

# DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

12. Jahrgang  
April 2004  
ISSN 1434-3460

8/2004

*Mit Beilage BNotK-Intern*

## Inhaltsübersicht

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 2100, 2115, 2197, 2216; BSHG §§ 76 ff.; GSiG §§ 1 ff.; SGB XII – "Behindertentestament": Verwaltungsanordnung an den Testamentsvollstrecker; Regelungsbedarf nach Inkrafttreten des Grundsicherungsgesetzes

WEG §§ 21, 25 Abs. 3, 4 – Eventualeinberufung einer WEG-Eigentümerversammlung; Quorum für Beschlussfähigkeit

### Gutachten im Fax-Abruf

#### Rechtsprechung

BGB §§ 631 Abs. 1, 133, 157; BGB § 468 a. F. – Bauträger muss sich Wohnflächenangabe durch den als Verhandlungsgeschülften eingeschalteten Makler als Vertragsbestandteil zu rechnen lassen, auch wenn der Vertrag keine ausdrückliche Wohnflächenangabe enthält

BGB §§ 631, 433, 157 – In der Regel keine konkludente Verpflichtung zur Abtretung eigener Mängelrechte bei Weiterverkauf unter Gewährleistungsausschluss

BGB §§ 1371 Abs. 2, 1376 Abs. 2, 1378, 1384, 1967 – Bewertungsstichtag für Zugewinnausgleich; Bewertung eines Nießbrauchs und mit Wohnungsrechten belasteter Miteigentumsanteile

BGB §§ 331, 2301, 2078 – Anfechtung eines unter Lebenden vollzogenen Vertrages zugunsten Dritter auf den Todesfall

#### Aktuelles

UStG § 13b Abs. 1 Nr. 3 n. F. – Umsatzsteueroption bei Grundstückskaufverträgen: Neue Regelung trat zum 1.4.2004 in Kraft

#### Literatur

#### Veranstaltungen

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

**BGB §§ 2100, 2115, 2197, 2216; BSHG §§ 76 ff.; GSiG §§ 1 ff.; SGB XII "Behindertentestament": Verwaltungsanordnung an den Testamentsvollstrecker; Regelungsbedarf nach Inkrafttreten des Grundsicherungsgesetzes**

### I. Sachverhalt

Vor Jahren wurde ein "Behindertentestament" von Ehegatten entsprechend des Formulierungsvorschlags von *Nieder* (in: Münchener Vertragshandbuch, jetzt Bd. 6, 5. Aufl. 2003, Formular XVI. 19, S. 952) beurkundet. Die Erblasser haben zwei Kinder, darunter einen geistig behinderten Sohn. Dieser ist unverheiratet und wird voraussichtlich niemals Kinder haben. Er arbeitet in einer Behindertenwerkstatt, wohnt aber nach wie vor bei seinen Eltern.

Inzwischen erhält der Sohn wiederkehrende Leistungen nach dem 2003 in Kraft getretenen Grundsicherungsgesetz. Nach Lage der Dinge ist davon auszugehen, dass der Sohn

Zeit seines Lebens Grundsicherungsleistungen erhalten wird, solange er nicht eigenes – insbesondere ererbtes – Vermögen einsetzen muss.

Im Testament heißt es zur angeordneten Testamentsvollstreckung: "Im Wege der Verwaltungsanordnung nach § 2216 Abs. 2 BGB wird der jeweilige Testamentsvollstrecker verbindlich angewiesen, unserem Sohn X aus den ihm gebührenden anteiligen jährlichen Reinerträgen (Nutzungen) des Nachlasses bzw. den ihm bei einer Erbauseinandersetzung zugeteilten Vermögensgegenständen nach billigem Ermessen solche Geld- oder Sachleistungen nach Art und Höhe zukommen zu lassen, die zur Verbesserung seiner Lebensqualität beitragen, auf die der Sozialhilfeträger aber nach den derzeitigen §§ 76 ff., 81, 88, 89, 90 BSHG bzw. den entsprechenden künftigen Vorschriften nicht zugreifen kann und die auch nicht auf die dem Behinderten gewährten Sozialhilfeleistungen anrechenbar sind."

### II. Frage

Muss nunmehr das frühere Testament geändert werden, weil (auch) Leistungen nach dem Grundsicherungsgesetz (BGBl. 2001 I, S. 1310, 1335) in Betracht kommen?

### III. Zur Rechtslage

#### 1. Zum Grundsicherungsgesetz im Allgemeinen

##### a) Grundsicherungsgesetz und SGB XII

Zum 1.1.2003 trat das **Gesetz über eine bedarfsorientierte Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung (GSiG)** in Kraft (BGBl. 2001 I, S. 1310, 1335). Ziel des Gesetzes ist es, ein der Sozialhilfe vorgelagertes Sozialleistungssystem zu schaffen und dadurch insbesondere die "verschämte Armut im Alter und bei dauernder Erwerbsminderung" zu verhindern (vgl. BT-Drucks. 14/4595, S. 39 und 14/5150, S. 48). Unter den 18 ursprünglichen Mitgliedern der OECD war die Bundesrepublik Deutschland der letzte Staat, in dem eine Mindestversorgung im Alter nicht aus dem System der allgemeinen Sozialhilfe ausgekoppelt war (zum GSiG im Allgemeinen s. Münder, NJW 2002, 3661 ff.; Deibel, NWVBl. 2003, 44 ff.; Renn/Schoch, Die neue Grundsicherung, 2002; zu den Auswirkungen des GSiG auf das Unterhaltsrecht s. Klinkhammer, FamRZ 2002, 997 ff., FamRZ 2003, 1793 ff.; ders., FPR 2003, 640 ff.; zu den Auswirkungen des GSiG auf die Gestaltungspraxis s. J. Mayer, ZEV 2003, 173 ff.).

Zum **1.1.2005** wird das GSiG mit dem Sozialhilferecht in das **SGB XII** (§§ 41 ff.) eingegliedert (BGBl. 2003 I, S. 3022 ff.; allgemein zu den Rechtsänderungen bei Sozialleistungen ab 1. Januar 2005 vgl. auch Gutachten Fax-Abruf-Nr. 1296 in diesem Heft).

##### b) Beitragsunabhängige, aber bedarfsabhängige Grundsicherung

Nach § 1 GSiG erhalten Personen zur **Sicherung des Lebensunterhaltes im Alter und bei dauerhafter Erwerbsminderung** auf Antrag die Leistungen nach dem Grundsicherungsgesetz, wenn sie das 65. Lebensjahr vollendet haben oder das 18. Lebensjahr vollendet haben und voll erwerbsgemindert i. S. des § 43 Abs. 2 SGB VI sind. Die Leistungen nach dem GSiG sind **beitragsunabhängig**, wie sich aus § 2 Abs. 1 S. 1 GSiG ergibt. Wie bei der Sozialhilfe besteht ein Anspruch auf Leistungen nach dem GSiG nur, soweit der Antragsberechtigte seinen Lebensunterhalt nicht aus seinem **Einkommen** und **Vermögen** beschaffen kann (§ 2 Abs. 1 S. 1 GSiG). Für den Einsatz von Einkommen und Vermögen gelten gem. § 3 Abs. 2 GSiG die §§ 76-88 des BSHG und die dazu erlassenen Rechtsverordnungen entsprechend. Unterhaltsansprüche der Antragsberechtigten gegenüber ihren Kindern und Eltern bleiben jedoch unberücksichtigt, sofern deren jährliches Gesamteinkommen i. S. des § 16 SGB IV unter einem Betrag von 100.000,00 € liegt (§ 2 Abs. 1 S. 3 GSiG). Mit dieser Regelung trägt das Gesetz dem Umstand Rechnung, dass nach empirischen Untersuchungen aus Furcht vor dem Unterhaltsrückgriff gegen die Kinder bisher von den Eltern häufig keine Sozialhilfe in Anspruch genommen wurde.

Der **Leistungsumfang** der bedarfsorientierten Grundsicherung ist in § 3 GSiG geregelt. Wie sich schon aus der Formulierung des Gesetzes ergibt, sind die Leistungen der Grundsicherung **nicht bedarfsdeckend**. Das GSiG gewährt Sozialleistungen als ein dem Sozialhilferecht vorgelagertes, aber nicht bedarfsdeckendes Sozialsystem, während das BSHG nach wie vor das unterste Netz der sozialen Sicherung bildet (J. Mayer, ZEV 2003, 173, 177). Aus diesem Grund wird in vielen Fällen nach wie vor die Notwendigkeit bestehen, Sozialhilfe zumindest ergänzend in Anspruch zu nehmen (J. Mayer, ZEV 2003, 173, 177 f.; Renn/Schoch, Rn. 87 ff., 201 ff.).

##### c) Keine Regressmöglichkeit nach dem GSiG

Obwohl das GSiG eine **Regressmöglichkeit** gegenüber dem Unterhaltspflichtigen wie etwa in § 91 BSHG **nicht** vorsieht, bleibt daher aber die Regressmöglichkeit im Hinblick auf etwa erbrachte ergänzende Sozialhilfeleistungen. Speziell in den Pflegeheimfällen ergeben sich daher für die in Anspruch genommenen Kinder häufig kaum Verbesserungen (vgl. die Beispiele bei Klinkhammer, FamRZ 2002, 997, 1002; J. Mayer, ZEV 2003, 173, 178).

#### 2. Auswirkungen des GSiG auf "Behindertentestamente"

##### a) Unverwertbares Vermögen

Indem § 3 Abs. 2 GSiG für den Einsatz von Einkommen und Vermögen auf die Vorschriften der §§ 76-88 BSHG verweist, kommen insoweit auch die aus dem Sozialhilferecht bekannten Grundsätze zur Anwendung. Auch für die Inanspruchnahme von Leistungen nach dem GSiG ist daher insbesondere Vermögen nicht einzusetzen, welches **aus rechtlichen oder wirtschaftlichen Gründen unverwertbar** ist (§ 88 Abs. 1 BSHG), etwa wegen Anordnung der Nacherbfolge und der (Dauer-)Testamentsvollstreckung (J. Mayer, ZEV 2003, 173, 175). Aus diesem Grund ist auch das **"Behindertentestament"**, also – in seiner gebräuchlichsten Form – die Einsetzung des Behinderten zum nicht befreiten Vorerben und die Anordnung einer Dauertestamentsvollstreckung auf dessen Lebenszeit, geeignet, dem behinderten Kind bei Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen im Übrigen den Anspruch auf die Grundsicherung zu erhalten (so auch J. Mayer, ZEV 2003, 173, 179).

##### b) Verwaltungsanordnungen im Behindertentestament

Nicht abschließend geklärt ist, ob durch die Regelungen eines "Behindertentestaments" nicht nur ein Zugriff auf die **Nachlasssubstanz** verhindert werden kann, sondern auch auf die **Erträge des Vorerbenanteils** (vgl. hierzu Gutachten DNotI-Report 1996, 48 ff.). Die gängigen Formulierungsvorschläge für ein "Behindertentestament" sehen insoweit **Verwaltungsanordnungen** gem. § 2216 Abs. 2 BGB vor. Insbesondere in Bezug auf Geldzuwendungen finden sich dort regelmäßig Formulierungen, die eine Anrechnung auf Sozial(hilfe)leistungen ausschließen sollen.

So formuliert beispielsweise *Bengel* (in: Scherer, Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht, 2002, § 13 Rn. 21): "... Geldzuwendungen, die jedoch, wenn das behinderte Kind erstattungspflichtige Sozialleistungen in Anspruch nimmt, den Rahmen dessen nicht übersteigen dürfen, was das behinderte Kind nach den einschlägigen Bestimmungen maximal zur freien Verfügung haben darf" (ebenso Limmer, ZFE 2002, 156, 159).

*Langenfeld* (Testamentsgestaltung, 3. Aufl. 2002, Rn. 593) schlägt insoweit folgende Formulierung vor: "... Überlassung von Geldbeträgen in Höhe des jeweiligen Rahmens, der nach den jeweiligen einschlägigen Gesetzen einem Behinderten maximal zur freien Verfügung stehen kann" (ebenso D. Mayer, in: Bengel/Reimann, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 3. Aufl. 2001, Kap. 5 Rn. 359).

*Krauß* (DAI-Skript "Sozialrechtliche Fragen bei Grundstücksübertragungen", 11./18.10.2003, S. 253) formuliert: "... Geldzuwendungen, die jedoch, wenn der behinderte Abkömmling subsidiäre Sozialleistungen in Anspruch nimmt, den Rahmen dessen nicht übersteigen dürfen, was ihm nach den einschlägigen Bestimmungen anrechnungsfrei verbleiben kann" (ähnlich Ivo, Erbrecht Effektiv = EE 2004, 42, 44).

### c) Änderungsbedarf aufgrund des Grundsicherungsgesetzes

Bei der Formulierung der Verwaltungsanordnung an den Testamentsvollstrecker gem. § 2216 Abs. 2 BGB ist nunmehr neben den sozialhilferechtlichen Vorschriften zusätzlich auf die Erhaltung der "Grundsicherung" zu achten (J. Mayer, in: DAI-Skript "1. Jahresarbeitsstagung des Notariats", 18.-20.9.2003, S. 178). Hierbei wird man nach unserer Einschätzung wie folgt zu unterscheiden haben:

Knüpft die Formulierung allgemein an "**Sozialleistungen**" an, erfasst sie nach ihrem Wortlaut ohne weiteres auch Leistungen nach dem GSiG. Derartige allgemeine Formulierungen haben im Übrigen den Vorteil, dass sie auch auf etwaige weitere künftige Gesetzesänderungen "passen". Bei Verwendung derartiger Klauseln hat daher u. E. das GSiG keinen Änderungsbedarf gebracht. In der Literatur wird freilich teilweise von der Verwendung leistungseinschränkender Klauseln im Zusammenhang mit dem Bezug von Sozialhilfe abgeraten, da hierin unter Umständen eine unzulässige Nachrangvereinbarung gesehen werden könne (J. Mayer, ZEV 2003, 173, 179; ders., in: DAI-Skript "1. Jahresarbeitsstagung des Notariats", a. a. O., S. 177 f.). Nach Auffassung von J. Mayer ist zu überlegen, zumindest bei kleinen und mittleren Nachlässen eine Anordnung über die Zuwendung von Geldleistungen ganz wegzulassen und stattdessen die einzelnen Anordnungen zur Auskehr der Nachlassfrüchte ausdrücklich nur als "Regelbeispiele" zu formulieren und besonders zu betonen, dass der Testamentsvollstrecker hieran nicht gebunden ist, sondern primär nach seinem freien Ermessen über die Verwendung der Nachlassfrüchte entscheidet.

Auslegungsbedarf besteht, wenn eine Verwaltungsanordnung im Testament – wie in dem Formulierungsvorschlag von *Nieder* – ausdrücklich **nur auf die Vorschriften des Sozialhilferechts** abstellt (s. u. Ziffer 2e). Auch wenn die Erblasser i. d. R. wohl auch andere Sozialleistungen erfassen wollten (so im Formulierungsvorschlag von *Nieder* Leistungen nach "entsprechenden künftigen Vorschriften"), so empfiehlt sich doch u. E. für die Zukunft, eine solche Anordnung um die Komponente "Grundsicherung" zu erweitern oder aber eine allgemeine Formulierung zu wählen (wie z. B. im Vorschlag von Krauß, a. a. O., oder von Ivo, EE 2004, 42, 44).

### d) Auslegung alter Testamente

Wurde – wie vorliegend – ein "Behindertentestament" mit einer Verwaltungsanordnung an den Testamentsvollstrecker, welche ausdrücklich nur auf die Vorschriften des Sozialhilferechts Bezug nimmt, **vor Inkrafttreten des GSiG** beurkundet, wird man es u. E. dahingehend **ergänzend auszulegen** haben, dass eine Auskehrung der Erträge durch den Testamentsvollstrecker auch dann zu unterbleiben hat, wenn sie auf Leistungen nach dem GSiG anzurechnen wäre. Die für eine ergänzende Testamentsauslegung erforderliche **planwidrige Regelungslücke** kann sich anerkanntermaßen auch durch eine nachträgliche Änderung der Rechtslage ergeben (vgl. statt aller Soergel/Loritz, BGB, 13. Aufl. 2003, § 2084 Rn. 42 m. w. N.). Eine solche Lücke ist dann nach Maßgabe des **hypothetischen Parteiwillens** auszufüllen. Es ist unter Berücksichtigung des in der letztwilligen Verfügung für die dort ins Auge gefassten Verhältnisse bereits ausgedrückten Parteiwillens zu ermitteln, welche Erklärungen abgegeben worden wären, wenn die Parteien die Regelungsbedürftigkeit eines Punktes und die weitere Entwicklung der Verhältnisse gekannt hätten (Soergel/Loritz, § 2084 Rn. 39; Palandt/Heinrichs, BGB, 63. Aufl. 2004, § 157 Rn. 7).

Da es nach dem Interesse des Erblassers keinen Unterschied macht, ob ausgekehrte Nachlasserträge auf Leistungen nach dem BSHG oder aber dem GSiG anzurechnen wären, wird man daher nach unserer Einschätzung vor Erlass bzw. vor Inkrafttreten des GSiG errichtete "Behindertentestamente", sofern sie nur an die Regelungen des BSHG anknüpfen, entsprechend ergänzend auszulegen haben. Freilich kann sich im Einzelfall, insbesondere wenn ohnehin eine Testamentsänderung ansteht, eine diesbezügliche Klarstellung durch einen Testamentsnachtrag anbieten.

### e) Auslegung neuer Testamente

Auch wenn ein nach dem 1.1.2003 errichtetes Testament seinem Wortlaut nach nur auf die Anrechnungsvorschriften des BSHG Bezug nimmt, dürften **im Regelfall** die Erblasser damit eine **alle subsidiären Sozialhilfeleistungen** (also auch die nach dem GSiG) erfassende Verwaltungsanordnung getroffen haben. Allerdings wird man hier bei der Auslegung stärker auf die Umstände des Einzelfalles abstellen müssen.

Eine Einbeziehung des GSiG kann sich auch dadurch ergeben, als dessen Anrechnungsvorschriften bzw. Rückgriffsvorschriften weitestgehend auf die entsprechenden Vorschriften des BSHG verweisen. Soweit daher keine Anrechnung nach dem BSHG erfolgt, scheidet auch eine Anrechnung nach dem GSiG aus. Ist die Verwaltungsanordnung daher so auszulegen, dass sie nicht nur auf den Fall tatsächlicher Sozialhilfeleistungen beschränkt ist, sondern hypothetisch zu prüfen wäre, ob ein Regress des Sozialhilfeträgers möglich wäre, so sind auch indirekt bereits die Fälle des GSiG erfasst.

### 3. Ergebnis

Bei der **Neubeurkundung** von "Behindertentestamenten" empfiehlt sich, in der Verwaltungsanordnung entweder nur allgemein von "Sozialleistungen" zu sprechen oder bei ausdrücklicher Nennung der Sozialhilfevorschriften auch die Vorschriften des Grundsicherungsgesetzes bzw. des SGB XII mit anzuführen.

Jedenfalls bei vor dem Erlass und Inkrafttreten des GSiG beurkundeten Testamenten kann man wohl eine entsprechende ergänzende **Auslegung** vornehmen. Auch bei nach Inkrafttreten des GSiG errichteten Testamenten wird häufig eine entsprechende Auslegung vorzunehmen sein, wenn die Erblasser mit den Leistungen nach BSHG *pars pro toto* auch andere Leistungen wie etwa die nach dem GSiG gemeint haben.

---

## WEG §§ 21, 25 Abs. 3, 4

### Eventualeinberufung einer WEG-Eigentümersversammlung; Quorum für Beschlussfähigkeit

#### I. Sachverhalt und Frage

Ist es zulässig, für den Fall, dass eine Wohnungseigentümersversammlung nicht beschlussfähig ist, eine weitere Wohnungseigentümersammlung "eine halbe Stunde später" einzuberufen, die dann ohne Rücksicht auf die Anzahl der erschienenen (und vertretenen) Wohnungseigentümer beschlussfähig ist? Oder muss die "zweite" Versammlung zeitlich abgesetzt zu einem anderen Termin nochmals neu anberaumt werden?



## II. Zur Rechtslage

### 1. Gesetzliche Regelung: Wiederholungsversammlung

Nach § 25 Abs. 4 WEG ist der Verwalter bei fehlender Beschlussfähigkeit der Eigentümerversammlung berechtigt, eine neue Versammlung mit dem gleichen Gegenstand einzuberufen. Diese Versammlung ist sodann ohne Rücksicht auf die Höhe der vertretenen Anteile beschlussfähig; hierauf ist bei der Einberufung hinzuweisen.

Nach ganz allgemeiner Ansicht folgt aus dem Wortlaut von § 25 Abs. 4 WEG, dass die **Wiederholungsversammlung** (Zweitversammlung) grundsätzlich erst einberufen werden darf, nachdem die Beschlussunfähigkeit der Erstversammlung festgestellt worden ist (OLG Köln, NJW-RR 1990, 26; LG Mönchengladbach, NZM 2003, 245). Hieraus wird allgemein gefolgert, dass eine Eventualeinberufung ohne entsprechende Regelung in der Gemeinschaftsordnung unzulässig ist, da auch der zweiten Versammlung eine eigene Einladung vorauszugehen habe.

### 2. Regelungsmöglichkeit in der Gemeinschaftsordnung

#### a) Zulässigkeit einer Eventualeinberufung

Nach allgemeiner Auffassung ist § 25 Abs. 4 WEG abdingbar. Daher kann die Gemeinschaftsordnung die Zulässigkeit einer Eventualeinberufung vorsehen. Inhalt dieser Vereinbarung ist dann, dass die Wohnungseigentümer bei der Einberufung der ersten Eigentümerversammlung darauf hingewiesen werden, dass die zweite eventuelle Versammlung ohne Rücksicht auf die Zahl der Erschienenen und die Größe der vertretenen Anteile beschlussfähig ist (BayObLG NZM 1999, 865 = BayObLG-Report 1999, 84 = WuM 2001, 96; OLG Frankfurt OLGZ 1983, 20 = Rpfleger 1983, 22; OLG Köln MDR 1999, 799 = NZM 1999 378 = OLG-Report 1999, 120 = ZfR 1999, 687 = ZMR 1999, 282; LG Mönchengladbach, NZM 2003, 245; MünchKomm-Röll, BGB, 3. Aufl. 1997, § 25 WEG Rn. 28; Bamberger/Roth/Hügel, BGB, 2003, § 25 WEG Rn. 9; Bärmann/Pick/Merle, WEG, 9. Aufl. 2003, § 25 Rn. 88; Drasdo, WuM 1995, 255, 258; Deckert, NJW 1979, 2291; Gottschalk, NZM 1999, 825, 829; Munzig, Die Gemeinschaftsordnung im Wohnungseigentum, 1999, § 13; Scheel, in: Hügel/Scheel, Rechtshandbuch Wohnungseigentum, 2003, Rn. 855 ff.; Staudinger/Bub, 12. Aufl. 1997, § 25 WEG Rn. 63 ff. und 260; Tasche, DNotZ 1974, 581, 583; Weitnauer, WEG, 8. Aufl. 1995, § 25 Rn. 6).

Dafür genügt aber noch nicht, wenn die Gemeinschaftsordnung in Anlehnung an den Wortlaut des § 25 Abs. 4 WEG vorsieht, dass eine erneute Einberufung erfolgen kann, wenn die Versammlung nicht beschlussfähig ist. Damit ist noch keine Eventualeinberufung möglich. Daher kann dann die zweite Einberufung erst nach dem Scheitern der zunächst angesetzten Versammlung mangels Beschlussfähigkeit ergehen (vgl. OLG Köln NJW-RR 1990, 26). Vielmehr muss aus der Gemeinschaftsordnung hervorgehen, dass die Eventualeinberufung bereits zugleich mit der ersten Einberufung ergehen kann.

#### b) Frist für Eventualeinberufung

Sieht die Gemeinschaftsordnung die Zulässigkeit einer Eventualeinberufung vor, so wird in der Praxis häufig vorgesehen, dass die zweite Versammlung am gleichen Tag **30 Minuten später** stattfinden darf. Die wohl h. M. hält dies für zulässig (OLG Köln, MDR 1999, 799 = NZM 1999, 378 = ZfR 1999, 687; Bamberger/Roth/Hügel, BGB, 2003, § 25 WEG Rn. 9; Gottschalk, NZM 1999, 825, 829). Das **BayObLG** beanstandete sogar nicht, dass die Eventualeinberufung auf denselben Zeitpunkt wie die ursprüngliche

Versammlung erfolgte (BayObLG NZM 1999, 865 = BayObLG-Report 1999, 84 = WuM 2001, 96 zustimmend etwa Hügel/Scheel, Rn. 858; Staudinger/Bub, § 25 WEG Rn. 264).

Nach **anderer Auffassung** ist hingegen ein Abstand von einer halben Stunde unzureichend, erforderlich sei ein **Mindestabstand von einer Stunde** (LG Offenburg, WuM 1993, 710, 711; MünchKomm-Röll, BGB, 3. Aufl. 1997, § 25 WEG Rn. 28). In allen Fällen kann der Übergang von der ersten zur zweiten Eigentümerversammlung aber erst erfolgen, wenn der Verwalter die Beschlussunfähigkeit der ersten Versammlung positiv festgestellt hat.

#### c) Regelung zum Quorum für Beschlussfähigkeit

Ergänzend möchten wir darauf hinweisen, dass anstelle einer Eventualeinberufung die Gemeinschaftsordnung nach h. M. auch vorsehen kann, dass jede Wohnungseigentümerversammlung abweichend von § 25 Abs. 3 WEG unabhängig von der Zahl erschienener Wohnungseigentümer als beschlussfähig anzusehen ist (BayObLGZ 1981, 50, 55 = MDR 1981, 675 = ZMR 1981, 249; BayObLGZ 1992, 79 = NJW-RR 1992, 910, 911; OLG Hamburg OLGZ 1989, 318, 320 = WE 1989, 140; KG MDR 1994, 274 = NJW-RR 1994, 659; Bärmann/Pick/Merle, § 25 WEG Rn. 84; Hügel, in: Bamberger/Roth, § 25 WEG Rn. 1; Scheel, in: Hügel/Scheel, Rn. 850; Staudinger/Bub, § 25 WEG Rn. 58; Weitnauer, § 25 WEG Rn. 1).

### 3. Ergebnis

Die Eventualeinberufung einer Wohnungseigentümerversammlung ist zulässig, sofern die Gemeinschaftsordnung dies abweichend von § 25 Abs. 4 WEG zulässt. Nach allgemeiner Auffassung genügt jedenfalls, wenn zwischen dem für die ursprüngliche Versammlung vorgesehenen Zeitpunkt und dem Zeitpunkt für die durch die Eventualeinberufung anberaumte Versammlung mindestens eine Stunde liegt. Nach herrschender Auffassung genügt sogar eine halbe Stunde; die Rechtsprechung hat sogar eine Einberufung auf denselben Zeitpunkt nicht beanstandet.

## 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 befindet 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.

#### BGB §§ 575, 565

**Zeitliche Befristung wegen Eigenbedarfs des Vermieters bei gewerblicher Zwischenvermietung; "sale and lease back"**

Fax-Abruf-Nr.: 11345

#### BGB §§ 1282 ff.; ErbbauVO §§ 27 ff.

**Zur Pfändung der Entschädigungsforderung gem. § 27 ErbbauVO durch einen persönlichen Gläubiger des (ehemaligen) Erbbauberechtigten**

Fax-Abruf-Nr.: 11346

## Internationales Erbrecht in der EU

### Perspektiven einer Harmonisierung

Brüssel

10.-11. Mai 2004

Im Jahr 2002 erstellte das Deutsche Notarinstitut (DNotI) in Zusammenarbeit mit den Professoren Lagarde (Paris) und Dörner (Münster) im Auftrag der Europäischen Kommission, Generaldirektion Justiz und Inneres, eine Studie zum Internationalen Erbrecht in der Europäischen Union. Die Studie wurde auf der Homepage der Generaldirektion veröffentlicht (in Französisch mit Zusammenfassungen in Englisch und Deutsch): [http://www.europa.eu.int/comm/justice\\_home/news/events/document/rapport\\_synthese\\_etude\\_fr.pdf](http://www.europa.eu.int/comm/justice_home/news/events/document/rapport_synthese_etude_fr.pdf)

Nunmehr sollen die Vorschläge der Studie zu einer möglichen Harmonisierung des IPR und der Zuständigkeitsregelungen sowie zur Einführung eines europäischen Erbscheins mit Wissenschaftlern aus verschiedenen europäischen Ländern diskutiert werden.

#### Montag, 10. Mai 2004

10.00 – 17.30 Uhr

#### Objektive Bestimmung des Erbstatuts

(Lagarde/Hayton/Pajor)

Mittagessen

#### Wahl des Erbstatuts

(Dörner/Davi/Bouckaert)

20.00 Abendessen

#### Dienstag, 11. Mai 2004

9.00 – 16.00 Uhr

#### Zuständigkeit, Anerkennung und Vollstreckung erbrechtlicher Entscheidungen

(Lagarde/Dörner/Gaudemet-Tallon/Bajons)

Mittagessen

#### Europäischer Erbschein

(Riering/ten Wolde/Revillard)

#### Tagungsgebühr 200,- €

Konferenzsprachen: Deutsch, Englisch, Französisch (mit Simultanübersetzung)

Einzelzimmer zu 126,00 € (incl. Frühstück) können über B. F. O. im Tagungshotel Bedfort gebucht werden:

B. F. O. – Business & Festivities Organisation, 124, avenue Charles-Quint, B-1083 Brussel

Fax: +32.2.468.24.30, e-mail: [sky51038@skynet.be](mailto:sky51038@skynet.be)

Das Symposium wird von der Europäischen Gemeinschaft finanziell unterstützt. Für die Studie und das Symposium sind aber nur das DNotI bzw. die Referenten verantwortlich. Die EU haftet nicht für die Nutzung der darin enthaltenen Informationen.

Anmeldung an Deutsches Notarinstitut **per Fax (0931) 35576-225**

per e-mail: [dnoti@dnoti.de](mailto:dnoti@dnoti.de) – Anmeldung im Internet unter: [www.dnoti.de](http://www.dnoti.de)

Name, Vorname, Titel .....

Einrichtung .....

Straße, Nr. ....

PLZ, Ort .....

Telefon/Fax .....

e-mail .....

Datum, Unterschrift .....

**BGB §§ 1821 Abs. 1 Nr. 1, 1822 Nr. 10, 1629, 1795, 181 Vormundschaftsgerichtliche Genehmigung einer Grundschuldbestellung; gesonderte familien- bzw. vormundschaftsgerichtliche Genehmigung für die Sicherungsabrede**

Fax-Abruf-Nr.: 1295

**BSHG §§ 11, 88 Abs. 2 Nr. 7, 122; SGB III § 193; SGB XII §§ 19, 20, 21, 90; SGB II §§ 7, 12**

**Übertragung von Grundbesitz auf den Bezieher von Sozial- bzw. Arbeitslosenhilfe; Verpflichtung zum Einsatz des Vermögens; Einsatzgemeinschaft mit nichtehelichem Partner; Auswirkungen der Arbeitsmarktreformgesetze und der Änderung von Gesetzen über Sozialleistungen zum 1. Januar 2005**

Fax-Abruf-Nr.: 1296

## Rechtsprechung

**BGB §§ 631 Abs. 1, 133, 157; BGB § 468 a. F. Bauträger muss sich Wohnflächenangabe durch den als Verhandlungsgehilfen eingeschalteten Makler als Vertragsbestandteil zurechnen lassen, auch wenn der Vertrag keine ausdrückliche Wohnflächenangabe enthält**

Die Wohnflächen gehören zu den zentralen Beschaffenheitsmerkmalen des vom Bauträger geschuldeten Objektes. Fehlen in einem Erwerbervertrag Angaben hierzu, sind die einseitigen Vorstellungen des Erwerbers für den Inhalt des Vertrages maßgeblich, wenn der Bauträger in eigener oder zurechenbarer Kenntnis des Willens des Erwerbers den Vertrag abschließt.

Beauftragt der Bauträger eine Hilfsperson mit der Anwerbung der Kunden und mit den Vertragsanbahnungsgesprächen und schaltet der Verhandlungsgehilfe einen selbständigen Vermittler ein, sind dessen Kenntnisse über die einseitigen Vorstellungen des Erwerbers dem Bauträger zuzurechnen, wenn dieser mit der Einschaltung des Untervermittlers rechnen musste.

BGH, Urt. v. 8.1.2004 – VII ZR 181/02

Kz.: L I 1 – § 631 BGB

Fax-Abruf-Nr.: 10395

### Problem

Ein Bauträgervertrag enthielt keine ausdrückliche Regelung über die Größe der verkauften Wohnung. Der Vertrag enthielt jedoch eine **Preisanpassungsklausel**, wonach "baubedingte Wohnflächenminderungen von bis zu 3 %" keinen Einfluss auf das Entgelt haben sollte. In dem Aufteilungsplan, auf den die dem Bauträgervertrag beigefügte Teilungserklärung verwies, waren u. a. Gesamtflächenangaben für die einzelnen Wohnungen eingetragen.

Der Bauträger hatte eine GmbH mit dem Vertrieb der Wohnung beauftragt, die ihrerseits wiederum eine andere GmbH als Maklerin eingeschaltet hatte. Die Makler-GmbH bestätigte dem Erwerber am Tag vor dem Vertragsschluss schriftlich die Wohnfläche der Kaufobjekte. Tatsächlich waren die Wohnflächen nach Fertigstellung rund 11 % geringer.

### Entscheidung

Der BGH bejahte einen Sachmangel. Ein Auslegungsergebnis, wonach sich die Kaufvertragsparteien über ein **zentra-**

les **Beschaffenheitsmerkmal** der Wohnung, wie die Wohnfläche, nicht geeinigt hätten, sei nicht vertretbar und würde die Preisanpassungsklausel für Minderflächen gegenstandslos machen.

Der Bauträger musste sich die Erklärungen der Makler-GmbH zurechnen lassen. Denn er hatte die Vertriebs-GmbH selbst als **Verhandlungsgehilfin** eingeschaltet und musste damit rechnen, dass diese selbständige Untermakler einschalten würde.

---

## BGB §§ 631, 433, 157

**In der Regel keine konkludente Verpflichtung zur Abtretung eigener Mängelrechte bei Weiterverkauf unter Gewährleistungsausschluss**

Beim Weiterverkauf eines Grundstücks unter Gewährleistungsausschluss ist für eine Verpflichtung zur Abtretung von Gewährleistungsansprüchen gegen den Erstverkäufer im Wege ergänzender Vertragsauslegung nur dann Raum, wenn besondere Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Gewährleistungsausschluss dem Zweitkäufer Ansprüche gegen den Erstverkäufer nicht vorhalten sowie den Erstkäufer wegen etwaiger Mängel nicht abschließend entlasten und vor unvorhersehbaren Rückwirkungen einer Inanspruchnahme des Erstverkäufers schützen sollte (Abgrenzung zum Senatsurt. v. 20. Dezember 1996, V ZR 259/95, NJW 1997, 652).

BGH, Urt. v. 13.02.2004 – V ZR 225/03

Kz.: L I 1 – § 631 BGB

Fax-Abruf-Nr.: 10396

### Problem

Grundstückseigentümer hatten das Grundstück mit einem neu darauf errichteten Haus 1992 erworben. Beim Weiterverkauf im Jahr 2001 schlossen sie die Sachmängelgewährleistung aus.

Nachdem die Zweitkäufer Feuchtigkeitsschäden im Keller feststellten, verlangten sie von den Erstkäufern die Abtretung aller dieser möglicherweise gegen die ursprünglichen Verkäufer noch zustehenden und nicht verjährten Gewährleistungsansprüche.

### Entscheidung

Der Zweitkaufvertrag enthielt hierzu keine Regelung. Der BGH sah auch keinen Raum für eine ergänzende Vertragsauslegung.

In einer Entscheidung aus dem Jahr 1996 (**DNotZ 1998, 40 = NJW 1997, 652 = WM 1997, 481**) hatte der BGH hingegen eine ergänzende Vertragsauslegung für Ansprüche bejaht, die dem Erstkäufer wegen arglistigen Verschweigens von Altlasten möglicherweise zustanden; denn dies übersteige das im Zweitkaufvertrag durch den Gewährleistungsausschluss geregelte **allgemeine Mängelrisiko**.

Hier betrafen die geltend gemachten Feuchtigkeitsschäden aber gerade das allgemeine Mängelrisiko. Die Erstkäufer wollten allfällige Ansprüche nur abtreten, wenn die Zweitkäufer sie diesbezüglich abschließend von einer Inanspruchnahme freistellten. Auch dies sprach gegen eine ergänzende Vertragsauslegung.

**BGB §§ 1371 Abs. 2, 1376 Abs. 2, 1378, 1384, 1967**

**Bewertungsstichtag für Zugewinnausgleich; Bewertung eines Nießbrauchs und mit Wohnrechten belasteter Miteigentumsanteile**

a) Das Endvermögen eines Ehegatten, der während eines rechtshängigen Scheidungsverfahrens, in dem die Ehe voraussichtlich geschieden worden wäre, verstorben ist, ist auch dann nach dem Berechnungsstichtag des § 1384 BGB zu ermitteln, wenn der überlebende Ehegatte durch Testament als Erbe ausgeschlossen wurde und den güterrechtlichen Zugewinnausgleich verlangt.

b) Der einem Ehegatten zustehende Nießbrauch an einem Grundstück ist mit seinem zum Bewertungsstichtag gem. § 1384 BGB gegebenen objektiven Wert im Zugewinnausgleich zu berücksichtigen.

c) Zur Bewertung von Miteigentumsanteilen an einem Grundstück, das mit Wohn- und Wohnnutzungsrechten belastet ist, im Endvermögen.

d) Zur Ermittlung des Zeitwerts künftiger Leistungen (hier: aus Nießbrauch und Wohnrecht) ist auf einen Zinssatz abzustellen, der aus einer langfristigen Beobachtung der maßgebenden wirtschaftlichen Orientierungsgrößen gewonnen ist.

BGH, Urt. v. 15.10.2003 – XII ZR 23/01  
Kz.: L I 1 – § 1384 BGB  
Fax-Abruf-Nr.: 10397

#### **Problem**

Für die Ermittlung des Endvermögens im Rahmen der Berechnung des Zugewinnausgleichsanspruchs wird grundsätzlich auf das Endvermögen "bei Beendigung des Güterstandes" abgestellt. Abweichend von dieser allgemeinen Regel des § 1376 Abs. 2 BGB tritt aber nach § 1384 BGB für die Berechnung des Zugewinns in den Fällen, in denen der Güterstand durch Scheidung beendet wird, an die Stelle der Güterstandsbeendigung (mit Rechtskraft des Scheidungsurteils) der Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags. In dem vom BGH zu entscheidenden Fall verstarb nun ein Ehegatte, während die Ehe nicht mehr intakt, sondern ein Scheidungsverfahren (mit Aussicht auf Erfolg) anhängig war.

#### **Entscheidung**

Der BGH entschied, dass in dieser Konstellation, falls es zum güterrechtlichen Ausgleich kommt (§ 1371 Abs. 2 BGB), für die Berechnung des Zugewinns nicht der Zeitpunkt des Todes des Erblassers, sondern die **Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags** maßgebend ist – vorausgesetzt, das Scheidungsverfahren hätte zum Erfolg geführt, wenn die Ehe nicht schon zuvor durch den Tod aufgelöst worden wäre. Der BGH bestätigte außerdem, dass der einem Ehegatten zustehende Nießbrauch trotz seiner Unveräußerlichkeit und Unvererblichkeit mit seinem zum Bewertungsstichtag vorhandenen objektiven Wert im Zugewinnausgleich zu berücksichtigen ist.

**BGB §§ 331, 2301, 2078**

**Anfechtung eines unter Lebenden vollzogenen Vertrages zugunsten Dritter auf den Todesfall**

Überträgt eine Erblasserin Vermögen durch eine unter Lebenden vollzogene Verfügung zugunsten Dritter auf den Todesfall (§§ 518 Abs. 2, 2301 Abs. 2 BGB), unterliegen die auf diese Weise begründeten Rechtsbeziehungen nicht nur im Deckungs-, sondern auch im Valutaverhältnis den allgemeinen Regeln für Rechtsgeschäfte unter Lebenden, nicht aber dem Erbrecht. Das gilt sowohl für die rechtliche Einordnung der im Valutaverhältnis begründeten Rechtsbeziehung als auch für deren Anfechtung.

BGH, Urt. v. 26.11.2003 – IV ZR 438/02  
Kz.: L I 1 – § 2301 BGB  
Fax-Abruf-Nr.: 10398

#### **Problem**

Die Erblasserin verfügte auf einem vorgedruckten Formular der Sparkasse durch Verfügung zugunsten Dritter auf den Todesfall zugunsten des Beklagten über das vorhandene Sparkassenguthaben. Mit einem späteren Testament teilte die Erblasserin sodann ihre Sparbriefe, die ihr wesentliches Vermögen darstellten, zu je 1/3 auf die Klägerin, den Beklagten und einen weiteren Miterben auf. Nach dem Tod der Erblasserin machte die Klägerin geltend, die Erblasserin habe sich bei Unterzeichnung der Verfügung zugunsten Dritter in einem Irrtum befunden, da sie dem Beklagten lediglich Kontenvollmacht habe einräumen wollen.

Die Vorinstanzen hatten der auf anteilige Zahlung gerichteten Klage statt gegeben. Denn die Verfügung zugunsten Dritter für den Todesfall sei wirksam angefochten worden. Die Vorschrift des § 2078 BGB sei hierauf entsprechend anwendbar.

#### **Entscheidung**

Der BGH hob nunmehr das Urteil des Berufungsgerichts auf und verwies die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurück. Bei der Verfügung zugunsten Dritter auf den Todesfall sei zwischen dem Deckungsverhältnis der Erblasserin zur Sparkasse einerseits und dem Valutaverhältnis der Erblasserin zum Beklagten andererseits zu unterscheiden. Beide Rechtsbeziehungen unterlägen nicht dem Erbrecht, sondern dem Schuldrecht. Der BGH wendet sich daher auch gegen die in der Literatur (z. B. Palandt/Edenhofer, BGB, 63. Aufl. 2004, § 2078 Rn. 12) vertretene Ansicht, die erbrechtliche Anfechtungsregelung des § 2078 BGB sei entsprechend auch auf Verträge zugunsten Dritter auf den Todesfall anzuwenden. Der BGH entschied vielmehr, der Schutz des Vertragspartners der Rechtsgeschäfte unter Lebenden, die im Deckungs-, aber auch im Valutaverhältnis geschlossen werden, stehe einer Erweiterung der sich aus §§ 119 ff. BGB ergebenden Anfechtungsmöglichkeiten entgegen.



## Aktuelles

### **UStG § 13b Abs. 1 Nr. 3 n. F. Umsatzsteueroption bei Grundstückskaufverträgen: Neue Regelung trat zum 1.4.2004 in Kraft**

Die bereits mehrfach dargestellte Verlagerung der Steuerschuld auf den Käufer bei einer Umsatzsteueroption in Grundstückskaufverträgen (DNotI-Report 2004, 7, 27 und 63) trat nun zum 1.4.2004 in Kraft (vgl. Amtsblatt EG 2004 Nr. L 94/59).

Das neue Recht vereinfacht die Abwicklung bei einer Umsatzsteueroption (vgl. nähere Darstellung in **Fax-Abruf-Nr. 178**).

## Literaturhinweise

### **B. Haferland/H. Schmidt/W. Tiedtke, Praxis des Handels- und Kostenrechts, 4. Aufl., ZAP-Verlag, Recklinghausen 2003, 696 Seiten, mit CD-ROM, 68,- €**

Kennzeichen des vorliegenden Werkes ist die **Verbindung von Kostenrecht und Handelsregisterrecht**. Zunächst stellt es Notar- wie Gerichtskosten in Handels-, Register- und Gesellschaftssachen dar – mit vielen Beispielen zur Berechnung der Gebühren. Auch die Rechtsprechung des EuGH zur europarechtlichen Beschränkung der staatlichen Gebühren in Registersachen auf die tatsächlich anfallenden Kosten sowie die hierzu ergangenen Runderlasse der Justizministerien und die diesbezüglichen Kostenentscheidungen deutscher Gerichte werden umfassend nachgewiesen.

Der zweite und längere Teil enthält **Muster von Handelsregisteranmeldungen** mit Hinweisen sowohl zur Anmeldung wie für die Kostenberechnung. Benutzerfreundlich sind alle Musteranmeldungen auf einer **beiliegenden CD** gespeichert. Die Anmerkungen beschränken sich stichpunktartig auf wesentliche Fragen und besonders wichtige Entscheidungen. Damit ist das Werk für den schnellen Zugriff besonders gut geeignet. Die beiden Mitautoren, von denen der eine Notar ist (*H. Schmidt*), der andere in der Kostenabteilung der Notarkasse in München tätig ist (*W. Tiedtke*), bürgen für die Praxistauglichkeit aller Muster und Hinweise.

Einzigartig ist das Werk in seiner **profunden Darstellung der kostenrechtlichen Fragen in Register- und Gesellschaftssachen**.

**Notar a. D. Christian Hertel**

## Veranstaltungen

Termine für **Juni 2004** – 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](http://www.anwaltsinstitut.de)).

**Handelsregisteranmeldung nebst Kostenrecht** (Waldner), 4.6.2004 Osnabrück, 5.6.2004 Essen

**Deutsch-Österreichischer Rechtsvergleich in der notariellen Praxis** (Lunzer/Spruzina/Wandel), 11. – 12.6.2004 Berlin

**Ausgewählte Fragen des Erbrechts** (Kornexl), 18.6.2004 Hannover, 19.6.2004 Bad Kreuznach

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu 3 Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter <http://www.dnoti.de>.

#### **Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)**

- eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin -  
97070 Würzburg, Gerberstraße 19  
Telefon: 09 31/3 55 76-0 Telefax: 09 31/3 55 76-2 25  
e-mail: [dnoti@dnoti.de](mailto:dnoti@dnoti.de) internet: <http://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 155,00 €, Einzelheft 6,65 €, 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