

DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

11. Jahrgang
März 2003
ISSN 1434-3460

6/2003

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

ZPO §§ 727, 800; InsO §§ 80, 81 – Umschreibung der Vollstreckungsklausel auf den Insolvenzverwalter des Schuldners; Bedeutung des § 800 ZPO

BGB §§ 1942, 2357, 2359 – Prüfungsumfang im Erbscheinsverfahren – Annahme der Erbschaft durch geschäftsunfähigen Miterben

Gutachten im Fax-Abruf

Rechtsprechung

BGB §§ 1767, 1757 – Keine Fortführung des bisherigen Geburtsnamens nach Adoption

GmbHG § 19 Abs. 1, 2, 5 – Keine Erfüllung der Einlage-schuld auf GmbH-Stammkapital bei vereinbarter Rückge-währ als Darlehen

ESTG § 15 Abs. 2 – Gewerblicher Grundstückshandel aus-nahmsweise auch bei weniger als drei Objekten

Literatur

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

ZPO §§ 727, 800; InsO §§ 80, 81 Umschreibung der Vollstreckungsklausel auf den Insolvenzverwalter des Schuld- ners; Bedeutung des § 800 ZPO

I. Sachverhalt

Bei der Bestellung einer Briefgrundschuld mit abstraktem Schuldversprechen unterwarf sich der Eigentümer der sofortigen Zwangsvollstreckung aus der Urkunde "in der Weise, dass die Zwangsvollstreckung gegen den jeweiligen Grundstückseigentümer zulässig sein soll" (§ 800 ZPO).

Über das Vermögen des Eigentümers wurde zwischenzeitlich das Insolvenzverfahren eröffnet.

II. Frage

Kann die Vollstreckungsklausel auf den Insolvenzverwalter umgeschrieben werden? Oder ist diese Umschreibung nach § 800 ZPO gar nicht erforderlich?

III. Zur Rechtslage

1. Umschreibung der Vollstreckungsklausel gegen den Insolvenzverwalter

a) Mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens geht nach § 80 Abs. 1 InsO die alleinige Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis vom Schuldner auf den Insolvenzverwalter über. § 80 Abs. 1 InsO bewirkt zwar keine Gesamtrechtsnachfolge im eigentlichen Sinne, weil der Schuldner wei-

terhin Inhaber sämtlicher Vermögensgegenstände bleibt (App, in: Wimmer, Frankfurter Komm. zur InsO, 3. Aufl. 2002, § 80 InsO Rn. 5). Gleichwohl wird der **Insolvenzverwalter** als Partei kraft Amtes und gesetzlicher Verfahrenstandschafter **wie ein Rechtsnachfolger des Insolvenzschuldners** behandelt (Zöller/Stöber, ZPO, 23. Aufl. 2002, § 727 Rn. 18; Thomas/Putzo, ZPO, 23. Aufl. 2001, § 727 Rn. 3; Scheel, NotBZ 2001, 286, 293).

Vollstreckungsrechtlich steht die allgemeine Ansicht auf dem Standpunkt, dass der **Vollstreckungstitel gegen den Insolvenzverwalter** lauten muss. Ein bisher etwa bereits erstrittener oder erteilter Vollstreckungstitel muss nach § 727 ZPO **auf den Insolvenzverwalter umgeschrieben** werden (LAG Düsseldorf, Rpfleger 1997, 119; Zöller/Stöber, § 727 ZPO Rn. 18). Der Übergang der Verfügungsbefugnis kann durch eine Ausfertigung des Eröffnungsbeschlusses mit der darin enthaltenen Bestellung zum Insolvenzverwalter nachgewiesen werden.

b) Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens führt nach § 89 Abs. 1 InsO zum **Verbot der Einzelzwangsvollstreckung** in die Insolvenzmasse und das sonstige Vermögen des Insolvenzschuldners. Diese Einschränkung geht aber nur zu Lasten von Insolvenzgläubigern, so dass eine Einzelzwangsvollstreckung zugunsten der Gläubiger von Masse-schulden bzw. zugunsten von Aus- oder Absonderungsbe-rechtigten (§§ 49, 50 InsO) durchgeführt werden kann (LG Traunstein NZI 2000, 438; Uhlenbruck, InsO, 12. Aufl. 2003, § 89 Rn. 11; Kilger/Schmidt, Insolvenzgesetze, 17. Aufl. 1997, § 14 KO Rn. 9; Kübler/Prütting, InsO, Stand: Nov. 2002, § 89 Rn. 6).

Hat ein späterer Insolvenzschuldner ein Grundpfandrecht bestellt und daneben ein Schuldanerkenntnis abgegeben sowie sich bezüglich beider Rechte der Zwangsvollstreckung unterworfen, so ist im Insolvenzverfahren hinsichtlich beider Ansprüche eine Unterscheidung zu treffen. Der Gläubiger kann das **Grundpfandrecht** aufgrund seines Absonderungsrechtes auch nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens durchsetzen. Den Zahlungsanspruch aus dem **abstrakten Schuldanerkenntnis** kann er hingegen nur zur Insolvenztabelle anmelden (vgl. Scheel, NotBZ 2001, 293).

c) Für den Notar stellt sich nun die Frage, ob er die Unzulässigkeit einer späteren Zwangsvollstreckung aus Ansprüchen gegen den Insolvenzschuldner **bereits im Klauselerteilungsverfahren berücksichtigen muss** und die vollstreckbare Ausfertigung gegen den Insolvenzverwalter daher nur hinsichtlich der dinglichen Forderung aus der Grundschuld erteilen darf. Nach einer Auffassung hindert § 89 InsO die Erteilung der Vollstreckungsklausel gegen den Insolvenzverwalter nicht, weil es sich bei der Klauselerteilung noch nicht um eine Zwangsvollstreckungsmaßnahme handele (OLG München OLGZ 22, 359; LAG Düsseldorf Rpfleger 1997, 119; Kilger/Schmidt, § 14 KO Rn. 2; MünchKomm-Wolfsteiner, ZPO, 3. Aufl. 2002, § 727 Rn. 26 m. w. N.; MünchKomm/Breuer, 2001, § 89 Rn. 27).

Die Gegenmeinung will demgegenüber die Zulässigkeit der Einzelzwangsvollstreckung trotz Insolvenzverfahren bereits im Klauselerteilungsverfahren prüfen (LG Köln, MittRhNotK 1988, 28; Zöller/Stöber, ZPO, § 727 Rn. 18; Jäger/Henckel, KO, 9. Aufl. 1997, § 6 Rn. 96).

Nach der erstgenannten Meinung müsste die Vollstreckungsklausel umgeschrieben werden, wenn der formgerechte Nachweis darüber erbracht wird, dass der Insolvenzverwalter, gegen den der Titel nunmehr lauten soll, wirksam bestellt war und ist sowie das Insolvenzverfahren eröffnet ist und fort dauert. Nach der Gegenmeinung dürfte der Notar die Klausel im vorliegenden Fall bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 727 Abs. 1 ZPO auf den Insolvenzverwalter lediglich hinsichtlich des dinglichen Anspruchs aus der Grundschuld umschreiben.

d) Allerdings stellt sich bei Zugrundelegung der erstgenannten Auffassung die Frage, ob dem Gläubiger nicht zumindest das **Rechtsschutzbedürfnis** für die Erteilung eines Vollstreckungstitels hinsichtlich des persönlichen Schuldversprechens fehlt. Da jeder sorgfaltsgemäß handelnde Insolvenzverwalter im Vollstreckungsverfahren das Verbot der Einzelzwangsvollstreckung einwenden wird, würde der Notar einen Vollstreckungstitel schaffen, der im Vollstreckungsverfahren absehbar scheitert (vgl. Scheel, NotBZ 2001, 286, 293). *Scheel* empfiehlt daher, dass der Notar die Erteilung der Vollstreckungsklausel in persönlicher Hinsicht ablehnen und dem Antragsteller die Gebühr für eine fruchtlose Klauselumschreibung ersparen solle. Der Notar sei auch verpflichtet, entsprechend zu handeln, weil er im Klauselerteilungsverfahren richterliche Funktion ausübe und nach § 139 Abs. 1 S. 1 ZPO auf sachdienliche Anträge hinwirken solle. Auch *Jäger/Henckel* vertreten die Auffassung, dass in den vorgenannten Fällen meist kein Rechtsschutzinteresse zur Klauselerteilung bestehe (*Jäger/Henckel*, § 6 KO Rn. 96).

Die praktischen Auswirkungen dieses Streits dürften u. E. gering sein, da der Gläubiger kaum die Umschreibung der Vollstreckungsklausel in vollem Umfang beantragen wird, wenn man ihn über die Unzulässigkeit der Vollstreckung in persönlicher Hinsicht gegen den Insolvenzverwalter belehrt.

2. Bedeutung des § 800 ZPO

a) Die Vollstreckungsunterwerfung nach § 800 ZPO entbindet nicht von den weiteren Vollstreckungsvoraussetzungen, die nach § 795 ZPO auch auf die Vollstreckung aus notariellen Urkunden anzuwenden sind. Insbesondere gilt § 750 ZPO, so dass sich der Vollstreckungsschuldner jeweils namentlich aus dem Vollstreckungstitel ergeben muss. Ein Vollstreckungstitel „gegen den jeweiligen Eigentümer“ ist daher unzulässig. Im Falle des **Eigentumswechsels** muss bei einer Grundschuld der **Titel umgeschrieben** werden (allgemeine Ansicht, z. B. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 60. Aufl. 2002, § 800 Rn. 8; Zöller/Stöber, § 800 ZPO Rn. 13; Thomas/Putzo, § 800 ZPO Rn. 6; Schuschke/Walker, Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz, 2. Aufl. 1997, § 800 ZPO Rn. 6). Die Bedeutung von § 800 ZPO liegt also nicht darin, dass eine namentlich unbestimmte Klausel gegen den „jeweiligen Eigentümer“ erteilt werden kann.

b) Vielmehr sieht *Wolfsteiner* (Die vollstreckbare Urkunde, 1978, Rn. 65.2) die Wirkung von § 800 ZPO ausschließlich darin, dass die Wirkung der Vollstreckungsunterwerfung gegen den Grundstückserwerber nur bei positiver Eintragung im Grundbuch eintritt. Es handelt sich seiner Ansicht nach also um eine Beschränkung der nach allgemeinem Vollstreckungsrecht bestehenden Bindung des Erwerbers einer streitbefangenen Sache. An anderer Stelle heißt es, die Bedeutung des § 800 ZPO beschränke sich lediglich auf eine Warnfunktion künftiger Grundstückserwerber sowie darauf, dass Gläubiger nach § 800 Abs. 2 ZPO den Eigentumsübergang am Grundstück nicht nachweisen müssen (*Musielak/Lackmann*, ZPO, 3. Aufl. 2002, § 800 Rn. 1; *MünchKomm-ZPO/Wolfsteiner*, 3. Aufl. 2000, § 800 Rn. 4).

BGB §§ 1942, 2357, 2359 Prüfungsumfang im Erbscheinsverfahren - Annahme der Erbschaft durch geschäftsunfähigen Miterben

I. Sachverhalt

Mit privatschriftlichem Testament hat der Erblasser seine drei volljährigen Kinder zu Miterben eingesetzt. Einer der Miterben hat einen gemeinschaftlichen Erbschein beantragt. Ein weiterer Miterbe ist geistig behindert und geschäftsunfähig. Dies ist dem Amtsgericht bekannt geworden. Zur Erteilung des Erbscheins macht es nunmehr geltend, für den geschäftsunfähigen Miterben sei ein Betreuer zu bestellen, der die Erbschaft ausdrücklich annimmt.

II. Frage

Kann die Erbscheinserteilung von der Bestellung eines Betreuers abhängig gemacht werden?

III. Zur Rechtslage

1. Vonselbsterwerb der Erbschaft

In §§ 1922 und 1942 BGB kommt das Prinzip des "Vonselbsterwerbs" zum Ausdruck. Im Zeitpunkt des Erbfalls vollzieht sich der Vermögensübergang ohne Wissen und

Willen des Erben kraft Gesetzes. Irgendeine Willensentscheidung des Berufenen ist unnötig. Der unmittelbare Übergang vollzieht sich kraft Gesetzes. Deshalb ist es für den Erwerb der Erbschaft nicht erforderlich, dass der Erbe geschäftsfähig ist (vgl. hierzu etwa Staudinger/Otte, BGB, Neubearb. 2000, § 1942 BGB Rn. 5; Palandt/Edenhofer, BGB, 62. Aufl. 2003, § 1942 BGB Rn. 1).

Zwar entsteht durch den Anfall ein bis zur Annahme bzw. Ausschlagung andauernder **Schwebezustand**. Wegen des Ausschlagungsrechts ist der Erbschaftserwerb zunächst nur vorläufig (Staudinger/Otte, § 1942 BGB Rn. 10; Palandt/Edenhofer, § 1942 BGB Rn. 2). Der Erwerb wird durch die wirkliche oder bei Verstreichen der Ausschlagungsfrist durch die gem. § 1943 BGB unterstellte Annahme vollendet.

2. Ausschlagungsfrist bei geschäftsunfähigem Erben

Nun beginnt allerdings die Ausschlagungsfrist gem. § 1944 Abs. 2 BGB mit Erlangung der Kenntnis des Erben vom Anfall und dem Berufungsgrund. Entscheidend ist im Fall der **Geschäftsunfähigkeit des Erben** die **Kenntnis des gesetzlichen Vertreters** (BayObLG Rpfleger 1984, 403; OLG Hamm OLGZ 1982, 41, 45; MünchKomm-Leipold, BGB, 3. Aufl. 1997, § 1944 BGB Rn. 14; Palandt/Edenhofer, § 1944 BGB Rn. 8; Soergel/Stein, BGB, 12. Aufl. 1992, § 1944 BGB Rn. 12). Überwiegend wird hierfür der Rechtsgedanke des § 166 Abs. 1 BGB bemüht (vgl. nur Soergel/Damrau, § 1944 BGB Rn. 12 m. w. N.; ablehnend insoweit etwa Palandt/Edenhofer, § 1944 BGB Rn. 8).

Demnach konnte im vorliegenden Fall die Frist zur Ausschlagung nicht zu laufen beginnen, wenn für den geschäftsunfähigen Erben kein gesetzlicher Vertreter vorhanden war. Auf die Vorschriften über die Ablaufhemmung, die nach § 1944 Abs. 2 S. 3 BGB entsprechend anzuwenden sind, kommt es somit nicht mehr an. Wäre die Frist bereits in Lauf gesetzt gewesen, hätte § 210 BGB (= § 206 BGB a. F.) zu einer Ablaufhemmung geführt. Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass die Ausschlagungsfrist hier noch nicht zu laufen begonnen haben kann. Damit ist auch kein Fristablauf denkbar.

Somit wäre der geistig behinderte Miterbe zwar aufgrund des Prinzips des Vonselbsterwerbs Erbe, wenngleich lediglich "vorläufig".

3. Prüfung der Annahme der Erbschaft im Erbscheinsverfahren

a) Aus dem Zusammenspiel der §§ 2359 BGB einerseits und 2361 BGB andererseits könnte man nun vor dem festgestellten materiell-rechtlichen Hintergrund meinen, das Nachlassgericht habe es bei der Prüfung und Feststellung dabei zu belassen, dass der Miterbe derzeit ("vorläufig") Miterbe geworden ist. In der Literatur ist teilweise davon die Rede, dass ein Einziehungsgrund i. S. v. § 2361 Abs. 1 S. 1 BGB u. a. dann vorliegt, wenn nach Erteilung des Erbscheins wirksam ausgeschlagen werde (so ausdrücklich Palandt/Edenhofer, § 2361 BGB Rn. 3).

Allerdings wird in Rechtsprechung und Literatur durchwegs davon ausgegangen, dass dann, wenn ein einzelner Miterbe gem. § 2357 Abs. 3 BGB einen Antrag auf Erteilung eines gemeinschaftlichen Erbscheins stellt, u. a. die **Erbschaftsannahme** bezüglich der übrigen Erben darzulegen und gem. § 2356 BGB nachzuweisen sei (vgl. KG OLGZ 21, 349; BayObLGZ 10, 208, 213; Palandt/Edenho-

fer, § 2357 BGB Rn. 2; BGB-RGRK/Kregel, 12. Aufl. 1975, § 2357 BGB Rn. 6; Staudinger/Schilken, § 2357 BGB Rn. 6). § 2357 Abs. 3 S. 1 BGB stellt u. E. klar, dass das Nachlassgericht vor Erteilung des Erbscheins die Annahme durch sämtliche Miterben zu überprüfen hat, so dass sich die vorstehend angestellten Überlegungen zum Zusammenspiel von §§ 2359 und 2361 BGB hier verbieten.

Lediglich der Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass aus dem Wortlaut des § 2357 Abs. 3 BGB überwiegend abgeleitet wird, dass die Annahme durch jedes in § 2356 BGB vorgesehene Beweismittel belegt werden kann, so dass in der Praxis regelmäßige die **eidesstattliche Versicherung** hinsichtlich der Annahme durch die Miterben genügt (Soergel/Damrau, § 2357 BGB Rn. 5; Staudinger/Schilken, § 2357 BGB Rn. 8, jew. m. w. N.; Firsching, DNotZ 1960, 565, 569 ff.).

b) Unabhängig davon aber wird man das Verlangen des Nachlassgerichts im vorliegenden Fall für gerechtfertigt erachten müssen, da - wie gezeigt - die Erbschaftsannahme bei der Erbscheinserteilung zu prüfen ist und Umstände erkennbar sind (Geschäftsunfähigkeit), die insoweit Zweifel begründen.

Gutachten im Fax-Abruf

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

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

BGB §§ 426 Abs. 1, 1191

Ausgleich im Innenverhältnis bei als Drittsicherheit bestellter Grundschuld

Fax-Abruf-Nr.: **11284**

RBerG § 1; BGB §§ 2197 ff.

Ernennung eines Testamentsvollstreckers unter Verletzung des Rechtsberatungsgesetzes; Rechtsfolgen

Fax-Abruf-Nr.: **11285**

GmbHG §§ 15, 34, 60, 61

Austrittskündigung eines GmbH-Gesellschafters; Wahlrecht der Gesellschaft; erfolgloser Austrittsversuch; Abtretung an einen Dritten; Recht zur Auflösung

Fax-Abruf-Nr.: **13106**

AktG §§ 10, 123, 134

Übertragung von Inhaberaktien und Legitimation durch Hinterlegung; Teilnahmerecht; Stimmrecht; Stimmrechtsausübung durch Nichtaktionär

Fax-Abruf-Nr.: **13107**

BauGB § 28 Abs. 1 S. 3; BayKG Art. 14 Abs. 3

Zurückbehaltung des Negativtestes durch Gemeinde bis zur Kostenzahlung

Fax-Abruf-Nr.: **11286**

**Einladung
zur sechsten Mitgliederversammlung in Hamburg 2003**

Sehr geehrtes Mitglied,
der Vorstand der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung lädt alle Mitglieder zur
sechsten ordentlichen Mitgliederversammlung

**am Freitag, dem 9. Mai 2003 in die Bucerius Law School - Hochschule für Rechtswissenschaft -
in Hamburg,**

Jungiusstraße 6, 20355 Hamburg, Heinz-Nixdorf-Hörsaal, herzlich ein.

Die Veranstaltung beginnt um **16.15 Uhr** mit folgender **Tagesordnung:**

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

Ab 17.00 Uhr

Verleihung des Helmut-Schippel-Preises 2002

Vortrag von **Prof. Dr. Christian Armbrüster**, Bucerius Law School, Hamburg
„Überlegungen zur Reform des Wohnungseigentumsrechts“

Preisverleihung

Vorstellung der ausgezeichneten Arbeit
„Sondernutzungsrechte und ihre Begründung im Wohnungseigentum“
durch den Preisträger **Dr. Martin Häublein**, Berlin
Diskussion

Anschließend bitten wir Sie zu einem kleinen Empfang; der Geschäftsführer, Herr Dr. Markus Baumanns, wird die Bucerius Law School kurz vorstellen und eine kleine Führung anbieten.

Bitte teilen Sie durch **Fax** oder **Brief** mit, ob Sie teilnehmen werden. Wir freuen uns über ein zahlreiches Erscheinen unserer Mitglieder und wünschen Ihnen eine angenehme Anreise.

Mit freundlichen kollegialen Grüßen

gez.

Prof. Dr. Rainer Kanzleiter
(Vorsitzender)

Paul Wagner
(stellv. Vorsitzender)

Bitte zurück an die NotRV, Gerberstr. 19, 97070 Würzburg, **Fax-Nr. 0931/35576225**

Ich nehme am Freitag, 09.05.03, an der Mitgliederversammlung mit Preisverleihung in Hamburg teil.

Name, Vorname

Firmenstempel

Die Deutsche Notarrechtliche Vereinigung

NotRV

Warum eine notarrechtliche Vereinigung?

Die notarielle Praxis ist darauf angewiesen, dass die notarrelevanten Rechtsfragen auch von der Wissenschaft behandelt werden. Den Studenten müssen Bedeutung und Eigenart der Vertragsgestaltung frühzeitig verdeutlicht werden. Eine breitere Basis für den Dialog zwischen Notariat einerseits und Hochschullehrern und Richtern andererseits ist notwendig. Dadurch wird auch das Verständnis anderer juristischer Berufsgruppen für die notarielle Tätigkeit verbessert.

Zu diesem Zweck wurde im Jahre 1997 die Deutsche Notarrechtliche Vereinigung e. V. mit Sitz in Würzburg gegründet.

Welche Aufgaben hat die Notarrechtliche Vereinigung?

Satzungsmäßige Aufgabe der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung ist die Pflege der „ars notarii“. Die Vereinigung fördert die wissenschaftliche Behandlung und Erforschung aller notarrelevanter Rechtsfragen – sowohl des formellen wie des materiellen Rechts einschließlich der Vertragsgestaltung, der Geschichte des Notariats sowie des notariellen Berufsrechts.

Welche Projekte verfolgt die Notarrechtliche Vereinigung?

Zu mehreren Juristischen Fakultäten besteht Kontakt. 1998 wurde ein von der Notarrechtlichen Vereinigung getragenes Institut für Notarrecht an der Universität Würzburg gegründet.

Die Notarrechtliche Vereinigung gibt eine Schriftenreihe heraus. Veröffentlicht werden Arbeiten, die zugleich wissenschaftlichen Ansprüchen genügen und in Zusammenstellung wie Ausführung praktische Relevanz für das Notariat haben.

Die Notarrechtliche Vereinigung regt Dissertationen, Habilitationen und sonstige wissenschaftlichen Arbeiten zu notarrelevanten Rechtsfragen an. Diverse Doktorarbeiten wurden bereits durch Druckkostenzuschüsse gefördert.

Im zweijährigen Turnus schreibt die Notarrechtliche Vereinigung den mit 5.000 € dotierten „Helmut-Schippel-Preis“ aus. Ausgezeichnet werden hervorragende wissenschaftliche Arbeiten auf dem Gebiet des Notarrechts.

Die Notarrechtliche Vereinigung veranstaltet gemeinsam mit den notarrechtlichen Instituten an den Hochschulen wissenschaftliche Tagungen und Symposien. Diese sollen Gelegenheit zum Gedankenaustausch zwischen Wissenschaftlern, Richtern, Verwaltungs- und Wirtschaftsjuristen, Rechtsanwälten und Notaren geben.

Wer kann Mitglied werden?

Mitglied werden kann jeder Notar, Notarassessor, Notar a. D. und jede weitere natürliche Person, die sich dem Notarrecht in besonderer Weise verbunden fühlt und zur Verwirklichung der Vereinsziele beitragen will. Auch juristische Personen und Personenvereinigungen können fördernde Mitglieder werden.

Der Mitgliedsbeitrag beträgt im Jahr 100 € (für Notarassessoren und Notare a. D. 50 €). Die Notarrechtliche Vereinigung ist ein eingetragener Verein, der anerkanntermaßen wissenschaftliche Zwecke verfolgt. Für Beiträge und Spenden werden Spendenquittungen erteilt.

Kontaktadresse:

Deutsche Notarrechtliche Vereinigung e. V.
Gerberstraße 19, 97070 Würzburg
Tel.: 0931/355760 Fax: 0931/35576225
E-Mail: notrv@dnoti.de/Internet: www.notrv.de

Beitrittserklärung:

Name, Vorname

Beruf

PLZ/Ort

Straße

Notarkammer

Telefon/Fax

Ort, Datum

Unterschrift

BGB §§ 1767, 1757

Keine Fortführung des bisherigen Geburtsnamens nach Adoption

Bei der Adoption kann nicht gerichtlich ausgesprochen werden, dass der Anzunehmende seinen bisherigen Geburtsnamen anstelle des Familiennamens des Annehmenden weiterführt.

BayObLG, Beschl. v. 15.1.2003 – 1Z BR 138/02

Kz.: L I 1 – § 1757 BGB

Fax-Abruf-Nr.: 10264

Problem

Bei einer Volljährigenadoption wünscht der Anzunehmende häufig, trotz Adoption seinen bisherigen Familiennamen unverändert fortzuführen. Nach §§ 1757 Abs. 1 S. 1, 1767 Abs. 2 BGB erhält der Angenommene **als Geburtsnamen** aber zwingend den Familiennamen des Annehmenden. Sofern der aktuell geführte Familienname des Angenommenen mit seinem Geburtsnamen identisch ist, führt dies folglich **zwingend zu einer Änderung auch des aktuell geführten Familiennamens** (zur Ausnahme im Falle der Verheiratung vgl. § 1757 Abs. 3 BGB). Die vom Gesetz in § 1757 Abs. 4 Nr. 2 BGB vorgesehene Möglichkeit, auf Antrag den bisherigen Familiennamen dem neuen Familiennamen voranzustellen oder anzufügen, empfinden die Beteiligten oftmals als unzureichend.

Im vorliegenden Fall wollte die im Jahr 1973 als Frau „R“ geborene Anzunehmende, die als Ehenamen den Familiennamen ihres Mannes „A“ angenommen hat, trotz Annahme durch das Ehepaar „D“ nach der Adoption ihren Geburtsnamen „R“ (der ohnehin nicht dem aktuell geführten Familiennamen entsprach) weiter führen. Dies wurde zur Bedingung des Adoptionsantrages gemacht.

Entscheidung

Das BayObLG geht davon aus, dass das Adoptionsdekret vom Vormundschaftsgericht zu Recht abgelehnt worden ist, weil das Gesetz die von den Beteiligten gewünschte **Rechtsfolge nicht vorsehe** (so auch schon OLG Celle FamRZ 1997, 115; OLG Karlsruhe FamRZ 2000, 115, 116 = NJW-RR 1999, 1089; BayObLGZ 2002, 155 = FamRZ 2002, 1649, 1650).

In Übereinstimmung mit dem OLG Karlsruhe (a. a. O.) hält das BayObLG die Regelung des § 1757 Abs. 1 S. 1 BGB auch **nicht für verfassungswidrig**. Als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts sei der Geburtsname zwar von der Rechtsordnung grundsätzlich zu respektieren und zu schützen. Diesen Anspruch könne der Gesetzgeber aber im Hinblick auf die Funktion des Namens einschränken. Im vorliegenden Fall sei dies deswegen gerechtfertigt, weil der Name auch eine gesellschaftliche Funktion erfülle, nämlich die **Zusammengehörigkeit der Familienmitglieder äußerlich sichtbar** zu machen (vgl. BVerfG FamRZ 1988, 587, 589). Im Falle der Volljährigenadoption hätte der Gesetzgeber zwar eine andere Regelung treffen können. Von Verfassungs wegen sei es aber nicht zu beanstanden, dass der Gesetzgeber im Namensrecht der Verbindung des volljährigen Adoptierten zur neuen Familie den Vorrang gegeben habe, auch wenn bei der Volljährigenadoption die Rechtsbeziehungen zu den leiblichen Verwandten bestehen blieben (§ 1770 Abs. 2 BGB).

GmbHG § 19 Abs. 1, 2, 5

Keine Erfüllung der Einlageschuld auf GmbH-Stammkapital bei vereinbarter Rückgewähr als Darlehen

a) Eine für die Erfüllung der Einlageschuld (§ 19 Abs. 1 GmbHG) erforderliche Leistung zu freier Verfügung der Geschäftsführung liegt nicht vor, wenn der eingezahlte Einlagebetrag absprachegemäß umgehend als Darlehen an den Inferenten oder an ein mit ihm verbundenes Unternehmen zurückfließt.

b) Eine spätere Tilgung der "Darlehensschuld" durch den Gesellschafter oder das mit ihm verbundene Unternehmen im Wege der Aufrechnung tilgt auch die Einlageschuld, soweit § 19 Abs. 2, 5 GmbHG nicht entgegensteht.

BGH, Urt. v. 2.12.2002 – II ZR 101/02

Kz.: L V 2 – § 19 GmbHG

Fax-Abruf-Nr.: 10265

Problem

Bei der Bargründung einer GmbH wurden kurz nach der Beurkundung der GmbH-Satzung die gesellschaftsvertraglich vereinbarten Bareinlagen auf das Bankkonto der GmbH einbezahlt. Dieser Betrag wurde jedoch schon am nächsten Tag auf das Konto einer OHG überwiesen, deren alleinige, paritätische Gesellschafter mit gemeinschaftlicher Vertretungsbefugnis die GmbH-Gründungsgesellschafter waren. Der Überweisungsbetrag wurde in den Bilanzen der OHG als Darlehensforderung der GmbH ausgewiesen.

Nachdem die GmbH in Konkurs gegangen war, verlangte der Konkursverwalter von den Gründungsgesellschaftern eine erneute Einzahlung der seiner Ansicht nach nicht wirksam erbrachten oder jedenfalls unter Verstoß gegen § 30 GmbHG zurückgezahlten Einlagebeträge. Beide Vorinstanzen gaben der Klage statt (ähnlich bereits OLG Schleswig BB 2000, 2014 = NZG 2001, 84; ebenso OLG Braunschweig NZG 1999, 308 für die umgekehrte Reihenfolge, zuerst Gesellschafterdarlehen und danach Bareinzahlung).

Entscheidung

Der BGH entschied, dass die GmbH-Gesellschafter ihre Einlageschuld nach § 19 Abs. 1 GmbHG nicht wirksam schuldtilgend erbracht haben. Denn die Einlage wurde nicht zu freier Verfügung des Geschäftsführers der GmbH geleistet. Zwar sei eine schuldrechtliche Verwendungsabsprache unschädlich, wenn sie allein der **Umsetzung von Investitionsentscheidungen** der Gesellschafter oder sonstiger, ihrer Weisung unterliegender geschäftspolitischer Zwecke diene (BGH DNotZ 1991, 824 = NJW 1991, 226 = ZIP 1990, 1400; DNotZ 1993, 616 = NJW 1992, 2698 = ZIP 1992, 1303, 1305).

Anders sei es aber, wenn die Abrede (auch) dahin gehe, die Einlagemittel unter (objektiver) Umgehung der Kapitalaufbringungsregeln mittelbar oder gar unmittelbar **wieder an den Einleger zurückfließen** zu lassen (BGH NJW 2002, 1716 = RNotZ 2002, 287 = ZIP 2002, 799, 801). Bei einer Darlehensgewährung an den Inferenten werde die Einlage wirtschaftlich nicht vom Inferenten geleistet, sondern von der Gesellschaft finanziert. Dies gelte auch bei mittelbarer Begünstigung durch Leistung an ein vom Inferenten beherrschtes Unternehmen (BGHZ 125, 141, 144 = NJW 1994, 1477). In seinem Urteil unterscheidet der BGH aus-

drücklich zwischen dem mangels einer Leistung zur freien Verfügung des Geschäftsführers nicht erfüllten Anspruch der Gesellschaft auf ordnungsgemäße Kapitalerbringung (§ 19 Abs. 1 GmbHG) und dem durch § 31 GmbHG sanktionierten, nach ordnungsgemäßer Einlageleistung geltenden Kapitalerhaltungsgebot des § 30 GmbHG.

Den vorliegenden Fall konnte der BGH allerdings nicht abschließend entscheiden, da die Darlehensforderungen der GmbH evtl. mit fälligen, liquiden und vollwertigen Pachtzinsforderungen der OHG (Neuforderungen) in zulässiger Weise nach § 19 Abs. 2 S. 2 GmbHG verrechnet worden sein konnten. In diesem Fall sei durch die Tilgung der "Darlehensschuld" auch die Einlageschuld getilgt worden.

ESTG § 15 Abs. 2 Gewerblicher Grundstückshandel ausnahmsweise auch bei weniger als drei Objekten

Zur Frage, unter welchen Voraussetzungen ein gewerblicher Grundstückshandel auch dann anzunehmen ist, wenn bei dem Ankauf, der Bebauung und der Veräußerung von Grundstücken die Drei-Objekte-Grenze nicht überschritten wird (Fortführung zum BFH-Beschluss vom 10. Dezember 2001 GrS 1/98, BFHE 197, 240, BStBI II 2002, 291).

BFH, Urt. v. 18.12.2002 – X R 183/96
Kz.: L IX 1 – § 15 Abs. 2 EStG
Fax-Abruf-Nr.: 10266

Problem

Der BFH nimmt in der Regel einen gewerblichen Grundstückshandel nur dann an, wenn **mehr als drei Objekte** gekauft oder errichtet und in engem zeitlichen Zusammenhang veräußert wurden. Insoweit wird eine Zeitspanne von **5 Jahren** angesetzt.

Im entschiedenen Fall hatte die Klägerin ein Ein-Familienhaus erworben. Nach 15-jähriger Vermietung wurde das Haus abgerissen und ein neues Gebäude mit zehn Wohnungen und sechs Garagen errichtet. Vor Fertigstellung teilte die Klägerin das Grundstück nach WEG auf. Drei bzw. zwei Wohnungen nebst Garagen übertrug sie auf Sohn und Tochter. Im Jahr vor der Fertigstellung verkaufte sie drei Eigentumswohnungen und zwei Garagen, später eine weitere Garage. Käufer der Garagen waren Erwerber, die jeweils eine Eigentumswohnung vom Sohn bzw. der Tochter gekauft hatten. Finanzamt und Finanzgericht behandelten diese Veräußerungen als gewerblichen Grundstückshandel.

Entscheidung

Der BFH hob die Entscheidung des Finanzgerichts auf und verwies zurück. Er betont, dass die Zahl der Objekte und der zeitliche Abstand lediglich eine indizielle Bedeutung für eine gewerbliche Betätigung haben. Auf diese Indizwirkung komme es jedoch dann nicht an, wenn sich aus anderen Umständen zweifelsfrei eine von Anfang an bestehende oder auch fehlende Veräußerungsabsicht ergebe. Die Drei-Objekte-Grenze stelle keine Mindestgrenze dar.

Im Übrigen seien **Garagen bloße Zubehör-Räume** von Eigentumswohnungen und gelten daher nicht als Objekt, selbst wenn sie an andere Erwerber als die Käufer der Eigentumswohnungen veräußert werden. Auch die unentgelt-

lich auf die Kinder übertragenen Wohnungen zählten nicht mit, da mit deren Weggabe kein Gewinn erzielt werden sollte. Dies wäre nur dann anders zu beurteilen, wenn die von den Kindern vorgenommenen Veräußerungen der Klägerin aufgrund ihrer "Herrschaft über das Geschehen" zuzurechnen wären. Eine Aufklärung dieser Umstände durch das Finanzgericht sei aber dann entbehrlich, wenn der Klägerin anderweitig die **Veräußerungsabsicht bereits vor Baubeginn nachgewiesen** werden könnte. Diese Absicht hatte nämlich angeblich der Ehemann der Klägerin dem Außenprüfer mitgeteilt.

Literaturhinweise

P. Marcks, MaBV, 7. Aufl., Verlag C. H. Beck, München 2003, 429 Seiten, 29,90 €

Der **einzige Spezialkommentar zur MaBV**, der von dem früher im Bundesministerium für Wirtschaft zuständigen Ministerialrat a. D. *Marcks* verfasst ist, liegt nun endlich wieder in aktualisierter Auflage vor (die Voraufgabe stammte aus dem Jahr 1998). Bereits dem Vorwort kann man entnehmen, dass *Marcks* in der Verordnung über Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen nunmehr eine "einwandfreie" zivilrechtliche Rechtsgrundlage für Vereinbarungen über Abschlagszahlungen sieht (§ 3 Rn. 1b). Auch unterliege der Bauträgervertrag nicht der Bauabzugssteuer nach § 48 EStG (§ 3 MaBV Rn. 23). Ein möglicher Einwendungsdurchgriff nach §§ 358 Abs. 3, 359 BGB in der Fassung des OLG-Vertretungsänderungsgesetzes wird lediglich cursorisch behandelt (§ 3 MaBV Rn. 43a). Auch der Sicherungsumfang einer MaBV-Bürgschaft wird nur knapp angesprochen (§ 7 MaBV Rn. 7). Insgesamt gibt das Werk die gewerberechtlichen Beschränkungen der MaBV zuverlässig und ausführlich wieder, während die zivilrechtlichen Konsequenzen eher knapp dargestellt werden.

Notar a. D. Christian Hertel

F. Scholz, Kommentar zum GmbH-Gesetz, 9. Aufl., Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, Band I (§§ 1-44, Anh. Konzernrecht), 2000, Band II (§§ 45-87), 2002, 2.159 Seiten + 2.142 Seiten, 398,- €

Gut zwei Jahre, nachdem Band I des *Scholz* zum GmbH-Gesetz in einer neuen Auflage vorgelegt wurde, ist nun endlich auch der **zweite Band** dieses zu Recht als Standardkommentar bezeichneten Werks in neuer Auflage erschienen. In bewährter Qualität haben die Autoren Wissenschaft und Praxis zum GmbH-Recht und das hierzu vertretene vielfältige Meinungsspektrum umfassend dargestellt. Gleiches gilt für die zwischenzeitlich erlassenen neuen Gesetze, die ebenso zuverlässig eingearbeitet wurden, es jedoch teilweise erforderlich machten, Teile der Kommentierung vollständig neu zu bearbeiten. Da auch die Neuauflage des *Scholz* **umfassende Informationen auf neuestem Stand** zum GmbH-Recht gibt, ist die Anschaffung der Neuauflage dieses Kommentars gleichsam ein "Muss" für jeden mit der Rechtsform der GmbH befassten Praktiker.

Notar a. D. Dr. Adolf Reul

K. Tipke/J. Lang, Steuerrecht, 17. Aufl. 2002, Dr. Otto Schmidt Verlag, Köln 2002, 996 Seiten, 49,80 €

Dieser **Klassiker des deutschen Steuerrechts** ist jetzt auf den Stand Juni 2002 völlig neu überarbeitet. Dabei konnten sämtliche Steuergesetze der 4. Legislaturperiode Berücksichtigung finden. Dieses Standard-Praxis-Lehrbuch stellt die gesamte Materie des Steuerrechts einschließlich Verfahrensrecht und Steuerstrafrecht in einem einzigen Band dar. Es ist in sieben große Kapitel gegliedert: Grundlagen der Steuerrechtsordnung, das Steuerrechtsverhältnis, die einzelnen Steuerarten, Besteuerung der Unternehmen, Steuerbegünstigungen, Steuerverfahrensrecht und Steuerstraf- und Steuerordnungswidrigkeitenrecht. Nicht nur wegen seines günstigen Preis-Leistungsverhältnisses eignet sich das vorliegende Buch für jeden Notar, der sich allgemein in das Steuerrecht einarbeiten oder auch nur punktuell mit einzelnen Steuerproblemen auseinandersetzen will.

Dr. Andreas Heidinger

M. Bühl, EuGH und Bezirksnotare, BWNotZ 2002, 141

F. Jacoby, Die Tilgung der Bestattungskosten vom Nachlasskonto, WM 2003, 368

H. Schäfer/C. Giebel, Die Ausformung des § 57 TKG durch die neue Rechtsprechung, ZfR 2003, 49

W. Schneider, Überlegungen zur Einführung eines "Zentralgrundbuches", Rpfleger 2003, 70

M. Schöpflin, Die Lehre von der verdeckten Sacheinlage – eine gelungene Rechtsfortbildung?, GmbHR 2003, 57

C. Schwarz, Die Mehrheitsvertretung des Vereinsvorstandes und deren Eintragung im Vereinsregister, Rpfleger 2003, 1

R. Suppliet, LPG-Umwandlungen: Bewährungsprobe nicht bestanden!, NotBZ 2003, 1

Veranstaltungen

Termine für **Mai 2003** – 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).

Aktuelle Notarkostenfragen (Schmidt/Tiedtke), 3.5.2003 Kassel

Intensivkurs Grundstückskaufvertrag (Basty/Blank), 5.5. - 9.5.2003 Timmendorfer Strand

Deutsch-Österreichischer Rechtsvergleich in der notariellen Praxis (Riering/Wandel/Schwimann/Spuzina/Sauberer), 9.5. - 10.5.2003 Wien

Praktikertagung: Das Anderkonto in der notariellen Praxis – unter Berücksichtigung der Änderungen des Geldwäschegesetzes (Hertel), 10.5.2003 Hannover

Ausgewählte Fragen des Erbrechts (Kornexl), 16.5.2003 Bochum, 17.5.2003 Bremen

Umwandlungsrecht in der notariellen Praxis (Mayer), 23.5.2003 Frankfurt, 24.5.2003 Hamburg

Rechtsformwahl und Rechtsformoptimierung aus zivilrechtlicher und steuerrechtlicher Sicht (Herzig/Priester/Spiegelberger) 23.5. - 24.5.2003 Köln

Die Immobilie im Zivil- und Steuerrecht (Spiegelberger/Spindler/Wälzholz) 29.5. - 31.5.2003 Fischbachau

Handelsregisteranmeldung nebst Kostenrecht (Waldner), 30.5.2003 Rendsburg, 31.5.2003 Bad Homburg

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 155,00 €, Einzelheft 6,50 €, 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