

DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

12. Jahrgang
Januar 2004
ISSN 1434-3460

2/2004

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

ZPO §§ 836 Abs. 2, 766, 828, 829; BNotO § 23; BeurkG § 54b Abs. 3 S. 5 – Aufhebung eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses nach Auszahlung vom Notaranderkonto an den Pfändungsgläubiger

BGB §§ 2311, 516, 528, 530 – Wertmindernde Berücksichtigung einer Rückübertragungsverpflichtung des Grundstücksübernehmers bei der Pflichtteilsberechnung; Beerbung des Rückforderungsverpflichteten durch den Rückforderungsberechtigten

Gutachten im Fax-Abruf

Rechtsprechung

WEG §§ 3 Abs. 1, 7 Abs. 4 Nr. 1 – Kein Sondereigentum, wenn Räume infolge abweichender Bauausführung nicht mehr zugeordnet werden können; Anspruch auf Anpassung der Teilungserklärung

BGB § 1356; ZPO § 628 – Zur entsprechenden Anwendung des § 1365 BGB nach Rechtskraft der Scheidung, aber vor

rechtskräftiger Entscheidung über die Folgesache “Zugewinnausgleich”

BGB § 2325 Abs. 3 – Fristlauf bei Vorbehalt eines Wohnungsrechts an Teil des übertragenen Hausgrundstücks

GmbHG §§ 30, 31 Abs. 2, 3 – Verbotene Auszahlung aus GmbH-Vermögen; Unterbilanz wegen fehlender Rückstellungen für ungewisse Verbindlichkeiten; Ausfallhaftung der Mitgesellschafter; zur Gläubigerbefriedigung erforderliche Erstattung

GmbHG § 39; HGB § 12 – Anmeldebefugnis bei Abberufung eines von zwei gesamtvertretungsberechtigten Geschäftsführern

Aktuelles

BGB § 1896 Abs. 2 S. 2 – Online-Erfassung für Zentrales Vorsorgeregister der BNotK

UStG § 14 Abs. 4 – Fortlaufende Rechnungsnummer und Steuersatz auf notariellen Kostenrechnungen

Literatur

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

ZPO §§ 836 Abs. 2, 766, 828, 829; BNotO § 23; BeurkG § 54b Abs. 3 S. 5

Aufhebung eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses nach Auszahlung vom Notaranderkonto an den Pfändungsgläubiger

I. Sachverhalt

Getrennt lebende Eheleute verkauften das ihnen zu Bruchteilen von je 1/2 gehörende Grundstück. Da sich die Eheleute über die Aufteilung des Restkaufpreises nicht einigen konnten, wurde dieser auf Notaranderkonto hinterlegt, mit der gemeinschaftlichen Anweisung beider Verkäufer, den verwahrten Betrag nur aufgrund übereinstimmender schriftlicher Weisung auszuzahlen.

Die Ehefrau erwirkte (aufgrund von Unterhaltstiteln) Pfändungs- und Überweisungsbeschlüsse sowohl für die Kaufpreisforderung des Ehemannes gegen den Käufer als auch für dessen Auskehrungsanspruch gegen den verwahrenden Notar. Aufgrund der Pfändungs- und Überweisungsbeschlüsse wurde der verwahrte Betrag an die Ehefrau ausbezahlt.

Auf Erinnerung des Ehemannes hin hob das Amtsgericht den Pfändungs- und Überweisungsbeschluss auf.

II. Fragen

1. War der ursprüngliche Pfändungs- und Überweisungsbeschluss rechtsfehlerhaft?

2. Durfte der Notar aufgrund des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses den verwahrten Betrag an die Ehefrau auszahlen?

III. Zur Rechtslage

1. Wirksamkeit der Pfändung

a) Nach der Rechtsprechung des BGH ist die **isolierte Pfändung nur des Auskehrungsanspruches vom Notaranderkonto unwirksam**, wenn nicht zugleich der der Verwahrung zugrunde liegende Anspruch (gesicherter Kaufpreisanspruch) gepfändet wird, solange der Kaufpreisanspruch noch nicht erloschen ist (BGHZ 105, 60 = DNotZ 1989, 235 = NJW 1989, 230; vgl. auch Gutachten DNotI-Report 1996, 93 sowie DNotI-Report 2001, 161, je m. w. N.). Hier erfolgte eine dementsprechende Doppelpfändung.

b) Fraglich ist aber, ob der gepfändete Anspruch so wie er in dem Pfändungsbeschluss richtig bezeichnet wurde bzw. ob der gepfändete "Anspruch auf Auszahlung des hälftigen Kaufpreises", tatsächlich bestand.

Zunächst ist zu fragen, in welchem Gemeinschaftsverhältnis die Forderung den Ehegatten materiell-rechtlich zusteht. Im Kaufvertrag und der Verwahrungsanweisung wurde keine Aufteilung des Restkaufpreises vorgenommen, sondern die Auszahlung ausdrücklich von einer gemeinsamen Anweisung beider Ehegatten abhängig gemacht. Materiell-rechtlich sind die Ehegatten damit wohl – wie auch sonst Verkäufer im Zweifel – **im Innenverhältnis Bruchteilsberechtigter nach §§ 741 ff. BGB und im Außenverhältnis Mitgläubiger nach § 432 BGB**. Denn wenn mehrere Verkäufer verkaufen, so gilt im Blick auf die Kaufpreisforderung im Außenverhältnis zum Käufer § 432 BGB, im Innenverhältnis der Verkäufer gelten die §§ 741 ff. BGB (BGH NJW 1988, 1482, 1483; BayObLGZ 1998, 187, 189 f.; OLG Düsseldorf WM 1998, 1875, 1879; Litzener, Die Gläubigermehrheit an der Kaufpreisforderung aus dem Grundstückskaufvertrag, NotBZ 2003, 296; Palandt/Heinrichs, BGB, 63. Aufl. 2004, § 432 BGB Rn. 2; MünchKomm/Bydlinski, BGB, 4. Aufl. 2003, § 432 BGB Rn. 4; Staudinger/Kaduk, BGB, 12. Aufl. 1994, Einl. zu §§ 420 ff. BGB Rn. 102). Denn die Kaufpreisforderung stellt eine rechtlich unteilbare Forderung i. S. d. § 432 BGB dar, auch wenn den Verkäufern das Grundstück in Bruchteils-eigentum gehörte (§§ 741 ff., 1008 ff. BGB). Dasselbe Gemeinschaftsverhältnis muss für den Auskehrungsanspruch gegen den Notar gelten, da dieser bloßes Nebenrecht des Kaufpreisanspruches i. S. d. § 401 BGB ist (BGH DNotZ 1999, 26 = NJW 1998, 2134, 2135).

Steht eine Forderung mehreren Gläubigern in Mitgläubigerschaft nach § 432 BGB zu, so kann der Vollstreckungsgläubiger nicht einen dem Beteiligungsverhältnis entsprechenden (betragsmäßigen oder anteilmäßigen) Anteil der Forderung pfänden (BGH NJW 1969, 839; BayObLGZ 1998, 187, 190; Stöber, Forderungspfändung, 13. Aufl. 2002, Rn. 62, 1549; Schuschke, in: Schuschke/Walker, ZPO, 3. Aufl. 2002, § 829 ZPO Rn. 17).

Jedoch kann der **Schuldneranteil an der Bruchteilsgemeinschaft gepfändet** werden. Die Pfändung des Gemeinschaftsanteils des Bruchteilsberechtigten an einer Forderung hat nach den für die Pfändung der ganzen Forderung geltenden Vorschriften zu erfolgen, d. h. nach § 829 ZPO. Erforderlich dafür ist – wie für die Pfändung des gesamten Kaufpreisanspruches – eine Zustellung des Pfändungsbeschlusses sowohl an den Käufer als auch an den verwahrenden Notar.

Ebenso wäre die Pfändung des (künftigen) Anspruchs gegen die Gemeinschaft nach Einziehung der ihr nach § 432 BGB bereits geleisteten Forderung denkbar, d. h. al-

so Pfändung des Geldes in den Händen der Gemeinschaftler, und damit des bei Auseinandersetzung der Schuldner zustehenden anteiligen Kaufpreisanworts. Hinsichtlich dieses Anworts wäre die Gläubigerin als Miteigentümerin (Mitberechtigte) Drittschuldnerin (Stöber, Forderungspfändung, Rn. 1549 a. E.). Damit wäre eine Zustellung des Pfändungsbeschlusses nicht nur an den anderen Miteigentümer (Ehemann), sondern auch an die Ehefrau selbst zur Wirksamkeit der Pfändung erforderlich gewesen (§ 829 Abs. 3 ZPO). Denn eine derartige Zustellung ist nach allgemeiner Ansicht dann erforderlich, wenn der Gläubiger selbst Drittschuldner ist (Stöber, Forderungspfändung, Rn. 526). Eine derartige Zustellung an die Ehefrau selbst ist aber nicht erfolgt.

c) Im vorliegenden Fall wurde der "Anspruch auf Auszahlung des hälftigen Preises" gepfändet und überwiesen. Wir würden davon ausgehen, dass dies zur Bezeichnung des gepfändeten Bruchteilsanteils genügt, auch wenn die Bezeichnung nicht genau zutrifft.

Denn auch der **Pfändungsbeschluss ist auslegungsfähig**. Daher schaden grundsätzlich "kleine Ungenauigkeiten" nach der Literatur nicht, während "wesentliche Ungenauigkeiten" zur Unwirksamkeit der Pfändung wegen Nichtigkeit der Pfändungsbeschlusses führen (MünchKomm-ZPO/Smid, 2. Aufl. 2001, § 829 ZPO Rn. 19; Musielak/Becker, ZPO, 3. Aufl. 2002, § 829 ZPO Rn. 15). Es muss daher insbesondere die Forderung an den Drittschuldner so bestimmt bezeichnet sein, dass feststeht, welche Forderung Gegenstand der Zwangsvollstreckung ist; die bezeichnete Forderung muss von anderen unterschieden werden können und die Feststellung ihrer Intensität muss gesichert sein (Zöller/Stöber, ZPO, 23. Aufl. 2002, § 829 ZPO Rn. 8).

Die Pfändung des Bruchteils an der gemeinschaftlichen Forderung ist auch wesentlich näher liegend als die theoretische Möglichkeit der Pfändung des "Geldes in den Händen" der gemeinschaftlich Berechtigten.

d) Die Pfändung scheitert nicht daran, dass die pfändende Ehefrau selbst Mitberechtigte der gepfändeten Forderung ist, denn sie pfändet nur die Mitberechtigung ihres Ehemannes, nicht ihre eigene Mitberechtigung.

2. Rechtsfolgen der Pfändung

a) Im Umfang der Pfändung und Überweisung **tritt der Pfändungsgläubiger materiell-rechtlich sowie verfahrensrechtlich in die Rechtstellung des zuvor auszahlungsberechtigten Verkäufers ein** (§ 836 Abs. 1 ZPO). Er ist nun anstelle des Vollstreckungsschuldners Beteiligter am Verwaltungsverfahren (BayObLG DNotI-Report 1997, 220 = MittBayNot 1998, 120; OLG Hamm DNotZ 1983, 61, 63; OLG Hamm DNotZ 1983, 702, 703; OLG Duisburg MittRhNotK 1984, 26, 27; LG Wuppertal MittRhNotK 1984, 149, 150; Hertel, in: Eylmann/Vaasen, BNotO und BeurkG, 2000, § 23 BNotO Rn. 38).

Nachdem vorliegend wegen einer Unterhaltsforderung vollstreckt wurde, sollte der Notar allerdings besonders sorgfältig prüfen, ob der titulierte Unterhaltsanspruch auch die volle Höhe des gepfändeten Anworts erreicht. Denn insoweit ist das Einziehungsrecht betragsmäßig begrenzt.

b) Im vorliegenden Fall hing die Auszahlung von einer einvernehmlichen Anweisung beider Ehegatten ab. Durch die Pfändung und Überweisung rückte die pfändende Ehe-

frau auch in die Rechtsstellung des Ehemannes hinsichtlich des Verwahrungsbetrages ein. Daher **genügte zur Auszahlung eine Anweisung allein der Ehefrau.**

3. Aufhebung des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses auf Erinnerung des Vollstreckungsschuldners hin

a) Gegen den Pfändungs- und Überweisungsbeschluss nach § 828 ZPO steht dem Vollstreckungsschuldner die Erinnerung nach § 766 ZPO zu. Auf diese Erinnerung hin wurde vorliegend der Pfändungs- und Überweisungsbeschluss aufgehoben.

Dabei stellt sich die Frage, ob nachträglich die Berechtigung für die Auszahlung durch den Notar entfallen ist – bzw. ob der Notar erst hätte abwarten müssen, ob gegen den Pfändungs- und Überweisungsbeschluss Erinnerung eingelegt wird (wobei die Erinnerung nach § 766 ZPO nicht fristgebunden ist, so dass sich dann die Folgefrage stellen würde, bis zu welchem Zeitpunkt der Notar mit der Auszahlung hätte abwarten müssen).

b) Die **Aufhebung eines Pfändungsbeschlusses wird jedoch erst mit Bekanntgabe der Entscheidung wirksam** (BGHZ 66, 394 = NJW 1976, 1453; OLG Celle Rpfleger 1962, 282; Rpfleger 1961, 56; OLG Hamburg Rpfleger 1962, 383; OLG Hamm Rpfleger 1963, 20; OLG Koblenz Rpfleger 1986, 229; OLG Köln ZIP 1980, 578, 579; NJW-RR 1987, 380 = Rpfleger 1984, 488; OLG Schleswig SchlHA 1993, 91; Stöber, Forderungspfändung, Rn. 741; Zöller/Stöber, § 766 ZPO Rn. 30). Damit erlöschen das Pfändungspfandrecht und die Folgen der Überweisung erst mit der aufhebenden Entscheidung – und nicht etwa rückwirkend (BGHZ 69, 144, 149 = NJW 1977, 1881 = Rpfleger 1977, 298; Hartmann, in: Baumbach/Lauterbach/Albers/ Hartmann, ZPO, 59. Aufl. 2001, § 766 ZPO Rn. 27).

Erfolgte daher die Anweisung durch die Ehefrau und die Auszahlung durch den Notar vor der Aufhebung des Pfändungsbeschlusses, so war die Ehefrau zu diesem Zeitpunkt kraft des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses noch befugt, allein über die Forderung zu verfügen. Der Notar hat dann zu Recht ausgezahlt.

c) Damit verbleibt nur der Fall, dass der Notar auszahlt, nachdem der Aufhebungsbeschluss bereits ergangen war, aber bevor der Notar davon erfuhr. Dieser Fall ist in **§ 836 Abs. 2 ZPO** geregelt. Danach gilt der Überweisungsbeschluss, auch wenn er zu Unrecht erlassen wurde, zugunsten des Drittschuldners dem Schuldner gegenüber so lange als rechtsbeständig, bis er aufgehoben wird und die Aufhebung zur Kenntnis des Drittschuldners gelangt. Diese Vorschrift zum **Schutz des Drittschuldners** ähnelt dem Schuldnerschutz nach §§ 407, 409 BGB bei einer noch nicht angezeigten bzw. fälschlich angezeigten Forderungsabtretung.

Allerdings erfasst die Norm nach ihrem Wortlaut und nach Auffassung des BGH nur aufhebbare, nicht aber unwirksame Beschlüsse (BGHZ 121, 129, 104 = NJW 1993, 735). Dies hat der BGH allerdings mittlerweile selbst eingeschränkt (BGHZ 127, 146, 150 = NJW 1954, 3225). Von der Literatur wird jedenfalls teilweise auch insoweit eine entsprechende Anwendung vertreten (vgl. etwa Musielak/Becker, § 836 ZPO Rn. 3; Zöller/Stöber, § 836 ZPO Rn. 7; a. A. Hartmann, § 836 ZPO Rn. 3).

Diese Streitfrage wäre vorliegend nur dann relevant, wenn man unterstellen würde, dass der Pfändungs- und Überweisungsbeschluss von vornherein unwirksam ist. Er ist aber nach unserer Ansicht wirksam und bewirkt eine Pfändung der Mitberechtigung des Ehemannes, auch wenn sein Wortlaut auf eine Pfändung des so nicht bestehenden hälftigen Zahlungsanspruches lautet.

BGB §§ 2311, 516, 528, 530

Wertmindernde Berücksichtigung einer Rückübertragungsverpflichtung des Grundstücksübernehmers bei der Pflichtteilsberechnung; Beerbung des Rückforderungsverpflichteten durch den Rückforderungsberechtigten

I. Sachverhalt

Der Vater überließ seinem Sohn ein Grundstück. Der Vater behielt sich ein Rückforderungsrecht u. a. für den Fall vor, dass der Sohn vor dem Vater verstirbt. Der Sohn ist zwischenzeitlich an Krebs erkrankt, so dass er wahrscheinlich vor seinem Vater sterben wird. Der Sohn ist unverheiratet, hat aber eine nichteheliche Tochter. Der Sohn hat ein Testament errichtet, in dem er seinen Vater als Alleinerben einsetzt und seine Tochter ausdrücklich enterbt.

Bei Testamentserrichtung ging der Sohn davon aus, dass die Rückübertragung des überlassenen Anwesens rechtsgeschäftlich aufgrund des vorbehaltenen Rücktrittsrechts erfolgt und somit das Grundstück bei der Pflichtteilsberechnung seiner nichtehelichen Tochter nicht zu berücksichtigen sei.

Der Sohn bezweifelt nun jedoch, dass das Rückforderungsrecht von seinem Vater noch ausgeübt werden kann (und entsprechend bei der Pflichtteilsberechnung berücksichtigt werden kann), wenn er seinen Vater als Alleinerben einsetzt. Denn nach einer Entscheidung des BGH vom 3.12.1999 geht die Vorkaufsrechtsausübung des Vorkaufsberechtigten ins Leere, wenn er Alleinerbe des Vorkaufsverpflichteten wird (BGH DNotZ 2001, 55 mit Anm. Lüke, DNotZ 2001, 59 mit Anm. Wacke DNotZ 2001, 302 = NJW 2000, 1033 = MittRhNotK 2000, 427 mit Anm. Dienstühler). Da das Grundstück der wichtigste Vermögensgegenstand des Sohnes ist, überlegt der Sohn, ggf. lieber einen Dritten zum Erben einzusetzen, damit sein Vater das Rückforderungsrecht ausüben kann.

II. Frage

1. Kann das Rückforderungsrecht auch ausgeübt werden, wenn der Rückforderungsberechtigte Alleinerbe des Erwerbers wird?

2. Ist das Rückforderungsrecht dann bei der Pflichtteilsberechnung noch zu berücksichtigen?

III. Zur Rechtslage

1. Berücksichtigung der Rückübertragungspflicht bei der Pflichtteilsberechnung – allgemein

a) Ausgestaltung des Rückforderungsrechts

Die Vereinbarung eines Rückforderungsrechts für den Fall, dass der Erwerber vor dem Veräußerer verstirbt, ist häufiger Bestandteil eines Übergabe- bzw. Überlassungsvertrages. Dabei kommen für die Ausgestaltung des Rückfalls des

Übertragungsobjektes unterschiedliche rechtliche Konstruktionen in Frage:

- die Vereinbarung einer auflösenden Bedingung im Sinne von § 158 Abs. 2 BGB für den Schenkungsvertrag,
- die Vereinbarung eines Widerrufsvorbehalts, der über § 530 Abs. 1 BGB hinausgeht,
- ein vertragliches Rücktrittsrecht, das zur Rückabwicklung nach den §§ 346 ff. BGB führt
- oder aber die Vereinbarung eines vertraglichen Rückforderungsrechts, das unabhängig von den gesetzlichen Regelungen die Voraussetzungen, die Durchführung und Rechtsfolgen des Rückfalls des Übertragungsobjekts an den Veräußerer regelt

(vgl. Ellenbeck, Die Vereinbarung von Rückforderungsrechten in Grundstücksübertragungsverträgen, MittRhNotK 1997, 41, 44). In der Regel wird in der Gestaltungspraxis keine auflösende Bedingung nach § 158 Abs. 2 BGB vorgesehen, sondern ein **vertragliches Rückforderungsrecht** vereinbart, um dem Veräußerer ein zeitlich begrenztes Entscheidungsrecht zu geben (vgl. Weser, ZEV 1995, 353, 356 ff.; Jülicher, ZEV 1998, 201, 289; Jerschke, in: Beck'sches Notar-Handbuch, 3. Aufl. 2000, A V Rn. 225).

Während beispielsweise die Vereinbarung einer auflösenden Bedingung unmittelbar zur Folge hat, dass infolge des Eintritts der Bedingung der Schenkungsvertrag ipso jure unwirksam wird und der Anspruch auf Rückabwicklung des Schenkungsvertrages entsteht, besteht beim vertraglichen Rückforderungsrecht lediglich ein aufschiebend bedingter Anspruch auf Rückübertragung, d. h. die **Entstehung des Anspruchs auf Rückübertragung** ist von der Geltendmachung im Sinne einer **rechtsgestaltenden Willenserklärung abhängig** (vgl. Weser, ZEV 1995, 253, 357; Ellenbeck, MittRhNotK 1997, 41, 45).

b) Pflichtteilsberechnung bei Rückforderungsrecht

Für die Berücksichtigung im Rahmen der Pflichtteilsberechnung hat dies folgende Auswirkungen: Gem. § 2311 Abs. 1 S. 1 BGB wird der Berechnung des Pflichtteils der **Bestand und der Wert des Nachlasses z. Zt. des Erbfalls** zugrunde gelegt. Dabei ergibt sich der Nachlassbestand aus einem Vergleich der im Zeitpunkt des Erbfalls vorhandenen Aktiva und Passiva des Nachlasses (vgl. nur Palandt/Edenhofer, BGB, 63. Aufl. 2004, § 2311 BGB Rn. 1). Zu dem **Aktivbestand** gehören alle Vermögensgegenstände des Erblassers, worunter nicht nur die zum Zeitpunkt des Erbfalls begründeten Rechtspositionen, sondern alle vermögensrechtlichen Positionen oder Beziehungen zu verstehen sind, die der Erblasser noch zu seinen Lebzeiten eingeleitet hat, die aber erst mit seinem Tod oder nach seinem Tod endgültige Rechtswirkungen entfalten (vgl. Staudinger/Haas, BGB, 13. Aufl. 1998, § 2311 BGB Rn. 13 m. w. N.). Damit ist ohne weiteres auch das Grundstück, das sich im Eigentum des Erblassers befindet, mit seinem Verkehrswert zum Zeitpunkt des Erbfalls in die Pflichtteilsberechnung einzustellen.

Von dem so ermittelten Aktivbestand des Erblasservermögens ist der **Passivbestand** abzuziehen. Zum Passivbestand zählen nur jene Nachlassverbindlichkeiten und Lasten, die auch beim Eintritt der reinen gesetzlichen Erbfolge gegeben wären, nicht also jene, die aus einer Verfügung des Erblassers von Todes wegen herrühren (vgl. Staudinger/Haas, § 2311 BGB Rn. 26). Andernfalls hätte es der Erblasser in der Hand, den Nachlasswert beispielsweise durch Aussetzung von umfangreichen Vermächtnissen zu reduzieren.

Dabei werden nach h. A. die Erbfallschulden im Sinne von § 1967 Abs. 2 BGB sowie die (sonstigen) **Erblasserschulden** als abzugsfähig angesehen (vgl. Staudinger/Haas, § 2311 BGB Rn. 26, 31 ff.). Erfasst werden damit nicht nur die Nachlassverbindlichkeiten, die im Zeitpunkt des Erbfalls bereits entstanden sind, sondern auch diejenigen, die zu diesem Zeitpunkt bereits im Keim angelegt waren (vgl. Staudinger/Haas, § 2311 BGB Rn. 26 m. w. N.). Auch bei der hier in Frage stehenden Rückübertragungsverpflichtung handelt es sich um eine "vom Erblasser herrührende Schuld", so dass grundsätzlich von einer Abzugsfähigkeit der Verbindlichkeit ausgegangen werden kann.

Allerdings ist zu berücksichtigen, dass – je nach Ausgestaltung des Rückforderungsrechts (vgl. oben) – beim Eintritt des Erbfalls nicht zwangsläufig ein Rückforderungsanspruch des Grundstücksübergebers zur Entstehung gelangt sein muss. Handelt es sich bei dem Rückforderungsrecht vielmehr um ein vertragliches Rückforderungsrecht, bei dem der Rückübertragungsanspruch erst nach Geltendmachung desselben (also mit dem Rückforderungsverlangen) entsteht, so kann diese (aufschiebend bedingte) Verbindlichkeit nicht ohne weiteres wertmindernd Berücksichtigung finden. Denn **§ 2313 Abs. 1 S. 1 BGB** sieht vor, dass bei der Feststellung des Nachlasswertes Rechte und Verbindlichkeiten außer Acht bleiben, die von einer aufschiebenden Bedingung abhängig sind. Solche Rechte bzw. Verbindlichkeiten können gem. § 2313 Abs. 1 S. 3 BGB erst dann Berücksichtigung finden, wenn die Bedingung eintritt. Dann hat eine der veränderten Rechtslage entsprechende Ausgleichung zu erfolgen.

Dies bedeutet für den Fall eines vertraglichen Rückforderungsrechts, dass dieses nicht als Nachlasspassivum Berücksichtigung finden kann, sofern der Rückforderungsberechtigte den Anspruch noch nicht erhoben hat. Wird der Anspruch jedoch erhoben, so tritt damit die aufschiebende Bedingung im Sinne von § 2313 Abs. 1 S. 3 BGB ein, so dass der Rückforderungsanspruch mit seinem Verkehrswert (der in der Regel dem Verkehrswert des rückzuübertragenden Grundbesitzes entsprechen wird) als Nachlasspassivum in die Wertberechnung eingestellt werden kann.

2. Beerbung des Rückforderungsverpflichteten durch den Rückforderungsberechtigten

a) Erlöschen des Rückforderungsrechts

Das Rückforderungsrecht für den Fall des Vorversterbens des Erwerbers ist gegen die Erben des Erwerbers als dessen Gesamtrechtsnachfolger geltend zu machen. Wird allerdings der Rückforderungsberechtigte Alleinerbe des Erwerbers, vereinigen sich in seiner Person Forderung und Schuld. Diese sog. **Konfusion** hat in der Regel ein Erlöschen des Schuldverhältnisses zur Folge (vgl. Gernhuber, Die Erfüllung und ihre Surrogate, 2. Aufl. 1994, S. 416; Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, 14. Aufl. 1987, S. 270; vgl. auch Palandt/Heinrichs, BGB, Überblick vor § 362 BGB Rn. 4). Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass für den Fortbestand einer Forderung/Verpflichtung bzw. eines Schuldverhältnisses kein rechtliches Bedürfnis mehr besteht und dieses seinen ursprünglichen Sinn verloren hat, wenn sich korrespondierende Rechte und Pflichten in einer Person vereinigen (vgl. Larenz, S. 270; Gernhuber, S. 419). Aus diesem Grund ist der Eintritt der Konfusion auch keinesfalls zwingend, sondern gerade davon abhängig, dass für den Fortbestand des Schuldverhältnisses kein rechtliches Bedürfnis mehr besteht.

b) Keine Berücksichtigung der Konfusion bei der Pflichtteilsberechnung

Für die Pflichtteilsberechnung gem. § 2311 BGB ist nunmehr allgemein anerkannt, dass Rechtsverhältnisse, welche infolge des Erbfalls durch Konfusion (oder Konsolidation) erloschen sind, **als nicht erloschen** gelten (BGHZ 98, 382 = DNotZ 1987, 764 = NJW 1987, 1260, 1262; BGH DNotZ 1978, 487, 489; MünchKomm/Frank, BGB, 3. Aufl., § 2311 BGB Rn. 5; Palandt/Edenhofer, § 2311 BGB Rn. 2). Dies wird aus dem Rechtsgedanken der §§ 1978, 1991 Abs. 2, 2143, 2175 u. 2377 BGB hergeleitet (vgl. Staudinger/Haas, § 2311 BGB Rn. 15, 37). Für die Pflichtteilsberechnung gelten also Forderungen gegen den Nachlass oder dingliche Rechte, die durch Konfusion bzw. durch Konsolidation erlöschen, als nicht erloschen. Andernfalls würde der Pflichtteilsberechtigte ungerechtfertigterweise davon profitieren, dass der Erblasser nicht einen Dritten, sondern den Gläubiger zum Erben eingesetzt hat (vgl. auch MünchKomm/Frank, § 2311 BGB Rn. 5: Die Höhe des Pflichtteilsanspruchs könne nicht davon abhängen, wer zufällig Erbe wird und ob in der Person des Erben die Voraussetzungen einer Konfusion vorlägen).

Dabei dürfte es in diesem Zusammenhang u. E. keine Rolle spielen, ob die Forderung bzw. Verpflichtung zum Zeitpunkt des Erbfalls bereits endgültig entstanden ist oder ob deren Entstehung noch von der Geltendmachung eines Gestaltungsrechts o. ä. abhängt, das allerdings infolge Vereinigung der Rechtsstellung des Schuldners mit der des Gläubigers nicht wirksam ausgeübt werden kann. Denn in beiden Fällen ist dem Erben aufgrund des erbrechtlichen Erwerbs der Rechtsstellung des Schuldners eine Geltendmachung und Durchsetzung seiner Rechte verwehrt.

Im Ergebnis gehen wir daher davon aus, dass das vertragliche Rückforderungsrecht nachlassmindernd Berücksichtigung findet, auch wenn infolge des Eintritts der Konfusion der Rückforderungsanspruch nicht mehr zur Entstehung gebracht oder erfüllt werden kann.

Aus der Entscheidung des **BGH vom 3.12.1999** (DNotZ 2001, 55 = NJW 2000, 1033) kann u. E. kein zwingendes Gegenargument hierfür abgeleitet werden. Dafür spielt es keine Rolle, ob man die Entscheidung für richtig hält oder ob man sich der teilweise in der Literatur geübten Kritik anschließt (vgl. etwa Flume, JZ 2000, 1159; Olshausen, NJW 2000, 2872; Wacke, DNotZ 2001, 302 ff.). Denn vorliegend liegt das Hauptproblem nicht in der vom BGH (für das Vorkaufsrecht) entschiedenen Frage, ob das (Rück-)Forderungsrecht noch zur Entstehung gebracht oder erfüllt werden kann, sondern darin, welche wertungsmäßigen Konsequenzen man hieraus für die Pflichtteilsberechnung zieht. Betroffen ist also die Frage nach den rechtlichen Konsequenzen, die sich aus der Vereinigung der Rechtsstellung des Berechtigten und des Verpflichteten und einer daraus resultierenden "Undurchführbarkeit" des Schuldverhältnisses ergeben, die im Kontext verschiedener Normen u. E. auch unterschiedlich zu beantworten sein kann. Daher lässt sich die Entscheidung, die zur Ausübung eines Vorkaufsrechts und zur Frage der Wirksamkeit der zuvor bewilligten Vormerkung ergangen ist, nicht ohne weiteres auf die hier gegebene erbrechtliche Problematik übertragen.

3. Erbeinsetzung eines Dritten

Nach unserer Ansicht kann das Rückforderungsrecht auch im Rahmen der Pflichtteilsberechnung nachlassmindernd Berücksichtigung finden, wenn der Rückforderungsberech-

tigte den Rückforderungsverpflichteten als Alleinerbe beerbt. Auf alternative Gestaltungen kommt es daher aus unserer Sicht nicht an.

Insoweit daher nur hilfsweise folgende Bemerkungen: Wird ein Dritter zum Erben eingesetzt, könnte aufgrund der Personenverschiedenheit von Rückforderungsberechtigtem und Rückforderungsverpflichtetem die Rückübergabe ohne weiteres vorgenommen werden. Schenkungssteuerliche Nachteile hat dies nicht (vgl. § 29 ErbStG).

Würde dagegen der bislang als Alleinerbe vorgesehene Rückforderungsberechtigte lediglich zum Vorerben eingesetzt, so würde sich u. E. an der oben dargelegten Problematik der Konfusion nichts ändern. Denn § 2143 BGB sieht eine Rückgängigmachung der (trotz Anordnung der Nacherbfolge gleichwohl eintretenden) Konfusion erst mit dem Eintritt der Nacherbfolge vor. Erst in diesem Zeitpunkt würde der Vorerbe also dem Nacherben schulden, was er dem Erblasser schuldete und kann vom Nacherben fordern, was ihm der Erblasser schuldig war (vgl. nur Palandt/Edenhofer, § 2143 BGB Rn. 1).

4. Möglichkeiten nach dem Erbfall

Selbst wenn man den vorstehenden Überlegungen zur Konfusion im Rahmen der Pflichtteilsberechnung nicht folgen wollte, bestünden für den Vater nach Eintritt des Erbfalls folgende Möglichkeiten: Er könnte zum Einen die Erbschaft ausschlagen mit der Folge, dass sie gem. § 1953 Abs. 2 BGB demjenigen anfiel, der berufen sein würde, wenn der primär Bedachte zum Zeitpunkt des Erbfalls bereits vorverstorben gewesen wäre. Es käme dann folglich ein testamentarischer oder gesetzlicher Ersatzerbe zum Zuge. Zum Anderen könnte der Vater Nachlassverwaltung beantragen, wodurch der Eintritt der Konfusion gem. § 1976 BGB jedenfalls verhindert würde.

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.

BauGB § 11 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2

Einheimischenmodell als Angebotsmodell; Kaufpreis

Fax-Abruf-Nr.: **11334**

AktG § 182

AG: Frist zur Durchführung einer Kapitalerhöhung; Reparatur eines entsprechenden fehlerhaften Kapitalerhöhungsbeschlusses

Fax-Abruf-Nr.: **13127**

BNotO § 23; BeurkG § 54b Abs. 3; DNot § 27 Abs. 4; EStG § 44

Zinsabschlagsteuerbescheinigung bei mehrjähriger Verwahrung auf Notaranderkonto

Fax-Abruf-Nr.: **11335**

Werbeseite

Werbeseite

InsO §§ 80, 82, 103; BGB §§ 873, 925
Genehmigung der Auflassung durch den Insolvenzverwalter in der Insolvenz des Käufers; Prüfungsrecht des Grundbuchamts und Ausübung des Wahlrechts des Insolvenzverwalters
Fax-Abruf-Nr.: 11336

InsO §§ 103 ff.; 119
Löschungsklausel für den Fall der Insolvenz des Vertragspartners
Fax-Abruf-Nr.: 11337

Rechtsprechung

WEG §§ 3 Abs. 1, 7 Abs. 4 Nr. 1
Kein Sondereigentum, wenn Räume infolge abweichender Bauausführung nicht mehr zugeordnet werden können; Anspruch auf Anpassung der Teilungserklärung

a) Wird bei Bauausführung einer Wohnungseigentumsanlage von dem Aufteilungsplan in einer Weise abgewichen, die es unmöglich macht, die errichteten Räume einer in dem Aufteilungsplan ausgewiesenen Raumeinheit zuzuordnen, entsteht an ihnen kein Sondereigentum, sondern gemeinschaftliches Eigentum.

b) Kann aus diesem Grund nur ein isolierter, nicht mit Sondereigentum verbundener Miteigentumsanteil erworben werden, so sind die Miteigentümer verpflichtet, den Teilungsvertrag nebst Aufteilungsplan der tatsächlichen Bebauung anzupassen, soweit ihnen dies – ggf. auch gegen Ausgleichszahlungen – zumutbar ist.

BGH, Urt. v. 5.12.2003 – V ZR 447/01
Kz.: L I 4 – § 7 Abs. 4 Nr. 1 WEG
Fax-Abruf-Nr.: 10365

Problem

Ein Grundstück wurde anstelle einer nicht möglichen Realteilung dergestalt in Wohnungseigentum aufgeteilt, das daraus drei Baukörper entstehen sollten, denen jeweils ein Grundstücksteil als Sondernutzungsfläche zugewiesen wurde. Später wurde ein Nachtrag zur Teilungserklärung beurkundet, wonach auf der mittleren Sondernutzungsfläche anstelle des ursprünglich geplanten Doppelhauses nur ein einzelner Baukörper entstehen sollte; dieser Nachtrag wurde jedoch nicht im Grundbuch vollzogen.

Danach erwarben die Kläger des Ausgangsverfahrens das mit dem Sondereigentum an dem Gebäude auf der mittleren Teilfläche verbundene Wohnungseigentum und errichteten ein Gebäude entsprechend dem nicht vollzogenen Nachtrag zur Teilungserklärung. Nunmehr versuchten die Kläger von den Wohnungseigentümern der beiden Einfamilienhäuser auf der nördlichen und südlichen Grundstücksteilfläche die Zustimmung zum Vollzug der Änderung der Teilungserklärung einzuklagen.

Entscheidung

Aus der Nachtragsurkunde zur Änderung der Teilungserklärung konnten die Kläger kein derartiges Recht ableiten. Die anderen Wohnungseigentümer waren an das dingliche Rechtsgeschäft der Änderung des Teilungsvertrages nicht

gebunden, weil die Änderung im Grundbuch nicht vollzogen war. Schuldrechtliche Ansprüche konnten die Kläger nicht geltend machen, da sie nicht selbst an der Änderung der Teilungserklärung beteiligt waren und ihnen solche Rechte auch nicht abgetreten waren.

Das Wohnungseigentum der Kläger bestand nur aus einem sondereigentumslosen ("isolierten") Miteigentumsanteil. Denn das tatsächlich errichtete Gebäude wies in Grundfläche und innerer Aufteilung keine auch nur teilweise Übereinstimmung mit dem vorgesehenen Objekt auf. Außerdem war anstelle des geplanten Doppelhauses ein einheitlicher Baukörper errichtet. Damit lag eine wesentliche Bauabweichung gegenüber dem Aufteilungsplan vor, die die Entstehung von Sondereigentum verhinderte.

Aufgrund des wohnungseigentumsrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses sind die übrigen Wohnungseigentümer jedoch verpflichtet, die Teilungserklärung so zu ändern, dass der sondereigentumslose Miteigentumsanteil nicht weiter bestehen bleibt, sondern der Aufteilungsplan der tatsächlichen Bebauung angepasst wird, soweit dies den anderen Wohnungseigentümern nach Trau und Glauben zumutbar ist. Zumutbar war den übrigen Wohnungseigentümern die Änderung, wenn sich die tatsächliche Bauausführung an die Vereinbarung zur Abänderung der Teilungserklärung hielt. Auch wenn die im Innenverhältnis vereinbarte Einhaltung der bauordnungsrechtlichen Abstandsflächen unterschritten wurde, war dies zumutbar, soweit der in der Unterschreitung der Abstandsflächen liegende "Überbau" entsprechend § 912 BGB zu dulden wäre.

BGB § 1365; ZPO § 628
Zur entsprechenden Anwendung des § 1365 BGB nach Rechtskraft der Scheidung, aber vor rechtskräftiger Entscheidung über die Folgesache "Zugewinnausgleich"

Auch nach Rechtskraft der Ehescheidung bedarf der über sein (nahezu) gesamtes Vermögen verfügende der Zustimmung des von ihm geschiedenen Ehegatten, sofern die abgetrennte Folgesache Zugewinn noch anhängig ist.

OLG Celle, Urt. v. 25.6.2003 – 15 UF 30/03
Kz.: L I 1 – § 1365 BGB
Fax-Abruf-Nr.: 10366

Problem

Die Ehe der Beteiligten wurde rechtskräftig geschieden. Zuvor war die anhängig gemachte Folgesache "Zugewinnausgleich" gem. § 628 S. 1 Nr. 4 ZPO abgetrennt worden. Vor rechtskräftiger Entscheidung über diese Folgesache veräußerte der geschiedene Ehemann mit notarieller Urkunde ihm gehörenden Grundbesitz, welcher im Wesentlichen sein gesamtes Vermögen darstellte. Die geschiedene Ehefrau erhob daraufhin gem. §§ 894, 1368 BGB Klage auf Grundbuchberichtigung.

Entscheidung

Das OLG Celle hat der Klage stattgegeben. Zwar gilt das Zustimmungserfordernis des § 1365 BGB unmittelbar nur für solche Verfügungen, die im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft vorgenommen werden. Daher kann nach Beendigung des Güterstandes durch Eintritt der Rechtskraft des Scheidungsurteils grundsätzlich jeder Ehe-

gatte frei, d. h. ohne Zustimmung des anderen über sein Vermögen verfügen. Sei aber der **Zugewinnausgleichsanspruch als abgetrennte Folgesache noch rechtshängig**, müsse § 1365 BGB entsprechend angewandt werden, da diese Vorschrift auch die Durchsetzbarkeit der Zugewinnausgleichsforderung schützen solle (ebenso bereits OLG Köln FamRZ 2001, 176; Palandt/Brüdermüller, BGB, 63. Aufl. 2004, § 1365 Rn. 3; MünchKomm-Koch, BGB, 4. Aufl. 2000, § 1365 Rn. 6).

BGB § 2325 Abs. 3 Fristlauf bei Vorbehalt eines Wohnungsrechts an Teil des übertragenen Hausgrundstücks

Der Fristbeginn des § 2325 Abs. 3 BGB ist nicht hinausgeschoben, wenn der Erblasser sich am übertragenen Grundstück lediglich für einen Teil ein Wohnungsrecht vorbehalten und auf ein Rückforderungsrecht verzichtet hat (Leitsatz der DNotI-Redaktion).

OLG Celle, Beschl. v. 27.5.2003 – 6 U 236/02
Kz.: L I 1 – § 2325 BGB
Fax-Abwurf-Nr.: 10367

Problem

Zur **Grundstücksüberlassung unter Totalnießbrauchs-vorbehalt** hatte der BGH in seiner grundlegenden Entscheidung vom 27.4.1994 (BGHZ 125, 395 = DNotZ 1994, 784 = NJW 1994, 1791) entschieden, dass eine solche Schenkung unabhängig von ihrem dinglichen Vollzug pflichtteilsergänzungspflichtig bleibt, weil der Schenker durch den Vorbehalt des Nießbrauchs den "Genuss" des verschenkten Gegenstandes nicht aufgegeben habe. Eine "Leistung" i. S. von § 2325 Abs. 3 Hs. 1 BGB liege vielmehr nur dann vor, wenn der Erblasser nicht nur seine Rechtsstellung als Eigentümer endgültig aufgegeben habe, sondern auch darauf verzichtet habe, den verschenkten Gegenstand **im Wesentlichen weiterhin zu nutzen**.

Eine entsprechende Entscheidung des BGH zur Frage, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen der Vorbehalt eines **Wohnungsrechts** dem Fristlauf nach § 2325 Abs. 3 BGB entgegensteht, steht bis zum heutigen Tage aus. Das LG Münster (MittBayNot 1997, 113) bejahte im Hinblick auf ein als Bestandteil eines Altenteilsrechts vorbehaltenes Wohnungsrecht das Vorliegen einer "Leistung" im Sinne des § 2325 Abs. 3 BGB. Gleiches nahm das **OLG Düsseldorf** (FamRZ 1997, 1114) im Hinblick auf ein lediglich bezüglich der Wohnung im Erdgeschoss und den zugeordneten Nebenflächen vorbehaltenes Wohnungsrecht an. In einer weiteren Entscheidung verneinte das OLG Düsseldorf (NJWE-FER 1999, 279 = FamRZ 1999, 1546) allerdings einen Fristlauf im Sinne von § 2325 Abs. 3 BGB, wobei sich die Übergeberin in diesem Fall ein lebenslanges unentgeltliches Wohnungsrecht an den Räumen im Erdgeschoss und an einem Raum im Obergeschoss, ein Nutzungsrecht hinsichtlich der Gemeinschaftsanlagen und schließlich ein bedingtes Rückforderungsrecht vorbehalten hatte.

In dem der vorliegenden Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt hatte sich die Erblasserin, die zu 1/2 Miteigentümerin des Grundstücks war, lediglich ein Wohnrecht an der im östlichen Teil des Hauses gelegenen Wohnung zu einer Größe von 70 m² (bei einer Gesamtgröße des mit einem Zweifamilienhaus bebauten Grundstücks von 2986 m²) vorbehalten.

Entscheidung

Nach Auffassung des OLG Celle liegt im vorliegenden Fall trotz des vorbehaltenen Wohnungsrechts eine "Leistung" i. S. d. § 2325 Abs. 3 BGB vor. Dies wird zum einen mit der Beschränkung des Wohnrechts auf einen **untergeordneten (Wohn-)Teil** des Grundstücks begründet, zum anderen damit, dass die Erblasserin im Gegensatz zu einem Nießbraucher weder die Wohnung einem Dritten zum Gebrauch überlassen habe, **noch an etwaigen Mieteinkünften** für die andere Wohnung partizipieren können. Außerdem misst das OLG Celle unter Bezugnahme auf die genannte Entscheidung des OLG Düsseldorf (NJWE-FER 1999, 279 = FamRZ 1999, 1546) dem Umstand, dass **kein Rückforderungsrecht** vorbehalten worden sei, mitentscheidende Bedeutung zu.

GmbHG §§ 30, 31 Abs. 2, 3 Verbotene Auszahlung aus GmbH-Vermögen; Unterbilanz wegen fehlender Rückstellungen für ungewisse Verbindlichkeiten; Ausfallhaftung der Mitgesellschafter; zur Gläubigerbefriedigung erforderliche Erstattung

a) Die Erstattung von gemäß § 30 GmbHG verbotenen Auszahlungen ist i.S. von § 31 Abs. 2, 3 GmbHG zur Gläubigerbefriedigung erforderlich, wenn und soweit die GmbH nach den Grundsätzen einer **Überschuldungsbilanz (bei Ansatz von Liquidationswerten) überschuldet ist, wobei auch Rückstellungen für ungewisse Verbindlichkeiten (§ 249 Abs. 1 HGB) zu berücksichtigen sind**.

b) Bei der – auf den Betrag der Stammkapitalziffer begrenzten – **Ausfallhaftung eines GmbH-Gesellschafters gemäß § 31 Abs. 3 GmbHG ist dessen eigener Anteil am Stammkapital nicht abzuziehen (Ergänzung zum Sen. Urt. v. 25. Februar 2002 – II ZR 196/00, BGHZ 150, 61)**.

BGH, Urt. v. 22.9.2003 – II ZR 229/02
Kz.: L V 2 – § 31 GmbH
Fax-Abwurf-Nr.: 10368

Problem

Bei einer scheinbar gesunden GmbH wurden als Gewinn vorab Ausschüttungen für das Geschäftsjahr 1994 in Höhe von 1,3 Mio. DM brutto getätigt. In der Bilanz 1994 hatte die betreffende GmbH keine Rückstellungen für drohende Rückforderungen aus Transferrubelverfahren gebildet, so dass die für verbotene Auszahlungen nach § 30 GmbHG relevante Unterbilanz nicht ersichtlich war.

Entscheidung

Der BGH nahm die **bilanzielle Überschuldung** der hier betroffenen GmbH zum Auszahlungszeitpunkt an, weil sie wegen der später geltend gemachten Forderungen auf Rückzahlung der aus dem Transferrubelverfahren erlangten DM-Beträge gem. § 249 Abs. 1 HGB eine Rückstellung für diese ungewissen Verbindlichkeiten in Höhe von zumindest 5 Mio. DM hätte bilden müssen. Eine solche **Rückstellungspflicht gem. § 249 Abs. 1 HGB** besteht nach Ansicht des BGH gerade auch bei dem Grunde nach ungewissen Verbindlichkeiten jedenfalls dann, wenn ernsthaft mit ihrem Bestand gerechnet werden muss. Maßgeblich sei insoweit, ob der Bilanzierungspflichtige bei sorgfältiger Abwägung aller in Betracht zu ziehenden Umstände eine Rückstellungspflicht nicht verneinen durfte.

Auf die Bösgläubigkeit des das Geld empfangenden Gesellschaftergeschäftsführers nach § 31 Abs. 2 GmbHG kam es im vorliegenden Fall nach Ansicht des BGH ebenfalls nicht an. Denn auch "die **Erforderlichkeit zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger**" wurde vom BGH bejaht, da auch zum Zeitpunkt der tatrichterlichen Verhandlung über den Anspruch aus § 31 Abs. 2 GmbHG wiederum wegen der hier in Frage stehenden Rückstellung für ungewisse Verbindlichkeiten eine Überschuldung der betreffenden GmbH anzunehmen sei.

Bzgl. der **Ausfallhaftung der Mitgesellschafter** gem. § 31 Abs. 3 GmbHG stellt der BGH zunächst fest, dass diese unter einer doppelten Bedingung sowohl des Bestehens der Ansprüche aus § 31 GmbHG gegenüber einem Mitgesellschafter als auch der Uneinbringlichkeit dieser Ansprüche stehe. Der Höhe nach sei die Ausfallhaftung **quotal auf die Gesellschaftsbeteiligung** des Beklagten mit den übrigen von der Ausfallhaftung betroffenen Mitgesellschaftern zu beschränken. Darüber hinaus entspricht es schon einem früheren Senatsurteil (BGHZ 150, 61 = DNotZ 2002, 472 = NJW 2002, 1803 = ZIP 2002, 848), dass die Ausfallhaftung des § 31 Abs. 3 GmbHG zusätzlich nach oben hin **auf den Betrag der gesamten Stammkapitalziffer begrenzt** ist. Für eine weitergehende Beschränkung in Parallele zu § 24 GmbHG auf den Stammeinlagebetrag des jeweiligen Mitgesellschafter besteht nach Ansicht des BGH wegen des gegenüber § 24 GmbHG ungleich höheren Fehlbetrages in den von § 31 Abs. 3 GmbHG miterfassten Überschuldungsfällen kein Anlass. Ebensovienig bestehe – wiederum wegen der unterschiedlichen Verhältnisse gegenüber § 24 GmbHG – Anlass, die Solidarhaftung des Mitgesellschafter auf das Stammkapital abzgl. seiner eigenen Einlage zu begrenzen.

GmbHG § 39; HGB § 12 **Anmeldebefugnis bei Abberufung eines von zwei gesamtvertretungsberechtigten Geschäftsführern**

Sind mehrere Geschäftsführer gemeinsam zur Vertretung einer GmbH berechtigt, müssen die Anmeldung der erst in der Zukunft liegenden Abberufung eines der beiden Geschäftsführer zum Handelsregister beide gemeinsam unterschreiben. Entscheidend ist die Vertretungsberechtigung zum Zeitpunkt der Abgabe (vgl. § 164 Abs. 1 BGB), was regelmäßig mit dem Zeitpunkt der Unterschriftsleistung gleichzustellen ist (Leitsatz der DNotI-Redaktion).

BayObLG, Beschl. v. 17.9.2003 – 3Z BR 183/03
Kz.: L V 2 – § 39 GmbHG
Fax-Abruf-Nr.: **10369**

Problem

Mit Beschluss vom Mai 2003 wurde einer von zwei gesamtvertretungsberechtigten Geschäftsführern zum 30.6.2003 als Geschäftsführer abberufen. Mit Urkunde des verfahrensberechtigten Notars vom 17.6.2003, dem Registergericht vorgelegt durch Schreiben des Notars vom 30.6.2003, beantragte der erst per 30.6.2003 alleinige Geschäftsführer der GmbH die Eintragung der Abberufung des weiteren Geschäftsführers.

Ebenso wie bei der Bestellung eines neuen Geschäftsführers stellt sich hier die Frage, zu welchem Zeitpunkt die zur Anmeldung erforderliche Vertretungsbefugnis vorliegen muss (vgl. OLG Düsseldorf DNotI-Report 2000, 42). Unter dem Stichwort der **Anmeldung einer zukünftigen Tatsache** wird dies in der Literatur streitig diskutiert (vgl. nur Böck, MittRhNotK 2000, 61; Auer, DNotZ 2000, 498; Waldner, ZNotP 2000, 188). Die hier entschiedene Problematik ist allerdings von der Frage zu unterscheiden, ob bzgl. des Zeitpunkts für die Richtigkeit der Versicherung eines Geschäftsführers nach § 8 Abs. 2 GmbHG auf den Zugang beim Handelsregister abzustellen sei (vgl. dazu Gutachten, DNotI-Report 2003, 115; LG Gießen DNotI-Report 2003, 42; Heidinger, Rpfleger 2003, 545).

Entscheidung

Das BayObLG weist die Klage der betroffenen GmbH gegen die Zurückweisung der Anmeldung durch das Registergericht ab. Damit folgt es konsequent der vom **OLG Düsseldorf** (DNotI-Report 2000, 42) vorgezeichneten Linie. Die Handelsregisteranmeldung wird zwar entsprechend § 130 Abs. 1 S. 1 BGB erst mit Zugang wirksam. Nach § 164 BGB kommt es für die **Vertretungsberechtigung** aber auf den **Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung** an. Da der verfahrensbevollmächtigte Notar keinen eigenen Sachantrag gestellt hatte, hat das Gericht auf die Abgabe der Anmeldung durch den zu diesem Zeitpunkt noch nicht alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführer abgestellt. Das Gericht hat allerdings – anders als die oben zitierte starke Literaturmeinung – die Abgabe der Registeranmeldung zum **Zeitpunkt der Unterschriftsleistung** bejaht und nicht erst zu dem Zeitpunkt, in dem der Notar als Bote diese Anmeldung in Richtung auf das Handelsregister versandt hat.

Aktuelles

BGB § 1896 Abs. 2 S. 2 **Online-Erfassung für Zentrales Vorsorgeregister der BNotK**

Notare können nunmehr Meldungen über von Notaren erichtete Vorsorgeurkunden auch online in das Zentrale Vorsorgeregister der BNotK eingeben. Vorteil gegenüber der Meldung per Fax oder Post ist, dass Schreib- und Erfassungsfehler unwahrscheinlicher werden. Zur Dokumentation kann der Notar im Online-Verfahren sofort ein Bestätigungsdokument ausdrucken und zu seinen Akten nehmen. Zusätzlich kann ein **Bestätigungsschreiben für den Beteiligten** ausgedruckt werden (ggf. auch unmittelbar nach der Beurkundung). Der Notar kann online auch sämtliche von ihm eingereichte Meldungen über Vorsorgeurkunden **einsehen**.

Nähere Informationen finden sich auf der Homepage des Vorsorgeregisters (www.vorsorgeregister.de). Aus Sicherheitsgründen ist für die Online-Eingabe ein Passwort erforderlich, das interessierte Notare auf der genannten Webseite beantragen können und per Post übersandt bekommen.

UStG § 14 Abs. 4

Fortlaufende Rechnungsnummer und Steuersatz auf notariellen Kostenrechnungen

Das zweite Gesetz zur Änderung steuerlicher Vorschriften (Steueränderungsgesetz 2003 – StÄndG 2003) (BGBl. 2003 I, S. 2645, 2657) änderte § 14 UStG mit Wirkung zum 1.1.2004 (vgl. Zugmaier, NJW Heft 52/2003, S. XII, XIII). Künftig müssen Rechnungen zusätzlich insbesondere auch das **Ausstellungsdatum** (§ 14 Abs. 4 Nr. 3 UStG) und den anzuwendenden **Steuersatz** (Nr. 8) enthalten. Alle notariellen Kostenberechnungen müssen daher künftig den Steuersatz (16 %) ausweisen; die Angabe des Geldbetrages der Steuer allein genügt nicht.

Zur Erleichterung kann künftig statt der Steuernummer auch die **Umsatzsteuer-Identifikationsnummer** angegeben werden (§ 14 Abs. 4 Nr. 2 UStG). Diese wird auf Anfrage vom Bundesamt für Finanzen erteilt (Friedhofstr. 1, 53225 Bonn).

Auf der Rechnung erforderlich ist ferner "eine fortlaufende Nummer mit einer oder mehreren Zahlenreihen, die zur Identifizierung der Rechnung vom Rechnungsaussteller einmalig vergeben wird (**Rechnungsnummer**)" (§ 14 Abs. 4 Nr. 4 UStG). Noch ungeklärt ist, ob als Rechnungsnummer auch die Angabe der **Urkundennummer** oder der laufenden Nummer im Kostenregister (im Bereich der Notarkassen) genügt. Denn § 14 UStG spricht von einer "fortlaufenden Nummer". Hierunter könnte man verstehen, dass die Rechnungsnummern der Zeitfolge der Rechnungsstellungen folgen müssen (während die Kostenrechnungen nicht unbedingt in der Reihenfolge der Urkundennummern erstellt werden). Außerdem werden z.T. mehrere Urkunden in einer Kostenrechnung zusammengefasst oder umgekehrt für eine Urkunde mehrere Kostenrechnungen erstellt (z.B. bei Kostenaufteilung). Bei Anwaltsnotaren stellt sich weiter die Frage, ob ein Anwaltsnotar seine notariellen Kostenrechnungen getrennt von den anwaltlichen Gebührenrechnungen zu numerieren hat, oder ob er als Unternehmer beide Rechnungsarten in eine fortlaufende Reihung stellen muss.

Soll (vorsorglich) eine eigene Nummer vergeben werden, so genügt es, Rechnungen sofort nach ihrer Ausstellung mit einer Nummer zu versehen. Ist die Nummer nicht bereits in der elektronisch gespeicherten Rechnung enthalten, so ist außerdem eine **Kopie der nummerierten Rechnung** in einem hierfür angelegten Rechnungsbuch zu sammeln oder die Rechnung einzuscannen und elektronisch aufzubewahren (§ 14b Abs. 1 UStG).

Für die Praxis enthält ein **BMF-Schreiben** vom 19.12.2003 (**Fax-Abruf-Nr. 5038**), das noch im Bundessteuerblatt I veröffentlicht wird, eine **Übergangsregelung** für die Finanzverwaltung. Erst wenn eine ab dem **1.7.2004** ausgestellte Rechnung nicht die neuen Pflichtangaben enthält, kann der Leistungsempfänger keine Vorsteuer abziehen (§ 15 Abs. 1 Nr. 2 S. 2 UStG n.F.). Bei Rechnungen über Kleinbeträge bis 100,- € ist die Rechnungsnummer entbehrlich (§ 33 UStDV).

Literaturhinweise

H.-F. Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis. Gestaltung – Besteuerung – Muster, 2. Auflage, ZAP-Verlag, Recklinghausen 2003, 902 Seiten, 89,- €

Mit der zweiten Auflage ist das bisher "Grundstückskaufverträge nach der Schuldrechtsreform" benannte Werk von Notar *Hans-Frieder Krauß* erheblich angewachsen. Die Erweiterungen betreffen sowohl die behandelten Themen (z. B. Erbbaurecht, Einheimischenmodelle, Wiederkaufsrechte, Finanzierung aus der "Riester-Altersvermögensrente") als auch die Formulierungsbeispiele.

Der erste Teil des Werkes stellt das **neue Schuldrecht** dar, soweit es für den Immobilienkaufvertrag relevant ist. Besonderer Wert wird hierbei auf die Unterscheidung zwischen Individualverträgen, Formularverträgen und Verbraucherverträgen gelegt. Der zweite Teil widmet sich der **Vertragsvorbereitung**, insb. dem Umfang der Beurkundungspflicht. Im dritten Teil wird die **Gestaltung** des Kaufvertrages detailliert und der gängigen Gliederung eines Immobilienkaufvertrages folgend behandelt. Eine ausführliche Darstellung erfährt hierbei das Erbbaurecht. Die "Querschnittsdarstellungen" des vierten Teils betreffen das Kostenrecht, steuerrechtliche Grundzüge sowie das Sonderrecht der neuen Bundesländer. Es folgt der fünfte Teil mit Vollzugsmustern. Das Werk schließt mit dem sechsten Teil, der v. a. **Formulierungsbeispiele** für verschiedene Typen des Immobilienkaufvertrages (z. B. Kaufvertrag über vermietetes Wohnungseigentum, Teilflächenkauf, Kauf mit Ratenzahlung, Verkauf eines Bauplatzes durch Gemeinde, Käufer- und Verkäuferangebot) enthält. Die Umsetzung der Formulierungsbeispiele wird durch eine mitgelieferte **CD-ROM** erleichtert.

Besondere Erwähnung verdient der Umstand, dass die zahlreichen Formulierungsbeispiele nicht nur die eigentliche Vertragsgestaltung, sondern auch die Vertragsvorbereitung und den Vertragsvollzug betreffen (z. B. Vollzugslaufblätter, Datenerfassungsbögen, Kundenmerkblätter, Fälligkeitsschreiben, Briefe an Banken und Behörden, Grundbuchanträge etc.). Nicht zuletzt deshalb und auch aufgrund der vertieften Behandlung zahlreicher Einzelprobleme ist das Werk der notariellen Praxis uneingeschränkt zu empfehlen.

Notarassessor **Dr. Bernhard Seeger**

H. Schöner/K. Stöber, Grundbuchrecht, 13. Aufl., Verlag C. H. Beck, München 2004, 1916 Seiten, 115,- €

Den *Schöner/Stöber* muss man nicht besprechen; es genügt, die Neuauflage anzuzeigen. Jeder Grundbuchbeamte und jeder Notar kennt das **für die tägliche Arbeit im Immobilienrecht unverzichtbare Werk**, das nun wieder auf aktuellem Stand ist. So nimmt die Neuauflage klar Stellung gegen die Grundbuchfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (Rn. 241a). Die Diskussion um Öffnungsklauseln im WEG wird dargestellt (Rn. 2885 ff.). Bei den Ausführungen zum Grundstückskauf ist die Schuldrechtsreform eingearbeitet. Auch sonst ist neue Rechtsprechung und Literatur zuverlässig eingearbeitet.

Notar **a. D. Christian Hertel**

D. Carlé, Die Betriebsaufspaltung. Gestaltung, Beratung, Muster, Dr. Otto Schmidt Verlag, Köln 2003, 346 Seiten, 74,80 €

Die Betriebsaufspaltung hat keine Grundlage im Gesetz selbst, sondern ist eine **Schöpfung der Finanzverwaltung** und der Finanzgerichte. Entsprechend groß ist die Vielzahl der Erlasse und Entscheidungen, die zu diesem Rechtsgebiet ergangen sind, das nach der Unternehmenssteuerreform wieder stark an Bedeutung in der Praxis gewonnen hat. Daher sind auch die mit dieser Rechtsform verbundenen Gestaltungsmöglichkeiten einerseits und die **Steuer- und Haftungsfallen** andererseits sehr zahlreich. Das vorliegende Werk verschafft einen Überblick über diese Vielfalt. Dabei beschränkt sich die umfassende Darstellung der Betriebsaufspaltung nicht auf die den Schwerpunkt bildende steuerrechtliche Erörterung. Vielmehr werden auch die zivilrechtlichen Grundlagen, die arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Auswirkungen und die insolvenzrechtlichen Implikationen erläutert. Zur Umsetzung in der Praxis werden **bewährte Musterformulierungen** mitgeliefert. Für den auch an steuerrechtlichen Gestaltungsvorgaben interessierten Notar stellt das vorliegende Buch ein gutes Hilfsmittel zur Orientierung und Information über den – sich allerdings ständig weiterentwickelnden – aktuellen Stand zur Betriebsaufspaltung dar.

Dr. Andreas Heidinger

C. Hofmann/H. Joneleit, Veräußerung bebauter Grundstücke: Rückkehr zu dogmatischen Abgrenzungskriterien, NZBau 2003, 641

G. Meyer, Die "Unterlage" nach der Baustellenverordnung bei Überlassung des Bauwerks an Dritte, ZfIR 2003, 977

Veranstaltungen

Termine für **März 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).

Grundkurs für angehende Anwaltsnotare, Teil 5 (Baumann/Blank/Dickhuth-Harrach/Steinbauer/Wandel), 4.3. – 6.3.2004 Bochum

Grundkurs für angehende Anwaltsnotare, Teil 6 (Engfer/Waldner/Wälzholz), 18.3. – 20.3.2004 Bochum

Aktuelle Fragen von Eheverträgen und Scheidungsvereinbarungen (Langenfeld/Münch), 5.3.2004 Wiesbaden, 6.3.2004 Dortmund

Nichteheliche Lebensgemeinschaft und eingetragene Lebenspartnerschaft in der notariellen Praxis (Grziwotz), 12.3.2004 Kassel, 13.3.2004 Osnabrück

Notarforum: Ausgewählte Fragen zum Notarhaftungsrecht (Zugehör/Ganter/Hertel/Schlee), 13.3.2004 Kiel

Intensivkurs Internationales Privatrecht (Riering/Wandel), 25.3. – 27.3.2004 Bochum

Erbbaurecht in der notariellen Praxis (Albrecht/Eichel), 26.3.2004 Berlin

Testamentsvollstreckung in der notariellen Praxis (Reimann/Schaub), 27.3.2004 Köln

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 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