

DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

12. Jahrgang
Februar 2004
ISSN 1434-3460

4/2004

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 1643, 1812, 1821, 1822, 1828 – Beteiligung eines Minderjährigen an einer Grundstücksverwaltungs-GbR: vormundschafts- oder familiengerichtliche Genehmigung des GbR-Vertrages und der Bestellung einer Eigentümergrundschuld

BNotO § 23; BeurkG § 54c Abs. 3; InsO §§ 103, 116 – Rückzahlung einer Teileinzahlung auf Notaranderkonto nach Käuferinsolvenz

Gutachten im Fax-Abruf

Rechtsprechung

GBO § 29 S. 3; GO NW § 64 – Gesiegeltes Schreiben mit Briefkopf der Gemeinde genügt für Grundbuchamt ohne weiteren Vertretungsnachweis

BGB § 1365; GBO §§ 19, 33 – Kein genereller Nachweis der Ehegattenzustimmung gegenüber dem Grundbuchamt

BGB §§ 2325, 2329 – Pflichtteilergänzung bei lebzeitiger Zuwendung an Stiftungen

BGB §§ 2303, 2306, 2317; ZPO § 852 Abs. 1; BSHG § 90 – Überleitung der vom Berechtigten nicht geltend gemachten Pflichtteilsansprüche auf Sozialhilfeträger I

BGB §§ 2303, 2306, 2317; ZPO § 852 Abs. 1; BSHG § 90 – Überleitung der vom Berechtigten nicht geltend gemachten Pflichtteilsansprüche auf Sozialhilfeträger II

GmbHG § 52 Abs. 1; AktG § 112 – Vertretung einer GmbH gegenüber Geschäftsführer durch fakultativen Aufsichtsrat

ESTG § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, § 52 Abs. 39 S. 1; GG Art. 2 Abs. 1, 20 Abs. 3, 100 – Rückwirkung der Verlängerung der "Spekulationsfrist" für Grundstücksveräußerungen – Vorlage des BFH an das BVerfG

Aktuelles

Haager Legalisationsabkommen: Ukraine

Literatur

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 1643, 1812, 1821, 1822, 1828 Beteiligung eines Minderjährigen an einer Grundstücksverwaltungs-GbR: vormundschafts- oder familiengerichtliche Genehmigung des GbR-Vertrages und der Bestellung einer Eigentümergrundschuld

I. Sachverhalt

Eine Grundstücksverwaltungs-GbR wurde unter Beteiligung eines Minderjährigen gegründet und ein Grundstück in die GbR eingebracht. Der GbR-Vertrag enthält eine Spezialvollmacht für Grundstücksgeschäfte; insbesondere ist der ebenfalls an der GbR beteiligte Vater des Minderjährigen berechtigt, die GbR zu vertreten und sie dabei dinglich und persönlich (letzteres beschränkt auf das Gesellschaftsvermögen) der sofortigen Zwangsvollstreckung gem. § 800

ZPO zu unterwerfen und hierzu alle erforderlichen Erklärungen etc. abzugeben. Er ist von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit.

Anfang 2003 wurde dieser GbR-Vertrag vormundschaftsgerichtlich genehmigt. Danach bestellte der Vater aufgrund der Vollmacht zu Lasten eines der GbR gehörenden Grundstücks zwei Eigentümerbriefgrundschulden. Diese wurden in das Grundbuch eingetragen. Nunmehr sollen diese Grundschulden an eine Bank abgetreten werden.

II. Frage

Bedarf die Bestellung der Grundschuld und/oder deren Abtretung der familiengerichtlichen oder vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung, obwohl bereits die Gründung der GbR unter Beteiligung des Minderjährigen vormundschaftsgerichtlich genehmigt worden war und darin die genannte Vollmacht enthalten ist?

III. Zur Rechtslage

1. Genehmigungspflicht der Grundschuldbestellung an einem Grundstück des Minderjährigen

a) Gem. § 1643 Abs. 1 BGB bedürfen die Eltern zu Rechtsgeschäften für das Kind in den Fällen der Genehmigung des Familiengerichts, in denen nach § 1821 und nach § 1822 Nr. 1, 3, 5, 8-11 BGB ein Vormund der Genehmigung bedarf. Diese Vorschrift überträgt also nur einen Teil der für Rechtsgeschäfte des Vormunds oder Pflegers (§ 1915 BGB) geltenden Genehmigungserfordernisse auf die Eltern, stellt diese also im Ergebnis freier als den Vormund oder den Pfleger (vgl. MünchKomm-Huber, BGB, 4. Aufl. 2002, § 1643 BGB Rn. 1).

Genehmigungsbedürftig ist insbesondere gem. § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB die **Verfügung über ein Grundstück** oder über ein Recht an einem Grundstück. Verfügung ist jede unmittelbare Einwirkung auf ein bestehendes Recht, sei es durch Übertragung, Belastung, Inhaltsänderung oder Aufgabe (Soergel/Zimmermann, BGB, 13. Aufl. 2000, § 1821 BGB Rn. 3; Palandt/Diederichsen, BGB, 63. Aufl. 2004, § 1821 BGB Rn. 15). Auch die **Belastung eines Grundstücks** ist daher eine Verfügung über das Grundstück selbst. Genehmigungsbedürftig ist daher die Bestellung einer Hypothek, Grund- oder Rentenschuld (RGZ 154, 41, 46; Soergel/Zimmermann, § 1821 BGB Rn. 5; Palandt/Diederichsen, § 1821 BGB Rn. 15). Als Verfügung über das Grundstück selbst fällt die Bestellung eines Grundpfandrechts nicht unter § 1821 Abs. 2 BGB.

Auch die Bestellung einer **Eigentümergrundschuld** unterfällt dem Genehmigungstatbestand des § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB (KG JFG 9, 262; MünchKomm-Wagenitz, § 1821 BGB Rn. 25; Soergel/Zimmermann, § 1821 BGB Rn. 5; Palandt/Diederichsen, § 1821 BGB Rn. 15). Dem könnte man zwar bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise entgegenhalten, dass allein die Bestellung des Eigentümerrechts die Vermögensposition des Eigentümers noch nicht schmälert, sondern erst dessen künftige Abtretung (MünchKomm/Eickmann, BGB, 3. Aufl. 1997, § 1196 BGB Rn. 7). Gleichwohl wird die Genehmigungspflicht bejaht, weil Eltern sonst aufgrund des § 1821 Abs. 2 BGB eine genehmigungsfrei bestellte Eigentümergrundschuld durch eine genehmigungsfreie Abtretung in eine Fremdgrundschuld umwandeln und damit die Belastung des Grundstücks der familiengerichtlichen Kontrolle entziehen könnten (KG, a. a. O.; Klüsener, Rpfleger 1981, 461, 465; MünchKomm-Eickmann, § 1196 BGB Rn. 7). Der Genehmigungstatbestand des § 1812 BGB, der sonst für Verfügungen über Grundpfandrechte eingreift (vgl. Palandt/Diederichsen, § 1812 BGB Rn. 8), gilt für Eltern nämlich nicht (§ 1643 Abs. 1 BGB).

b) Bestellen Eltern zu Lasten des ihrem minderjährigen Kind gehörenden Grundbesitzes eine Eigentümergrundschuld, bedürfen sie hierfür also gem. §§ 1643 Abs. 1, 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB der familiengerichtlichen Genehmigung (zur Abgrenzung der **Zuständigkeit** zwischen Familien- und Vormundschaftsgericht s. **Gutachten DNotI-Report 2003, 25**). Wegen § 1821 Abs. 2 BGB nicht genehmigungsbedürftig ist hingegen die spätere Abtretung einer solchen Eigentümergrundschuld.

2. Genehmigungspflicht bei Verfügungen über Gesellschaftsgrundbesitz

a) Juristische Personen und Personenhandelsgesellschaften

Der Genehmigungstatbestand des § 1821 BGB greift nur dann ein, wenn sich der Geschäftsgegenstand auf das **Vermögen des Minderjährigen** bezieht. Bei Verfügungen ist Voraussetzung, dass der Verfügungsgegenstand dem Vermögen des Minderjährigen angehört. Hierfür genügt freilich auch eine **Bruchteils- oder Gesamthandsbeteiligung** des Minderjährigen (MünchKomm-Wagenitz, § 1821 BGB Rn. 7; Soergel/Zimmermann, Vor § 1821 BGB Rn. 7; Palandt/Diederichsen, § 1821 BGB Rn. 7, 13). Etwas anderes gilt allerdings bei Rechtsgeschäften, die von vertretungsberechtigten Organen einer **juristischen Person**, an welcher der Vertretene beteiligt ist, in deren Namen geschlossen werden, weil hier nicht für den Minderjährigen, sondern für ein anderes Rechtssubjekt (e.V., AG, GmbH) gehandelt wird. Dies gilt selbst dann, wenn der Minderjährige Alleingesellschafter der juristischen Person ist (RGZ 133, 7, 10 f.; MünchKomm/Wagenitz, § 1821 BGB Rn. 8; Soergel/Zimmermann, Vor § 1821 BGB Rn. 8).

In Rechtsprechung und Literatur ist anerkannt, dass es darüber hinaus an einem Bezug zum Mündelvermögen auch dann fehlt, wenn es nicht um das Vermögen einer juristischen Person geht, sondern das Rechtsgeschäft das Vermögen einer **Personenhandelsgesellschaft (OHG und KG)** betrifft, an welcher der Minderjährige beteiligt ist (RGZ 125, 380; BGH NJW 1971, 375; Soergel/Zimmermann, Vor § 1821 BGB Rn. 8; MünchKomm-Wagenitz, § 1821 BGB Rn. 9; Palandt/Diederichsen, § 1821 BGB Rn. 7). Begründet wird dies zum Teil mit der vormundschafts- bzw. familiengerichtlichen Kontrolle über den Abschluss des Gesellschaftsvertrages gem. § 1822 Nr. 3 BGB (Klüsener, Rpfleger 1981, 461, 464), zum Teil mit dem Gedanken der **Teilrechtsfähigkeit** dieser Gesellschaften (RGZ 54, 278) oder mit der Erwägung, dass sonst dem Vormundschaftsrichter in weitem Umfang die Entscheidung kaufmännischer Zweckmäßigkeitfragen bei der Führung des Gesellschaftsunternehmens aufgebürdet würde, was als praktisch untragbar empfunden wird (BGH NJW 1971, 375). Dies soll jedenfalls dann gelten, wenn die Personenhandelsgesellschaft – wie früher zwingend (vgl. jetzt § 105 Abs. 2 S. 1 Alternative 2 HGB) – ein **Erwerbsgeschäft** betreibt (zu dieser Einschränkung sogleich).

b) Gesellschaft bürgerlichen Rechts

Fraglich ist nun die Genehmigungsbedürftigkeit gem. § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB, wenn es um eine Verfügung über den Grundbesitz einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (**GbR**) geht, an welcher ein Minderjähriger beteiligt ist.

Das **OLG Hamburg** entschied bereits im Jahre 1957 (FamRZ 1958, 333, 334), dass die Rechtsprechung zu den Personenhandelsgesellschaften auf die GbR übertragbar sei, wenn diese ein **Erwerbsgeschäft** betreibe, dagegen nicht, wenn es sich bei der GbR um eine bloße Vermögensverwaltungsgesellschaft handle. Begründet wurde dies im Wesentlichen damit, dass bei Erwerbsgesellschaften eine vormundschaftsgerichtliche Kontrolle der Gründung unter Beteiligung des Minderjährigen bzw. des Beitritts des Minderjährigen gem. § 1822 Nr. 3 BGB gewährleistet sei, nicht aber bei bloßen Vermögensverwaltungsgesellschaften. In die gleiche Richtung tendieren zwei Entscheidungen des LG Aschaffenburg (MittBayNot 1973, 377) und des LG Wuppertal (NJW-RR 1995, 152). Es komme freilich darauf

an, ob das konkrete Geschäft vom Gesellschaftszweck gedeckt sei (so LG Aschaffenburg) oder ob die Vornahme des konkreten Geschäfts im Zeitpunkt der Gründung bzw. des Beitritts bereits für das Gericht absehbar und damit von der Genehmigung umfasst war (so LG Wuppertal).

Das **OLG Schleswig** entschied nun ebenfalls in zwei Beschlüssen vom 21.6.2001 (DNotZ 2002, 551 = MittBayNot 2002, 294) und vom 1.8.2001 (RNotZ 2002, 405 = NotBZ 2002, 108 = FamRZ 2003, 55), die für Personenhandels-gesellschaften angestellten Erwägungen seien für eine GbR **zumindest dann** einschlägig, wenn sie als **Erwerbsgesellschaft** betrieben wird.

Für eine **rein vermögensverwaltende Gesellschaft** bürgerlichen Rechts entschied das **OLG Koblenz** mit Beschluss vom 22.8.2002 (NJW 2003, 1401 = FamRZ 2003, 249 = FamRB 2003, 122) hingegen, dass die Veräußerung von Grundstücken durch die GbR selbst dann der familiengerichtlichen Genehmigung gem. § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB bedürfe, wenn der Beitritt des Minderjährigen zu der Gesellschaft bereits vormundschaftsgerichtlich genehmigt worden war. Entscheidend war für das OLG freilich, dass – auch aufgrund besonderer Satzungsbestimmungen (die Umschichtung von Vermögenswerten sollte gegenüber der Fruchtziehung nur im konkreten Einzelfall und ausnahmsweise stattfinden; in der Präambel des Gesellschaftsvertrages wurde der Wunsch geäußert, das Vermögen solle möglichst zusammenbleiben) – nach seiner Ansicht “die Prüfung bei der Genehmigung des Beitritts zur Gesellschaft ... gerade nicht die mögliche Veräußerung von Teilen des Gesellschaftsvermögens durch den Geschäftsführungsbevollmächtigten (umfasste).”

In der **Literatur** wird die Rechtslage uneinheitlich beurteilt. Vereinzelt wird noch für die Verfügung über ein Grundstück einer GbR, an der ein Minderjähriger beteiligt ist, stets und ohne Einschränkung die familien- bzw. vormundschaftsgerichtliche Genehmigung gefordert (Soergel/Zimmermann, Vor § 1821 BGB Rn. 8). Mit Blick auf die durch den BGH nunmehr anerkannte grundsätzliche Rechtsfähigkeit der Außen-GbR wird dagegen teilweise vertreten, Verfügungen über das Vermögen einer Außen-GbR seien ebenso zu behandeln wie Verfügungen über das Vermögen juristischer Personen und seien daher schlechthin nicht genehmigungsbedürftig, und zwar unabhängig davon, ob die GbR ein Erwerbsgeschäft betreibt oder lediglich vermögensverwaltend tätig sei (so Dümig, FamRZ 2003, 1, 2 f.; Wertenbruch, FamRZ 2003, 1714, 1715). Nach Auffassung von *Dümig* bedarf freilich die Beteiligung eines Minderjährigen an einer GbR stets der Genehmigung gem. § 1822 Nr. 10 BGB. Dies dürfte der allgemein anerkannten einschränkenden Auslegung des § 1822 Nr. 10 BGB widersprechen, wonach eine Verbindlichkeit i. S. dieser Vorschrift nur dann vorliegt, wenn im Innenverhältnis zwischen den Schuldnern ein Regressanspruch des Minderjährigen besteht (vgl. BGHZ 107, 24, 26 = DNotZ 1990, 303 = NJW 1989, 1926; Palandt/Diederichsen, § 1822 BGB Rn. 22; Soergel/Zimmermann, § 1822 BGB Rn. 39, jew. m. w. N.). Die **wohl überwiegende Auffassung** in der Literatur stellt hingegen darauf ab, ob die GbR ein **Erwerbsgeschäft** i. S. des § 1822 Nr. 3 BGB betreibt und der Beitritt des Minderjährigen zu der Gesellschaft daher nach dieser Vorschrift genehmigungsbedürftig war (Palandt/Diederichsen, § 1821 BGB Rn. 7; MünchKomm-Wagenitz, § 1821 BGB Rn. 9 m. Fn. 18; Lautner, MittBayNot 2002, 256, 258 ff.; Schreiber, NotBZ 2002, 109, 110; Staudinger/Engler, BGB, 13. Bearb. 1999, § 1821 BGB Rn. 16).

Aus Gründen des **Minderjährigenschutzes** spricht nach unserer Einschätzung viel für die Auffassung, dass eine Verfügung über das Vermögen einer GbR, an welcher ein Minderjähriger beteiligt ist, (nur) dann nicht dem Genehmigungstatbestand des § 1821 BGB unterfällt, wenn bereits die Gründung der Gesellschaft unter Beteiligung des Minderjährigen bzw. dessen späterer Beitritt familien- bzw. vormundschaftsgerichtlich genehmigt wurde, also dann, wenn die Gesellschaft ein Erwerbsgeschäft i. S. des § 1822 Nr. 3 BGB betreibt. Vom Anwendungsbereich dieser Vorschrift ausgenommen sind Gesellschaften, die allein dem Zweck der privaten Verwaltung und Erhaltung des Familienvermögens dienen (LG Mainz Rpfleger 2000, 15; LG Münster FamRZ 1997, 842; MünchKomm/Wagenitz, § 1822 BGB Rn. 22).

Allerdings hat die Rechtsprechung die Grenzen der **rein privaten Vermögensverwaltung** im Rahmen des § 1822 Nr. 3 BGB in den letzten Jahren **zunehmend enger gezogen** und die Genehmigungsbedürftigkeit auf Gesellschaften ausgedehnt, die die “Verwaltung, Vermietung und Verwertung gewerblich nutzbarer Immobilien von erheblichem Wert” zum Zweck haben (BayObLG DNotZ 1998, 495, 496 f.; Palandt/Diederichsen, § 1822 BGB Rn. 9). Teilweise wird hieraus die Schlussfolgerung gezogen, die Genehmigungsbedürftigkeit eines Vertrages, durch den eine Familiengesellschaft bürgerlichen Rechts unter Einschluss Minderjähriger gegründet wird, sei nunmehr regelmäßig zu bejahen (so Reimann, DNotZ 1999, 179, 185 f.; a. A. Lautner, MittBayNot 2002, 256, 258). Wurde allerdings die Gründung der Gesellschaft unter Beteiligung des Minderjährigen bzw. dessen späterer Beitritt gem. § 1822 Nr. 3 BGB familien- bzw. vormundschaftsgerichtlich genehmigt, dürfte es nach unserer Auffassung – ebenso wie bei den Personenhandels-gesellschaften – auf die Vereinbarkeit der Verfügung mit dem Gesellschaftszweck oder aber die Absehbarkeit der Verfügung im Zeitpunkt der Genehmigung durch das Gericht entgegen der Ansicht des OLG Koblenz nicht ankommen (so auch Lautner, MittBayNot 2002, 256, 259). Denn die Prüfung dieser Umstände dürfte in der Praxis regelmäßig dazu führen, dass doch die Vorlage einer vormundschafts- bzw. familiengerichtlichen Genehmigung des einzelnen Rechtsgeschäfts vorgelegt werden müsste. Dies ist zum einen nicht praktikabel und widerspricht nach unserer Einschätzung zum anderen auch dem Zweck, welcher mit einer Genehmigung eines Erwerbsgeschäfts gem. § 1822 Nr. 3 BGB verbunden ist.

3. Ergebnis

a) Die Bestellung einer Eigentümerbriefgrundschuld unterfällt – anders als ihre spätere Abtretung – dem Genehmigungstatbestand der §§ 1643 Abs. 1, 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB. Die Genehmigung dürfte freilich jedenfalls dann entbehrlich sein, wenn die Gesellschaft ein Erwerbsgeschäft i. S. des § 1822 Nr. 3 BGB betreibt und die Gründung unter Beteiligung des Minderjährigen daher nach dieser Vorschrift genehmigt wurde.

b) Betreibt die Gesellschaft kein Erwerbsgeschäft i. S. dieser Regelung, sondern vielmehr lediglich private Vermögensverwaltung, ist fraglich, welche Auswirkungen die gleichwohl erteilte vormundschaftsgerichtliche Genehmigung hat. Mit Blick darauf, dass ja tatsächlich (wenngleich ggf. überflüssigerweise) im Vorfeld eine vormundschaftsgerichtliche Kontrolle stattgefunden hat, ist nach unserer Einschätzung auch in diesem Fall eine gesonderte familiengerichtliche Genehmigung für die Bestellung der Eigentü-

mergrundsschulden entbehrlich. Etwas anderes dürfte nach der Entscheidung des OLG Koblenz allerdings dann gelten, wenn eine potentielle künftige Grundstücksbelastung bei der seinerzeitigen Genehmigung des Gesellschaftsvertrages nicht **Gegenstand der vormundschaftsgerichtlichen Prüfung war**. Dies dürfte freilich – anders als in dem vom OLG Koblenz zu beurteilenden Sachverhalt – hier der Fall sein, da im Gesellschaftsvertrag schon eine Spezialvollmacht für Grundstückszwecke enthalten ist, die ausdrücklich auch dazu ermächtigt, die GbR dinglich und persönlich (letzteres beschränkt auf das Gesellschaftsvermögen) der sofortigen Zwangsvollstreckung gem. § 800 ZPO zu unterwerfen.

c) Im Ergebnis gehen wir daher aufgrund der erteilten vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung davon aus, dass eine gesonderte familiengerichtliche Genehmigung für die Bestellung der Eigentümerbriefgrundschulden unabhängig davon entbehrlich ist, ob die Gesellschaft ein Erwerbsgeschäft i. S. des § 1822 Nr. 3 BGB betreibt oder nicht. Betreibt sie kein Erwerbsgeschäft i. S. des § 1822 Nr. 3 BGB, könnte es sich freilich mit Blick auf die Entscheidung des OLG Koblenz aus Sicherheitsgründen empfehlen, vorsorglich die familiengerichtliche Genehmigung einzuholen.

BNotO § 23; BeurkG § 54c Abs. 3; InsO §§ 103, 116

Rückzahlung einer Teileinzahlung auf Notaranderkonto nach Käuferinsolvenz

I. Sachverhalt

Der Käufer zahlte nach Vertragsschluss zunächst einen Teil des Kaufpreises (10.000 €) auf das Notaranderkonto ein. Danach fiel er in Insolvenz. Der Insolvenzverwalter lehnte die Erfüllung des Kaufvertrages ab.

Der Insolvenzverwalter verlangt nun Auszahlung des auf dem Notaranderkonto verwahrten Betrages zur Masse. Der Verkäufer verlangt hingegen die Auszahlung an sich bzw. einen seiner Gläubiger.

II. Frage

Inwieweit ist ein teilweise bereits auf Notaranderkonto eingezahlter Kaufpreisteil an den Insolvenzverwalter des Käufers zurückzuzahlen, wenn dieser die Erfüllung des Kaufvertrages ablehnt?

III. Zur Rechtslage

1. Notarielles Verwahrungsverfahren

Zunächst seien nur die **verfahrensrechtlichen Rechtsbeziehungen** zwischen den Beteiligten und dem Notar auf der Ebene der öffentlich-rechtlichen Verwahrungsanweisung bzw. des öffentlich-rechtlichen Verwahrungsverhältnisses geprüft (§ 23 BNotO).

a) Keine Regelung in der Verwahrungsanweisung

Die Rückzahlung oder die Insolvenz eines Beteiligten ist in der Verwahrungsanweisung selbst nicht geregelt.

b) Erlöschen von Geschäftsbesorgungsverträgen mit Insolvenzeröffnung (§ 116 InsO)

Nach einhelliger Ansicht fällt das verwaltete Geld **nicht in die Insolvenzmasse**, da der Notar alleiniger Kontoinhaber ist (vgl. Ziff. 6 der Anderkontenbedingungen; Sandkühler,

in: Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO, 5. Aufl. 2003, § 23 BNotO Rn. 166; Winkler, BeurkG, 15. Aufl. 2003, § 54c BeurkG Rn. 50).

Nach Ansicht des Insolvenzverwalters ist das “Treuhandverhältnis” zur Verwahrung mit der Insolvenzeröffnung erloschen (§ 116 InsO). In der Tat hatte der BGH ein solches Erlöschen des Verwahrungsverhältnisses kraft Gesetzes für den inhaltsgleichen § 23 KO bejaht (**BGH NJW 1962, 1201**).

§ 116 InsO setzt jedoch einen Geschäftsbesorgungsvertrag im Sinne des § 675 BGB voraus. Dazu gehört zwar der Vertrag mit einem Rechtsanwalt, aber nicht das Rechtsverhältnis gegenüber einem Notar, da der Notar öffentlich-rechtlich tätig wird (§ 1 BNotO).

Die **notarrechtliche Literatur** ist daher ganz überwiegend der Auffassung, dass die Entscheidung des BGH (NJW 1962, 1201) heute nicht mehr so ergehen würde, da sie noch von der mittlerweile überholten Auffassung einer privatrechtlichen Natur der Verwahrung (“Treuhandvertrag”) ausging; die hoheitliche Verwahrung nach § 23 BNotO sei **keine Geschäftsbesorgung im Sinne § 23 KO bzw. des § 116 InsO** (Hertel, in: Eylmann/Vaasen, BNotO, BeurkG, 2000, § 23 BNotO Rn. 44; Kawohl, Notaranderkonto, 1995, Rn. 119; Weingärtner/Schöttler, DNot, 7. Aufl. 1995, Rn. 182; ebenso wohl Winkler, § 54b BeurkG Rn. 50; vgl. Gutachten DNotI-Report 2001, 147; a. A. Bräu, Verwahrungstätigkeit des Notars, 1992, Rn. 255). Nach Ansicht von Sandkühler (§ 23 BNotO Rn. 166) werden allerdings auch die Verwahrungsanweisungen wirkungslos, wenn der Insolvenzverwalter die Erfüllung nach § 103 InsO ablehnt; damit stellt Sandkühler aber wohl nur auf die Rechtsfolgen des § 54b Abs. 3 BeurkG ab.

In den **Kommentaren zur Insolvenzordnung** wird die Verwahrungsanweisung für das Notaranderkonto überwiegend nicht ausdrücklich behandelt. Soweit die Kommentarliteratur davon ausgeht, dass von § 116 InsO = § 23 KO a. F. auch die Tätigkeit des Notars erfasst werde (Kilger/K. Schmidt, Insolvenzgesetz, 17. Aufl. 1997, § 23 Anm. 1a; Kuhn/Uhlenbruck, KO, 11. Aufl. 1994, § 23 Rn. 2; Wegener, in: Frankfurter Kommentar zur InsO, 3. Aufl. 2002, § 116 Rn. 14) subsumiert diese nur dann die Verträge mit einem Notar unter die Bestimmung des § 116 InsO = § 23 KO, “sofern der Notar nicht als Amtsperson bei der Beurkundung von Rechtsgeschäften tätig wird”. Dabei rekurriert die Literatur auf eine Entscheidung des III. Zivilsenats des Reichsgerichts vom 7. Juli 1914 (RGZ 85, 225, 227). Hier vertrat der III. Zivilsenat die Ansicht, dass zwischen den Urkundsbeteiligten und dem Notar ein Vertragsverhältnis bestünde. Dieser Auffassung trat jedoch der III. Zivilsenat des Reichsgerichts mit Urteil v. 3. November 1914 (RGZ 409, 413 f.) ausdrücklich entgegen. Seiner Ansicht nach könne die Erfüllung einer Amtspflicht des Notars nicht Gegenstand vertraglicher Bindung sein, soweit es um die “amtliche Tätigkeit der preussischen Notare” gehe. Mit Urteil vom 28. März 1919 (RGZ 95, 214, 217) bestätigte der III. Zivilsenat des Reichsgerichts ausdrücklich diese Auffassung. Dieser Ansicht ist beizutreten. Sie gilt u. E. erst Recht unter Geltung der BNotO und des BeurkG. Nach § 23 BNotO, §§ 54a ff. BeurkG ist die notarielle Verwahrung (ebenso wie die Urkundstätigkeit) öffentlich-rechtliche Amtstätigkeit und kann demgemäß nicht Gegenstand vertraglicher Vereinbarungen sein. (Unrichtig daher die Einordnung der “Tätigkeit als Rechtsanwalt oder Notar” generell ohne weitere Differenzierung unter die Geschäftsbesorgungsverträge bei Smid/Meyer, InsO, 2. Aufl. 2001, § 116 InsO Rn. 2).

In den übrigen Kommentaren zu § 116 InsO fanden wir keine Ausführungen zum Notaranderkonto oder allgemein zur notariellen Amtstätigkeit (so z.B. Braun/Kroth, InsO, 2002; Eickmann/Marotzke, InsO, 2. Aufl. 2001; Frankfurter Kommentar-InsO/Wegener, 3. Aufl. 2002; Heidelberger Kommentar-InsO/Marotzke, 2. Aufl. 2001; MünchKomm-InsO/Ott, 2002; Hess/Weis/Wienberg, InsO, 2. Aufl. 2001, §§ 115, 116 InsO; Kießner, in: Nerlich/Römermann, InsO, Stand Juli 2003; Tintelnot, in: Kübler/Prütting, InsO, Stand Okt. 2003, §§ 115, 116 InsO; Uhlenbruck, InsO, 12. Aufl. 2003).

c) Einseitiger Widerruf durch den Insolvenzverwalter bei Erfüllungsablehnung (§ 54c Abs. 3 BeurkG)

Nach der gesetzlichen Regelung des § 54c Abs. 3 BeurkG ist der einseitige Widerruf durch einen Verwahrungsbeteiligten (hier durch den Insolvenzverwalter für den Käufer) dann beachtlich, wenn er darauf beruht, dass das zugrunde liegende Rechtsverhältnis unwirksam oder rückabzuwickeln ist. Dies ist hier aufgrund der **Erfüllungsablehnung** durch den Insolvenzverwalter nach § 103 InsO der Fall.

Folge des § 54c Abs. 3 BeurkG ist aber nur, dass der Notar eine Auszahlung unterlassen und die Verwahrung in dem Zustand anhalten muss, in dem sie sich beim Widerruf befindet; das Geld ist nicht etwa an den Widerrufenden oder an den Einzahlenden zurückzuzahlen (Sandkühler, in: Arndt/Lerch/Sandkühler, § 23 BNotO Rn. 135; Hertel, in: Eylmann/Vaasen, § 54c BeurkG Rn. 23; Winkler, § 54c BeurkG Rn. 39; Brambring, ZfIR 1999, 333, 340; Haug, Die Amtshaftung des Notars, 2. Aufl. 1997, Rn. 719).

Anders – und im Sinne des vom Insolvenzverwalter Verlangten – entschied jedoch das **Kammergericht**. Nach Ansicht des Kammergerichtes ist der eingezahlte Kaufpreis auf Verlangen des Käufers an diesen zurückzuzahlen, wenn beide Kaufvertragsparteien nicht mehr die Durchführung des Vertrages wollen (wenn auch aus unterschiedlichen Gründen) – jedenfalls, wenn eine vom Verkäufer erbrachte Vorleistung rückabgewickelt wurde (also insbesondere eine zugunsten des Käufers eingetragene Auflassungsvormerkung gelöscht wurde); denn allfällige Schadensersatzansprüche des Verkäufers sichere der verwahrte Betrag nicht (KG DNotZ 1998, 204 = DNotI-Report 1999, 230 noch zu einem Fall vor Inkrafttreten des § 54c BeurkG; ebenso KG DNotI-Report 1999, 153 = DNotZ 1999, 99 = ZNotP 2000, 121; KG DNotI-Report 2002, 175). Diese Rechtsprechung des Kammergerichtes widerspricht aber nach Ansicht jedenfalls eines Teils der Literatur § 54c Abs. 3 BeurkG (Hertel, in: Eylmann/Vaasen, § 54c BeurkG Rn. 23; ablehnend zur Rechtsprechung des KG auch Brambring, RWS-Forum Immobilienrecht 1998, S. 11, 18 f.).

d) Ergebnis

Nach Ansicht der überwiegenden Literatur kann daher die Rückzahlung nur erfolgen, wenn eine entsprechende einvernehmliche Anweisung beider Kaufvertragsparteien (bzw. auf Seiten des Käufers durch den Insolvenzverwalter) erteilt wird.

Nach Ansicht des Kammergerichtes könnte hingegen die Rückzahlung bereits Zug um Zug mit Rückabwicklung allfällig bereits erbrachter Gegenleistungen des Verkäufers erfolgen.

2. Zur materiellen Rechtslage

Inwieweit die Kaufvertragsparteien einander zur Zustimmung zu einer bestimmten Auszahlung verpflichtet sind, hat die verwahrende Notarin nicht zu prüfen. Daher nur einige cursorische Anmerkungen zur materiellen Rechtslage:

a) Rückgewähranspruch nach Erfüllungsablehnung

Materiell-rechtlich konnte der Insolvenzverwalter des Käufers die Erfüllung ablehnen (§ 103 InsO). Die Vormerkung (§ 106 InsO) schützt lediglich den Käufer in der Verkäuferinsolvenz, nicht aber umgekehrt. Auch wurde der Kaufvertrag noch von keiner Seite vollständig erfüllt (anders ggf. bei vollständiger Einzahlung und Auszahlungsreife, wenn dafür bereits Erfüllungswirkung vereinbart wurde – und wenn auch das dingliche Geschäft schon vollzogen ist, z. B. bei einer durch die Kaufpreiszahlung aufschiebend bedingten GmbH-Geschäftsanteilsabtretung).

Mit der Erfüllungsablehnung entsteht ein einheitlicher Rückgewähranspruch, in dem sämtliche gegenseitigen Ansprüche saldiert werden.

b) Gegenrechte des Verkäufers

Grundsätzlich ist damit der Verkäufer zur Zustimmung zur Rückzahlung an den Insolvenzverwalter des Käufers verpflichtet. Allerdings kann der Käufer dabei möglicherweise Gegenansprüche geltend machen – so etwa die Löschung der bereits eingetragenen Auflassungsvormerkung zumindest Zug um Zug mit der Rückzahlung (die hier aber offenbar mittlerweile aufgrund der erteilten Löschungsvollmacht durch die Notariatsmitarbeiter bereits gelöscht wurde). Ebenso kann der Verkäufer hier auch allfällige Schadensersatzansprüche geltend machen. Daher ist es nicht ausgeschlossen, dass dem Verkäufer in der Tat ein entsprechender Anspruch auf Zustimmung zur Auszahlung an sich bzw. an den von ihm Benannten zusteht.

(Auf die Verwahrungsanweisung kann sich der Verkäufer allerdings insoweit nicht stützen. Zum einen sieht diese eine Zahlung an die dinglichen Gläubiger nur in Anrechnung auf den Kaufpreis vor, also erst mit Eintritt der Auszahlungsvoraussetzung. Zum anderen ist die Verwahrungsanweisung infolge Widerrufs durch den Insolvenzverwalter nach § 54c Abs. 3 BeurkG irrelevant geworden.)

3. Vorgehen des Notars

a) Mitteilung an Kaufvertragsparteien und Insolvenzverwalter

Die verwahrende Notarin hat hier den Kaufvertragsparteien bereits mitgeteilt, dass sie sich an einer Auszahlung oder Rückzahlung vom Notaranderkonto gehindert sehe, solange ihr keine übereinstimmende Weisung beider Vertragsbeteiligter vorläge (wobei die Anweisungen des Käufers natürlich durch dessen Insolvenzverwalter zu erteilen wären) oder eine (rechtskräftige) gerichtliche Entscheidung ergangen sei (§ 54c Abs. 3 BeurkG). Dies entspricht auch unserer Rechtsansicht.

Die Notarin hat die Beteiligten zugleich auf die Möglichkeit hingewiesen, gegen die Verweigerung der begehrten Auszahlung bzw. Rückzahlung Notarbeschwerde nach § 15 Abs. 2 BNotO einzulegen.

b) Notarieller Vorbescheid

Darüber hinaus noch einen notariellen Vorbescheid zu erteilen, halten wir hier nicht für erforderlich. Ein Vorbescheid macht in den Fällen Sinn, in denen eine Auszahlung ange-

Werbeseite

Internationales Erbrecht in der EU

Perspektiven einer Harmonisierung

Brüssel

10.-11. Mai 2004

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

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

Montag, 10. Mai 2004

10.00 – 17.30 Uhr

Objektive Bestimmung des Erbstatuts

(Lagarde/Hayton/Pajor)

Mittagessen

Wahl des Erbstatuts

(Dörner/Davi/Bouckaert)

20.00 Abendessen

Dienstag, 11. Mai 2004

9.00 – 16.00 Uhr

Zuständigkeit, Anerkennung und Vollstreckung erbrechtlicher Entscheidungen

(Lagarde/Dörner/Gaudemet-Tallon/Bajons)

Mittagessen

Europäischer Erbschein

(Riering/ten Wolde/Revillard)

Tagungsgebühr 200,- €

Konferenzsprachen: Deutsch, Englisch, Französisch (mit Simultanübersetzung)

Einzelzimmer zu 126,00 € (incl. Frühstück) können bis Ende März 2004 im Tagungshotel gebucht werden:

Hotel Bedford, 135, rue du Midi, B-1000 Brüssel,

Tel. (+32) (2) 5070000, Fax (+32) (2) 5070010, Internet : www.hotelbedford.be

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

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

per e-mail: dnoti@dnoti.de – Anmeldung im Internet unter: www.dnoti.de

Name, Vorname, Titel

Einrichtung

Straße, Nr.

PLZ, Ort

Telefon/Fax

e-mail

Datum, Unterschrift

kündigt wird (BayObLGZ 1995, 204, 208 = DNotI-Report 1995, 131 = MittBayNot 1995, 331 = NJW-RR 995, 1208; OLG Frankfurt DNotZ 1992, 61; OLG Schleswig DNotZ 1993, 67 m. Anm. Tönnies; OLG Zweibrücken, DNotI-Report 2001, 43 = RNotZ 2001, 121 = MittBayNot 2001, 228 = ZNotP 2001, 165; vgl. ausführlich Hertel, Der notarielle Vorbescheid im System der Notarbeschwerde nach § 15 Abs. 2 BNotO, in: Festschrift 200 Jahre Notarkammer Pfalz, 2003, S. 186). Will die Notarin aber (bis zu einer einvernehmlichen Anweisung) gar nichts auszahlen, so wäre sinnlos, die Nichtauszahlung unter Fristsetzung anzukündigen.

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.

EGBGB Art. 25, 26; BGB §§ 2265 ff.
Australien: Erbstatut; gemeinschaftliches Testament
Fax-Abruf-Nr.: **14149**

EGBGB Art. 25, 26; BGB §§ 2303 ff., 2346 Abs. 2
Italien: Pflichtteilsverzicht der Kinder
Fax-Abruf-Nr.: **14150**

EGBGB Art. 22, 23; BGB §§ 1767 ff.
Schweiz: Volljährigenadoption
Fax-Abruf-Nr.: **14151**

GmbHG § 35; BGB § 611
Arbeitsverhältnis und Kündigungsschutz nach Bestellung eines Arbeitnehmers zum GmbH-Geschäftsführer
Fax-Abruf-Nr.: **13129**

EstG §§ 10 Abs. 1 Nr. 1a, 21 Abs. 1 Nr. 1, 22 Nr. 1; AO § 42; BGB § 2325 Abs. 3
“Stuttgarter Modell” (Überlassung mit dauernder Last und Rückvermietung): Gestaltungsmissbrauch und Sonderausgabenabzug
Fax-Abruf-Nr.: **13130**

Rechtsprechung

GBO § 29 S. 3; GO NW § 64
Gesiegeltes Schreiben mit Briefkopf der Gemeinde genügt für Grundbuchamt ohne weiteren Vertretungsnachweis

1. Eine mit zwei Unterschriften und einem Siegel bzw. Stempel der Gemeinde versehene Eintragungsbewilligung begründet für das Grundbuchamt die Vermutung, dass die Unterzeichner der Urkunde zur Vertretung der Gemeinde befugt sind.

2. Nur wenn tatsächliche Anhaltspunkte für die fehlende Vertretungsbefugnis der Unterzeichner bestehen, darf das Grundbuchamt die Vertretungsbefugnis in Zweifel ziehen.

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21.11.2003 – I-3 Wx 312/03
Kz.: L II 3 – § 29 Abs. 3 GBO
Fax-Abruf-Nr.: **10373**

Problem

Beim Verkauf eines Grundstücks wurde die Gemeinde durch einen Kommunalbeamten als Vertreter ohne Vertretungsmacht vertreten. Die mit dem Dienstsiegel der Stadt versehene Genehmigungserklärung war auf einem Briefkopf “Stadt G., der Bürgermeister – Kommunalbetrieb” abgegeben, vom Stadtbaurat und vom Werkleiter unterschrieben und mit dem Dienstsiegel der Stadt versehen. Das Grundbuchamt ließ dies als Nachweis der Vertretungsmacht nicht genügen.

Entscheidung

Das OLG Düsseldorf hatte keine Zweifel an der Vertretungsbefugnis. Es liege eine ordnungsgemäße mit Unterschrift und Siegel versehene Erklärung einer Behörde vor (§ 29 Abs. 3 GBO). Nachdem die Behörde im Rahmen ihrer Zuständigkeit gehandelt habe und die Urkunde formell ordnungsgemäß sei, begründe dies für das Grundbuchamt die Vermutung der Ordnungsgemäßheit der Erklärung, d. h. auch der Vertretungsbefugnis des Unterzeichners (BayObLG Rpfleger 1978, 141; Rpfleger 1986, 370; OLG Hamm MittBayNot 1996, 452 = MittRhNotK 1996, 228 m. Anm. Grziwotz = Rpfleger 1996, 338; OLG Zweibrücken FGPrax 2001, 10 = OLG-Report 2001, 169 = Rpfleger 2001, 71 = ZNotP 2001, 32). Daher war hier nicht nachzuweisen, dass der Stadtbaurat tatsächlich zur Vertretung des Bürgermeisters befugt war. Vielmehr hätte umgekehrt das Grundbuchamt nur beanstanden können, wenn **tatsächliche Anhaltspunkte für einen Mangel der Vertretungsbefugnis** bestanden hätten.

BGB § 1365; GBO §§ 19, 33
Kein genereller Nachweis der Ehegattenzustimmung gegenüber dem Grundbuchamt

Das Grundbuchamt kann den Nachweis der Zustimmung des Ehegatten nach § 1365 BGB nur verlangen, wenn sich aus den Eintragungsunterlagen oder sonst bekannten bzw. nach der Lebenserfahrung naheliegenden Umständen konkrete Anhaltspunkte dafür ergeben, dass ein Fall des § 1365 Abs. 1 BGB gegeben ist (Leitsatz der DNotI-Redaktion).

OLG Zweibrücken, Beschl. v. 26.8.2003 – 3 W 171/03
Kz.: L I 1 – § 1365 BGB
Fax-Abruf-Nr.: **10374**

Problem

Eine verheiratete Grundstückseigentümerin hatte eine Buchgrundschuld über 50.000 € bestellt und Grundbucheintragung beantragt. Das Grundbuchamt verlangte durch Zwischenverfügung, die Zustimmung des Ehegatten nach § 1365 BGB nachzuweisen.

Entscheidung

Nach ständiger Rechtsprechung ist das Grundbuchamt bei der Veräußerung oder Belastung eines Grundstücks durch einen im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft lebenden Ehegatten nur dann berechtigt und verpflichtet, die Zustimmung des anderen Ehegatten nach § 1365 BGB oder den Nachweis weiteren Vermögens zu verlangen, wenn **konkrete Anhaltspunkte** dafür gegeben sind, dass es sich bei dem Grundstück des Ehegatten um sein Vermögen im Ganzen handelt (BHGZ 35, 135 = FamRZ 1961, 202 = NJW 1961, 1301 = Rpfleger 1961, 233; BayObLGZ 1987, 431, 435; BayObLG DNotI-Report 2000, 61 = MittBayNot 2000, 439 = NotBZ 2000, 127 = Rpfleger 2000, 265; OLG Celle NJW-RR 2000, 384 = ZEV 2000, 242; OLG Frankfurt DNotI-Report 1998, 71 = FamRZ 1998, 31 = OLG-Report 1997, 234; OLG Zweibrücken DNotZ 1989, 577, 578; Palandt/Brudermüller, BGB, 63. Aufl. 2004, § 1365 BGB Rn. 28; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 13. Aufl. 2004, Rn. 3394). Dies bekräftigte das OLG Zweibrücken in seiner jetzigen Entscheidung.

BGB §§ 2325, 2329 Pflichtteilsergänzung bei lebzeitiger Zuwendung an Stiftungen

Endgültige unentgeltliche Zuwendungen an Stiftungen (hier: Stiftung Dresdner Frauenkirche) in Form von Zustiftungen oder freien oder gebundenen Spenden sind pflichtteilsergänzungspflichtige Schenkungen i.S. der §§ 2325, 2329 BGB.

BGH, Urt. v. 10.12.2003 – IV ZR 249/02

Kz.: L I 1 – § 2325BGB

Fax-Abruf-Nr.: 10375

Problem

Der Erblasser hatte der bestehenden Stiftung Frauenkirche Dresden insgesamt Beträge in Höhe von ca. 4,7 Mio. DM zugewandt. Die zur Alleinerbin eingesetzte Tochter des Erblassers verlangte nach seinem Tod von der beklagten Stiftung über 1,8 Mio. DM als Pflichtteilsergänzung. Das OLG Dresden hat die klageabweisende Entscheidung des Landgerichts mit der Begründung bestätigt, die Stiftung habe durch die Zuwendungen keine Geschenke im Sinne der §§ 2325, 2329 BGB erhalten; die der Stiftung zugewandten Beträge seien lediglich treuhänderisches Vermögen (DNotI-Report 2002, 173 = NJW 2002, 3181). Diese Entscheidung hatte in der Literatur erhebliche Kritik erfahren (Rawert, NJW 2002, 3151; Muscheler, ZEV 2002, 417).

Entscheidung

Auf die Revision der Klägerin hat der BGH nunmehr das Urteil des OLG Dresden aufgehoben. Auch endgültige unentgeltliche Zuwendungen an Stiftungen seien pflichtteilsergänzungspflichtige Schenkungen im Sinne der §§ 2325, 2329 BGB. Wegen der unterbliebenen tatsächlichen Feststellungen hat der BGH die Sache an das OLG Dresden zurück verwiesen.

BGB §§ 2303, 2306, 2317; ZPO § 852 Abs. 1; BSHG § 90

Überleitung der vom Berechtigten nicht geltend gemachten Pflichtteilsansprüche auf Sozialhilfeträger I

1. Bei gegenseitiger Erbeinsetzung von Ehegatten kann der Träger der Sozialhilfe nach dem Tod des Erstversterbenden nach erfolgter Überleitung Pflichtteilsansprüche eines behinderten Kindes unabhängig von dessen eigener Entscheidung geltend machen.

2. Die Auslegung einer letztwilligen Verfügung, die den besonderen Interessen des Kindes durch Anordnungen zur Verhinderung des Zugriffs des Trägers der Sozialhilfe Rechnung trägt, kann ergeben, dass für diesen Fall die im Testament angeordnete Sanktion des Ausschlusses des Erbrechts auf Ableben des Letztversterbenden für die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs nicht gelten soll.

OLG Karlsruhe, Urt. v. 24.9.2003 – 9 U 59/03

Kz.: L I 1 – § 2303 BGB

Fax-Abruf-Nr.: 10376

Problem

Eheleute hatten sich in einem gemeinschaftlichen Testament gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt und zu Schlusserben des Überlebenden die acht Kinder berufen. Eines der Kinder ist geistig behindert und in einem Wohnheim untergebracht. Für den Erbteil dieses behinderten Kindes wurden in dem gemeinschaftlichen Testament Testamentsvollstreckung sowie Vor- und Nacherbfolge angeordnet. Ferner enthielt das gemeinschaftliche Testament eine Pflichtteilsstrafklausel, wonach ein Kind, das seinen Pflichtteil nach dem erstversterbenden Elternteil verlangt, nach dem Tod des längerlebenden Elternteils ebenfalls "auf den Pflichtteil gesetzt" wird. Beide Elternteile starben kurz nacheinander. Danach leitete der Träger der Sozialhilfe den Pflichtteilsanspruch des behinderten Kindes nach dem erstverstorbenen Elternteil gem. § 90 Abs. 1 BSHG auf sich über und machte diesen Anspruch gegen die übrigen sieben Kinder geltend.

Entscheidung

Als Vorinstanz hat das LG Konstanz (MittBayNot 2003, 398; dazu kritisch Spall, MittBayNot 2003, 356) die Klage mit der Begründung abgewiesen, die Überleitung des Pflichtteilsanspruchs sei mit Rücksicht auf die Pflichtteilsstrafklausel ausgeschlossen. Dagegen wendet sich jetzt das OLG Karlsruhe. Es bestätigt zunächst die herrschende Auffassung, wonach es für die Überleitung eines Pflichtteilsanspruchs wegen § 90 Abs. 1 S. 4 BSHG nicht auf die einschränkende **Pfändungsvoraussetzungen des § 852 Abs. 1 ZPO** ankomme (a. A. jüngst aber **BayObLG DNotI-Report 2003, 189**).

Darüber hinaus hindere aber auch die **Pflichtteilsstrafklausel** des gemeinschaftlichen Testaments den Sozialhilfeträger nicht daran, den Pflichtteilsanspruch geltend zu machen (a. A. die nachstehende Entscheidung des OLG Frankfurt a. M. v. 7.10.2003 – 14 U 233/02). Im entschiedenen Fall legte das OLG Karlsruhe außerdem die Pflichtteilsstrafklausel dahingehend einschränkend aus, dass sie nur bei einer **Geltendmachung** des Pflichtteils durch eines der Kinder **persönlich** gelten soll, nicht aber bei einer Geltendmachung durch den Sozialhilfeträger nach Anspruchsüberleitung.

BGB §§ 2303, 2306, 2317; ZPO § 852 Abs. 1; BSHG § 90
Überleitung der vom Berechtigten nicht geltend gemachten Pflichtteilsansprüche auf Sozialhilfeträger II

1. Bei gegenseitiger Erbeinsetzung von Ehegatten kann der Träger von Sozialhilfe nach dem Tod des Erstversterbenden nach erfolgter Überleitung Pflichtteilsansprüche eines behinderten Kindes grundsätzlich unabhängig von dessen eigener Entscheidung geltend machen.

2. Enthält allerdings die letztwillige Verfügung eine sog. Pflichtteilsstraffklausel, ist der Sozialhilfeträger nicht berechtigt, anstelle des Pflichtteilsberechtigten über die Geltendmachung des Pflichtteils zu entscheiden. Denn dies käme einer unzulässigen Überleitung des Rechts zur Erbschaftsausschlagung gleich.

OLG Frankfurt, Urt. v. 7.10.2003 – 14 U 233/02
Kz.: L I 1 – § 2303 BGB
Fax-Abruf-Nr.: 10377

Problem

Eheleute hatten sich in einem gemeinschaftlichen Testament gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt. Ferner ist in dem Testament bestimmt, dass ein Kind nach dem Tod des längerlebenden Elternteils seinen testamentarisch festgelegten Anspruch verliert, wenn es Pflichtteilsrechte nach dem Tod des ersten Elternteils geltend macht. Eine Schlusserbeneinsetzung ist in dem gemeinschaftlichen Testament im Übrigen nicht getroffen worden. Eines der beiden gemeinsamen Kinder ist geistig behindert und in einem Wohnheim des Lebenshilfewerkes untergebracht. Dies wird durch den Sozialhilfeträger finanziert.

Nach dem Tod der Mutter errichtete der Vater ein "Behindertentestament". Nachdem dann auch der Vater verstorben war, leitete der Sozialhilfeträger den Pflichtteilsanspruch der behinderten Tochter am Nachlass der Mutter auf sich über und machte diesen Anspruch gegen die nicht behinderte Tochter als Erbin geltend.

Entscheidung

Die Berufung des Sozialhilfeträgers gegen das klageabweisende Urteil der Vorinstanz wies das OLG Frankfurt zurück. Zwar könne aus § 852 Abs. 1 ZPO für die Überleitung des Pflichtteilsanspruchs durch den Träger der Sozialhilfe nichts hergeleitet werden, weil § 90 Abs. 1 S. 4 BSHG insoweit eine spezialgesetzliche Sonderregelung enthalte, welche § 852 Abs. 1 ZPO verdränge (a. A. jüngst aber BayObLG, DNotI-Report 2003, 189). Allerdings habe die Pflichtteilsberechtigte die Geltendmachung des Pflichtteils nach ihrer Mutter unterlassen dürfen, um im Wege der testamentarischen Erbfolge nach ihrem Vater einen möglicherweise größeren Erbeil zu erhalten. Die Geltendmachung des Pflichtteils nach dem Tod der Mutter wäre wirtschaftlich einer Ausschlagung der Erbschaft nach dem Tod des Vaters gleichgekommen. Da aber der Sozialhilfeträger das Ausschlagungsrecht des Erben gem. § 2306 BGB nicht nach § 90 BSHG auf sich überleiten könne, sei es auch gerechtfertigt, dass der **Sozialhilfeträger nicht anstelle des Pflichtteilsberechtigten** über die Geltendmachung des Pflichtteils **entscheiden könne**, wenn mit der Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs der Verlust eines späteren testamentarischen Erbeils verbunden sei (a. A. die vorstehende Entscheidung des OLG Karlsruhe v. 24.9.2003 – 9 U 59/03).

GmbHG § 52 Abs. 1; AktG § 112
Vertretung einer GmbH gegenüber Geschäftsführer durch fakultativen Aufsichtsrat

Der fakultative Aufsichtsrat einer GmbH vertritt diese in einem Rechtsstreit mit einem (ehemaligen) Geschäftsführer über den Widerruf einer Versorgungszusage, soweit der Gesellschaftsvertrag keine abweichende Regelung enthält (§ 52 Abs. 1 GmbHG i.V.m. § 112 AktG).

BGH, Urt. v. 24.11.2003 – II ZR 127/01
Kz.: L V 2 – § 52 GmbHG
Fax-Abruf-Nr.: 10378

Problem

In einem Rechtsstreit zwischen einer GmbH und ihrem ehemaligen Geschäftsführer wurde die GmbH durch ihre jetzigen Geschäftsführer vertreten. Die GmbH hatte jedoch einen Aufsichtsrat.

Entscheidung

Sieht der GmbH-Gesellschaftsvertrag einen Aufsichtsrat vor (**fakultativer Aufsichtsrat**), so vertritt dieser die Gesellschaft gegenüber den Geschäftsführern (§ 52 Abs. 1 GmbHG i. V. m. § 112 AktG). Die GmbH war daher im Prozess nicht ordnungsgemäß vertreten; der Aufsichtsrat konnte die Genehmigung der bisherigen Prozessführung verweigern.

ESTG § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, § 52 Abs. 39 S. 1; GG Art. 2 Abs. 1, 20 Abs. 3, 100
Rückwirkung der Verlängerung der "Spekulationsfrist" für Grundstücksveräußerungen – Vorlage des BFH an das BVerfG

Es wird eine Entscheidung des BVerfG darüber eingeholt, ob § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 1 ESTG i.V.m. § 52 Abs. 39 Satz 1 ESTG in der Fassung des StEntlG 1999/2000/2002 vom 24. März 1999 (BGBl. I 1999, 402) mit dem Grundgesetz insoweit unvereinbar ist, als danach auch private Grundstücksveräußerungsgeschäfte nach dem 31. Dezember 1998, bei denen zu diesem Stichtag die zuvor geltende Spekulationsfrist von zwei Jahren (§ 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Buchst. a ESTG a.F.) bereits abgelaufen war, **übergangslos der Einkommensbesteuerung unterworfen werden**.

BFH, Beschl. v. 16.12.2003 – IX R 46/02
Kz.: L IX 1 – § 23 Abs. 1 Nr. 1 ESTG
Fax-Abruf-Nr.: 10379

Problem

Seit 1.1.1999 sind "private Veräußerungsgeschäfte" über Grundstücke dann einkommensteuerpflichtig, wenn der Zeitraum zwischen Anschaffung und Veräußerung nicht mehr als 10 Jahre beträgt – während zuvor lediglich "Spekulationsgeschäfte" bei Veräußerung binnen zwei Jahren nach der Anschaffung der Einkommensteuer unterlagen.

Die neue zehnjährige Frist gilt auch für Grundstücksveräußerungen, bei denen die **alte zweijährige Spekulationsfrist bereits vor dem 1.1.1999 abgelaufen** war. Dies halten Teile der Literatur für unzulässig – insbesondere wird darin teilweise eine verfassungsrechtlich unzulässige echte Rückwirkung auf bereits abgeschlossene Sachverhalte gesehen.

Entscheidung

Der BFH qualifizierte die Übergangsregelung zwar als **unechte Rückwirkung**, sieht darin aber einen Verstoß gegen den verfassungsrechtlich gebotenen **Vertrauensschutz** des Grundstückseigentümers. Er legte die Frage der Verfassungswidrigkeit nach Art. 100 GG dem Bundesverfassungsgericht vor (vgl. auch DNotI-Report 2001, 74).

Aktuelles

Haager Legalisationsabkommen: Ukraine

Die **Ukraine** ratifizierte das Haager Übereinkommen zur Befreiung ausländischer öffentlicher Urkunden von der Legalisation (BGBl. 1965 II, S. 875) mit Wirkung vom 22.12.2003 an. Deutschland und Belgien legten jedoch Einspruch nach Art. 12 Abs. 2 des Abkommens ein. Im Verhältnis zu Belgien und Deutschland ist damit das Abkommen nicht in Kraft getreten. Urkunden aus der Ukraine bedürfen zu ihrer Anerkennung **weiterhin der Legalisation** (und umgekehrt wohl auch deutsche Urkunden zur Verwendung in der Ukraine).

Die vollständige Liste der Beitrittsstaaten kann im **Fax-Ab-ruf-Dienst** unter **Nr. 2000** abgerufen werden (ebenso im Internet: www.dnoti.de unter Arbeitshilfen/IPR).

Literaturhinweise

Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 2, Kommanditgesellschaft, Stille Gesellschaft, 2. Aufl., Verlag C. H. Beck, München 2004, 2020 Seiten, 145,- €

Mit der vorliegenden 2. Auflage des Bandes des Münchener Handbuchs des Gesellschaftsrechts über die **Kommanditgesellschaft** und die **Stille Gesellschaft** werden Rechtsprechung und Literatur zu diesen beiden Gesellschaftsformen seit der 1. Auflage aus dem Jahr 1990 auf den aktuellen Stand gebracht. Die beiden Gesellschaftsformen werden jeweils von ihrer Entstehung bis zur Liquidation ausführlich behandelt. In eigenen Kapiteln dargestellt werden darüber hinaus die Besonderheiten der **GmbH & Co. KG** sowie der **Publikums KG**. Der inhaltliche Schwerpunkt liegt wie bei der Erstauflage bei der **Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages**. Bei der Kommanditgesellschaft wurde dabei besonderes Augenmerk auf die Rechte und Pflichten der Gesellschafter, ihre Haftung und ihre Nachfolge unter Lebenden sowie von Todes wegen gelegt. Bei der Stillen Gesellschaft steht die Vielfalt der Gestaltungsmöglichkeiten von der typisch stillen Einlage bis zur atypischen stillen Gesellschaft im Vordergrund. Dies führte dazu, dass der Umfang dieses Bandes im Vergleich zur Erstauflage um mehr als 670 Seiten erweitert wurde. Bei alledem bleibt auch die 2. Auflage ihrem Motto treu, dass dieses Handbuch **von Praktikern für Praktiker** geschrieben wurde. Wie die übrigen Bände dieses Handbuchs kann auch die Neuauflage des Bands zur Kommanditgesellschaft und zur stillen Gesellschaft **ohne Einschränkung zur Anschaffung empfohlen** werden.

Notar a. D. Dr. Adolf Reul

U. Blaurock, Handbuch der Stillen Gesellschaft, Gesellschaftsrecht – Steuerrecht, 6. Aufl., Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2003, 845 Seiten, 128,- €

Das **Standardwerk** von *Blaurock* zur stillen Gesellschaft liegt nunmehr in 6. Auflage vor. In bewährter Weise wird das **gesamte Gesellschaftsrecht und Steuerrecht** der stillen Gesellschaft erläutert. Ergänzt werden die Ausführungen mit einem Kapitel zur Unterbeteiligung sowie mit einem Vertragsmuster für eine typische wie auch für eine atypisch stille Gesellschaft. Aufgrund der vielfältigen Änderungen im Steuerrecht wurde der steuerrechtliche Teil des Handbuchs weitgehend neu geschrieben. Im Übrigen wurden Rechtsprechung und Literatur bis Dezember 2002 eingearbeitet. Hervorzuheben ist, dass auch die 6. Auflage dem Titel "Handbuch der Stillen Gesellschaft" völlig gerecht wird. Ausführungen finden sich beispielsweise über die stille Gesellschaft als Unternehmensform, insbesondere über die Gründe für ihre Wahl, die Stellung der stillen Gesellschaft im ausländischen Recht, über die Beitragsleistung und die Einlage des stillen Gesellschafters, seine Beteiligung am Gewinn und Verlust, die Abgrenzung der stillen Gesellschaft gegenüber verwandten Rechtsinstituten, die Errichtung der stillen Gesellschaft, den Inhalt des Gesellschaftsvertrages sowie die Rechte und Pflichten der Gesellschafter. Dargestellt wird gleichfalls die Auseinandersetzung der stillen Gesellschaft, die stille Gesellschaft in der Insolvenz sowie die stille Gesellschaft in Umwandlungsfällen.

Allein diese wenigen Beispiele zeigen, dass das Handbuch von *Blaurock* zur stillen Gesellschaft für den mit einer stillen Gesellschaft befassten Notar einen **unentbehrlichen Ratgeber** darstellt.

Notar a. D. Dr. Adolf Reul

D. Schulze zur Wiesche, Die GmbH & Still, 4. Aufl., Verlag C. H. Beck, München 2003, 267 Seiten, 42,- €

Speziell zur stillen Beteiligung an einer GmbH liegt nunmehr die 4. Auflage des hier zu besprechenden Werkes von *Schulze zur Wiesche* vor. Das Buch erläutert die Vor- und Nachteile der typischen und atypischen GmbH & Still im Vergleich mit anderen Gestaltungsformen und behandelt Fragen der Gründung und Umwandlung ebenso wie Gewinnermittlung und Besteuerung, jeweils mit Berechnungsbeispielen. Ergänzt werden die Erläuterungen durch Ausführungen zur Aktiengesellschaft & Still sowie durch umfassende Vertragsmuster. Der **Schwerpunkt** der Darstellungen liegt dabei auf den Ausführungen zum **Steuerrecht**. Vornehmlich unter diesem Blickwinkel finden sich auch Ausführungen über Vor- und Nachteile der GmbH & Still gegenüber anderen Beteiligungs- und/oder Finanzierungsformen (Darlehensgewährung, Betriebsaufspaltung, GmbH & Co. KG). Namentlich diese steuerlichen Hinweise zur GmbH & Still geben dem Praktiker vielfältige Einblicke in das Wesen der GmbH & Still, woraus sich dann für den Kautelarjuristen **vielfältige Gestaltungsvarianten** entwickeln lassen.

Notar a. D. Dr. Adolf Reul

S. Basty/H. A. Wolff, Verpflichtungserklärungen der Gemeinde bei notarieller Beurkundung, MittBayNot 2004, 21

A. Bergmann, Die BGB-Gesellschaft als persönlich haftende Gesellschafterin in OHG und KG, ZIP 2003, 2231

R. Böttcher, Entwicklungen beim Erbbaurecht und Wohnungseigentum seit 2000, Rpfleger 2004, 21

S. Buchholz, Einrede gegen die Grundschuld, AcP 2003, 786

J. Demharter, Neues zum Unschädlichkeitszeugnis, MittBay-Not 2004, 17

M. Dümig, Fehler bei der Eintragung von Zwangshypotheken, Rpfleger 2004, 1

T. Fembacher, Grundstücksüberlassung an Minderjährige und Pflichtteilsanrechnung, MittBayNot 2004, 24

B. Grundmann, Neuregelungen zu Betriebskosten und Wohnflächenberechnung, NJW 2003, 3745

A. Heidinger/B. Meyding, Der Gläubigerschutz bei der wirtschaftlichen Neugründung von Kapitalgesellschaften, NZG 2003, 1129

M. Jülcher, Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht im internationalen Kurzüberblick, ZErB 2004, 14

M. Lutter/N. R. Banerjea, Die Haftung des Geschäftsführers für existenzvernichtende Eingriffe, ZIP 2003, 2177

S. Maul/M. Wenz, Der Richtlinienvorschlag zur grenzüberschreitenden Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, BB 2003, 2633

C. Reithmann, Sicherung von Bank und Gemeinde beim Einheimischen-Modell, ZNotP 2004, 2

P. Schmitz, Schiedsvereinbarungen in der notariellen Praxis, RNotZ 2003, 591

F. Siegler, Voreinzahlung auf aktienrechtliche Barkapitalerhöhungen in der Beratungspraxis nach dem 18.3.2002, NZG 2003, 1143

K. Tiedtke/E. Wälzholz, Aktuelle Entwicklungen beim gewerblichen Grundstückshandel, MittBayNot 2004, 5

H. J. Vollrath, Zu hohe Notargebühren bei KG-Anteilsabtretung, Rpfleger 2004, 17

M. Volmer, Verbundene Geschäfte bei Immobilienerwerb, ZfIR 2003, 1027

K.-R. Wagner, Bauträgervertrag und Geschosswohnungsbau, ZNotP 2004, 4

R. Walz/T. Fembacher, Zweck und Umfang der Beurkundung nach § 15 GmbHG, NZG 2003, 1134

J. Wenzel, Die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Recht des Wohnungseigentums, ZNotP 2003, 2 und 2004, 42

F. Graf von Westphalen, Immobilien-Leasing-Verträge – einige Aspekte zur notariellen Praxis, MittBayNot 2004, 13

D. Zimmer, Nach "Inspire Art": Grenzenlose Gestaltungsfreiheit für deutsche Unternehmen?, NJW 2003, 3585

Veranstaltungen

Termine für **April 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).

Intensivkurs Überlassungsvertrag (Amann/Mayer), 2. – 3.4.2004 Dortmund

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