

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

9. Jahrgang
August 2001
ISSN 1434-3460

16/2001

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

HBO § 8; BauGB §§ 19, 20 – Grundstücksteilung;
Nachweis landesrechtlicher Teilungsgenehmigung bzw.
Negativattest gegenüber dem Grundbuchamt
AktG §§ 36, 36a, 37, 188 – Barkapitalerhöhung bei einer
AG; Grundsatz der wertgleichen Deckung und
Bankbestätigung

Gutachten im Fax-Abruf

Rechtsprechung

BGB §§ 459, 463 – Keine arglistige Täuschung bei
vergessenem Sachmangel
ZPO §§ 511, 519, 323, 794 Abs. 1 Nr. 1; BGB § 242 –

Abänderungsklage bei fehlender Bestimmung der einem
Unterhaltsvergleich zugrundeliegenden Faktoren
GBO § 25; BGB § 885; ZPO §§ 708, 709, 867 – Löschung
einer aufgrund einstweiliger Verfügung eingetragenen
Vormerkung
SachenRBERG §§ 85, 87, 104, 108 – Keine Festlegung der
vom Ankaufsrecht erfassten Grundstücksfläche im
Feststellungsausspruch
GBO §§ 18, 29 Abs. 1; BayStG Art. 30; KiStiftO Art. 35,
42, 44 – Nachweis der Vertretung einer katholischen
Pfarrfründestiftung gegenüber dem Grundbuchamt

Literatur

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

HBO § 8; BauGB §§ 19, 20 Grundstücksteilung; Nachweis landesrechtlicher Teilungsgenehmigung bzw. Negativattest gegenüber dem Grundbuchamt

I. Sachverhalt

Der Eigentümer eines in Hessen belegenen, unbebauten
Grundstücks möchte dieses in zwei Bauplätze aufteilen.
Die erforderliche Genehmigung, das Negativattest der
Gemeinde gem. §§ 19, 20 BauGB liegt vor. Das
Grundbuchamt verlangt eine Genehmigung nach § 8 HBO
(Hessische Bauordnung).

II. Frage

Muss dem Grundbuchamt auch die landesrechtliche
Teilungsgenehmigung bzw. ein Negativattest hierüber
vorgelegt werden?

III. Zur Rechtslage

1. Materiell-rechtliche Anforderungen an Grundstücksteilungen

a) Das BGB und die GBO enthalten zwar Vorschriften

über die Verbindung von Grundstücken durch
Vereinigung oder Zuschreibung, nicht aber sind in diesen
Gesetzen Bestimmungen über die Grundstücksteilung
enthalten. Dass der Eigentümer sein Grundstück teilen, d.
h. in mehrere Grundbuchgrundstücke zerlegen kann,
ergibt sich jedoch aus § 903 BGB und ist insoweit
einmütig anerkannt (KG NJW 1969, 470; OLG Hamm
NJW 1974, 865; Demharter, GBO, 23. Aufl. 2000, § 7
Rn. 2; Meikel/Böttcher, Grundbuchrecht, 8. Aufl. 1998,
§ 7 Rn. 1 ff.; Schöner/Stöber, GrundbuchR, 12. Aufl.
2001, Rn. 668 ff.; Palandt/Bassenge, BGB, 60. Aufl. 2001,
§ 890 Rn. 11 ff., je m. w. N.).

b) Sachlich-rechtlich erfordert die Teilung eines
Grundstücks eine hierauf gerichtete **Erklärung des
Eigentümers** gegenüber dem Grundbuchamt und die
Eintragung im Grundbuch (Demharter, § 7 GBO Rn. 3;
Meikel/Böttcher, § 7 GBO Rn. 4; Schöner/Stöber,
Rn. 669). Verfahrensrechtlich erfordert die Teilung einen
Eintragungsantrag und die Eintragungsbewilligung zum
Grundbuch (Demharter, § 7 GBO Rn. 4).

c) Schließlich bedarf die Grundstücksteilung in
bestimmten Fällen einer Genehmigung.
Bauplanungsrechtlich kann die Gemeinde durch Satzung
ein **Genehmigungserfordernis** für eine
Grundstücksteilung nach §§ 19, 20 BauGB einführen.

Darüber hinaus gibt es weitere öffentlich-rechtliche Genehmigungsvorbehalte für die Grundstücksteilung, insbesondere in verschiedenen **Landesbauordnungen**, so in **Bremen** (§ 11 Abs. 1 BremLBO), **Hamburg** (§ 8 S. 1 HamBauO), **Hessen** (§ 8 Abs. 1 HBO), **Niedersachsen** (§ 94 Abs. 1 NBauO), **Nordrhein-Westfalen** (§ 8 Abs. 1 BauO NW), dem **Saarland** (§ 9 LBO Saar) und **Thüringen** (§ 8 Abs. 1 ThürBO) (vgl. die – allerdings zum Teil bereits überholte – Auflistung bei Schöner/Stöber, Rn. 3819 – aktualisierte Liste unter **DNotI-Fax-Abwurf-Nr.: 5010** bzw. im Internet unter www.dnoti.de unter Arbeitshilfen).

Abgeschafft wurde die Genehmigungspflicht hingegen 1994 in Bayern und seit 1997 in den Landesrechten von Baden-Württemberg, Berlin (§ 7 BauO Berlin), Brandenburg (§ 8 BbgBO), Mecklenburg-Vorpommern, Rheinland-Pfalz, Sachsen, Sachsen-Anhalt (§ 8 BauO LSA) und Schleswig-Holstein (§ 8 LBO SH).

d) Dabei ist nach dem Landesrecht Voraussetzung, dass das **Grundstück bebaut** ist (so etwa § 8 Abs. 1 BauO NRW) – wobei die Genehmigungspflicht meist auch Grundstücke erfasst, deren **Bebauung genehmigt** ist (etwa nach § 8 HBO, § 94 NBauO, § 9 LBauO Saar, § 8 ThürBO).

Dies ist enger als die genehmigungspflichtigen Teilungsvorgänge nach § 19 Abs. 1 BauGB in der bis 31.12.1997 geltenden Fassung - und nicht deckungsgleich mit den nach der Neufassung von § 19 Abs. 1 BauGB zum 1.1.1998 (potentiell) genehmigungspflichtigen Teilungsvorgängen. So würde bei einem im unbeplanten Innenbereich (§ 34 BauGB) belegenen Grundstück zwar eine landesrechtliche Teilungsgenehmigung, aber keine nach § 19 Abs. 1 BauGB erforderlich sein. Umgekehrt wäre bei einem unbebauten Grundstück im Geltungsbereich eines Bebauungsplanes (dessen Bebauung auch noch nicht genehmigt ist) zwar eine Teilungsgenehmigung nach § 19 Abs. 1 BauGB erforderlich, aber keine landesrechtliche Teilungsgenehmigung.

2. Rechtsfolgen der landesrechtlichen Genehmigungserfordernisse für das Grundbuchamt

a) In einzelnen Ländern ist die landesrechtliche Teilungsgenehmigung mit einer **Grundbuchsperr**e ausgestattet. So heißt es etwa in § 9 Abs. 3 LBO Saar: "Die Teilung darf in das Grundbuch erst eingetragen werden, wenn die Genehmigung oder die Bescheinigung nach Abs. 2 (= Genehmigungsfiktion) vorliegt". Zum Teil wird dies auch indirekt durch eine Verweisung auf § 23 BauGB a. F. ausgedrückt (so § 11 Abs. 3 BremLBO, § 8 S. 3 HamBauO).

b) In anderen Bundesländern darf die Teilung im **Liegenschaftskataster** erst eingetragen werden, wenn die Teilungsgenehmigung vorgelegt wird (§ 8 Abs. 3 BauO NRW, § 9 Abs. 3 S. 2 LBO Saar, § 8 Abs. 2 ThürBO). Dies läuft auf eine indirekte Grundbuchsperr hinaus, da die Abschreibung im Grundbuch die vorherige Abschreibung im Liegenschaftskataster voraussetzt (§ 2 Abs. 3 GBO).

c) Auch soweit das Vorliegen der Teilungsgenehmigung nicht bereits ausdrücklich nach dem Gesetz als Voraussetzung für die Eintragung im

Liegenschaftskataster oder im Grundbuch gefordert wird, ist die Genehmigung nach allen Landesrechten doch als **Wirksamkeitsvoraussetzung** der Grundstücksteilung ausgestaltet (§ 134 BGB). Auch nach § 8 Abs. 1 S. 1 HBO bedarf die Grundstücksteilung zu ihrer Wirksamkeit der Genehmigung der Bauaufsichtsbehörde, wenn das Grundstück bebaut oder seine Bebauung genehmigt ist. Damit ist auch in Hessen nach dem Gesetzeswortlaut die **G e n e h m i g u n g a u s d r ü c k l i c h a l s** Wirksamkeitsvoraussetzung der Grundstücksteilung ausgestaltet.

d) Damit ist die Genehmigung vom Grundbuchamt als Eintragungsvoraussetzung zu prüfen – und dem Grundbuchamt in der Form des § 29 GBO nachzuweisen, wenn die Teilung genehmigungsbedürftig ist.

Nach den allgemeinen, zur Teilungsgenehmigung nach § 19 BauGB a. F. entwickelten Grundsätzen muss das Grundbuchamt die Vorlage einer Genehmigung oder eines **Negativattestes verlangen**, wenn ihm die **Genehmigungsfreiheit nicht offenkundig** ist (vgl. Schöner/Stöber, Rn. 3855 ff.). Würde nämlich eine Grundstücksteilung ohne wirksame Teilungsgenehmigung in das Grundbuch eingetragen werden, so würde das Grundbuch unrichtig (BayObLG DNotZ 1996, 32; Meikel/Böttcher, § 7 GBO Rn. 33).

Dieses Prüfungsrecht des Grundbuchamts wird in § 20 Abs. 2 S. 2 BauGB für die **bauplanungsrechtliche Teilungsgenehmigung** ausdrücklich geregelt. Hiernach darf das Grundbuchamt eine Eintragung der Teilung in das Grundbuch erst vornehmen, wenn dem Grundbuchamt der Genehmigungsbescheid vorgelegt worden ist. Ist eine Teilungsgenehmigung nach BauGB nicht erforderlich, so darf die Grundbucheintragung grundsätzlich nur dann vorgenommen werden, wenn dem Grundbuchamt ein sog. Negativzeugnis i. S. d. § 20 Abs. 2 S. 1 BauGB vorgelegt ist.

e) Bei der Frage, ob für die vorliegende Grundstücksteilung eine Teilungsgenehmigung erforderlich ist oder nicht, handelt es sich um eine "andere Voraussetzung der Eintragung" i. S. d. § 29 Abs. 1 S. 2 GBO (Meikel/Brambring, § 29 GBO Rn. 103; Demharter, § 29 GBO Rn. 16). Demgemäß ist im Falle der Genehmigungsbedürftigkeit die Erteilung der Genehmigung der Grundstücksteilung nach Bauordnungsrecht dem Grundbuchamt durch **öffentliche Urkunde i. S. d. § 29 Abs. 1 S. 2 GBO** nachzuweisen (Demharter, § 19 GBO Rn. 117).

Ein Negativattest ist entbehrlich, soweit dem Grundbuchamt die **Genehmigungsfreiheit offenkundig** ist (OLG Rostock MittBayNot 1999, 410 = NotBZ 1999, 131 = Rpfleger 1999, 439 = ZNotP 1999, 289; OLG Hamm MittRhNotK 1999, 251 = Rpfleger 1999, 487; OLG Zweibrücken DNotZ 1999, 825 = Rpfleger 1999, 441; LG Halle NotBZ 1999, 33 = Rpfleger 1999, 218; LG Dresden DNotI-Report 1998, 163; LG Koblenz DNotI-Report 1999, 51; LG Gera NotBZ 2000, 31; vgl. allgemein Schöner/Stöber, Rn. 3835; v. Campe/Wulfhorst, NotBZ 1998, 98; Grziwotz, NotBZ 1999, 221).

Dies gilt jedoch nicht nur dann, wenn das Grundbuchamt die Genehmigungsbedürftigkeit der in Rede stehenden Grundstücksteilung bejaht. Vielmehr ist ein

entsprechender Nachweis i. S. d. § 29 Abs. 1 S. 2 GBO auch dann erforderlich, wenn die **Genehmigungsbedürftigkeit** nach Ansicht des Grundbuchamts trotz sorgfältiger Prüfung der Sach- und Rechtslage für **zweifelhaft** erachtet wird (OLG Hamm RdL 1952, 77; OLG Celle DNotZ 1967, 639; BayObLG Rpfleger 1968, 233; MittBayNot 1978, 32; Demharter, § 19 GBO Rn. 117; Meikel/Böttcher, § 29 GBO Rn. 103). Mithin ist in diesen Fällen dem Grundbuchamt in der Form des § 29 Abs. 1 S. 2 GBO entweder die Erteilung einer Teilungsgenehmigung bzw. durch öffentliche Urkunde nachzuweisen, dass eine solche Genehmigung gerade nicht erforderlich ist (Demharter, Anh. zu § 13 GBO Rn. 29).

f) Eines Nachweises der landesrechtlichen Teilungsgenehmigung bedarf es unabhängig davon, ob ein Negativattest nach § 20 Abs. 2 S. 2 i. V. m. § 19 Abs. 1 BauGB n. F. erforderlich oder entbehrlich ist. Allenfalls kann, wenn die zur Erteilung des einen Negativattestes zuständige Behörde auch zur Erteilung des anderen Negativattestes zuständig ist, davon ausgegangen werden, dass das eine Attest das andere umfasst (so etwa, wenn die nach bisherigem Recht für beide Genehmigungen zuständige Baubehörde nur allgemein die Genehmigungsfreiheit der Grundstücksteilung bescheinigte).

AktG §§ 36, 36a, 37, 188 Barkapitalerhöhung bei einer AG; Grundsatz der wertgleichen Deckung und Bankbestätigung

I. Sachverhalt

Für eine Aktiengesellschaft wurde eine Barkapitalerhöhung um € 1 Mio. beurkundet. Der Zeichner A zeichnet am 15.1. Aktien zum Ausgabebetrag von € 500.000 und zahlt diese Summe am 1.2. vollständig auf ein neu errichtetes Konto der A-AG bei der X-Bank ein. Am 3.2. zahlt der Vorstand der AG von diesem Konto Prospektherstellungskosten in Höhe von € 50.000. Am 5.2. zeichnet der Zeichner B Aktien ebenfalls zum Ausgabebetrag von € 500.000 und zahlt diese Summe am 15.2. auf das Konto bei der X-Bank ein. Am 22.2. erwirbt der Vorstand der AG eine werthaltige Beteiligung zum Kaufpreis von € 300.000 und zahlt diese Summe ebenfalls von jenem Konto.

II. Fragen

1. Ist diese Verfahrensweise zulässig?
2. Wie muss die Bankbestätigung nach § 37 Abs. 1 S. 3 AktG lauten?
3. Muss das Registergericht aufgrund einer derartigen Bankbestätigung die Kapitalerhöhung eintragen?

III. Rechtslage

1. Problemaufriss

Im Wesentlichen geht es hier um zwei Problemkreise, nämlich um

- a) das Prinzip der **“wertgleichen Deckung”** bei der Kapitalaufbringung und um

- b) den Inhalt der **Bankbestätigung** i. S. d. § 37 Abs. 1 S. 3 AktG (im Gegensatz zur Vorstandsbestätigung nach § 37 Abs. 1 S. 2 AktG).

2. Vom Unversehrtheitsgrundsatz zum Prinzip wertgleicher Deckung

- a) Die Verweisung in § 188 Abs. 2 AktG auf die §§ 36 Abs. 2, 36a und 37 Abs. 1 AktG wurde früher allgemein dahin gedeutet, dass der nach dem Hauptversammlungsbeschluss, aber vor der Anmeldung eingeforderte und eingezahlte Geldbetrag auf die Kapitalerhöhung mit Ausnahme bestimmter für die Bezahlung von Steuern und Gebühren aufgewendeter Beträge im Zeitpunkt der Anmeldung noch **“unangestastet vorhanden sein und zur freien Verfügung des Vorstandes stehen”** müsse (sog. **Unversehrtheitsgrundsatz**).

Nach Aufgabe des sog. Vorbelastungsverbots in BGHZ 80, 129 (= NJW 1981, 1373) hat der BGH diesen Standpunkt auch im Aktienrecht aufgegeben. Mit Urteil vom 13.7.1992 (BGHZ 119, 177 ff. = NJW 1992, 3300) entschied der BGH, dass mit der Leistung der Bareinlage den Anforderungen des Gesetzes an sich genügt und damit die Einlageleistung grundsätzlich aufgebracht sei. Folge ist, dass der Vorstand deshalb **über den Einlagebetrag bereits vor der Anmeldung der Durchführung der Kapitalerhöhung verfügen darf**.

- b) Diese Verfügungsbefugnis besteht für den Vorstand der AG nach der Rechtsprechung allerdings nicht uneingeschränkt. Vielmehr macht der BGH diese Verfügungsbefugnis von dem **“Vorbehalt wertgleicher Deckung”** abhängig (BGHZ 119, 177, 186 f.).

Unter **“wertgleicher Deckung”** wird eine **mit den Einlagemitteln getätigte Investition** verstanden, durch die der Gesellschaft ein den aufgewendeten Mitteln **entsprechender Wert zugeflossen** und die – für sich genommen – im Zeitpunkt der Anmeldung **noch vorhanden** ist, ohne dass der zwischenzeitliche Eintritt anderweitiger Verluste diesen dem Wertabfluss entsprechenden Wertzufluss in irgendeiner Weise schmälert (BGHZ 119, 177, 186 ff.). Anerkannt ist insoweit, dass unter dem Grundsatz der **“wertgleichen Deckung”** nicht nur der Erwerb von Anlage- und Umlaufgütern zu subsumieren ist. Auch die Tilgung von Forderungen zählt darunter, soweit die getilgte Forderung vollwertig, fällig und liquide ist (Priester, ZIP 1994, 599, 601; Hüffer, ZGR 1993, 474, 484; Henze, Aktienrecht, 4. Aufl. 2000, Rn. 104).

Der BGH hat diese Rspr. mit Urteil vom 10.6.1996 (DNotZ 1997, 495 = NJW-RR 1996, 445) bestätigt. Auch in der Literatur wird diese Ansicht zustimmend kommentiert (Henze, Rn. 101 f.; Großkomm.-Wiedemann, AktG, 4. Aufl. 1995, § 188 AktG Rn. 38; Großkomm.-Röhrich, AktG, 4. Aufl., Stand: 1997, § 36 AktG Rn. 88; Hüffer, AktG, 4. Aufl. 1999, § 36 AktGRn. 8 ff., insbes. 11; MünchHdb.-AG/Krieger, 2. Aufl. 1999, § 56 Rn. 108; noch weiter gehend Priester, ZIP 1994, 599, 601; ders., in DAI-Skript: Aktienrecht in der notariellen Praxis, Stand März 2000, S. 107: **“Ausreichend ist, dass die Gelder unbeschränkt für Zwecke der Gesellschaft ausgegeben worden sind.”**).

c) Unter dem Aspekt der "wertgleichen Deckung" ist es daher von vornherein nicht zu beanstanden, wenn, wie im **vorliegenden Sachverhalt**, der Vorstand einer AG nach Einzahlung der Kapitalerhöhungsbeträge, jedoch noch vor Anmeldung der Durchführung der Kapitalerhöhung über die Geldbeträge zugunsten der Gesellschaft verfügt. Entscheidend kommt es nur darauf an, dass an die Stelle des insoweit erfolgten Wertabflusses ein "gleichwertiger" Wertersatz getreten ist.

Unproblematisch dürfte dies – Wertgleichheit unterstellt – zunächst für die Anschaffung der Beteiligung sein. Bilanztechnisch rechnet diese zum Anlagevermögen (Finanzanlagen, § 266 Abs. 2 HGB, Pos. A. III. 3). Nichts anderes gilt u. E. aber auch für die Anschaffung der Prospekte im Wert von € 50.000. Nach unserer Auffassung handelt es sich dabei entweder um ebenfalls bilanzierungsfähige Gegenstände des Umlaufvermögens (Roh-, Hilfs- und Betriebsstoffe, § 266 Abs. 2 HGB, Pos. B I. 1.) oder um die Tilgung werthaltiger Forderungen. In jedem Fall wurden die Mittel für Zwecke der Gesellschaft verwendet (vgl. Priester, ZIP 1994, 599, 601).

3. Bankbestätigung nach § 37 AktG

a) Welche Auswirkungen derartige Verfügungen auf die Bankbestätigung i. S. d. § 37 Abs. 1 S. 3 AktG haben, ist nach unserem Kenntnisstand bislang weder in Rspr. noch Lit. abschließend erörtert worden. Die Rechtslage ist daher unsicher. Entscheidend wird es nach unserer Auffassung hierbei wohl darauf ankommen, welchen Inhalt man für die Bankbestätigung i. S. d. § 37 Abs. 1 S. 3 AktG verlangt.

b) Schließt man sich der Auffassung von *Hüffer* (§ 37 AktG Rn. 3a) an, nach der die Bankbestätigung nicht denselben Inhalt wie die Vorstandserklärung haben muss, sondern es vielmehr genüge, wenn die **Bank bestätigt, dass der Vorstand gegenüber der Bank frei verfügen kann**, insbesondere keine Gegenrechte der Bank bestehen und auch keine ihr aus der Kontoführung bekannten Rechte Dritter vorhanden sind, so würde eine Bestätigung des Inhalts genügen, dass der eingezahlte Betrag zum Zeitpunkt der Einzahlung auf das Konto der Gesellschaft dem Vorstand zur freien Verfügung stand.

Ob eine solche Bankbestätigung aber auch in der Rspr. anerkannt wird, ist u. E. fraglich. In der bereits erwähnten Entscheidung des BGH vom 13.6.1992 (BGHZ 119, 177 = NJW 1992, 3300) hat der BGH im zweiten Leitsatz u. a. ausgeführt, dass eine Bestätigung eines Bankinstituts, der eingezahlte Betrag stünde wertmäßig zur freien Verfügung des Vorstandes, regelmäßig nicht als Nachweis genüge, wenn der Vorstand über diesen Geldbetrag bereits vor der Anmeldung verfügt hat.

Röhricht (Großkomm., § 37 Rn. 28) folgert hieraus, dass eine Bankbestätigung dann u. a. fehlerhaft ist, wenn bereits durch Abhebungen, Überweisungen oder sonstige Kontobelastungen über Beträge verfügt wurde. Erforderlich sei vielmehr, dass derartige **Verfügungen in der Bankbestätigung zu vermerken** und damit zur Kenntnis des Registergerichts zu bringen sind. Gleicher Auffassung ist auch *Henze* (Rn. 105), der gemeinsam mit *Röhricht* dem für Gesellschaftsrecht zuständigen II. Senat des BGH angehört.

Wörtlich führt *Henze* aus: "Mit der Bankbestätigung i. S. d. § 37 Abs. 1 S. 3 AktG kann unter diesem Aspekt [wertgleiche Deckung] nur der Nachweis geführt werden, dass der eingeforderte Betrag eingezahlt, wozu er verwendet worden ist und dass der Vorstand in seiner freien Verfügung im rechtlichen Verhältnis zum Kreditinstitut bis zur Verwendung, und zwar auch in der Verwendungsmaßnahme nicht beschränkt war und dem Kreditinstitut aus dem Rechtsverhältnis der Gesellschaft zu Dritten derartige Verfügungsbeschränkungen bis zur Abgabe der Erklärung nicht bekannt geworden sind."

Im Ergebnis vertreten damit auch die beiden letztgenannten Autoren ebenso wie *Hüffer* die Ansicht, dass der Inhalt der Bankbestätigung nach § 37 Abs. 1 S. 3 AktG nicht identisch sei mit der Bestätigung des Vorstandes nach § 37 Abs. 1 S. 2 AktG. Anders als *Hüffer* sind sie jedoch der Auffassung, dass die **Bank darin die ihr bekannten Verfügungen dem Registergericht gegenüber verlautbaren müsse**. Im Rahmen der "wertgleichen Deckung" hat der Vorstand dann durch Vorlage geeigneter Unterlagen (Verträge, Rechnungen, Quittungen oder Überweisungsträger bzw. Wertgutachten) zu belegen, für welche geschäftlichen Maßnahmen Mittel aus den eingezahlten Bareinlagen entnommen oder Verbindlichkeiten der Gesellschaft begründet worden sind mit der Folge, dass dem Prinzip der wertgleichen Deckung genüge geleistet wurde (Großkomm.-Röhricht, § 37 AktG Rn. 17 f.; *Henze*, Rn. 102 ff.; BGHZ 119, 177, 188; wohl auch *Hüffer*, § 37 Rn. 3 a. E.).

Gutachten im Faxabruf

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.

GmbHG § 4a, 9c; AktG § 5

Wahl des Sitzes der GmbH vor Aufnahme der Geschäftstätigkeit; Ort der Geschäftsleitung oder der Verwaltung; Prüfungsbefugnis des Registerrichters

Fax-Abruf-Nr.: **1379**

AktG §§ 2, 41; GmbHG §§ 1, 11

Einmann-Vorgesellschaft (Vor-AG/Vor-GmbH) als Gründer einer GmbH bzw. AG

Fax-Abruf-Nr.: **1380**

EGBGB Art. 25; DDR-RAG § 25; BGB §§ 2353, 2361, 2369; GBO § 35

Gegenständlich beschränkter Erbschein bei Erbanteil an Grundstück im Beitrittsgebiet

Fax-Abruf-Nr.: **1244**

Türkei; Ehevertrag; gemeinschaftliches Testament

Fax-Abruf-Nr.: **1473**

Rechtsprechung

BGB §§ 459, 463

Keine arglistige Täuschung bei vergessenem Sachmangel

Hat der Verkäufer im Zeitpunkt des Vertragsschlusses an das Vorhandensein eines offenbarungspflichtigen Mangels des Grundstücks keine Erinnerung mehr, begründet seine Versicherung in dem Kaufvertrag, dass ihm erhebliche Mängel nicht bekannt seien, auch unter dem Gesichtspunkt der "Erklärung ins Blaue hinein" nicht den Vorwurf arglistigen Verhaltens.

BGH, Urt. v. 11.5.2001 – VZR 14/00
Kz.: L I 1 – § 463 BGB
Fax-Abuf-Nr.: 1075

Problem

In einem Grundstückskaufvertrag aus dem Jahr 1992 versicherte der Verkäufer, "dass ihm erhebliche verborgene Mängel nicht bekannt sind." Später erhob der Käufer Gewährleistungsansprüche, da das Grundstück Bodenverunreinigungen aufgewiesen haben. Diesbzgl. hätte der Verkäufer nach Ansicht des Käufers zumindest offenbaren müssen, dass es sich um ein Aufschüttungsgelände handelt. Auf diesen Umstand war der Verkäufer selbst bei Erwerb des Grundstücks im Jahr 1977 hingewiesen worden; deshalb musste er die Fundamente einer vom ihm errichteten Halle tiefergründen. Der Verkäufer trug vor, er habe sich hieran nicht mehr erinnert.

Entscheidung

Dass es sich um ein Auffüllgrundstück handelte, war zwar ein **offenbarungspflichtiger Mangel**. Der BGH konnte jedoch keine Arglist erkennen. Eine arglistige Täuschung setze voraus, dass der Verkäufer den Fehler mindestens für möglich hielt und zumindest billigend in Kauf nimmt, dass der Vertragsgegner den Fehler nicht kennt. Hier war aber davon auszugehen, dass der Verkäufer den **Fehler vergessen** hatte. Auch die Versicherung des Verkäufers war nicht falsch, da dieser nicht etwa "ins Blaue hinein" versicherte, dass das verkaufte Grundstücks frei von verborgenen Mängeln gewesen sei – sondern lediglich, dass ihm erhebliche verborgene Mängel nicht bekannt seien.

ZPO §§ 511, 519, 323, 794 Abs. 1 Nr. 1; BGB § 242

Abänderungsklage bei fehlender Bestimmung der einem Unterhaltsvergleich zugrundeliegenden Faktoren

a) Weist das Gericht ein Unterhaltsbegehren zurück, weil es nicht im Wege der Abänderungsklage, sondern im Wege der Leistungsklage geltend gemacht wurde,

so ist die dagegen eingelegte Berufung nicht deshalb unzulässig, weil der Rechtsmittelkläger sein Begehren nunmehr im Wege der Abänderungsklage verfolgt.

b) Lässt sich die Berechnung des in einem Prozessvergleich titulierten Unterhalts unter Zugrundelegung der verschiedenen Faktoren nicht nachvollziehen und ist deshalb eine Anpassung des Vergleichs an zwischenzeitlich geänderte Verhältnisse nicht möglich, so ist der geschuldete Unterhalt nach den gesetzlichen Vorschriften neu zu berechnen.

BGH, Urt. v. 3.5.2001 – XII ZR 62/99
Kz.: L II 1 – § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO
Fax-Abuf-Nr.: 1076

Problem

Ehegatten hatten einen **Prozessvergleich über Scheidungsunterhalt** getroffen. Später erhielt die Ehefrau eine befristete Anstellung – in dieser Zeit verzichtete sie auf den Scheidungsunterhalt. Die Unterhaltszahlungen wurden nach Ablauf ihres Arbeitsvertrages wieder aufgenommen, jedoch stritten die Beteiligten über die Höhe des nunmehr geschuldeten Unterhalts.

Entscheidung

Rechtsgrundlage für die Abänderung des Prozessvergleichs war nicht etwa § 323 Abs. 1 ZPO, sondern die aus § 242 BGB abzuleitenden Grundsätze über die Veränderung oder den **Wegfall der Geschäftsgrundlage**. Im vorliegenden Fall sah der BGH jedoch keine Möglichkeit zur Vertragsanpassung mehr; daher war eine Neufestsetzung des Unterhalts nach den gesetzlichen Vorschriften vorzunehmen.

Eine Vertragsanpassung nach § 242 BGB ist dann nicht mehr möglich, wenn sich die Vertragsgrundlagen so tiefgreifend geändert haben, dass dem Parteiwillen für die vorzunehmende Änderung kein hinreichender Anhaltspunkt zu entnehmen ist. Hierfür genügen Verschiebungen in den Einkommensverhältnissen der Ehegatten grundsätzlich nicht – ebenso wenig der Wegfall der Unterhaltslast für ein unterhaltsberechtigtes Kind oder der Auszug eines Ehegatten aus dem nach der Trennung weiterhin bewohnten Familienheim.

Eine andere Beurteilung könnte sich möglicherweise bei einer **völligen Umgestaltung der dem Vergleich zugrundegelegten Wohnsituation** beider Ehegatten ergeben – im vorliegen Fall wegen Erwerb und Bezug eines Einfamilienhauses durch die Ehefrau, wegen des Auszugs einer gemeinsamen Tochter aus dem bislang mit dem Ehemann gemeinsam bewohnten Familienheim und dessen Verkauf durch den Ehemann.

Im Ergebnis ließ dies der BGH jedoch dahinstehen, da sich **dem Vergleich nicht verlässlich entnehmen lasse, auf welcher Geschäftsgrundlage er abgeschlossen sei**. Denn die Berechnung des im Vergleich titulierten Unterhaltes lasse sich unter Zugrundelegung der verschiedenen Faktoren nicht mehr nachvollziehen. Zwar gehe der Vergleich davon aus, dass das damals noch gemeinsame Haus weiterhin gemeinsam genutzt und das gemeinschaftliche Eigentum daran nicht vor Beendigung des Studiums der älteren Tochter aufgehoben wird. Jedoch werde weder aus dem Vergleich noch aus einem Protokoll

über eine vorausgegangene Besprechung der Parteien erkennbar, ob und wie der Wert des von beiden Parteien genutzten Hauses als Wohnwert bei der Unterhaltsberechnung berücksichtigt worden sei – ebenso wenig ob und in welcher Weise die Unterhaltslast für die ältere Tochter Eingang in die Bemessung des Ehegattenunterhalts gefunden habe.

Anmerkung

Für die notarielle Praxis heißt dies, dass die Berechnung möglichst nachvollziehbar dargelegt werden sollte, falls andere Umstände als die Einkommensverhältnisse der Ehegatten Eingang in eine Unterhaltsvereinbarung finden.

GB0 § 25; BGB § 885; ZPO §§ 708, 709, 867

Löschung einer aufgrund einstweiliger Verfügung eingetragenen Vormerkung

Wird die einstweilige Verfügung, die Grundlage einer eingetragenen Vormerkung ist, durch ein Urteil aufgehoben, das gegen Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar ist, muss zur Löschung der Vormerkung dem Grundbuchamt die Sicherheitsleistung in grundbuchmäßiger Form nachgewiesen werden.

BayObLG, Beschl. v. 22.5.2001 – 2Z BR 74/01

Kz.: L II 3 – § 25 GBO

Fax-Abruf-Nr.: 1077

Problem

Aufgrund einer einstweiligen Verfügung war eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung einer Sicherungshypothek eingetragen. Durch Endurteil wurde die einstweilige Verfügung aufgehoben; dieses Urteil wurde gegen Sicherheitsleistungen für vorläufig vollstreckbar erklärt. Das Grundbuchamt löschte die Vormerkung daraufhin auf Antrag des Eigentümers. Hiergegen richtete sich die weitere Beschwerde der Vormerkungsberechtigten.

Entscheidung

Das BayObLG sah die Voraussetzung für die Eintragung eines **Amtwiderspruchs** nach § 53 Abs. 1 GBO als gegeben an. Zwar hätte das die einstweilige Verfügung aufhebende Urteil grundsätzlich gem. § 708 Nr. 6 ZPO ohne Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar erklärt werden müssen. Es wurde jedoch dennoch nach § 709 S. 1 ZPO nur gegen Sicherheitsleistungen für vorläufig vollstreckbar erklärt. Damit handelt es sich nicht um eine uneingeschränkt vorläufig vollstreckbare Entscheidung im Sinn des § 25 GBO. Vielmehr hätte dem Grundbuchamt zur Löschung der Vormerkung die Sicherheitsleistung in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden müssen.

SachenRBERG §§ 85, 87, 104, 108

Keine Festlegung der vom Ankaufsrecht erfassten Grundstücksfläche im Feststellungsausspruch

a) In dem Verfahren nach § 108 SachenRBERG kann keine Festlegung der von der Anspruchsberechtigung erfassten Grundstücksfläche verlangt, sondern nur die Anspruchsberechtigung als solche festgestellt werden; die Angabe einer wie auch immer beschriebenen Fläche in dem Feststellungsantrag ist unzulässig.

b) Die Klärung, welche unvermessene Grundstücksteilfläche (§ 85 SachenRBERG) von der Sachenrechtsbereinigung betroffen ist, muss in dem notariellen Vermittlungsverfahren nach §§ 87 ff SachenRBERG, gegebenenfalls in dem gerichtlichen Verfahren nach §§ 104 bis 106 SachenRBERG, erfolgen.

c) Die Flächenangabe in einem Feststellungsausspruch nach § 108 SachenRBERG kann eine Rechtsmittelbeschwerde begründen.

BGH, Urt. v. 18. Mai 2001 – V ZR 239/00

Kz.: L VI 10 – § 108 SachenRBERG

Fax-Abruf-Nr.: 1078

Problem

Um das Auseinanderfallen von Grundstückseigentum und **selbständigem Gebäudeeigentum** sachenrechtlich zu "bereinigen" gibt das SachenRBERG bei zu DDR-Zeiten öffentlich verliehenen Nutzungsrechten und anderen Fällen selbständigen Gebäudeeigentums dem Nutzer das Recht, nach seiner Wahl vom Grundstückseigentümer entweder die Bestellung eines Erbbaurechts mit gesetzlichem Inhalt (§§ 32 ff. SachenRBERG) oder den Verkauf des Grundstückes (§§ 61 ff. SachenRBERG) zu verlangen.

Um eine Einigung zwischen den Beteiligten zu erleichtern und die Gerichte zu entlasten, schreibt das Gesetz ein **notarielles Vermittlungsverfahren** (§§ 87 ff. SachenRBERG) als Klagevoraussetzung vor (§ 104 SachenRBERG). Unabhängig von der Vorschaltung eines notariellen Vermittlungsverfahrens können Nutzer und Grundstückseigentümer jedoch Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens einer Anspruchsberechtigung erheben (§ 108 SachenRBERG). In diesem Verfahren kann jedoch nur ein Anspruch dem Grunde nach festgestellt werden; der Inhalt des Erbbaurechts oder Ankaufsrechts kann erst nach Abschluss des notariellen Vermittlungsverfahrens gerichtlich festgestellt werden.

Entscheidung

Vor diesem Hintergrund ist die Entscheidung des BGH zu verstehen, dass auch die Festlegung der von der Anspruchsberechtigung erfassten Grundstücksteilfläche nicht Gegenstand des Verfahrens nach § 108 SachenRBERG sein kann (sondern nur im notariellen Vermittlungsverfahren nach §§ 87 ff. SachenRBERG bzw. der Bereinigungsklage nach §§ 104–107 SachenRBERG).

GBO §§ 18, 29 Abs. 1; BayStG Art. 30; KiStiftO Art. 35, 42, 44

Nachweis der Vertretung einer katholischen Pfarrpfündestiftung gegenüber dem Grundbuchamt

1. Im Grundbuchverfahren kann der Nachweis der gesetzlichen Vertretung einer katholischen Pfarrpfündestiftung durch urkundliche Erklärung der kirchlichen Aufsichtsbehörde erbracht werden.

2. Die Genehmigung des von einer Pfarrpfündestiftung vorgenommenen Rechtsgeschäfts durch die kirchliche Aufsichtsbehörde stellt in der Regel keinen ausreichenden Nachweis dafür dar, dass die Pfarrpfündestiftung bei Vornahme des Geschäfts wirksam gesetzlich vertreten war.

3. Bei der Prüfung, ob durch eine längere Zeit zurückliegende Bestätigung der kirchlichen Aufsichtsbehörde die Vertretungsbefugnis einer Pfarrpfündestiftung noch nachgewiesen ist, sind mit Rücksicht auf die Besonderheiten des geistlichen Amtes, mit dem die Pfründe verbunden ist, weniger strenge Anforderungen zu stellen, als an den Nachweis der Vertretungsbefugnis in anderen Fällen.

BayObLG, Beschl. v. 22.5.2001 – 2Z BR 49/01

Kz.: L II 3 – § 29 GBO

Fax-Abruf-Nr.: 1079

Problem

Bei der Vertretung von juristischen Personen des öffentlichen Rechts, die in keinerlei Register eingetragen sind, stellt sich dem Öfteren die Frage des Nachweises der Vertretungsbefugnis, insbesondere gegenüber dem Grundbuchamt oder dem Handelsregister (vgl. auch zur Vertretung einer Industrie- und Handelskammer DNotI-Report 2000, 189).

Entscheidung

Vorliegend stellt sich die Frage für eine **katholische Pfarrpfündestiftung**, die als kirchliche Stiftung juristische Person öffentlichen Rechts ist (Art. 30 Abs. 1, 40 Abs. 1 des Bayerischen Stiftungsgesetz – BayStG; vgl. BayObLGZ 1999, 248, 251 = DNotZ 2000, 63). Die Außenvertretung der Pfarrpfündestiftung bestimmt sich nach kirchlichem Recht. Im Erzbistum München und Freising wird die Pfründestiftung durch den Pfründeinhaber gerichtlich und außergerichtlich vertreten. Die **stiftungsaufsichtliche Genehmigung** als solche genügt grundsätzlich zum Nachweis der Vertretungsbefugnis nicht. In zwei bei den Grundbuchakten befindlichen, zwei bzw. drei Jahren alten Genehmigungen war jedoch zugleich die Vertretungsbefugnis des Pfarrers bescheinigt. Dies hielt das BayObLG für ausreichend. Der Nachweis müsse **nicht so zeitnah** wie beim Vertretungsnachweis einer Gesellschaft sein, da das Amt eines Pfarrers anders als die Vertretung einer Gesellschaft grundsätzlich auf einen viel längeren Zeitraum angelegt sei.

Literaturhinweise

Kersten/Bühling, Formularbuch und Praxis der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 21. Aufl., Carl Heymanns Verlag, Köln u. a. 2001, DM 352,- (mit CD-Rom DM 426,-)

Der *Kersten/Bühling* gehört seit langem zur **unentbehrlichen Grundausrüstung jedes Notars**. Auch wenn er nicht so heißt, ist der *Kersten/Bühling* ein Notarhandbuch im besten Sinn. Umso erfreulicher ist, dass er nach sechs Jahren endlich in umfassend überarbeiteter und wesentlich erweiterter Auflage vorliegt. Neu zum Bearbeiterkreis hinzugestoßen sind die Notare *Basty*, *Weilheim/Penzberg*, *Wachter*, *Günzburg*, sowie *Wegmann*, Ingolstadt. Aktuelle Gesetzesänderungen sind einbezogen, so etwa das Namensaktengesetz (NaStraG), die Diskussion über § 632a BGB und den Bauträgervertrag oder die DONot 2001. Weitgehend neu konzipiert sind z.B. die Abschnitte über den Unternehmenskauf, den Bauträgerkauf oder die vollstreckbare Urkunde (Bearbeiter Wolfsteiner) oder zu Verwahrungsgeschäften (Zimmermann) und zu Geschäftsbüchern des Notars (Peter). Ein eigener Abschnitt ist auch der Euro-Umstellung außerhalb des Gesellschaftsrechts gewidmet (Wegmann/Wachter). Fazit: **Ein Muss für jeden Notar.**

Notar a. D. Christian Hertel

Löhnig, Martin, Recht des Kindes nicht verheirateter Eltern, Erich Schmidt Verlag, Berlin 2001, 120 Seiten, DM 39,80

Durch die Kindschaftsrechtsreform wurde im Jahre 1998 die Unterscheidung zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern beseitigt. Dennoch knüpft das Gesetz weiterhin wichtige Rechtsfolgen an den Umstand, dass ein Kind außerhalb der Ehe geboren wurde. Das vorliegende Werk stellt die insoweit geltenden Besonderheiten im Abstammungsrecht, Sorge- und Umgangsrecht, Namens- und Unterhaltsrecht dar und ist damit die – meines Wissens – **einzige Monographie zur Thematik**. Die Darstellung richtet sich nicht nur an Juristen, sondern an alle, die mit dem Recht des Kindes nicht verheirateter Eltern in Berührung kommen können und zeichnet sich insoweit durch Prägnanz und Verständlichkeit der Darstellung aus.

Dr. Gabriele Müller

G. Borges, AGB-Kontrolle durch den EuGH, NJW 2001, 2061

H. Grziwotz, "Aus" für den "alten" Bauträgervertrag – Nachdenken über einen gerechten Interessenausgleich, ZfIR 2001, 521

H. Heinrichs, Entwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes: Neuregelung des Verjährungsrechts, BB 2001, 1417

E. Pick, Zum Stand der Schuldrechtsmodernisierung, ZIP 2001, 1173

- D. J. Piltz**, Zur steuerlichen Haftung des Testamentsvollstreckers, ZEV 2001, 262
- B. Schaub**, Unentgeltliche Verfügung des Testamentsvollstreckers, ZEV 2001, 257
- L. Spall**, Zur sogenannten Vermächtnislösung beim Behindertentestament, MittBayNot 2001, 249
- S. Spiegelberger/E. Wälzholz**, Die Übertragung und Besteuerung stiller Reserven in der Mitunternehmerschaft, DStR 2001, 1093
- A. Staudinger**, Die ungeschriebenen kollisionsrechtlichen Regelungsverbote der Handelsvertreter-, Haustürwiderrufs- und Produkthaftungsrichtlinie, NJW 2001, 1974
- K. Stöber**, Was verwirrt bei Vereinigung?, MittBayNot 2001, 182
- H. Stoll**, Notizen zur Neuordnung des Rechts der Leistungsstörungen, JZ 2001, 589
- M. Stracke**, Testamentsvollstreckung und Rechtsberatung, ZEV 2001, 250
- R. Süß**, Keine Nachlassspaltung bei Grundbesitz in Erbengemeinschaft, ZErB 2001, 84
- W. Tiedtke**, Kostenrechtliche Behandlung von Umwandlungsvorgängen nach dem Umwandlungsgesetz, ZNotP 2001, 226
- P. Ulmer**, Wirksamkeitserfordernisse für Verbrauchervollmachten beim kreditfinanzierten Immobilienerwerb über Treuhänder, BB 2001, 1365
- J. Vollhart**, Neufassung der Dienstordnung, MittBayNot 2001, 245

Veranstaltungen

Termine für **Oktober 2001** sowie zur Schuldrechtsmodernisierung – Anmeldung und nähere Information bitte direkt beim **DAI-Fachinstitut für Notare**, Postfach 250254, 44740 Bochum, Tel. (0234) 970 64 14, Fax(0234) 70 35 07 (www.bnotk.de/dai/dai.htm).

Intensivkurs zu Ehegattenverträgen (Langenfeld/Riemann), 4.–6.10.2001, Bad Kreuznach

Grundkurs für angehende Anwaltsnotare IV (Limmer/Blank/Schlee/Bernhard), 11.–13.10.2001, Bochum

Die Stiftungsreform (Thiel/Spiegelberger/Wachter/Wochner), 12.10.2001, Berlin und 13.10.2001, München

Sonderprobleme des Kostenrechts (H. Schmidt/Tiedtke), 19.10.2001, Rendsburg und 20.10.2001, Berlin

Kreditsicherung durch Grundschulden (Amann/Gaberdiel), 26./27.10.2001, Hamburg

Deutsch-Islamischer Rechtsverkehr in der notariellen Praxis (Dörner/Eule/Rieck), 27.10.2001, Köln

Modernisierung des Schuldrechts – Einführung unter Berücksichtigung der notariellen Praxis (Amann/Brambring/Hertel/Kallrath/Wegmann), 3.11.2001 Berlin, 9.11.2001 Düsseldorf, 10.11.2001 München, 6.12.2001 Bochum und 7.12.2001 Bremen

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.

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