

# DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

9. Jahrgang  
Mai 2001  
ISSN 1434-3460

9/2001

## Inhaltsübersicht

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BNotO § 24; BeurkG §§ 38, 43, 54e – Notarielle  
Prioritätsverhandlung (Prioritätsfeststellung) für  
Musikkassette (CD)

BGB §§ 2265, 2271, 2274, 2352 –

Zuwendungsverzichtsvertrag; Verbindung mit Erbvertrag

### Gutachten im Fax-Abruf

#### Rechtsprechung

BGB §§ 138, 1018, 1090 – Unbefristetes  
Wohnungsbesetzungsrecht für betreutes Wohnen

WEG §§ 5 Abs. 2, 10 Abs. 2, 13 Abs. 2, 15 Abs. 1 –

Nutzung eines Spitzbodens als Gemeinschaftseigentum  
BGB § 1570 – Hausmann-Rechtsprechung auch für  
nichteheliche Lebensgemeinschaft

HöfeO § 13 – Abfindungsergänzungsanspruch der  
weichenden Erben bei übermäßiger Belastung des Hofes  
durch Übernehmer

GmbHG § 39; FGG § 12 – Nachweis der  
Amtsniederlegung eines Geschäftsführers gegenüber  
Handelsregister

#### Aktuelles

ESTG § 23 – Verlängerung der "Spekulationsfrist" bei  
privaten Grundstücksgeschäften von zwei auf zehn Jahre  
verfassungsgemäß?

#### Literatur

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### BNotO § 24; BeurkG §§ 38, 43, 54e – Notarielle Prioritätsverhandlung (Prioritätsfeststellung) für Musikkassette (CD)

#### I. Sachverhalt

Ein junger Musiker hat mehrere Lieder komponiert und auf Kassette gespeichert. Bevor er die Kassette an den Rundfunk weitergibt, möchte er **zu Beweis Zwecken** eine **notarielle Urkunde** aufnehmen lassen, in der er versichert, dass er der Urheber der dort gespielten Musikstücke sei. Die GEMA hat ihm eine solche notarielle Urkunde empfohlen und erklärt, dass eine **Sicherung des Urheberrechts** als Gebrauchs- oder Geschmacksmuster etc. nicht möglich sei.

#### II. Frage

Wie ist sein Urheberrecht oder seine Priorität am besten beweiskräftig zu dokumentieren? Kann neben Liedtexten und Notenschriftstücken auch die mit Liedern bespielte Kassette im Rahmen einer Tatsachenbeurkundung als Anlage zur Urkunde genommen werden?

### III. Rechtslage

#### 1. Zweck der notariellen Prioritätsverhandlung

Ein Musikstück kann nach § 1 UrhG **urheberrechtlich schutzfähig** sein (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 UrhG). Ein Schutz als Gebrauchs- oder Geschmacksmuster nach Maßgabe des Markengesetzes ist jedoch nicht möglich (vgl. §§ 1, 3 MarkenG).

Urheberrechtlich kommt es nur darauf an, wer **Schöpfer** des Werkes ist (§ 7 UrhG). Im Streitfall muss daher der Urheber beweisen, dass er sein Werk bereits zu einem bestimmten Zeitpunkt geschaffen hatte. Ein derartiger Beweis kann insbesondere durch notarielle Urkunde erbracht werden (§ 418 ZPO) (vgl. die zusammenfassenden Darstellungen bei Heyn, DNotZ 1998, 177; Hertel, in: Eylmann/Vaasen, BNotO und BeurkG, 2000, § 54e BeurkG, Rn. 23; Gutachten DNotI-Report 1996, 45).

#### 2. Beurkundungsverfahren

##### a) Notarielle Tatsachenbescheinigung

Dies kann zum einen durch eine notarielle Tatsachenbescheinigung erfolgen, die bei der Vorlage von Urkunden durch einen bloßen **Vermerk nach § 43 BeurkG** erfolgen kann. Vorlagefähige Urkunde in diesem Sinn ist jedes Schriftstück, also nicht nur ein Text, sondern auch etwa ein Schriftstück mit mathematischen

Formeln, mit Plänen oder Zeichnungen oder – wie hier erwogen – mit Musiknoten (Huhn/v. Schuckmann, BeurkG, 3. Aufl. 1995, § 43 BeurkG Rn. 2; Mecke/Lerch, BeurkG, 2. Aufl. 1991, § 43 BeurkG Rn. 3). Nach *Keidel/Winkler* (BeurkG, 14. Aufl. 1999, § 43 BeurkG Rn. 7) ist das Verfahren nach § 43 BeurkG selbst bei bloßer Dokumentation auf **Diskette** anwendbar.

Soweit keine Urkunden, sondern andere Gegenstände vorgelegt werden, kann eine **notarielle Tatsachenbescheinigung** über die Vorlage der betreffenden Gegenstände nur durch notarielle Niederschrift nach §§ 36 ff. BeurkG erfolgen. Auch bei der Vorlage von Urkunden ist aber eine Niederschrift zulässig und erfolgt in der Praxis häufig.

#### b) Eidesstattliche Versicherung oder Erklärung über Priorität

In den Formulierungsmustern wird darüber hinaus meist auch eine Erklärung der Beteiligten über deren Urheberschaft und die Beanspruchung der Priorität vorgeschlagen. Überwiegend wird dies als **eidesstattliche Versicherung nach § 38 BeurkG** formuliert (vgl. etwa *Keidel/Winkler*, § 43 BeurkG Rn. 4). Die Zulässigkeit der eidesstattlichen Versicherung ist allerdings fraglich, da zum Zeitpunkt der Aufnahme noch kein behördliches oder gerichtliches Verfahren anhängig ist, in dem sie Verwendung finden könnte (Hertel, in: *Eylmann/Vaasen*, § 54e BeurkG Rn. 23 Fn. 28; vgl. auch Gutachten DNotI-Report 1996, 45, 47).

Soll daher keine eidesstattliche Versicherung erfolgen, so kann die **Erklärung des Beteiligten** über die Urheberschaft und die Beanspruchung der Priorität entweder durch notarielle Niederschrift beurkundet werden oder lediglich eine Unterschriftsbeglaubigung unter einer entsprechenden Erklärung erfolgen.

#### c) Beweiskräftige Verbindung von Erklärung und Werk

Hauptproblem bei allen Varianten einer notariellen Prioritätsverhandlung ist es, eine beweiskräftige Verbindung der Feststellung bzw. Erklärung mit dem Werk selbst herzustellen, wenn es sich bei dem Werk nicht um eine Urkunde, sondern etwa um eine Diskette oder Kassette handelt. Eine Möglichkeit ist hier die (untechnische) **Verwahrung durch den Notar** nach § 24 Abs. 1 BNotO (so etwa das Formulierungsmuster von Nordemann, in: *Münchener Vertragshandbuch*, Bd. 3 Halbbd. 1, 4. Aufl. 1998, Muster IX.1, S. 891 f.).

Insoweit gelten die §§ 54a ff. BeurkG zwar nicht unmittelbar, doch empfiehlt sich eine **schriftliche Verwahrungsanweisung** mit allen auch bei einer notariellen Verwahrung nach § 23 BNotO, §§ 54a ff. BeurkG regelungsbedürftigen Punkten. Insbesondere empfiehlt sich eine ausdrückliche Regelung, ob der Beteiligte besondere Anforderungen an die Lagertemperatur, Trockenheit des Lagerortes und Schutz vor elektromagnetischen Strahlungen wünscht oder ob Verwahrung im Bürotresor des Notars genügt. Ferner sollte die Dauer der Verwahrung geregelt werden – insbesondere auch das Schicksal der Kassette, falls der Beteiligte diese nach Ablauf der Verwahrung nicht abholt.

Die andere Möglichkeit – und für den Notar einfacher – ist die **Versiegelung eines Umschlages** oder sonstigen Behältnisses mit dem Datenträger und dessen Verbindung mit einer Tatsachenbescheinigung (so Vorschlag von Menzel, DNotI-Report 1997, 132; Waldner, *Die Kostenordnung für Anfänger*, 6. Aufl. 2000, Rn. 299; Weingärtner, *Das notarielle Verwahrungsgeschäft*, 1998, Rn. 243) oder mit einer eidesstattlichen Versicherung (so Formulierungsmuster von Heyn, DNotZ 1998, 177, 193 f.).

---

## BGB §§ 2265, 2271, 2274, 2352 – Zuwendungsverzichtsvertrag; Verbindung mit Erbvertrag

### I. Sachverhalt

Die Ehegatten M und F errichteten 1983 ein gemeinschaftliches Testament, in dem sie sich gegenseitig zu Alleinerben einsetzten. Ausdrücklich als wechselbezügliche Verfügung i. S. d. § 2270 BGB haben sie weiter bestimmt, dass die Mutter des Ehemannes Erbe des längerlebenden Ehegatten werden soll.

Die Ehegatten rechneten nicht mit der Geburt eines gemeinschaftlichen Kindes. Nach Testamentserrichtung wurde jedoch ein gemeinschaftliches Kind (K) geboren. Der Ehemann verstarb, ohne dass zuvor eine weitere letztwillige Verfügung errichtet wurde.

Die Witwe sowie deren bedachte Schwiegermutter (S) sind sich darüber einig, dass das gemeinschaftliche Kind der Eheleute Schlusserbe werden soll.

### II. Frage

1. Kann zwischen der Witwe F und Schwiegermutter S ein **Zuwendungsverzichtsvertrag** dergestalt geschlossen werden, dass die Schlusserbfolge mit Wirkung für und gegen alle entfällt und die Witwe künftig hinsichtlich Verfügungen von Todes wegen frei wird?
2. Kann der Zuwendungsverzicht auch nur **zugunsten einer bestimmten Person** erklärt werden?
3. Kann schließlich die Verzichtsvereinbarung **mit einem Erbvertrag verbunden** werden, in dem die Schlusserbfolge neu geregelt wird?

### III. Rechtslage

#### 1. Wechselbezügliche Schlusserbeneinsetzung der Schwiegermutter

F ist derzeit an der Erbeinsetzung ihres Kindes K in entsprechender Anwendung des § 2289 Abs. 1 S. 2 BGB gehindert, da sie ihre Schwiegermutter für den Fall ihres Letztversterbens zur Erbin eingesetzt hat und es sich hierbei um eine wechselbezügliche Verfügung handelt, an die sie mit dem Vorversterben von M und der Annahme der Erbschaft erbrechtlich gebunden ist (§ 2271 Abs. 2 BGB).

#### 2. Zuwendungsverzichtsvertrag

Diese erbrechtliche Bindung kann durch einen **Zuwendungsverzichtsvertrag nach § 2352 S. 1 BGB** beseitigt werden. Kommt ein solcher Zuwendungsverzichtsvertrag zwischen der Schwiegermutter und F wirksam zustande, dann wird hierdurch nicht die letztwillige Verfügung der Erblasserin auf den Schlusserbfall aufgehoben. Der

Zuwendungsverzichtsvertrag bewirkt aber in entsprechender Anwendung des § 2346 Abs. 1 S. 2 BGB, dass der Anfall der Zuwendung unterbleibt, wie wenn die Bedachte den Erbfall nicht erlebt hätte (vgl. statt aller Palandt/Edenhofer, BGB, 60. Aufl. 2001, § 2352 BGB Rn. 5). Durch Abschluss eines notariell beurkundeten Zuwendungsverzichtsvertrages mit dem unmittelbar berufenen Schlusserben eines Berliner Testaments kann der Erblasser folglich auch seine **Testierfreiheit wiedererlangen**, wenn der Wegfall des Verzichtenden weder eine Anwachsung nach den §§ 2094, 2158 BGB noch eine ausdrückliche oder stillschweigende Ersatzberufung nach den §§ 2069, 2096, 2190 BGB zur Folge hat (vgl. Nieder, Handbuch der Testamentsgestaltung, 2. Aufl. 2000, Rn. 1161).

Da die Schwiegermutter als Alleinerbin berufen war, scheidet eine Anwachsung aus. Für eine ausdrückliche Berufung eines Ersatzerben fehlen Anhaltspunkte. Auch eine stillschweigende Ersatzberufung nach § 2069 BGB scheidet hier aus, da die Schwiegermutter nicht Abkömmling der Erblasserin i. S. v. § 2069 BGB ist.

Damit kann davon ausgegangen werden, dass die Ehefrau durch Abschluss eines Zuwendungsverzichtsvertrages zwischen F und S ihre Testierfreiheit auf den Schlusserbfall wiedererlangt.

### 3. Zuwendungsverzicht zugunsten einer bestimmten Person

a) Für die Wiedererlangung der Testierfreiheit ist weder erforderlich, dass F zugleich zugunsten einer bestimmten anderen Person letztwillig verfügt, noch muss der Zuwendungsverzicht zugunsten einer bestimmten Person erklärt werden.

Legt die Schwiegermutter aber Wert darauf, dass die überlebende Ehefrau ihre Testierfreiheit nur wiedererlangt, um anschließend K zum Erben einsetzen zu können, dann kann der Zuwendungsverzichtsvertrag unter der Bedingung geschlossen werden, dass K Erbe der F wird (bzw. er unwirksam wird, wenn eine andere Person als das gemeinsame Kind zur Erbfolge berufen ist). Hierbei handelt es sich um einen **bedingten Zuwendungsverzichtsvertrag** (der ohne weiteres zulässig ist), nicht aber um einen Verzicht zugunsten eines anderen i. S. v. § 2350 BGB. Denn diese Vorschrift findet auf den Zuwendungsverzichtsvertrag (mangels Verweisung in § 2352 S. 3 BGB) keine Anwendung (vgl. nur Palandt/Edenhofer, § 2350 BGB Rn. 1).

b) Des Weiteren kann zugleich mit Abschluss des Zuwendungsverzichtsvertrages ein **Erbvertrag** zwischen S und F geschlossen werden, wonach das gemeinsame Kind im Wege einer vertragsmäßigen Verfügung (vgl. § 2278 BGB) zum Erben der F eingesetzt wird. Beide Rechtsgeschäfte können auch in eine Urkunde aufgenommen werden, da der Erbvertrag nach allg. Auffassung mit einem anderen (auch lebzeitigen) Rechtsgeschäft verbunden werden kann. Hierfür sprechen bereits § 2276 Abs. 2 BGB bzw. § 34 Abs. 2 Halbs. 2 BeurkG (vgl. Palandt/Edenhofer, § 2276 BGB Rn. 10; J. Mayer, in: Dittmann/Reimann/Bengel, Testament und Erbvertrag, vor §§ 2274 ff. BGB Rn. 38).

Soll die Erbeinsetzung des K dagegen nicht im Wege einer vertragsmäßigen Verfügung erfolgen, dann liegt kein Erbvertrag i. S. d. §§ 2274 ff. BGB vor. Denn ein Erbvertrag muss mindestens eine vertragsmäßige Verfügung i. S. v. § 2278 Abs. 2 BGB (Erbeinsetzung, Vermächtnis, Auflage) enthalten (BGHZ 26, 204 ff.). Die Erbeinsetzung würde vielmehr einseitig testamentarisch i. S. d. §§ 2232 ff. BGB erfolgen.

Zwar ist auch für das (insbesondere gemeinschaftliche) Testament anerkannt, dass seine Gültigkeit nicht dadurch berührt wird, dass in die Urkunde Erklärungen Dritter (wie z. B. Erb- und Pflichtteilsverzicht) aufgenommen werden (vgl. J. Mayer, a. a. O., vor §§ 2265 ff. Rn. 43 m. w. N.). Außerdem obliegt es grundsätzlich dem Ermessen des Notars, ob über mehrere Rechtsgeschäfte mehrere Urkunden oder aber nur eine Urkunde aufgenommen werden (vgl. Limmer, in: Eylmann/Vaasen, BNotO und BeurkG, 2000, § 8 BeurkG Rn. 12). Aus Zweckmäßigkeitserwägungen heraus wird es sich aber regelmäßig nicht empfehlen, ein **Testament** mit einem anderen Rechtsgeschäft in einer Urkunde zu verbinden, da das Testament gem. § 34 Abs. 1 BeurkG der **Ablieferungspflicht** unterliegt, während bei anderen Rechtsgeschäften die Urschrift in der amtlichen Verwahrung des Notars zu bleiben hat. Probleme können hier insbesondere dann entstehen, wenn das Testament später aus der besonderen amtlichen Verwahrung zurückgegeben wird (wobei der Rückgabe Widerrufswirkung zukommt), weil damit gleichzeitig die Urschrift des Zuwendungsverzichtsvertrages verloren gehen kann.

## Gutachten im Faxabruf

Folgende Gutachten können Sie im Fax-Abruf-Dienst anfordern (Telefon **0931/355 76 43** - Funktionsweise und Bedienung s. DNotI-Report 1/2000). 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 §§ 93, 94, 905, 912**

**Eigentumsverhältnisse an einer Brücke über mehrere Grundstücke verschiedener Eigentümer**  
Fax-Abruf-Nr.: **11205**

### **EGBGB Art. 187**

**Aufhebung von Nebenrechten zu einem Erbpachtvertrag**  
Fax-Abruf-Nr.: **11206**

### **BeurkG § 53**

**Vollzug der Auflassung nach "Zahlung unter Vorbehalt"**  
Fax-Abruf-Nr.: **11207**

EGBGB Art. 24, 25, 27 ff.; BGB §§ 2353 ff., 2369; GBO § 35  
USA/Arkansas; administration; durable power of attorney; guardianship; Erbscheinsantrag; Vollmachterteilung  
Fax-Abruf-Nr.: 1467

## Rechtsprechung

### BGB §§ 138, 1018, 1090

#### Unbefristetes Wohnungsbesetzungsrecht für Betreutes Wohnen

Die fehlende Befristung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit in der Form eines Wohnungsbesetzungsrechts für eine Gemeinde führt nicht zur Nichtigkeit der Dienstbarkeitsbestellung und der Eintragungsbewilligung wegen Sittenwidrigkeit.

BayObLG, Beschl. v. 29.12.2000 – ZZ BR 134/00  
Kz.: L I 1 - § 1090 BGB  
Fax-Abruf-Nr.: 1034

#### Problem

Eine Wohnanlage für "Betreutes Wohnen" wurde in der Rechtsform von Wohnungseigentum errichtet. Die "Service-Wohnungen" sollten mit einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit in Gestalt eines Wohnungsbesetzungsrechtes zugunsten der Gemeinde belastet werden. Danach durften die Service-Wohnungen "nur von Personen genutzt werden, deren Nutzung die Gemeinde als Berechtigte der Dienstbarkeit zugestimmt hat. Die Zustimmung gilt als erteilt für Personen, welche das 55. Lebensjahr vollendet und einen Betreuungsvertrag gemäß Anlage ... dieses Vertrages mit dem Betreiber der Wohnanlage "Service-Wohnungen" abgeschlossen haben." Das Landgericht hatte die Dienstbarkeit als sittenwidrig angesehen, da sie nicht befristet war.

#### Entscheidung

Das BayObLG bestätigte zum einen die grundsätzliche Zulässigkeit einer Dienstbarkeit in der Form eines Wohnungsbesetzungsrechts, mit dem öffentliche Interessen verfolgt werden. Zum anderen bekräftigte es, dass eine dinglich wirkende Befristung nicht notwendige Voraussetzung eines Wohnungsbesetzungsrechts für eine juristische Person sei. Es genüge, wenn der Grundstückseigentümer bei veränderten Umständen einen schuldrechtlichen Anspruch gegen den Dienstbarkeitsberechtigten auf Aufhebung und Löschung der Dienstbarkeit habe. Beide Rechtsfragen hatte das BayObLG erst kürzlich im Zusammenhang mit einem Wohnungsbesetzungsrecht für ein Altenteilerhaus eines landwirtschaftlichen Hofes entschieden (BayObLG, Beschl. v. 22.5.2000, BayObLGZ 2000, 140 = MittBayNot 2000, 438).

WEG §§ 5 Abs. 2, 10 Abs. 2, 13 Abs. 2, 15 Abs. 1

#### Nutzung eines Spitzbodens als Gemeinschaftseigentum

Trifft die Teilungserklärung zu der Nutzung des Spitzbodens des gemeinschaftlichen Wohnhauses keine Regelung und ist dieser von dem Bereich des gemeinschaftlichen Eigentums aus nicht begehbar, sondern nur über eine im Bereich des Sondereigentums installierte Auszugstreppe erreichbar, so ist die Gemeinschaftsordnung dahin auszulegen, dass der Spitzboden nicht der gemeinschaftlichen Nutzung aller Wohnungseigentümer zugänglich sein und nur zur Durchführung von Instandhaltungs- oder Instandsetzungsarbeiten betreten werden soll.

OLG Hamm, Beschl. v. 27.10.2000 – 15 W 210/00  
Kz.: L I 4 - § 13 II WEG  
Fax-Abruf-Nr.: 1035

#### Problem

In einem in Wohnungseigentum aufgeteilten Haus befindet sich ein Spitzboden, der nur über eine ausziehbare Bodentreppe innerhalb des Flurs einer Wohnung erreichbar ist. Die Teilungserklärung enthält keine Regelung zu diesem Spitzboden; dieser ist im Aufteilungsplan nicht dargestellt. Der Eigentümer der darunterliegenden Wohnung wollte den Spitzboden für sich als Speicherraum nutzen.

#### Entscheidung

Das OLG Hamm ging zunächst davon aus, dass der Spitzboden mangels abweichender Vereinbarung (§ 3 WEG) zum Gemeinschaftseigentum gehöre. Die Gemeinschaftsordnung enthielt keine ausdrückliche Regelung über die Nutzung des Spitzbodens. Eine die Befugnis zum Mitgebrauch nach § 15 Abs. 3 WEG beschränkende Zweckbestimmung konnte sich daher nur aus den Umständen und der baulichen Beschaffenheit des betroffenen Gebäudeteils ergeben.

Ausschlaggebend war hier die Überlegung, dass bei einer Nutzung des Spitzbodens als Lagerraum für alle Wohnungseigentümer auch der Zugang zum Spitzboden gemeinschaftliches Eigentum sein müsse. Denn nach der Rechtsprechung muss grundsätzlich auch der Zugang zu einem im Gemeinschaftseigentum stehenden Raum selbst im Gemeinschaftseigentum stehen (BGH DNotZ 1992, 224 = Rpfleger 1991, 2909; OLG Düsseldorf DNotI-Report 1999, 121). Sondereigentum am Zugang ist nur möglich, wenn der dahinterliegende im Gemeinschaftseigentum stehende Raum nicht dem Mitgebrauch aller Wohnungseigentümer nach § 13 Abs. 2 WEG unterliegt, sondern lediglich zur Durchführung von Instandhaltungs- oder Instandsetzungsarbeiten betreten werden muss. So hatte das BayObLG bereits die Sondereigentumsfähigkeit des Zugangs zu einem derartigen nicht ausgebauten Dach (Spitzboden) bejaht (BayObLGZ 1991, 165 = MittBayNot 1992, 31; BayObLG DNotZ 1996, 27, 29 = NJW-RR 1995, 908). Daraus zog das OLG Hamm hier den Rückschluss, dass auch dieser Spitzboden nicht der dauernden gemeinschaftlichen Nutzung aller Wohnungseigentümer diene (und damit auch nicht vom Eigentümer der darunterliegenden Wohnung genutzt werden durfte).

## BGB § 1570

### Hausmann-Rechtsprechung auch für nichteheliche Lebensgemeinschaft

a) Die sog. Hausmann-Rechtsprechung findet entsprechende Anwendung, wenn der Unterhaltspflichtige in nichtehelicher Lebensgemeinschaft mit einem anderen Partner zusammenlebt und ein aus dieser Beziehung stammendes Kind betreut.

b) Zur Frage, unter welchen Voraussetzungen ein seinem geschiedenen Ehegatten Unterhaltspflichtiger unter Aufgabe seiner bisherigen Erwerbstätigkeit in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft die Haushaltsführung und Kinderbetreuung übernehmen darf (Fortführung des Senatsurteils vom 13.3.1996 - 12 ZR 2/95 - FamRZ 1996, 796).

BGH, Urt. v. 21.2.2001 – XII ZR 308/98

Kz.: L I 1 - § 1570 BGB

Fax-Abruf-Nr.: 1036

#### Problem

Der Ehemann musste nach dem Scheidungsverbandurteil nachehelichen Unterhalt an seine geschiedene Ehefrau und Kindesunterhalt zahlen. Nachdem er in einer **nichtehelichen Lebensgemeinschaft** mit seiner neuen Partnerin ein weiteres Kind bekommen hatte, führte er dort den Haushalt und betreute dieses Kind, während seine Partnerin erwerbstätig war. Da er keine eigene Einkommensquelle hatte, wollte er keinen Unterhalt mehr an seine geschiedene Frau und die beiden ehelichen Kinder zahlen.

#### Entscheidung

Zunächst hatte der BGH zu entscheiden, ob die sog. **Hausmann-Rechtsprechung** auch für eine neue nichteheliche Lebensgemeinschaft herangezogen werden könne. Nach dieser Rechtsprechung entfällt die unterhaltsrechtliche Obliegenheit, eine zumutbare Erwerbstätigkeit aufzunehmen, gegenüber minderjährigen, unverheirateten Kindern (bzw. auch volljährigen unverheirateten Kindern nach § 1603 Abs. 2 S. 2 BGB) nicht ohne Weiteres dadurch, dass der Unterhaltspflichtige eine neue Ehe eingegangen ist und im Einvernehmen mit seinem Ehegatten allein die Haushaltsführung übernimmt. Denn der unterhaltsrechtliche Gleichrang der Kinder aus erster und zweiter Ehe verwehre es dem unterhaltspflichtigen Ehegatten, sich ohne Weiteres auf die Sorge für die Mitglieder seiner neuen Familie zu beschränken.

Ist in der neuen Ehe ein betreuungsbedürftiges Kind vorhanden, muss die Rollenwahl dann hingenommen werden, wenn sich der Familienunterhalt in der neuen Ehe dadurch, dass der andere Ehegatte voll erwerbstätig ist, wesentlich günstiger gestaltet, was also der Fall wäre, wenn dieser die Kindesbetreuung übernehmen würde und der unterhaltspflichtige Elternteil voll erwerbstätig wäre. Die Gleichrangigkeit der Unterhaltsansprüche der weiteren Unterhaltsberechtigten gebietet es allerdings auch unter diesen Umständen, die Beeinträchtigung dieser Ansprüche so gering wie möglich zu halten. Der unterhaltspflichtige Ehegatte muss daher im Allgemeinen seine häusliche Tätigkeit in der neuen Ehe auf das unbedingt notwendige Maß beschränken und wenigstens eine Nebentätigkeit aufnehmen, um auch zum Unterhalt der gleichrangig Unterhaltsberechtigten aus seiner ersten Ehe beizutragen

Diese Grundsätze auch auf die Betreuung eines aus einer neuen **nichtehelichen Lebensgemeinschaft** stammenden Kindes anzuwenden, hatte die Rechtsprechung bisher abgelehnt, während die Literatur bereits bisher für eine entsprechende Anwendung eingetreten war. Der BGH entscheidet sich nunmehr ebenfalls für die Anwendung auch auf die Betreuung nichtehelicher Kinder. Er begründet dies vor allem mit der Besserstellung des Unterhaltsanspruchs der Mutter eines nichtehelichen Kindes gegen den Vater durch das Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetz vom 21.8.1995 (BGBl. I, S. 1050, 1055) und die Erweiterung des Unterhaltsanspruchs nach § 1615l BGB auf bis zu drei Jahre nach Maßgabe des § 1570 BGB.

---

## HöfeO § 13

### Abfindungsergänzungsanspruch der weichenden Erben bei übermäßiger Belastung des Hofes durch Übernehmer

a) Die Belastung eines Hofes mit Grundpfandrechten außerhalb einer ordnungsgemäßen Bewirtschaftung des Hofes kann einen Abfindungsergänzungsanspruch nach § 13 HöfeO zur Folge haben.

b) Nachabfindungspflichtig ist nicht der Nominalbetrag des Grundpfandrechts oder der Betrag des gesicherten Darlehens, sondern der Gewinn, den der Hofeigentümer durch die landwirtschaftsfremden Zwecken dienende Belastung des Hofes erwirtschaftet.

BGH, Beschl. v. 22.11.2000 – BLw 11/00

Kz.: L I 6 - § 13 HöfeO

Fax-Abruf-Nr.: 1037

#### Problem

Die in Hamburg, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen und Schleswig-Holstein geltende **HöfeO** sieht eine Sondererfolge für landwirtschaftliche Höfe vor, um deren Aufteilung im Wege der Erbfolge zu vermeiden. Den Miterben (nach BGB), die nicht Hoferben geworden sind, steht ein **gesetzlicher Abfindungsanspruch** nach § 12 **HöfeO** zu (vgl. BGH DNotI-Report 2001, 58).

§ 13 HöfeO gewährt einen Ergänzungsanspruch, falls der Hoferbe innerhalb von 20 Jahren nach dem Erbfall den Hof veräußert oder zum Hof gehörende Grundstücke veräußert, die insgesamt 1/10 des Hofeswertes übersteigen. Ein **Nachabfindungsanspruch** besteht u. a. auch, wenn der Hoferbe innerhalb von 20 Jahren nach dem Erbfall den Hof oder Teile davon auf andere Weise als land- oder forstwirtschaftlich nutzt und dadurch erhebliche Gewinne erzielt (§ 13 Abs. 4 lit. b HöfeO).

Im vorliegenden Fall hatte der Übernehmer des Hofes diesen mit Grundpfandrechten über das Maß einer ordnungsgemäßen Bewirtschaftung hinaus belastet (um damit Baumaßnahmen auf anderen Grundstücken zu finanzieren).

#### Entscheidung

Der BGH wandte § 13 HöfeO entsprechend an. Denn § 13 HöfeO enthalte keine abgeschlossenen Tatbestände, sondern sei offen für eine zielgerichtete Rechtsfortbildung. Das Gesetz wolle die ungeteilte Erhaltung des Hofes im Erbgang sicherstellen; das dem weichenden Erben

zugemutete Opfer sei aber nur so lange gerechtfertigt, wie der Erbe diesem höferechtlichen Zweck Rechnung trage (BGHZ 115, 157, 149 ff. = NJW 1991, 2836). Daher müssten für Fälle, in denen der Hoferbe den landwirtschaftlichen Betrieb nicht veräußert, wohl aber wirtschaftlich ein ähnliches Ergebnis erreicht hat, als **Umgehungsgeschäfte** Nachabfindungspflichten unterstellt werden. Bei einer Belastung gelte dies, wenn sie langdauernd angelegt sei. Nachabfindungspflichtig sei dann nicht der Nominalbetrag der aufgenommenen Belastung oder der Betrag der gesicherten Darlehen, sondern nur der Überschuss, den der Hofeigentümer durch die Verwendung des Geldes für hoffremde Zwecke erziele.

---

## GmbHG § 39; FGG § 12 – Nachweis der Amtsniederlegung eines Geschäftsführers gegenüber Handelsregister

a) Die Erklärung der Niederlegung des Geschäftsführeramtes ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, die für ihre Wirksamkeit des Zugangs bedarf.

b) Der Zugang dieser Niederlegungserklärung muss dem Registergericht schlüssig dargelegt werden, was nicht alleine durch die an alle Gesellschafter und Mitgeschäftsführer adressierte Niederlegungserklärung des Geschäftsführers erfolgen kann. (Leitsätze des Bearbeiters)

OLG Naumburg, Beschl. v. 28.2.2001 – 7 Wx 05/00  
Kz.: L V 2 - § 39 GmbHG  
Fax-Abruf-Nr.: 1038

### Problem

Die Entscheidung betrifft die Frage, welche Unterlagen ein Registergericht zum Nachweis der Richtigkeit einer angemeldeten Tatsache verlangen kann. Bei Anmeldung der Amtsniederlegung eines GmbH-Geschäftsführers wurde ein Schreiben des Geschäftsführers vorgelegt, in dem dieser erklärte, dass er sein Amt als Geschäftsführer niederlege. Das Schreiben war an die Gesellschafter der Antragstellerin und die Mitgeschäftsführer adressiert.

### Entscheidung

Das OLG Naumburg führt zunächst aus, dass nach ganz h. Rspr. und Lehre dem Registergericht zunächst die Prüfung der eingereichten Urkunden dahin gehend obliegt, ob sämtliche für die Eintragung erforderlichen Urkunden eingereicht worden sind und diese die beantragte Eintragung rechtfertigen. Denn es soll nach Ansicht des Gerichts verhindert werden, dass Erklärungen, die den gesetzlichen Erfordernissen und der tatsächlichen Rechtslage nicht entsprechen, Aufnahme in das Handelsregister und mit amtlicher Hilfe öffentliche Verbreitung finden. Erscheine der **Vortrag des Anmelders schlüssig und sei er nach der allgemeinen Lebens- und Geschäftserfahrung glaubwürdig, so habe das Registergericht keine weiteren Ermittlungen mehr anzustellen**. Eine allgemeine und umfassende Prüfung der materiellen Wirksamkeit der Gesellschafterbeschlüsse und -erklärungen scheidet danach aus.

Im vorliegenden Fall hielt das OLG Naumburg aber zusätzlich den **Nachweis des Zugangs der Niederlegungserklärung** für erforderlich, z. B. durch Empfangsbestätigung aller materiell-rechtlich erforderlichen Empfänger (hier wohl der Gesellschafter) in Urschrift oder das Protokoll einer ordnungsgemäß einberufenen Gesellschafterversammlung in Urschrift, in der die Amtsniederlegung des Geschäftsführers erklärt wurde. Damit verschärft das OLG Naumburg gegenüber der bisher ganz h. M. die Anforderungen an die Darlegung einer eintragungspflichtigen Tatsache dadurch, dass es im hier vorliegenden Fall schon den Nachweis aller materiell-rechtlich erforderlichen Tatsachen für die Wirksamkeit verlangt, so dass es auf die Frage des Umfangs des Prüfungsrechts bzw. -pflicht des Registergerichts gem. § 12 FGG gar nicht mehr ankommt.

## Aktuelles

### ESTG § 23 – Verlängerung der “Spekulationsfrist” bei privaten Grundstücksgeschäften von zwei auf zehn Jahre verfassungsgemäß?

#### I. Verfassungsrechtliche Zweifel

Durch das Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002 wurde im Laufe des Kalenderjahres 1999 beschlossen, die Frist für private Veräußerungsgeschäfte bei Grundstücken (sog. “Spekulationsfrist”) von zwei auf zehn Jahre zu verlängern. Die verlängerte Frist kommt für alle Grundstücksgeschäfte zur Anwendung, die nach dem 31.12.1998 erfolgten. Gegen die Zulässigkeit der Rückwirkung wurden in zwei Fallkonstellationen verfassungsrechtliche Bedenken vorgebracht:

1. Grundstücke, für die die zweijährige Spekulationsfrist bereits vor dem 1.1.1999 abgelaufen war, werden bei Veräußerung nach dem 31.12.1998 plötzlich wieder der Besteuerung unterworfen, weil die neue zehnjährige Veräußerungsfrist noch nicht abgelaufen ist.

2. Auf Veräußerungsgeschäfte, die nach dem 31.12.1998, aber vor Beschlussfassung über das Steuerentlastungsgesetz erfolgten, wird die neue Zehn-Jahresfrist angewandt (§ 52 Abs. 39 S. 1 EStG), obwohl die Gesetzesänderung (Verlängerung der Spekulationsfrist) erst am 24. März 1999 veröffentlicht wurde (BGBl. 1999 I, S. 402). Unter den Gesichtspunkten des Vertrauensschutzes wurde bezweifelt, ob es zulässig sei, Grundstücksveräußerungsgeschäfte zu besteuern, die vor der Beschlussfassung des Bundestages über die Verlängerung der zweijährigen “Spekulationsfrist” verwirklicht wurden und daher im Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrages nach der im Augenblick des Vertragsschlusses maßgeblichen Rechtslage steuerfrei waren.

#### II. Finanzgerichtliche Entscheidungen

Finanzgerichtliche Urteile liegen noch nicht vor. Zwei Finanzgerichte setzten sich aber in Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes (Aussetzung der Vollziehung) mit den verfassungsrechtlichen Bedenken auseinander.

Zum ersten Problemkreis (Veräußerungsfrist von zwei Jahren bereits vor dem 1.1.1999 abgelaufen) entschied das **Finanzgericht Baden-Württemberg** in einem

Aussetzungsbeschluss vom 26.6.2000 (EFG 2000, 1004 f.), dass die rückwirkende Verlängerung der Spekulationsfrist für Grundstücksveräußerungen durch das Steuerentlastungsgesetz nicht verfassungswidrig sei. Auf Beschwerde entschied der BFH hingegen mit Beschluss vom 5.3.2001 (Az. IX B 90/00 – DB 2001, 622), dass bei summarischer Prüfung die rückwirkende Verlängerung der Veräußerungsfrist für Grundstücke von 2 auf 10 Jahren schwerwiegenden verfassungsrechtlichen Zweifeln begegne, weil der Gesetzgeber in Anschaffungsvorgänge eingegriffen habe, für die die Spekulationsfrist des § 23 EStG in der vor dem 1.1.1999 geltenden Fassung bereits abgelaufen sei.

Zum zweiten Problemkreis (bei Vertragsschluss galt noch die zweijährige Veräußerungsfrist), gab das **Finanzgericht Münster** am 18.1.2001 einem Antrag auf **Aussetzung der Vollziehung** aus Vertrauensschutzgesichtspunkten statt. Es hat ernsthafte Zweifel an der Zulässigkeit der Besteuerung geäußert (Az. 4 V 6735/00 E – EFG 2001, 294). Über die Beschwerde hiergegen hat der BFH noch nicht entschieden. Für die Praxis bedeutet dies: Private Veräußerungsgeschäfte sollten, wenn Gewinn erzielt würde, auch weiterhin vermieden werden. Falls sich eine Grundstücksveräußerung aber nicht vermeiden lässt, besteht zumindest Hoffnung, dass die rückwirkende Verlängerung der Frist für verfassungswidrig erklärt wird. Entsprechende Einkommenssteuerbescheide sollten mit Rechtsbehelf angegriffen und offen gehalten werden.

Notarassessor **Thomas Reich**

## Literaturhinweise

**Niedenführ, Werner/Schulze, Hans-Jürgen, Handbuch und Kommentar zum Wohnungseigentumsgesetz, 5. Aufl., mit Diskette, Verlag C. F. Müller, 2000, 1003 Seiten, 168 DM**

Das handliche Format dieses Kommentars geht nicht etwa mit Oberflächlichkeit in Inhalt einher: Sämtliche für den Notar relevanten Fragen des Wohnungseigentumsrechts findet man **kurz, aber äußerst prägnant** angesprochen. Seine für den schnellen Zugriff unentbehrliche Übersichtlichkeit gewinnt das Werk durch **zurückhaltende Wiedergabe von Quellennachweisen**. Oft begnügen sich die Autoren – für den Praktiker in aller Regel ausreichend – mit dem Zitat einer grundlegenden höchstrichterlichen Entscheidung, ohne jedoch in strittigen Fällen einen Hinweis auf das Meinungsspektrum schuldig zu bleiben. In der Natur der Sache liegt es, dass bei besonders schwierigen Fragen ein Blick in weiterführende Literatur (auf die vor jeder Einzelkommentierung hingewiesen wird) notwendig werden kann. Der Abdruck ergänzender Rechtsvorschriften wie der HeizkostenVO und der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zur Erteilung der Abgeschlossenheitsbescheinigung steigert den Wert des “Handbuchs und Kommentars” ebenso wie die (zusätzlich auf Diskette mitgelieferten) Mustertexte, die auch für den Notar hilfreiche Dienste leisten können.

Die Neuauflage erschien bereits im vergangenen Jahr und berücksichtigt Rechtsprechung und Literatur bis September 1999. Die aktuelle Rechtsprechung zum vereinbarungsersetzenden Beschluss (“Zitterbeschluss”) und die sich hierum rankende Diskussion konnten somit noch nicht eingearbeitet werden. Im Übrigen aber befindet sich der “Niedenführ/Schulze” auf dem neuesten Stand und kann zur Anschaffung uneingeschränkt empfohlen werden.

Notarassessor **Dr. Markus Allstadt**

**J. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Art. 25, 26 EGBGB, Verlag Sellier de Gruyter, Neubearb. 2000, 598 Seiten, 400 DM**

Die Anzahl der Deutschen, die – zumindest vorübergehend – im Ausland wohnen bzw. dort Grundbesitz erwerben, steigt ebenso wie die Anzahl der in Deutschland lebenden Ausländer. Dadurch haben auch Notare bei der Gestaltung letztwilliger Verfügungen mit Auslandsberührung und bei der Nachlassabwicklung immer häufiger mit Fragen des **Internationalen Erbrechts** zu tun. Da Art. 25 Abs. 1 EGBGB die Erbfolge grundsätzlich dem Heimatrecht des Erblassers unterstellt, sind dabei häufig nicht nur Fragen des Kollisionsrechts, sondern auch des materiellen Erbrechts ausländischer Rechtsordnungen zu beachten. Regelmäßig stellt sich bei erbrechtlichen Gestaltungen mit Auslandsbezug auch die Frage, ob letztwillige Verfügungen wirksam in Erbverträgen oder gemeinschaftlichen Testamenten getroffen werden können.

Mit der Neubearbeitung der Kommentierung der Art. 25 und 26 EGBGB durch *Dörner* im Rahmen des *Staudinger-Kommentars* zum Bürgerlichen Gesetzbuch liegt die **beste Kommentierung des deutschen Erbkollisionsrechts in aktueller Fassung** vor. Dabei umfasst die Darstellung des Internationalen Erbrechts durch *Dörner* nicht nur eine ausführliche und tiefgreifende Kommentierung zu Art. 25, 26 EGBGB; eingehend erläutert werden in der Vorbemerkung auch die gem. Art. 3 Abs. 2 EGBGB vorrangigen **Staatsverträge**. Besonders hervorzuheben ist der Anhang zu Art. 25 und 26 EGBGB, der das Erbkollisionsrecht und teilweise auch Grundzüge des materiellen Erbrechts nahezu **aller ausländischen Staaten** in alphabetischer Reihenfolge behandelt. Die – unabhängig vom Gesamtbezug des *Staudinger* auch einzeln erhältliche – Kommentierung durch *Dörner* erweist sich als nahezu unentbehrliches Hilfsmittel zur kompetenten notariellen Beratung bei erbrechtlichen Fragestellungen mit Auslandsbezug.

Notarassessor **Dr. Paul Rombach, LL.M.**

**M. Andrae**, Internationales Privatrecht der ehelichen Vermögensbeziehung mit Berührung zu Polen, Teil 1, NotBZ 2001, 44

**W. Bieser**, Das neue Signaturgesetz, DStR 2001, 27

**M. Blank**, Das "Aus" für den Bauträgervertrag?, ZfIR 2001, 85

**W. Blumers/S. Beinert/S.-C. Witt**, Unternehmenskaufmodelle nach der Steuerreform, DStR 2001, 233

**G. Brambring**, Der Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes – Ein Überblick für Notare, NotBZ 2001, 41

**B. Demuth/M. Strunk**, Die Besteuerung privater Veräußerungsgeschäfte i. S. d. § 23 EStG DStR 2001, 57

**R. Dolce/G. Gelardi**, Immobilienerwerb in Italien, ZfIR 2000, 914

**H. P. Glöckner**, Das Sonderkündigungsrecht des volljährig gewordenen Gesellschafters, ZEV 2001, 47

**H. Hagen**, Zur Beurkundung von Kaufverträgen unter Beteiligung der öffentlichen Hand, RNotZ 2001, 40

**C. Hartmann**, Das sog. Behindertentestament: Vor- und Nacherbschaftskonstruktion oder Vermächtnisvariante?, ZEV 2001, 89

**B. Löber**, Erwerb und Errichtung von Gewerbe- und Ferienimmobilien in Spanien, ZfIR 2000, 993

**A. v. Rintelen**, Probleme und Grenzen der Vollstreckungsunterwerfung in der notariellen Urkunde, RNotZ 2001, 2

**T. Scheel**, Beeinträchtigende Schenkung i. S. d. § 2287 Abs. 1 BGB, NotBZ 2001, 58

**Schmidt**, Rechtsformwandel und Rechtsformwechsel für 2001/2002 – Neue Prüfungskriterien für den Mittelstand nach dem StSenkG, GmbH-StB 2001, 22

**G. H. Schroer**, Erwerb und Errichtung von Gewerbe- und Ferienimmobilien in Frankreich, ZfIR 2000, 908

**K. Stöber**, Erlöschen der Auflassungsvormerkung und Erbbauzins-Reallast bei der Insolvenzverwalterversteigerung, NJW 2000, 3600

**D. Weidlich**, Vorweggenommene Erbfolge und Behindertentestament, ZEV 2001, 94

**F. Wenzel**, Vorfälligkeitsausgleich bei Nichtabnahme oder vorzeitiger Beendigung langfristiger Hypothekarkredite, ZfIR 2001, 93

**R. Zimmermann**, Schuldrechtsmodernisierung?, JZ 2001, 171

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, Köln -  
97070 Würzburg, Gerberstraße 19

Telefon: 09 31/3 55 76-0      Telefax 09 31/3 55 76-2 25  
e-mail: 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 300,00 DM, Einzelheft 13,00 DM, inkl. Versandkosten. Für die Mitglieder der dem DNotI beigetretenen Notarkammern ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten.  
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