

DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

15. Jahrgang
Mai 2007
ISSN 1434-3460

10/2007

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 2346, 2349, 158, 138 – Bedingtheit eines Pflichtteilsverzichts und Wirkung nur zu Lasten der Abkömmlinge: Ausschaltung des „lästigen Enkels“

AktG §§ 36a, 36 Abs. 2, 54, 63 – Fälligkeit der Einlageforderungen im Aktienrecht; Festsetzung durch die Hauptversammlung und Änderung des Fälligkeitstermins

Gutachten im Fax-Abruf

Rechtsprechung

BGB §§ 633 ff., 242; BeurkG § 17 – Bestätigung der Rechtsprechung über Anforderungen an Gewährleistungsausschluss bei neu errichteten Häusern im Individualvertrag

WEG §§ 22 Abs. 1, 5, 14; BGB § 133 – Gemeinschaftseigentum an durch Aufstockung entstandenen Räumen

GmbHG § 4; BGB § 179 – Persönliche Haftung (nur) des handelnden Geschäftsführers einer ausländischen GmbH bei Handeln ohne Rechtsformzusatz

BGB § 2113; GBO § 51 – Keine Verfügungsbeschränkung des Vorerben, wenn nicht Grundstück selbst, sondern Erbteil „an dem Grundstück“ zum Nachlass gehört

BGB § 2325 – Kein Pflichtteilergänzungsanspruch bei nachträglicher Vereinbarung der Entgeltlichkeit einer ursprünglichen Schenkung

Literatur

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 2346, 2349, 158, 138 Bedingtheit eines Pflichtteilsverzichts und Wirkung nur zu Lasten der Abkömmlinge: Ausschaltung des „lästigen Enkels“

I. Sachverhalt

Ein Kind hat gegen den Willen seiner Eltern zwei Kinder adoptiert. Die Eltern möchten nun verhindern, dass Teile ihres Vermögens an die Adoptivkinder gelangen. Das Kind ist damit einverstanden.

Daher beabsichtigen die Eltern, im Rahmen eines Erbvertrages ihr Kind als Vorerbe des Letztversterbenden einzusetzen und über eine Nacherbfolge die Adoptivkinder auszuschließen. Für den Fall, dass ihr Kind vor dem letztversterbenden Elternteil verstirbt, soll ein bedingter Pflichtteilsverzicht am Nachlass des Letztversterbenden vereinbart werden: Der Verzicht soll unter der Bedingung erfolgen, dass das Kind vor dem längerlebenden Elternteil verstirbt.

II. Frage

Kann ein Pflichtteilsverzicht unter die Bedingung gestellt werden, dass der Verzichtende vor dem Erblasser verstirbt?

III. Zur Rechtslage

1. Gestaltungsproblem „Ausschaltung des lästigen Enkels“

Die im Sachverhalt geschilderte Problematik wird in der Literatur unter dem Stichwort „**Ausschaltung des lästigen Enkels**“ diskutiert. Insoweit wird die Anordnung der **Vor- und Nacherbfolge** (erbvertraglich) empfohlen, verbunden mit einem (unbedingten) **Pflichtteilsverzicht** mit der Wirkung des § 2349 BGB (vgl. J. Mayer, Handbuch Pflichtteilsrecht, 2003, Rn. 483; Stanovsky, BWNotZ 1974, 104). Letzteres soll den Pflichtteil des „lästigen Enkels“ für den Fall ausschließen, dass das verzichtende Kind vor dem Erblasser verstirbt.

Die hier von den Beteiligten angedachte Gestaltung, den Pflichtteilsverzicht des Kindes (zusätzlich) in der Weise zu bedingen, dass im Ergebnis **nur noch die Erstreckungswirkung des § 2349 BGB übrig bleibt**, wird nach unseren Recherchen in Rechtsprechung und Literatur nicht erörtert. Die Rechtslage ist daher in gewissem Maße unsicher.

2. Erstreckung der Verzichtswirkung nach § 2349

Verzichtet ein **Abkömmling** oder ein **Seitenverwandter** des Erblassers auf das gesetzliche Erbrecht, so erstreckt sich die Wirkung des Verzichts gem. § 2349 BGB auf seine Abkömmlinge, sofern nicht ein anderes bestimmt wird. Der gem. § 2346 Abs. 2 BGB auf das Pflichtteilsrecht beschränkte Verzicht steht im Rahmen der Anwendung des § 2349 BGB dem Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht gleich, so dass sich auch der bloße Pflichtteilsverzicht nach Maßgabe der in § 2349 BGB genannten Voraussetzungen auf die Abkömmlinge des Verzichtenden erstreckt (vgl. Staudinger/Schotten, BGB, 2004, § 2349 Rn. 11; Soergel/Damrau, BGB, 13. Aufl. 2002, § 2349 Rn. 1; Bamberger/Roth/J. Mayer, BGB, 2003, § 2349 Rn. 1).

§ 2349 BGB ist eine Ausnahмовorschrift, da sie – in Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen – im Ergebnis einen Vertrag zu Lasten Dritter gestattet. Hintergrund dieser Vorschrift war die Vorstellung des Gesetzgebers, dass der **Erbverzicht in der Regel gegen eine Abfindung** erfolge und diese dem ganzen Stamm zugute komme (vgl. Mugdan, Die gesamten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 5, S. 829; MünchKomm-Strobel, BGB, 4. Aufl. 2004, § 2349 Rn. 1; Staudinger/Schotten, § 2349 BGB Rn. 2). Der Gesetzgeber hat hierbei bewusst in Kauf genommen, dass der Erblasser und der Verzichtende im Einzelfall die Interessen der Abkömmlinge des Verzichtenden schädigen könnten (Mugdan, S. 831; Staudinger/Schotten, § 2349 BGB Rn. 3).

3. Frage der Sittenwidrigkeit des Verzichts

Die Zulässigkeit eines Erb- bzw. Pflichtteilsverzichts zur Ausschaltung „lästiger Enkel“ ergibt sich somit aus dem Gesetz. In missbräuchlichen Fällen kann allerdings nach Ansicht der **Literatur** ein Verstoß gegen die guten Sitten vorliegen, welcher nach § 138 BGB zur Folge hat, dass der Erb- bzw. Pflichtteilsverzicht ganz oder teilweise nichtig ist (Stanovsky, BWNöZ 1974, 104, 105; Staudinger/Schotten, § 2349 BGB Rn. 4). Der Abwanderung oder Verschleuderung des Familienvermögens vorzubeugen, wird insoweit allerdings als billiger und ausreichender Beweggrund angesehen (Stanovsky, a. a. O.). Im Sinne des § 138 BGB missbräuchliche und sittenwidrige Konstellationen wurden – soweit ersichtlich – in der Rechtsprechung bislang nicht diskutiert. Die Literatur nennt aber beispielsweise den Fall, dass ein todkranker Verzichtender in der sicheren Erwartung seines baldigen Todes allein deshalb einen Erbverzicht vereinbart, um das **selbstständige gesetzliche Erbrecht seiner Abkömmlinge auszuschalten** (Staudinger/Schotten, § 2349 BGB Rn. 4).

Vorliegend soll der angedachte Pflichtteilsverzicht unter die Bedingung gestellt werden, dass der Verzichtende vor dem Erblasser verstirbt. Bei dieser Gestaltung dürfte es sich u. E. um eine **missbräuchliche Anwendung** des § 2349 BGB entsprechend den vorgenannten Literaturstimmen handeln. Dies ergibt sich zum einen aus dem Wortlaut des § 2349 BGB, der von einer „Erstreckung“ der Verzichtswirkung spricht. Von einer solchen „Erstreckung“ kann aber bei der angedachten Gestaltung nicht die Rede sein, da die Verzichtswirkung in der Person des Verzichtenden selbst gerade nicht eintreten soll. Insoweit ist die angedachte Gestaltung mit der Variante vergleichbar, dass der Pflichtteilsverzicht von vorneherein nur zu Lasten der Abkömmlinge des Verzichtenden vereinbart wird, was u. E. unzulässig wäre, weil das entsprechende Rechtsgeschäft fehlt, an das das Gesetz die Erstreckungswirkung anknüpft. Es dürfte daher

mit anderen Worten der eigene Pflichtteilsverzicht (oder Erbverzicht) der „Preis“ des Verzichtenden dafür sein, dass seine Abkömmlinge ebenfalls mit ihren Erb- oder Pflichtteilsansprüchen ausgeschlossen sind.

Außerdem wäre die Anwendung des § 2349 BGB bei der angedachten Gestaltung wohl auch vom **Gesetzeszweck** her nicht zu rechtfertigen. Zwar hat der Gesetzgeber durchaus in Kauf genommen, dass der Verzichtende und der Erblasser im Einzelfall die Interessen der Abkömmlinge des Verzichtenden schädigen können (vgl. oben). Dabei wurde allerdings an den Fall gedacht, dass der Verzichtende die Belange seiner Abkömmlinge dadurch schädigt, dass er das erhaltene Abfindungskapital vergeudet. Auch in diesen Fällen wäre aber zumindest das Ziel erreicht, eine vorweggenommene Erbfolge gegen Abfindung ohne den „Störfaktor Pflichtteil“ zu ermöglichen, da die Verzichtswirkung jedenfalls auch den Verzichtenden selbst betrifft und somit die Einschränkung der Testierfreiheit des Erblassers durch das Pflichtteilsrecht insoweit entfällt. Auch dieser Gesichtspunkt ist vorliegend aber nicht einschlägig, wenn die Verzichtswirkungen bei dem Verzichtenden selbst nicht eintreten.

Aus diesem Grund könnte man evtl. schon mit Blick auf § 2346 BGB an der Zulässigkeit der beabsichtigten Bedingung zweifeln. Denn wenn ein Pflichtteilsverzicht unter der aufschiebenden Bedingung des Vorversterbens des Verzichtenden erklärt wird, kann die durch § 2346 Abs. 1 S. 2 BGB ausgelöste Rechtsfolge in der Person des Verzichtenden von vorneherein nicht eintreten.

4. Ergebnis

Zusammenfassend betrachtet bestehen daher aus unserer Sicht rechtliche Bedenken gegen die Wirksamkeit eines Pflichtteilsverzichts, der aufgrund der Bedingung nicht gegen den Verzichtenden selbst, sondern nur gegen dessen Abkömmlinge wirkt. Es dürfte daher in jedem Fall „sicherer“ sein, im Falle der Vereinbarung des Pflichtteilsverzichtsvertrages auch diesen bedingungslos zu schließen und den Verzichtenden im Hinblick auf seine erbrechtlichen Ansprüche dadurch zu sichern, dass er vom Erblasser mit erbvertraglicher Bindung zum Erben oder Vermächtnisnehmer berufen wird.

AktG §§ 36a, 36 Abs. 2, 54, 63

Fälligkeit der Einlageforderungen im Aktienrecht; Festsetzung durch die Hauptversammlung und Änderung des Fälligkeitstermins

I. Sachverhalt

Bei einer Aktiengesellschaft wurde eine Barkapitalerhöhung beschlossen. In dem Kapitalerhöhungsbeschluss ist u. a. festgesetzt, dass das gezeichnete Kapital zu 25 % innerhalb von ... Arbeitstagen nach Zeichnung zur Zahlung fällig ist; der Restbetrag ist nach dem Beschluss bis zum 31.12.2006 fällig.

Die Kapitalerhöhung ist im Handelsregister mittlerweile eingetragen. Nunmehr soll die Fälligkeit des restlichen Einlagebetrages auf den 31.12.2007 verschoben werden. Die Aktionäre der Aktiengesellschaft haben in einer außerordentlichen Hauptversammlung einen dahingehenden Beschluss gefasst.

II. Frage

Kann die Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft über die Fälligkeit eines Kapitalerhöhungsbetrags beschließen?

III. Zur Rechtslage

1. Höhe des eingeforderten Betrages (§§ 36a, 36 Abs. 2 AktG)

a) Gesetzlich mindestens ein Viertel des geringsten Ausgabebetrages plus Mehrbetrag

Zuvörderste Pflicht der Aktionäre ist es, gem. § 54 Abs. 1 AktG ihre Einlagen zu erbringen. Die Höhe der Einlagen bestimmt sich selbst nach §§ 36, 36a AktG. Bei Bareinlagen muss der eingeforderte Betrag **mindestens 1/4 des geringsten Ausgabebetrages** und bei Ausgabe der Aktien für einen höheren als diesen auch den **Mehrbetrag** umfassen (§ 36a Abs. 1 AktG). Dieser „**eingeforderte Betrag**“ muss bereits vor Anmeldung der Gründung bzw. Kapitalerhöhung der Gesellschaft bezahlt worden sein (§ 36 Abs. 2 AktG). Andernfalls ist die Anmeldung zur Eintragung im Handelsregister zurückzuweisen.

b) Höhere satzungsmäßige Festlegung möglich

§§ 36, 36a AktG gelten sowohl im Rahmen der Gründung als auch im Rahmen einer Kapitalerhöhung. Anerkannt ist dabei, dass die Höhe des „eingeforderten Betrages“ nach § 36a Abs. 2 AktG auch über dem Mindestbetrag des § 36a AktG liegen kann. Der Grundsatz der Satzungsstrenge steht dem wegen § 23 Abs. 5 S. 2 AktG nicht entgegen, da das Gesetz mit Ausnahme des Mindestbetrages nach § 36a AktG keine Regelungen über den „eingeforderten Betrag“ enthält, so dass also die Satzung auch einen höheren Betrag festsetzen kann (KölnKomm-AktG/Lutter, 2. Aufl. 1988, § 36a Rn. 5; MünchKomm-AktG/Pentz, 2000, § 36a Rn. 7 und § 35 Rn. 43; Geßler/Hefermehl/Bungeroth/Eckardt, AktG, 1984, § 36a Rn. 7; Hüffer, AktG, 7. Aufl. 2006, § 36a Rn. 2).

2. Fälligkeit der Einlageforderung

Wann nun eine Einlageforderung im Aktienrecht fällig ist, ist im Rahmen der §§ 36, 36a AktG nicht ausdrücklich geregelt. Zunächst gilt freilich, dass eine Eintragung im Handelsregister nicht erfolgen kann, wenn nicht zumindest der eingeforderte Betrag i. S. der §§ 36, 36a AktG zur freien Verfügung des Vorstandes vor der Anmeldung geleistet wurde.

a) Aufforderungsrecht des Vorstandes (§ 63 Abs. 1 AktG)

Eine besondere Bestimmung über die Pflicht zur Leistung der Einlagen enthält jedoch **§ 63 Abs. 1 Satz 1 AktG**. Diese Bestimmung lautet: „Die Aktionäre haben die Einlagen nach Aufforderung durch den Vorstand einzuzahlen.“

Wie bei den sonstigen Vorschriften im Aktienrecht auch handelt es sich bei dieser Vorschrift des § 63 AktG wegen des Grundsatzes der Satzungsstrenge nach § 23 Abs. 5 AktG prinzipiell um eine **zwingende Norm. Zuständig für die Aufforderung zur Leistung der Einlage ist allein der Vorstand** der AG. Diese Zuständigkeit ist ausschließlich und unabdingbar (MünchKomm-AktG/Bayer, 2003, § 63 Rn. 25; MünchKomm-AktG/Pentz, § 36 Rn. 43, dort Fn. 77; GroßKomm-AktG/Gehrlein, 4. Aufl. 2000, § 63 Rn. 21; Hüffer, § 63 Rn. 5). Aufgrund dieses zwingenden Charakters des § 63 Abs. 1 Satz 1 AktG ist es daher unzulässig, den Vorstand über statutarische Beschränkungen oder etwa über Beschlüsse der Hauptversammlung wegen des

Zeitpunktes der Aufforderung zur Leistung der Einlage in irgendeiner Weise festzulegen. Unzulässig ist es daher insbesondere, qua Hauptversammlung zu beschließen, dass die Einlage spätestens zum Zeitpunkt X einzufordern ist (MünchKomm-AktG/Bayer, § 63 Rn. 25; MünchKomm-AktG/Pentz, § 36 Rn. 43, dort Fn. 77; KölnKomm-AktG/Lutter, § 63 Rn. 12; Hüffer, § 63 Rn. 5; GroßKomm-AktG/Gehrlein, § 63 Rn. 21). Insoweit unterscheidet sich die Rechtslage hier im Aktienrecht deutlich von der im GmbH-Recht. Dort sind statutarische Anweisungen an den Geschäftsführer ausdrücklich zulässig (Scholz/Emmerich, GmbHG, 9. Aufl. 2003, § 21 Rn. 10; Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 21 Rn. 6).

Lutter (KölnKomm-AktG/Lutter, 2. Auflage 1988, § 63 Rn. 11) spricht in diesem Zusammenhang davon, dass § 63 AktG die Fälligkeit der ausstehenden Bareinlagen betreffe, die nicht bereits durch „Einforderung“ nach §§ 36 Abs. 2, 188 Abs. 2 AktG fällig sind. Folgt man dieser Ansicht, dürfte die Hauptversammlung bzw. die Satzung der Gesellschaft die Fälligkeit der Einlageleistungen nur im Rahmen der §§ 36 Abs. 2, 188 Abs. 2 AktG durch Festlegung des Einforderungsbetrages bestimmen, im Übrigen jedoch nicht.

Dagegen spricht aber, dass auch *Lutter* selbst davon ausgeht, dass es immer noch einer „Zahlungsaufforderung“ durch den Vorstand bedürfe und zwar auch im Hinblick auf die „eingeforderten Beträge“ nach §§ 36 Abs. 2, 36a AktG. Bejaht man die Anwendung des § 63 AktG mit der h. M. auch für die Geltendmachung der „eingeforderten Beträge“ nach §§ 36 Abs. 2, 36a AktG, erscheint es ausgeschlossen, dass die „eingeforderten Beträge“ auf die Einlagen bereits ohne eine solche Aufforderung des Vorstandes fällig werden.

b) Keine Beschränkung des pflichtgemäßen Ermessens durch Satzung der Hauptversammlung

Ist der Vorstand gem. § 63 AktG allein für die Aufforderung zur Leistung der Einlage zuständig, ist es demgemäß seinem **pflichtgemäßen Ermessen** überlassen, ob und wann er eine Zahlungsaufforderung ausspricht (GroßKomm-AktG/Gehrlein, § 63 Rn. 23; MünchKomm-AktG/Bayer, § 63 Rn. 28). Freilich wird sich der Vorstand hier von geschäftspolitischen Erwägungen leiten lassen; nicht erforderlich ist, dass die AG aufgrund ihrer Finanzsituation ein wirtschaftliches Bedürfnis geltend machen kann. Im Übrigen kann auch hier dieses pflichtgemäße Ermessen des Vorstandes weder durch die Satzung noch durch einen Beschluss der Hauptversammlung eingeschränkt werden (GroßKomm-AktG/Gehrlein, § 63 Rn. 23; MünchKomm-AktG/Bayer, § 63 Rn. 28; MünchHdb-AG/Wiesner, 2. Aufl. 1999, § 16 Rn. 10; **a. A.** demgegenüber die **ältere Literatur**: von Godin/Wilhelmi, AktG, 1965, § 63 Anm. 2; Schlegelberger/Quassowski, AktG, 1953, § 57 Rn. 2; GroßKomm-AktG/Barz, 3. Aufl. 1973, § 63 Rn. 6; Brodmann, Aktienrecht, 1928, § 218 Anm. 2). Unzulässig ist demgemäß auch, wenn die Satzung einen bestimmten Termin für die Einforderung reglementiert (GroßKomm-AktG/Gehrlein, § 63 Rn. 23).

c) Anwendungsbereich jedenfalls für Kapitalerhöhung

Umstritten ist indessen der **Anwendungsbereich** des § 63 AktG. Einhellig anerkannt ist zunächst, dass diese Bestimmung jedenfalls **für die schon bestehende AG** gilt. Erfasst sind also zunächst die auf Kapitalerhöhungen zu erbringenden Einlagen oder – allgemein gewendet – Einlageleistungen für den **Zeitraum nach der Gründung** bzw. nach Ein-

tragung der Gesellschaft (MünchKomm-AktG/Pentz, § 36 Rn. 43, dort Fn. 77; Geßler/Hefermehl/Bungeroth/Eckardt, § 36a Rn. 7; KölnKomm-AktG/Lutter, § 36a Rn. 5).

Unklar ist die Anwendung der Vorschrift dagegen im **Gründungsstadium** selbst. Nach einer Ansicht gilt hier § 63 AktG nicht. Da die Gründer die Einlagen zu erbringen haben, könnten sie nicht nur allein über die Höhe der Einlageleistung nach §§ 36 Abs. 2, 36a AktG bestimmen, sondern auch über den Zeitpunkt, wann sie diese Einlagen erbringen. Eine ausschließliche Zuständigkeit des Vorstandes gem. § 63 AktG zur Einforderung der Einlagen bestehe daher erst nach Eintragung der Gesellschaft (Geßler/Hefermehl/Bungeroth/Eckardt, § 36a Rn. 7). Die **überwiegende Ansicht** geht jedoch davon aus, dass die Gründer bzw. die Satzung nur über die Höhe der „eingeforderten Einlagen“ nach §§ 36 Abs. 2, 36a AktG befinden können. Die Einforderung des so festgesetzten Betrages und der restlichen Einlagen sei dann allein Sache des Vorstandes (MünchKomm-AktG/Pentz, § 36a Rn. 7 und § 36 Rn. 42; KölnKomm-AktG/Lutter, § 36a Rn. 5; Hüffer, § 36a AktG Rn. 2; GroßKomm-AktG/Röhrich, § 36 Rn. 44).

Für den vorliegenden Fall muss diese Streitfrage jedoch nicht entschieden werden. Hier steht die Einzahlung von Bareinlagen auf eine bereits im Handelsregister eingetragene Kapitalerhöhung einer schon bestehenden Gesellschaft inmitten. Auch geht es nicht darum, dass – was auch bei einer Kapitalerhöhung entsprechend der obigen Ausführungen ohne weiteres zulässig sein dürfte – im Kapitalerhöhungsbeschluss die Leistung eines höheren Betrages als die Mindesteinlage gem. §§ 36 Abs. 2, 36a AktG vor der Anmeldung bestimmt werden darf, der dann vom Vorstand einzufordern ist (in diesem Sinne wohl MünchKomm-AktG/Pentz, § 36a Rn. 7). Hier hat sich der Kapitalerhöhungsbeschluss darauf beschränkt, die Höhe des Einforderungsbetrages gem. der Mindesteinlage des § 36a AktG festzusetzen. Vielmehr geht es darum, dass die Hauptversammlung darüber hinaus in ihrem Kapitalerhöhungsbeschluss die Fälligkeit der restlichen Einlageforderungen auf den 31.12.2006 festgesetzt hat. Eine solche Regelung verstößt aber gegen § 63 Abs. 1 AktG. Für die Aufforderung zur Leistung der Einlagen gilt nach – soweit ersichtlich – einhelliger Meinung außerhalb des Zeitraums der Gründung allein § 63 Abs. 1 AktG.

3. Ergebnis

Überträgt man die vorstehenden Ausführungen auf den vorliegenden Sachverhalt, so ist festzustellen, dass schon der Beschluss der Hauptversammlung, mit welchem die restliche Einlageforderung bis zum 31.12.2006 zunächst fälliggestellt wurde, wegen Verstoßes gegen § 63 Abs. 1 S. 1 AktG unzulässig ist. Ein solcher Hauptversammlungsbeschluss verstößt gegen den Grundsatz, dass nach Eintragung der Gesellschaft bzw. im Falle der Kapitalerhöhung nach Eintragung der Kapitalerhöhung im Handelsregister ausschließlich der Vorstand nach seinem pflichtgemäßen Ermessen über die Aufforderung zur Leistung der Einlage entscheidet. Erst recht unzulässig ist dann aber auch der neuerliche Hauptversammlungsbeschluss, mit welchem der Zeitpunkt der Fälligkeit für die Zahlung der restlichen Einlageforderung auf den 31.12.2007 hinausgeschoben wird.

Gutachten im Fax-Abruf

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

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

WEG § 30; ErbbauVO §§ 1 Abs. 3, 2 Nr. 6; 27 Abs. 3, 31; BGB § 472

Wohnungserbbaurecht: Vorrecht auf Erneuerung bei Ausübung nicht durch Wohnungserbbauberechtigten
Fax-Abruf-Nr.: **11470**

FlurbG §§ 52, 53; BGB §§ 135, 136, 2033

Verfügungsverbot i. S. v. § 52 Abs. 3 FlurbG bei Erbanteilsübertragung
Fax-Abruf-Nr.: **11471**

EGBGB Art. 14, 15, 25, 26

Costa Rica: Vereinbarung von Gütertrennung und Pflichtteilsverzicht des costa-ricanischen Ehemannes gegenüber seiner deutschen Ehefrau
Fax-Abruf-Nr.: **14260**

EGBGB Art. 25, 26

Schweiz: Ehevertrag und Testament deutscher Ehegatten mit Wohnsitz in der Schweiz mit Rechtswahl
Fax-Abruf-Nr.: **14261**

EGBGB Art. 22, 23; FGG § 43b

Sri Lanka: Volljährigenadoption eines Sri-Lankers durch sri-lankische Ehegatten mit Wohnsitz in Deutschland
Fax-Abruf-Nr.: **14262**

Rechtsprechung

BGB §§ 633 ff., 242; BeurkG § 17

Bestätigung der Rechtsprechung über Anforderungen an Gewährleistungsausschluss bei neu errichteten Häusern im Individualvertrag

a) Ein formelhafter Ausschluss der Gewährleistung für Sachmängel beim Erwerb neu errichteter oder so zu behandelnder Häuser ist auch in einem notariellen Individualvertrag gemäß § 242 BGB unwirksam, wenn die Freizeichnung nicht mit dem Erwerber unter ausführlicher Belehrung über die einschneidenden Rechtsfolgen eingehend erörtert worden ist (Bestätigung von BGH, Urteil vom 17. September 1987 - VII ZR 153/86, BGHZ 101, 350, 353).

b) Von einer eingehenden Erörterung und ausführlichen Belehrung kann nur ausnahmsweise abgesehen werden, wenn sich der Notar davon überzeugt hat, dass sich der Erwerber über die Tragweite des Haftungsausschlusses und das damit verbundene Risiko vollständig im klaren ist und den Ausschluss dennoch ernsthaft will.

**An alle Mitglieder
der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V.**

NOTRV

Deutsche
Notarrechtliche
Vereinigung e.V.

**Einladung
zur 10. Mitgliederversammlung in München 2007**

Sehr geehrtes Mitglied,

der Gesamtvorstand der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung lädt alle Mitglieder zur
10. ordentlichen Mitgliederversammlung am **Freitag, dem 20. Juli 2007**,
in die **Ludwig-Maximilians-Universität München – Forschungsstelle für Notarrecht**,
Geschwister-Scholl-Platz 1, 80539 München, Hörsaal M 018, herzlich ein.

Die Veranstaltung beginnt um **14.00 Uhr** mit folgender **Tagesordnung**:

1. Begrüßung
2. Bericht des Vorsitzenden
3. Bericht des Schatzmeisters
4. Bericht der Rechnungsprüfer
5. Aussprache
6. Entlastung des Gesamtvorstandes
7. Neuwahl von drei Gesamtvorstandsmitgliedern (§ 8 Abs. 3 der Satzung)
8. Wahl der Rechnungsprüfer (§ 7 Abs. 6 der Satzung)
9. Verschiedenes

Im Anschluss:

**15.00 Uhr: Öffentliche Veranstaltung
Verleihung des Helmut-Schippel-Preises 2006
mit Symposium „Entwicklungstendenzen im Stiftungsrecht“**

Begrüßung, Notar Prof. Dr. Rainer Kanzleiter, Vorsitzender der NotRV
Grußwort, Prof. Dr. med. Dr. h.c. Reinhard Putz, Vizepräsident der LMU München
Einführung, Prof. Dr. Johannes Hager, LMU München, Vorsitzender der Forschungsstelle

Laudatio, Notar Prof. Dr. Peter Rawert, Hamburg **„Entwicklungstendenzen im Stiftungsrecht –
zugleich eine Laudatio auf den Helmut-Schippel-Laureaten Dominique Jakob“
Preisverleihung**

Prof. Dr. Dominique Jakob, Zürich, Vorstellung seiner Arbeit:
„Schutz der Stiftung – die Stiftung und ihre Rechtsverhältnisse im Widerstreit der Interessen“

Prof. Dr. Olaf Werner, Jena **„Grenzen der Gestaltungsfreiheit in Stiftungssatzungen,
insbesondere solcher mit dem Ziel der Möglichkeit späterer Änderungen“**

Diskussion

Rechtsanwalt Dr. Andreas Richter, LL.M., M.A., Berlin **„Aktuelle Tendenzen im Stiftungssteuerrecht“**

Diskussion

Schlusswort, Prof. Dr. Johannes Hager

Anschließend bitten wir Sie zu einem kleinen Empfang

Wir freuen uns über ein zahlreiches Erscheinen unserer Mitglieder und erwarten Ihre **Anmeldung per Fax**:
0931/35576225 bzw. per E-Mail: notrv@dnoti.de

gez.
Prof. Dr. Rainer Kanzleiter
(Vorsitzender)

gez.
Paul Wagner
(stellv. Vorsitzender)

Problem

Die Verkäufer hatten das aus dem 19. Jahrhundert stammende Haus mit Ausnahme des Dachs in Eigenleistung teilsaniert und dabei u. a. die Bodenplatte, Zwischendecken und Zwischenwände sowie Versorgungsleitungen erneuert. Die Maklerin hatte ein **Kurzexposé mit einer Baubeschreibung** über die bereits durchgeführten und die zur vollständigen Sanierung noch durchzuführenden Maßnahmen verfasst, das aber nicht mitbeurkundet wurde. Im Grundstückskaufvertrag waren Ansprüche wegen Sachmängeln ausgeschlossen, mit Ausnahme bei arglistigem Verschweigen. Außerdem trat der Verkäufer dem Käufer etwaige Gewährleistungsansprüche gegenüber Dritten ab.

Nach Eigentumsumschreibung stellte sich heraus, dass die vom Verkäufer vorgenommenen Sanierungsarbeiten mangelhaft ausgeführt waren. Infolge eines Sturmschadens drang Feuchtigkeit durch das sanierungsbedürftige Dach ein. Das Gebäude musste aufgrund einer Ordnungsverfügung des Bauaufsichtsamtes abgerissen werden. Die Käuferin verlangte von den Verkäufern Schadensersatz.

Entscheidung

Nach der Entscheidung des BGH war auf den Erwerb des vorliegenden Altbaus **Werkvertragsrecht** anwendbar, da der Erwerb des Grundstücks mit einer Herstellungsverpflichtung verbunden war. Übernimmt der Veräußerer vertraglich Bauleistungen, die insgesamt nach Umfang und Bedeutung Neubauarbeiten vergleichbar sind, haftet er nicht nur für die ausgeführten Umbauarbeiten, sondern auch für die in ihrem Bereich vorhandene Altbausubstanz nach den Gewährleistungsregelungen des Werkvertrags (BGHZ 164, 225 = DNotZ 2006, 280 = NJW 2006, 214). Dies gilt auch dann, wenn die vom Veräußerer übernommenen Arbeiten vor Vertragsschluss bereits ausgeführt wurden (BGH BauR 2005, 542, 544 = DNotI-Report 2005, 61 = DNotZ 2005, 464 = NJW 2005, 1115). Vorliegend waren die nach der im Kurzexposé enthaltenen Baubeschreibung bereits durchgeführten Sanierungsarbeiten Vertragsinhalt. Die mangels Mitbeurkundung wohl eingetretene **Formnichtigkeit** war durch den Grundbuchvollzug jedenfalls geheilt.

Der VII. Zivilsenat bekräftigte seine ständige Rechtsprechung, wonach ein **formelhafter Ausschluss der Gewährleistung** für Sachmängel beim **Erwerb neu errichteter** oder so zu behandelnder Häuser auch in einem notariellen Individualvertrag gem. § 242 BGB unwirksam ist, wenn die Freizeichnung nicht mit dem Erwerber unter ausführlicher Belehrung über die einschneidenden Rechtsfolgen eingehend erörtert worden ist (BGHZ 101, 350 = DNotZ 1988, 292 = NJW 1988, 135; BGHZ 108, 164, 168 f. = DNotZ 1990, 96 = NJW 1989, 2748; BGH BauR 2005, 542, 546 = DNotI-Report 2005, 61 = DNotZ 2005, 464 = NJW 2005, 1115). Hierfür genüge nicht, dass der Notar im vorliegenden Fall bei der Verlesung der Ausschlussklausel „innegehalten“ und nachgefragt habe, ob der Erwerber das Objekt persönlich besichtigt und begutachtet habe. Auch daraus, dass die Erwerberin auf einer besonderen Regelung über die Verwendung gesundheitsgefährdender Materialien und auf der Abtretung von Gewährleistungsansprüchen gegenüber Dritten bestanden hatte, lasse sich nicht folgern, dass ihr die volle Tragweite des Haftungsausschlusses bewusst war.

WEG §§ 22 Abs. 1, 5, 14; BGB § 133 Gemeinschaftseigentum an durch Aufstockung entstandenen Räumen

1. Zur Auslegung eines Beschlusses über die Genehmigung baulicher Veränderungen.

2. Entsteht durch die Anbringung eines Giebeldaches anstelle des bisherigen Flachdaches ein zusätzlicher Raum, so steht dieser Raum im Gemeinschaftseigentum.

OLG München, Beschl. v. 5.10.2006 – 32 Wx 121/06
Kz.: LI 4 – § 22 Abs. 1 WEG
Fax-Abwurf-Nr.: 10705

Problem

Zu einer Wohnungseigentumsanlage gehörte auch ein Gebäude mit Flachdach. Auf einer Eigentümerversammlung genehmigte die Wohnungseigentümergeinschaft durch Mehrheitsbeschluss die Errichtung eines Giebeldaches mit einer bestimmten Dachneigung, lehnte aber die Nutzung des Satteldachs als zusätzliche Bürofläche ab. Der Eigentümer der darunter liegenden Teileigentumseinheit beantragte Feststellung, dass auch die Ausführung eines schräg laufenden Giebels nach dem Beschluss zulässig sei und dass der entstehende Raum dann in seinem Eigentum stünde.

Entscheidung

Nach der Entscheidung des OLG München kann ein **Mehrheitsbeschluss über eine bauliche Änderung in Bestandskraft** erwachsen, auch wenn dafür grundsätzlich nach § 22 Abs. 1 WEG die Zustimmung aller Wohnungseigentümer erforderlich wäre. Denn insoweit besteht eine Beschlusskompetenz der Wohnungseigentümergeinschaft (BGHZ 145, 158, 168 = DNotI-Report 2000, 185 = DNotZ 2000, 854 = NJW 2000, 3500; OLG Köln NJW-RR 2001, 1096 = NZM 2001, 293 = ZMR 2001, 474; OLG München DNotI-Report 2001, 34 = DNotZ 2001, 214 = NJW-RR 2001, 1592, NZM 2001, 133). Da der Beschluss sehr allgemein gehalten war, deckte er auch die vorgesehene Drehung des Dachfirstes.

Die durch die Aufstockung entstehenden Räume stünden jedoch nach § 5 WEG im **Gemeinschaftseigentum**, ohne dass hieran anders lautende Bestimmungen in der Gemeinschaftsordnung etwas ändern könnten (BayObLGR 2001, 41 = ZMR 2001, 65).

GmbHG § 4; BGB § 179

Persönliche Haftung (nur) des handelnden Geschäftsführers einer ausländischen GmbH bei Handeln ohne Rechtsformzusatz

a) Die **Rechtsscheinhaftung** wegen Fortlassung des nach § 4 GmbH vorgeschriebenen Formzusatzes trifft ausschließlich den für die Gesellschaft auftretenden Vertreter (Bestätigung des Sen.Urt. v. 8.7.1996 – II ZR 258/95, NJW 1996, 2645).

b) Dies gilt entsprechend bei Weglassung des Rechtsformzusatzes "BV" einer niederländischen Besloten Vennootschap, wenn der durch den für sie auftretenden Vertreter verursachte Rechtsschein in Deutschland entstanden ist und sich dort ausgewirkt hat.

BGH, Urt. v. 5.2.2007 – II ZR 84/05
Kz.: L V 2 – § 4 GmbHG
Fax-Abruf-Nr.: 10706

Problem

Eine niederländische GmbH (B.V.) erstellte als Generalunternehmerin ein schlüsselfertiges Einfamilienhaus in Deutschland. Bei Vertragsschluss war die Firma ohne den Rechtsformzusatz „B.V.“ angegeben. Die Auftraggeber wollten daher Mängelgewähransprüche unmittelbar gegen den Geschäftsführer der Gesellschaft und gegen einen Prokuristen einklagen.

Entscheidung

Der BGH wandte auf die Rechtsscheinhaftung nach § 4 GmbHG bzw. § 179 BGB deutsches Recht an, da Deutschland der Ort war, an dem der Rechtsschein entstanden war und sich ausgewirkt hatte.

Nach § 4 GmbHG muss die Firma einer GmbH die Bezeichnung „Gesellschaft mit beschränkter Haftung“ oder eine allgemein verständliche Abkürzung davon enthalten. Bei einem Verstoß gegen § 4 GmbHG haftet der für die GmbH Auftretende aus dem Gesichtspunkt einer Rechtsscheinhaftung analog § 179 BGB dann, wenn er durch sein Zeichnen der Firma ohne Formzusatz das berechtigte Vertrauen des Geschäftsgegners auf die Haftung mindestens einer natürlichen Person hervorgerufen habe (BGH MittBayNot 1996, 384 = NJW 1996, 2645 = ZIP 1996, 1511; BGH NJW 1991, 2627 = ZIP 1991, 1004). Die persönliche Haftung beschränkt sich aber ausschließlich auf den für die Gesellschaft auftretenden Vertreter. Im vorliegenden Fall hatten aber weder der Geschäftsführer noch der Prokurist selbst am Vertragsschluss mitgewirkt.

BGB § 2113; GBO § 51

Keine Verfügungsbeschränkung des Vorerben, wenn nicht Grundstück selbst, sondern Erbteil „an dem Grundstück“ zum Nachlass gehört

Gehört zu einem Nachlass, für den Vor- und Nacherbschaft angeordnet worden ist, ein Anteil an einer Erbengemeinschaft, zu deren Gesamthandvermögen ein Grundstück zählt, kann der Vorerbe über dieses Grundstück ohne die Beschränkungen des § 2113 BGB verfügen.

BGH, Beschl. v. 15.3.2007 – V ZB 145/06
Kz.: L I 1 - § 2113 BGB
Fax-Abruf-Nr.: 10707

Problem

Einer Erbengemeinschaft gehört ein Grundstück. Eine Miterbin verstarb. Sie hatte Nacherbschaft angeordnet. Als die Vorerbin im Wege der Grundbuchberichtigung eingetragen wurde, trug das Grundbuchamt zugleich einen Nacherbenvermerk ein. Mitglieder der Erbengemeinschaft verlangten nun die Löschung des Nacherbenvermerks.

Entscheidung

Nach der Entscheidung des BGH ist der Nacherbenvermerk zu löschen. Ein **Nacherbenvermerk** (§ 51 GBO) hat den Zweck, die Beschränkungen, denen der Vorerbe nach materiellem Recht in der Verfügung über ein zur Erbschaft gehörendes Grundstück oder über ein Recht an einem Grundstück unterliegt, im Grundbuch für Dritte erkennbar

zu machen und dadurch den Nacherben gegen die sich aus dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs ergebenden Gefahren zu sichern (BGHZ 84, 196, 201 = DNotZ 1983, 315 = NJW 1982, 2499).

Die den Vorerben in seiner Verfügungsbefugnis beschränkende Vorschrift des § 2113 BGB bezieht sich nur auf Verfügungen über Grundstücke, die zu der Erbschaft gehören, bezüglich derer eine Nacherbfolge angeordnet worden ist. Sie findet hingegen keine unmittelbare Anwendung, wenn die Vorerbschaft – wie vorliegend – Anteile an einem Gesamthandvermögen umfasst, zu dem ein Grundstück gehört (BGHZ 26, 378, 382; BGH NJW 1964, 768; BGH FamRZ 1978, 184 = NJW 1978, 698 = Rpfleger 1978, 52; BayObLGZ 1994, 177 = DNotI-Report 17/1994, 7 = FamRZ 1995, 379 = MittBayNot 1994, 447 = NJW-RR 1994, 1360 = Rpfleger 1995, 105). Der BGH lehnte auch eine entsprechende Anwendung ab (entgegen OLG Hamm OLGZ 1984, 335 = JMBL. NW 1984, 247 = MittBayNot 1984, 260 = MittRhNotR 1985 221 = Rpfleger 1985, 21).

BGB § 2325

Kein Pflichtteilergänzungsanspruch bei nachträglicher Vereinbarung der Entgeltlichkeit einer ursprünglichen Schenkung

Vereinbart der Erblasser, nachdem er ein Grundstück schenkweise übertragen hat, nachträglich ein volles Entgelt für dieses Grundstück und die daraus vom Erwerber bereits gezogenen Nutzungen, steht dem Pflichtteilsberechtigten beim Erbfall kein Ergänzungsanspruch wegen der ursprünglichen Schenkung zu.

BGH, Urt. v. 14.2.2007 - IV ZR 258/05
Kz.: L I 1 - § 2325 BGB
Fax-Abruf-Nr.: 10708

Problem

Der Erblasser übertrug ein Mehrfamilienhausgrundstück unter Vorbehalt des Nießbrauchs im Jahr 1995 schenkweise an seine Ehefrau. Im Jahr darauf schloss der Erblasser mit seiner Ehefrau einen notariellen Änderungsvertrag, wonach die vorbehaltenen Rechte des Erblassers entfielen und hierfür sowie für die bereits vollzogene Eigentumsübertragung Gegenleistungen der Ehefrau vereinbart wurden.

Nach dem Tod des Erblassers nahm sein nichtehelicher Sohn die Ehefrau als Alleinerbin und Beschenkte gem. §§ 2325, 2329 BGB in Anspruch, da die nachträgliche Umwandlung der Schenkung in ein entgeltliches Geschäft jedenfalls ihm gegenüber unwirksam sei.

Entscheidung

Der BGH vertritt im Hinblick auf die Vertragsfreiheit, dass auch nachträglich für eine bereits vollzogene Übertragung von Vermögensstücken ein anderer Rechtsgrund festgelegt werden könne (in Übereinstimmung mit der herrschenden Literatur). Da § 2325 BGB den Pflichtteilsberechtigten nur vor lebzeitigen Schenkungen des Erblassers schütze, nicht vor entgeltlichen Leistungen, und der Anspruch des Pflichtteilsberechtigten erst beim Erbfall entstehe, könne nicht unberücksichtigt bleiben, ob der Erblasser einen ursprünglich verschenkten Vermögensgegenstand zurückerhalten (vgl. Kornexl, ZEV 2003, 196, 197) oder dafür nachträglich ein Entgelt vereinbart habe, das jedenfalls nicht in grobem Missverhältnis zu seiner Leistung stehe. Der Pflichtteilsbe-

rechtigte müsse daher auch nachträgliche Vereinbarungen über die Entgeltlichkeit von lebzeitigen Geschäften des Erblassers hinnehmen, solange zwischen Leistung und Gegenleistung kein auffallendes, grobes Missverhältnis bestehe (zur nachträglichen Erhöhung der Gegenleistung vgl. bereits BGH DNotZ 1991, 498 = NJW-RR 1989, 706; RGZ 75, 325, 327; 94, 157, 159).

Literaturhinweise

H.-A. Weirich, Grundstücksrecht, 3. Aufl., C. H. Beck Verlag, München 2006, 660 Seiten, 39,80 €

Die in den beiden Voraufgaben von *Weirich* verfasste „Systematik und Praxis des materiellen und formellen Grundstücksrechts“ wurde von den Notaren *Mackeprang* und *Voltz* sowie Notarassessor *Ivo* überarbeitet, während *Weirich* nur mehr als Herausgeber fungiert. Das Werk stellt das gesamte Immobiliarsachenrecht und Grundbuchrecht einschließlich der Besonderheiten des Grundstücksrechts in den neuen Ländern in einem **prägnanten Überblick** dar. Fundstellennachweise beschränken sich im Wesentlichen auf die Rechtsprechung des BGH und der Oberlandesgerichte; Literaturhinweise finden sich meist zusammenfassend vor den jeweiligen Kapiteln.

Das in der Reihe „Studium und Praxis“ erschienene lehrbuchartige Werk eignet sich ausgezeichnet als **Einführung in das Grundstücksrecht** für den angehenden Notarassessor oder für einen bisher weniger mit dem Grundstücksrecht befassten Juristen.

Notar a. D. Christian Hertel

D. Leesmeister, Materielles Liegenschaftsrecht im Grundbuchverfahren, 3. Aufl., Gieseking Verlag, Bielefeld 2006, 378 Seiten, 39.– €

Das von einem Dozenten an der Fachhochschule für Rechtspflege Nordrhein-Westfalen verfasste und im Untertitel als „Studienbuch“ bezeichnete Werk wendet sich vor allem an **angehende Rechtspfleger und Studenten**. Durch Prüfungsschemata, fett unterlegte Merkhinweise, Lesehinweise auf Paragraphen und auf Aufsätze und Wiederholungsfragen (mit Lösungshinweisen) eignet sich das Buch auch für die Ausbildung oder eigene Einarbeitung der Sachbearbeiter im Notariat.

Notar a. D. Christian Hertel

Veranstaltungen

Termine für **Juli 2007** – Anmeldung und nähere Informationen bitte direkt beim **DAI-Fachinstitut für Notare**, Postfach 250254, 44740 Bochum, Tel. (0234) 970 64 18, Fax (0234) 70 35 07 (www.anwaltsinstitut.de).

Umwandlungsrecht in der notariellen Praxis (D. Mayer), 6.7.2007 Berlin, 7.7.2007 Düsseldorf

Personengesellschaften, Gesellschafts- und Steuerrecht (Spiegelberger/Wälzholz), 20.7. – 21.7.2007 Timmendorfer Strand

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu 2 Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter www.dnoti.de.

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

- eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin -
97070 Würzburg, Gerberstraße 19
Telefon: (0931) 35576-0 Telefax: (0931) 35576-225
e-mail: dnoti@dnoti.de internet: www.dnoti.de

Hinweis:

Die im DNotI-Report veröffentlichten Gutachten und Stellungnahmen geben die Meinung der Gutachter des Deutschen Notarinstituts und nicht die der Bundesnotarkammer wieder.

Verantwortlicher Schriftleiter:

Notar a.D. Christian Hertel, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

Bezugsbedingungen:

Der DNotI-Report erscheint zweimal im Monat und kann beim Deutschen Notarinstitut oder im Buchhandel bestellt werden.
Abbestellungen müssen mit vierteljährlicher Frist zum Jahresende erfolgen.

Bezugspreis:

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

Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert und kostenfrei zugesandt werden.

Alle im DNotI-Report enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist die Verwertung nur mit Einwilligung des DNotI zulässig.

Verlag:

Bundesnotarkammer, Körperschaft des öffentlichen Rechts, Geschäftsstelle
Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

Druck:

Druckerei Franz Scheiner
Haugerpfarrgasse 9, 97070 Würzburg