es ist insbesondere zu berücksichtigen, dass sich aus dem Prinzip der Planungspflicht (§ 1 Abs. 3 BauGB) sowie dem Grundsatz der planerischen Konfliktbewältigung (§ 1 Abs. 6 BauGB) je nach den konkreten Umständen des Einzelfalls die Verpflichtung zur Ausschöpfung des bauplanungsrechtlichen Instrumentariums ergeben kann. Dies hat Auswirkungen auf Art und Umfang flankierender zivilrechtlicher Regelungen.
2. Der Einsatz des zivilrechtlichen Regelungsinstrumentariums bedarf eines „Anlasses“. Außerhalb von Grundstücksveräußerungen, Bestellung von Erbbaurechten sowie sonstigen, die Bauleitplanung flankierenden städtebaulichen Verträgen besteht für den Einsatz zivilrechtlicher Sicherungsinstrumente kein Anknüpfungspunkt.
3. Während das *Dauerwohnen* in gewissem Umfang durch Ausschluss der Zweitwohnnutzung und Ferienwohnnutzung einer bauplanungsrechtlichen Regelung zu-

gänglich ist, enthält das Bauplanungsrecht keinerlei Festsetzungsmöglichkeiten, um die „Bezahlbarkeit“ des zu Dauerwohnzwecken zu nutzenden Wohnraums zu gewährleisten. Diesbezüglich scheidet folglich eine Überlagerung durch gleichlautende planungsrechtliche Festsetzungen aus, so dass privatrechtliche Vereinbarungen die einzige Regelungsebene darstellen.

4. Das Regelungsziel, Dauerwohnraum unbefristet zu sichern, kann nach hier vertretener Ansicht im Rahmen einer Grundstücksveräußerung der Gemeinde – soweit keine entsprechenden planungsrechtlichen Festsetzungen gegeben sind – dadurch gewährleistet werden, dass die Gemeinde vor Abschluss des Kaufvertrages eine beschränkt persönliche Eigentümerdienstbarkeit des Inhalts bestellt, dass eine Zweitwohnungs- bzw. Ferienwohnnutzung ausgeschlossen ist. Die sachenrechtliche Zulässigkeit einer derartigen Unterlassungs- bzw. Verbotsdienstbarkeit wirft zwar eine Vielzahl rechtlicher Probleme auf. Ihre Zulässigkeit ist jedoch im Ergebnis unseres Erachtens zu bejahen. Durch die auf dem Grundstück lastende beschränkt persönliche Dienstbarkeit wird zugleich der Verkehrswert gemindert. Eine Veräußerung zu dem aufgrund der Beschränkung geminderten Verkehrswert stellt keine – die Frage nach einer Befristungsnotwendigkeit auslösende – subventionsartige Leistung dar, so dass unter öffentlich-rechtlichen Angemessenheitsgesichtspunkten eine Befristungsnotwendigkeit der Nutzungsbeschränkung auf das Dauerwohnen nicht gegeben ist.
5. Soweit darüber hinaus eine Veräußerung *unter* Verkehrswert beabsichtigt und erforderlich ist, um die „Bezahlbarkeit“ des Dauerwohnraums zu sichern, kommt die Vereinbarung von Wohnungsbelegungsrechten, Zustimmungsvorbehalten und Mietobergrenzen in Betracht. Jedoch scheidet unter dem Gesichtspunkt der Angemessenheit eine *unbefristete* Bindung des Erwerbers aus, da die mit der vergünstigten Grundstücksveräußerung einhergehende Zuwendung nach einem bestimmten – im Einzelfall zu bestimmenden – Zeitraum „aufgezehrt“ ist und eine unbefristete Beschränkung in der wirtschaftlichen Nutzbarkeit des Grundstücks nicht zu rechtfertigen vermag. Als Sicherungsinstrument bietet sich neben dem Zustimmungsvorbehalt für Weiterveräußerungen sowie Nachzahlungsverpflichtungen eine ein Wohnungsbelegungsrecht zugunsten der Gemeinde beinhaltende (befristete) beschränkt persönliche Dienstbarkeit mit entsprechenden Mietobergrenzen an.
6. Im Geltungsbereich eines Bebauungsplans, der eine Dauerwohnnutzung bzw. den Ausschluss einer Zweitwohnungs- bzw. Ferienwohnnutzung vorsieht, scheidet eine Doppelsicherung durch Bestellung einer inhaltsgleichen beschränkt persönlichen

Dienstbarkeit mangels Erforderlichkeit aus sachenrechtlichen Gründen sowie zur Vermeidung widersprüchlicher Regelungen aus.

7. Außerhalb eines Grundstücksveräußerungsvorgangs ist es unter Angemessenheitsaspekten zulässig, im Rahmen eines bebauungsplanbegleitenden städtebaulichen Vertrages bzw. im Durchführungsvertrag zu einem vorhabenbezogenen Bebauungsplan zu vereinbaren, dass die – durch den Plan überhaupt erst ermöglichte – Wohnnutzung auf die Nutzungsform des Dauerwohnens eingeschränkt wird. Auch insofern erscheint eine unbefristete Beschränkung zulässig und durch entsprechende Dienstbarkeit absicherbar. Jedoch ist es als Ausfluss des Angemessenheitsgebotes unzulässig, eine unbefristete Limitierung des Mietzinses bzw. Weiterveräußerungspreises zu vereinbaren. Entsprechende Dienstbarkeiten sind daher ebenfalls zeitlich zu befristen. Eine Beschränkung des Veräußerungspreises wird primär mittelbar durch die (dinglich gesicherten) Nutzungsbeschränkungen erreicht. Darüber hinaus sollte die Gemeinde sich für den Fall von Vertragsverletzungen ein Grundstücksankaufsrecht einräumen lassen, das insbesondere dann greift, wenn der Eigentümer das Grundstück trotz versagter Zustimmung der Gemeinde innerhalb des Bindungszeitraums veräußert.
8. Unter den zivilrechtlichen Regulierungsinstrumenten stellt das Erbbaurecht die Gestaltungsform dar, die es der Gemeinde am nachhaltigsten ermöglicht, städtebaulich und sozial motivierte Bindungen dauerhaft abzusichern. Die Festlegung eines Nutzungszwecks durch den Grundstückseigentümer ist dem Erbbaurecht immanent, so dass dessen Festlegung keiner gesonderten Rechtfertigung bedarf. Damit sind diejenigen Regelungsinstrumente, die im Rahmen einer Grundstücksveräußerung erst als flankierende Sicherungsmittel gesondert vereinbart werden müssen, bereits Wesensmerkmal des Erbbaurechts. Als in sich stimmigem Gesamtkonzept ist daher grundsätzlich der Bestellung von Erbbaurechten der Vorzug gegenüber Grundstücksveräußerungen einzuräumen, bei denen sich die zwecksichernden Regelungsinstrumente grundsätzlich in einem Spannungsverhältnis zum „Vollrecht“ am Grundstück befinden.
9. Die Kontrolle der Einhaltung der schuldrechtlichen und dinglich gesicherten Pflichten des Grundstückseigentümers – bzw. im Falle der Bestellung eines Erbbaurechts: des Erbbauberechtigten – kann durch Vereinbarung von Berichts-, Informations- und Nachweispflichten gegenüber der Gemeinde unterstützt werden. Der Verwaltungsaufwand hinsichtlich der Kontrolle wird dennoch erheblich bleiben. Soweit Verstöße

festgestellt werden, hat die Gemeinde im Zusammenhang mit der Durchsetzung vertraglicher und dinglicher Rechte stets das Angemessenheitsgebot zu beachten. Es ist im Einzelfall zu prüfen, ob die Durchsetzung gemeindlicher Rechtspositionen (noch) verhältnismäßig ist oder ob – infolge Zeitablaufs oder veränderter Verhältnisse – ein (teilweiser) Verzicht auf die Durchsetzung der gemeindlichen Rechtsposition geboten ist. Auch die Ebene des Vertragsvollzuges wird vom Angemessenheitsgrundsatz beherrscht.

10. Wenn auch die Lebenssachverhalte, die Anlass zur rechtlichen Regulierung „bezahlbaren“ Dauerwohnraums geben, vielfältig sind, ist es der Gemeinde nicht zuletzt unter dem Aspekt des Gleichbehandlungsgrundsatzes verwehrt, jeweils isolierte Einzelfallentscheidungen zur Vorgehensweise zu treffen. Die Gemeinde hat vielmehr ihr diesbezügliches Handeln in ein Gesamtkonzept einzubinden. Insoweit dürften folgende Elemente zu beachten sein:

- Ausschöpfung des bauplanungsrechtlichen Instrumentariums einschließlich flankierender städtebaulicher Verträge mit privaten Grundstückseigentümern zur Gewährleistung der Nutzungsform „Dauerwohnen“
- Festlegung des begünstigten Personenkreises unter Berücksichtigung gemeinschaftsorientierter Wohnformen (insbesondere Genossenschaften, nachrangig jedoch auch Baugemeinschaften)
- hinsichtlich gemeindeeigener Grundstücke: Vorrang der Einräumung von Erbbaurechten vor Grundstücksveräußerungen

11. Wohnungsgenossenschaften sind aufgrund ihrer gesetzlichen Rechtsnatur auf einen sozialen Förderzweck – „gute und soziale Wohnraumversorgung der Mitglieder“ – festgelegt. Im Hinblick auf die grundsätzliche Übereinstimmung in den Zielstellungen – Sicherung bezahlbaren Dauerwohnraums – bieten sich Wohnungsgenossenschaften daher als regelmäßig vorzugswürdige Kooperationspartner der Gemeinde an. Aber auch Baugemeinschaften, die i. d. R. eine Eigentümergemeinschaft nach dem Wohnungseigentumsgesetz anstreben, können nachrangig in Hinblick auf das sie verbindende Ziel, gemeinschaftsbezogen zu wohnen, zumal dann in Betracht kommen, wenn in der Gemeinschaftsordnung Nutzungsbeschränkungen (Ausschluss von Zweit- und Ferienwohnnutzungen) sowie Zustimmungsvorbehalte zur Veräußerung und Vermietung verankert werden und im konkreten Fall plausible Gründe (etwa die

geringe Größe der Gemeinschaft) dafür gegeben sind, dass eine Genossenschaftsgründung inopportun wäre.

12. Die aufgezeigten Regulierungsmöglichkeiten zur Absicherung bezahlbaren Dauerwohnraums müssen sich in der Rechtspraxis sowie in gerichtlichen Auseinandersetzungen erst bewähren. Um diese Vorgänge zielgerichtet zu begleiten und strukturiert auszuwerten, empfiehlt sich die Verankerung eines gemeindeinternen Monitorings, um die Wirksamkeit, Effizienz, Akzeptanz und Praktikabilität der verschiedenen in Betracht kommenden Handlungsformen zu erfassen, zu analysieren und weiterzuentwickeln.

Privatrechtliche Sicherung bezahlbaren Dauerwohnraums außerhalb planungsrechtlicher Vorgaben

	Grundstücksveräußerung	B-Planbegleitender Städtebaulicher Vertrag	Erbbaurecht
Sicherung Dauerwohnnutzung	ja, unbefristet durch Dienstbarkeit (S. 18 ff.)	ja, unbefristet durch Dienstbarkeit (S. 49 f.)	ja, unbefristet durch Festlegung Verwendungszweck (S. 44)
Sicherung Bezahlbarkeit	ja, befristet durch Dienstbarkeit (S. 21 ff.)	ja, befristet durch Dienstbarkeit (S. 49 f.)	ja, unbefristet durch Festlegung Verwendungszweck und Zustimmungsvorbehalt (S. 45 ff.)
ergänzende Sicherungsmittel	Berichtspflichten Vertragsstrafenabrede (S. 28 ff.)	Ankaufsrecht (befristet) (S. 52)	Heimfalldrohung, Zustimmungsvorbehalt, Vertragsstrafe, Besichtigungsrechte (S. 39 ff., 42 ff.)