

# 5 MittBayNot

Begründet 1864

September/Oktober 2011 Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

## Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern  
Ottostraße 10  
80333 München

## Herausgeberbeirat:

Dr. Hermann Amann,  
Notar a. D., Berchtesgaden

Dr. Johann Frank,  
Notar in Amberg

Dr. Susanne Frank,  
Notarin in München

Prof. Dr. Dr. Herbert Grziwotz,  
Notar in Regen

Prof. Dr. Dieter Mayer,  
Notar in München

Dr. Jörg Mayer,  
Notar in Simbach

Dr. Eckhard Wälzholz,  
Notar in Füssen

## Schriftleitung:

Dr. Ulrich Gößl,  
Notarassessor

Eliane Schuller,  
Notarassessorin

ISSN 0941-4193

## Aufsätze

*Omlor/Spies*: Grundfragen der Gesellschafterliste 353

*Soutier*: Die Umschreibung von Vollstreckungsklauseln – eine Anleitung für die Praxis (Teil III) 366

*Menzel*: Der überschuldete Vermächtnisnehmer 374

*Volmer*: Gegenwartsprobleme der Sicherungsgrundschuld 377

## Tagungsberichte

*Milger*: Verbriefung und Zession im Recht der Grundschuld 380

## Rechtsprechung

Anforderungen an die Grundbucheintragung bei Eigentumserwerb einer GbR (BGH, Beschluss vom 28.4.2011, V ZB 194/10) 393

Anforderungen an die Grundbucheintragung bei Eigentumserwerb einer GbR (OLG München, Beschluss vom 15.6.2011, 34 Wx 158/10) 396 mit Anmerkung *Ruhwinkel* 397

Stimm- und Teilhaberecht des beitrags säumigen Wohnungseigentümers – Kernbereichslehre wider Ausschließungskompetenz kraft Teilungserklärung (BGH, Beschluss vom 10.12.2010, V ZR 60/10) 399 mit Anmerkung *Kreuzer* 400

Berücksichtigung und Bewertung einer freiberuflichen Praxis im Zugewinnausgleich (BGH, Urteil vom 9.2.2011, XII ZR 40/09) 401 mit Anmerkung *Bergschneider* 406

§ 2109 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BGB bei gestaffelter Nacherbfolge (OLG Hamm, Beschluss vom 14.12.2010, I-15 W 190/10) 407 mit Anmerkung *Reimann* 408

Anwendung einer Pflichtteilsstrafklausel im gemeinschaftlichen Testament, wenn alle Kinder ihren Pflichtteil im Einvernehmen mit dem überlebenden Ehegatten geltend machen (OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 2.8.2010, 20 W 49/09) 409 mit Anmerkung *Reymann* 411

Geschäftswert eines Geschäftsanteils an einer gemeinnützigen GmbH (OLG Jena, Beschluss vom 27.5.2010, Not W 18/09) 426 mit Anmerkung *Tiedtke* 429

## Hinweise für die Praxis

Neues zur Kapitalerhöhung bei der UG (*Gößl*) 438

## Inhalt

### Aufsätze

- Omlor/Spies*: Grundfragen der Gesellschafterliste **353**
- Soutier*: Die Umschreibung von Vollstreckungsklauseln – eine Anleitung für die Praxis (Teil III) **366**
- Menzel*: Der überschuldete Vermächtnisnehmer **374**
- Volmer*: Gegenwartsprobleme der Sicherungsgrundschuld **377**

### Tagungsberichte

- Milger*: Verbriefung und Zession im Recht der Grundschuld **380**

### Buchbesprechungen

- Schippel/Bracker: BNotO (*Schüller*) **383**
- Eylmann/Vaasen: BNotO, BeurkG (*Sorge*) **384**
- Eckert/Everts/Wicke: Fälle zur Vertragsgestaltung (*Najdecki*) **385**
- Langenfeld: Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen (*Bergschneider*) **386**
- Müller/Renner: Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis (*Rebhan*) **387**
- Langenfeld: Testamentsgestaltung (*Seeger*) **388**
- Wachter: Fachanwaltsbuch für Handels- und Gesellschaftsrecht (*Weiß*) **389**
- Wicke: GmbHG (*Wälzholz*) **391**

### Rechtsprechung

#### Bürgerliches Recht

##### Allgemeines

1. Überlassung landwirtschaftlicher Grundstücke an Besitzgesellschaft mit Willen zur Landwirtschaft (BGH, Beschluss vom 26.11.2010, BLw 14/09) **393**

##### Sachen- und Grundbuchrecht

2. Anforderungen an die Grundbucheintragung bei Eigentumserwerb einer GbR (BGH, Beschluss vom 28.4.2011, V ZB 194/10) **393**
3. Anforderungen an die Grundbucheintragung bei Eigentumserwerb einer GbR (OLG München, Beschluss vom 15.6.2011, 34 Wx 158/10) **396**  
mit Anmerkung *Ruhwinkel* **397**
4. Stimm- und Teilhaberecht des beitrags säumigen Wohnungseigentümers – Kernbereichslehre wider Ausschließungskompetenz kraft Teilungserklärung (BGH, Beschluss vom 10.12.2010, V ZR 60/10) **399**  
mit Anmerkung *Kreuzer* **400**

## Inhalt (Fortsetzung)

### Familienrecht

5. Berücksichtigung und Bewertung einer freiberuflichen Praxis im Zugewinnausgleich (BGH, Urteil vom 9.2.2011, XII ZR 40/09) **401**  
mit Anmerkung *Bergschneider* **406**

### Erbrecht

6. § 2109 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BGB bei gestaffelter Nacherbfolge (OLG Hamm, Beschluss vom 14.12.2010, I-15 W 190/10) **407**  
mit Anmerkung *Reimann* **408**
7. Anwendung einer Pflichtteilsstrafklausel im gemeinschaftlichen Testament, wenn alle Kinder ihren Pflichtteil im Einvernehmen mit dem überlebenden Ehegatten geltend machen (OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 2.8.2010, 20 W 49/09) **409**  
mit Anmerkung *Reymann* **411**

### Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

8. Sacheinlagenverbot bei Kapitalerhöhung einer UG (BGH, Beschluss vom 19.4.2011, II ZB 25/10) **413**
9. Gesellschafterausschluss nur bei möglicher Abfindungszahlung unter Beachtung des Kapitalerhaltungsgebots wirksam (BGH, Urteil vom 5.4.2011, II ZR 263/08) **414**
10. Zulässigkeit einer sog. Öffnungsklausel zur Gewinnverteilung in der Satzung (OLG München, Beschluss vom 18.5.2011, 31 Wx 210/11) **416**
11. Bei wirtschaftlicher Neugründung einer Vorrats-GmbH muss sich die Anmeldeversicherung auf das gesamte statutarische Stammkapital beziehen (OLG Nürnberg, Beschluss vom 18.4.2011, 12 W 631/11) **417**

### Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

12. Schuldnerobliegenheiten beim Erbfall in der Wohlverhaltensphase (BGH, Beschluss vom 10.3.2011, IX ZB 168/09) **421**

### Beurkundungs- und Notarrecht

13. Löschung der Auflassungsvormerkung - Prüfungsumfang eines Notars bei einem vertraglich vereinbarten Rücktrittsrecht (BGH, Beschluss vom 2.12.2010, V ZB 174/10) **422**

## Inhalt (Fortsetzung)

### Kostenrecht

14. Geschäftswert des Grundstücksverkaufs bei Umsatzsteueroption  
(BGH, Beschluss vom 2.12.2010, V ZB 52/10) **423**
15. Geschäftswert eines Geschäftsanteils an einer gemeinnützigen GmbH  
(OLG Jena, Beschluss vom 27.5.2010, Not W 18/09) **426**  
mit Anmerkung *Tiedtke* **429**

### Steuerrecht

16. Steuerbefreiung des Grundstückserwerbs im Rahmen  
der Vermögensauseinandersetzung nach der Scheidung  
(BFH, Urteil vom 23.3.2011, II R 33/09) **431**
17. Abgrenzung und erbschaftsteuerrechtliche Bedeutung  
von Vorausvermächtnissen und Teilungsanordnungen  
(BFH, Urteil vom 6.10.2010, II R 29/09) **433**

### Hinweise für die Praxis

- Neues zur Kapitalerhöhung bei der UG (*Gößl*) **438**

### Standesnachrichten **442**

### Sonstiges **444/III**



ten Rechtsstatsachen, die für den Handelsverkehr von Bedeutung sind, eine herausgehobene rechtliche Stellung zu verschaffen. Im personengesellschaftsrechtlichen Kontext fallen darunter auch die Gründungsgesellschafter der Offenen Handelsgesellschaft (§ 106 Abs. 2 Nr. 1 HGB) sowie jeder Ein- (§ 107 HGB) und Austritt (§ 143 Abs. 2 HGB). Ein gutgläubiger Erwerb von Geschäftsanteilen an Personengesellschaften ist damit aber nicht eröffnet.<sup>5</sup> Die Gesellschafter von Kapitalgesellschaften unterliegen demgegenüber keiner handelsregisterrechtlichen Publizität. Das Kapitalgesellschaftsrecht kennt traditionell stattdessen spezifische Mitgliederverzeichnisse, deren Publizitätsanliegen sachlich auf die Darstellung der Beteiligungsverhältnisse beschränkt ist. Sowohl in rechtlicher als auch faktischer Hinsicht war ihr Adressatenkreis früher allein im Innern der Gesellschaft selbst zu verorten, auch wenn zugleich Ausstrahlungswirkungen in Bezug auf externe Gesellschaftsgläubiger bestanden. Letztere standen jedoch zumindest nicht im Fokus von Aktienbuch, Gesellschafter- und Genossenliste früherer Fassung; bei Aktienregister (§ 67 AktG) und Genossenschaftsliste (§ 30 GenG) ist dies heute noch der Fall.

Zahlreiche Alternativmodelle de lege ferenda sind in den rund 100 Jahren vor der MoMiG-Reform vorgebracht worden, um den Adressatenkreis der Gesellschafterliste über die Gesellschaft hinaus zu erweitern.<sup>6</sup> So strebte schon *Neukamp* in seinem Gutachten für den 31. Deutschen Juristentag (DJT) des Jahres 1912 die Schaffung eines Anteilbuches mit öffentlichem Glauben an.<sup>7</sup> Der Eintragung in dieses durch das Handelsregistergericht geführte Mitgliederverzeichnis sollte „rechtserzeugende“ Wirkung zukommen. Auch die Genossenliste nach § 15 Abs. 3 GenG 1889<sup>8</sup> war, anders als die gegenwärtige Genossenschaftsliste, noch mit öffentlichem Glauben ausgestattet.<sup>9</sup> Dem DJT-Gutachter von *Pitreich* schwebte ein ersitzungsähnlicher Anfechtungsausschluss vor, der allerdings eher dem Gläubiger- als dem Verkehrsschutz dienen sollte.<sup>10</sup> Eine dem Ansatz von *Neukamp* vergleichbare Konzeption schlug hingegen *Hollaender* vor, der sich kurze Zeit danach ebenfalls am damaligen Genossenschaftsrecht orientierte.<sup>11</sup> Dieses enthielt zur Flankierung des öffentlichen Glaubens der Genossenliste in § 29 Abs. 3 der Verordnung über das Genossenschaftsregister (GenRegVO) 1923<sup>12</sup> eine eingeschränkte Prüfpflicht des Registergerichts. Im nationalsozialistischen Deutschland formulierte der Berliner Amtsgerichtsrat *Crisolli*<sup>13</sup> einen Gesetzesentwurf, der in weiten Teilen den heutigen §§ 16 Abs. 3, 40 GmbHG entspricht: Zugunsten des Erwerbers eines Geschäftsanteils sollte „der in der Gesellschafterliste Eingetragene als Gesellschafter [gelten], es sei denn, dass ein Widerspruch eingetragen ist, oder dem Erwerber bekannt ist, dass der Eingetragene nicht

Gesellschafter ist“<sup>14</sup>. Darin liegt eine deutliche Anlehnung an den öffentlichen Glauben des Grundbuches. Konsequenterweise sollte auch die Eintragung in die Gesellschafterliste konstitutiver Bestandteil für die Abtretung eines Geschäftsanteils werden.<sup>15</sup> Der nicht umgesetzte Referentenentwurf von 1939 (RefE 1939)<sup>16</sup>, der auf die Beratungen der nationalsozialistischen Akademie für Deutsches Recht zurückging, räumte demgegenüber dem Handelsregister eine gewichtigere Rolle als der Gesellschafterliste ein. Nach § 41 Abs. 1 Satz 1 RefE 1939 wurde den Geschäftsführern die Pflicht auferlegt, jeden Wechsel in der Person eines Gesellschafters unverzüglich zum Handelsregister anzuzeigen. Die Gesellschafterliste sollte demgegenüber als „Januarliste“ nur einmal jährlich aktualisiert werden (§ 41 Abs. 2 RefE 1939). Einen Vorläufer zum heutigen § 40 Abs. 2 GmbHG enthielt § 40 Abs. 1 RefE 1939, der im Falle von Abtretungen die Urkundsperson in die Herstellung von Publizität miteinbezog. An die Vorschläge des Referentenentwurfs von 1939 lehnten sich der Referentenentwurf von 1969<sup>17</sup> und die Regierungsentwürfe von 1971/1973<sup>18</sup> an. Die „kleine“ GmbH-Reform von 1980, die nur „einige dringliche Änderungen“<sup>19</sup> vornahm, berücksichtigte weder die Gesellschafterliste noch den Verkehrsschutz bei Anteilsabtretungen in irgendeiner Form.

Die MoMiG-Reform des Jahres 2008 sollte vor dem Hintergrund dieser Entwicklungen mit reichlich Verzögerung, aber dennoch eindeutigem Befund eine Prognose von *Neukamp* aus dem Jahre 1912 bestätigen; auf dem Deutschen Juristentag äußerte er: „Dieser Entwicklung der Dinge [sc. zum öffentlichen Glauben des Anteilbuches hin] wird man auch auf die Dauer nicht entgehen können. Denn wenn die GmbH erst einige Jahrzehnte besteht, so wird es in vielen Fällen kaum noch möglich sein, mit Zuverlässigkeit den Nachweis zu erbringen, wer jeweils wirklich Gesellschafter ist.“<sup>20</sup>

## 2. Die MoMiG-Reform

Durch die MoMiG-Reform sollte die GmbH modernisiert, gegen Missbräuche gewappnet und zugleich für den „Wettbewerb“ mit ausländischen Rechtsformen gerüstet werden.<sup>21</sup> Auch dem Missbrauchsschutz verschrieben war der Ausbau der Publizität des Gesellschafterkreises. Damit sollte zugleich Empfehlungen der Financial Action Task Force Against Money Laundering (FATF)<sup>22</sup> gefolgt werden. Bereits der Referentenentwurf (RefE 2006)<sup>23</sup> sah in § 16 Abs. 1 Satz 1 die

<sup>14</sup> *Crisolli*, Entwurf eines Gesetzes zur Vereinheitlichung, Bereinigung und Reinhaltung des Handelsregisters, 1934, S. 42.

<sup>15</sup> Nach § 15 Abs. 3 des Entwurfes sollte es zur Abtretung eines Geschäftsanteils erstens eines in notarieller Form geschlossenen Vertrages und zweitens der Eintragung in die Gesellschafterliste bedürfen, vgl. *Crisolli*, Entwurf eines Gesetzes zur Vereinheitlichung, Bereinigung und Reinhaltung des Handelsregisters, 1934, S. 42.

<sup>16</sup> *Schubert*, Entwurf des Reichsjustizministeriums zu einem Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung von 1939, 1985, S. 94 ff. (Gesetzestextentwurf), 147 ff. (Entwurf der amtlichen Begründung).

<sup>17</sup> Bundesministerium der Justiz, Referentenentwurf eines Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 1969.

<sup>18</sup> BT-Drucks. VI/3088; BT-Drucks. 7/253.

<sup>19</sup> *Deutler*, Das neue GmbH-Recht, GmbH-Novelle 1980, 1981, S. 9.

<sup>20</sup> *Neukamp* in Verhandlungen des Einunddreißigsten Deutschen Juristentages, Band 2, 1912, S. 221, 226.

<sup>21</sup> BT-Drucks. 16/6140, S. 25.

<sup>22</sup> Abrufbar unter <http://www.fatf-gafi.org>.

<sup>23</sup> Vgl. hierzu *Omlor*, Verkehrsschutz im Kapitalgesellschaftsrecht, 2010, S. 249 ff.

<sup>5</sup> *Omlor*, Verkehrsschutz im Kapitalgesellschaftsrecht, 2010, S. 131 ff.

<sup>6</sup> Überblick bei *Omlor*, Verkehrsschutz im Kapitalgesellschaftsrecht, 2010, S. 171 ff.

<sup>7</sup> *Neukamp* in Verhandlungen des Einunddreißigsten Deutschen Juristentages, Band 2, 1912, S. 221, 226.

<sup>8</sup> Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften vom 1.5.1889 (RGI S. 55).

<sup>9</sup> RGZ 68, 90, 92; vgl. noch weiterreichender RGZ 119, 97, 102.

<sup>10</sup> *von Pitreich* in Verhandlungen des Einunddreißigsten Deutschen Juristentages, Band 2, 1912, S. 314, 324 f.

<sup>11</sup> *Hollaender*, ZHR 76 (1915), 65, 81 ff.

<sup>12</sup> Verordnung über das Genossenschaftsregister vom 22.11.1923 (RGI I, S. 1123).

<sup>13</sup> Zur Rolle *Crisolli* im Nationalsozialismus vgl. *Wrobel* in FS Richard Schmid, 1985, S. 75.

Anbindung der relativen Gesellschafterstellung im Verhältnis zur Gesellschaft an die Eintragung in die Gesellschafterliste vor. Auch die Einbeziehung des Notars in die Listenführung war von § 40 Abs. 1 Satz 2 RefE 2006 schon vorgesehen; jedoch sollte dieser „in Vertretung“ und nicht „anstelle“ der Geschäftsführer tätig werden, wie es der geltende § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG anordnet. Der Gutglaubenstatbestand des § 16 Abs. 3 RefE 2006 orientierte sich in seinem Wortlaut deutlich an § 892 Abs. 1 BGB und damit an den Referentenentwürfen von 1939 und 1969.

Die Gesellschafterliste in der Fassung des Regierungsentwurfs hatte demgegenüber nicht nur kosmetische Korrekturen erhalten.<sup>24</sup> Sowohl Geschäftsführer als auch Notar dürfen eine neue Gesellschafterliste erst nach dem Wirksamwerden einer Veränderung zum Handelsregister einreichen. In den Wortlaut des § 40 Abs. 2 GmbHG wurde eine ausdrückliche zeitliche Begrenzung der Überwachungspflichten des Notars aufgenommen („ohne Rücksicht auf etwaige später eintretende Unwirksamkeitsgründe“). Zu Informationszwecken wurden die Notare zur Zusendung einer Abschrift der Gesellschafterliste an die Geschäftsführer verpflichtet. Der Gläubigerkreis eines Haftungsanspruchs aus § 40 Abs. 3 GmbHG wurde erweitert. Einen erheblichen strukturellen Eingriff erfuhr der Gutglaubenstatbestand des § 16 Abs. 3 GmbHG, der sich in seinem Wortlaut von § 892 Abs. 1 BGB löste.

Bereits in der Anhörung des Rechtsausschusses des Bundestages vom 23.1.2008 wurde deutliche Kritik an dem – später unverändert umgesetzten – Vorhaben formuliert, die Geschäftsführer in die Führung der Gesellschafterliste einzubeziehen.<sup>25</sup> Es sei „bedenklich“, dass die Gesellschafterliste mangels hinreichender Überprüfbarkeit der Identität des Einreichenden von Putativgeschäftsführern eingereicht werden könne. Zu befürchten sei, dass „flächendeckend“ gefälschte Gesellschafterlisten eingereicht würden, um diese sodann zur Veräußerung von Geschäftsanteilen zu nutzen. In den weiteren Gesetzesberatungen, die sich eher um die UG als „populistische[n]“ Schwerpunkt des Gesetzesvorschlags<sup>26</sup> drehten, spielten Überlegungen zu §§ 16, 40 GmbHG keine nennenswerte Rolle.

Ungehört im Gesetzgebungsverfahren blieb damit auch ein Alternativmodell, das von notarieller Seite vorgebracht wurde. Im Entwurf der Notare *Vossius* und *Wachter*<sup>27</sup> war eine Ergänzung der Gesellschafterliste durch ein Anteilsregister vorgesehen, welches durch den sog. „Gesellschaftsnotar“ zu führen wäre. Bei diesem sollte es sich entweder um den Notar handeln, der die Errichtung der Gesellschaft beurkundet hatte, oder um einen anderen von den Geschäftsführern bestimmten deutschen Notar (Art. 1 § 24 Abs. 1 des Entwurfs). Das Anteilsregister war intendiert als „Zwitter“ zwischen den bei den Registergerichten geführten Gesellschafterlisten und den privat unter Verantwortung des Leitungsorgans verwalteten Mitgliederverzeichnissen. Zusammen mit der Gesellschafterliste sollte es dem Grundbuch des Liegenschaftsrechts entsprechen. Das Zusammenwirken gestaltete Art. 1 § 26 des Entwurfs so aus, dass nach jeder Änderung des zwischengeschalteten Anteilsregisters ein aktualisierter Auszug durch den Gesellschaftsnotar an das Handelsregister zu übermitteln sein

<sup>24</sup> Vgl. hierzu *Omlor*, Verkehrsschutz im Kapitalgesellschaftsrecht, 2010, S. 255 ff.

<sup>25</sup> Vgl. insbesondere die Stellungnahme von *Ries* in Zusammenstellung der Stellungnahmen zur öffentlichen Anhörung des Rechtsausschusses am 23.1.2008, Modernisierung des GmbH-Rechts, S. 136 ff.

<sup>26</sup> So die FDP-Angeordnete *Dyckmanns* in BT-Plenarprotokoll 16/115, S. 11886B (linke Spalte).

<sup>27</sup> Überblick bei *Vossius/Wachter*, BB 2005, 2539.

sollte. An den Inhalt der Gesellschafterliste wiederum knüpfte ein öffentlicher Glaube an, der in weitreichender Parallele zu § 892 Abs. 1 BGB ausgestaltet war.

Die Konzeption von *Vossius/Wachter* muss trotz mancher Kritik im Detail<sup>28</sup> in zentralen Punkten als begrüßenswert eingestuft werden. Sie mildert die defizitäre und de lege ferenda abzuschaffende Zuständigkeit der Geschäftsführer zur Listenführung ab. Damit nähert sie die objektive Richtigkeitsgewähr der Gesellschafterliste derjenigen des Grundbuchs an. Angesichts des in den Geschäftsanteilen typischerweise repräsentierten wirtschaftlichen Werts erscheint eine solche Umorientierung durchaus geboten. Ob diese Vorteile aber eine „doppelte Buchführung“ in Anteilsregister und Gesellschafterliste rechtfertigen, erscheint eher zweifelhaft. Auch ohne das Anteilsregister als notarielle Zusatzliste ließe sich über eine alleinige Notarzuständigkeit der an die Gesellschafterliste anknüpfende Verkehrsschutz signifikant erhöhen.<sup>29</sup>

### 3. Funktionen der Gesellschafterliste

#### a) Legitimation gegenüber der Gesellschaft

An die Eintragung in die Gesellschafterliste ist die Legitimation des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft gebunden. Nach § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG wird unwiderleglich vermutet,<sup>30</sup> dass der in die Gesellschafterliste Eingetragene im angegebenen Umfang auch Gesellschafter ist. Die Gesellschaft muss daher den durch die Liste Legitimierten sowohl hinsichtlich der Teilhabe- als auch der Vermögensrechte als Gesellschafter behandeln. Eine Korrektur durch Treu und Glauben (§ 242 BGB) darf angesichts der klaren gesetzgeberischen Wertung in § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG nur in engen Ausnahmefällen zugelassen werden.<sup>31</sup> Die über § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG geschaffene relative Gesellschafterstellung des Eingetragenen soll zugleich ein Druckmittel darstellen, um ein eigenes Interesse der tatsächlichen Gesellschafter an einer sorgfältigen Listenführung zu generieren.

#### b) Die Gesellschafterliste als künstlicher Rechtsscheinträger

Die Vermutungswirkung des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG wird als eine Rechtfertigung für die Tauglichkeit der Gesellschafterliste als Rechtsscheinträger für den gutgläubigen Erwerb von Geschäftsanteilen eingestuft: Der Erwerber habe ein erhebliches Eigeninteresse daran, als neuer Gesellschafter eingetragen zu werden.<sup>32</sup> Zudem vermag dauerhaft allein die Listeneintragung einen gutgläubigen Anteilerwerb durch einen Dritten zu verhindern. Grundlage des gutgläubigen Erwerbs nach § 16 Abs. 3 GmbHG ist nämlich die Eintragung des Veräußerers in die Gesellschafterliste, die damit durch die MoMiG-Reform zum künstlichen Rechtsscheinträger erhoben wurde. Strukturell ist den künstlichen Rechtsscheinträgern eine höhere Verlässlichkeit als den natürlichen eigen. Bei den natürlichen Rechtsscheinträgern wie Besitz bzw. Besitz-

<sup>28</sup> Vgl. *Omlor*, Verkehrsschutz im Kapitalgesellschaftsrecht, 2010, S. 268 ff.

<sup>29</sup> Vgl. den Gesetzesentwurf von *Omlor*, Verkehrsschutz im Kapitalgesellschaftsrecht, 2010, S. 523 ff.

<sup>30</sup> *Wicke*, GmbHG, 2. Aufl. 2011, § 16 Rdnr. 3; *Hueck/Fastrich* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 16 Rdnr. 5; *Link*, RNotZ 2009, 193, 209 f.; *Tebben*, RNotZ 2008, 441, 456; *Omlor*, Verkehrsschutz im Kapitalgesellschaftsrecht, 2010, S. 379 f., 440; a. *A. Seibt* in *Scholz*, GmbHG, 10. Aufl. 2010, Nachtrag zu § 16 Rdnr. 6: Fiktion.

<sup>31</sup> In Teilen zu weitgehend daher *Ising*, NZG 2010, 812, 815.

<sup>32</sup> BT-Drucks. 16/6140, S. 38.

verschaffungsmacht kommt ein Auseinanderfallen von äußerem Schein und tatsächlicher Rechtslage deutlich häufiger vor als bei den künstlich geschaffenen. Ursachen für die ausgeprägtere Zuverlässigkeit von künstlichen Rechtsscheinträgern sind erstens verfahrensrechtliche Vorgaben bei der Führung des Rechtsscheinträgers und zweitens die persönliche Richtigkeitsgewähr durch die ausschließliche Einbeziehung von Notaren oder staatlichen Stellen.

#### 4. Verfassungsrechtlicher Rahmen

Aus der Funktion der Gesellschafterliste als Rechtsscheinträger für den gutgläubigen Anteilserwerb resultieren gestalterische Einschränkungen für den „einfachen“ Gesetzgeber und den Gesetzesanwender. Die Austarierung der tatbestandlichen Voraussetzungen des Verlusts einer Eigentumsposition i. S. v. Art. 14 Abs. 1 GG unterliegt nämlich nicht allein privatrechtlichen Grenzen. Gutglaubenstatbestände sind vielmehr auch einer verfassungsrechtlichen Bindung unterworfen;<sup>33</sup> dies gilt auch für § 16 Abs. 3 GmbHG.<sup>34</sup> Der Geschäftsanteil unterfällt als „gesellschaftsrechtlich vermitteltes Eigentum“<sup>35</sup> in den sachlichen Schutzbereich von Art. 14 Abs. 1 GG.<sup>36</sup> Bei den Gutglaubensvorschriften handelt es sich um Inhalts- und Schrankenbestimmungen nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG, nicht aber um die Anordnung einer (Legal-)Enteignung nach Art. 14 Abs. 3 GG.<sup>37</sup> Die Rechtfertigung des Eingriffs in die Eigentumsgarantie vollzieht sich „überindividuell“, d. h. nicht anhand des schlichten Schutzinteresses des konkreten Erwerbers im bipolaren Verhältnis mit dem belasteten Berechtigten, sondern auf der Grundlage des abstrakten Verkehrsinteresses.<sup>38</sup> Bei der GmbH als typischer personalistischer Mittelstandsgesellschaft gewährleistet das Anteilseigentum in besonderer Weise einen „Freiheitsraum im vermögensrechtlichen Bereich“<sup>39</sup>, so dass Eingriffe einem erhöhten Rechtfertigungsaufwand unterliegen.<sup>40</sup> Letztlich ist eine strenge Verhältnismäßigkeits- und dabei insbesondere Erforderlichkeitskontrolle vorzunehmen, die – bei aller gesetzgeberischer Einschätzungsprärogative<sup>41</sup> – nach zum Verkehrsschutz gleich geeigneten, aber den Berechtigten effektiver schützenden Mitteln zu suchen hat.<sup>42</sup> Beispielsweise müssen dem Berech-

tigten wirksame Schutzmechanismen zur Seite gestellt werden. Bei der (verfassungskonformen) Auslegung von §§ 16 Abs. 3, 40 GmbHG sind folglich die von Art. 14 Abs. 1 GG gesetzten Grenzen zu beachten.

### III. Einzelfragen

#### 1. Prüfung durch das Registergericht

Um die objektive Richtigkeitsgewähr der Gesellschafterliste als künstlichem Rechtsscheinträger für den gutgläubigen Anteilserwerb herzustellen, müssen entweder über das Registergericht oder den einreichenden Notar einige grundlegende personen- und verfahrensbezogenen Sicherheitsmechanismen eingehalten werden. Mangels Notarbeteiligung kann diese Aufgabe im Zuständigkeitsbereich der Geschäftsführer (§ 40 Abs. 1 GmbHG) von vornherein allein dem Registergericht zufallen, während bei einer Mitwirkung des Notars (§ 40 Abs. 2 GmbHG) eine Aufteilung nach Verantwortungsbereichen erfolgen kann. In der Reformliteratur zu § 40 GmbHG wurde zunächst ein Prüfungsrecht des Registergerichts – in welchem Umfang auch immer – rundweg abgelehnt oder zumindest skeptisch betrachtet.<sup>43</sup> Denn in der Gesetzesbegründung hieß es explizit: „Das Registergericht nimmt die Listen lediglich entgegen und hat keine inhaltliche Prüfpflicht.“<sup>44</sup> An anderer Stelle ist von der Rolle des Registergerichts als „nicht prüfende, sondern nur verwahrende und eine die allgemeine Kenntnisnahme ermöglichende Stelle“<sup>45</sup> die Rede. Ungeachtet dessen hat das OLG München<sup>46</sup> bereits wenige Monate nach dem Inkrafttreten des MoMiG ein formelles und im Einzelfall auch materielles Prüfungsrecht des Registergerichts angenommen. In formeller Hinsicht treffe das Registergericht auch eine Prüfpflicht, während eine weitergehende materielle Prüfung nur bei Offenkundigkeit eines Fehlers durchgeführt werden dürfe – nicht aber müsse. Diese Differenzierung kann als die gegenwärtig in Rechtsprechung<sup>47</sup> und Literatur<sup>48</sup> herrschende Auffassung bezeichnet werden.

Diese von der herrschenden Meinung vorgenommene Gleichbehandlung der von einem Geschäftsführer oder einem Notar eingereichten Gesellschafterliste vermag nicht zu überzeugen, denn sie ignoriert die personenbedingten Unterschiede in Bezug auf die inhaltliche Richtigkeitsgewähr.<sup>49</sup> Das Fehlerrisiko ist bei Gesellschafterlisten, die von Notaren eingereicht werden, ungleich geringer als bei den von einem Geschäftsführer erstellten Listen: Letztere geraten allzu leicht in die Konfliktlinien zwischen Mehrheits- und Minderheitsgesellschaften; sie sind infolge des unmittelbaren Weisungsrechts der Gesellschafterversammlung den jeweiligen Mehrheits-

<sup>33</sup> Vgl. aus der privatrechtlichen Literatur stellvertretend *Hager*, Verkehrsschutz durch redlichen Erwerb, 1990; *Peters*, Der Entzug des Eigentums an beweglichen Sachen durch gutgläubigen Erwerb, 1991; *Leuschner*, Verkehrsinteresse und Verfassungsrecht, 2005.

<sup>34</sup> Vgl. *Omlor*, Verkehrsschutz im Kapitalgesellschaftsrecht, 2010, S. 335 ff.

<sup>35</sup> So BVerfGE 25, 371, 407 zur Aktie. Vgl. überdies BVerfGE 100, 289, 301; BVerfG, NJW 2007, 3266, 3267.

<sup>36</sup> *Deppenheuer* in von Mangoldt/Klein/Starck, GG, 6. Aufl. 2010, Art. 14 Rdnr. 142 f.

<sup>37</sup> I. E. ebenso *Peters*, Der Entzug des Eigentums an beweglichen Sachen durch gutgläubigen Erwerb, 1991, S. 32 ff.; *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 382 f.; *Leuschner*, Verkehrsinteresse und Verfassungsrecht, 2005, S. 161 ff. m. w. N.

<sup>38</sup> *Zweigert*, RabelsZ 23 (1958), 1, 14 ff.; *Peters*, Der Entzug des Eigentums an beweglichen Sachen durch gutgläubigen Erwerb, 1991, S. 69 ff.; *Leuschner*, Verkehrsinteresse und Verfassungsrecht, 2005, S. 153 ff.

<sup>39</sup> BVerfGE 24, 367, 389; BVerfGE 31, 229, 239; BVerfGE 83, 201, 208.

<sup>40</sup> Ständige Rechtsprechung seit BVerfGE 50, 290, 340 f.

<sup>41</sup> BVerfGE 50, 290, 332 ff.; BVerfGE 88, 203, 262; BVerfGE 110, 141, 157.

<sup>42</sup> Die Bedeutung und Tragweite der Erforderlichkeitsprüfung verkennt *Altgen*, Gutgläubiger Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen, 2010, S. 307 f.

<sup>43</sup> *Preuß*, ZGR 2008, 676, 677; *Harbarth*, ZIP 2008, 57, 58; *Hasselmann*, NZG 2009, 486, 490; ohne Begründung auch *Kort*, GmbHR 2009, 169, 170; a. A. *Omlor*, WM 2009, 2105, 2108.

<sup>44</sup> BT-Drucks. 16/6140, S. 44.

<sup>45</sup> BT-Drucks. 16/6140, S. 38.

<sup>46</sup> OLG München, MittBayNot 2010, 64, 65.

<sup>47</sup> OLG München, MittBayNot 2010, 68; OLG Jena, DNotZ 2010, 873, 875; enger (nur formelles Prüfungsrecht) OLG Bamberg, MittBayNot 2010, 331, 332 m. Anm. *Omlor*, EWIR 2010, 535; OLG Bamberg, FGPrax 2010, 196, 197; offen gelassen von BGH, NZG 2011, 516, 517.

<sup>48</sup> *Wachter*, NZG 2009, 1001, 1002 f.; *Link*, RNotZ 2009, 193, 209; *Altmeyen* in Roth/Altmeyen, GmbHG, 6. Aufl. (2009), § 40 Rdnr. 11; *Wicke*, GmbHG, 2. Aufl. 2011, § 40 Rdnr. 6 a; *Kanzleiter* in FS Roth 2011, S. 355, 358; enger (nur formelles Prüfungsrecht) *Zöllner/Noack* in Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 40 Rdnr. 75.

<sup>49</sup> Vgl. bereits *Omlor*, Verkehrsschutz im Kapitalgesellschaftsrecht, 2010, S. 356 ff.; *ders.*, MittBayNot 2010, 65, 67.



gesellschaftern persönlich wie wirtschaftlich ausgeliefert. Grundsätzlich kann zudem jede „natürliche, unbeschränkt geschäftsfähige Person“ (§ 6 Abs. 2 Satz 1 GmbHG) die Organisation eines Geschäftsführers übernehmen; juristische Expertise ist hierzu nicht von Nöten. Die Geschäftsführer stehen vor einer juristischen Herkulesaufgabe, deren mangelhafte Erfüllung schadensersatzbewehrt ist (§ 40 Abs. 3 GmbHG). Demgegenüber unterliegt der Notar als richterähnliches Organ der vorsorgenden Rechtspflege dem Neutralitätsgebot (vgl. § 14 Abs. 1 Satz 2 BNotO). Bereits den Anschein von Parteilichkeit muss er zu vermeiden suchen (vgl. § 14 Abs. 3 Satz 2 BNotO). Hinzu treten die Mitwirkungsverbote des § 3 BNotO, die unbedingte Amtspflichten des Notars darstellen und daher nicht disponibel sind.<sup>50</sup> Vor diesem Hintergrund ist die differenzierende Linie nicht nur zwischen formellen und materiellen Aspekten anzubringen, sondern zuvörderst zwischen den Zuständigkeitsbereichen von Geschäftsführer und Notar: Die von einem Notar eingereichte Gesellschafterliste ist vom Registergericht grundsätzlich allein in formeller Hinsicht zu überprüfen; eine materielle Prüfung im Ausnahmefall setzt konkrete und erhebliche Zweifel an der Richtigkeit voraus, die objektiv begründet sein müssen. Geht die Gesellschafterliste hingegen nach § 40 Abs. 1 GmbHG auf einen Geschäftsführer zurück, besteht über die formelle Prüfungspflicht hinaus auch eine solche in materieller Hinsicht. Diese entfällt lediglich dann, wenn nach der Lebenserfahrung mit hoher Wahrscheinlichkeit sicher erscheint, dass die eingereichten Veränderungen wirksam sind.

## 2. Form der Listeneinreichung durch Geschäftsführer

Nach dem Wortlaut des § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG, wonach die Geschäftsführer die Gesellschafterliste schlicht zum Handelsregister einzureichen haben, soll die Übermittlung einer elektronischen Aufzeichnung an das Registergericht ausreichen (vgl. § 12 Abs. 2 Satz 2 Hs. 1 HGB). Eine Identitätsprüfung durch das Registergericht ist auf diese Weise ausgeschlossen. Dennoch lehnte im Gesetzgebungsverfahren die Bundesregierung<sup>51</sup> einen Vorschlag des Bundesrats<sup>52</sup> ab, die notarielle Beglaubigung der Geschäftsführerunterschrift gesetzlich vorzuschreiben. In der Folge geht inzwischen die ganz herrschende Meinung von einer Anwendbarkeit von § 12 Abs. 2 Satz 2 Hs. 1 HGB auf die Listeneinreichung nach § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG aus.<sup>53</sup> Dem ist nicht zuzustimmen.<sup>54</sup> Auch im Zuständigkeitsbereich der Geschäftsführer muss eine effektive Sicherung der Authentizität der einreichenden Geschäftsführer eingehalten werden. Hierzu ist eine teleologische Reduktion von § 12 Abs. 2 Satz 2 HGB verbunden mit einer analogen Anwendung des § 12 Abs. 1 Satz 2 HGB zur Lückenschließung geboten. Daher hat eine notarielle Unterschriftsbeglaubigung in den Fällen des § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG zu erfolgen. Grund hierfür ist vor allem, dass § 12 HGB ein Adäquanzkonzept zugrunde liegt, das je nach rechtlicher Bedeutung der einzureichenden Dokumente unter-

schiedlich gewichtete Anforderungen an die Form stellt. So ist die Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister selbst wegen der daran gebundenen materiellen Rechtsfolgen (z. B. §§ 5, 15 HGB) in öffentlich beglaubigter Form vorzunehmen. Systematisch kann zudem auf die Regelungen zum ebenfalls mit Publizität ausgestatteten Güterrechts- (§§ 1412, 1560 Satz 2 BGB), Vereins- (§§ 68, 77 BGB) und Genossenschaftsregister (§§ 29, 157 GenG) verwiesen werden. Die Gesetzesmaterialien stehen einer solchen Erweiterung der Beglaubigungspflicht nicht entgegen. Zum einen mag die These des Reichsgerichts herangezogen werden, die verschriftlichten Gedanken der Gesetzesverfasser seien eine „Privatarbeit ... [die,] weder die Bestimmung noch die Macht haben, das Gesetz zu deklarieren“<sup>55</sup>. Von dieser methodisch wie verfassungsrechtlich durchaus markanten Annahme losgelöst ist aber zum anderen festzustellen, dass sich den Gesetzesmaterialien in ihrer Gesamtschau kein eindeutiger Wille „des Gesetzgebers“ entnehmen lässt: An verschiedenen Stellen<sup>56</sup> wird auf eine Anlehnung des § 16 Abs. 3 GmbHG an § 892 BGB verwiesen, die zwar keinen „vollständige[n] Gleichlauf“<sup>57</sup> beinhalten soll, aber doch mit einem dogmatischen Kern versehen sein muss. Zu diesem zählt insbesondere die Verfahrensvorschrift des § 29 Abs. 1 GBO. Mithin kann analog § 12 Abs. 1 Satz 2 HGB durch den Notar oder im Ausland durch die Konsularbeamten (§ 10 Abs. 1 Nr. 2 KonsG) eine Identitätsprüfung der einreichenden Geschäftsführer erfolgen. Davon unberührt bleibt die Pflicht des Geschäftsführers, nach § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG eine eigene Wirksamkeitsprüfung vorzunehmen.

## 3. Nummerierung der Geschäftsanteile

Nicht nur bei der erstmaligen Einreichung der Gesellschafterliste im Rahmen der Gesellschaftsgründung (§ 8 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG), sondern auch bei jeder Neueinreichung (§ 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG) sind die einzelnen Geschäftsanteile mit ihrer „laufenden Nummer“ zu erfassen. Mit dieser gesetzlichen Vorgabe sind vor allem zwei zu trennende Fragestellungen verbunden: Welche Kennzeichen fallen unter den Begriff der „Nummer“? Muss die bisherige Nummerierung bei einer neuen Gesellschafterliste beibehalten werden?

### a) Der Begriff der „Nummer“

Das OLG Jena<sup>58</sup> hat jüngst verlauten lassen, der Begriff „Nummer“ stamme aus dem Lateinischen (numerus) und erfasse daher an sich nur Zahlen. Gliederungszeichen wie 1.1, 1.2 et cetera seien bei mathematischer Betrachtungsweise aber keine Zahlen. Der allgemeine Sprachgebrauch verstehe unter einer „Nummer“ hingegen durchaus auch Gliederungszeichen, die nicht aus schlichten Nummern oder ganzen Zahlen bestünden. Als Beleg wird Punkt (nicht Nummer!) 3.1.2 der DIN 1421 angeführt, wonach in einer „Abschnittsnummer“ zwischen zwei Stufen nur ein Punkt als Gliederungszeichen zu setzen sei. In der Tat führt die Ethymologie der „Nummer“ bei der Auslegung aus dem Wortlaut nicht zum Ziel, zumindest sofern ein technischer Ansatz gewählt wird. Nach den Gesetzesmaterialien soll die Nummerierung die „eindeutige Bezeichnung eines Geschäftsanteils“<sup>59</sup> vereinfachen. Daraus folgt, dass in §§ 8 Abs. 1 Nr. 3, 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG ein funktionaler Begriff der Nummer gewählt wurde: Die gewählte „Nummer“ muss die Transparenz der

<sup>50</sup> Vgl. im Einzelnen *Mihm*, DNotZ 1999, 8, 13 ff.

<sup>51</sup> BT-Drucks. 16/6140, S. 76.

<sup>52</sup> BT-Drucks. 16/6140, S. 67 f.

<sup>53</sup> OLG Jena, MittBayNot 2010, 416, 417; MünchKommHGB/*Krafka*, 3. Aufl. 2010, § 12 Rdnr. 57; *Wicke*, GmbHG, 2. Aufl. 2011, § 40 Rdnr. 6 (kritisch aber de lege ferenda unter § 16 Rdnr. 28); *Zöllner/Noack* in Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 40 Rdnr. 36; *Altmeyden* in Roth/Altmeyden, GmbHG, 6. Aufl. 2009, § 40 Rdnr. 11; *Tebben*, RNotZ 2008, 441, 456.

<sup>54</sup> Vgl. im Einzelnen *Omlor*, Verkehrsschutz im Kapitalgesellschaftsrecht, 2010, S. 349 ff.

<sup>55</sup> RGZ 51, 272, 274.

<sup>56</sup> BT-Drucks. 16/6140, S. 38.

<sup>57</sup> BT-Drucks. 16/6140, S. 38.

<sup>58</sup> OLG Jena NZG 2010, 591, 592.

<sup>59</sup> BT-Drucks. 16/6140, S. 34.

Beteiligungsverhältnisse bestmöglich herstellen.<sup>60</sup> Aus dieser gebotenen funktionalen Betrachtungsweise ergibt sich, dass prinzipiell sowohl Abschnittsnummer (1.1, 1.2 ...), Zahlen-Buchstaben-Kombinationen (1a, 1b ...)<sup>61</sup>, Zahlen (1, 2, 3 ...) oder Buchstaben (a, b, c ...) zum Einsatz kommen können.<sup>62</sup> Bei der Auswahl der Nummerierungsart steht der einreichenden Stelle ein Ermessensspielraum<sup>63</sup> zu, der vom Registergericht erst dann überprüft werden darf, wenn die Funktion der Nummerierung – eindeutige Zuordnung – nicht mehr erfüllt werden kann.

#### b) Beibehaltung der bisherigen Nummerierung

Bei der Neueinreichung einer geänderten Gesellschafterliste steht die einreichende Stelle vor dem Problem, wie sie mit der Anteilsnummerierung zu verfahren hat, die sie in der bisherigen Liste vorfindet. Denkbar wäre eine vollständige Neu Nummerierung, die ein einheitliches Erscheinungsbild für jede einzelne Gesellschafterliste erschaffen würde. Schließlich findet im Unterschied zum Grundbuch keine fortlaufende chronologische Listenführung statt. Allein die aktualisierte Gesellschafterliste bildet die Liste der Gesellschafter i. S. d. GmbHG, ohne dass auf frühere Listen zurückgegriffen werden müsste oder dürfte. Allerdings erzwingen Wortlaut, Systematik und Telos des § 40 Abs. 1 und 2 GmbHG eine grundsätzliche Kontinuität der Anteilsnummerierung über Veränderungsereignisse hinaus.<sup>64</sup> Konkreter Anhaltspunkt ist § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG. Auf den ersten Blick findet sich dort nur eine Inhaltsregelung hinsichtlich der Notarbescheinigung. Die Norm nimmt jedoch eine klare Differenzierung vor zwischen den „geänderten Eintragungen, an denen er [sc. der Notar] mitgewirkt hat“, und zum anderen den „übrigen Eintragungen“, die „mit dem Inhalt der zuletzt im Handelsregister aufgenommenen Liste übereinstimmen“ müssen. Daraus lässt sich ableiten, dass inhaltliche Abweichungen von der bisherigen Gesellschafterliste grundsätzlich nur erlaubt sind, soweit sie durch Veränderungen i. S. d. § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG geboten sind. Im Einklang damit stehen auch Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung, eine Transparenz der Beteiligungsverhältnisse sicherzustellen.

Die einmal erfolgte Zuweisung einer Nummer zu einem bestimmten Geschäftsanteil ist dennoch nicht in sämtlichen Fällen für alle Ewigkeit festgeschrieben. Von einem solchen Regel-Ausnahme-Verhältnis geht auch der BGH aus, der eine Umnummerierung zulassen will, soweit sie „unvermeidlich“ ist.<sup>65</sup> Ausnahmen können sich zum einen daraus ergeben, dass eine Veränderung erfolgt ist, welche die Identität eines Geschäftsanteils betrifft.<sup>66</sup> Davon betroffen sind die Teilung und die Zusammenlegung von Geschäftsanteilen. Verschiedene Lösungsmodelle werden in der Literatur für diese Fallgruppe diskutiert.<sup>67</sup> Wohl überwiegend wird die Vergabe neuer, bislang

ungenutzter Nummern favorisiert.<sup>68</sup> Teilweise wird eine Erläuterung der partiellen Neu Nummerierung in einer Veränderungsspalte gefordert.<sup>69</sup> Andere halten die Vergabe von Abschnittsnummern (1.1., 1.2 ...) oder ergänzenden Buchstaben (1a, 1b ...) für vorzugswürdig. Das Gesetz enthält keine Vorgaben, die eine generelle und einzelfallunabhängige Entscheidung für eine der beiden Auffassungen erzwingen. Der einreichenden Stelle ist vielmehr ein Ermessensspielraum eingeräumt, der eine freie Auswahl insoweit zulässt, als die Funktion der Nummerierung – eindeutige Zuordnung und Transparenz der Beteiligungsverhältnisse – nicht berührt wird.<sup>71</sup> Der Vergabe von neuen Nummern unter Aufgabe der alten steht nicht entgegen, dass nach dem Gesetzeswortlaut „laufende Nummern“ (vgl. §§ 8 Abs. 1 Nr. 3, 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG) vergeben werden müssen.<sup>72</sup> Nur im Falle der erstmaligen Erstellung der Gesellschafterliste bei der Gründungsanmeldung nach § 8 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG ist stets eine fortlaufende Nummerierung geboten; das Kriterium steht wiederum allein im Dienst der Übersichtlichkeit des Listeninhalts. Daher soll nach Möglichkeit auch bei Veränderungen nach § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG die Anteilsnummerierung eine fortlaufende sein. Liegt hingegen eine Teilung oder Zusammenlegung von einzelnen Anteilen vor, so dürfen Lücken in der Nummernfolge entstehen; insofern greift eine teleologische Reduktion des § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG in Bezug auf die „laufenden Nummern“ ein.

Zum anderen kann in ganz engen Ausnahmefällen eine vollständige Neufassung der Gesellschafterliste geboten sein, auch wenn im konkreten Fall keine derart weitreichende Veränderung eingetreten ist. Eine solche Konstellation kann dann vorliegen, wenn die Gesellschafterliste nach verschiedenen Transaktionen derart unübersichtlich geworden ist, dass sie ihre Funktion nicht mehr zu erfüllen vermag.<sup>73</sup> Vorbilder sind die entsprechenden Regelungen zu Grundbuch (§ 28 GBV) und Handelsregister (§ 21 HRV). Da es sich um eine außergewöhnliche Maßnahme handelt, die insbesondere wegen §§ 16 Abs. 1 und 3 GmbHG substantiell in Rechte der Gesellschafter einzugreifen vermag, ist nach § 49 Abs. 2 GmbHG ein Beschluss der Gesellschafterversammlung erforderlich.<sup>74</sup>

Ohne das Vorliegen einer der beiden genannten Sachgründe rechtfertigt demgegenüber allein ein entsprechender Gesellschafterbeschluss nicht die Vornahme von Änderungen an der Nummerierung.<sup>75</sup> Zwar ist die Gesellschafterversammlung durchaus das oberste Willensbildungsorgan der GmbH und daher unter anderem befugt, Satzungsänderungen vorzunehmen und Grundlagenentscheidungen zu treffen. Auch steht ihr gegenüber den Geschäftsführern eine umfassende Weisungs-

<sup>60</sup> BGH NZG 2011, 516, 517; OLG Bamberg, MittBayNot 2010, 331, 332 m. Anm. Omlor, EWiR 2010, 535; OLG Bamberg, FGPrax 2010, 196, 197; OLG Jena NZG 2010, 591, 592; Herrler, NZG 2011, 536, 537 f.; Wicke, MittBayNot 2010, 283.

<sup>61</sup> A. A. Wicke, MittBayNot 2010, 283, 284; Paefgen in Ulmer, GmbHG, Erg.-Band 2010, § 40 Rdnr. 21; Terlau in Michalski, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 40 Rdnr. 9.

<sup>62</sup> Ähnlich BGH NZG 2011, 516, 517.

<sup>63</sup> OLG Jena NZG 2010, 591, 592; Herrler, NZG 2011, 536, 537.

<sup>64</sup> OLG Bamberg, MittBayNot 2010, 331, 332; Omlor, EWiR 2010, 535, 536.

<sup>65</sup> BGH, NZG 2011, 516, 517 = MittBayNot 2011, 323.

<sup>66</sup> Herrler, NZG 2011, 536, 537 f.; Omlor, EWiR 2010, 535, 536.

<sup>67</sup> Vgl. auch die Nachweise bei Gutachten, DNotI-Report 2010, 147, 148 f.; Herrler, NZG 2011, 536, 537.

<sup>68</sup> Götz/Bressler, NZG 2007, 894, 895; Wachter, ZNotP 2008, 378, 385; Mayer, DNotZ 2008, 403, 407; Wicke, MittBayNot, 2010, 283, 284; Paefgen in Ulmer, GmbHG, Erg.-Band 2010, § 40 Rdnr. 21; Schneider in Scholz, GmbHG, 10. Aufl. 2010, § 40 Rdnr. 12.

<sup>69</sup> Katschinsky/Rawert, ZIP 2008, 1993, 2000; Wicke, MittBayNot 2010, 283, 284 f.; Lücke/Simon in Hk-GmbHG, 2011, § 40 Rdnr. 6; offen BGH NZG 2011, 516, 517; Terlau in Michalski, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 40 Rdnr. 9.

<sup>70</sup> Katschinsky/Rawert, ZIP 2008, 1993, 2000.

<sup>71</sup> BGH, NZG 2011, 516, 517 = MittBayNot 2011, 323, 324; OLG Jena NZG 2010, 591, 592; Herrler, NZG 2011, 536, 537 f.

<sup>72</sup> Herrler, NZG 2011, 536, 537; offen BGH NZG 2011, 516, 517 = MittBayNot 2011, 323, 324.

<sup>73</sup> Wachter, NZG 2009, 1001, 1005; Wicke, MittBayNot 2010, 283, 284; Herrler, NZG 2011, 536, 538.

<sup>74</sup> Wicke, MittBayNot 2010, 283, 284; ders., GmbHG, 2. Aufl. 2011, § 40 Rdnr. 5; a. A. Herrler, NZG 2011, 536, 539; vgl. allgemein Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 37 Rdnr. 11 m. w. N.

<sup>75</sup> A. A. Wachter, NZG 2009, 1001, 1005.

kompetenz zu. Bei der reformierten Gesellschafterliste der post-MoMiG-Epoche handelt es sich aber nicht um ein Gebilde, das allein den Interessen der Gesellschaft zu dienen bestimmt ist. Infolge ihrer Funktion als Rechtsscheinträger des gutgläubigen Anteilserwerbs ist der Gesellschaft die alleinige Dispositionsbefugnis über ihren Inhalt entzogen worden. Adressat ist der Rechtsverkehr in der Gestalt des konkreten gutgläubigen Erwerbers. Daher stellt § 40 GmbHG objektive Kriterien auf, nach denen die Gesellschafterliste zu führen ist; sie unterliegen nicht der willkürlichen Umgestaltung durch die betroffene Gesellschaft. Zudem könnte von vornherein ein schlichter Mehrheitsbeschluss der Gesellschafterversammlung nicht ausreichen. Denn jeder Eingriff in die Gesellschafterliste birgt das Risiko für die Inhaber der erfassten Anteile, bei einer fehlerhaften Eintragung ihren Anteil an einen gutgläubigen Dritten zu verlieren. Gerade bei Konflikten zwischen Minderheits- und Mehrheitsgesellschaftern drohte ein Missbrauch der Mehrheitsbefugnisse.

#### 4. Sachliche Reichweite der Notarzuständigkeit

##### a) Regel-Ausnahme-Verhältnis zugunsten des Notars

Die Einreichungszuständigkeit für die Gesellschafterliste ist zwischen dem Geschäftsführer der Gesellschaft und dem an einer Veränderung mitwirkenden Notar aufgeteilt. Während der unbefangene Blick in den nüchternen Wortlaut von § 40 Abs. 1 und 2 GmbHG nahe legen könnte, dass zumindest in normativer Hinsicht<sup>76</sup> ein Zuständigkeitsübergewicht zugunsten des Geschäftsführers besteht,<sup>77</sup> erzwingen indes die objektive ratio legis und eine verfassungskonforme Auslegung ein abweichendes Verständnis. § 40 GmbHG ist zuvörderst im Zusammenhang mit § 16 Abs. 3 GmbHG auszulegen, da der Inhalt der Gesellschafterliste als Rechtsscheinträger für den gutgläubigen Anteilserwerb dient. Durch die Beteiligung des Geschäftsführers an der Listenführung ist ein strukturelles Defizit im Berechtigtenschutz entstanden.<sup>78</sup> Dem Geschäftsführer fehlen die persönliche Unabhängigkeit und fachliche Kompetenz des Notars. Als Organ und zumeist zugleich Angestellter der Gesellschaft ist er den diese dominierenden Mehrheitsgesellschaftern regelrecht ausgeliefert: Anders als Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft (vgl. § 84 Abs. 3 AktG) können Geschäftsführer einer GmbH grundsätzlich frei, d. h. ohne das Vorliegen von Sachgründen, aus ihrer Organstellung abberufen werden (§ 38 Abs. 1 GmbHG). Das Organverhältnis und der an sich zu trennende Anstellungsvertrag können über eine Bedingungskonstruktion aneinander gekoppelt werden, so dass beide gleichzeitig enden.<sup>79</sup> Der Geschäftsführer kann daher mitten in das Konfliktfeld von Mehrheits- und Minderheitsgesellschaftern geraten. Dem Berechtigten muss aber ein effektives Schutzkonzept zur Seite gestellt werden, das auf einem zuverlässigen Rechtsscheinträger basiert. Erstens darf angesichts der insbesondere durch Art. 14 Abs. 1 GG grundrechtlich abgesicherten Eigentumsposition des Berechtigten in dieses Anteilsrecht nur nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes eingegriffen werden. Auch die gesetzgeberische Einschätzungsprärogative rechtfertigt nicht die Beschrän-

kung des Berechtigtenschutzes auf die Fälle der Notarzuständigkeit sowie die Ausnahmetatbestände in § 16 Abs. 3 Satz 2 und 3 GmbHG. Von Verfassungen wegen ist daher der Zuständigkeitsbereich der Geschäftsführer in den methodischen Grenzen eng zu ziehen, um über eine möglichst weitreichende Notarzuständigkeit die objektive Verlässlichkeit des Rechtsscheinträgers Gesellschafterliste zu steigern. Der effektive Berechtigtenschutz ist allerdings keineswegs allein aus Gründen des öffentlichen Rechts, sondern vornehmlich bereits aus privatrechtssystematischen Notwendigkeiten zu gewährleisten. Aus dem Zusammenhang mit § 16 GmbHG folgt daher zweitens die objektive Zielsetzung des § 40 GmbHG, ein Auseinanderfallen von Listeninhalt und tatsächlicher Rechtslage nach Möglichkeit zu vermeiden. Im Ergebnis besteht daher ein normatives Regel-Ausnahme-Verhältnis von § 40 Abs. 1 und 2 GmbHG zugunsten der Notarzuständigkeit.<sup>80</sup>

##### b) Mitwirkung eines Notars

Der sachliche Zuständigkeitsbereich des Notars bestimmt sich tatbestandlich durch das Merkmal der „Mitwirkung“ an einer Veränderung. Dessen Reichweite wird jenseits des Evidenzfalls – Abtretung eines Geschäftsanteils – nicht einheitlich in Literatur und Rechtsprechung erfasst.<sup>81</sup> Teilweise wird ein formaler Ansatzpunkt gewählt und eine Mitwirkung nur bei der Beurkundung einer Singularsukzession angenommen; in allen anderen Fällen beruhe die Veränderung entweder auf Gesetz (etwa im Erbfall) oder auf einer gerichtlichen Maßnahme (so bei Kapitalerhöhungen, die erst durch Registereintragung wirksam werden).<sup>82</sup> Überwiegend wird hingegen zur Bestimmung der Notarzuständigkeit auf Sinn und Zweck des § 40 Abs. 2 GmbHG abgestellt, der zum einen eine Verfahrensvereinfachung und zum anderen eine Erhöhung der Richtigkeitsgewähr bewirken soll.<sup>83</sup> In den Gesetzesmaterialien heißt es vielsagend, „die Änderung der Gesellschafterliste kann gelegentlich der Abtretungsbeurkundung gleich miterledigt werden“, worin ein „besonders einfach[es] und unbürokratisch[es]“<sup>84</sup> Verfahren liege. Die Abtretung wird ausdrücklich nur als ein Beispiel der Notarzuständigkeit aufgeführt.<sup>85</sup> Andererseits wird in den Materialien eine Mitwirkung bei jeglicher Gesamtrechtsnachfolge (unzutreffend) verneint.<sup>86</sup> Schwierig gestaltet sich daher die präzise Bestimmung der weiteren Fälle einer Mitwirkung. Wenig hilfreich ist dabei die im Einzelfall problembehaftete Differenzierung zwischen „mittelbarer“ und „unmittelbarer“ Mitwirkung;<sup>87</sup> sie lässt sich dem Gesetz nämlich nicht entnehmen.

<sup>80</sup> So schon *Omlor*, EWiR 2010, 251, 252; *ders.*, Verkehrsschutz im Kapitalgesellschaftsrecht, 2010, S. 278; ähnlich *Kanzleiter* in FS Roth, 2011, S. 355, 357.

<sup>81</sup> Vgl. den Überblick mit zahlreichen Einzelfällen bei *Paefgen* in Ulmer, GmbHG, Erg.-Band 2010, § 40 Rdnr. 57 ff. m. w. N.

<sup>82</sup> *Bohrer*, DStR 2010, 1892, 1895.

<sup>83</sup> OLG Jena, MittBayNot 2010, 490, 491; OLG München, DNotZ 2011, 63 f.; *Paefgen* in Ulmer, GmbHG, Erg.-Band 2010, § 40 Rdnr. 72.

<sup>84</sup> BT-Drucks. 16/6140, S. 44.

<sup>85</sup> BT-Drucks. 16/6140, S. 44 („z. B. an einer Abtretung eines Geschäftsanteils mitwirkende Notar“).

<sup>86</sup> BT-Drucks. 16/6140, S. 44; anscheinend zustimmend *Hasselmann*, NZG 2009, 449, 454 Fn. 84.

<sup>87</sup> *Omlor*, Verkehrsschutz im Kapitalgesellschaftsrecht, 2010, S. 283; *ders.*, EWiR 2010, 251, 252; das Abgrenzungskriterium verwenden hingegen unter anderem *Klöckner*, NZG 2008, 841, 842; *Böhringer*, BWNotZ 2008, 104, 110; *Bayer* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl. 2009, § 40 Rdnr. 24; *Hasselmann*, NZG 2009, 449, 455; *Paefgen* in Ulmer, GmbHG, Erg.-Band 2010, § 40 Rdnr. 67 ff.; *Wicke*, GmbHG, 2. Aufl. 2011, § 40 Rdnr. 14; *H. Schmidt*, RNotZ 2011, 148, 149; *Kanzleiter* in FS Roth 2011, S. 355, 356 f.

<sup>76</sup> Ein tatsächliches Regel-Ausnahme-Verhältnis nimmt bereits die Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 16/6140, S. 44) an.

<sup>77</sup> So *Liebscher/Goette*, DStR 2010, 2038, 2043.

<sup>78</sup> Kritisch ebenso *Preuß*, ZGR 2008, 676, 701; *dies.*, RNotZ 2009, 529, 533; *Ries* in Zusammenstellung der Stellungnahmen zu der öffentlichen Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages am 23.1.2008, S. 124, 137; *Mayer*, DNotZ 2008, 403, 431; *Wicke*, GmbHG, 2. Aufl. 2011, § 16 Rdnr. 28.

<sup>79</sup> BGH, NJW 1999, 3263, 3264; *Lohr*, NZG 2001, 826, 832; *Janzen*, NZG 2003, 468, 472; *Drinkuth*, NJW 2006, 410, 411.

Von vornherein müssen solche Konstellationen ausscheiden, in denen ein Notar die Abtretung von Geschäftsanteilen an einer A-GmbH beurkundet, die selbst wiederum Gesellschafterin einer weiteren B-GmbH ist. In Bezug auf die B-GmbH liegt keine Veränderung i. S. d. § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG vor, da die A-GmbH in ihrer rechtlichen Identität durch den Gesellschafterwechsel unberührt bleibt. Es ist generell keine neue Gesellschafterliste einzureichen – weder durch den Geschäftsführer noch den Notar.

Darüber hinaus muss sich die Auslegung des Mitwirkungstatbestands an zwei Kriterien orientieren, die aus Systematik und ratio legis des § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG folgen: erstens die Finalität der notariellen Tätigkeit für die Veränderung, ob also eine Art (untechnische) „Erwerbsanwartschaft“ aus dem notariellen Verfahrensschritt folgt, und zweitens die für eine Wirksamkeitsprüfung gemäß § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG hinreichende Information des Notars.<sup>88</sup>

Das Abgrenzungsmerkmal der Finalität folgt aus dem Umfang der notariellen Wirksamkeitsprüfung, und dient zugleich der Bestimmung des einreichungspflichtigen Notars, sofern mehrere nacheinander beteiligt sind. Bei der vorzunehmenden Wirksamkeitsprüfung nach § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG hat der Notar lediglich den Eintritt einer aufschiebenden, nicht aber einer auflösenden Bedingung abzuwarten.<sup>89</sup> Ausdrücklich ordnet § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG die Einreichungspflicht des Notars „ohne Rücksicht auf etwaige später eintretende Unwirksamkeitsgründe“ an. Bei einer aufschiebenden bedingten Abtretung erlangt der Erwerber bereits eine gesicherte Rechtsposition in Form eines Anwartschaftsrechts, so dass der Vollrechtserwerb zwar durch den Bedingungseintritt erst endgültig bewirkt, aber doch schon durch die Abtretung letztentscheidend vorbereitet wird (vgl. § 161 Abs. 1 BGB). Die auflösende Bedingung hingegen führt zur sofortigen Vollrechtsübertragung, belässt aber ein Anwartschaftsrecht bei dem Veräußerer; Letzteres muss der Notar bei seiner Wirksamkeitsprüfung aber nicht einbeziehen. Auf diese Weise vollzieht das GmbHG eine Abschiebung des Verantwortungsbereichs des Notars nach Sachnähe sowie nach praktischer Durchführ- und Zumutbarkeit. Daraus lassen sich Rückschlüsse für die prinzipielle Reichweite der Notarzuständigkeit als solcher ziehen: Nur wenn der rechtlich letztentscheidende Schritt für die Veränderung durch einen Notar vollzogen wird, kann eine Mitwirkung i. S. d. § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG angenommen werden. Sind nacheinander mehrere Notare beteiligt, kann die Einreichungspflicht nur demjenigen Notar treffen, der an der letzten Verfahrenshandlung vor der Veränderung beteiligt war,<sup>90</sup> wobei der formale Akt der Handelsregisteranmeldung nicht einzubeziehen ist.<sup>91</sup>

<sup>88</sup> Ähnlich OLG Hamm, DNotZ 2010, 214, 215 f. m. Anm. Omlor, EWiR 2010, 251; Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 40 Rdnr. 51 ff.; Tebben, RNotZ 2008, 441, 452; Herrler/Blath, ZIP 2010, 129, 130 f.; vgl. ausführlich Omlor, Verkehrsschutz im Kapitalgesellschaftsrecht, 2010, S. 281 ff.

<sup>89</sup> BT-Drucks. 16/6140, S. 44; Tebben, RNotZ 2008, 441, 452 f.; Paefgen in Ulmer, GmbHG, Erg.-Band 2010, § 40 Rdnr. 76 f.; Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 40 Rdnr. 59, 61; Lücke/Simon in Hk-GmbHG, 2011, § 40 Rdnr. 24 f.

<sup>90</sup> Mayer, DNotZ 2008, 403, 408; Klöckner, NZG 2008, 841, 842; Paefgen in Ulmer, GmbHG, Erg.-Band 2010, § 40 Rdnr. 72; Terlau in Michalski, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 40 Rdnr. 25; H. Schmidt, RNotZ 2011, 148 f.; a. A. Kanzleiter in FS Roth 2011, S. 355, 356: alle beteiligten Notare.

<sup>91</sup> Terlau in Michalski, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 40 Rdnr. 25; Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 40 Rdnr. 54 („in der Regel“); a. A. Hasselmann, NZG 2009, 449, 455; Paefgen in Ulmer, GmbHG, Erg.-Band 2010, § 40 Rdnr. 74.

Angewendet bedeutet dies, dass eine Mitwirkungshandlung insbesondere in folgenden Fällen vorliegen kann: Beurkundung eines Verschmelzungsvertrags (§ 6 UmwG)<sup>92</sup>, eines Spaltungsvertrags (§§ 125 Satz 1, 6 UmwG)<sup>93</sup> und eines Kapitalerhöhungs- oder -herabsetzungsbeschlusses (§ 53 Abs. 2 Satz 1 GmbHG)<sup>94</sup>. Eine Mitwirkung scheidet hingegen aus bei der Beurkundung eines Erbvertrages (§ 2276 BGB), auch wenn sich Geschäftsanteile im gegenwärtigen Vermögen eines Vertragspartners befinden, und bei der Beurkundung eines Gesellschaftsvertrags, in dem sich die Gesellschafter zur Einbringung von Geschäftsanteilen verpflichten.

Das zweite Kriterium der hinreichenden Information des Notars resultiert aus der gesetzgeberischen Zielsetzung, den Notar auch zum Zwecke der Verfahrensvereinfachung in die Listenführung einzubeziehen. Denn die Erstellung der neuen Gesellschafterliste kann vom Notar nur dann „gleich miterledigt“<sup>95</sup> werden, wenn sich sämtliche rechtlichen Voraussetzungen für die Wirksamkeit der Veränderung aus den notwendigerweise dem Notar vorliegenden Unterlagen, einem einzuholenden Registerauszug oder der gesetzlichen Regelung ergeben. Dem Notar stehen darüber hinaus grundsätzlich<sup>96</sup> keine eigenen Auskunftsrechte gegen die Beteiligten zu. Im Falle der Verschmelzung ergibt sich beispielsweise der Vermögensübergang durch Gesamtrechtsnachfolge aus § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG, sobald eine Handelsregistereintragung erfolgt ist. Beide Umstände sind für den nach § 6 UmwG beurkundenden Notar ohne weiteres nachprüfbar.

### c) Indisponibilität der Zuständigkeitsregelung

Verbreitet wird in der Literatur angenommen, bei der Beteiligung mehrerer Notare an einem Veränderungsvorgang sei vorrangig auf eine Parteivereinbarung (Vollzugsauftrag) abzustellen, welcher Notar zur Listeneinreichung berechtigt und verpflichtet sei.<sup>97</sup> Mit der Gegenauffassung<sup>98</sup> ist eine solche Disponibilität des § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG jedoch abzulehnen. Die Zuständigkeitsregelung in § 40 Abs. 1 und 2 GmbHG dient dem Schutz der inhaltlichen Zuverlässigkeit der Gesellschafterliste. Davon betroffen sind keineswegs allein die Parteien eines Abtretungs- oder sonstigen Veränderungsvertrags, sondern über § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG die Gesellschaft und sämtliche Gesellschafter sowie über § 16 Abs. 3 GmbHG möglicherweise der nichteingetragene Berechtigte. Unerheblich ist, dass den Parteien nur eine Auswahl zwischen verschiedenen Notaren eingeräumt werden soll: Rechtsklarheit und -sicherheit verlangen nach einer eindeutigen objektiven Zuständigkeitsbestimmung. Zudem

<sup>92</sup> OLG Hamm NZG 2010, 113, 114; Tebben, RNotZ 2008, 441, 452.

<sup>93</sup> OLG Hamm NZG 2010, 113, 114; Tebben, RNotZ 2008, 441, 452.

<sup>94</sup> Hasselmann, NZG 2009, 449, 454; Lücke/Simon in Hk-GmbHG, 2011, § 40 Rdnr. 20.

<sup>95</sup> BT-Drucks. 16/6140, S. 44.

<sup>96</sup> Zur subsidiären Nachweispflicht der von einer Veränderung betroffenen Gesellschafter gegenüber dem mitwirkenden Notar vgl. Omlor, Verkehrsschutz im Kapitalgesellschaftsrecht, 2010, S. 301 ff.; mit abweichendem Ansatz Reymann, BB 2009, 506, 509; gänzlich ablehnend Preuß, ZGR 2008, 676, 681.

<sup>97</sup> Mayer, DNotZ 2008, 403, 408; Lücke/Simon in Hk-GmbHG, 2011, § 40 Rdnr. 21; Wicke, GmbHG, 2. Aufl. 2011, § 40 Rdnr. 14 a; Altmeyen in Roth/Altmeyen, GmbHG, 6. Aufl. 2009, § 40 Rdnr. 16; Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl. 2009, § 40 Rdnr. 26; Klöckner, NZG 2008, 841, 842.

<sup>98</sup> Hasselmann, NZG 2009, 449, 454; Paefgen in Ulmer, GmbHG, Erg.-Band 2010, § 40 Rdnr. 72 f.; H. Schmidt, RNotZ 2011, 148, 149; Terlau in Michalski, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 40 Rdnr. 25.

können die Parteien nicht über das Bestehen einer Amtspflicht des Notars entscheiden.

## 5. Aufschiebend bedingte Anteilsübertragung

Die praktische häufige Abtretung von Geschäftsanteilen unter einer aufschiebenden Bedingung (§ 158 Abs. 1 BGB) hat zwei Streitfragen hervorgebracht, die aufeinander aufbauen: Zunächst wird kontrovers diskutiert, ob ein gutgläubiger Zwischenerwerb nach § 161 Abs. 3 BGB i. V. m. § 16 Abs. 3 GmbHG überhaupt möglich ist. An die Bejahung eines derartigen Gutgläubenschutzes knüpft sodann die Frage an, wie sich ein aufschiebend bedingt Erwerbender vor solchen Zwischenverfügungen zu schützen vermag. Die überwiegende Auffassung vor allem im Schrifttum<sup>99</sup> bejaht die Möglichkeit eines gutgläubigen Zwischenerwerbs, während sie in der Rechtsprechung<sup>100</sup> eher verneint wird. Soweit der gutgläubige Zwischenerwerb zugelassen wird, wird zumeist – zurückgehend auf *Vossius*<sup>101</sup> – ein Schutz des Erwerbers durch die Zuordnung eines Widerspruchs zur Gesellschafterliste präferiert.<sup>102</sup> Alternativ werden eine Vinkulierungssperre für Zwischenverfügungen<sup>103</sup>, die Vereinbarung eines vorverlagerten Bedingungseintritts im Falle einer Zwischenverfügung<sup>104</sup>, die Bestellung eines Pfandrechts an dem Geschäftsanteil<sup>105</sup>, ein Hinweis auf die bedingte Übertragung in der Veränderungspalte<sup>106</sup> sowie die Listeneintragung des Anwartschaftsrechts<sup>107</sup> vorgeschlagen.

Vorzugswürdig ist die Zulassung eines gutgläubigen Zwischenerwerbs nach § 161 Abs. 3 BGB i. V. m. § 16 Abs. 3 GmbHG, gegen den sich der aufschiebend bedingt Erwerbende durch die Eintragung seines Anwartschaftsrechts in die Gesellschafterliste analog § 40 GmbHG schützen kann. Die Auffassung des OLG München, mit § 16 Abs. 3 GmbHG sei kein „umfassender Gutgläubenserwerb“ eingeführt worden, vielmehr werde nur das Vertrauen des Erwerbers geschützt, „dass der Veräußerer tatsächlich Gesellschafter ist“<sup>108</sup>, überzeugt nicht. Auch für das Mobiliarsachenrecht (§§ 932 ff. BGB) existiert kein spezieller Rechtsschein(träger), der gerade die Nichtvornahme einer aufschiebend bedingten Veräußerung

belegt. Aus der für den Verkehrsschutz maßgeblichen Erwerbersicht ist es unerheblich, ob der durch die Gesellschafterliste legitimierte Veräußerer niemals Inhaber des betreffenden Geschäftsanteils war oder zwar noch Inhaber ist, aber bereits aufschiebend bedingt über ihn verfügt hat. Der Erwerber vertraut in beiden Fällen darauf, vom eingetragenen Veräußerer den Geschäftsanteil erwerben zu können. Dass es sich bei der Gesellschafterliste im systematischen Vergleich mit dem Grundbuch um einen eher schwachen Rechtsscheinträger handelt, kann nicht zu einer Einschränkung des § 161 Abs. 3 BGB führen. Die Entscheidung über das „ob“ eines gutgläubigen Anteilserwerbs – sei es mit oder ohne eine vorherige aufschiebend bedingte Verfügung – wird in § 16 Abs. 3 GmbHG eindeutig zugunsten des Verkehrsschutzes getroffen. In der Verweisungsnorm des § 161 Abs. 3 BGB finden sich daher auch keine materiellen Anforderungen an den Gutgläubigenstatbestand; sämtliche „Vorschriften zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten“, sind entsprechend anwendbar. Auch der Verweis auf den (nahezu)<sup>109</sup> fehlenden Gutgläubenschutz bei Forderungen und Rechten i. S. d. § 413 BGB<sup>110</sup> fördert keinen Erkenntnisgewinn zu Tage: § 16 Abs. 3 GmbHG enthält exakt aus diesem Grund eine Sonderregelung für ein bestimmtes Recht, nämlich den Geschäftsanteil. Schließlich wäre eine Vormerkungsregelung für Geschäftsanteilsabtretungen in Anlehnung an §§ 883 bis 888 BGB zwar de lege ferenda durchaus wünschenswert, sofern die Struktur des § 16 Abs. 3 GmbHG insgesamt dem Immobiliarsachenrecht angenähert würde.<sup>111</sup> Ihr Fehlen steht aber einem gutgläubigen Zwischenerwerb nicht entgegen, da der Anwartschaftsberechtigte auch auf andere Weise – je nach Ansicht durch Widerspruch, Vinkulierungssperre, Pfandrecht oder Listeneintragung – geschützt werden kann. Zudem existiert auch im Mobiliarsachenrecht keine ausdrückliche Sonderregelung zum Schutz des Anwartschaftsberechtigten; ihm kann allein durch seinen unmittelbaren Besitz oder eine Analogie (sic!) zu § 936 Abs. 3 BGB geholfen werden.<sup>112</sup>

Die Eintragungsfähigkeit des Anwartschaftsrechts löst nicht nur die zweite Frage nach dem Schutz des Anwartschaftsrechtinhabers vor Zwischenverfügungen, sondern sichert auch die Aussagekraft des Rechtsscheinträgers im Rahmen des § 161 Abs. 3 BGB ab. Die Nichteintragung eines Anwartschaftsrechts erzeugt dann einen negativen Rechtsschein, der auch den – wenn auch unberechtigten – Zweifeln des OLG München an der Reichweite des § 16 Abs. 3 GmbHG entgegenkäme. Für einen solchen Gleichlauf von Geschäftsanteil und Anwartschaftsrecht spricht allgemein bereits die Rechtsnatur des Anwartschaftsrechts, das definitionsgemäß eine „Vorstufe“ zum Vollrecht<sup>113</sup> darstellt. Auch im Mobiliarsachenrecht finden die §§ 932 ff. BGB eine entsprechende Anwendung auf das Anwartschaftsrecht,<sup>114</sup> denn Vollrecht

**99** *Vossius*, DB 2007, 2299, 2301; *Wachter*, ZNotP 2008, 378, 396 f.; *Reymann*, WM 2008, 2095, 2097; *Klöckner*, NZG 2008, 841, 842; *Zessel*, GmbHR 2009, 303, 305 f.; *Schreinert/Berresheim*, DStR 2009, 1265, 1267; *Staudinger/Bork*, 2010, § 161 Rdnr. 15; *Löbbe* in *Ulmer*, GmbHG, Erg.-Band 2010, § 16 Rdnr. 183; *Seibt* in *Scholz*, GmbHG, § 16 Rdnr. 79; *Maier-Reimer* in *FS Graf von Westphalen*, 2010, S. 489, 493 ff.; *Omlor*, Verkehrsschutz im Kapitalgesellschaftsrecht, 2010, S. 419 f.; *Pfisterer* in *Hk-GmbHG*, 2011, § 16 Rdnr. 34; *Osterloh*, NZG 2011, 495, 496; a. A. *Weigl*, MittBayNot 2009, 116, 118; *Kanzleiter* in *FS Roth* 2011, S. 355, 361.

**100** OLG Hamburg, NZG 2010, 1157, 1158; OLG München, NZG 2011, 473, 474; a. A. LG Köln, MittBayNot 2010, 70, 71.

**101** *Vossius*, DB 2007, 2299, 2301.

**102** LG Köln, MittBayNot 2010, 70, 71; *Greitemann/Bergjan* in *FS Pöllath + Partners*, 2008, S. 271, 287; *Wachter*, ZNotP 2008, 378, 396 f.; *Maier-Reimer* in *FS Graf von Westphalen*, 2010, S. 489, 498 ff.; *Löbbe* in *Ulmer*, GmbHG, Erg.-Band 2010, § 16 Rdnr. 185; a. A. *Preuß*, ZGR 2008, 676, 692; *Omlor*, Verkehrsschutz im Kapitalgesellschaftsrecht, 2010, S. 420; *Pfisterer* in *Hk-GmbHG*, 2011, § 16 Rdnr. 34.

**103** *Reymann*, GmbHR 2009, 342, 348 f.

**104** *Mayer*, ZIP 2009, 1037, 1051.

**105** *Zessel*, GmbHR 2009, 303, 306.

**106** So im Sachverhalt zu OLG München, MittBayNot 2010, 68 m. Anm. *Omlor*, EWiR 2010, 83.

**107** *Omlor*, Verkehrsschutz im Kapitalgesellschaftsrecht, 2010, S. 421 ff.; *ders.*, EWiR 2010, 251, 252.

**108** OLG München, NZG 2011, 473, 474.

**109** Vgl. §§ 405, 2366 BGB. Auf Rechte findet § 405 BGB auch über § 413 BGB allerdings keine Anwendung (*Reymann*, WM 2008, 2095, 2096; *Omlor*, Verkehrsschutz im Kapitalgesellschaftsrecht, 2010, S. 242 ff.).

**110** OLG München, NZG 2011, 473, 474.

**111** Vgl. bereits *Omlor*, Verkehrsschutz im Kapitalgesellschaftsrecht, 2010, S. 534, 537 (§ 17 Abs. 5 GmbHG-E).

**112** Die Analogie zu § 936 Abs. 3 BGB ist insbesondere bei einem gutgläubigen Zwischenerwerb nach § 161 Abs. 3 i. V. m. § 934 Alt. 1 BGB von Relevanz. Nach nahezu allgemeiner Ansicht findet § 936 Abs. 3 BGB analoge Anwendung auf das Anwartschaftsrecht, vgl. BGHZ 45, 186, 190; *Döring*, NJW 1996, 1443, 1445 ff. m. w. N.

**113** BGHZ 28, 16, 21.

**114** *Staudinger/Wiegand*, 2004, § 929 Rdnr. 35; *MünchKommBGB/Oechsler*, 5. Aufl. 2009, § 929 Rdnr. 17 ff.; *MünchKommBGB/H. P. Westermann*, 5. Aufl. 2008, § 449 Rdnr. 52 jeweils m. w. N.

und Anwartschaftsrecht sind weitgehend gleichgestellt.<sup>115</sup> Allein auf diese Weise kann auch ein effektiver Verkehrsschutz gegenüber Zweit- oder Dritterwerbem hergestellt werden. Ein Verzicht hierauf stünde im unüberbrückbaren Widerspruch zur allgemeinen Annahme<sup>116</sup>, das Anwartschaftsrecht stelle ein subjektives, dingliches Recht dar, das von seinem Inhaber ohne Mitwirkung des Veräußerers auf Dritte übertragen werden kann. Denn diese Verkehrsfähigkeit und die Verwendbarkeit als Kreditsicherheit würden erheblich eingeschränkt, sofern der Gutgläubensschutz des § 16 Abs. 3 GmbHG nicht auch das „wesensgleiche Minus“<sup>117</sup> zum Vollrecht erfasste. Weiterhin sperrt der in § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG enthaltene Katalog der eintragungsfähigen Tatsachen nicht die Erfassung des Anwartschaftsrechts. Auch für das Grundbuch wird die Eintragungsfähigkeit einer Verfügungsbeschränkung angenommen, damit der Anwartschaftsberechtigte die Verfügung über Grundstücksrechte unter entsprechender Anwendung der §§ 892 f., 1138, 1155 BGB verhindern kann.<sup>118</sup> Vor allem aber bedurfte es ebenso wie im Mobiliarsachenrecht keiner gesonderten Regelung für das Anwartschaftsrecht, auf das im Wesentlichen die Vorschriften zum Vollrecht per analogiam zu erstrecken sind. Schließlich muss bei einer Eintragung des Anwartschaftsrechts nicht auf einen systemwidrigen „Präventivwiderspruch“ zurückgegriffen werden, um einen Schutz vor Zwischenverfügungen zu gewährleisten.

## 6. Listeneinreichung bei Auslandsbeurkundungen

Die Zulässigkeit und die Formerfordernisse bei der Übertragung von Geschäftsanteilen im Ausland, insbesondere in der Schweiz, zählen auch nach der MoMiG-Reform zu den umstrittensten Fragen des GmbH-Rechts.<sup>119</sup> Den Ausführungen zur Bedeutung des Meinungsstreits auf die Führung der Gesellschafterliste vorangeschickt sei, dass nach zutreffender Ansicht eine Auslandsbeurkundung durch die Neufassung der §§ 16, 40 GmbHG nicht ausgeschlossen ist.<sup>120</sup> Dem Ziel des § 40 Abs. 2 GmbHG, durch die praktisch dominierende Rolle des Notars bei der Listenführung<sup>121</sup> die objektive Zuverlässigkeit des Rechtsscheinträgers zu gewährleisten, kann auf andere Weise Rechnung getragen werden. Die Vorschrift ist nämlich derart auszulegen, dass die exklusive (vgl. Wortlaut: „anstelle“) Notarzuständigkeit nicht nur in den Fällen besteht, in denen tatsächlich ein Notar mitgewirkt hat, sondern schon immer dann, wenn nach deutscher Rechtslage ein Notar *mitzuwirken hätte*.<sup>122</sup> Die Sperrwirkung von § 40 Abs. 2 GmbHG

<sup>115</sup> BGHZ 35, 85, 89.

<sup>116</sup> BGHZ 10, 69, 72 ff.; BGHZ 20, 88, 93 ff., 100 f.; Überblick und Nachweise bei Rinke, Die Kausalabhängigkeit des Anwartschaftsrechts aus Eigentumsvorbehalt, 1998, S. 24 ff.

<sup>117</sup> BGHZ 28, 18, 21.

<sup>118</sup> Vgl. RGZ 76, 89, 91; *Staudinger/Bork*, 2010, § 161 Rdnr. 15; *Erman/Armbrüster*, 12. Aufl. 2008, § 161 Rdnr. 6.

<sup>119</sup> Vgl. stellvertretend OLG Düsseldorf, NJW 2011, 1370; LG Frankfurt, NJW 2010, 683 m. Anm. *Bayer*, DNotZ 2009, 887; *König/Götte/Bormann*, NZG 2009, 881; *Mankowski*, NZG 2010, 201; *Olk/Nikoleyczik*, DStR 2010, 1576.

<sup>120</sup> OLG Düsseldorf, NJW 2011, 1370, 1371 f.; *Mankowski*, NZG 2010, 201, 202 ff.; *Hueck/Fastrich* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 15 Rdnr. 22; *Omlor*, Verkehrsschutz im Kapitalgesellschaftsrecht, 2010, S. 287; offen *Wicke*, GmbHG, 2. Aufl. 2011, § 15 Rdnr. 20; a. A. LG Frankfurt, NJW 2010, 683; *Braun*, DNotZ 2009, 585, 591 ff.; *Hermanns*, RNotZ 2010, 38, 39 ff.; *Pfisterer* in *Hk-GmbHG*, 2011, § 15 Rdnr. 68, 70.

<sup>121</sup> So ausdrücklich BT-Drucks. 16/6140, S. 44.

<sup>122</sup> *Omlor*, Verkehrsschutz im Kapitalgesellschaftsrecht, 2010, S. 286 ff.

erfasst sämtliche Fälle *abstrakter* Mitwirkungsbedürftigkeit des Notars. Folge davon ist, dass insbesondere bei Abtretung eines Geschäftsanteils – sei es im In- oder Ausland – nur ein Notar oder eine gleichwertige Urkundsperson<sup>123</sup> zur Listeneinreichung befugt ist; eine Einreichung durch den Geschäftsführer kommt nicht in Betracht.<sup>124</sup> Konsequenz der alleinigen Notarzuständigkeit für Anteilsabtretungen ist, dass eine Ortsform, die ohne notarielle Beurkundung auskommt, schon aus diesem Grund nicht zur Anwendung gelangen kann.<sup>125</sup> Zutreffend wurde bereits vor der MoMiG-Reform ein solcher Ausschluss der Ortsform angenommen, „soweit der enge Sachzusammenhang mit gesellschaftsrechtlichen Regelungen sowie Rechtssicherheit und Verkehrsschutz es erfordern“<sup>126</sup>. Letztere Kriterien sind durch §§ 16, 40 Abs. 2 GmbHG geradezu paradigmatisch erfüllt: Die These des OLG Düsseldorf<sup>127</sup>, durch die notarielle Form solle allein der spekulative Handel mit Geschäftsanteilen ausgeschlossen und der Nachweis einer Rechtsübertragung erleichtert werden, befindet sich auf dem Stand des GmbH-Gesetzes von 1892<sup>128</sup> und blendet die MoMiG-Reform gänzlich aus. Die Mitwirkung des Notars an einer Anteilsübertragung ist wegen §§ 16 Abs. 3, 40 Abs. 2 GmbHG sogar verfassungsrechtlich (Art. 14 Abs. 1 GG) geboten und fungiert als zentrale Säule für die inhaltliche Zuverlässigkeit des Rechtsscheinträgers.<sup>129</sup> Vage Hinweise auf ein „zusammenwachsendes Europa“<sup>130</sup> und die konturenlose These von der „Internationalität der GmbH“<sup>131</sup> vermögen eine Ausbebelung von Grundpfeilern des Erwerbs vom Nichtberechtigten keinesfalls nicht zu rechtfertigen.

## 7. Der gesellschaftsinterne Berichtigungsanspruch

Bei einer unrichtigen Gesellschafterliste ist der tatsächlich Berechtigte nicht darauf beschränkt, als schnelle Übergangslösung einen Widerspruch nach § 16 Abs. 3 Satz 4 und 5 GmbHG zuordnen zu lassen. Daneben kann er innerhalb der GmbH auf eine dauerhafte Korrektur der Gesellschafterliste hinwirken. Hierzu steht ihm ein Berichtigungsanspruch zu,

<sup>123</sup> Vgl. zum Begriff BGH, NJW 1981, 1160.

<sup>124</sup> *Omlor*, Verkehrsschutz im Kapitalgesellschaftsrecht, 2010, S. 297; a. A. OLG Düsseldorf, NJW 2011, 1370, 1372; *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 40 Rdnr. 69; *Terlau* in *Michalski*, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 40 Rdnr. 25. Die Auffassung von *Hermanns*, RNotZ 2010, 38, 42, weder der Geschäftsführer noch der mitwirkende ausländische Notar seien zur Einreichung befugt, ist nur vor dem Hintergrund einer gänzlichen Ablehnung der Anteilsübertragung im Ausland verständlich. Für eine parallele Einreichungsbefugnis von Geschäftsführer und ausländischem Notar votiert *Engel*, DStR 2008, 1593, 1598.

<sup>125</sup> I. E. ebenso *König/Götte/Bormann*, NZG 2009, 881, 883 ff.; *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 17. Aufl. 2009, § 15 Rdnr. 28; *Hermanns*, RNotZ 2010, 38, 39 ff.; *Pfisterer* in *Hk-GmbHG*, 2011, § 15 Rdnr. 68; wohl auch OLG Düsseldorf, NJW 2011, 1370, 1371; a. A. *Bötcher/Blasche*, NZG 2006, 766, 770 ff.; *Schlößer*, GmbHR 2007, 301, 303 f.; *Abrell*, NZG 2007, 60, 61 f.; *Saenger/Scheuch*, BB 2008, 65, 68.

<sup>126</sup> *Goette* in *FS Boujong*, 1996, S. 131, 138.

<sup>127</sup> OLG Düsseldorf, NJW 2011, 1370.

<sup>128</sup> In der Tat hieß es in den Motiven zum GmbHG von 1892, „... die Form des Uebertragungsaktes selbst [sei] eine derart authentische ..., dass Zweifel und Unklarheiten über die Thatsache der Übertragung nicht entstehen können“ (Reichstag, Stenographische Protokolle 1890/1892, Anlagen, Aktenstück Nr. 660, S. 3724, 3729).

<sup>129</sup> Ähnlich OLG Jena, MittBayNot 2010, 416, 417; *König/Götte/Bormann*, NZG 2009, 881, 885.

<sup>130</sup> *Bötcher/Blasche*, NZG 2006, 766, 771.

<sup>131</sup> Vgl. *Mankowski*, NZG 2010, 201, 204; *Olk/Nikoleyczik*, DStR 2010, 1576, 1580.

der sich nicht gegen den einreichungsbefugten Geschäftsführer selbst, sondern gegen die Gesellschaft richtet.<sup>132</sup> Einen solchen Anspruch nimmt auch die Gesetzesbegründung an, die ihn auf ein gesetzliches Schuldverhältnis zwischen (ehemaligem oder neuem) Gesellschafter und Gesellschaft stützen will.<sup>133</sup> Richtiger Ansicht nach folgt der Anspruch allerdings aus dem (nachwirkenden oder bestehenden) Mitgliedschaftsverhältnis.<sup>134</sup> Die Verletzung der Berichtigungspflicht kann zu einem Schadensersatzanspruch des betroffenen Gesellschafters nach § 280 Abs. 1 BGB führen. Gegenstand des Berichtigungsanspruchs kann sowohl die Aufnahme in die Gesellschafterliste als auch die Entfernung daraus sein. Voraussetzung ist die Erbringung des Nachweises (§ 40 Abs. 1 Satz 2 GmbHG) gegenüber dem Geschäftsführer, dass in Bezug auf die eigene Person eine Veränderung i. S. d. § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG eingetreten ist.<sup>135</sup> Hinsichtlich der Nachweisanforderungen gilt ein objektiver Maßstab.<sup>136</sup> Der Nachweis ist nicht erbracht, wenn der Geschäftsführer von der Veränderung überzeugt ist, sondern wenn er es sein darf.<sup>137</sup>

## 8. Zulässigkeit und Bedeutung von Listenzusätzen („Veränderungsspalte“)

In § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG sind die Tatsachen, die in die Gesellschafterliste aufgenommen werden dürfen, abschließend aufgezählt (numerus clausus). Dingliche Belastungen sind daher nicht eintragungsfähig, so dass de lege lata ein gutgläubig lastenfreier Erwerb ausscheiden muss.<sup>138</sup> Grund hierfür ist nicht nur die notwendige Klarheit und Übersichtlichkeit der Gesellschafterliste. Vielmehr darf die durch § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG getroffene gesetzgeberische Entscheidung, in welchem Umfang die Gesellschafter zur Offenlegung verpflichtet sind und Verkehrsschutz gewährleistet werden soll, nicht umgangen werden. Eine solche Gefahr bestünde

aber, wenn die einreichungsbefugten Stellen nach eigenem Belieben frei formulierte Listenzusätze aufnehmen könnten, die an den Rechtswirkungen des § 16 GmbHG teilhaben könnten.<sup>139</sup>

Andererseits lässt sich §§ 16, 40 GmbHG nicht entnehmen, dass Listenzusätze, die nicht an den Rechtswirkungen der in § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG aufgeführten Tatsachen teilhaben und von diesen auch äußerlich deutlich getrennt sind, prinzipiell unzulässig sein sollen.<sup>140</sup> Dabei hat sich der Listenersteller auf erläuternde Hinweise zu beschränken, die eine Erleichterung bei der Nachvollziehbarkeit der Anteilshistorie gewähren. Die Rechtsprechung des OLG München<sup>141</sup> steht einer solchen Verfahrensweise nicht entgegen, da sich die Entscheidungsgründe ausdrücklich nur auf die Eintragungsfähigkeit von dinglichen Belastungen und von Hinweisen auf aufschiebend bedingte Übertragungen beziehen. Eine gesetzliche Verpflichtung zur Ergänzung der Gesellschafterliste um nicht rechtsverbindliche Listenzusätze besteht hingegen in keinem Fall,<sup>142</sup> denn es fehlt schon an einer praktischen Notwendigkeit: Die Übersichtlichkeit der Gesellschafterliste ist grundsätzlich durch eine sachgerechte Nummerierung sicherzustellen. In Ausnahmefällen kommt als ultima ratio eine vollständige Neufassung der Gesellschafterliste in Betracht.<sup>143</sup>

## 9. Eintragungsfähigkeit des Testamentsvollstreckervermerks

### a) Geschäftsanteile in der Testamentsvollstreckung

Zur Absicherung des grundsätzlich ausschließlichen Verwaltungs- und Verfügungsrechts des Testamentsvollstreckers aus § 2205 BGB ist die Verfügungsbefugnis des Erben nach § 2211 Abs. 1 BGB beschränkt: Über die Nachlassgegenstände, die der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegen, kann er nicht verfügen. Diese Verfügungsbeschränkung hat dinglichen Charakter, so dass widersprechende Verfügungen mit erga omnes-Wirkung unwirksam sind.<sup>144</sup> Allerdings ist eine Genehmigung durch den Testamentsvollstrecker nach §§ 185 Abs. 2, 184 BGB zulässig.<sup>145</sup> Durch § 2211 Abs. 1 BGB wird die Verfügungsbefugnis auf den Testamentsvollstrecker verlagert, nicht aber gänzlich aufgehoben; daher liegt keine Durchbrechung des § 137 Satz 1 BGB vor.<sup>146</sup> Von der Beschränkung erfasste Maßnahmen sind insbesondere dingliche Verfügungen, wobei nach teilweise vertretenen Ansicht<sup>147</sup> auch Verwaltungsmaßnahmen tatsächlicher Art noch dem Verfügungsbegriff des § 2211 Abs. 1 BGB unterfallen sollen. Auch Geschäftsanteile können einer

**132** OLG München, Urteil vom 29.7.2010, 23 U 1997/10 = BeckRS 2010, 20434; *Zöllner/Noack* in Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 40 Rdnr. 29; *Paefgen* in Ulmer, GmbHG, Erg.-Band 2010, § 40 Rdnr. 53; *Omlor*, Verkehrsschutz im Kapitalgesellschaftsrecht, 2010, S. 468 Fn. 160; *Wicke*, GmbHG, 2. Aufl. 2011, § 40 Rdnr. 8; a. A. *Preuß*, ZGR 2008, 676, 679.

**133** BT-Drucks. 16/6140, S. 38; zustimmend *Wicke*, GmbHG, 2. Aufl. 2011, § 40 Rdnr. 8.

**134** U. H. *Schneider*, GmbHR 2009, 393, 394; *ders.* in Scholz, GmbHG, 10. Aufl. 2010, § 40 Rdnr. 37; *Paefgen* in Ulmer, GmbHG, Erg.-Band 2010, § 40 Rdnr. 53.

**135** Vgl. *Mayer*, DNotZ 2008, 403, 412.

**136** *Omlor*, Verkehrsschutz im Kapitalgesellschaftsrecht, 2010, S. 305 ff., 365 f.; für einen „strengen Maßstab“ auch *Mayer*, DNotZ 2008, 403, 413; *Bayer* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl. 2009, § 40 Rdnr. 20; *Paefgen* in Ulmer, GmbHG, Erg.-Band 2010, § 40 Rdnr. 47; *Zinger/Urlich-Erber*, NZG 2011, 286, 290. Die frühere subjektive Auffassung zu § 16 Abs. 1 GmbHG a. F. (vgl. BGH, WM 1960, 289, 291; BGH, DNotZ 1995, 562, 563; OLG Celle NZG 2000, 1034, 1035; *Goette*, DStR 1996, 1980, 1982; *Müller*, DStR 1998, 296, 298; *Zutt* in Hachenburg, GmbHG, 8. Aufl. 1992, § 16 Rdnr. 15; kritisch bereits *Bohrer*, DStR 2007, 995, 996 f.) ist angesichts von § 16 Abs. 1 und 3 GmbHG nicht mehr haltbar (ungenau daher *Mayer*, DNotZ 2008, 403, 412).

**137** Ähnlich *Terlau* in Michalski, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 40 Rdnr. 17.

**138** *Haas/Oechsler*, NZG 2006, 806, 812; *Wegen* in FS Luer, 2008, S. 321, 331 f.; *Preuß*, ZGR 2008, 676, 688; *Gottschalk*, DZWir 2009, 45; *Kort*, GmbHR 2009, 169, 174; *Weigl*, MittBayNot 2009, 116, 117; *Zessel*, GmbHR 2009, 303; *Rodewald*, GmbHR 2009, 196, 197; *Terlau* in Michalski, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 40 Rdnr. 12; *Omlor*, Verkehrsschutz im Kapitalgesellschaftsrecht, 2010, S. 386 ff., 430 f.; a. A. LG Aachen, MittBayNot 2010, 72 f. m. Anm. *Omlor*, GmbHR 2009, 1219; *Reymann*, WM 2008, 2095, 2100 ff.; *ders.*, RNotZ 2009, 410, 411 ff.; *Zinger/Urlich-Erber*, NZG 2011, 286, 289.

**139** In diesem Sinne OLG München, MittBayNot 2010, 68, 69; zustimmend *Weigl*, NZG 2009, 1173, 1175; *Omlor*, EWiR 2010, 83.

**140** Ähnlich OLG Jena, DNotZ 2010, 873, 874; *Weigl*, NZG 2009, 1173, 1175; *Wälzholz*, MittBayNot 2010, 69 f.; *Terlau* in Michalski, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 40 Rdnr. 11; *Wicke*, GmbHG, 2. Aufl. 2011, § 40 Rdnr. 5; wohl auch BGH NZG 2011, 516, 517.

**141** OLG München, MittBayNot 2010, 68, 69.

**142** OLG Jena, DNotZ 2010, 873, 874; *Weigl*, NZG 2009, 1173, 1175; *Terlau* in Michalski, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 40 Rdnr. 11; a. A. *Wicke*, MittBayNot 2010, 283, 284 f.

**143** Vgl. oben, sub III. 3. b).

**144** RGZ 87, 432, 433 f.; *Staudinger/Reimann*, 2003, § 2211 Rdnr. 2; MünchKommBGB/*Zimmermann*, 5. Aufl. 2010, § 2211 Rdnr. 7 jeweils m. w. N.

**145** RGZ 87, 432, 434; *Staudinger/Reimann*, 2003, § 2211 Rdnr. 3.

**146** BGHZ 56, 275, 279 f.

**147** *Staudinger/Reimann*, 2003, § 2211 Rdnr. 15; a. A. MünchKommBGB/*Zimmermann*, 5. Aufl. 2010, § 2211 Rdnr. 4.

Testamentsvollstreckung unterliegen.<sup>148</sup> In der Folge ist der durch die Testamentsvollstreckung beschränkte Erbe nicht in der Lage, ohne Mitwirkung des Testamentsvollstreckers eine Anteilsabtretung wirksam vorzunehmen. Nicht erfasst sind hingegen schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäfte wie der Abschluss eines Anteilskaufvertrages.<sup>149</sup>

#### b) Gutgläubiger Anteilserwerb in der Testamentsvollstreckung

Zum Schutz des Rechtsverkehrs ordnet § 2211 Abs. 2 BGB die entsprechende Anwendung der „Vorschriften zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten“, an. Es handelt sich um eine Parallelvorschrift zu §§ 135 Abs. 2, 161 Abs. 3, 2113 Abs. 3 BGB.<sup>150</sup> Daher ist anerkannt, dass ein gutgläubiger Erwerb bei Verfügungsgeschäften über Mobilien (§§ 932 ff., 1032, 1207 BGB) wie Immobilien (§§ 892 f. BGB), nicht aber von Forderungen durch § 2211 Abs. 2 BGB eröffnet wird.<sup>151</sup> Bezugspunkt des guten Glaubens ist die Verfügungsmacht des Erben. Bösgläubigkeit liegt vor, wenn der Dritte weiß (bzw. grob fahrlässig nicht weiß), dass der zu erwerbende Gegenstand zur Erbmasse gehört und der Testamentsvollstreckung unterfällt. Im Allgemeinen genügen hierfür die Kenntnis von der Zugehörigkeit zum Nachlass und die Kenntlichmachung der Testamentsvollstreckung im Erbschein (§§ 2364, 2366 BGB).<sup>152</sup>

Ähnlich wie bei § 161 Abs. 3 BGB stellt sich auch bei § 2211 Abs. 2 BGB die prinzipielle Frage, ob auch auf § 16 Abs. 3 GmbHG als Gutgläubensvorschrift verwiesen wird. Dem Wortlaut der §§ 161 Abs. 3, 2211 Abs. 2 BGB lassen sich keinerlei Einschränkungen entnehmen, dass nur bestimmte Gutglaubensstatbestände entsprechend anwendbar sein sollen. Die Anordnung einer entsprechenden, d. h. den Besonderheiten der Testamentsvollstreckung angepassten Anwendung belegt vielmehr, dass nur eine einzige Tatbestandsvoraussetzung existiert: Es muss sich um eine Vorschrift handeln, die einen Erwerb vom Nichtberechtigten zulässt. Ein spezieller Erbschein des Nichtbestehens einer Verfügungsbeschränkung aus § 2211 Abs. 1 BGB ist nicht erforderlich; er läge etwa bei beweglichen Sachen ebenfalls nicht vor. Mit Blick auf § 16 Abs. 3 GmbHG ist anzuführen, dass nach der Vorstellung des Gesetzgebers gerade der „gute Glaube an die Verfügungsbefugnis“<sup>153</sup> geschützt werden sollte. Zwar verfehlt dieser Hinweis die tatsächliche Reichweite des § 16 Abs. 3 GmbHG,<sup>154</sup> kann aber ohne weiteres als Angabe einer Untergrenze oder eines Mindestschutzniveaus aufgefasst werden. Schließlich überzeugte es weder zu § 161 Abs. 3 BGB noch zu § 2211 Abs. 2 BGB, über § 16 Abs. 3 GmbHG zwar den Erwerb vom gänzlich Nichtberechtigten zuzulassen, nicht

aber einen solchen vom tatsächlichen Inhaber des Anteils, der lediglich zuvor aufschiebend bedingt verfügt hat oder erbrechtlich nicht Verfügungsbefugt ist. Daher kann über § 2211 Abs. 2 BGB i. V. m. § 16 Abs. 3 GmbHG ein gutgläubiger Erwerb von Geschäftsanteilen stattfinden.<sup>155</sup>

#### c) Schutz des Verwaltungsrechts des Testamentsvollstreckers

Der Testamentsvollstrecker hat ein Interesse daran, die Gegenstände seines alleinigen Verwaltungsrechts vor dem gutgläubigen Erwerb durch Dritte zu bewahren. Bei beweglichen Sachen gelingt ihm dies, sofern er sie in seinen unmittelbaren Besitz nimmt (§ 2205 Satz 2 BGB). Unterliegen unbewegliche Sachen der Testamentsvollstreckung, so kann ein gutgläubiger Erwerb nach § 892 Abs. 1 Satz 2 BGB ausgeschlossen werden, sofern ein Testamentsvollstreckervermerk in das Grundbuch aufgenommen wird (§ 52 GBO). Zugleich wird das Grundbuch gegen die Eintragung von Verfügungen der Erben gesperrt.<sup>156</sup> Um einen vergleichbaren Schutzmechanismus für Geschäftsanteile zu konstituieren, wurde in der Literatur vorgeschlagen, entweder analog § 52 GBO den Testamentsvollstreckervermerk in die Gesellschafterliste einzutragen<sup>157</sup> oder zumindest einen entsprechenden Hinweis als Listenzusatz<sup>158</sup> zuzulassen. Der Gesetzgeber habe die mit § 2211 Abs. 2 BGB verbundene Problematik nicht gesehen, so dass eine planwidrige Regelungslücke vorliege. Die vergleichbare Interessenlage folge aus dem Umstand, dass der listeneinreichenden Stelle sogar die Klärung der Vollrechtsinhaberschaft zugestanden werde. Erst recht müsse dann das Vorliegen von Testamentsvollstreckung geprüft werden können, zumal bei einem Nachweis durch Testamentsvollstreckerzeugnis oder Erbschein bereits eine Kontrolle durch das Nachlassgericht vorangegangen sei.

Die Eintragungsfähigkeit des Testamentsvollstreckervermerks ist trotz des bestehenden praktischen Bedürfnisses de lege lata abzulehnen.<sup>159</sup> § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG enthält eine abschließende Aufzählung eintragungsfähiger Tatsachen (numerus clausus). Eine Erweiterung geräte nicht nur mit dem Ziel der Listenklarheit in Konflikt, sondern wirkte sich über § 16 Abs. 3 GmbHG zugleich auch zulasten des Berechtigten aus. Die gesetzliche Grenzlinie für den gutgläubigen Anteilserwerb, die durch § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG gesetzt wird, darf nicht überschritten werden. Die Anlehnung an das Grundbuchrecht in Form des § 52 GBO ist de lege ferenda überaus begrüßenswert, da sie den durch das MoMiG geschaffenen und in vielfacher Hinsicht noch unvollkommenen Verkehrsschutz zu perfektionieren geeignet ist.<sup>160</sup> Bislang entspricht die Gesellschafterliste geltender Fassung aber nicht dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs, sondern eifert ihm nur in Teilen nach.

Dem Testamentsvollstrecker kann daher allenfalls durch einen Listenzusatz geholfen werden, der unmittelbar ohne Rechtswirkungen bleibt, insbesondere nicht die Rechtsfolgen des § 16 GmbHG zeitigt. Mittelbar ist er aber im Einzelfall

<sup>148</sup> *Froning* in Sudhoff, Unternehmensnachfolge, 5. Aufl. 2005, § 48 Rdnr. 7; *Wachter*, DB 2009, 159, 166; *Hueck/Fastrich* in Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 15 Rdnr. 17; *Ebbing* in Michalski, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 15 Rdnr. 49; umfassender Überblick bei *J. Mayer*, ZEV 2002, 209 ff.; *Schaub/D. Mayer* in Bengel/Reimann, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 4. Aufl. 2010, Rdnr. 230 ff.

<sup>149</sup> Vgl. *Staudinger/Reimann*, 2003, § 2211 Rdnr. 15.

<sup>150</sup> *Staudinger/Reimann*, 2003, § 2211 Rdnr. 21.

<sup>151</sup> MünchKommBGB/*Zimmermann*, 5. Aufl. 2010, § 2211 Rdnr. 15 ff. m. w. N.

<sup>152</sup> *Staudinger/Reimann*, 2003, § 2211 Rdnr. 25; MünchKommBGB/*Zimmermann*, 5. Aufl. 2010, § 2211 Rdnr. 18.

<sup>153</sup> BT-Drucks. 16/6140, S. 38.

<sup>154</sup> Zum gutgläubigen Erwerb nicht bestehender Geschäftsanteile vgl. *Altgen*, Gutgläubiger Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen, 2009, S. 175 ff., 214 f.; *Omlor*, Verkehrsschutz im Kapitalgesellschaftsrecht, 2010, S. 401 ff.; *ders.*, WM 2009, 2110 f.

<sup>155</sup> *Ebbing* in Michalski, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 16 Rdnr. 250; *Zinger/Urlich-Erber*, NZG 2011, 286, 287; *Wicke*, GmbHG, 2. Aufl. 2011, § 16 Rdnr. 20 b.

<sup>156</sup> *Demharter*, GBO, 27. Aufl. 2010, § 22 Rdnr. 50, 53.

<sup>157</sup> *Zinger/Urlich-Erber*, NZG 2011, 286, 288.

<sup>158</sup> *Zinger/Urlich-Erber*, NZG 2011, 286, 289 f.

<sup>159</sup> *Wachter*, DB 2009, 159, 166; *Paefgen* in Ulmer, GmbHG, Erg.-Band 2010, § 40 Rdnr. 27.

<sup>160</sup> Vgl. die rechtspolitische Kritik mit Gesetzesentwurf von *Omlor*, Verkehrsschutz im Kapitalgesellschaftsrecht, 2010, S. 523 ff. sowie *Wicke*, GmbHG, 2. Aufl. 2011, § 16 Rdnr. 28 m. w. N.



in der Lage, den guten Glauben des Erwerbers zu zerstören. Allein die fehlende Einsichtnahme in die Gesellschafterliste begründet allerdings keine grob fahrlässige Unkenntnis; hierzu müssen weitere Umstände hinzutreten, die eine Nachforschungsobliegenheit begründen können. Alternativ ist eine Vinkulierungssperre denkbar, wie sie bereits zum Schutz des Anwartschaftsrechtsinhabers vorgeschlagen wurde.<sup>161</sup> Voraussetzung ist jedoch eine entsprechende Satzungsänderung, die einen Zustimmungsvorbehalt des Testamentsvollstreckers vorsieht. Insgesamt verbleiben notwendigerweise Schutzlücken, die aber letztlich Konsequenz der vom Gesetzgeber in §§ 16 Abs. 3, 40 GmbHG verfolgten Konzeption sind.

#### d) Rechtspolitische Kritik

Die Publizitätsdefizite, die insbesondere an der fehlenden Eintragungsfähigkeit von dinglichen Belastungen und Verfügungsbeschränkungen wie der Testamentsvollstreckung zeigen, sollten durch den Gesetzgeber behoben werden. Dabei ist der bereits eingeschlagene Weg einer Anlehnung an das Immobiliarsachenrecht fortzuführen, wobei natürlich die Besonderheiten des GmbH-Rechts zu berücksichtigen sind. Die Problematik um § 2211 Abs. 2 BGB wäre entschärft, existierte eine Parallelregelung zu § 892 Abs. 1 Satz 2 BGB und § 52 GBO. Eine solche Gesetzesänderung ist bereits kurze Zeit nach der MoMiG-Reform vorgeschlagen worden.<sup>162</sup>

#### 10. Notarielles Kostenrecht

Die Erstellung der Gesellschafterliste durch den Notar löst nach allgemeiner Ansicht eine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO aus.<sup>163</sup> Zwischen Rechtsprechung und Teilen der Literatur umstritten ist hingegen die kostenrechtliche Erfassung der Notarbescheinigung nach § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG. Die Rechtsprechung verweist auf die Vergleichbarkeit mit der Bescheinigung nach § 54 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 GmbHG und will daher § 47 Satz 1 Hs. 2 KostO entsprechend bzw. rechtsgedanklich heranziehen; in der Folge wird die Notarbescheinigung als gebührenfreies Nebengeschäft eingestuft.<sup>164</sup> Teile der Literatur argumentieren, dass der Wortlaut des § 47 Satz 1 Hs. 2 KostO die Notarbescheinigung des § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG gerade nicht erfasse und will daraus im Umkehrschluss die Nichtanwendbarkeit des § 35 KostO herleiten.<sup>165</sup> Es werde eine Bescheinigungsgebühr nach § 50 Abs. 1 Nr. 1 KostO fällig.<sup>166</sup>

#### IV. Zusammenfassung

1. Dem Registergericht steht bei Einreichung der Gesellschafterliste durch den Notar regelmäßig nur ein formelles Prüfungsrecht zu. Stammt die Gesellschafterliste

hingegen von einem Geschäftsführer, ist nicht nur eine formelle, sondern grundsätzlich auch eine materielle Prüfung durch das Registergericht durchzuführen.

2. Die Einreichung der Gesellschafterliste durch den Geschäftsführer hat analog § 12 Abs. 1 Satz 2 HGB elektronisch in öffentlich beglaubigter Form zu erfolgen.
3. Der Begriff der „Nummer“ in §§ 8 Abs. 1 Nr. 3, 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG ist funktional zu verstehen, so dass darunter auch Buchstaben oder Buchstaben-Zahlen-Kombinationen fallen. In einer neuen Gesellschafterliste ist nach Möglichkeit die bisherige Nummerierung beizubehalten. Ausnahmen greifen bei Änderungen bezüglich der Identität eines Geschäftsanteils und als *ultima ratio* bei völliger Unübersichtlichkeit der Gesellschafterliste.
4. In § 40 Abs. 1 und 2 GmbHG lässt sich sowohl ein normatives als auch tatsächliches Regel-Ausnahme-Verhältnis zugunsten der Notarzuständigkeit verorten. Ob eine Mitwirkung eines Notars vorliegt, bestimmt sich erstens nach der Finalität der notariellen Tätigkeit für die Bewirkung der Veränderung und zweitens nach der für die Wirksamkeitsprüfung gemäß § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG hinreichenden Information des Notars. Sind mehrere Notare einbezogen, ist daher der chronologisch letzte einreichungsverpflichtet, wobei die formale Handelsregisteranmeldung unberücksichtigt bleiben muss. Ein abweichender Wille der Beteiligten führt nicht zu einer Änderung dieser gesetzlichen Zuständigkeiten.
5. Der Verweis in § 161 Abs. 3 BGB erfasst auch § 16 Abs. 3 GmbHG. Der Inhaber des Anwartschaftsrechts wird durch einen Gleichlauf von Vollrecht und Anwartschaftsrecht geschützt: Als „wesensgleiches Minus“ kann das Anwartschaftsrecht am Geschäftsanteil analog § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG in die Gesellschafterliste aufgenommen werden. Ein systemwidriger „Präventivwiderspruch“ ist damit entbehrlich.
6. Geschäftsanteile können auch unter Geltung von §§ 16 Abs. 3, 40 Abs. 2 GmbHG im Ausland übertragen werden. Allerdings ist eine privatschriftliche Übertragung unwirksam. Die Gesellschafterliste darf nicht durch die Geschäftsführer neu eingereicht werden, sondern allein durch den ausländischen Notar, der die Gleichwertigkeitsanforderungen für den Beurkundungsvorgang erfüllt.
7. Dem von einer Veränderung i. S. d. § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG betroffenen (ehemaligen) Gesellschafter steht gegen die Gesellschaft, nicht aber gegen den Geschäftsführer ein Anspruch auf Berichtigung der Gesellschafterliste zu.
8. Der Katalog der eintragungsfähigen Tatsachen in § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG ist abschließend, so dass sonstige Listenzusätze nicht mit den Rechtswirkungen des § 16 GmbHG versehen sind. Räumlich getrennt sind aber freiwillige Hinweise zulässig, etwa um die Anteilshistorie aufzuzeigen.
9. Unterfällt ein Geschäftsanteil der Testamentsvollstreckung, so ist nach § 2211 Abs. 2 BGB i. V. m. § 16 Abs. 3 GmbHG ein gutgläubiger Erwerb vom Erben möglich. Wegen des abschließenden § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG kann ein Testamentsvollstreckervermerk nicht analog § 52 GBO in die Gesellschafterliste aufgenommen werden. Stattdessen bietet sich an, einen rechtlich unverbindlichen Listenzusatz beizufügen oder eine Vinkulierung der betroffenen Anteile vorzunehmen.

<sup>161</sup> Vgl. *Reymann*, GmbHR 2009, 342, 348 f.

<sup>162</sup> Vgl. §§ 17 Abs. 1 Satz 2, 40 Abs. 1 Satz 4 GmbHG-E bei *Omlor*, Verkehrsschutz im Kapitalgesellschaftsrecht, 2010, S. 534.

<sup>163</sup> OLG Stuttgart, MittBayNot 2009, 487; *Sikora/Regler/Tiedtke*, MittBayNot 2008, 437, 443; *H. Schmidt*, RNotZ 2011, 148, 150.

<sup>164</sup> OLG Stuttgart, FGPrax 2009, 238; OLG Celle NZG 2010, 959, 960; OLG Brandenburg, MittBayNot 2011, 256; i. E. ebenso *Böhringer*, BWNNotZ 2008, 104, 111; *Greitemann/Bergjan* in FS Pöllath + Partners, 2008, S. 271, 280; *Terlau* in Michalski, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 40 Rdnr. 38; *Omlor*, Verkehrsschutz im Kapitalgesellschaftsrecht, 2010, S. 322.

<sup>165</sup> *Reimann* in Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, KostO, 18. Aufl. 2010, § 50 Rdnr. 21a; *Diehn*, MittBayNot 2011, 256, 257; *H. Schmidt*, RNotZ 2011, 148, 150 f.

<sup>166</sup> *Sikora/Regler/Tiedtke*, MittBayNot 2008, 437, 443 f.

10. Die Erstellung der Gesellschafterliste nach § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG löst eine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO aus. Nach der obergerichtlichen Rechtsprechung stellt

die Notarbescheinigung nach § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG hingegen ein gebührenfreies Nebengeschäft (§ 35 KostO) dar.

## Die Umschreibung von Vollstreckungsklauseln – eine Anleitung für die Praxis (Teil III)

Von Notarassessor *Martin Soutier*, München

Der vorliegende Beitrag schließt die in MittBayNot 2011, 181 begonnene und in MittBayNot 2011, 275 fortgesetzte Reihe ab.

### VI. Formwechsel

1. Die A-GmbH ist Gläubigerin bzw. Schuldnerin einer vollstreckbaren Urkunde und wird durch formwechselnde Umwandlung in eine AG umgewandelt. Die Umschreibung der Vollstreckungsklausel wird beantragt.

2. In den Fällen des Formwechsels bleibt die Identität der Gesellschaft gewahrt. Dies gilt zunächst bei formwechselnden Umwandlungen nach den §§ 190 ff. UmwG (vgl. § 202 Abs. 1 Nr. 1 UmwG), und zwar auch dann, wenn eine Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft umgewandelt wird oder umgekehrt.<sup>1</sup> Gleiches gilt aber auch bei Formwechseln außerhalb des UmwG, wie z. B. bei dem Erstarken einer GbR zur OHG wegen Anwachsens des Kleingewerbes zu einem Handelsgewerbe gemäß §§ 2, 105 Abs. 1 HGB oder dem Absinken einer OHG zur GbR nach Löschung aus dem Handelsregister, § 105 Abs. 2 HGB. Da die Rechtsfähigkeit der GbR nunmehr anerkannt ist, ändert sich die Partei des Titels hierdurch nicht. Auch der Wechsel zwischen OHG und KG durch Aufnahme bzw. Ausscheiden von Kommanditisten stellt nur eine Änderung der Personenbezeichnung dar.<sup>2</sup> Schließlich sind die Vor-GmbH und die Vor-AG nach ganz herrschender Meinung identisch mit der durch Eintragung ins Handelsregister entstehenden Kapitalgesellschaft, so dass ebenfalls keine Rechtsnachfolge im zwangsvollstreckungsrechtlichen Sinn vorliegt.<sup>3</sup>

In sämtlichen Fällen des Formwechsels ist somit eine Klauselumschreibung weder möglich noch notwendig, da die Vollstreckung ohne weiteres von der bzw. gegen die identisch gebliebene Partei fortgesetzt werden kann. Auf Antrag kann der Notar lediglich eine klarstellende Berichtigung der Klausel vornehmen, vgl. die Ausführungen zu Ziffer D. I.

### VII. Verschmelzungen

1. Die A-GmbH ist Gläubigerin einer vollstreckbaren Urkunde. Durch Verschmelzungsvertrag wird sie mit der aufnehmenden B-AG verschmolzen. Diese beantragt die Umschreibung der Vollstreckungsklausel auf sich selbst.

2. Durch die Verschmelzung gemäß §§ 2 ff. UmwG gehen sämtliche Rechte und Verbindlichkeiten des übertragenden Rechtsträgers auf den übernehmenden Rechtsträger gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG über; die übertragende Gesellschaft erlischt, § 20 Abs. 1 Nr. 2 UmwG. Es liegt somit ein Fall der

Gesamtrechtsnachfolge vor, so dass alle Vollstreckungsklauseln für bzw. gegen die übertragende Gesellschaft gemäß § 727 ZPO auf den übernehmenden Rechtsträger umgeschrieben werden können.

Titel für bzw. gegen den übernehmenden Rechtsträger sind von der Verschmelzung nicht betroffen. Wird anlässlich des Zusammenschlusses dessen Firma geändert, ist entsprechend Ziffer D. I. keine Klauselumschreibung, sondern lediglich eine Berichtigung möglich.

3. Der Nachweis der Verschmelzung ist durch Handelsregisterauszug des übernehmenden Rechtsträgers zu führen. Die Vorlage des Verschmelzungsvertrages oder eines Handelsregisterauszugs des übertragenden Rechtsträgers genügt nicht, weil die Verschmelzung gemäß §§ 19 Abs. 1 Satz 2, 20 UmwG erst mit ihrer Eintragung in das Register des übernehmenden Rechtsträgers wirksam wird.<sup>4</sup>

4. Die Vollstreckungsklausel vom (...) wird aufgehoben.

Vorstehende mit der Urschrift übereinstimmende Ausfertigung wird der (B-AG) zum Zwecke der Zwangsvollstreckung gegen (S) erteilt.

Feststellungen/Gründe:

Der Titelgläubiger, (die A-GmbH) wurde mit (der B-AG) als aufnehmendem Rechtsträger verschmolzen. Dies ergibt sich aus der entsprechenden Eintragung im Handelsregister der (B-AG), Amtsgericht (...), HRB (...). Die (B-AG) ist somit gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG Gesamtrechtsnachfolgerin der (A-GmbH).

(Evtl. beglaubigten Handelsregisterauszug oder Notarbescheinigung gemäß § 21 BNotO anfügen, vgl. Einleitung Ziffer 3.)

### VIII. Spaltung

1. Die A-GmbH ist Gläubigerin einer vollstreckbaren Urkunde. Durch Spaltungsvertrag wird ein Teil ihres Vermögens, wozu auch die titulierte Forderung gehört, auf die (evtl. neu gegründete) B-GmbH abgespalten. Diese beantragt die Umschreibung der Vollstreckungsklausel auf sich.

2. Bei allen Arten der Spaltung findet ein vollständiger (Aufspaltung) bzw. teilweiser (Abspaltung, Ausgliederung) Vermögensüberhang des übertragenden Rechtsträgers auf den oder die übernehmenden Rechtsträger statt, § 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG. Uneinigkeit besteht jedoch darüber, ob es sich

<sup>1</sup> Wolfsteiner, Rdnr. 43.18.

<sup>2</sup> MünchKommZPO/Wolfsteiner, § 727 Rdnr. 18.

<sup>3</sup> Wolfsteiner, Rdnr. 43.19.

<sup>4</sup> Scheel, NotBZ 2000, 286, 289.

hierbei um einen Fall der partiellen Gesamtrechtsnachfolge handelt<sup>5</sup> oder um eine gebündelte Einzelrechtsübertragung<sup>6</sup>.

Dieser Meinungsstreit hat wohl keine Auswirkung in dem Fall, in dem der übertragende Rechtsträger Titelgläubiger ist. Denn auch bei einer Behandlung als Einzelrechtsübertragung, somit als Abtretung, ist ohne weiteres eine Klauselumschreibung auf den übernehmenden Rechtsträger gemäß § 727 ZPO möglich, vgl. Ziffer A. I. Relevant kann die dogmatische Einordnung jedoch für den umgekehrten Fall sein, nämlich wenn der übertragende Rechtsträger Titelschuldner ist. Gemäß § 133 Abs. 1 UmwG haften die an der Spaltung beteiligten Rechtsträger für diese Verbindlichkeit als Gesamtschuldner. Fraglich ist aber, wie sich dies auf die Klauselerteilung auswirkt.

Sieht man den Vermögensübergang als Fall der Gesamtrechtsnachfolge an, so liegt eine Klauselerteilung (auch) gegen den übernehmenden Rechtsträger in entsprechender Anwendung des § 729 ZPO nahe<sup>7</sup>, da es sich wie bei §§ 729 Abs. 2, 25 HGB um einen Fall des gesetzlichen Schuldbeitritts bzw. einer Vermögensübernahme gemäß § 729 Abs. 1 ZPO handelt.

Die Gegenansicht müsste den Übergang einer Verbindlichkeit im Wege der Ausgliederung dagegen entsprechend einer Schuldübernahme behandeln.<sup>8</sup> Für die rechtsgeschäftliche Schuldübernahme steht die wohl herrschende Meinung jedoch auf dem Standpunkt, dass eine Klauselumschreibung nicht möglich sei, vgl. Ziffer A. V. Handelt es sich um eine Ausgliederung, bleibt dem Gläubiger dann wenigstens noch die Klausel gegen den gemäß § 133 UmwG weiterhaftenden übertragenden Rechtsträger. Bei der Aufspaltung erlischt dieser jedoch gemäß § 131 Abs. 1 Nr. 2 UmwG, so dass der Gläubiger seinen Vollstreckungstitel vollständig verlieren würde. Dies kann vor dem Normzweck des § 133 UmwG, wonach der Gläubiger durch die Spaltung keine Rechte verlieren soll, kein befriedigendes Ergebnis sein.<sup>9</sup> Richtigerweise ist daher eine Klauselumschreibung auch in den Fällen möglich, in denen der übertragende Rechtsträger Titelschuldner ist.

3. Nachzuweisen ist zum einen die Spaltung selbst (durch Handelsregistereintragung beim übertragenden Rechtsträger gemäß §§ 130 Abs. 2, 131 UmwG) und zum anderen – da bei jeder Spaltung das Vermögen auf mindestens zwei Rechtsträger aufgeteilt wird – der Übergang der titulierten Forderung auf den übernehmenden Rechtsträger. Letzteres ergibt sich nicht bereits aus dem Handelsregister, sondern nur aus einer beglaubigten Abschrift des Spaltungsvertrags bzw. des Spaltungsplans gemäß § 136 UmwG. Umstritten ist, ob dieser Nachweis notfalls auch durch beglaubigte Bestätigungen des Übergangs durch vertretungsberechtigte Organe der beteiligten Rechtsträger bzw. hilfsweise erfolgte Abtretungserklärungen ersetzt werden kann. Dagegen spricht an sich, dass Erstere nur die Abgabe der Bestätigung und nicht den Übergang der Forderung selbst nachweisen, Letztere hingegen gegenstandslos sind, wenn der Übergang tatsächlich bereits zuvor auf einen dritten Rechtsträger erfolgt ist.<sup>10</sup> In einem kürzlich entschiedenen Fall hat das LG Krefeld hingegen – wohl aus pragmatischen Erwägungen und ohne auf das Problem einzugehen – eine solche nachträgliche notariell beglaubigte Bestätigungserklärung ausreichen lassen.<sup>11</sup> Hat der

Notar keine Anhaltspunkte für eine zwischenzeitliche Weiterübertragung der evtl. beim übertragenden Rechtsträger verbliebenen Forderung auf einen Dritten, dürfte eine hilfsweise erklärte nochmalige Abtretung ausreichend sein. Der Versuch, eventuelle Nachweisschwierigkeiten durch ein Geständnis oder Anerkenntnis zu umgehen, setzt in jedem Fall die Mitwirkung des Titelschuldners voraus.<sup>12</sup> Handelt es sich um ein Recht an einem Grundstück, kann hingegen die Grundbucheintragung herangezogen werden.

War der übertragende Rechtsträger Gläubiger einer Grundschuld, so ist nach wohl überwiegender Ansicht entsprechend Ziffer A. IV. ein Nachweis des Eintritts in den Sicherungsvertrag durch den übernehmenden Rechtsträger erforderlich.<sup>13</sup> Dem ist zuzustimmen, da es aus Sicht des schutzbedürftigen Grundstückseigentümers irrelevant ist, ob der Wechsel des Grundschuldgläubigers im Wege der Einzelrechtsnachfolge durch Abtretung oder im Wege einer Gesamtrechtsübertragung stattgefunden hat. Der Nachweis kann dadurch geschehen, dass im notariellen Spaltungsvertrag der Sicherungsvertrag dem übernehmenden Rechtsträger zugeordnet wird (dies kann sich auch durch Auslegung ergeben<sup>14</sup>) oder ansonsten im Wege eines notariell beglaubigten Vertrags zugunsten Dritter zwischen den beteiligten Rechtsträgern, wonach der übernehmende Rechtsträger in sämtliche sicherungsvertraglichen Verpflichtungen eintritt.<sup>15</sup>

#### 4. Die Vollstreckungsklausel vom (...) wird aufgehoben.

Vorstehende mit der Urschrift übereinstimmende Ausfertigung wird der (B-GmbH) zum Zwecke der Zwangsvollstreckung gegen (S) erteilt.

#### Feststellungen/Gründe:

Das Vermögen der Titelgläubigerin, (der A-GmbH) wurde mit Wirkung zum (...) teilweise auf die (B-GmbH) als aufnehmenden Rechtsträger abgespalten. Dies ergibt sich aus der entsprechenden Eintragung im Handelsregister der (B-GmbH), Amtsgericht (...), HRB (...). Die titulierte Forderung gehört zu dem Vermögen, welches auf die (B-GmbH) gemäß § 131 Abs. 1 Nr.1 UmwG übergegangen ist. Dies ist nachgewiesen durch beglaubigte Abschrift des Spaltungsvertrags/Spaltungsplans des Notars (...) vom (...), URNr. (...), welcher dieser Ausfertigung auszugsweise in beglaubigter Kopie beigelegt ist.

(Evtl. auch beglaubigten Handelsregisterauszug oder Notarbescheinigung gemäß § 21 BNotO anfügen, vgl. Einleitung Ziffer 3.)

## IX. Vermögensübertragung

Bei der Vermögensübertragung gemäß §§ 174 ff. UmwG gelten die Ausführungen zur Verschmelzung (Ziffer D. VII.) bzw. zur Spaltung (Ziffer D. VIII.) entsprechend, je nachdem ob es sich um eine Vollübertragung oder eine Teilübertragung handelt.

## E. Insolvenzzrechtliche Rechtsnachfolgetatbestände

Da das Insolvenzrecht für die Praxis eine besonders große Rolle spielt, werden die damit im Zusammenhang stehenden Fragen der Klauselumschreibung gesondert in diesem Kapitel

<sup>5</sup> BAG, NJW 2005, 3371; MünchKommZPO § 727 Rdnr. 15.

<sup>6</sup> BGH, NJW 2001, 1217; BFH, NJW 2005, 2799.

<sup>7</sup> So *Wolfsteiner* Rdnr. 44.24 und 45.32.

<sup>8</sup> So auch BGH, NJW 2001, 1217, 1218.

<sup>9</sup> In diese Richtung *Lutter/Hommelhoff/Schwab* UmwG, 4. Aufl. 2008, § 133 Rdnr. 163 f.

<sup>10</sup> *Scheel*, NotBZ 2000, 291,

<sup>11</sup> LG Krefeld vom 17.1.2011, ZfIR 2011, 193 ff.

<sup>12</sup> Vgl. BGH, DNotZ 2005, 917.

<sup>13</sup> LG Krefeld vom 17.1.2011, ZfIR 2011, 193 ff.

<sup>14</sup> LG Krefeld, ZfIR 2011, 193 ff.

<sup>15</sup> *Herrler*, ZfIR 2011, 186, 191.

behandelt. Dabei wird gewissermaßen chronologisch zunächst auf die Insolvenzeröffnung, anschließend auf das Stadium des laufenden Insolvenzverfahrens und schließlich auf dessen Beendigung eingegangen. Abschließend wird noch der Sonderfall der Nachlassinsolvenz beleuchtet.

## I. Der Insolvenzverwalter als Rechtsnachfolger des Titelgläubigers

1. Über das Vermögen des Titelgläubigers G wird das Insolvenzverfahren eröffnet und der I zum Insolvenzverwalter bestellt. Dieser beantragt die Umschreibung der Vollstreckungsklausel von G auf sich selbst.

2. Mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens gemäß § 27 InsO geht die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das Vermögen des Insolvenzschuldners auf den Insolvenzverwalter über, § 80 InsO. Dies stellt nach allgemeiner Meinung eine Rechtsnachfolge i. S. v. § 727 ZPO dar.

Problematischer sind die Fälle des vorläufigen Insolvenzverwalters und des Treuhänders im Sinne des Verbraucherinsolvenzverfahrens. Beim vorläufigen Insolvenzverwalter ist zu unterscheiden<sup>16</sup>: Wurde ein allgemeines Verfügungsverbot angeordnet, geht gemäß § 22 Abs. 1 Satz 1 InsO die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf den „starken“ vorläufigen Insolvenzverwalter über, so dass § 727 ZPO anwendbar ist. Bei Fehlen eines allgemeinen Verfügungsverbots ist dagegen nur insoweit von einer vollstreckungsrechtlichen Rechtsnachfolge auf den „schwachen“ vorläufigen Insolvenzverwalter auszugehen, als diesem gemäß § 22 Abs. 2 ZPO die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis übertragen wurde. Wegen der Vorschrift des § 21 Abs. 2 Nr. 3 InsO, wonach das Gericht Zwangsvollstreckungsmaßnahmen gegen den Schuldner nur einstellen lassen kann, soweit kein unbewegliches Vermögen betroffen ist, wird teilweise gefolgert, dass der vorläufige Insolvenzverwalter für die Immobilienvollstreckung niemals Rechtsnachfolger sein kann.<sup>17</sup> Dem ist aber entgegenzuhalten, dass § 21 Abs. 2 Nr. 3 InsO nur das Instrument der isolierten Untersagung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen gegen den Schuldner betrifft. Die Vorschrift bezieht sich hingegen nicht auf die Anordnung eines Verfügungsverbots gemäß § 21 Abs. 2 Nr. 2 InsO mit der kraft Gesetzes eintretenden Rechtsfolge des § 22 Abs. 1 Satz 1 InsO (Übergang der Befugnisse auf den vorläufigen Insolvenzverwalter), so dass richtigerweise auch insoweit von einer Rechtsnachfolge gemäß § 727 ZPO auszugehen ist.

Beim Treuhänder ist ebenfalls zu differenzieren. Der Treuhänder im Verfahren der Restschuldbefreiung ist nicht per se Rechtsnachfolger des Schuldners. Er ist dies nur, soweit an ihn Forderungen gemäß § 287 Abs. 2 InsO abgetreten wurden, vgl. Ziffer B. I. Der Treuhänder im Verbraucherinsolvenzverfahren ist dagegen grundsätzlich Rechtsnachfolger, weil für diesen gemäß § 292 InsO die Vorschriften über den Insolvenzverwalter – insbesondere auch der Übergang der Verfügungsbefugnis gemäß § 80 InsO – entsprechend gelten.<sup>18</sup> Eine Ausnahme hiervon macht jedoch § 313 Abs. 3 InsO für die Verwertung von Gegenständen durch den Treuhänder, an denen Absonderungsrechte gemäß §§ 50, 51 InsO bestehen, also insbesondere (Grund-)pfandrechte.<sup>19</sup> Hierfür steht die Verwertungsbefugnis den Gläubigern zu, § 173 Abs. 2 InsO.

<sup>16</sup> BGHZ 151, 353, MünchKommZPO/Wolfsteiner, § 727 Rdnr. 19.  
<sup>17</sup> Zöller/Stöber, § 727 Rdnr. 18; a. A. LG Cottbus, Rpfleger 2000, 294.

<sup>18</sup> MünchKommInsO/Ott, 2. Aufl. 2007, § 313 Rdnr. 9; Ahrens in Frankfurter Kommentar InsO, 4. Aufl. 2005, § 313 Rdnr. 10.

<sup>19</sup> Wolfsteiner, Rdnr. 44.32.

3. Nachzuweisen ist die Eröffnung des Insolvenzverfahrens und die Ernennung zum Insolvenzverwalter durch Vorlage der Bestallungsurkunde. Der Bestallungsbeschluss (z. B. durch die amtliche Insolvenzveröffentlichung im Internet) genügt hingegen nicht, weil hierdurch nicht nachgewiesen wird, dass die Bestellung noch fortbesteht.<sup>20</sup> Beim vorläufigen Insolvenzverwalter ist zusätzlich die Reichweite der übertragenen Verfügungsbefugnis nachzuweisen, siehe oben.

4. Die Vollstreckungsklausel vom (...) wird aufgehoben.

Vorstehende mit der Urschrift übereinstimmende Ausfertigung wird dem (I) zum Zwecke der Zwangsvollstreckung gegen (S) erteilt.

Feststellungen/Gründe:

Über das Vermögen des Titelgläubigers (G) wurde mit Beschluss des Amtsgerichts (...) – Insolvenzgericht, vom (...), Az: (...) das (vorläufige) Insolvenzverfahren eröffnet. Zum (vorläufigen) Insolvenzverwalter/Treuhänder wurde (I) bestellt.

Dies ist nachgewiesen durch die Bestallungsurkunde des (I), welche dieser Ausfertigung in beglaubigter Abschrift beigefügt ist.

(Die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis ist gemäß § 22 Abs. 1 InsO auf den vorläufigen Insolvenzverwalter übergegangen, weil ein allgemeines Verfügungsverbot erlassen wurde. Dies ist nachgewiesen durch [...].)

## II. Der Insolvenzverwalter als Rechtsnachfolger des Titelschuldners

1. S hat in notarieller Urkunde eine Grundsuld zugunsten der G-Bank bestellt und sich sowohl wegen der dinglichen als auch wegen der persönlichen Haftung der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen. Als über das Vermögen des S das Insolvenzverfahren eröffnet wird beantragt die G-Bank die Umschreibung der Vollstreckungsgegenklausel gegen den Insolvenzverwalter I.

2. Zunächst gelten hier sämtliche Ausführungen in Ziffer E. I. 2. entsprechend. Zusätzlich stellt sich jedoch das Problem, dass gemäß § 89 InsO nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Einzelvollstreckung grundsätzlich unzulässig ist und die Gläubiger darauf verwiesen werden, ihre Forderung zur Insolvenztabelle anzumelden, §§ 174 ff. InsO. Hier von besteht gemäß §§ 47 ff. InsO eine Ausnahme für Titelgläubiger, denen ein Aussonderungs- oder Absonderungsrecht zusteht, insbesondere (Grund-)pfandrechtsgläubiger gemäß §§ 49, 50 InsO. Dies hat im Beispielfall zur Folge, dass der Gläubiger nach wie vor aus der Grundsuld die Zwangsvollstreckung betreiben darf, jedoch nicht mehr aus der persönlichen Haftung. Es ist umstritten, ob der Notar diese Beschränkung bereits im Klauselumschreibungsverfahren beachten muss.<sup>21</sup> Die dies verneinende Ansicht hat die besseren dogmatischen Argumente auf ihrer Seite, weil es sich bei der Klauselerteilung selbst noch nicht um eine Zwangsvollstreckungsmaßnahme i. S. v. § 89 InsO handelt und für die Geltendmachung ähnlicher Einwendungen das Gesetz nur die Vollstreckungsabwehrklage gemäß §§ 767, 781 ff. ZPO vorsieht. Angesichts der bestehenden Unsicherheit ist dem Praktiker dennoch zu raten, die Klausel nur bezüglich der dinglichen Haftung zu erteilen. Dem Vollstreckungsgläubiger kann

<sup>20</sup> BGH, ZIP 2005, 1474.

<sup>21</sup> Vgl. zum Meinungsstand MünchKommZPO/Wolfsteiner, § 727 Rdnr. 30 mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

dadurch kein Schaden erwachsen, weil er gemäß § 89 InsO wegen der persönlichen Haftung ohnehin nicht aus dem Titel vollstrecken könnte. Würde hingegen die Klausel komplett umgeschrieben und gelänge es dem Gläubiger unter Verstoß gegen § 89 InsO auch wegen der persönlichen Haftung zu vollstrecken, so könnte der Schuldner zu argumentieren versuchen, der Notar habe eine zum Schadensersatz verpflichtende Amtspflichtverletzung begangen. Dieses Risiko sollte von vornherein vermieden werden.

3. Hinsichtlich der notwendigen Nachweisurkunden wird auf Ziffer E. I. 3. verwiesen.

#### 4. Die Vollstreckungsklausel vom (...) wird hinsichtlich der dinglichen Haftung aufgehoben.

Vorstehende mit der Urschrift übereinstimmende Ausfertigung wird dem (G) zum Zwecke der Zwangsvollstreckung im Wege der abgesonderten Befriedigung wegen der dinglichen Haftung gegen (I) erteilt.

Feststellungen/Gründe:

Über das Vermögen des Titelschuldners (S) wurde mit Beschluss des Amtsgerichts (...) – Insolvenzgericht, vom (...), Az: (...) das (vorläufige) Insolvenzverfahren eröffnet. Zum (vorläufigen) Insolvenzverwalter/Treuhänder wurde (I) bestellt.

Dies ist nachgewiesen durch die Bestallungsurkunde des (I), welche dieser Ausfertigung in beglaubigter Abschrift beigelegt ist.

(Die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis ist gemäß § 22 Abs. 1 InsO auf den vorläufigen Insolvenzverwalter übergegangen, weil ein allgemeines Verfügungsverbot erlassen wurde. Dies ist nachgewiesen durch [...].) (Eine Umschreibung der Klausel auch wegen der persönlichen Haftung des [S] scheidet dagegen gemäß § 89 InsO aus.)

### III. Wechsel des Insolvenzverwalters

1. Wie oben Ziffer E. I. 1. bzw. E. I. 2., die Klausel wurde für bzw. gegen I umgeschrieben. I legt nunmehr sein Amt als Insolvenzverwalter nieder, stattdessen wird N bestellt. Die erneute Umschreibung auf N wird beantragt.

2. Es ist umstritten, ob bei einem Verwalterwechsel die auf den bisherigen Insolvenzverwalter lautende Klausel gemäß § 727 ZPO umzuschreiben ist oder ob die Zwangsvollstreckung ohne eine solche begonnen bzw. fortgesetzt werden kann. Für Letzteres sprechen in erster Linie praktische Erwägungen.<sup>22</sup> Die besseren Argumente sprechen indes für die Gegenmeinung, da der Insolvenzverwalter nicht nur Vertreter des Insolvenzschuldners, sondern Partei kraft Amtes ist und somit der Träger der Verfügungsbefugnis wechselt.<sup>23</sup> Auch ein Vergleich zur Rechtslage beim Wechsel des Testamentsvollstreckers (vgl. Ziffer C. XIII. 2.) spricht für eine Klauselumschreibung. Soweit eine solche beantragt wird, sollte der Notar sie somit nicht verweigern, da sie jedenfalls nicht schädlich ist.

3. Der Wechsel des Insolvenzverwalters ist durch die neue Bestallungsurkunde nachzuweisen, da die Urkunde des abberufenen Verwalters gemäß § 56 Abs. 2 Satz 2 InsO zurückgegeben ist.

#### 4. Die Vollstreckungsklausel vom (...) wird aufgehoben.

Vorstehende mit der Urschrift übereinstimmende Ausfertigung wird dem (N) zum Zwecke der Zwangsvollstreckung gegen (S)/dem (G) zum Zwecke der Zwangsvollstreckung im Wege der abgesonderten Befriedigung wegen der dinglichen Haftung gegen (N) erteilt.

Feststellungen/Gründe:

Zunächst wird auf die Feststellungen der aufgehobenen Vollstreckungsklausel vom (...) Bezug genommen. Der Insolvenzverwalter (I) hat sein Amt zum (...) niedergelegt. Zum neuen Insolvenzverwalter wurde (N) bestellt.

Dies ist nachgewiesen durch die Bestallungsurkunde des (N), die dieser Ausfertigung in beglaubigter Kopie beigelegt ist.

### IV. Freigabe eines Gegenstands durch den Insolvenzverwalter

1. Wie bei Ziffer E. II. 1. Die Klausel wird hinsichtlich der dinglichen Haftung auf den I umgeschrieben. Sodann gibt dieser das belastete Grundstück aus der Insolvenzmasse frei. Der Gläubiger fragt, ob nun die Klausel wieder auf den Schuldner (S) umgeschrieben werden muss.

2. Der Insolvenzverwalter ist nach allgemeiner Meinung berechtigt, einen Gegenstand aus der Insolvenzmasse freizugeben. Er wird dies insbesondere dann tun, wenn aus diesem Gegenstand kein Erlös zu erlangen ist, z. B. wenn ein Grundstück wertausschöpfend mit Grundpfandrechten belastet ist. Durch die Freigabe endet die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters bezüglich dieses Gegenstands, der Insolvenzschuldner erhält insoweit seine Verfügungsbefugnis wieder. Es ist daher nur konsequent, parallel zur Lage bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens erneut eine Rechtsnachfolge gemäß § 727 ZPO anzunehmen.<sup>24</sup>

3. Nachzuweisen ist der Wechsel der Verfügungsbefugnis durch Vorlage der Freigabeerklärung in der Form des § 727 ZPO.

#### 4. Die Vollstreckungsklausel vom (...) wird aufgehoben.

Vorstehende mit der Urschrift übereinstimmende Ausfertigung wird dem (G) zum Zwecke der Zwangsvollstreckung wegen der dinglichen Haftung gegen (S) erteilt.

Feststellungen/Gründe:

Zunächst wird auf die Feststellungen der aufgehobenen Vollstreckungsklausel vom (...) Bezug genommen. Der Insolvenzverwalter (I) hat das belastete Grundstück aus der Insolvenzmasse freigegeben, wodurch die Verfügungsbefugnis erneut auf (S) übergegangen ist. Dies ist nachgewiesen durch öffentlich beglaubigte Freigabeerklärung des (I), die dieser Ausfertigung in beglaubigter Kopie beigelegt ist.

### V. Beendigung des Insolvenzverfahrens – der Insolvenzverwalter als Titelgläubiger

1. Wie bei Ziffer E. I. 1. und die Klausel wird auf den Insolvenzverwalter I umgeschrieben bzw. der I erwirkt selbst bezüglich einer Masseforderung eine Zwangsvollstreckungsunterwerfung. Nach Beendigung des Insolvenzverfahrens

<sup>22</sup> LG Essen, NJW-RR 1992, 576; MünchKommInsO/Ott, § 80 Rdnr. 96.

<sup>23</sup> Wolfsteiner, Rdnr. 43.32 f.; Scheel, NotBZ 2001, 286, 294.

<sup>24</sup> Wolfsteiner, Rdnr. 44.71.; wohl auch BGH, NotBZ 2005, 257, wo die Klauselumschreibung nur deswegen für entbehrlich gehalten wurde, weil die Zwangsvollstreckung bereits begonnen hatte.

beantragt der Insolvenzschuldner G, die Klausel (wieder) für ihn umzuschreiben.

2. Es ist umstritten, ob der Insolvenzschuldner nach Beendigung der Insolvenz Rechtsnachfolger des Insolvenzverwalters ist. Dafür spricht, dass der Schuldner seine Verfügungsbefugnis wieder erlangt.<sup>25</sup> Dem wird aber teilweise entgegengehalten, dass Insolvenz- und Masseforderungen im Rahmen des Nachtragsinsolvenzverfahrens gemäß § 203 InsO abzuwickeln seien und daher nicht auf den Schuldner übergangen.<sup>26</sup> Angesichts der bestehenden Rechtsunsicherheit in dieser Frage sollte der vorsichtige Notar die Klauselumschreibung ablehnen und den Antragsteller auf den Weg des Beschwerdeverfahrens gemäß § 54 BeurkG verweisen.

## VI. Beendigung des Insolvenzverfahrens – der Insolvenzverwalter als Titelschuldner

1. Eine gegen den Insolvenzverwalter lautende Vollstreckungsklausel soll nach Beendigung des Insolvenzverfahrens (wieder) auf den Insolvenzschuldner umgeschrieben werden.

2. Nach dem Ende des Insolvenzverfahrens können die Gläubiger gemäß § 201 Abs. 1 InsO ihre restlichen Forderungen unbeschränkt gegen den Insolvenzschuldner geltend machen. Wegen des erneuten Wechsels der Verfügungsbefugnis kann die Vollstreckungsklausel somit grundsätzlich wieder umgeschrieben werden. Dies ist jedenfalls dann unproblematisch, wenn der Insolvenzverwalter selbst die vollstreckbare Urkunde errichtet hat. Handelt es sich aber um Titel, die der Insolvenzschuldner vor Beginn des Insolvenzverfahrens selbst errichtet hat, so ist nach bestrittener, aber wohl überwiegender Ansicht zu differenzieren<sup>27</sup>: Habe der Gläubiger seine Forderung zur Insolvenztabelle angemeldet, so stelle der Tabellenauszug selbst einen Vollstreckungstitel dar, welcher den ursprünglichen Titel verdränge. Eine erneute Klauselumschreibung gegen den Insolvenzschuldner dürfe der Notar in diesem Fall nicht vornehmen. Liege dagegen keine Anmeldung zur Tabelle vor, sondern habe der Gläubiger entsprechend Ziffer E. II. infolge eines Absonderungsrechts den ursprünglichen Titel auf den Insolvenzverwalter umschreiben lassen, so könne und müsse nunmehr erneut die Umschreibung auf den Insolvenzschuldner erfolgen.

3. Nachzuweisen ist das Ende des Insolvenzverfahrens durch entsprechende Beschlussausfertigung. Folgt man der dargestellten differenzierenden Meinung, ist im Fall des vom Schuldner selbst erwirkten Titels darüber hinaus wohl zusätzlich ein Nachweis in der Form des § 727 ZPO darüber erforderlich, dass die Forderung nicht zur Insolvenztabelle angemeldet wurde, z.B. durch entsprechenden Auszug der Tabelle.

4. Die Vollstreckungsklausel vom (...) wird aufgehoben.

Vorstehende, mit der Urschrift übereinstimmende Ausfertigung wird dem (G) zum Zwecke der Zwangsvollstreckung gegen (S) hinsichtlich der dinglichen Haftung erteilt.

Feststellungen/Gründe:

Es wird zunächst Bezug genommen auf die Ausführungen zur Vollstreckungsklausel vom (...). Das Insolvenzverfahren über das Vermögen des (S) ist am (...) beendet worden. Dies ist nachgewiesen durch (...).

Damit ist gemäß § 201 Abs. 1 InsO die Zwangsvollstreckung wieder gegen (S) zulässig. (Hinsichtlich der dinglichen Haftung hat der Gläubiger seine Forderung auch nicht zur Insolvenztabelle angemeldet. Dies ist nachgewiesen durch [...]. Der vorliegende Titel hat daher insoweit nach wie vor Gültigkeit.)

## VII. Die Nachlassinsolvenz

Das Nachlassinsolvenzverfahren gemäß §§ 1975, 1980 BGB, 315 ff. InsO stellt ein besonderes Insolvenzverfahren bei einem überschuldeten Nachlass dar. Durch die Anordnung des Verfahrens beschränkt sich die Haftung des Erben auf den Nachlass; insoweit geht wie bei einem echten Insolvenzverfahren die Verfügungs- und Verwaltungsbefugnis auf den Nachlassinsolvenzverwalter über. Es gelten somit grundsätzlich sämtliche vorstehenden Abschnitte entsprechend. Eine Ausnahme ist lediglich für die Beendigung des Verfahrens zu machen. Da das Nachlassinsolvenzverfahren dem Zweck dient, den Erben endgültig von seiner persönlichen Haftung zu befreien, ist dieser nicht Rechtsnachfolger des Insolvenzverwalters.<sup>28</sup> Anders als bei Ziffer E. VI. kann die Klausel daher niemals gegen ihn umgeschrieben werden.

## F. Sonstige gesetzliche Rechtsnachfolgetatbestände

In diesem letzten Kapitel werden abschließend kraft Gesetzes eintretende Rechtsnachfolgetatbestände behandelt, die keiner der vorgenannten Rechtsmaterien angehören. Hierbei wird insbesondere auf gesetzliche Forderungsübergänge sowie auf den Wechsel der Einziehungsbefugnis im Rahmen eines Zwangsversteigerungsverfahrens eingegangen.

### I. Der Vollstreckungsgläubiger als Rechtsnachfolger des Titelgläubigers

1. G ist Gläubiger einer vollstreckbaren Urkunde und hat seinerseits Verbindlichkeiten bei V. V lässt aufgrund dieser Verbindlichkeiten die Ansprüche des G aus der vollstreckbaren Urkunde pfänden und sich zur Einziehung überweisen. Anschließend beantragt er die Umschreibung der Vollstreckungsklausel auf sich.

2. Durch die Zustellung des Überweisungsbeschlusses beim Drittschuldner gemäß §§ 835, 829 Abs. 2 ZPO erlangt der Vollstreckungsgläubiger das Recht, die gepfändete Forderung anstelle des Schuldners geltend zu machen. Hierdurch tritt eine Rechtsnachfolge gemäß § 727 ZPO ein. Zwar findet ein Übergang der Forderung selbst nur im wenig praxisrelevanten Fall der Überweisung an Zahlungs statt und nicht bei der Überweisung zur Einziehung statt. Dennoch stellt auch die in diesem Fall kraft Gesetzes eintretende Vollstreckungsstandschaft nach ganz herrschender Meinung einen Fall des § 727 ZPO dar.<sup>29</sup>

Allerdings tritt die Rechtsnachfolge nach überwiegender Ansicht nur in der Höhe ein, in der die Forderung des Pfändungsgläubigers besteht.<sup>30</sup> Bleibt diese somit hinter der gepfändeten Forderung zurück, ist die Klausel nur bezüglich des geringeren Betrages umzuschreiben. Es gilt insoweit dasselbe wie bei einer teilweisen Forderungsabtretung, vgl. Ziffer B. I, d. h. es tritt eine Titelverdopplung ein.

<sup>25</sup> Scheel, NotBZ 2001, 286, 295.

<sup>26</sup> Vgl. MünchKommZPO/Wolfsteiner, § 727 Rdnr. 19 m. w. N.

<sup>27</sup> Vgl. Scheel, NotBZ 2001, 286, 295 m. w. N.; a. A. Wolfsteiner, Rdnr. 44.36., der eine generelle Rechtsnachfolge befürwortet.

<sup>28</sup> MünchKommZPO/Wolfsteiner, § 727 Rdnr. 31.

<sup>29</sup> Vgl. Zöller/Stöber, § 727 Rdnr. 9 m. w. N.

<sup>30</sup> Vgl. Zöller/Stöber, § 727 Rdnr. 9.

Möglich ist auch die Pfändung und Überweisung eines Grundpfandrechts gemäß §§ 830, 857 Abs. 4, 835 ZPO.

3. Nachzuweisen ist der Übergang der Einziehungsbefugnis durch Vorlage des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses. Obwohl dieser grundsätzlich erst mit der Zustellung beim Drittschuldner wirksam wird, wird ein Nachweis der Zustellung ganz überwiegend nicht für erforderlich angesehen.<sup>31</sup>

Sind Grundpfandrechte betroffen, so ist zu beachten, dass gemäß § 830 Abs. 1 Satz 3 ZPO bei einem Buchrecht die Pfändung selbst in das Grundbuch einzutragen ist. Die Überweisung ist hingegen im Regelfall der Überweisung zur Einziehung nicht eintragungsfähig.<sup>32</sup> Es kommt insoweit also erneut auf den Überweisungsbeschluss an. Bei einem Briefrecht ist für die Pfändung gemäß § 830 Abs. 1 Satz 1 ZPO auch eine Briefübergabe notwendig, was aber nach überwiegender Ansicht im Klauselverfahren nicht zu prüfen ist.<sup>33</sup>

Der Vollstreckungsgläubiger muss selbstverständlich auch die umzuschreibende Vollstreckungsklausel vorlegen, wobei er insoweit einen vollstreckbaren Herausgabeanspruch gegen seinen Schuldner aus § 836 Abs. 3 ZPO hat.

4. Die Vollstreckungsklausel vom (...) wird (in Höhe eines Teilbetrags von ... €) aufgehoben.

Vorstehende mit der Urschrift übereinstimmende Ausfertigung wird (V) zum Zwecke der Zwangsvollstreckung (wegen eines Teilbetrags in Höhe von ... €) erteilt.

Feststellungen/Gründe:

Die titulierte Forderung wurde zugunsten von (V) (in Höhe von ... €) gepfändet und diesem zur Einziehung überwiesen. Dies ist nachgewiesen durch Ausfertigung des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses des Amtsgerichts (...), vom (...), Az: (...), welche dieser Ausfertigung in beglaubigter Kopie beigelegt ist.

(Die Pfändung des Grundpfandrechts wurde am [...] in das Grundbuch eingetragen. Dies ist offenkundig.)

## II. Forderungsübergang bei Tilgung fremder Verbindlichkeiten

1. G1 ist Gläubiger einer erstrangigen Grundschuld, bezüglich derer sich der Eigentümer S der sofortigen Zwangsvollstreckung in den Grundbesitz unterworfen hat. Der nachrangige Grundschuldgläubiger G2 befürchtet, bei einer drohenden Zwangsversteigerung leer auszugehen und löst daher die vorrangige Grundschuld durch Zahlung an G1 ab. Anschließend beantragt G2 die Umschreibung der Vollstreckungsklausel von G1 auf sich selbst.

2. Der Übergang einer Forderung kraft Gesetzes („*cessio legis*“) stellt grundsätzlich genauso wie die rechtsgeschäftliche Übertragung durch Abtretung eine Rechtsnachfolge gemäß § 727 ZPO dar. Solche Rechtsübergänge ordnet das Gesetz insbesondere als Regressinstrument bei Tilgung fremder Verbindlichkeiten an, z. B. bei der Ablösung in der Zwangsvollstreckung gemäß § 268 Abs. 3 BGB, der Befriedigung des Gläubigers durch den Bürgen gemäß § 774 Abs. 1 BGB bzw. den Verpfänder gemäß § 1225 BGB, der Leistung von Unterhalt durch einen nachrangig oder nicht unterhaltsverpflichteten Verwandten gemäß § 1607 Abs. 2 und 3 BGB oder beim Übergang des Anspruchs des geschädigten Versicherungsnehmers auf seine Versicherung gemäß § 86 VVG.

<sup>31</sup> Scheel, NotBZ 2001, 286, 292.

<sup>32</sup> Schöner/Stöber, Rdnr. 2484.

<sup>33</sup> Scheel, NotBZ 2001, 286, 292.

Vor allem im Bereich von Grundpfandrechten sind entsprechende Rechtsnachfolgetatbestände normiert. Befriedigt ein nachrangiger einen vorrangigen Grundpfandrechtsgläubiger gehen gemäß §§ 1150, 268 Abs. 3, 1153 BGB Forderung und Hypothek bzw. gemäß §§ 1191, 1150, 268 Abs. 3 BGB die Grundschuld auf den ablösenden Gläubiger über. Gemäß §§ 1142, 1143 BGB gehen bei der Hypothek die Forderung und somit gemäß § 401, 412, 1153 BGB auch die Hypothek auf den vom Schuldner verschiedenen Eigentümer über, wenn dieser den Gläubiger befriedigt. Bei der Grundschuld besteht mangels Akzessorietät kein Forderungsübergang, allerdings verwandelt sich die Fremgrundschuld in eine Eigentümergrundschuld. Liegt ein Gesamtgrundpfandrecht gemäß § 1132 BGB vor, so gehen gemäß § 1173 Abs. 2 BGB Hypothek bzw. Grundschuld an den übrigen Grundstücken auf den zahlenden Eigentümer über, wenn dieser von den anderen Eigentümern Ersatz verlangen kann. Schließlich sieht § 1164 BGB einen Übergang der Hypothek auf den zahlenden persönlichen Schuldner vor für den Ausnahmefall, dass dieser gegen den personenverschiedenen Eigentümer einen Regressanspruch hat.

3. Nachzuweisen sind die materiellrechtlichen Voraussetzungen des Forderungsübergangs. Hierzu gehört zunächst der Bestand des jeweiligen Rechtsverhältnisses in der Form des § 727 ZPO. Dies ist bei Grundpfandrechten unproblematisch, dagegen bei sonstigen Rechtsgeschäften (Bürgschaft, Versicherungsvertrag) selten möglich, da sie in der Regel privatschriftlich geschlossen wurden. Beim Unterhaltsregress gemäß § 1607 Abs. 2, 3 BGB können die entsprechenden Familienrechtsverhältnisse, welche für die Rangverhältnisse gemäß § 1606 BGB maßgeblich sind, durch Personenstandsurkunden belegt werden.

§ 268 BGB setzt weiterhin voraus, dass der vorrangige Gläubiger die Zwangsvollstreckung „betreibt“. Hierzu ist zumindest ein Vollstreckungsantrag erforderlich.<sup>34</sup> Bei Grundpfandrechten genügt gemäß §§ 1142, 1150 BGB die jederzeitige Vollstreckungsmöglichkeit aufgrund Zwangsvollstreckungsunterwerfung und eingetretener Fälligkeit.<sup>35</sup> Gemäß § 1193 Abs. 2 Satz 1 BGB wurde für den praktisch wichtigsten Fall der Sicherungsgrundschuld durch das sog. Risikobegrenzungsgesetz zwingend vorgeschrieben, dass die Grundschuld erst mit Kündigung fällig wird. Anders als bisher kann also nicht bereits durch die formularmäßige Vereinbarung, wonach die Grundschuld „sofort“ fällig sei, der entsprechende Nachweis geführt werden. Vielmehr sind die Kündigungserklärung und der Ablauf der Kündigungsfrist von sechs Monaten in öffentlich beglaubigter Form nachzuweisen. Hierzu ist an sich auch der Nachweis des Zugangs der Kündigung beim Eigentümer notwendig. Es bleibt abzuwarten, ob die Praxis einen solchen für notwendig erachten wird oder dem Gläubiger mit einer Beweismittelerleichterung unter die Arme greift. M. E. ist eine solche nicht notwendig, da der Gläubiger durch die Postzustellung mittels Gerichtsvollzieher gemäß § 132 BGB eine öffentliche Zustellungsurkunde gemäß § 418 ZPO erlangen kann und sich somit in keiner schuldlosen Beweisnot befinden kann.

Die gemäß §§ 268, 1150 BGB vorausgesetzte Gefahr des Verlusts eines Rechts am Vollstreckungsgegenstand ergibt sich bei Grundstücken aus der im Grundbuch eingetragenen Rangfolge der Rechte in Verbindung mit §§ 52 ZVG, wonach diejenigen Rechte in der Zwangsvollstreckung erlöschen, die

<sup>34</sup> Palandt/Heinrichs, § 268 Rdnr. 2.

<sup>35</sup> Palandt/Bassenge, § 1150 Rdnr. 2; Scheel, NotBZ 2001, 286, 289.

nicht bei der Feststellung des geringsten Gebots i. S. v. § 44 ZVG berücksichtigt wurden oder durch Zahlung zu decken sind.

Schließlich ist immer die Zahlung durch den Ablösenden in der Form des § 727 ZPO nachzuweisen. Dies ist insbesondere durch notariell beglaubigte Quittung des Zahlungsempfängers möglich.<sup>36</sup>

Bei Anwendung der Vorschriften § 1173 BGB und § 1164 BGB erfolgt der Rechtsübergang nur bei Bestehen eines Regressanspruchs, weshalb dieser ebenfalls nachzuweisen ist. Dies dürfte nur gelingen, wenn die entsprechende Vereinbarung selbst in der Form des § 727 ZPO vorliegt.

#### 4. Die Vollstreckungsklausel vom (...) wird aufgehoben.

Vorstehende, mit der Urschrift übereinstimmende Abschrift wird (G2) zum Zwecke der Zwangsvollstreckung in dinglicher Hinsicht erteilt.

Feststellungen/Gründe: G2 hat den bisherigen Titelgläubiger befriedigt. Dies ist nachgewiesen durch (...).

Hierzu war (G2) gemäß §§ 1191, 1150, 268 berechtigt. (G1) hat die Grundschuld vor mehr als 6 Monaten gekündigt, so dass diese fällig ist und die Zwangsvollstreckung droht. Dies ist nachgewiesen durch (...).

Hierdurch besteht die Gefahr, dass (G2) ein Recht an dem Grundstück verliert. Die titulierte Grundschuld ist im Grundbuch in Abt. III an erster Rangstelle eingetragen. Zugunsten von (G2) ist an dem Grundstück eine Grundschuld in Abt. III an zweiter Rangstelle eingetragen. Diese würde somit nicht ins geringste Gebot fallen und gemäß § 52 ZVG erlöschen. Daher ist die titulierte Grundschuld auf (G2) übergegangen, §§ 1191, 1150, 268 Abs. 3 BGB.

Die vorgenannten Urkunden sind dieser Ausfertigung in beglaubigter Abschrift beigelegt.

### III. Gesamtschuldnerausgleich

1. A, B und C haben sich als Gesamtschuldner in notarieller Urkunde der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen. Als die Verbindlichkeit fällig wird, befriedigt A den Gläubiger G. Anschließend beantragt er die Umschreibung der Vollstreckungsklausel in Höhe eines Teilbetrags von  $\frac{2}{3}$  gegen B und C als Gesamtschuldner auf sich.

2. Befriedigt ein Gesamtschuldner den Gläubiger geht gemäß § 426 Abs. 2 BGB die Forderung in der Höhe auf den Zahlenden über, wie dieser von den übrigen Gesamtschuldnern im Innenverhältnis einen Ausgleich verlangen kann. Grundsätzlich liegt daher in dieser Höhe auch ein Rechtsnachfolgetatbestand gemäß § 727 ZPO vor.

3. Eine Klauselumschreibung scheidet normalerweise dennoch aus, weil der Gesamtschuldner in der Regel nicht in der Form des § 727 ZPO beweisen kann, in welcher Höhe ihm ein Ausgleichsanspruch zusteht und somit die Forderung auf ihn übergegangen ist.<sup>37</sup> Dem wird entgegengehalten, dass § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB eine Vermutung für eine Haftung im Innenverhältnis zu gleichen Teilen enthalte; für eine hiervon abweichende Vereinbarung trage nicht der die Klauselumschreibung beantragende Rechtsnachfolger die Beweislast.<sup>38</sup> Dies ist absolut zutreffend. Soweit dem entgegengehalten

wird, der gesetzlich angeordnete Normalfall der Lastenverteilung nach Köpfen komme in der Praxis kaum vor<sup>39</sup>, ist dies zum einen schon sachlich zweifelhaft, jedenfalls aber rechtlich irrelevant, da dies nichts an der Regelung des § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB ändert, wonach der Zahlende eben gerade nicht beweisen muss, dass eine gleichmäßige Innenhaftung besteht. § 727 ZPO verlangt aber nur für solche Tatsachen einen Nachweis, für die der Antragsteller bei der allgemeinen Geltendmachung des Rechtsübergangs beweispflichtig wäre, vgl. Rechtsgedanke § 726 Abs. 1 ZPO. Angesichts der ganz herrschenden Gegenansicht kann dem Praktiker dennoch nicht dazu geraten werden, die Klausel zu erteilen.

### IV. Rechtsübergang kraft sozialrechtlicher Vorschriften

1. V hat sich in notarieller Urkunde zur Zahlung von Kindesunterhalt für sein Kind K verpflichtet und sich insoweit der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen. Einige Zeit später kommt V seiner Zahlungsverpflichtung nicht mehr nach. Daher erhält K einen Unterhaltsvorschuss gemäß § 1 UVG. Das zahlende Land beantragt die Umschreibung der Vollstreckungsklausel gegen V in Höhe des geleisteten Unterhaltsvorschusses auf sich selbst.

2. Auch das öffentliche Recht kennt zahlreiche Regressvorschriften, bei denen der Anspruch des Empfängers einer staatlichen Sozialleistung gegen den eigentlich zahlungspflichtigen Schuldner auf den Staat übergeleitet wird. Für die notarielle Praxis ist insbesondere § 7 UVG relevant, wonach der Unterhaltsanspruch eines Kindes gegen den Elternteil, bei dem es nicht lebt, in der Höhe auf das Land übergeht, wie dieses einen Unterhaltsvorschuss geleistet hat. Die Beschränkungen des § 7 Abs. 2 UVG bezüglich der Überleitung von Unterhaltsansprüchen für die Vergangenheit spielen bei notariellen Urkunden in der Regel keine Rolle, weil ab Titulierung des Anspruchs die Voraussetzungen des § 1613 BGB vorliegen.<sup>40</sup> Dagegen ist umgekehrt das Kind nicht Rechtsnachfolger des Trägers der Unterhaltsvorschussleistung, wenn dieser den Titel gegen den Schuldner erwirkt hat.<sup>41</sup>

Ebenfalls bedeutsam können die Bestimmungen der §§ 94 SGB XII bzw. 72 Abs. 2 SGB III werden, wonach der Unterhaltsanspruch des Leistungsempfängers gegen den säumigen Unterhaltsschuldner auch dann auf den Sozialhilfeträger bzw. die Arbeitsagentur übergeht, wenn Sozialhilfe bzw. Berufsausbildungsbeihilfe geleistet wird. Der Übergang setzt voraus, dass zwischen Sozialhilfeleistung und Unterhaltsanspruch Deckungsgleichheit in sachlicher, persönlicher und zeitlicher Hinsicht besteht.<sup>42</sup> Im Bereich des SGB III ist nur der Unterhaltsanspruch gegen die Eltern betroffen, im Sozialhilferecht können gemäß § 94 Abs. 1 Satz 3 Hs. 2 SGB XII nur Verwandte ersten Grades herangezogen werden. Darüber hinaus ist dort gemäß § 94 Abs. 1 Satz 3 und 4 SGB XII der Übergang des Unterhaltsanspruchs ausgeschlossen, wenn der Verpflichtete Mitglied der Einsatz- und Bedarfsgemeinschaft gemäß § 19 SGB XII, zusammenlebender Ehegatte, eingetragener Lebenspartner oder nichtehelicher Lebensgefährte ist. Gleiches gilt bei minderjährigen Kindern für den im gleichen Haushalt lebenden Elternteil bzw. wenn der Unterhaltsschuldner schwanger ist oder ein leibliches Kind unter sechs Jahren

<sup>39</sup> Scheel, NotBZ 2001, 286, 287.

<sup>40</sup> OLG Stuttgart, Rpfleger 1993, 167; Scheel, NotBZ 2001, 286, 291.

<sup>41</sup> OLG Köln, FamRZ 2003, 107.

<sup>42</sup> Zu den Einzelheiten vgl. *Schnitzler/Günther*, MAH Familienrecht, 2. Aufl. 2010, § 13 Rdnr. 23 ff.

<sup>36</sup> Scheel, NotBZ 2001, 286, 290.

<sup>37</sup> BayObLG, NJW 1970, 1800; OLG Düsseldorf, Rpfleger 1996, 75.

<sup>38</sup> Wolfsteiner, Rdnr. 43.49.



betreut. Zur Prüfungspflicht des Notars für diese Umstände siehe unten Ziffer 3.

Unterhaltsansprüche des Kindes gegen die Eltern gehen schließlich auch dann auf den Staat über, wenn dieses eine Ausbildungsförderung nach BaföG erhalten hat und das Einkommen der Eltern auf den Bedarf des Auszubildenden anzurechnen ist, § 37 BaföG. Andere Ansprüche als Unterhaltsansprüche gehen im Bereich des Sozialhilferechts nicht kraft Gesetzes, sondern gemäß § 93 SGB XII nur kraft Überleitung durch Verwaltungsakt auf die Behörde über. Im Bereich der Grundsicherung für Arbeitssuchende („Hartz IV“) hingegen gehen gemäß § 33 SGB II alle vermögensrechtlichen Ansprüche des Hilfeempfängers gegen Dritte, die nicht mit ihm in einer Bedarfsgemeinschaft leben, ex lege auf den Leistungsträger über. Für Unterhaltsansprüche gegen Verwandte gilt dies im Grundsatz nur, wenn die unterhaltsberechtigste Person den Anspruch selbst geltend macht, es sei denn, es handelt sich um einen Anspruch auf Unterhalt des minderjährigen Kindes gegen seine Eltern. Weniger relevant dürfte die Überleitung des Lohnanspruchs des Arbeitnehmers gegen den säumigen Arbeitgeber auf den Sozialträger gemäß § 115 SGB X sein, weil solche Ansprüche üblicherweise nicht Gegenstand notarieller Urkunden sind.

3. Äußerst umstritten und in vielen Bereichen ungeklärt ist die Frage, inwieweit die teilweise sehr umfangreichen Voraussetzungen des Sozialregresses durch die klauselumschreibende Stelle zu prüfen sind. Stets nachzuweisen ist jedenfalls die Leistung durch den Sozialträger an den Gläubiger des Anspruchs, wobei diese monatlich spezifiziert aufzuschlüsseln ist.<sup>43</sup> Dies kann die Behörde ohne weiteres durch eine Eigenurkunde gemäß § 418 ZPO in der Form des § 727 ZPO belegen<sup>44</sup>, nicht jedoch mit einer privatschriftlichen Quittung.<sup>45</sup> Insbesondere müssen Adressat und Umfang der Leistung genau bestimmt sein, da dies für den Umfang des Anspruchsübergangs entscheidend ist.<sup>46</sup> Bei einer Anspruchsüberleitung durch Verwaltungsakt gemäß § 93 SGB XII ist zudem ein Nachweis der Bekanntgabe des Überleitungsaktes in der Form des § 727 ZPO zu führen, z. B. durch Postzustellungsurkunde und beglaubigte Abschrift des Bescheids. Die Beachtung sonstiger Sozialhilfeschutzvorschriften bedarf nach richtiger und wohl herrschender Meinung keines Nachweises in der Form des § 727 ZPO, da hierfür nicht der Gläubiger, sondern der Schuldner die Beweislast trägt.<sup>47</sup> Dies dürfte gleichermaßen für die Ausschlussgründe in § 33 SGB II, sowie in §§ 93 und 94 SGB II gelten. Die dort geregelten Fälle stellen Ausnahmen vom Regelübergang der Forderung dar, die nicht anspruchsbegründend sind und daher vom Schuldner geltend zu machen sind. Anders ist dies jedoch im Rahmen von § 37 BaföG zu beurteilen. Hier geht der Anspruch nach dem Gesetzeswortlaut schon tatbestandlich nur insoweit auf den Sozialträger über, als das Einkommen auf den Bedarf des

auszubildenden Kindes gemäß §§ 24 ff. BaföG anzurechnen ist. Daher ist diese Tatsache in der Form des § 727 ZPO nachzuweisen.<sup>48</sup>

4. Die Vollstreckungsklausel vom (...) wird wegen eines Teilbetrags in Höhe von (...) aufgehoben.

Vorstehende, mit der Urschrift übereinstimmende Ausfertigung wird (dem Freistaat Bayern, vertreten durch das Jugendamt x) als Gläubiger zum Zwecke der Zwangsvollstreckung wegen folgender Teilbeträge erteilt: (...).

Feststellungen/Gründe: Der Antragsteller hat dem Titelgläubiger (K) gemäß § 1 UVG einen Unterhaltsvorschuss in Höhe von (...) geleistet. Dies ist nachgewiesen durch (...). Somit ist in dieser Höhe der titulierte Unterhaltsanspruch gegen den Schuldner (V) gemäß § 7 UVG übergegangen.

## G. Schluss und Fazit

Es bleibt zusammenfassend festzustellen, dass das in der Praxis häufig wenig beachtete und unterschätzte Institut der Klauselumschreibung zahlreiche durchaus anspruchsvolle Probleme aufwerfen kann. Selbstverständlich konnten im Rahmen dieses Aufsatzes nicht alle denkbaren Konstellationen und Sachverhalte beleuchtet werden. Trotz der Hilfestellung, die der Beitrag hoffentlich für die am häufigsten auftretenden Fälle leisten kann, bleibt daher stets eine sorgfältige Prüfung des Einzelfalles erforderlich. Bereits dieser Aspekt sollte dem Notar dazu Anlass geben, sich eingehender mit diesem Bereich seiner Amtstätigkeit zu befassen, als dies häufig geschieht. Hinzu kommt, dass die Erteilung und Umschreibung von Vollstreckungsklauseln eine Tätigkeit darstellt, die für die meisten anderen Vollstreckungstitel i. S. v. § 794 ZPO den Gerichten zufällt und nahezu unstreitig eine hoheitliche Tätigkeit darstellt. Gerade in der heutigen Zeit, in der die Ausübung öffentlicher Gewalt durch den Notar unter europarechtlichen Aspekten in der Diskussion ist, sollte diese notarielle Zuständigkeit eine größere Beachtung in der Praxis finden. Zwar hat der EuGH im Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland bekanntlich entschieden, dass der Notar keine öffentliche Gewalt i. S. v. Art. 45 Abs. 1 EG bzw. Art. 51 Abs. 1 AEUV ausübe.<sup>49</sup> Die besonderen Beschränkungen des Notarberufs wie die Bedürfnisprüfung, das Amtsbereichsprinzip und die Kostenordnung sind nach Auffassung des EuGH (nur) deshalb zu rechtfertigen, weil die Tätigkeit des Notars die Rechtmäßigkeit und Rechtssicherheit von Akten zwischen Privatpersonen gewährleiste und daher zwingende Gründe des Allgemeininteresses verfolge.<sup>50</sup> Diese Ziele erreicht die notarielle Urkunde insbesondere aufgrund ihrer besonderen Beweiswirkung und ihrer Vollstreckbarkeit. Der EuGH stellt ausdrücklich fest, dass die Vollstreckbarkeit der notariellen Urkunde aufgrund der Anbringung der Vollstreckungsklausel durch den Notar eine „unbestreitbar bedeutsame Rechtswirkung“<sup>51</sup> sei. Die Klauselerteilung und -umschreibung sollte daher von jedem Notar – schon im Interesse seiner eigenen Daseinsberechtigung – mit besonderer Sorgfalt ausgeführt werden.

<sup>43</sup> OLG Karlsruhe, FamRZ 2004, 125.

<sup>44</sup> OLG Karlsruhe, FamRZ 2004, 125; OLG Zweibrücken, FamRZ 1997, 1092; OLG Köln, MDR 1997, 369; Zöller/Stöber, § 727 Rdnr. 22; a. A. OLG Stuttgart, NJW-RR 2001, 868.

<sup>45</sup> OLG Stuttgart, Rpfleger 1986, 438; OLG Koblenz, FamRZ 1987, 83.

<sup>46</sup> Vgl. DNotI-Report 2002, 75.

<sup>47</sup> OLG Karlsruhe, FamRZ 2004, 125; Wolfsteiner, Rdnr. 43.54.; a. A. OLG Stuttgart, Rpfleger 2001, 251.

<sup>48</sup> OLG Stuttgart, Rpfleger 1995, 306.

<sup>49</sup> EuGH vom 24.5.2011 in der Rechtssache C-54/08.

<sup>50</sup> EuGH (vgl. Fn. 163) Rdnr. 98.

<sup>51</sup> EuGH (vgl. Fn. 163) Rdnr. 100.

## Der überschuldete Vermächtnisnehmer

– zugleich Anmerkung zum Beschluss des BGH vom 10.3.2011, IX ZB 168/09<sup>1</sup> –

Von Notar Dr. Ralf Menzel, Rottenburg a. d. Laaber

Das Erbrecht lässt dem Vermächtnisnehmer (ebenso wie dem Erben und dem Pflichtteilsberechtigten) grundsätzlich die Wahl, ob er die ihm zugeordnete Vermögensposition annimmt oder ausschlägt. In seinem vorgenannten Beschluss vom 10.3.2011 ist der BGH der Frage nachgegangen, ob dieser Entschließungsfreiheit des Vermächtnisnehmers im Hinblick auf Drittinteressen Grenzen gesetzt sind und nicht eine Obliegenheit zur Geltendmachung des Vermächtnisanspruchs in der Wohlverhaltensperiode besteht. Der BGH hat eine solche Obliegenheit verneint. Der nachfolgende Beitrag befasst sich mit diesem Beschluss und seinen Auswirkungen auf die notarielle Praxis.

### 1. Vermächtnisanfall in der Wohlverhaltensperiode

Die Entscheidung des BGH vom 10.3.2011 ist die konsequente Fortführung der Rechtsprechung zur Behandlung des Pflichtteilsanspruchs in der Wohlverhaltensperiode. In seiner wegweisenden Entscheidung vom 25.6.2009<sup>2</sup> hat der BGH entschieden, dass der Verzicht auf die Geltendmachung eines Pflichtteilsanspruchs in der Wohlverhaltensphase – ebenso wie die Ausschlagung der Erbschaft oder der Verzicht auf ein Vermächtnis<sup>3</sup> – keine Obliegenheitsverletzung des Schuldners darstellt.

Es ist nun folgerichtig – und so wurde auch bereits die seinerzeitige Entscheidung bewertet<sup>4</sup> –, dass auch keine Obliegenheit zur Geltendmachung eines Vermächtnisanspruches während der Wohlverhaltensperiode bestehen kann.<sup>5</sup> Vielmehr entsteht die Obliegenheit, die Hälfte des Wertes des Vermächtnisses an den Treuhänder abzuführen, erst mit der Annahme des Vermächtnisses (während der Wohlverhaltensperiode). Dies klargestellt zu haben, ist der Kern der zu besprechenden Entscheidung. Als Begründung rekurriert der BGH hierbei maßgeblich auf die höchstpersönliche Natur des Entscheidungsrechts des Vermächtnisnehmers.<sup>6</sup>

### 2. Nachtragsverteilung

Die bloße Aussetzung von Vermächtnissen zugunsten Überschuldeter scheint nun – in Anbetracht der neuen Entscheidung des BGH – eine adäquate Gestaltungsmöglichkeit darzustellen. Der Schuldner muss nur die Annahme des Vermächtnisses bis zum Ablauf der Wohlverhaltensperiode hinauszögern. Dies ist ihm – in den Grenzen der Verjährung – grundsätzlich möglich, da die kurze Ausschlagungsfrist der §§ 1943, 1944 BGB nicht gilt.<sup>7</sup>

Zu beachten ist aber u. a. die Möglichkeit der Nachtragsverteilung nach § 203 Abs. 1 Nr. 3 InsO.<sup>8</sup> Inzwischen hat der BGH auch zu dieser Thematik, jedenfalls im Bereich des

Pflichtteilsrechts, Stellung genommen. In seinem Beschluss vom 2.12.2010<sup>9</sup> hat der BGH unter Verweis auf seine gefestigte Rechtsprechung zur Pfändbarkeit des Pflichtteilsanspruchs<sup>10</sup> entschieden, dass der vom Schuldner durch einen Erbfall während des Insolvenzverfahrens erworbene Pflichtteilsanspruch zur Insolvenzmasse gehört und dass dann, wenn der während des Insolvenzverfahrens entstandene Pflichtteilsanspruch erst nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens anerkannt oder rechtshängig gemacht wird, der Pflichtteilsanspruch der Nachtragsverteilung nach § 203 Abs. 1 Nr. 3 InsO unterliegt. Der Begriff der Ermittlung in § 203 Abs. 1 Nr. 3 InsO setze dabei nach Ansicht des BGH nicht voraus, dass die Existenz oder der Aufenthaltsort des Massegegenstandes dem Verwalter während der Dauer des Insolvenzverfahrens unbekannt war. Die Vorschrift erfasse vielmehr auch Gegenstände, die während der Verfahrensdauer tatsächlich (noch) nicht verwertbar waren.

Es ist zu erwarten, dass vorstehende Rechtsprechung auch für einen Vermächtnisanspruch Geltung beansprucht, der während des laufenden Insolvenzverfahrens anfällt und nach Ablauf des Insolvenzverfahrens geltend gemacht wird. Auch hier besteht damit die Gefahr der Nachtragsverteilung.<sup>11</sup> Da bei der Gestaltung von letztwilligen Verfügungen im Regelfall nicht gesteuert werden kann, ob der Erbfall vor, während oder nach dem Insolvenzverfahren stattfindet, ist die bloße Aussetzung von Vermächtnissen (ggf. in Verbindung mit der Verlängerung der Verjährungsfrist) nach wie vor – und angesichts der erwähnten Entscheidung des BGH vom 2.12.2010 – mehr denn je mit Vorsicht zu genießen.<sup>12</sup>

Auch die Möglichkeit, den Anfall des Vermächtnisses auf den Zeitpunkt nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens oder ggf. auch nach Ablauf der Wohlverhaltensperiode zu verschieben, ist angesichts der dann ab dem Erbfall entstehenden Vermächtnisanwartschaft<sup>13</sup> mit Risiken behaftet.<sup>14</sup> Hierbei besteht zum einen nach wie vor die Gefahr der Nachtragsverteilung nach § 203 Abs. 1 Nr. 3 InsO, wenn das Vermächtnis nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens angenommen wird.<sup>15</sup> Zum anderen ist zu berücksichtigen, dass die Vermächtnisanwartschaft grundsätzlich pfändbar ist.<sup>16</sup>

<sup>1</sup> MittBayNot 2011, 421 (in diesem Heft).

<sup>2</sup> BGH, MittBayNot 2010, 52 ff. m. Anm. Menzel.

<sup>3</sup> Der BGH erstreckt seine Aussagen richtigerweise ausdrücklich auch auf die Ausschlagung einer Erbschaft und eines Vermächtnisses (MittBayNot 2010, 53).

<sup>4</sup> Menzel, MittBayNot 2010, 54.

<sup>5</sup> So auch bereits explizit zum Vermächtnisanspruch: Messner, ZVI 2004, 433; Lehmann, Erbrechtlicher Erwerb im Insolvenz- und Restschuldbefreiungsverfahren, S. 19; Menzel, Entschließungsfreiheiten im Erbrecht und Drittinteressen, S. 165 ff.

<sup>6</sup> Kritisch zum höchstpersönlichen Charakter des Ausschlagungsrechts: Menzel (Fn. 5), S. 63 ff., 82 ff.; van de Loo, ZEV 2006, 473, 474.

<sup>7</sup> Vgl. BGH, ZEV 2011, 251 ff.; zu beachten ist aber § 2307 Abs. 2 BGB bei pflichtteilsberechtigten Vermächtnisnehmern.

<sup>8</sup> Siehe bereits Menzel, MittBayNot 2010, 54, 55.

<sup>9</sup> BGH, ZEV 2011, 87 m. Anm. Reul.

<sup>10</sup> BGHZ 123, 183; BGH, NJW 1997, 2384.

<sup>11</sup> So ausdrücklich Menzel (Fn. 5), S. 166 m. w. N.

<sup>12</sup> Ähnlich auch Reul, ZEV 2011, 89.

<sup>13</sup> Vgl. Müller-Christmann in BeckOK, § 2179 Rdnr. 7.

<sup>14</sup> Siehe bereits Menzel, MittBayNot 2010, 55.

<sup>15</sup> Eine Nachtragsverteilung ist dabei unbegrenzt möglich. Eine Verfristung gibt es nicht, siehe Reul, ZEV 2011, 87.

<sup>16</sup> Vgl. Müller-Christmann in BeckOK, § 2179 Rdnr. 7; zur Problematik der Pfändung des Anwartschaftsrechts des bedingt eingesetzten Vollerben siehe Limmer, ZEV 2004, 133, 140 m. w. N.

### 3. Gestaltungsmöglichkeiten

Eine insolvenzfeste Nachlassgestaltung wird ohne das klassische Gestaltungsmittel der (nicht befreiten) Vor- und Nacherbschaft (in Verbindung mit der Anordnung von Testamentsvollstreckung) oder der Zuwendung pfändungssicherer Rechte (wie z. B. einem Wohnungsrecht) nicht auskommen.<sup>17</sup> Erwähnenswert ist hierbei die von *Litzenburger* vorgeschlagene „Befreiungslösung“ im Zusammenhang mit der Errichtung von Bedürftigentestamenten (Hartz-IV-Empfängern),<sup>18</sup> die auch beim Überschuldetentestament Verwendung finden kann. Demnach wird der Bedürftige zunächst zum nicht befreiten Vorerben eingesetzt und Testamentsvollstreckung angeordnet. Sodann wird nicht die Vorerbschaft auflösend bedingt gestaltet, sondern nur der Umfang der Verfügungsmöglichkeiten über den Nachlass. Angewendet auf den Fall von Überschuldeten, könnte der Vorerbe zunächst als nicht befreiter Vorerbe (mit angeordneter Testamentsvollstreckung) und aufschiebend bedingt durch die Erteilung der Restschuldbefreiung zum befreiten Vorerben (mit Entfall der Testamentsvollstreckung) eingesetzt werden. Damit würden die Risiken, die bei einer aufschiebend bedingten Vollerbeneinsetzung einhergehen,<sup>19</sup> ausgeschaltet. Eine Nachtragsverteilung dürfte nicht in Betracht kommen. Diese Lösung ist m. E. auch der mit großer Rechtsunsicherheit verbundenen sog. Motiv- oder Anfechtungslösung,<sup>20</sup> deutlich überlegen.

Wer dennoch im Einzelfall eine „Vermächtnislösung“ bevorzugt (z. B. weil dem Überschuldeten aus dem Nachlass ohnehin keine allzu hohen Werte zugewandt werden sollen), sollte bei der Gestaltung zugunsten Überschuldeter Folgendes berücksichtigen:

Der Anfall des Vermächtnisses sollte aufschiebend bedingt durch die Aufhebung des Insolvenzverfahrens erfolgen.<sup>21</sup> Ferner muss aufgrund der geänderten Gesetzeslage<sup>22</sup> zum 1.1.2010 die Verlängerung der Verjährungsfrist angeordnet werden, vorzugsweise auf 30 Jahre. Schließlich sollte noch erwogen werden, das Vermächtnis unter eine auflösende Bedingung zu stellen. Bedingung ist die Anordnung der Nachtragsverteilung bei Geltendmachung des Vermächtnisses nach Abschluss des Insolvenzverfahrens. Hierbei ist allerdings zu beachten, dass ein Vermächtnis unter einer auflösenden Bedingung der Bedeutung eines Nachvermächtnisses zukommt<sup>23</sup> und damit trotz dieser Bedingung ein Zugriff im Wege der Nachtragsverteilung bestehen könnte.<sup>24</sup>

<sup>17</sup> Siehe allgemein zum Überschuldetentestament *Tersteegen*, MittBayNot 2010, 105 ff.; *Limmer*, ZEV 2004, 1343 ff.; *Ivo*, ZErB 2003, 250, 256; *Hartmann*, ZNotP 2005, 82, 83 ff.; *Everts*, ZErB 2005, 353; *Engelmann*, Letztwillige Verfügungen zugunsten Verschuldeter oder Sozialhilfebedürftiger; *Kornelx*, Nachlassplanung bei Problemkindern, RdNr. 400 ff.; *DNotI-Report* 2006, 101; jeweils m. w. N.

<sup>18</sup> *Litzenburger*, ZEV 2009, 278, 280.

<sup>19</sup> Hierzu auch *Limmer*, ZEV 2004, 1333 140 ff. m. w. N.

<sup>20</sup> Vgl. *Litzenburger*, ZEV 2009, 278 279 ff. m. w. N.

<sup>21</sup> Der Anfall des Vermächtnisses muss nicht bis zur Aufhebung des Restschuldbefreiungsverfahrens hinausgezögert werden. Der Vermächtnisnehmer hat nach der BGH-Entscheidung ausdrücklich das Wahlrecht, ob er das Vermächtnis während der Wohlverhaltensperiode annimmt (und die Hälfte des Wertes abführt) oder ob er das Vermächtnis erst nach Ablauf der Wohlverhaltensperiode annimmt, wo ihn keine Herausgabeobliegenheit mehr trifft.

<sup>22</sup> Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts, siehe hierzu u. a. *Keim*, MittBayNot 2010, 85 ff.

<sup>23</sup> So zutreffend *Litzenburger* in BeckOK, § 2074 RdNr. 4.

<sup>24</sup> Die Situation und Risiken sind ähnlich wie bei der Einsetzung des Überschuldeten als Vorerben und aufschiebend bedingten Vollerben, wobei Bedingung die rechtskräftige Erteilung der Restschuldbefreiung nach § 300 InsO ist, siehe *Limmer*, ZEV 2004, 133, 140 f.

Formulierungsbeispiel<sup>25</sup>:

#### I. Vorbemerkung

Herr A ist überschuldet und befindet sich derzeit in Insolvenz. Das Insolvenzverfahren läuft beim Amtsgericht ... unter dem Az. ...

#### II. Vermächtnisanordnung

Ich, der Erblasser, beschwere meinen Erben mit folgendem Vermächtnis zugunsten Herrn A:

Herr A erhält vermächtnisweise zum Alleineigentum/ Alleinberechtigung folgendes:

... (=Bezeichnung des Vermächtnisgegenstandes)

Das Vermächtnis fällt erst mit Ablauf des oben unter Ziffer I. genannten Insolvenzverfahrens an und ist von da ab fällig. Die Vermächtnisanwartschaft ist bis zur Fälligkeit weder übertragbar noch vererblich. Der Vermächtnisanspruch soll erst in 30 Jahren ab seiner Fälligkeit verjähren. Die gesetzliche Verjährungsfrist wird insoweit verlängert.

Die Kosten und Steuern der Vermächtniserfüllung trägt der Vermächtnisnehmer. Einen Ersatzvermächtnisnehmer bestimme ich nicht.

Das Vermächtnis steht unter folgender auflösenden Bedingung: Es entfällt ersatzlos, wenn es bei Geltendmachung des Vermächtnisanspruchs nach Ablauf des Insolvenzverfahrens zur Nachtragsverteilung bzgl. des zugewandten Vermächtnisgegenstandes nach § 203 Abs. 1 Nr. 3 InsO kommen sollte.

#### III. Hinweise

Sollte der Erbfall während des unter Ziffer I. genannten Insolvenzverfahrens eintreten, weist der Notar daraufhin, dass trotz der vorstehend getroffenen Anordnungen die Gefahr einer Nachtragsverteilung bei Annahme des Vermächtnisses nach Ablauf des Insolvenzverfahrens nicht sicher auszuschließen ist. Insoweit sollte der Vermächtnisnehmer vor Geltendmachung seines Vermächtnisanspruchs rechtlichen Rat (z. B. beim Insolvenzgericht) einholen. Mit dem Erblasser wurden auch andere Gestaltungsmöglichkeiten zugunsten Überschuldeter erörtert, insbesondere die Anordnung von Vor- und Nacherbschaft und Testamentsvollstreckung. Dies wurde jedoch nicht gewünscht.

Mit den entsprechenden Hinweisen des Notars – im vorstehenden Sinne – dürfte diese Lösung keine Haftungsgefahr für den Notar begründen. Der überschuldete Vermächtnisnehmer hat die Zügel, egal in welchem Stadium der Erblasser verstirbt, in jedem Fall in der Hand. Vor einer voreiligen Geltendmachung seines Vermächtnisanspruches wird er durch den Hinweis in der Urkunde gewarnt. Ergänzend ist noch darauf hinzuweisen, dass selbst dann, wenn eine Nachtragsverteilung aufgrund der ab Erbfall bestehenden Anwartschaft rechtlich möglich sein sollte, das Gericht im Einzelfall immer noch nach § 203 Abs. 3 InsO von der Anordnung der Nachtragsverteilung absehen und den Vermächtnisgegenstand dem Schuldner überlassen kann, wenn dies mit Rücksicht auf den geringen Wert des Gegenstandes und die Kosten einer Nachtragsverteilung angemessen erscheint.

<sup>25</sup> Das Beispiel geht von einem sich in Insolvenz befindlichen Schuldner aus. Ist ein Insolvenzverfahren noch nicht angeordnet (besteht oder droht aber die Überschuldung), stellt sich noch das Problem der Pfändung der Vermächtnisanwartschaft, worauf ggf. gesondert hinzuweisen wäre. Bei pflichtteilsberechtigten Vermächtnisnehmern sollte noch ein Hinweis zu § 2307 Abs. 2 BGB (Möglichkeit der Fristsetzung durch den Erben) aufgenommen werden.

#### 4. Fazit

Die Entscheidung stärkt wieder einmal die Entschließungsfreiheit letztwillig Bedachter, was aus Sicht der notariellen Praxis ausdrücklich zu begrüßen ist. Erfreulich ist aus notarieller Sicht ferner, dass auch in anderen Bereichen die Entschließungsfreiheit durch die Rechtsprechung gestärkt wurde. So hat der BGH in einem grundlegenden Urteil<sup>26</sup> unter Hinweis auf seine Rechtsprechung zum Behindertentestament entschieden, dass ein Pflichtteilsverzicht eines behinderten Sozialleistungsbeziehers grundsätzlich nicht sittenwidrig ist.<sup>27</sup> In dieser ausführlich begründeten Entscheidung hat sich der BGH – in einem obiter dictum – auch gegen die Entscheidungen des OLG Stuttgart<sup>28</sup> und des OLG Hamm<sup>29</sup> gestellt, die im Einzelfall von der Sittenwidrigkeit einer Erbausschlagung eines behinderten Kindes ausgegangen sind.<sup>30</sup> Daher ist nun auch diese Streitfrage höchstrichterlich geklärt: Die Ausschlagung einer Erbschaft und eines Vermächtnisses sind grundsätzlich nicht sittenwidrig.<sup>31</sup> Darüber hinaus dürfte der Entscheidung auch zu entnehmen sein, dass das Recht zur Ausschlagung einer Erbschaft nicht auf den Sozialleistungsträger übergeleitet werden kann.<sup>32</sup>

**26** BGH, DNotZ 2011, 381 m. Anm. Ivo = ZEV 2011, 258 m. Anm. Zimmer; hierzu auch *Litzenburger*, FD-ErbR 2011, 314311; zur Vorinstanz vgl. OLG Köln, MittBayNot 2010, 401 m. Anm. *Litzenburger*, FD-ErbR 2010, 297734.

**27** In dem Sachverhalt, der der BGH-Entscheidung zugrunde lag, ging es um einen Pflichtteilsverzicht des Leistungsbeziehers (und der weiteren Kinder) nach dem Tod des erstversterbenden Elternteils, während beim Schlusserbfall der Leistungsbezieher zum nicht befreiten Vorerben eingesetzt und Testamentsvollstreckung über seinen Erbteil angeordnet wurde. Interessant ist nun im Anschluss an diese Entscheidung, ob auch ein vollständiger Verzicht des Leistungsbeziehers (also auch beim Schlusserbfall) mit vollständiger Enterbung des Leistungsbeziehers der Kontrolle nach § 138 BGB standhalten würde. Der BGH äußert sich hierzu leider nicht. Die allgemein gehaltene Begründung des BGH spricht aber für die Zulässigkeit des Verzichts auch in dieser Konstellation (ähnlich auch *Ivo*, DNotZ 2011, 388).

**28** OLG Stuttgart, NJW 2001, 3484.

**29** OLG Hamm, ZEV 2009 m. zust. Anm. *Leipold*.

**30** Ebenso wie der BGH bereits LG Aachen, NJW-RR 2005 307 m. Anm. *Ivo*, ZErB 2005, 1.

**31** Siehe hierzu u. a. *Vaupel*, RNotZ 2009, 497, 507 f.; *Menzel* (Fn. 5), S. 43 ff. jeweils m. w. N.

**32** So auch *Ivo*, DNotZ 2011, 387.

Die Stärkung dieser „negativen Erbfreiheit“<sup>33</sup> durch den BGH hat letztlich auch positive Auswirkungen auf die Gestaltungsfreiheit bei der Errichtung letztwilliger Verfügungen und bei der Gestaltung der vorweggenommenen Erbfolge<sup>34</sup>. Die in der Literatur viel beachtete Entscheidung des SG Dortmund<sup>35</sup>, dass in einem obiter dictum davon ausgegangen ist, dass die übliche Gestaltung des Bedürftigentestaments (nicht befreite Vorerbschaft und Dauervollstreckung) gegen die guten Sitten verstößt, dürfte damit hoffentlich eine Einzelmeinung geblieben sein. Richtigerweise ist dem vorgenannten BGH-Urteil zum Pflichtteilsverzicht des Sozialleistungsbeziehers auch zu entnehmen, dass auch sog. Bedürftigentestamente nicht sittenwidrig sind<sup>36</sup>. Gleiches hat nun auch für Überschuldentestamente zu gelten.

Wurde in meiner Anmerkung zum BGH-Beschluss vom 25.6.2009 noch die unheiltliche Behandlung der „erbrechtlichen Entschließungsfreiheit“ im Bezug auf Drittinteressen beklagt, so zeichnet sich nunmehr eine Linie der BGH-Rechtsprechung ab, die die Entscheidungsfreiheit letztwillig Bedachter (und Pflichtteilsberechtigter) stärkt. Gleichwohl ist in manchen Bereichen nach wie vor Vorsicht angezeigt, insbesondere im Bereich des Sozialhilferechts, wo seitens des BGH sogar – unter vollständiger Aufhebung der „negativen Erbfreiheit“ – die Überleitung des Pflichtteilsanspruchs auf den Sozialhilfeträger für zulässig erachtet wird.<sup>37</sup> Auch die vorausgezeigte Problematik der Nachtragsverteilung bei Geltendmachung des Vermächtnisanspruchs nach Ablauf des Insolvenzverfahrens zeigt: „Es ist nicht alles Gold, was glänzt.“

**33** So ausdrücklich BGH, ZEV 2011, 258.

**34** Vgl. *Litzenburger*, FD-ErbR 2011, 314311.

**35** SG Dortmund, ZEV 2010, 54 m. abl. Anm. *Keim.*; hierzu auch *Tersteegen*, MittBayNot 2010, 105 ff.; *Klühs*, ZEV 2011, 15 ff.; *Litzenburger*, FD-ErbR 2009, 291784.

**36** So zutreffend *Litzenburger*, FD-ErbR 2011, 314311; kritisch *Zimmer*, ZEV 2011, 263.

**37** BGH, ZEV 2005, 117 ff.; BGH, ZEV 2006, 76 = MittBayNot 2006, 340. Näher hierzu u. a. *Menzel* (Fn. 5), S. 193 ff.; *Vaupel*, RNotZ 2009, 497, 517 ff. jeweils m. w. N.; vgl. hierzu auch *Zimmer*, ZEV 2011, 262 f., der zu Recht kritisiert, dass der BGH nicht erklärt, wie sich seine neue Entscheidung zum Pflichtteilsverzicht des Sozialleistungsbeziehers hiermit vereinbaren lässt.

# Gegenwartsprobleme der Sicherungsgrundschuld

– zugleich Besprechung von Gaberdiel/Gladenbeck, Kreditsicherung durch Grundschulden, Erich Schmidt, 9. Aufl. 2010, 69,80 €<sup>1</sup> –

Von Notar *Michael Volmer*, Obernburg a. Main

Mit der 9. Auflage dieses Standardwerks zur Grundschuld bringt *Martin Gladenbeck*, Syndikusanwalt beim Sparkassenverband Bayern, sein Handbuch auf den Stand November 2010. Er verantwortet die Fortschreibung des von *Heinz Gaberdiel* begründeten Buches bereits seit der 8. Auflage. Ebenfalls seit der Voraufgabe wird das ehemals allein vom Sparkassenverlag herausgegebene Buch in Lizenz für den „freien“ Markt vom Erich Schmidt Verlag in Berlin angeboten.

## I. Allgemeines

*Gladenbeck* hatte bei der Neuauflage insbesondere die Auswirkungen des Risikobegrenzungsgesetzes auf die Grundschuld einzuarbeiten, ebenso die Entscheidung des BGH vom 30.3.2010 zur Klauselumschreibung nach Abtretung.<sup>2</sup> Das ließ das Werk um 40 Seiten auf 699 Seiten wachsen, wovon aber zehn Seiten auf einen umfangreicheren Anhang der Formularmuster entfallen.<sup>3</sup> Aus seiner Sicht des Bankpraktikers behandelt *Gladenbeck* weiterhin in umfassender und bewährter Weise alle Facetten der Grundschuld als Kreditsicherungsmittel einschließlich des typischerweise mitenthaltenen Schuldanerkenntnisses (Kapitel 10<sup>4</sup>). Inbegriffen sind eine kurze Darstellung des Grundbuchverfahrens (Kapitel 3, 4), soweit es für Bestellung und Eintragung der Grundschuld maßgeblich ist, wie auch ein Grundriss zu den Auswirkungen des neu geordneten Verbraucherkreditrechts auf das dingliche Recht (Rdnr. 576–583.4). Die Durchsetzung der Grundschuld durch Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung kommt gleichfalls nicht zu kurz (Kapitel 32–42).

Die Optik des Buches gefällt. Die Zitate sind in Fußnoten abgesetzt, so dass der laufende Text flüssig lesbar bleibt und nicht von Klammereinschüben unterbrochen wird. Die Rechtsprechung wird mit vollem Aktenzeichen, Datum und Parallelfundstellen zitiert, wobei sowohl bank-, notar- wie rechtspflegergängige Zeitschriften berücksichtigt sind. Die Randnummerierung wurde beibehalten und um Einschübe („306.9“) ergänzt. Das erscheint auf den ersten Blick eigentümlich, hat aber ersichtlich den Vorteil, dass ältere Verweise auf *Gaberdiel/Gladenbeck* zielführend bleiben.

Die Aktualität des Buches sei exemplarisch an einigen jüngst aufgetretenen Problemstellungen erörtert.

## II. Bestellung der Grundschuld

### 1. Einfluss des Güterstandes

Die privat- und öffentlichrechtlichen Verfügungsbeschränkungen erörtert *Gladenbeck* im 6. Kapitel.<sup>5</sup> Zu § 1365 BGB stellt er die herrschende Meinung dar, die eine Gesamtvermögensverfügung auch bei (nahezu) wertausschöpfender Belastung annimmt. Die subjektive Theorie des BGH zu § 1365 BGB hätte man etwas klarer wiedergeben können. Tatsächlich ist ihre Auswirkung auf die Bankenpraxis aber ohnehin

zweifelhaft, da sich die Kreditinstitute wohl üblicherweise einen Gesamtvermögensüberblick verschaffen. Als eines der wenigen Desiderata hätte man sich zudem eine Erwähnung des kommenden Güterstandes des deutsch-französischen Wahlgüterstandes der Wahl-Zugewinnungsgemeinschaft gewünscht.<sup>6</sup> Aufgrund der bereits bestehenden völkerrechtlichen Bindung gegenüber der Französischen Republik steht eine Verweigerung im Gesetzgebungsverfahren nicht zur Debatte. In diesen Güterstand wurde das Zustimmungserfordernis des Ehegatten inhaltlich mit ganz anderer Akzentuierung übernommen als das einerseits viel zu weitgehende, andererseits infolge der subjektiven Auslegung dann aber auch weitgehend erfolglose<sup>7</sup> Zustimmungserfordernis des § 1365 BGB.

Bezugspunkt nach § 1519 BGB-E i. V. m. Art. 5 Abs. 1 des Abkommens ist nämlich die Familienwohnung. Die lässt sich für außenstehende Dritte wesentlich leichter feststellen als die Gesamtvermögensquote des § 1365 BGB. Das führt zu der weiteren Frage, ob für die Wahl-Zugewinnungsgemeinschaft die subjektive Theorie dann aufrechterhalten werden kann.

*Gladenbeck*<sup>8</sup> hält die Sanierungsgenehmigung (§ 144 BauGB) nicht nur für die Bestellung des dinglichen Rechts, sondern auch bei jeder Änderung des Sicherungsvertrages für erforderlich. Darauf hat soeben *Graupeter* in WM 2011, 535 eingehend aufmerksam gemacht. Nach meinem Eindruck berücksichtigt die Bankenpraxis das nicht.

### 2. Kündigungserfordernis

Bei seiner Diskussion der neuen Fälligkeitsregelung<sup>9</sup> gemäß § 1193 Abs. 2 Satz 2 BGB widmet sich *Gladenbeck* vorrangig dem Ausspruch der Kündigung hinsichtlich Form und Berechtigung. Er folgt inhaltlich der herrschenden Meinung in ihrer Auffassung, dass die dingliche Kündigung nicht mit der schuldrechtlichen Darlehenskündigung deckungsgleich ist. Eine vorzeitige Kündigung hält er für wirksam, betont aber zugleich, dass sie eine Pflichtverletzung des Sicherungsvertrages darstelle: Aus der Sicherheit dürfe der Gläubiger erst bei drohendem Zahlungsrückstand vorgehen.<sup>10</sup> Auf die Frage, inwieweit § 1193 Abs. 2 Satz 1 BGB derzeit noch praktisch anwendbare Gestaltungsmöglichkeiten eröffnet, geht *Gladenbeck* zu Recht nicht ein. Von dieser Restgestaltungsfreiheit macht, soweit ich sehe, derzeit kein Kreditinstitut Gebrauch. Zum Widerspruch zwischen Kündigungsfrist in der Hauptsache und terminlich festgelegter, von Kündigung unabhängiger Zinsfälligkeit geht *Gladenbeck* leider nicht ein.<sup>11</sup>

<sup>1</sup> Rdnr. ohne weitere Angabe bezieht sich auf dieses Werk.

<sup>2</sup> MittBayNot 2010, 378.

<sup>3</sup> Insgesamt nun 70 Seiten.

<sup>4</sup> Bei der Erörterung der Verjährung des Schuldversprechens – Rdnr. 294 – fehlt allerdings ein Hinweis auf BGH, ZfIR 2010, 135 = WM 2010, 28.

<sup>5</sup> Rdnr. 173–219.

<sup>6</sup> Dazu BT-Drucks. 17/5126 vom 21.3.2011.

<sup>7</sup> Vgl. OLG München, MittBayNot 2008, 119.

<sup>8</sup> Rdnr. 214 bei Fn. 117.

<sup>9</sup> Rdnr. 278.1–278.3.

<sup>10</sup> Rdnr. 278.2.

<sup>11</sup> Dazu *Clemente*, ZfIR 2008, 589; *Volmer*, MittBayNot 2009, 1.

### 3. Pfanderstreckung

Nach der Rechtsprechung des BGH<sup>12</sup> kann im Falle der Pfanderstreckung hinsichtlich des bereits belasteten Grundbesitzes die frühere Fälligkeitsbestimmung beibehalten werden. § 1193 Abs. 2 Satz 2 BGB gilt nur für das nachverpfändete Grundstück. Dieser Auffassung schließt sich *Gladenbeck* an.<sup>13</sup>

### 4. Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung

Auch *Gladenbeck* hält die sofortige Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung unmittelbar nach Beurkundung jedenfalls dann für zulässig, wenn die Grundschuldurkunde einen Nachweisverzicht enthält.<sup>14</sup> Dem hat sich soeben das LG Essen<sup>15</sup> als erste instanzgerichtliche Entscheidung im Versteigerungsverfahren angeschlossen.<sup>16</sup> Fehlt ein solcher Nachweisverzicht, hält *Gladenbeck* die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung unmittelbar nach Kündigung – aber ohne Abwarten der Kündigungsfrist – für zulässig, wenn in der vollstreckbaren Ausfertigung die Daten zur Berechnung der Kündigungsfrist enthalten sind.<sup>17</sup> Dann sei die Prüfung gemäß § 751 ZPO dem Vollstreckungsorgan überantwortet.

### 5. Vollmacht

Die maßgeblichen jüngeren Entscheidungen des BGH<sup>18</sup> zur Einschaltung von Bevollmächtigten in einer von Widersprüchen nicht ganz freien Rechtsprechungslinie stellt *Gladenbeck* in Kapitel 11.2 dar. Bei Abgabe der Vollstreckungsunterwerfung muss der Bevollmächtigte sich noch nicht durch eine öffentlich-beglaubigte Vollmacht legitimieren. Allerdings darf die vollstreckbare Ausfertigung erst nach Vorlage einer förmlichen Vollmacht erteilt werden.<sup>19</sup>

Andernfalls kann die Vollstreckungsklausel auf Erinnerung hin kassiert werden.<sup>20</sup> Hier sehe ich einen Widerspruch zur Entscheidung des V. Senats vom 10.4.2008<sup>21</sup>: Darin wurde nämlich eine Heilung durch nachträgliche Zustellung der Vollmacht für möglich gehalten.

### 6. Klauselumschreibung nach Abtretung

Die Probleme der Grundschuldabtretung bzw. der Nachweiserfordernisse zur Klauselumschreibung stellt *Gladenbeck* auf sechs Seiten dar.<sup>22</sup> Die von der Literatur vorgeschlagenen und in der Praxis angewandten Lösungsmöglichkeiten werden erörtert. Naheliegenderweise favorisiert *Gladenbeck* bei der einverständlichen Umschreibung die von *Stürner*<sup>23</sup> umfassend aufgearbeitete Überlegung, solche Fälle von vorneherein aus dem Anwendungsbereich der BGH-Rechtsprechung<sup>24</sup> herauszunehmen und die Vorfrage, ob ein solcher Fall vorliegt, im

Freibeweis zu klären. Mit dieser Argumentation würde nämlich das Informationsgebot des § 751 ZPO zurückgedrängt. Allerdings hat der VII. Zivilsenat des BGH diese Frage zwischenzeitlich für alle praktischen Zwecke aus dem Klauselerteilungsverfahren herausgenommen, die Nachweisprobleme und Anwendungsfragen haben sich weitgehend – für den Bereich der notariellen Mitwirkung vollständig – erledigt.<sup>25</sup>

## III. Probleme des Sicherungsvertrages

### 1. Parteien des Sicherungsvertrages

In Rdnr. 645 wendet sich *Gladenbeck* der Auffassung des BGH zu, dass bei Mehrpersonenverhältnissen (Eigentümer ist vom Darlehensnehmer personenverschieden) die Person des Sicherungsgebers regelmäßig nach dem Darlehensvertrag zu bestimmen sei.<sup>26</sup> Diese Auffassung entspricht zwar der herrschenden Meinung, wird beispielsweise auch von *Clemente* favorisiert,<sup>27</sup> vermag aber m. E. aus den Überlegungen von *Gladenbeck* heraus<sup>28</sup> nicht zu überzeugen. Sie stellt vielmehr den Eigentümer schutzlos. Es geht entgegen der Ansicht des BGH nicht primär um einen etwaigen Ausgleich zwischen Schuldner und Eigentümer im Innenverhältnis, sondern vorrangig darum, den Eigentümer nicht einer unkontrollierten Kreditaufnahme auszuliefern. Dies zeigt überzeugend ein dem DNotI zur Stellungnahme unterbreiteter Sachverhalt, in welchem ein Arbeitgeberdarlehen an den Ehemann durch ein Grundpfandrecht am gemeinschaftlichen Eigenheim abgesichert wurde. Ist es tatsächlich richtig, sämtliche Rückgewähransprüche und damit den alleinigen Einfluss auf eine Neuvaluierung auf die Person des Ehemannes zu konzentrieren? Ich habe für mich aus diesem Urteil jedenfalls die Folgerung gezogen, in offensichtlichen Drittsicherungsfällen die Urkunde um die Festlegung zu ergänzen, dass der Eigentümer als Sicherungsgeber der Grundschuld agiert.

### 2. Einfluss auf Neuvaluierung

Rückgewähransprüche können abgetreten werden. Der Zessionar der Rückgewähransprüche hat aber bei einer weiten Sicherungsabrede keine Möglichkeit, die Fälligkeit der Rückgewähransprüche herbeizuführen bzw. Neuvaluierungen zu verhindern. Bei einer weiten Sicherungsabrede ist die Zustimmung des Zessionars für eine Neuvaluierung nicht erforderlich.<sup>29</sup> Dies geht nur bei einer engen Sicherungsvereinbarung.<sup>30</sup> In diesem Fall bedarf die Neuvaluierung bei offengelegter Zession (§ 407 BGB) der Zustimmung der Rückgewährgläubiger.<sup>31</sup> Offenbar drängen nachrangige Gläubiger deswegen auf die Festlegung enger Sicherungsvereinbarungen zwischen Eigentümer-Schuldner und erstrangigem Gläubiger.

### 3. Abtretung der Rückgewähransprüche und Insolvenz des Eigentümers

Nur am Rande erwähnt *Gladenbeck*<sup>32</sup> das aufgekommene Problem, ob bei einer weiten Sicherungsvereinbarung die

<sup>12</sup> DNotZ 2010, 683 = MittBayNot 2011, 56 m. Anm. *Waldner*.

<sup>13</sup> Rdnr. 386.

<sup>14</sup> Rdnr. 305.1.

<sup>15</sup> Rpfleger 2011, 288.

<sup>16</sup> Die von *Gladenbeck* in Rdnr. 309, Fn. 42 zitierte Entscheidung des LG Lübeck, Rpfleger 2009, 451 betraf das Grundbuchverfahren.

<sup>17</sup> Rdnr. 305.1 in Fn. 6.

<sup>18</sup> MittBayNot 2007, 337; MittBayNot 2008, 406.

<sup>19</sup> Rdnr. 314, 316; BGH, MittBayNot 2008, 406.

<sup>20</sup> BGH, ZfIR 2008, 512 (VII. ZS). Diese Entscheidung erwähnt *Gladenbeck* allerdings nicht.

<sup>21</sup> ZfIR 2008, 468, bei *Gladenbeck* Rdnr. 317 in Fn. 88.

<sup>22</sup> Rdnr. 306.1–306.9.

<sup>23</sup> JZ 2010, 774.

<sup>24</sup> MittBayNot 2010, 378 m. Anm. *Volmer*.

<sup>25</sup> BGH, Beschluss vom 29.6.2011, VII ZB 89/10. Zur Veröffentlichung in MittBayNot Heft 6/2011 vorgesehen.

<sup>26</sup> Zuletzt bekräftigt in DNotZ 2010, 375.

<sup>27</sup> ZfIR 2010, 93.

<sup>28</sup> Rdnr. 645: Der Eigentümer wolle dem Schuldner in der Regel nicht den Wert der Grundschuld auf Dauer belassen.

<sup>29</sup> Rdnr. 732, 884.

<sup>30</sup> Rdnr. 886.

<sup>31</sup> Die abweichende Begründung des OLG München, DNotZ 1999, 744 lehnt *Gladenbeck* zu Recht ab, vgl. Rdnr. 887 in Fn. 45.

<sup>32</sup> Rdnr. 859.

nachfolgende Abtretung der Rückgewähransprüche insolvenzfest ist oder nicht. Der von *Gladdenbeck* zitierten Entscheidung des OLG Celle<sup>33</sup>, wonach die Abtretung nicht insolvenzfest ist, hat sich nämlich zwischenzeitlich das OLG Hamm<sup>34</sup> inhaltlich angeschlossen, wenngleich ohne Diskussion des Sachzusammenhangs und ohne Verweis auf die Entscheidung des OLG Celle. Sollte diese Linie vom BGH bestätigt werden, hätte sie erhebliche Auswirkungen auf den Beleihungswert im zweiten Rang. Die Zuteilungsreihenfolge lautet dann nämlich nicht mehr erste Bank/zweite Bank, sondern erste Bank/Insolvenzverwalter/zweite Bank, soweit der Erlös den Nominalbetrag der erstrangigen Grundschuld nebst Zinsen abdeckt. Allerdings sind gegen diese Linie berechnete Einwände dargestellt.<sup>35</sup>

#### 4. Pflicht zur Geltendmachung der gesamten Grundschuld

Für Unruhe sorgte weiter die Annahme des OLG München, dass der vorrangige Gläubiger in jedem Fall verpflichtet sei, immer den vollen Gesamtbetrag der Grundschuld nebst Zinsen und Nebenleistungen geltend zu machen.<sup>36</sup> Hier wäre ein weiteres Monitum anzubringen: *Gladdenbeck*<sup>37</sup> ordnet diese Entscheidung des OLG München in die bisher nicht angegriffene Linie des BGH ein, bei einem zwischenzeitlichen Eigentumswechsel durch Zuschlag die volle Geltendmachung des Gesamtbetrages zu verlangen.<sup>38</sup> Der Sachverhalt hätte diese Begründung zwar hergegeben,<sup>39</sup> das OLG München wollte aber ausdrücklich den allgemeinen Rechtssatz aufstellen, dass immer und in jedem Fall der volle Gesamtbetrag geltend gemacht werden müsse.<sup>40</sup> Dieser Begründung ist der BGH zwar nicht gefolgt, er hat seinerseits allerdings ebenfalls mit einer argumentativ zweifelhaften Entscheidung geurteilt,<sup>41</sup> so dass weitere Unsicherheit geschürt wird. Die Revisionsentscheidung des BGH konnte von *Gladdenbeck* allerdings nicht mehr berücksichtigt werden.

### IV. Ablösung der Grundschuld

#### 1. Ablösung bei Verkauf

Für die notarielle Praxis bedeutsam könnte auch eine weitere Rechtsprechungslinie werden, wonach bei einem freihändigen Verkauf aus der Insolvenz heraus nachrangige Schornsteinhypotheken nicht durch Zahlung aus dem Kaufpreis abgelöst werden dürften.<sup>42</sup> Dies läuft nach Ansicht des BGH

dem Insolvenzweck der gleichmäßigen Befriedigung aller Schuldner zuwider.<sup>43</sup> In die gleiche Kerbe haut das LG Regensburg,<sup>44</sup> indem es dem Insolvenzverwalter gegen einen solchen nachrangigen Gläubiger Mitwirkungsansprüche auf Aufhebung/Löschung der Grundschuld – konkret auf Herausgabe des Grundschuldbriefe – aus § 242 BGB zugesteht.<sup>45</sup> Hier hätte man sich Gestaltungsvorschläge gewünscht, um den Schornsteinhypothekar zur Mitwirkung am freihändigen Verkauf zu bewegen. Zum Glück gilt diese Rechtsprechung nur in der Insolvenz, nicht bei den weitaus häufigeren Fällen des Verkaufs aus der Einzelzwangsvollstreckung heraus.<sup>46</sup>

#### 2. Tilgung bei fehlender Fälligkeit

Schließlich geht *Gladdenbeck* auf die Fälle der teilvalutierten Grundschuld in der Zwangsversteigerung ein. Der Ersteher muss den gesamten Nominalbetrag einschließlich dinglicher Zinsen übernehmen. Für ihn ist deswegen eine sehr schnelle Zahlung wünschenswert, wobei sich die allerdings auch nicht ansatzweise diskutierte Frage stellt, wie angesichts der eigentlich beidseitigen Kündigungsfrist des § 1193 Abs. 2 Satz 2 BGB eine Zahlung vor Ablauf der Kündigungsfrist möglich sein soll.

### V. Abschließende Betrachtung

Die Neuauflage wird dem Anspruch, den das Werk in den Vorauslagen erworben hat, in vollem Umfang gerecht. Dass man in einzelnen Punkten *Gladdenbeck* nicht folgen kann, gehört zur rechtswissenschaftlichen Auseinandersetzung dazu. Bemerkenswert fällt aber auf, dass sich *Gladdenbeck* gegenüber seiner beruflich vorgeprägten Sicht eine gewisse Distanz bewahren kann und Mäßigungsappelle an die Kreditpraxis richtet.<sup>47</sup> Damit zur entscheidenden Frage: Kaufen – ja oder nein? Man tut dem Werk vermutlich kein Unrecht mit der Feststellung, dass es aus Sicht der notariellen Praxis „überdimensioniert“ ist. Das Notariat dürfte auch nicht primär Adressat des Werkes sein. In weiten Teilen, etwa bei der Verwertung abgetretener Rückgewähransprüche oder in der Versteigerung, würden sich die Kreditinstitute die Einmischung des Notars auch eher verbitten. Also: Die Abwicklung üblicher Grundschulden lässt sich gut mit den Anweisungen bewältigen, welche die Notarhandbücher in ihren Grundschuld-Kapiteln enthalten. Wer sich aber darüber hinaus mit Grundpfandrechten beschäftigt und die gängige Praxis und Rechtsprechung kritisch hinterfragen will, kommt am *Gabardiell/Gladdenbeck* auch als Notar nicht vorbei.

<sup>33</sup> WM 2010, 1976.

<sup>34</sup> ZIP 2011, 188 (mit zust. Bespr. *Rendels/Körner*, EWiR 2011, 159).

<sup>35</sup> *Jähne/Witte*, Rpfleger 2011, 113 haben gegenüber dem OLG Celle etwa darauf hingewiesen, dass nach dem mitgeteilten Sachverhalt schon zuvor die Kredite gekündigt worden waren und sich damit die Sicherungsvereinbarung in eine enge Zweckerklärung umgewandelt habe.

<sup>36</sup> ZfIR 2010, 632.

<sup>37</sup> Rdnr. 1156, 760.

<sup>38</sup> Dazu zustimmend Rdnr. 760.

<sup>39</sup> *Volmer*, ZfIR 2010, 683.

<sup>40</sup> Die Argumentation zum Eigentumswechsel durch Zuschlag spielte also für das OLG gar keine Rolle.

<sup>41</sup> NJW 2011, 1500.

<sup>42</sup> Rdnr. 1097.1.

<sup>43</sup> WM 2008, 937. Diese Rechtsprechung halte ich für zweifelhaft. § 1136 BGB gestattet dem Eigentümer ausdrücklich jede weitere Beleihung, ohne dass es auf irgendwelche Werte ankäme. Auch der Insolvenzverwalter hat primär nur Ansprüche auf Versteigerung des Grundstücks. Hier dürfte dann der Schornsteinhypothekar natürlich ausfallen. Die Insolvenzweckwidrigkeit ist im Übrigen gleichfalls fraglich, da ja der nachrangige Gläubiger rechtstechnisch ein Absonderungsrecht „Grundschuld“ innehat.

<sup>44</sup> WM 2010, 316.

<sup>45</sup> Den Klageantrag auf Herausgabe der Grundschuldbriefe hält *Gladdenbeck* in Rdnr. 1097.1 zu Recht für nicht zielführend – das ist aber nicht dem LG geschuldet.

<sup>46</sup> Rdnr. 1097.1.

<sup>47</sup> Etwa Rdnr. 284 zur Festlegung der dinglichen Zinsen.

## TAGUNGSBERICHT

### Verbriefung und Zession im Recht der Grundschuld

Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht am 2.2.2011

Von *Christine Milger*, München

Am 2.2.2011 fand die zweite Tagung des Wintersemesters 2010/11 der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München statt. Das Thema der Veranstaltung lautete „Verbriefung und Zession im Recht der Grundschuld“.

Der geschäftsführende Direktor der Forschungsstelle für Notarrecht Professor Dr. *Johannes Hager* begrüßte das Auditorium, führte in die Thematik ein und stellte die Referenten vor. Bevor er das Wort dem Münchener Notar a. D. Dr. *Hans Wolfsteiner* erteilte, dankte er der Landesnotarkammer Bayern sowie der Notarrechtlichen Vereinigung e. V. für ihre finanzielle Unterstützung.

„Die sog. Verbriefung grundschuldgesicherter Forderungen“ war der Titel des ersten Referats. *Wolfsteiner* stellte voran, dass die Abtretung grundpfandrechtlich gesicherter Forderung auch bei ordnungsgemäßer Bedienung weder eine Verletzung des Sicherungsvertrags noch eine Unwirksamkeit der Abtretung bedeute. Vielmehr lege der XI. Zivilsenat des BGH in seinem Urteil vom 30.3.2010 (Az.: XI ZR 200/09 = MittBayNot 2010, 378) dem Notar bei die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung für den Rechtsnachfolger nun besondere Prüfungspflichten auf, die er aber bloß vage formuliere.

*Wolfsteiner* begann mit Ausführungen zum Refinanzierungsregister der §§ 22 a ff KWG. Den Vorschriften liege die Konstellation zugrunde, dass ein Kreditinstitut grundschuldgesicherte Forderungen verkaufe. Dank Einschaltung der BNotK sei es zur ursprünglich geplanten Regelung – der publizitätslosen Abtretung außerhalb des Grundbuchs – nicht gekommen. Stattdessen sei nun die Eintragung der Grundschuld in das sog. Refinanzierungsregister vorgesehen. Diese Eintragung gebe dem Forderungskäufer zwar im Fall der Insolvenz des Kreditinstituts gemäß § 22j Abs. 1 Satz 1 KWG i. V. m. § 47 InsO ein Aussonderungsrecht. Ansonsten sei das Refinanzierungsregister aber weitgehend unbrauchbar, da der Forderungskäufer nicht vor Verfügungen des Grundschuldinhabers geschützt sei und darüber hinaus ohne Hilfe des Zessionars nicht aus der Grundschuld vorgehen könne.

Damit leitete *Wolfsteiner* zum Schwerpunkt seines Vortrags, der Verbriefung, über. Kurz erläuterte er den Begriff Verbriefung, der im Jargon der modernen Finanzwelt bedeute, nicht handelbare Gegenstände – insbesondere nicht börsenhandelbare – in handelsfähige Wertpapiere zu konvertieren. Sodann ging er auf die Hintergründe der Verbriefung ein und führte aus, dass die Motivation eines Kreditinstituts, Forderungen zu verbrieften, im Erfordernis der Erfüllung bestimmter Eigenkapitalquoten zu finden sei. Aus diesem Grund bestehe ein Interesse der Banken, ihr Eigenkapital zu erhöhen, wobei die Veräußerung notleidender Kredite sowohl das Eigenkapital erhöhe als auch die erforderliche Eigenkapitalquote reduziere. An dieser Stelle schob *Wolfsteiner* einen Abriss zur jungen Geschichte und zu den Hintergründen der Verbriefungen in Deutschland ein. Er erläuterte, dass das Hypothekendarlehen bis 2003 das in Deutschland führende Refinanzierungsinstrument im Bereich der Immobilienfinanzierung

und -beleihung gewesen sei. Dabei stellte er die Vorzüge, die das Hypothekendarlehen sowohl für Darlehensnehmer als auch für Refinanzierer aufweise, heraus. Aufgrund der gesetzlich vorgesehenen Verbindung zwischen Hypothekendarlehenbestand und Pfandbriefbank als auch der niedrigen Beleihungsgrenze, biete es für die Beteiligten höchste Sicherheit. Im Jahr 2005 sei das Pfandbriefsystem in der Weise liberalisiert worden, dass fortan einerseits grundsätzlich alle Kreditinstitute Pfandbriefe ausgeben könnten und die Hypothekendarlehenbanken andererseits nicht mehr in ihrer Tätigkeit auf das Pfandbriefgeschäft beschränkt seien, sondern auch risikotragende Geschäfte durchführen könnten. Parallel dazu hätten sich auf dem Weltfinanzmarkt – aufgrund des Bedürfnisses nach Refinanzierungsmitteln – forderungsbesicherte Wertpapiere (Asset-backed-Securities – ABS) sowie deren Spezialform Mortgage-Backed-Securities (MBS) entwickelt. Keines könne jedoch im Verhältnis zum Pfandbriefsystem dieselbe hohe Sicherheit gewährleisten. Wegen der bereits erwähnten Eigenkapitalproblematik, der beschränkten Beleihungsgrenze der Hypothekendarlehen sowie deren verhältnismäßig geringer Marge, habe man jedoch auch in Deutschland auf die neuen Modelle zurückgegriffen. Hierzu werde zunächst eine Gesellschaft zu dem Zweck gegründet, welche die zu verbrieften Forderungen ankaufe. Diese sog. Zweckgesellschaft (Special Purpose Vehicle – SPV) finanziere den Ankauf ihrerseits durch die anschließende Ausgabe von Wertpapieren, was die eigentliche Verbriefung (Securification) darstelle. Aus Sicht des deutschen Rechts lägen den Wertpapieren Inhaberschuldverschreibungen zugrunde. Die vertraglichen Bestimmungen zielten einerseits darauf ab, das Vermögen des SPV möglichst insolvenzfest auszugestalten, indem keine sonstigen Verpflichtungen eingegangen würden, damit keine Drittgläubiger existierten. Andererseits seien die Bonds regelmäßig mit sog. non-Petition-Klauseln ausgestattet, um die Insolvenzantragsstellung durch die Wertpapierinhaber auszuschließen.

Die Probleme der Forderungsbündelung in einer Zweckgesellschaft lägen darin, dass in dem Forderungsbündel auch notleidende oder schlecht bzw. gar nicht gesicherte Forderungen enthalten sein könnten. Außerdem existiere kein allgemein gültiges Regelwerk, vielmehr gebe sich jeder Verbriefung seine eigenen Regeln in Bezug auf die Bonität der Forderungen etc. Daher sei der Erwerber solcher ABS/MBS auf die Bewertung von Rating-Agenturen angewiesen, deren Prüfungsmöglichkeit jedoch beschränkt sei. Auf der einen Seite, weil es weder im deutschen noch im angelsächsischen Rechtsraum eine gutgläubige Hypothekendarlehenbestellung gebe, was also hinsichtlich der Sicherungsmittel eine aufwendige Prüfung erfordere, die meist nicht durchgeführt werde. Auf der anderen Seite habe sich das tatsächliche Problem gestellt, dass die Nachfrage nach ABS/MBS zeitweise so groß gewesen sei, dass eine entsprechende Prüfung aus Zeitgründen ausgeschlossen gewesen sei. Eine zwangsweise Verwertung von Mortgages sei in der Vergangenheit teilweise daran geschei-



tert, dass die Berechtigung nicht hinreichend dokumentiert war (Dokumentationsdefizit).

Nach Ankauf und Bündelung der Forderungen würden die Schuldverschreibungen strukturiert. Das bedeute, dass die Bonds in mindestens zwei Tranchen ausgegeben würden. Die Tranchen stünden in strenger Hierarchie zueinander, so dass die zweite Tranche den Risikopuffer für die erste bilde.

In seinem Schlusswort gab *Wolfsteiner* mit einem Zitat der allgemeinen Sparkassenbedingungen zu bedenken, ob den dort genannten Grundsätzen nicht besser zur Geltung geholfen werden könne und sollte.

Den zweiten Vortrag „Der Verlust von Einreden außerhalb des Sicherungsvertrags durch Grundschuldzession – ein vernachlässigtes Risiko?“ hielt Notar *Johannes Hecht* aus Hengersberg.

In der Einleitung seines Referats hob *Hecht* die zentrale Funktion des Zivilrechts, einen angemessenen Interessenausgleich zwischen den Parteien zu schaffen, heraus. Sie trete beim Problemkreis grundpfandrechtlich gesicherter Forderungen besonders hervor; es seien das Gläubigerinteresse an der Verkehrsfähigkeit der Grundschuld und das Schutzinteresse des Sicherungsgebers vor einer doppelten Inanspruchnahme in Ausgleich zu bringen. Vor dem Hintergrund des Risikobegrenzungsgesetzes sowie der bereits erwähnten Entscheidung des XI. Zivilsenats des BGH vom 30.3.2010 sei zu analysieren, ob die Sicherungsgrundschuld, wie einmal von *Canaris* bezeichnet, weiterhin ein gefährliches Geschäft darstelle. Maßgeblich für diese Bewertung sei, inwieweit der Sicherungsgeber dem Zessionar Einreden außerhalb des Sicherungsvertrags entgegenhalten könne.

Zum Ausgangspunkt seiner Untersuchung nahm *Hecht* eine Entscheidung des BGH aus dem Jahr 1986 (NJW 1986, 1487), in der Ehegatten je hälftige Miteigentümer eines Hausgrundstücks waren. Zur Sicherung eines Darlehens des Ehemannes war das Grundstück mit einer Grundschuld belastet. Mit der Ehefrau hatte das Kreditinstitut die Vereinbarung geschlossen, sich vorrangig aus dem Miteigentumsanteil des Ehemannes zu befriedigen. Es stelle sich die Frage, ob die Ehefrau dem Zessionar die Einrede der vorrangigen Befriedigung entgegengehalten könne.

Vor Einführung des § 1192 Abs. 1a BGB durch das Risikobegrenzungsgesetz habe es bezüglich des Einredenerhalts nur die Regelung des § 1157 BGB gegeben. Maßgeblich sei folglich allein gewesen, ob der Zessionar gut- oder bösgläubig war. Gemäß des neuen § 1192 Abs. 1a BGB könnten bei der Sicherungsgrundschuld die Einreden aus dem Sicherungsvertrag allerdings auch einem gutgläubigen Zessionar entgegengehalten werden. Dies gelte aufgrund der Entscheidung des XI. Zivilsenats des BGH, die den Eintritt in den Sicherungsvertrag verlange, auch für sog. Altfälle, d. h. für Grundschulden, die vor dem Inkrafttreten des Risikobegrenzungsgesetzes am 19.8.2008 abgetreten worden seien. Damit sei die soeben aufgeworfene Frage, ob die Einrede dem Zessionar entgegengehalten werden könne, dahingehend zu präzisieren, ob es sich bei der Einrede um eine aus dem Sicherungsvertrag i. S. d. § 1192 Abs. 1a BGB bzw. des BGH-Urteils handele.

*Hecht* erläuterte, dass eine Einrede aus dem Sicherungsvertrag, d. h. eine sicherungsvertragliche Einrede vorliege, wenn sie sich gegen Bestand und Durchsetzbarkeit der Forderung richte. Man spreche daher auch von sog. forderungsbezogenen Einreden. Sonstige schuldrechtliche Einreden, die die unmittelbare Geltendmachung des dinglichen Rechts betreffen – z. B. die Stundung der Grundschuld oder die Verpflichtung zur vorrangigen Befriedigung aus dem sonstigen Vermögen –

nenne man hingegen eigentümerbezogene oder grundpfandrechtsbezogene Einreden. Auch die Gesetzesbegründung lege nahe, dass § 1192 Abs. 1a BGB ausschließlich die forderungsbezogenen Einreden betreffe. Ebenso verhalte es sich mit dem Urteil des BGH. Zwar gebe es in der Literatur auch Stimmen, wonach § 1192 Abs. 1a BGB im Einzelfall eigentümerbezogene Einreden erfasse, jedoch werde nicht klar präzisiert, wann ein solcher Einzelfall gegeben sei. Damit gelangte *Hecht* zu seiner Grundthese, dass Einreden außerhalb des Sicherungsvertrags keine Drittwirkung gemäß § 1192 Abs. 1a BGB entfalten.

Zur Unterstützung dieser These fuhr *Hecht* mit einem systematischen Vergleich zu den Einredetypen bei der Verkehrshypothek fort. Er stellte fest, dass dem Sicherungsvertrag bei der Verkehrshypothek nur eine reduzierte Bedeutung zukomme, da sich die Akzessorietät bereits aus § 1137 BGB ergebe. Jedoch sei auch hier ein Sicherungsvertrag erforderlich, da die Hypothek ansonsten – da ohne Rechtsgrund bestellt – nach Bereicherungsrecht rückforderbar sei. *Hecht* schlug daher vor – zur leichteren Abgrenzung – in diesem Zusammenhang nicht vom Sicherungsvertrag, sondern von der Bestellsabrede zu sprechen. Bei der Grundschuld hingegen sei es erforderlich, eine schuldrechtliche Verknüpfung zu schaffen; die Bestellsabrede sei hier nur unselbständiger Bestandteil des Sicherungsvertrags. Daraus ergebe sich das Zwischenergebnis, dass sicherungsvertragliche und eigentümerbezogene Einreden vollkommen unterschiedliche Einredetypen seien.

Anschließend schob *Hecht* einen Vergleich mit der Drittwirkungsbestimmung des § 22j Abs. 2 KWG ein. Denn anders als § 22j Abs. 2 Satz 2 KWG, der alle Einreden in Bezug nehme, sei in § 1192 Abs. 1a BGB nur von solchen aufgrund des Sicherungsvertrags die Rede, woraus zu schließen sei, dass es ansonsten bei der Regelung des § 1157 BGB bleibe.

Sodann fuhr *Hecht* mit Ausführungen zu den Wertungen des Gesetzgebers fort. § 1192 Abs. 1a BGB solle den Eigentümer davor schützen trotz ordnungsgemäßer Tilgung der Forderung von einem redlichen Zessionar aus der Grundschuld in Höhe des vollen Betrages in Anspruch genommen werden zu können. Zum Erreichen dieses Ziels sei die generelle Verhinderung des gutgläubigen einrededefreien Erwerbs, d. h. auch in Bezug auf eigentümerbezogene Einrede, weder erforderlich noch unter dem Gesichtspunkt der Publizität des Grundbuchs zu rechtfertigen. Somit gelangte *Hecht* zum Zwischenergebnis, dass zwar sowohl der Gesetzgeber als auch der XI. Zivilsenat das Problem des redlichen Wegerwerbs eigentümerbezogener Einreden übersehen hätten, dies jedoch grundsätzlich sachgerecht sei.

Daraufhin widmete sich *Hecht* dem ebenfalls durch das Risikobegrenzungsgesetz neu eingeführten § 1193 Abs. 2 Satz 2 BGB und dessen Verhältnis zu § 1192 Abs. 1a BGB. Hierzu warf er das Problem auf, dass die fehlende Fälligkeit der Grundschuld eine eigentümerbezogene Einrede sei und deshalb nach den bisherigen Erkenntnissen nicht von § 1192 Abs. 1a BGB erfasst werde und damit gutgläubig „wegerworben“ werden könne, mit der Folge, dass sich die beiden Vorschriften im Falle der Mehrfachabtretung einer sofort fälligen Eigentümergrundschuld aufhoben. Dieses Ergebnis sei unbefriedigend, da diese Einrede, wenngleich unter formalen Gesichtspunkten keine i. S. d. § 1192 Abs. 1a BGB, auch nicht auf einer besonderen schuldrechtlichen Vereinbarung zwischen Eigentümer und Zedent beruhe, sondern auf einer gesetzlichen Inhaltsbestimmung des dinglichen Rechts, die jeder Sicherungsgrundschuld anhafte. Die Einrede folge demnach aus der Eigenschaft als Sicherungsgrundschuld und sei

daher auch unabhängig vom öffentlichen Glauben des Grundbuchs. Aus diesem Grund, so argumentierte *Hecht*, solle man die eigentümerbezogene Einrede der mangelnden Fälligkeit der Sicherungsgrundschuld ausnahmsweise von § 1192 Abs. 1a BGB erfasst ansehen.

Im Anschluss daran nahm *Hecht* zu den rechtszerstörenden Einreden i. S. v. § 1169 BGB Stellung, die der Gesetzgeber in den Tatbestand des § 1192 Abs. 1a BGB einbeziehe, was insoweit bemerkenswert erscheine, als sich solche Einreden isoliert betrachtet nicht gegen die gesicherte Forderung, sondern ausschließlich gegen das dingliche Recht als solches richteten. Die Einbeziehung sehe er aber trotzdem als gerechtfertigt an, weil in diesen Fällen der Sicherungszweck endgültig entfalle, so dass der Eigentümer die Grundschuld zurückfordern könne, was er dem Zessionar gemäß § 1192 Abs. 1a BGB unabhängig von dessen Gutgläubigkeit einredeweise entgegenhalten könne. Systematisch seien die Einreden i. S. v. § 1169 BGB keine außerhalb des Sicherungsvertrags, sondern solche aufgrund des Sicherungsvertrags.

Als letzter Fallgruppe wendete sich *Hecht* den Einwendungen gegen das Grundpfandrecht zu, den sog. bestandsbezogenen Einreden, und prüfte die Anwendbarkeit des § 1192 Abs. 1a BGB sowie ob es bei dessen Unanwendbarkeit zu Schutzlücken komme. Eine doppelte Inanspruchnahme drohe in diesen Fällen jedoch nicht, da die Zahlung auf die Grundschuld,

so sie überhaupt vorkomme, auch eine sicherungsvertragliche Einrede begründe. Denn die herrschende Meinung gehe davon aus, dass bei Hingabe eines Grundpfandrechts erfüllungs- bzw. sicherungshalber gleichzeitig die gesicherte Forderung getilgt werde; wegen der doppelten Tilgungswirkung könne der Eigentümer auch dem gutgläubigen Zessionar die Einrede der nachträglichen Nichtvaluierung entgegenhalten. Entsprechendes gelte auch zugunsten des vom persönlichen Schuldner verschiedenen Eigentümers.

*Hecht* schloss seinen Vortrag mit dem Fazit, dass die Grundschuldbestellung auch nach dem Inkrafttreten des Risikobegrenzungsgesetzes und nach dem Urteil des BGH kein gefährliches Geschäft sei. Das Risiko der doppelten Inanspruchnahme nach Darlehenstilgung durch einen redlichen Zessionar sei durch das Risikobegrenzungsgesetz beseitigt worden und gelte nach BGH auch für sog. Altfälle. Zwar bestehe eine Schutzlücke bei nicht forderungsbezogenen Einreden, diese sei jedoch dogmatisch nachzuvollziehen und unter Wertungsgesichtspunkten hinnehmbar. So bleibe bei eigentümerbezogenen Einreden – bis auf die Ausnahme §§ 1193 Abs. 2 Satz 2, 1169 BGB – die Obliegenheit der Eintragung in das Grundbuch bzw. in den Grundschuldbrief.

Nach anschließender lebhafter Diskussion hatten die Teilnehmer und Referenten bei einem Empfang die Möglichkeit zum fachlichen und persönlichen Austausch.

## BUCHBESPRECHUNGEN

### Schippel/Bracker: BNotO. 9. Aufl., Vahlen, 2011. 1 029 S., 144 €

Der *Schippel/Bracker* geht in die nächste Runde. Der von Dr. *Ulrich Bracker*, Präsident der Landesnotarkammer Bayern und Notar in Weilheim, herausgegebene Standardkommentar zur BNotO ist nach fünf Jahren, die seit der Veröffentlichung der Voraufgabe vergangen sind, nunmehr bereits in 9. Auflage erschienen. Das Werk behandelt berufs-, standes- und organisationsrechtlichen Fragestellungen ausführlich und berücksichtigt alle in Deutschland vorzufindenden Notariatsverfassungen; dabei beschränkt sich die Kommentierung nicht – wie es der Titel vermuten lassen könnte – auf die BNotO, erläutert werden darüber hinaus die Dienstordnung für Notarinnen und Notare und die Richtlinienempfehlungen der BNotK. Berücksichtigt sind bereits das Gesetz zur Schaffung des Zentralen Testamentsregisters bei der BNotK, das Gesetz zur Modernisierung von Verfahren im anwaltlichen und notariellen Berufsrecht, das Gesetz zur Neuregelung des Zugangs zum Anwaltsnotariat sowie das Gesetz zur Neuregelung des notariellen Disziplinarrechts. Gerne wird man daher *Bracker* (im Vorwort) darin zustimmen, dass eine Neuauflage angesichts dieser Vielzahl an Gesetzesänderungen, die ihren sichtbaren Ausdruck auch in der (erneuten) Zunahme des Werkumfangs auf nunmehr 1 029 Seiten gefunden haben, unumgänglich war.

Neben dem Herausgeber *Bracker* gehören unverändert zum Autorenteam Dr. *Stefan Görk*, Notar in München, Prof. Dr. *Rainer Kanzleiter*, Notar a. D. in Neu-Ulm, Dr. *Joachim Püls*, Präsident der Notarkammer Sachsen und Notar in Dresden, Dr. *Christoph Reithmann*, Notar a. D. in Wolfratshausen, *Ulrich Schäfer*, Präsident der Westfälischen Notarkammer und Rechtsanwalt und Notar in Hamm, sowie *Sabine Schramm*, Rechtsanwältin in Velden. Die Kommentierung der bisher von Dr. *Reiner Lemke*, Richter am BGH, bearbeiteten Vorschriften wurde von Dr. *Ulrich Herrmann*, ebenfalls Richter am BGH, übernommen. Die bisher von Dr. *Jürgen Vollhardt*, Notar a. D. in Hersbruck, bearbeiteten Vorschriften wurden unter den übrigen Autoren aufgeteilt.

Wie in der Voraufgabe (8. Aufl. 2006, § 5 Rdnr. 2) vertritt *Görk* im Hinblick auf den Staatsangehörigkeitsvorbehalt des § 5 BNotO die bisher herrschende Auffassung, wonach dieser auch in Anbetracht der Niederlassungsfreiheit des Art. 43 EG (jetzt Art. 49 AEUV) nicht gemeinschaftsrechtswidrig ist. Diese Ausführungen wird man jedoch, so überzeugend sie in der Sache auch sein mögen, bedauerlicherweise schon jetzt der Rechtsgeschichte zuschreiben müssen: Durch das Urteil des EuGH vom 24.5.2011 in dem gegen die Bundesrepublik Deutschland angestrengten Vertragsverletzungsverfahren (Az. C-54/08 = DNotZ 2011,462 m. Anm. *Lorz*, DNotZ 2011, 491) ist bekanntlich letztinstanzlich festgestellt worden, dass die Bundesrepublik Deutschland gegen ihre Verpflichtung aus Art. 43 EG verstoßen hat, indem sie für den Zugang zum Beruf des Notars die deutsche Staatsangehörigkeit als Voraussetzung aufgestellt hat. Da nach Auffassung des EuGH die notarielle Tätigkeit nicht mit der unmittelbaren und spezifischen Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden ist, ist sie auch nicht gemäß Art. 45 Abs. 1 EG (jetzt Art. 51 AEUV) vom Anwendungsbereich des Art. 43 EG ausgenommen; unberührt davon bleibt freilich, dass der Notar öffentlicher Amtsträger (so der EuGH ausdrücklich in seiner offiziellen Pressemitteilung zu

dem Verfahren) und als solcher im Allgemeininteresse tätig ist. Ob und inwieweit die – ausdrücklich auf den Staatsangehörigkeitsvorbehalt beschränkte (vgl. Rdnr. 75 der Urteilsgründe) – Entscheidung des EuGH und deren Begründung in Zukunft Auswirkungen auf die Stellung und Aufgaben des Notars (§ 1 BNotO) haben wird, ist eine berufspolitisch spannende Frage. Jedenfalls verbleibt auch europarechtlich gesehen die Regelungskompetenz grundsätzlich beim nationalen Gesetzgeber. Dies ist eine durchaus gute Nachricht, die für die Zukunft des Notariats mehr Gewicht hat als der ad acta zu legende Staatsangehörigkeitsvorbehalt.

Auch die Kommentierung der Regelungen in den §§ 78 ff. BNotO zum Zentralen Testamentsregister, das zum 1.1.2012 bei der BNotK eingerichtet werden wird, stammt aus der Feder von *Görk*. Bedauerlich ist, dass die gemäß § 78 Abs. 2 Satz 2 BNotO vom Bundesministerium der Justiz zu erlassende Rechtsverordnung zum Zentralen Testamentsregister bis zum Redaktionsschluss noch nicht vorlag, so dass eine Kommentierung bzw. jedenfalls ein Abdruck nicht erfolgen konnte. Überzeugend stellt *Görk* die Vorteile des Zentralen Testamentsregisters gegenüber dem bisherigen dezentralen, auf Karteikarten basierten Benachrichtigungssystem in Nachlasssachen dar. Er zieht den Schluss, dass durch die Einführung des Zentralen Testamentsregisters das vom Gesetzgeber verfolgte Ziel, das Benachrichtigungswesen in Nachlasssachen einfacher, moderner und damit für alle Beteiligten effizienter zu gestalten, erreicht werden wird (§ 78 Rdnr. 24). In einem Kurzüberblick beschreibt *Görk* den praktischen Umgang mit dem Zentralen Testamentsregister und betont zutreffend, dass der Registrierung im Zentralen Testamentsregister keine materiellen Rechtswirkungen zukommen; das Zentrale Testamentsregister diene allein der Auffindung von erbfolgerlevanten Informationen, nicht aber der Gestaltung der Erbfolge (§ 78 Rdnr. 29). Die Einzelheiten zu den von den Notaren und Gerichten an das Zentrale Testamentsregister zu übermittelnden Verwahranlagen zu erbfolgerlevanten Urkunden werden in der Kommentierung zu § 78 b BNotO behandelt. Hierbei fügt sich die Kommentierung der Regelungen zum Zentralen Testamentsregister in die ebenfalls gelungene Kommentierung der Regelungen in den §§ 78 ff. BNotO, die das Zentrale Vorsorgeregister der BNotK betreffen, ohne weiteres ein.

*Schäfer* hat sich mit seiner Kommentierung der §§ 7a ff. BNotO unter anderem dem Zugang zum Anwaltsnotariat gewidmet. Durch das Gesetz zur Neuregelung des Zugangs zum Anwaltsnotariat wurde insbesondere die notarielle Fachprüfung eingeführt, deren Bestehen seit dem 1.5.2011 Voraussetzung für die Bestellung zum Anwaltsnotar ist und die bekanntlich durch das bei der BNotK eigens hierfür eingerichtete Prüfungsamt abgenommen wird. In seiner Kommentierung gibt *Schäfer* einen sehr gelungenen Überblick über den Ablauf des Prüfungsverfahrens. Er stellt klar, dass mit der Einführung der notariellen Fachprüfung der Anforderung des BVerfG Rechnung getragen worden sei, klare und transparente Zugangsregelungen mit dem Ziel einer Qualitätsverbesserung der neu in den Notarberuf kommenden Rechtsanwälte zu schaffen (§ 7a Rdnr. 3). Die Kommentierung stimmt damit zuversichtlich für etwa zu erwartende Konkurrentenklagen, die das neue Zugangssystem inzidenter in Frage stellen könnten. Das lebhaft und kontrovers diskutierte Thema der örtlichen Wartezeit (§ 6 Abs. 2 Ziffer 2 BNotO) darf hier-

bei nach der Entscheidung des BVerfG vom 17.3.2011, 1 BvR 711/11, als vorerst erledigt angesehen werden. Die Möglichkeit, anwaltliche Zweigstellen zu unterhalten (§ 27 BRAO), wirft jedoch neue Fragen auf, die der Gesetzgeber noch nicht im Blick hatte. Hier sind praxistaugliche Lösungen anzubieten, die die Grundentscheidung des Gesetzes nicht unterlaufen dürfen.

*Herrmann* hat sein Debüt als Nachfolger von *Lemke* hervorragend gemeistert. Dabei hatte er es nicht leicht, war der Gesetzgeber im Bereich der von ihm bearbeiteten §§ 64 a, 92 bis 111 g BNotO in den vergangenen fünf Jahren doch besonders aktiv. Nach dem neuen § 64 a BNotO findet nunmehr für Verwaltungsverfahren in Notarsachen das Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) Anwendung. Hierdurch ist, wie *Herrmann* hervorhebt (§ 64 a Rdnr. 1), der Rechtszustand nach der BNotO in ihrer ursprünglichen Fassung wiederhergestellt worden. Die hieraus entstehenden Konsequenzen stellt *Herrmann* in seiner Bearbeitung gut nachvollziehbar dar. Doch nicht nur in § 64 a BNotO, sondern auch im Bereich des Disziplinarrechts findet sich eine Verweisung, die es bisher nicht gab. Ordnete die Vorschrift des § 96 Abs. 1 Satz 1 BNotO in ihrer alten Fassung nämlich noch die Anwendbarkeit der für Landesjustizbeamte am 1.3.2001 geltenden Disziplinarvorschriften an, verweist § 96 Abs. 1 Satz 1 BNotO nunmehr auf das Bundesdisziplinalgesetz (BDG). *Herrmann* stellt insoweit zunächst heraus, dass durch die Verweisung auf das BDG das Disziplinarverfahren auf eine verwaltungsrechtliche Grundlage gestellt wird, während sich die Bundesdisziplinarordnung und die alten Landesdisziplinarordnungen am strafprozessualen Verfahren orientierten (§ 96

Rdnr. 1). Er betont völlig zu Recht, dass nicht zuletzt wegen der mit einem Disziplinarverfahren verbundenen persönlichen Belastungen des Betroffenen in diesem Verfahren das Beschleunigungsgebot gilt, und dass die mit der Durchführung des Verfahrens befassten Dienstaufsichtsbehörden und Disziplinargerichte dies bei der Abwägung gegenüber anderen Aufgaben zu berücksichtigen haben (§ 96 Rdnr. 8) – ein wichtiger Gesichtspunkt, dem in der Praxis nicht immer die erforderliche Bedeutung beigemessen wird. Eine weitere wesentliche Änderung im Verfahren des notariellen Berufsrechts hat sich durch das Gesetz zur Modernisierung von Verfahren im anwaltlichen und notariellen Berufsrecht im Rahmen der §§ 111 ff. BNotO dadurch ergeben, dass § 111 b Abs. 1 Satz 1 BNotO in Abweichung von der bisherigen Rechtslage die Anwendbarkeit der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) anordnet, soweit die BNotO keine abweichenden Bestimmungen enthält. Bei der Darstellung der Grundlagen des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens zeigt *Herrmann* für den Leser gut verständlich auf, wie sich die Anwendbarkeit der VwGO auf Verfahren in Notarsachen auswirkt; er verliert bei seiner Kommentierung nie den Blick für die speziellen, den Leser besonders interessierenden notarrechtlichen Fragestellungen.

Der Verlag Vahlen bewirbt die Neuauflage des *Schippel/Bracker* mit den Worten „Traditionell in Bestform“. Und in der Tat ist der Kommentar nicht nur ein traditionsreiches Standardwerk, sondern auch eine moderne und verlässliche Arbeitshilfe, die ihresgleichen sucht; er war, ist und bleibt das Werk des ersten Zugriffs in allen berufs-, standes- und organisationsrechtlichen Fragen.

Notar Dr. *Hans-Christoph Schüller*, Düsseldorf

### **Eylmann/Vaasen: BNotO, BeurkG. 3. Aufl., Beck, 2011. 1825 S., 159 €**

Pünktlich zum 50. Jahrestag des Inkrafttretens der BNotO am 1.4.1961 erschien der *Eylmann/Vaasen*, der inzwischen zu einem der Standardwerke der berufsrechtlichen Literatur aufgestiegen ist, in neuer Auflage. Der Kommentar stellt an sich selbst den Anspruch, alle wichtigen Normen des materiellen Berufsrechts und des Verfahrensrechts der Notare praxisnah in einem Band zu kommentieren. So werden neben der BNotO und dem BeurkG auch die Richtlinienempfehlungen der BNotK und die DONot kommentiert sowie im Anhang u. a. die Musterformulare zur DONot und die neue Notarfachprüfungsverordnung abgedruckt. Die Erwartungen des Benutzers werden nicht enttäuscht; auch die 3. Auflage überzeugt durch prägnante Darstellungen zu fast (siehe nachstehend) allen relevanten Fragen des Berufsrechts. Allein die Namensliste der insgesamt 20 Bearbeiter bürgt für Qualität.

Mit der Führung des Zentralen Testamentsregisters ab dem 1.1.2012 kommt eine von den Notaren seit vielen Jahren eingeforderte neue Kompetenz auf den Berufsstand zu, die sich im Alltag aller Notare spürbar auswirken wird. Die Neufassung der §§ 78 bis 78 f BNotO durch das Gesetz zur Modernisierung des Benachrichtigungswesens in Nachlasssachen durch Schaffung des Zentralen Testamentsregisters bei der BNotK [...] vom 22.12.2010, BGBl I, S. 2255 konnte aber vor Redaktionsschluss offenbar nicht mehr berücksichtigt werden. Dies ist die meines Erachtens einzige echte Schwachstelle des Werkes. Der Verlag suggeriert dem Kaufinteressent-

ten mit der Angabe des Erscheinungsjahres 2011 höchste Aktualität, tatsächlich ist das Werk aber insoweit schon veraltet. Die Herausgeber und Autoren trifft diese Kritik jedoch nicht, denn sie dokumentieren den Rechtsstand korrekt.

Umfassend wird die Neuordnung des Zugangs zum Anwaltsnotariat gemäß der Neufassung des § 6 BNotO und der Einfügung der §§ 7 a ff. BNotO dargestellt. Die Einführung einer notariellen Fachprüfung und der Nachweis von Berufspraxis nach deren Bestehen werden ebenso behandelt wie die Neuregelung der Wartezeit des künftigen Anwaltsnotars. Auch der Zugang zum hauptberuflichen Notariat und Besetzungsstreitigkeiten zwischen Bewerbern haben im vergangenen Jahrzehnt zu einer relativ großen Zahl von Gerichtsentscheidungen geführt, die in den Erläuterungen berücksichtigt sind. Wohltuend für den Leser – diese Anmerkung sei in diesem Kontext erlaubt – vermeiden die meisten Autoren das Unwort „Nurnotar“ zugunsten der gesetzlichen Diktion des hauptberuflichen Notars.

Als Beleg der aktuellen Kommentierung der Dienstordnung sei die Einarbeitung der Entscheidung des BGH zu § 10 Abs. 3 Satz 1 DONot genannt, in welcher sich das Gericht mit der Frage befassen musste, ob es ein Notar hinzunehmen hat, dass Eintragungen in das Massen- und Verwahrungsbuch nicht unter dem Buchungs- oder Wertstellungstag, sondern unter dem Datum des Eingangs des Kontoauszuges vorzunehmen sind. Leider wird die sonst im Kommentar anzutreffende Zitierweise von Entscheidungen unter Angabe des Aktenzeichens (BGH, Beschluss vom 26.10.2009, NotZ 6/09)

hier nicht durchgehalten; mit der Fußnote „BGH, NotBZ 2010 m. Anm. Renner = ZNotP 2010,37“ ist nicht allen Lesern geholfen. Im entschiedenen Fall hielt der BGH die Anweisung der DONot im Rahmen des § 93 BNotO für zulässig, da sie sich innerhalb des der Justizverwaltung zustehenden Gestaltungsspielraums bewege. Das Wort Spielraum sollte ein Jurist nicht zu wörtlich nehmen. Derlei Vorgaben mögen mehr oder weniger sinnvoll sein, aber müssen die höchsten Gerichte mit solchen Minimalia unseres Berufsalltags belastet werden? Die Mitwirkung bei und Gestaltung der Rechtsfortbildung zeichnet den Berufsstand der Notare aus; zur Freizeitbeschäftigung oder Frustrationsableitung gibt es andere Möglichkeiten.

Die einfachen elektronischen Zeugnisse i. S. d. § 39 a BeurkG haben seit der Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs in das Handelsregisterverfahren im Jahr 2007 erhebliche praktische Bedeutung und waren Gegenstand einiger fachliterarischer Auseinandersetzungen. Diese werden von *Limmer* und *Starke* (Letzterer zu Ziffer IV. der Richtlinienempfehlungen der BNotK) übersichtlich dargestellt. Auch diese Autoren vertreten die Auffassung, dass der Notar schon beurkundungsrechtlich verpflichtet ist, die elektronische Signatur höchstpersönlich vorzunehmen und treten damit der Auffassung von *Bohrer* in DNotZ 2008, 39, 50 ff. entgegen, der signaturrechtlich – so wie ich es verstehe – einen „virtuellen Faksimilestempel“ für zulässig erachtet, aber auch berufsrechtlich infolge Ziffer IV. Nr. 2 der Richtlinien das Erfordernis der persönlichen Eingabe der PIN durch den Notar anerkennt. Von dieser fachlichen Auseinandersetzung, die mancher als haarspalterisch betrachtet haben mag, haben schließlich alle Anwender des EGVP profitiert, da der aktuelle EGVP-Client inzwischen den Versand – insbesondere bereits signierter – Dokumente ohne die – erneute – Eingabe der digitalen Signatur ermöglicht, also ohne dass die Mitarbeiter eine Signaturkarte am Arbeitsplatz haben müssen.

Die Vorschrift des § 17 BeurkG kommentiert nach wie vor *Frenz*. Er weist nicht zu Unrecht darauf hin, dass die mit dem

sog. OLG-Vertretungsänderungsgesetz im Jahr 2002 hektisch aufgenommene Ergänzung des § 17 Abs. 2 a BeurkG durch die Sätze 2 und 3 so viel Literaturveröffentlichungen nach sich zog, dass der Eindruck entstehen könnte, dies sei die zentrale Regelung der Vorschrift (Rdnr. 39 a). Dass *Frenz* der Neuregelung jedenfalls unter einzelnen Gesichtspunkten sehr kritisch gegenüber steht, wird zum Beispiel bei der Frage deutlich, ob Finanzierungsgrundpfandrechte sog. Vollzugsgeschäfte sind (Rdnr. 39 a) und durch bevollmächtigte Notar angestellte als Vertrauenspersonen des Verbrauchers beurkundet werden dürfen (Rdnr. 35). Diese Frage war erst kürzlich Gegenstand eines Beschlusses der 101. Vertreterversammlung der BNotK vom 24.9.2010, in der erstmals eine Klarstellung erfolgte, dass die Finanzierungsgrundschuld des Verbrauchers im Verhältnis zu dem zu finanzierenden Kaufvertrag kein bloßes Vollzugsgeschäft ist (BNotK-Rundschreiben Nr. 25/2010 vom 5.10.2010). Inzwischen, d. h. seit der 2. Auflage des Kommentars, ist außerdem neue Literatur erschienen (z. B. *Böttcher*, BWNotZ 2007, 109; *Litzenburger*, RNotZ 2006, 180) und auch Rechtsprechung ergangen (OLG Schleswig, Beschluss vom 6.7.2007, Not 1/07, OLG Celle, Beschluss vom 18.3.2010, Not 1/10) und veröffentlicht worden (Fundstellen: DNotZ 2008, 152, DNotI-Report 2007, 182, RNotZ 2007, 622, MittBayNot 2008, 149, BeckRS 2010, 22387). Diese Neuentwicklungen wurden leider nicht mehr berücksichtigt. Die in Rdnr. 28 von *Frenz* geäußerte Kritik an der BNotK, in den Richtlinienempfehlungen mit „Vollzugsgeschäft“ einen Begriff zu verwenden, über den sogar innerhalb der BNotK keine Einigkeit bestünde, ist insoweit ebenfalls nicht mehr aktuell wie sein Hinweis in Rdnr. 39 a, dass Rechtsprechung zu § 17 Abs. 2 a Sätze 2 und 3 BeurkG bislang nicht ersichtlich sei.

Die Stärke des *Eylmann/Vaasen* bleibt die Zusammenfassung aller wichtigen Antworten auf berufsrechtliche Fragen in einem einzigen Band, was den Zugang zum Berufsrecht für den Praktiker ganz erheblich erleichtert.

Notar *Hans-Ulrich Sorge*, Würzburg

## **Eckert/Everts/Wicke: Fälle zur Vertragsgestaltung. 2. Aufl., Beck, 2010. 132 S., 19,90 €**

Im Kreis der Rechtsreferendare, die kurz vor der zweiten Juristischen Staatsprüfung stehen und sich auf eine Kautelarlausur vorbereiten, wurde die 2. Auflage des zu besprechenden Werkes sicherlich mit großer Spannung erwartet. Nunmehr ist die Neuauflage des Werkes „Fälle zur Vertragsgestaltung“ im Jahr 2010 im Beck-Verlag München erschienen. Schon auf den ersten Blick ist erkennbar, dass das neue Werk der Notare Dr. Frank Eckert, Dr. Arne Everts und Dr. Hartmut Wicke dem Umfang nach um 7 Seiten erweitert wurde. Zugleich ist dem Inhaltsverzeichnis sofort zu entnehmen, dass die Anzahl der Fälle und auch deren Titel mit der Voraufgabe von 2007 identisch sind.

Die Autoren haben bei der Neuauflage an der bewährten Darstellung der Voraufgabe festgehalten, was auf jeden Fall zu begrüßen ist. Im ersten Teil des zu besprechenden Werkes nehmen die Autoren allgemein zur Vertragsgestaltung und zu den Techniken für das 2. Juristische Staatsexamen Stellung. Besonders verständlich werden die verschiedenen Klausurtypen, die typischen Fallkonstellationen sowie die typischen vermeidbaren Fehler dem Leser vermittelt.

Im zweiten Teil des Werkes findet der Leser zehn interessante Fälle aus der Kautelarjurisprudenz. Anhand der soeben genannten Fälle und deren Lösung werden die zentralen Probleme in der Vertragsgestaltung in sprachlich gut verständlicher Weise dem Leser vermittelt. Bei der Bearbeitung der Fälle und deren Lösungen wird deutlich, dass das Buch kein Lese- und kein Lehrbuch, sondern ein Buch zum Üben sein will. Die große Übersichtlichkeit und die klaren Strukturen der von den Autoren präsentierten Lösungen ist der beste Beweis dafür, warum es bereits mit der Voraufgabe in Kürze gelungen ist, im Bereich der Examensvorbereitung (Kautelarlausur) zum bedeutenden Standardwerk aufzusteigen. Mit überragender Genauigkeit haben die Autoren aktuelle Rechtsprechung in die Neuauflage eingearbeitet und ihre Fälle sowie Falllösungen überarbeitet. So wurden die wichtigen Änderungen, die sich durch das FamFG und die Reform im Familien- und Erbrecht ergeben haben, in der 2. Auflage des Werkes „Fälle zur Vertragsgestaltung“ berücksichtigt.

Positiv ist ebenfalls zu vermerken, dass zu Beginn jeder Falllösung von den Autoren eine Gliederung vorangestellt wurde. Dies ermöglicht den Lesern einen sehr strukturierten und schnellen gedanklichen Überblick über die Falllösung, was insbesondere juristischen Kollegen, die in der Ausbildung der

Rechtsreferendare tätig sind, ein Zurückgreifen auf einzelne Problemstellungen erleichtert.

Für die nächste Auflage, die aufgrund der zunehmenden Bedeutung der Kautelargestaltung im 2. Juristischen Staatsexamen nicht lange auf sich warten lassen wird, wäre es jedoch wünschenswert, wenn die Autoren das zu besprechende Werk um weitere Fälle erweitern würden. Zwar sind die von ihnen gewählten Fragestellungen mehr als umfassend, jedoch kann es insbesondere in der Vorbereitung auf das 2. Staats-

examen nicht schaden, wenn gleiche Probleme in weiteren Fallkonstellationen wiederholt würden. Letztlich ist das Werk dennoch eine große Erleichterung bei der Vorbereitung auf die Juristischen Staatsprüfungen und wird sicherlich weiterhin von Jahrgang zu Jahrgang eine größere Nachfrage bei den Rechtsreferendaren auslösen.

Notar Dr. *Damian Wolfgang Najdecki*,  
Weiden i. d. Opf.

### **Langenfeld: Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen. 6. Aufl., Beck, 2011. 600 S., 49,50 € + CD-ROM**

Die gesetzlichen Reformen insbesondere des Zugewinnausgleichs, des nachehelichen Unterhalts, des Versorgungsausgleichs und des familiengerichtlichen Verfahrens, dazu grundlegende Änderungen der Rechtsprechung insbesondere zur richterlichen Inhaltskontrolle und zu den Schwiegerelternzuwendungen haben zu grundlegenden Neubearbeitungen fast aller Bücher zum Familienrecht geführt. So liegt uns nunmehr auch die Neuauflage des Handbuchs von *Langenfeld* vor, in dem die Hauptaufgabe insbesondere darin gesehen wurde, die vertragliche Gestaltungspraxis an die geänderten Gesetze und die geänderte Rechtsprechung anzupassen, die Ausführungen zur Ehevertragsgestaltung nach Ehetypen zu erweitern und neue Vertragsschwerpunkte vorzustellen.

Ein solch neuer Vertragsschwerpunkt – es ist nicht gerade ein neuer Vertragstyp – ist die unterhaltsverstärkende Regelung insbesondere in Eheverträgen. Die Neuregelung des Ehegattenunterhaltsrechts hat die Unterhaltsansprüche kinderbetreuender Eltern wesentlich reduziert. Nach § 1570 Abs. 1 Satz 1 BGB besteht ein uneingeschränkter Unterhaltsanspruch lediglich bis zum Alter von drei Jahren nach der Geburt, danach verlängert sich der Unterhaltsanspruch nach Billigkeitsgesichtspunkten, wobei die Rechtsprechung zu diesem Unterhaltsanspruch recht uneinheitlich ist. In dieser Situation besteht nicht selten das Bedürfnis, im Interesse der Kindererziehung aber auch aus Gründen der Rechtssicherheit höheren, längeren oder anderen Unterhalt zu vereinbaren. *Langenfeld* stellt dazu einige Möglichkeiten mit drei Vertragsmustern vor (Rdnr. 540 ff.), von denen die Vereinbarung eines individuellen Altersphasenmodells, nach dem der Umfang der Erwerbsobliegenheit an das Alter der Kinder geknüpft wird, unter Abwicklungsgesichtspunkten zu favorisieren ist.

Ein weiterer neuer Vertragsschwerpunkt resultiert aus § 1578 b BGB, wonach der nacheheliche Unterhalt wegen Unbilligkeit herabgesetzt und zeitlich begrenzt werden kann. Da die einschlägige Rechtsprechung zu dieser Thematik völlig uneinheitlich und insbesondere unter zunehmender Hervorhebung des Solidaritätsgesichtspunktes stark in Bewegung ist, kann man den Inhalt von Gerichtsentscheidungen in der Praxis

kaum prognostizieren. Eine vertragliche Vorsorge ist deshalb besonders bedenkenswert. *Langenfeld* stellt dazu im Rahmen des Gesamtkomplexes der einschränkenden Unterhaltsvereinbarungen (Rdnr. 517 ff.) mehrere Gestaltungsmöglichkeiten vor, wie eine betragsmäßige Definition der Höhe des angemessenen Unterhalts und einer Verbindung von zeitlicher und höhenmäßiger Begrenzung. Solche Regelungen dürften auch im Hinblick auf die Rechtsprechung zur richterlichen Inhaltskontrolle unbedenklich sein.

Neue Anforderungen an die vertragliche Gestaltungspraxis stellt auch die geänderte Rechtsprechung zu den Schwiegerelternschenkungen. Die Abkehrung von der bisherigen BGH-Rechtsprechung, die solche Zuwendungen nicht mehr als unbenannte Zuwendungen, sondern als Schenkungen behandelt, erfordert ein eingehendes Überdenken von Vereinbarungen unter Beteiligung von Schwiegerkindern (Rdnr. 872 ff.), wobei *Langenfeld* besonders deutlich steuerliche Gesichtspunkte und damit die Vereinbarung von Kettenschenkungen ins Gedächtnis ruft.

Besonderes Augenmerk wendet *Langenfeld* auch in der Neuauflage der Darstellung von Fallgruppen und der Typen von Eheverträgen zu, wobei die Behandlung von Eheverträgen mit Unternehmern und Freiberuflern die ihnen gebührende ausführliche Darstellung findet (Rdnr. 929 ff.). Auch vermögensbezogene Vereinbarungen, insbesondere ehebezogene Vereinbarungen und Ehegattenvermögensgesellschaften werden mit zahlreichen Formulierungsmustern ausführlich dargestellt (Rdnr. 692 ff.).

Schließlich ist die Neuregelung des Versorgungsausgleichs kurz behandelt und um einige Formulierungsvorschläge ergänzt (Rdnr. 614 ff.), wobei der Einkauf in die gesetzliche Rentenversicherung nach § 187 Abs. 1 Nr. 2 b SGB VI als ernsthafte Option bedacht werden sollte, da die gesetzliche Rentenversicherung schon aus politischen Gründen wohl eher auf eine künftig inflationäre Wirtschaftsentwicklung reagieren wird als beispielsweise Lebensversicherungen.

Resümee: Das Handbuch von *Langenfeld* wird auch in der Neuauflage seinem hervorragenden Ruf als familienrechtlicher Klassiker gerecht.

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Familienrecht  
Dr. *Ludwig Bergschneider*, München

**Müller/Renner: Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügung in der Praxis. 3. Aufl., ZAP-Verlag, 2010. 450 S., 58 € + CD-ROM**

Bei dem bestens eingeführten Standardwerk von *Müller/Renner* muss man über Qualität und Aktualität keine Worte verlieren; höchste Ansprüche sind verbürgt. Und dass der Beratungsbereich „Vorsorgevollmacht, Betreuungs- und Patientenverfügung“ mehr Facetten bietet, als es mancher „Googletreffer“ und manche frei im Internet verfügbare Muster suggerieren, ist Notaren bekannt. Häufig wird an Notare der Wunsch herangetragen, einen Vortrag zum Thema „Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung“ zu halten: Gerade zur Vorbereitung darauf kann der *Müller/Renner* empfohlen werden – auf die vielen praxisnahen Beispielsfälle wird man gerne zurückgreifen.

Notarspezifische Literatur zum Betreuungsrecht gibt es wenig. *G. Müller*, Referatsleiterin für Familien- und Erbrecht am Deutschen Notarinstitut, bietet auf 80 Seiten einen prägnanten Zugang zu praxisrelevanten Fragestellungen, etwa zu den Themen Reichweite der in der Bestellungsurkunde genannten Aufgabenkreise des Betreuers, lebzeitige und letztwillige Zuwendungen des Betreuten an seinen Betreuer, gerichtliche Genehmigungserfordernisse, die Annahme und Ausschlagung einer Erbschaft des Betreuten oder den Tod des Betreuten im laufenden Genehmigungsverfahren. Antworten finden sich auch auf die Frage, ob ein Betreuer an der Beendigung und Auseinandersetzung einer Gütergemeinschaft oder einer Erbengemeinschaft mitwirken kann. Immer wichtiger in der Praxis ist der Widerruf wechselbezüglicher oder vertragsmäßiger Verfügungen gegenüber einem Vertreter – sei es gegenüber dem Betreuer im Fall der Geschäftsunfähigkeit des Betreuten, sei es gegenüber dem Bevollmächtigten bei Geschäftsunfähigkeit des Vollmachtgebers. *Müller* bejaht hier eine Widerrufsmöglichkeit, empfiehlt aber eine Betreuerbestellung, wenn der widerrufende Ehegatte selbst (von § 181 BGB befreiter) Bevollmächtigter des anderen Ehegatten ist (vgl. auch LG Leipzig, DNotI-Report 2010, 49). Zu ergänzen bleibt nur, dass jedenfalls eine Dokumentation erfolgen muss, wenn der Weg über die Betreuerbestellung nicht beschritten wird.

Den Abschnitt „Vorsorgeverfügungen“ hat *Renner*, Notar in Erfurt, bearbeitet. Ausführlich dargestellt wird insbesondere die gesetzliche Regelung zu Patientenverfügungen in §§ 1901 a ff. BGB. In einem elementaren grundrechtssensiblen Bereich, der oftmals auf Grenzen normierbarer Sachverhalte stößt, müssen Patientenverfügungen in der Praxis ausgelegt und angewendet werden. Der BGH tastet in neueren Entscheidungen die Tatbestandsmerkmale der gesetzlichen Neuregelung ab (vgl. u. a. BGH, MittBayNot 2011, 125 m. Anm. *Schneider*). Offengelassen hat er bislang die Frage, ob Patientenverfügungen nach der gesetzlichen Neuregelung eine verbindliche Willenserklärung bzw. antizipierte Einwilligung beinhalten, oder ob sie nur den Betreuer/Bevollmächtigten binden, der diese in der konkreten Situation mit konstitutiver Wirkung umsetzt.

In einer neueren Entscheidung (BGH, DNotZ 2011, 622 ff. m. Anm. *Ihrig*, DNotZ 2011, 583 ff.) neigt der BGH der letztgenannten Auffassung zu, wenn er feststellt, dass für die Feststellung des Patientenwillens als Grundlage für den rechtfertigenden Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen „grundsätzlich“ ein Verfahren einzuhalten ist, wonach „nur der Betreuer bzw. Bevollmächtigte (§ 1901a Abs. 5 BGB) befugt [ist], die Übereinstimmung der Festlegungen in der Patientenverfügung mit der aktuellen Lebens- und Behandlungssituation des Patienten zu prüfen und auf dieser Grundlage dem Willen des Patienten ggf. Geltung zu verschaffen“. § 1901 b Abs. 1 BGB

setze „zwingend ein Zusammenwirken von Betreuer bzw. Bevollmächtigten und Arzt voraus“. Auch nach dieser Entscheidung wird in der Literatur allerdings bezweifelt, „ob wirklich ‚nur‘ der Betreuer bzw. Bevollmächtigte eine Patientenverfügung zur Geltung kommen lassen darf, oder ob nicht Ärzte auch unmittelbar an konkrete Festlegungen in Patientenverfügungen, die von der jeweiligen Situation getragen werden, gebunden sind“ (*Spickhoff*, NJW 2011, 1651, 1652, vgl. auch *Coep-picus*, NJW 2011, 2085, 2086 f.) Der BGH hat die Frage – wie die Einschränkung „grundsätzlich“ zeigt – noch offengelassen.

*Renner* nimmt dezidiert Stellung und spricht sich für eine Außenwirkung der Patientenverfügung aus, um in völlig klaren und zweifelsfreien „Konsensfällen“ eine Betreuerbestellung zu vermeiden. Gegen diese Ansicht spricht freilich, dass die im neuen Recht vorgesehenen verfahrensrechtlichen Absicherungen umgangen werden können. Der Gesetzgeber hat die Rolle des Vorsorgebevollmächtigten bzw. Betreuers durch die in §§ 1901 a f. BGB vorgesehene zwingende Aktualitätskontrolle gestärkt: Dieser legt die Patientenverfügung aus und prüft, ob sie auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation zutrifft – erst die daraus resultierende Entscheidung hat konstitutive Wirkung. Dadurch werden die konfligierenden Grundrechte „Selbstbestimmungsrecht“ und „Schutz des Lebens“ zu einem angemessenen Ausgleich gebracht.

Bedenklich an der Gesetzesfassung des § 1901 a Abs. 1 BGB findet *Renner*, dass der Gesetzgeber keine Ausnahmen für schreibunfähige Beteiligte geschaffen hat. Umso wichtiger ist die – auch von *Renner* in einer Fußnote erwähnte – Möglichkeit für Schreibunfähige, eine Patientenverfügung mithilfe eines Notars zu errichten (vgl. § 25 BeurkG, § 126 Abs. 4 BGB).

*Renner* geht auch auf die Problematik ein, ob der neu gefasste § 1904 Abs. 5 Satz 2 BGB bei älteren Vorsorgevollmachten einer Entscheidung durch den Bevollmächtigten über einen Behandlungsabbruch entgegensteht. Er verneint das überzeugend: Bei Vollmachten komme es auf den Zeitpunkt ihrer Erteilung und nicht auf den Zeitpunkt ihrer Ausübung an. Auch wird – und auch da ist *Renner* zuzustimmen – das „Ausdrücklichkeitsgebot“ erfüllt, wenn es in der „Altvollmacht“ heißt, der Bevollmächtigte solle die in einer Patientenverfügung genannten Vorstellungen durchsetzen.

Das Buch ist besonders eindrucksvoll, wenn *Renner* aus seinen eigenen Erfahrungen als Notar berichtet. In Erinnerung bleiben wird mir die Geschichte von einem jungen Mann, der seiner Ehefrau in allen Angelegenheiten Generalvollmacht erteilte, aber für die Durchsetzung seiner Patientenverfügung seinen besten Freund bevollmächtigte – seine Ehefrau würde einem Behandlungsabbruch niemals zustimmen.

Dem Verfasser dieser Rezension aus dem Herzen sprechen die Ausführungen von *Renner* in Rdnr. 506: „Aus meiner Sicht durchaus noch geschäftsfähige, aber hoch betagte Mandanten, die sich mit der Problematik einer Patientenverfügung offensichtlich noch nicht befasst haben, „quäle ich nicht mit diesem extrem schwierigen und komplexen Thema. [...] Wer im Gespräch mit dem Notar zum ersten Mal von der Problematik erfährt, lässt erkennen, dass er sich mit dem Thema noch nicht auseinandergesetzt hat. Einem solchen Mandanten will ich keine Patientenverfügung „aufdrängen“ – bei ihm muss ich befürchten, dass er die Bedeutung und Tragweite eines Formulierungsvorschlags nicht erfassen kann. Ich gebe niemandem das Gefühl, er „sollte“ oder gar „müsste“ eine Patientenverfügung errichten. Auch dem Drängen von Angehörigen darf man in solchen Fällen nicht nachgeben. Selbst junge und gesunde und mit Sicherheit voll geschäftsfähige Menschen sind mit der Problematik oft überfordert.“

Oftmals unbekannt ist, dass von ärztlicher Seite gelegentlich auf Widersprüche hingewiesen wird, die zwischen einer Patientenverfügung und einer Organspendeerklärung bestehen können. Denn um eine Organtransplantation durchzuführen, müssen bestimmte Lebensfunktionen mithilfe der „Apparatemedizin“ bis zur Entnahme des Organs aufrechterhalten werden. *Renner* spricht sich dafür aus, die Patientenverfügungen „organspendefreundlich“ auszulegen. Hier zeigt sich einmal mehr die Bedeutung der Aktualisierungsentscheidung durch den Betreuer/Vorsorgebevollmächtigten, die einzig für Rechtssicherheit bei den Beteiligten, insbesondere den behandelnden Ärzten, sorgen kann. Am besten berücksichtigt man diese Frage schon bei der Formulierung der Patientenverfügung; ein Mustervorschlag, wie Patientenverfügung und Organspendeerklärung aufeinander abgestimmt werden können, findet sich in Rdnr. 576.

Noch immer hört man von der misslichen Praxis einiger Banken, außer den bankeigenen Formularen keine Vollmachten anzuerkennen. *Tersteegen* (NJW 2007, 1717 ff.) hat nachgewiesen, dass dieses Verhalten jedenfalls bei notariell beurkundeten Vollmachten rechtswidrig ist. *Renner* schließt sich dem an und betont, dass sich eine Bank schadenersatzpflichtig macht, wenn sie eine notariell beurkundete Vollmacht nicht akzeptiert.

*G. Müller* vertieft im Anschluss an die Ausführungen *Renners* zwei immer wichtiger werdende Problemkreise: die internationalprivatrechtlichen Aspekte von Betreuung und Vorsorgevollmacht – natürlich unter Berücksichtigung des Haager Übereinkommens über den internationalen Schutz von Erwachsenen, das zum 1.1.2009 in Kraft getreten ist – und alle Fragen im Hinblick auf die Vollmacht des Unternehmers.

Selbstverständlich bietet das Buch dem Praktiker auch Muster, die sich allesamt in der Praxis bewährt haben. Durchgehend wird an den Empfängerhorizont gedacht: *Renner/Müller* berücksichtigen die eigene Empfehlung, Vorsorgevollmachten alltagstauglich und so verständlich zu formulieren, dass auch Nichtjuristen sie verstehen können. Vermieden wird deshalb z. B. die – häufig anzutreffende – Formulierung, der Bevollmächtigte sei von § 181 BGB befreit. Das lässt sich auch ausschreiben: Das „Mehr“ an Vorlesezeit wird locker durch die kürzere Erläuterung kompensiert werden. Besonders bemerkenswert ist das Muster einer Patientenverfügung mit dem Wunsch nach Maximaltherapie – danach sucht man in den üblichen notariellen Handbüchern vergeblich.

Notar *Ralf Rebhan*, Uffenheim

#### **Langenfeld: Testamentsgestaltung. 4. Aufl., Otto Schmidt, 2010. 473 S., 74,80 € + CD-ROM**

Obwohl die Neuauflage des zu besprechenden Werks die Reform der Erbschaftsteuer, das Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts, das Jahressteuergesetz 2008, die Neufassung des Preisklauselgesetzes sowie die Neuerungen zum Heimgesetz und zur Patientenverfügung berücksichtigt, ist sie gegenüber der Voraufgabe um nur 26 Seiten angewachsen. Ziel des Autors ist es auch weiterhin, dem Leser praxisgerechte Formulierungsvorschläge an die Hand zu geben, die nicht nur rechtliche Möglichkeiten, sondern auch inhaltliche Orientierung aufzeigen sollen. Hierbei bedient sich *Langenfeld* einer typologischen Methode: Diese orientiert sich an Fallgruppen, denen der Sachverhalt wertend zugeordnet wird. In der Tat ist die Orientierung an Fallgruppen ein für die Rechtsgestaltung unverzichtbares Mittel: Sie dient der Effizienz, gibt dem Gestalter Sicherheit und hilft nicht zuletzt, bisweilen fragwürdige Vorstellungen der Beteiligten in rationale Bahnen zu lenken. Andererseits ist jedoch Vorsicht geboten: Die typologische Methode kann dazu verleiten, den Willen der Beteiligten als maßgeblichen Orientierungspunkt aus den Augen zu verlieren. Sie wiegt den Gestalter angesichts überraschender höchstrichterlicher Auslegungsergebnisse bisweilen in falscher Sicherheit und kann zu einer Immunität vor gesellschaftlichen Modernisierungstendenzen führen.

Das erste Kapitel („Grundlagen der Testamentsgestaltung“) widmet sich insbesondere der Form, der Testierfähigkeit und der Auslandsberührung. Vor allem aber findet sich hier eine Auseinandersetzung mit den Auswirkungen der Hohenzollern-Entscheidung auf Potestativbedingungen. Zutreffend hält *Langenfeld* diese regelmäßig für zulässig, stellt aber als Kriterium für die Sittenwidrigkeit wirtschaftliche Erwägungen möglicherweise zu stark in den Vordergrund. Das Kapitel endet mit einem sehr übersichtlichen Abschnitt zur Erbschaftsteuerreform.

Das zweite Kapitel behandelt die gesetzliche Erbfolge und das Pflichtteilsrecht. *Langenfeld* präsentiert hier vielfältige Formulierungsbeispiele und Ratschläge. So rät er etwa von Ausgleichsanordnungen ab, da sie zu kompliziert sind, die

verfolgten Ziele häufig verfehlen und oft zu ungerechten Ergebnissen führen. Die Ausführungen zeigen, dass das Instrumentarium des BGB zu Vorempfängen überkomplex und ineffektiv ist. Leider werden weder die Probleme der Neuregelung des § 2352 BGB noch – ggf. auch wegen des Redaktionsschlusses – die pflichtteilsrelevanten aktuellen Entscheidungen zu Abfindungen beim Erbverzicht und zur Bewertung von Lebensversicherungen behandelt. Auch die Rechtsprechung zur Auswirkung von Rückforderungsansprüchen auf die Pflichtteilsergänzungsfrist wird nur sehr knapp aufgezeigt.

Instrumente der Testamentsgestaltung werden im dritten Kapitel näher dargestellt. Auch hier überzeugt *Langenfeld* mit zahlreichen Ratschlägen. Z. B. ermahnt er den Gestalter, dem Laien das Prinzip der Gesamtrechtsnachfolge verständlich zu machen. Mit Recht werden die Anordnung von Vor- und Nacherbfolge nur bei zwingenden Gründen angeraten und verschiedene Formen des Vermächtnisses als flexiblere Variante vorgestellt. Erfreulich sind auch die vielen Gestaltungsvorschläge zur Flexibilisierung der Vor- und Nacherbfolge, wobei hier stets zugleich auch etwaige Zweifelsfragen behandelt werden. Noch vielfältiger sind die Formulierungsbeispiele zu Vermächtnissen, ein besonderer Schwerpunkt des Werkes.

Im folgenden vierten Kapitel zu Verfügungen von Todes wegen nur eines Erblassers finden sich Formulierungsbeispiele für Testamente und für entgeltliche Erbverträge. Problematisch erscheint dabei das Muster eines Verpfändungsvertrags, bei dem als Gegenleistung für ein verbindliches Vermächtnis nicht nur die angesichts heutiger Verhältnisse ohnehin schon problematische Pflegeklausel, sondern darüber hinaus eine Verpflichtung vereinbart wird, beim Erblasser den Wohnsitz zu nehmen. Das anschließende fünfte Kapitel zu Ehegattentestamenten beginnt mit einer treffenden Darstellung der bei Beratungsgesprächen typischerweise auftretenden Probleme. Mit Recht hält *Langenfeld* das Berliner Testament für „aktuel-ler als je zuvor“. Breiten Raum nehmen die Ausführungen und – z. T. recht komplizierten – Formulierungsbeispiele zur in der Praxis weit überschätzten Frage des gleichzeitigen Ver-



sterbens ein. Zur Problematik von Änderungsklauseln stellt der Autor klar, dass diese im Ergebnis bei gemeinschaftlichen Testamenten ebenso gestaltbar sind wie bei Erbverträgen. Problematisch ist hingegen ein Formulierungsvorschlag, wonach der überlebende Ehepartner u. a. über Gegenstände frei verfügen kann, die nicht Surrogate von Nachlassgegenständen sind; denn bereits bei der gesetzlichen und noch vielmehr bei einer vertraglich vereinbarten Surrogation handelt es sich um ein nicht praxistaugliches Instrument. Instrukтив erscheinen wieder die Formulierungsbeispiele zu Pflichtteilsstrafklauseln. Diese münden in das zutreffende Resümee, dass Pflichtteilsstrafklauseln ebenso viele Probleme schaffen wie sie vermeiden. Das Kapitel endet mit Formulierungsvorschlägen für Eheleute in verschiedenen Lebenssituationen.

Kapitel sechs thematisiert mit zahlreichen, auch innovativen Formulierungsvorschlägen als besondere Typen letztwilliger Verfügungen das Testament der Patchworkfamilie, das Geschiedentestament, das Behindertentestament und das Überschuldetentestament. Bemerkenswert ist der Abschnitt zum Behindertentestament, bei dem nicht nur die bekannte Standardlösung, sondern als Alternativen auch das Trennungsmo- dell, die Vermächtnislösung, das Leibrentenvermächtnis und die umgekehrte Vermächtnislösung erörtert werden. Hierbei werden nicht nur Formulierungsvorschläge aufgezeigt, sondern auch theoretische Grundlagen der Modelle mit Vor- und Nachteilen prägnant behandelt. Allerdings sei angeregt, die auch in anderen Formularsammlungen immer wieder erscheinenden „Geschenke zu Pfingsten“ aus den Mustern zu streichen, da solche selbst in religiösen Familien nicht üblich sind und weniger religiöse Familien vom Pfingstfest oft nur schemenhafte Vorstellungen haben. Das siebte Kapitel widmet sich dem Testament des Unternehmers. Man findet auch hier kompakte theoretische Ausführungen,

etwa zum Zusammenspiel von Handels- und Gesellschaftsrecht einerseits und Erbrecht andererseits oder zur ertragsteuerlichen Behandlung des Erbfalls. Daneben werden vielfältige Formulierungsvorschläge präsentiert, etwa zur Bestimmung des Unternehmensnachfolgers durch Dritte oder zur Abfindung weichender Erben. Weitere Schwerpunkte sind besondere Typen von Unternehmertestamenten und die Testamentsvollstreckung im Unternehmensbereich, bei der ebenfalls theoretische Grundlagen und praktische Formulierungsvorschläge hilfreich kombiniert werden.

Das achte Kapitel betrifft schließlich lebzeitige Vorsorge- maßnahmen und sonstige begleitende Rechtsgeschäfte. Viele Leser wird es nicht überzeugen, wenn hier die Vorzüge der Namenszeichnung bei Prokuren betont werden. Generell erscheinen die 30 Seiten des Kapitels – es werden Vollmachten, Ehe- und Überlassungsverträge behandelt – eher als entbehrlich.

Abschließend sei kritisch angemerkt, dass die Diktion des Werks bisweilen der sozialen Wirklichkeit nicht gerecht wird, insbesondere wenn durchgängig von „dem Unternehmer“ und seiner Ehefrau die Rede ist. Hier könnten unschwer neutralere Formulierungen gefunden werden. Auch wäre es wünschenswert, wenn manche Rechtsfragen einer stärker vertieften und aktualisierten Behandlung zugeführt würden. Auf der anderen Seite überzeugen aber nicht nur die Vielfalt der zum Teil auch innovativen Formulierungsvorschläge, sondern gerade die kompakten theoretischen Ausführungen des Autors. Die Stärke des Werks besteht somit darin, komplexe Rechtsfragen verständlich und prägnant auf den Punkt zu bringen, eine Kunst, die nicht jedermann gegeben ist. Der Käufer wird es deshalb mit Gewinn lesen.

Notar Dr. Dr. *Bernhard Seeger*, Neumarkt i. d. OPf.

### **Wachter (Hrsg.): Fachanwaltshandbuch Handels- und Gesellschaftsrecht. 2. Aufl., ZAP-Verlag, 2010. 3 621 S., 178 € + CD-ROM**

Das von *Wachter* herausgegebene Fachanwaltshandbuch Handels- und Gesellschaftsrecht ist drei Jahre nach der Erstauflage in nunmehr 2. Auflage erschienen. Die jüngst verabschiedeten Reformen im Gesellschaftsrecht hatten die Neuauflage erforderlich gemacht. Verfasst wird das Hand- buch von einem rund 40-köpfigen Autorenteam, das im Wesentlichen aus Rechtsanwälten und Notaren besteht. Die 2. Auflage ist um rund 500 Seiten auf jetzt über 3500 Seiten angewachsen, obgleich die in der Voraufgabe noch enthaltenen Übungsklausuren für die Fachwaltsprüfung in die Neuauflage nicht mehr aufgenommen wurden. Auch die Neuauflage bleibt auf den Erwerb des Fachanwaltstitels ausgerichtet. Auswahl und Gewichtung der Themen orientieren sich an den Vorgaben der Fachwaltsordnung. Gleichwohl wendet sich das Buch nicht nur an Fachwaltsanwärter, sondern soll sowohl Rechtsanwälten als auch Notaren und Steuerberatern in ihrer Beratungspraxis im Handels- und Gesellschaftsrecht als Nachschlagewerk dienen.

Gegenstand des ersten Teils ist das Handelsrecht. Auf das einführende Kapitel zum Kaufmannsbegriff folgt ein Abschnitt zum Registerrecht. Neben einem instruktiven Überblick über Funktionsweise des Handelsregisters sowie dessen Publizitätswirkungen finden sich zahlreiche Muster für Handelsregisteranmeldungen. Lesenswert ist die Abhandlung zum Firmenrecht. Die Grundsätze der Firmenbildung

samt zahlreichen Fallgruppen und Einzelproblemen (z. B. Eintragungsfähigkeit von Sonderzeichen, Zahlen, Buchstabenkombinationen) werden prägnant und übersichtlich aufbereitet. Zum Kapitel über Prokura und Handlungsvollmacht ist anzumerken, dass die spezifischen Fragen zu umfassenden Generalvollmachten im Gesellschaftsrecht, insbesondere hinsichtlich der nach herrschender Meinung nicht zulässigen Übertragung von Organbefugnissen durch die Organe juristischer Personen (sog. „organvertretende“ oder „organersetzende“ Vollmachten) leider nicht erörtert werden. Im Übrigen geben die Ausführungen zu den weiteren, in der notariellen Praxis weniger relevanten handelsrechtlichen Bereichen wie Handelsvertreterrecht, Franchiserecht, Handelsgeschäfte und internationaler Handelskauf (CISG) bei Bedarf und Interesse einen guten Überblick.

Der zweite Teil ist dem Gesellschaftsrecht gewidmet. Aus dem Bereich des Personengesellschaftsrechts werden in erster Linie GbR, OHG und KG behandelt. Die Darstellung erfolgt dabei überaus praxisorientiert. Der Schwerpunkt liegt auf denjenigen Bereichen, die typischerweise in Personengesellschaftsverträgen geregelt werden (z. B. Kontenmodelle, Geschäftsführung, Vertretung, Gesellschafterbeschlüsse, Gewinnverteilung, Gesellschafterwechsel, Kündigung, Rechtsnachfolge von Todes wegen, Ausschluss von Gesellschaftern, Abfindungsregelungen). Neben Formulierungsvorschlägen für einzelne Klauseln findet sich zu KG und oHG auch jeweils ein vollständiges Gesellschaftsvertragsmuster. Die GmbH & Co. KG als besonders praxisrelevante Form der Kommanditgesellschaft wird in einem eigenen Abschnitt aus-

fürlich erläutert. Besonders zu erwähnen sind die hilfreichen Empfehlungen und Musterformulierungen dazu, wie die Gesellschaftsverträge von GmbH und KG verzahnt werden sollten, um die oft erwünschte Beteiligungsidentität an beiden Gesellschaften sicherzustellen. Anleitungen finden sich auch zu Gründung und vertraglicher Gestaltung der Einheits-GmbH & Co. KG, z. B. hinsichtlich der Vertretung der KG in der Gesellschafterversammlung der GmbH. Naturgemäß kommt es bei den Ausführungen zu GbR, OHG und KG verschiedentlich zu inhaltlichen Überschneidungen und Wiederholungen, so etwa zur Rechtsnachfolge von Todes wegen, die zusätzlich auch noch in einem gesonderten Kapitel besprochen wird. Hier wäre es wünschenswert, den Leser durch wechselseitige Verweisungen bzw. Erwähnung sämtlicher Fundstellen im Inhaltsverzeichnis auf die Beiträge aller Autoren zum gleichen Thema hinzuweisen, um so eine gewinnbringende Lektüre der anderen Bearbeitungen zu erleichtern. Positiv anzumerken ist, dass – wie auch sonst im Werk – das Steuerrecht stets im Blick behalten wird und die steuerlichen Auswirkungen der verschiedenen Fortsetzungs-, Nachfolge- und Eintrittsklauseln dargestellt werden und zwar in prägnanter und übersichtlicher Weise. Abgerundet wird der Bereich der Personengesellschaften mit zwei kurzen Kapiteln zu Partnerschaftsgesellschaft und EWIV.

Der Abschnitt zum Kapitalgesellschaftsrecht bespricht neben GmbH und AG auch die SE und die KGaA. Einen Überblick erhält der Leser ferner auch über Stiftungen im Unternehmensbereich sowie Stimmbindungs- und Poolverträge, die aus erbschaftsteuerlicher Sicht (§ 13 a ErbStG) an Bedeutung gewonnen haben. Das Kapitel zur GmbH bietet eine umfassende und sehr anschauliche Aufbereitung der praxisrelevanten Fragen von der Gründung bis hin zur Liquidation. Insbesondere im Bereich der Satzungsgestaltung finden sich Muster und Formulierungsvorschläge (z. B. Güterstandsklausel, Buchwert- und Verkehrswertabfindungsklauseln bei Ausscheiden). Selbstverständlich ist das MoMiG umfassend eingearbeitet. Die Unternehmungsgesellschaft sowie der Inhalt des Musterprotokolls werden im Einzelnen kommentiert. Die ausführlichen und fundierten Ausführungen zum Aktienrecht befassen sich schwerpunktmäßig mit Gründung, Satzungsgestaltung und Hauptversammlung. Zu Gründungsprotokoll und Satzung sind ebenso Muster abgedruckt wie zu Hauptversammlungprotokoll und Beschlüssen, insbesondere zu Kapitalmaßnahmen. Die Bearbeitung ist durchweg überzeugend und auf dem neuesten Stand. Die durch das ARUG geänderten Fristen zur Einberufung der Hauptversammlung werden ausführlich erläutert und eine Musterformulierung hinsichtlich der gemäß § 130 Abs. 2 AktG jedenfalls bei börsennotierten Gesellschaften nunmehr zu treffenden Feststellungen zur Beschlussfassung vorgeschlagen (Aktienzahl, für die gültige Stimmen abgegeben wurden, vertretenes Grundkapital sowie Zahl der abgegebenen Stimmen, Gegenstimmen und ggf. Enthaltungen). Lediglich zur gemischten Sacheinlage wird aufgrund eines Redaktionsversehens bezüglich der verdeckten Sacheinlage noch auf die frühere Rechtslage vor Inkrafttreten des MoMiG bzw. ARUG hingewiesen.

Der umwandlungsrechtliche Teil des Handbuchs besteht aus zwei Kapiteln. Im ersten geht es um Umwandlungen nach dem Umwandlungsgesetz. Der zweite Teil gibt einen Überblick über Umstrukturierungen nach den allgemeinen Vorschriften, also außerhalb des Umwandlungsgesetzes. Zum Umwandlungsrecht findet sich neben einer systematischen Einführung eine besondere Vielzahl von Mustern, insbesondere zu selteneren Gestaltungen (z. B. Verschmelzung von Partnerschaftsgesellschaften, Genossenschaften, Vereinen, Aufspaltung einer GmbH, Formwechsel GmbH & Co. KG in

AG). Zu den eher überblicksartig vorgestellten Umstrukturierungen nach den allgemeinen Vorschriften gehören Einbringungsverfahren ebenso wie Anwachsungsverfahren, Realteilungen von Personengesellschaften und Stufengründungen bei GmbH und AG, Letztere auch unter dem Gesichtspunkt der Nachgründung.

Die mittelbaren Unternehmensbeteiligungen werden in einem eigenen Kapitel erörtert. Neben Erläuterung der gesetzlichen Grundlagen und Gestaltungsmöglichkeiten finden sich auch Musterverträge für typische und atypische stille Gesellschaft, Unterbeteiligung und Treuhand.

Das Konzernrecht, insbesondere der Abschluss von Unternehmensverträgen wird in seinen Grundzügen dargestellt. Zum internationalen und europäischen Gesellschaftsrecht wird die jüngere, durch mehrere EuGH-Entscheidungen geprägte, Rechtsentwicklung zur international-privatrechtlichen Anknüpfung und Reichweite des Gesellschaftsstatuts ebenso erläutert wie die europäische Rechtsetzung im Gesellschaftsrecht. Aber auch alltäglichere Themen wie die in der Praxis seit Einführung der UG stark rückläufige Eintragung inländischer Zweigniederlassungen ausländischer Gesellschaften werden besprochen.

Aus notarieller Sicht interessant sind die Ausführungen zu Unternehmensbeteiligungen im Erb- und Familienrecht. Im Kapitel zur Rechtsnachfolge in Gesellschaften wird neben den bereits erwähnten Rechtsnachfolgeklauseln auch ein kurzer Blick auf die vorweggenommene Erbfolge gerichtet. Bedingt durch das Erscheinen des Werks bereits im Jahr 2010 wird hier allerdings noch auf den sog. dritten Rentenerlass (BMF vom 16.9.2004) verwiesen, der ja in weiten Teilen durch den sog. vierten Rentenerlass des BMF vom 11.3.2010 ersetzt wurde. Besonders positiv zu erwähnen ist das Kapitel über Minderjährige im Gesellschaftsrecht. Es enthält einen sehr nützlichen Überblick zur Vertretung des Minderjährigen, zur ggf. erforderlichen Ergänzungspflegerbestellung und zu den einzuholenden gerichtlichen Genehmigungen. Die Darstellung erfolgt systematisch gegliedert nach den verschiedenen Stadien bzw. Rechtsakten, also Gründung, Anteilsübertragung, Beschlussfassung, Ausscheiden aus der Gesellschaft und zwar sowohl für Personen- als auch für Kapitalgesellschaften. Das Kapitel Unternehmensbeteiligungen im Familienrecht stellt zum einen die Behandlung von Unternehmensbeteiligungen im Zugewinn dar, insbesondere die hiermit verbundenen Fragen zur Unternehmensbewertung samt den verschiedenen Bewertungsmethoden. Zum anderen werden die Grundsätze der Einkommensermittlung bei Gewinneinkünften erläutert. Aus kautelarjuristischer Sicht werden sodann Vorschläge zur vorsorgenden Ehevertragsgestaltung vorgestellt, insbesondere Gütertrennung, modifizierte Zugewinngemeinschaft und Vereinbarung einer konkreten Bewertungsmethode für das unternehmerische Vermögen.

Ein Kapitel befasst sich mit den Beurkundungsfragen im Gesellschaftsrecht. Eingehend erörtert werden hierbei die Fragen rund um die Zulässigkeit von Auslandsbeurkundungen von GmbH-Anteilsabtretungen, insbesondere in der Schweiz, die auch nach Inkrafttreten des MoMiG und Änderung des Schweizer Obligationenrechts nach wie vor als zulässig angesehen werden, sofern im Vergleich zur Inlandsbeurkundung von einer funktionellen Gleichwertigkeit des ausländischen Notars und einer Äquivalenz des Beurkundungsverfahrens auszugehen ist. Im Zusammenhang mit Auslandsbeurkundungen wird, abweichend vom Meinungsstand in der beurkundungsrechtlichen Literatur, die Meinung vertreten, es könne unter den genannten Voraussetzungen der

Gleichwertigkeit der Auslandsbeurkundung gemäß § 13 a BeurkG auch auf ausländische Urkunden verwiesen werden. Etwas überraschend wird – insoweit ohne Auseinandersetzung mit dem überwiegend abweichenden Meinungsstand in der Kommentarliteratur – die Auffassung vertreten, es sei im Bereich des § 14 BeurkG nicht ausreichend, die Anlage nur auf der letzten Seite zu unterschreiben und die übrigen Seiten zu paraphieren. Es bedürfe vielmehr der Unterschrift auf jeder Seite.

Angemessen berücksichtigt wird auch das Steuerrecht. Zum einen wird im Rahmen der einzelnen Themen das Augenmerk stets auf die steuerlichen Hintergründe und Auswirkungen gelegt. Außerdem beinhaltet das Werk ein eigenes Kapitel zum Bilanz- und Steuerrecht. Hier findet sich neben einer Darstellung zur ertragsteuerlichen Behandlung von Unternehmen ein instruktiver Überblick über Einbringungsvorgänge unter steuerlichen Aspekten (§§ 20, 24 UmwStG, 6 Abs. 5 EStG). Schließlich wird die praxisrelevante steuerliche Betriebsaufspaltung in ihren vielschichtigen Formen in einem eigenen Abschnitt ausführlich besprochen. Zu den Ausführungen im Kapitel Unternehmenskauf ist allerdings anzumerken, dass dort der Eindruck entsteht, für Anteilsveräußerungen von im Privatvermögen gehaltenen Unternehmensbeteiligungen gelte nunmehr stets § 20 Abs. 2 Nr. 1 EStG in Verbindung mit dem pauschalen Abgeltungsteuersatz. Hierzu fehlt der Hinweis, dass dies nur dann zutrifft, wenn es sich um eine Beteiligung unterhalb der 1%-Grenze handelt. Bei Veräußerung einer wesentlichen Beteiligung i. S. d. § 17 EStG findet die Abgeltungsteuer bzw. deren pauschaler Steuersatz keine Anwendung. Vielmehr werden Veräußerungsgewinne nach Anwendung des Teileinkünfteverfahrens mit dem individuellen (progressiven) Steuersatz versteuert.

Die übrigen Kapitel des Werks befassen sich mit Schiedsverfahren, Joint-Ventures, Unternehmensfinanzierung, Mitbestimmungs- und Arbeitsrecht, Kartellrecht, Kapitalmarktrecht, Insolvenz- und Strafrecht sowie – zum Abschluss – den berufsrechtlichen Aspekten zum Fachanwaltstitel.

Das Fachanwaltshandbuch wird seinem Anspruch vollauf gerecht und bietet eine Querschnittsdarstellung des Handels- und Gesellschaftsrechts. Es legt seinen Schwerpunkt hierbei durchweg auf die kautelarjuristische Arbeit und umfasst sämtliche Bereiche des Handels- und Gesellschaftsrechts. Verweisungen auf weiterführende Literatur zur vertiefenden Recherche fehlen selbstverständlich nicht. Aus praktischer Sicht besonders hervorzuheben sind die zahlreichen, gut verwendbaren Formulierungsvorschläge und Vertragsmuster, die auf der mitgelieferten CD-ROM verfügbar sind. Darüber hinaus sind in den Bereichen Nachfolge von Todes wegen in Gesellschaftsbeteiligungen und Unternehmensbeteiligungen im Familienrecht auch Schnittstellen zu anderen notarrelevanten Bereichen enthalten.

Wer ein einbändiges Handbuch zum Gesellschaftsrecht sucht, das neben einer kompakten und praxisorientierten Bearbeitung der einzelnen Themen auch Muster für die Vertragsgestaltung liefert, liegt mit dem Fachanwaltshandbuch richtig. Auch in den Bereichen des Handels- und Gesellschaftsrechts, die nicht zum notariellen Alltag gehören, ist das Fachanwaltshandbuch gewinnbringend. Der Titel des Werks sollte also nicht falsch verstanden werden. Das Fachanwaltshandbuch Handels- und Gesellschaftsrecht ist auch im notariellen Bereich eine wertvolle Hilfe und kann uneingeschränkt zum Kauf empfohlen werden.

Notar *Bernhard Weiß*, Dingolfing

## Wicke: GmbHG. 2. Aufl., Beck, 2011. 674 S., 52 €

Nachdem *Wicke* der Coup der ersten Vollkommentierung des GmbHG nach Inkrafttreten des MoMiG gelungen war, ist er nun auch wieder der erste Autor, der die Zweitaufgabe seit Inkrafttreten des MoMiGs präsentiert. Damit beinhaltet der *Wicke* in der 2. Auflage die aktuellste Vollkommentierung, die einen aktuellen Überblick über die Anwendung und Auslegung des GmbH-Rechtes seit dem 1.11.2008 gibt. Die Aktualisierung des Kommentars ist voll umfassend ausgefallen. Die gesamte zum MoMiG ergangene Rechtsprechung und die gesamte relevante Literatur, die entscheidenden Streitfragen, die sich aus der Anwendung des neuen Rechtes ergeben, sind umfassend berücksichtigt. Dabei werden die auftretenden juristischen Fragen im Wesentlichen unter einem praktischen Gesichtspunkt, weniger unter einem wissenschaftlich, theoretischen Gesichtspunkt beleuchtet. Dies macht den *Wicke* für jeden Praktiker besonders wertvoll. Die Erschließung der Informationen ist durch eine übersichtliche Gestaltung der Kommentierung mit vorgelagerter Übersicht über die Kommentierung und ein gründlich gestaltetes Sachverzeichnis ausgezeichnet gelungen. Darüber hinaus ist der *Wicke* in seiner 2. Auflage auch weiterhin in bestimmten Modulen von beck-online abrufbar, so dass auch eine elektronische Recherche weiterhin ermöglicht wird.

In § 2 Rdnr. 17 der Kommentierung schließt *Wicke* sich der wohl herrschenden Meinung an, wonach eine Befreiung von § 181 BGB für spätere Geschäftsführer als den ersten Geschäftsführer einer UG (haftungsbeschränkt) bei Verwendung

des Musterprotokolls nicht fortbesteht, sondern zur Befreiung von § 181 BGB von Folgegeschäftsführern eine Satzungsänderung erforderlich ist.

In der Kommentierung zu § 16 Rdnr. 20 a hält *Wicke* an der auch bisher bereits von ihm vertretenen Auffassung fest, dass bei aufschiebend bedingten Abtretungen von Geschäftsanteilen ein gutgläubiger Erwerb einerseits droht und möglich ist nach § 161 Abs. 3 BGB, diese Gefahr jedoch andererseits durch Eintragung eines Widerspruchs und andererseits durch das Zweilistenmodell beseitigt werden kann. Es bleibt insoweit abzuwarten, ob diese Auffassung sich in der Praxis durchsetzen wird (a. A. insoweit OLG München, Beschluss vom 11.3.2011, 31 Wx 162/10, MittBayNot 2011, 326).

Völlig zu Recht lehnt *Wicke* die BGH-Entscheidung vom 20.7.2009, II ZR 273/07, MittBayNot 2010, 58 ab, wonach der BGH für die Fälle des sog. Hin- und Herzählens durch unzutreffende Auslegung des § 3 Abs. 4 EGGmbHG die vom Gesetzgeber angestrebte Rückwirkung aushebelt, indem er auch für Altfälle bereits die Anmeldung und Aufdeckung des geplanten Hin- und Herzählens zum Handelsregister zur Voraussetzung der Rückwirkung macht. Auch diese Stelle der Kommentierung zeigt, dass der *Wicke* nicht nur eine Wiedergabe des aktuellen Rechtsstandes beinhaltet, sondern an den richtigen Stellen auch Akzente setzt, indem er die Rechtsprechung und herrschende Meinung kritisch hinterfragt und kommentiert.

Zum Sachagio, also der Aufgeldzahlung in Form von Sachgegenständen zusätzlich zur Bareinlage, vertritt *Wicke* über-

zeugend und mit dem BFH (7.4.2010, I R 55/09, MittBayNot 2010, 507) die Ansicht, dass insoweit die Sacheinlage- und Sachgründungsvorschriften keine Anwendung finden (§ 9 Rdnr. 3; § 14 Rdnr. 1; § 57 a Rdnr. 1).

Der *Wicke* ist auch in der 2. Auflage knapp, aktuell, überzeugend, gleichzeitig kritisch und uneingeschränkt praxisorientiert. *Wicke* verfasst seinen Kommentar mit leichter Feder, in

gut lesbarer und verständlicher Sprache, ohne Schnörkel, so dass die Lektüre nicht nur ein fachlicher Gewinn, sondern auch ein echter Genuss ist. Nach alledem ist der *Wicke* in der 2. Auflage erst recht ein Buch, das jedem Praktiker und Notar zur Anschaffung uneingeschränkt empfohlen werden muss.

Notar Dr. *Eckhard Wälzholz*, Füssen

## RECHTSPRECHUNG

### Bürgerliches Recht

1. GrdStVG § 9 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2, RSG § 4 Abs. 1 (*Überlassung landwirtschaftlicher Grundstücke an Besitzgesellschaft mit Willen zur Landwirtschaft*)

**Die Veräußerung eines landwirtschaftlichen Grundstücks an ein selbst nicht Landwirtschaft betreibendes Unternehmen steht einem Erwerb durch einen Landwirt gleich, wenn eine sachliche und personelle Verflechtung zwischen Besitzunternehmen und Betriebsgesellschaft besteht, bei der die Überlassung der Grundstücke an das landwirtschaftliche Unternehmen sichergestellt ist, und die hinter den Unternehmen stehenden Personen den einheitlichen Willen haben, Landwirtschaft zu betreiben.**

BGH, Beschluss vom 26.11.2010, BLw 14/09

2. GBO §§ 20, 47 Abs. 2 Satz 1, 78 Abs. 1, 19, 16 (*Anforderungen an die Grundbucheintragung bei Eigentumserwerb einer GbR*)

**Erwirbt eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) Grundstücks- oder Wohnungseigentum, reicht es für die Eintragung des Eigentumswechsels in das Grundbuch aus, wenn die GbR und ihre Gesellschafter in der notariellen Auflassungsverhandlung benannt sind und die für die GbR Handelnden erklären, dass sie deren alleinige Gesellschafter sind; weiterer Nachweise der Existenz, der Identität und der Vertretungsverhältnisse dieser GbR bedarf es gegenüber dem Grundbuchamt nicht.**

BGH, Beschluss vom 28.4.2011, V ZB 194/10; mitgeteilt von Wolfgang Wellner, Richter am BGH

Die Beteiligte zu 2, eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), kaufte mit notariellem Vertrag vom 16.10.2000 von der Beteiligten zu 1 das in dem Eingang dieses Beschlusses bezeichnete Wohnungseigentum. Die Auflassung wurde erklärt. Für die Beteiligte zu 2 traten J. und Dr. M. auf, die ausweislich der Präambel des Kaufvertrags „als Gesellschafter einer aus ihnen bestehenden Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ handelten. Am 12.11.2009 bestellte die Beteiligte zu 2, für die bei der Beurkundung wiederum J. und Dr. M. auftraten, im eigenen Namen sowie – aufgrund einer in dem Kaufvertrag erteilten Belastungsvollmacht – im Namen der Beteiligten zu 1 eine Buchgrundschuld zugunsten der Beteiligten zu 3.

Das Grundbuchamt hat die Anträge auf Eintragung der Buchgrundschuld, Eigentumsumschreibung und Löschung einer zugunsten der Beteiligten zu 2 eingetragenen Auflassungsvormerkung zurückgewiesen. Die hiergegen erhobene Beschwerde ist ohne Erfolg geblieben. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt die Beteiligte zu 2 die Anträge weiter.

Nach Ansicht des Beschwerdegerichts, dessen Entscheidung unter anderem in ZIP 2010, 1847 veröffentlicht ist, steht der Umschreibung des Eigentums ein nicht behebbares rechtliches Hindernis entgegen. Die zum Nachweis der Auflassung vorgelegte Urkunde sei nicht geeignet, die Identität der Beteiligten zu 2 mit der für Grundbucheintragungen notwendigen Bestimmtheit festzustellen. Denn es könne nicht ausgeschlossen werden, dass die darin benannten Gesellschafter neben der Beteiligten zu 2 noch andere Gesellschaften bürgerlichen Rechts gegründet hätten. Weitere Angaben, die eine eindeutige Identifizierung der Beteiligten zu 2 erlaubten (z. B. Gründungszeitpunkt und -ort, Name, Sitz), seien in dem Kaufvertrag nicht enthalten. Auf diese könne allenfalls dann verzichtet werden, wenn gleichzeitig mit dem Kaufvertrag ein (notarieller) Gesellschaftsvertrag geschlossen werde. Das sei hier aber nicht der Fall gewesen. Die

Kenntnis der Gesellschafter von der Identität der GbR sei für das Grundbuchverfahren unerheblich, weil es sich dabei um einen außerhalb der Eintragungsbewilligung liegenden Umstand handle.

Den weiterhin gestellten Anträgen auf Eintragung der Grundschuld und Löschung der Auflassungsvormerkung könne schon im Hinblick auf eine von den Beteiligten vorgenommene Verbindung mit dem Antrag auf Eigentumsumschreibung nicht entsprochen werden. Hinsichtlich der Grundschuld fehle es zudem – trotz der in dem notariellen Kaufvertrag gegenüber der Beteiligten zu 2 erteilten Belastungsvollmacht – an der erforderlichen Bewilligung der Beteiligten zu 1. Notwendig sei der Nachweis, dass J. und Dr. M. im Zeitpunkt der Grundschuldbestellung noch die alleinigen Gesellschafter der Beteiligten zu 2 und daher zu deren Vertretung berechtigt gewesen seien. Dieser Nachweis könne indes mit den grundbuchrechtlich zugelassenen Beweismitteln nicht geführt werden.

*Aus den Gründen:*

Auf die Rechtsbeschwerde der Beteiligten zu 2 werden der Beschluss des AG – Grundbuchamt – Charlottenburg vom 17.5.2010, dessen Nichtabhilfebeschluss vom 3.6.2010 und der Beschluss des 1. Zivilsenats des KG in Berlin vom 22.6.2010 aufgehoben.

Das AG – Grundbuchamt – wird angewiesen, den Vollzug der Anträge auf Eintragung der Buchgrundschuld und des Eigentumswechsels sowie auf Löschung der Auflassungsvormerkung nicht aus den in dem Beschluss vom 17.5.2010 genannten Gründen zu verweigern.

### III.

1. Die statthafte (§ 78 Abs. 1 GBO) Rechtsbeschwerde ist auch im Übrigen zulässig (§ 78 Abs. 3 GBO i. V. m. § 71 FamFG). Nach der Rechtsbeschwerdeschrift sollen offenbar sowohl die Beteiligte zu 2 als auch deren Gesellschafter Rechtsbeschwerdeführer sein. Das ist nicht zu beanstanden, denn sie alle sind zur Einlegung des Rechtsmittels berechtigt. Die GbR kann aufgrund ihrer Rechtsfähigkeit die durch die Zurückweisung des Eintragungsantrags betroffenen Rechte selbständig geltend machen. Daneben sind auch die Gesellschafter zur Erhebung der Rechtsbeschwerde berechtigt; denn im Hinblick darauf, dass die Eintragung der GbR in das Grundbuch nach § 47 Abs. 2 Satz 1 GBO auch die Eintragung ihrer Gesellschafter erfordert, sind sie durch die Antragszurückweisung in ihrer Rechtsstellung betroffen.

2. Die Rechtsbeschwerde ist auch begründet. Das von dem Beschwerdegericht als Grund für die Zurückweisung der Anträge angeführte rechtliche Hindernis besteht nicht.

a) Entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts scheidet die Umschreibung des Wohnungseigentums auf die Beteiligte zu 2 nicht daran, dass diese in dem Vertrag vom 16.10.2009 nicht hinreichend bestimmt bezeichnet ist.

aa) Zutreffend ist allerdings, dass ein Rechtsgeschäft, bei dem eine GbR Grund- oder Wohnungseigentum erwirbt, im Grundbuch nur vollzogen werden darf, wenn die Identität der Gesellschaft feststeht und diese somit von anderen Gesellschaften bürgerlichen Rechts unterschieden werden kann (vgl. Senat, Beschluss vom 4.12.2008, V ZB 74/08, BGHZ 179, 102, 112 Rdnr. 20 für die Eintragung einer Sicherungshypothek). Hierbei handelt es sich um eine Folge des Bestimmtheitsgrundsatzes, der das gesamte Grundbuchrecht beherrscht (Senat, Beschluss vom 24.11.1978, V ZB 6/76, BGHZ 73, 211, 214). Dieser verlangt im Hinblick auf die durch das Grundbuch bezweckte Sicherheit des Rechtsver-

kehr, dass nicht nur das betroffene Grundstück selbst sowie der Inhalt des dinglichen Rechts, sondern auch die Person des Berechtigten klar und eindeutig feststehen müssen (vgl. OLG München, ZIP 2010, [1293], 1294; *Bauer* in *Bauer/von Oefele*, GBO, 2. Aufl., AT Rdnr. I 16; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rdnr. 18).

bb) Die sich hieraus ergebenden Anforderungen werden durch die in dem Vertrag enthaltene Benennung der Beteiligten zu 2 und ihrer beiden Gesellschafter erfüllt. Der Angabe weiterer Unterscheidungsmerkmale bedarf es nicht.

(1) Das folgt aus der Regelung in § 47 Abs. 2 Satz 1 GBO. Nach dieser durch das Gesetz zur Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs und der elektronischen Akte im Grundbuchverfahren sowie zur Änderung weiterer grundbuch-, register- und kostenrechtlicher Vorschriften (ERVGBG) vom 11.8.2009 (BGBl I, S. 2713) eingefügten Vorschrift wird ein Recht einer GbR in der Form in das Grundbuch eingetragen, dass neben der Gesellschaft als derjenigen, der es materiellrechtlich zusteht (Senat, Urteil vom 25.1.2008, V ZR 63/07, NJW 2008, 1378, 1379 Rdnr. 7; BGH, Urteil vom 25.9.2006, II ZR 218/05, NJW 2006, 3716 Rdnr. 10), auch die Gesellschafter im Grundbuch eingetragen werden. Eine Eintragung der GbR alleine unter der gewählten Bezeichnung kommt – anders als nach der vor dem Inkrafttreten des ERVGBG bestehenden Rechtslage (Senat, Beschluss vom 4.12.2008, VZB 74708, BGHZ 179, 102, 112 Rdnr. 20) – nicht in Betracht. Der Name der GbR steht somit für das Grundbuchverfahren nicht (mehr) als taugliches Abgrenzungskriterium gegenüber anderen Gesellschaften bürgerlichen Rechts zur Verfügung. Die Identifizierung der Gesellschaft erfolgt über die notwendige Benennung ihrer Gesellschafter (vgl. Senat, Beschluss vom 2.12.2010, V ZB 84/10, NJW 2011, 615, 616 Rdnr. 10 [zur Veröff. in BGHZ vorgesehen] unter Bezugnahme auf die Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses zum ERVGBG, BT-Drucks. 16/13437, S. 24 li. Sp.; Beschluss vom 24.2.2011, V ZB 253/10, WM 2011, 642, 644 Rdnr. 18). Diese müssen nach § 15 Abs. 1 Buchstabe c GBV in einer Weise bezeichnet werden, die bei natürlichen Personen den Anforderungen des § 15 Abs. 1 Buchstabe a GBV (Name, Geburtsdatum, ggf. Beruf und Wohnort) und bei juristischen Personen sowie Handels- und Partnerschaftsgesellschaften denjenigen des § 15 Abs. 1 Buchstabe b GBV (Name oder Firma, Sitz) genügt. Ist das – wie hier – der Fall, ist die Gesellschaft hinreichend bestimmt, ohne dass noch weitere Angaben erforderlich sind (ebenso *Böttcher*, AnwBl 2011, 1, 3; a. A. OLG München, ZIP 2010, 1293, 1294; OLG Frankfurt, Beschluss vom 17.6.2010, 20 W 194/10, Juris Rdnr. 6; *Hügel/Reete*, GBO, 2. Aufl., § 47 Rdnr. 112; *Heinze*, RNotZ 2010, 289, 302; *Krauß*, notar 2010, 360, 361; *Werner*, MDR 2010, 721, 722).

(2) Etwas anderes ergibt sich nicht deshalb, weil die Regelung in § 15 Abs. 1 Buchstabe c GBV die Möglichkeit eröffnet, zusätzlich zu den Gesellschaftern auch den Namen und den Sitz der GbR in das Grundbuch einzutragen. Solche zusätzlichen Angaben kann das Grundbuchamt hinzufügen, wenn dies – ähnlich wie bei namensgleichen natürlichen Personen – geboten ist, um die einzutragende GbR von anderen Gesellschaften bürgerlichen Rechts mit identischem Gesellschafterbestand zu unterscheiden. Weitergehende Anforderungen an die Identifizierung hat der Gesetzgeber mit der Regelung jedoch nicht angestrebt. Er hat das Problem möglicher Identitätszweifel bei der Eintragung einer GbR gesehen, es aber unter Hinweis darauf, dass sich insoweit keine wesentlichen Unterschiede gegenüber anderen Rechtsträgern ergeben, für nicht durchgreifend erachtet (Beschlussempfehlung a. a. O., S. 24 re. Sp.; ebenso schon Senat, Beschluss

vom 4.12.2008, V ZB 74/08, BGHZ 179, 102, 112 Rdnr. 20 für die Rechtslage vor dem Inkrafttreten des ERVGBG). Deshalb besteht grundsätzlich keine Notwendigkeit für die Eintragung von Namen und Sitz der GbR (*Steffek*, ZIP 2009, 1445, 1447). Dessen ungeachtet können mögliche Schwierigkeiten bei der Feststellung der Identität einer GbR durch die Angabe zusätzlicher, über die Benennung der Gesellschafter hinausgehender Unterscheidungsmerkmale allenfalls verringert werden. Vollständig ausschließen lassen sie sich nicht. Bestehen also – wie hier – keine konkreten Anhaltspunkte für das Vorhandensein einer anderen GbR mit identischen Gesellschaftern, hat das Grundbuchamt keinen Anlass, solche zusätzlichen Angaben einzutragen, und deshalb auch keinen Anlass, deren Nachweis zu verlangen.

(3) Gibt somit – wie hier – eine GbR eine Grundbucheklärung ab und ist sie dabei in Übereinstimmung mit der Regelung in § 47 Abs. 2 Satz 1 GBO bezeichnet, kann und muss das Grundbuchamt den Antrag grundsätzlich ohne weitere Identitätsnachweise vollziehen (Beschlussempfehlung a. a. O., S. 24 re. Sp.).

b) Der Eintragung steht auch kein sonstiges Hindernis entgegen. Die in der notariellen Verhandlung von J. und Dr. M. abgegebene Erklärung, sie handelten als alleinige Gesellschafter einer aus ihnen bestehenden Gesellschaft bürgerlichen Rechts, reicht für die Eintragung des Eigentums der Beteiligten zu 2 aus. Weiterer Nachweise bedarf es insoweit ebenfalls nicht.

aa) Das ist allerdings in Rechtsprechung und Schrifttum umstritten.

(1) Eine Ansicht verneint die Nachweiseignung einer Erklärung der Gesellschafter über die rechtlichen Verhältnisse der GbR, Existenz und Identität der Gesellschaft sowie die Vertretungsberechtigung der handelnden Personen seien in der Form des § 29 GBO nachzuweisen. Dieser Nachweis könne durch eine in dem notariellen Kaufvertrag enthaltene Erklärung der für die GbR Handelnden nicht geführt werden, da dieser lediglich die Abgabe der Erklärung, nicht aber deren inhaltliche Richtigkeit beweise (z. B. OLG München, ZIP 2010, 1496, 1497; OLG Nürnberg, ZIP 2010, 1344, 1345; OLG Hamm, ZIP 2010, [2245], 2247; OLG Rostock, NotBZ 2011, 64, 66; OLG Köln, FGPrax 2011, 13, 16; KG, Rpfleger 2011, 200 f.; OLG Bamberg, Beschluss vom 9.2.2011, 3 W 176/10, juris; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 8.4.2011, 11 Wx 127/10, juris; *Bestelmeyer*, Rpfleger 2010, 169, 182; *Heinze*, ZNotP 2010, 409, 414 [großzügiger RNotZ 2010, 289, 303]; *Lautner*, DNotZ 2009, 650, 658; *ders.*, MittBayNot 2010, 286, 289; *ders.*, MittBayNot 2011, 32, 33; *Demharter*, EWIR 2010, 489, 490; *Schneider*, ZfIR 2010, 728, 729; wohl auch *Hügel/Knobloch*, DB 2010, 2433, 2438).

(2) Eine zweite Auffassung geht ebenfalls von der Anwendbarkeit der Regelung des § 29 GBO aus. Sie meint aber in Anlehnung an die Grundsätze zur Vollmachtsbestätigung, dass eine anlässlich der Beurkundung des Kaufvertrags erteilte Bestätigung der Existenz, des Gesellschafterbestands und der Vertretungsverhältnisse der GbR durch die für sie Handelnden regelmäßig ausreichend sei, um die Eintragungsvoraussetzungen in der gebotenen Form nachzuweisen (z. B. OLG Saarbrücken, DNotZ 2010, 301, 303; OLG Oldenburg, ZIP 2010, 1846 f.; OLG Brandenburg, NJW-RR 2011, 166, 168; OLG Dresden, NotBZ 2010, 463, 464; *Hügel/Reetz*, GBO, 2. Aufl., § 47 Rdnr. 112; *Albers*, ZfIR 2010, 705, 708; *Böttcher*, ZfIR 2009, 613, 618; *ders.*, NJW 2010, 1647, 1655; *ders.*, ZNotP 2010, 173, 1761; *ders.*, AnwBl 2011, 1, 5; *ders.*, NJW 2011, 822, 830; *Krauß*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 4. Aufl., Rdnr. 286 [strenger aber notar 2009, 429, 437

und notar 2010, 360, 363]; *Miras*, DStR 2010, 604, 608; *Werner*, MDR 2010, 721, 723; *Zimmer*, ZfIR 2010, 332 f.; wohl auch *Böhringer*, NotBZ 2009, 86, 88 f.; *Weimer*, NotBZ 2010, 195, 196).

(3) Demgegenüber hält *Reymann* (ZNotP 2011, 84, 101 ff.) einen in der Form des § 29 GBO zu führenden Nachweis der rechtlichen Verhältnisse der GbR nicht für erforderlich (im Ergebnis ebenso *Ruhwinkel*, DNotZ 2010, 304, 305; *ders.*, MittBayNot 2009, 177, 160; *ders.*, MittBayNot 2009, 421, 424). Zwar müssten die für die Gesellschaft handelnden Personen bei der Auflassung Erklärungen zur Existenz, Identität und Vertretung der GbR abgeben. Ein Nachweis, dass diese Angaben richtig sind, könne das Grundbuchamt aber grundsätzlich nicht verlangen. Das sei eine Folge der Regelung des § 47 Abs. 2 GBO, aufgrund derer das Recht der GbR grundbuchrechtlich durch die Gesellschafter „mediatisiert“ werde, weshalb es eines auf die GbR bezogenen Nachweises nicht bedürfe. Anders sei es nur dann, wenn hinreichende Anhaltspunkte für das Unrichtigwerden des Grundbuchs vorlägen.

bb) Der Senat hält diese Auffassung für richtig. Aus der systematischen Stellung des § 47 Abs. 2 Satz 1 GBO und dem von dem Gesetzgeber mit der Schaffung der Vorschrift verfolgten Zweck ergeben sich – auch in dem hier maßgeblichen Anwendungsbereich des § 20 GBO – Nachweiserleichterungen für die Eintragung von Rechten einer GbR.

(1) Der Gesetzgeber hat durch die im Rahmen des ERVGBG vorgenommenen Änderungen der Grundbuchordnung betreffend solche Eintragungen an die Rechtslage vor der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR angeknüpft. Seinerzeit erfolgten sie auf der Grundlage des § 47 GBO a. F. durch die Eintragung der Gesellschafter als den materiellrechtlich Berechtigten mit einem das Gesellschaftsverhältnis kennzeichnenden Zusatz (vgl. etwa BGH, Urteil vom 2.5.1966, II ZR 219/63, BGHZ 45, 338, 348; BayObLG, Rpfleger 1985, 353, 354; *Demharter*, a. a. O., § 19 Rdnr. 108; *Meikel/Böhringer*, GBO, 10. Aufl., § 47 Rdnr. 203). Ein Nachweis, dass die in der notariell beurkundeten Auflassung (§ 925 BGB) enthaltenen Angaben zu der GbR zutreffen, musste nicht erbracht werden. Denn im Anwendungsbereich des § 47 a. F. GBO unterlag die Frage, ob das behauptete Gesellschafts- oder sonstige Gemeinschaftsverhältnis bestand und ob es den mitgeteilten Inhalt hatte, grundsätzlich keiner Nachprüfung durch das Grundbuchamt (vgl. OLG Karlsruhe, Rpfleger 1994, 248; *Demharter*, a. a. O., § 47 Rdnr. 13; *Güthe/Triebel*, GBO, 6. Aufl., § 47 Rdnr. 12; *Meikel/Böhringer*, a. a. O., § 47 Rdnr. 261; *Schöner/Stöber*, a. a. O., Rdnr. 254). Ausreichend für die Eintragung war die Erklärung der Gesellschafter, sofern dem Grundbuchamt nicht deren Unrichtigkeit bekannt war. Das hat seinen Grund darin, dass § 47 GBO a. F. – ebenso wie § 47 Abs. 1 GBO – nicht die Voraussetzungen, sondern den Inhalt der Eintragung betrifft, weshalb § 29 GBO insoweit keine Anwendung findet (vgl. *Güthe/Triebel*, a. a. O.; *Reymann*, ZNotP 2011, 83, 102).

(2) Hieran hat sich durch die Einfügung des § 47 Abs. 2 GBO nichts geändert.

(a) Die Vorschrift betrifft als Sonderfall der in § 47 Abs. 1 GBO geregelten Eintragung eines gemeinschaftlichen Rechts ebenfalls nur den Inhalt der Grundbucheintragung, nicht ihre Voraussetzungen. Eine Regelung dazu, welche Nachweise erbracht werden müssen, damit das Recht der GbR eingetragen werden kann, enthält die Vorschrift nicht. Sie war zudem systematisch im Zusammenhang mit den Regelungen über die Voraussetzungen einer Eintragung (§§ 19 ff. GBO) und deren Nachweis (§§ 29 ff. GBO) anzusiedeln gewesen. Dort fehlt sie jedoch.

(b) Ausweislich der Materialien zum ERVGBG soll mit der Regelung in § 47 Abs. 2 Satz 1 GBO die Eintragung aller Gesellschafter zur bestimmten Bezeichnung des Berechtigten grundbuchverfahrensrechtlich erforderlich, aber auch ausreichend sein; die Vorschrift soll insbesondere verhindern, dass die GbR nach der Anerkennung ihrer Grundbuchfähigkeit allein unter ihrem Namen, also ohne Eintragung der Gesellschafter, eingetragen werden kann, weil Existenz, ordnungsgemäße Vertretung und Identität der nur unter ihrem Namen eingetragenen GbR sich oftmals nicht in der Form des § 29 GBO nachweisen lassen (Beschlussempfehlung, BT-Drucks. 16/13437, S. 24 II. Sp.). Durch die Regelung in § 47 Abs. 2 Satz 1 GBO sollen mithin ansonsten, nämlich bei der Eintragung der GbR nur unter ihrem Namen, gegenüber dem Grundbuchamt zu führende Nachweise entbehrlich werden. Obwohl es inhaltlich nicht um eine Frage des Gemeinschaftsverhältnisses geht, hat sich der Gesetzgeber für eine dem entsprechende Behandlung entschieden, um das von ihm vorrangig verfolgte Ziel zu erreichen, dass die GbR grundbuchverfahrensrechtlich im Wesentlichen weiterhin so behandelt werden kann wie vor der Anerkennung ihrer Rechtsfähigkeit (so Beschlussempfehlung a. a. O., S. 24 re. Sp.).

(c) Dem widerspricht es nicht, dass der Senat in seinem Beschluss vom 4.12.2008 (V ZB 74/08, BGHZ 179, 102, 114 Rdnr. 24 f.) die Notwendigkeit eines Nachweises des Gesellschaftsbestands sowie der Vertretungsverhältnisse für möglich erachtet hat. Die Entscheidung betraf die Rechtslage vor dem Inkrafttreten des ERVGBG. Danach war die GbR aufgrund ihrer Rechtsfähigkeit grundsätzlich unter der gewählten Bezeichnung in das Grundbuch einzutragen (Senat, Beschluss vom 4.12.2008, V ZB 74/08, a. a. O., S. 112 Rdnr. 20). Dem ist der Gesetzgeber indes nicht gefolgt. Er hat sich durch die Einfügung des § 47 Abs. 2 Satz 1 GBO für eine Lösung entschieden, die einerseits der – mit der Rechtsfähigkeit notwendig einhergehenden (vgl. *Kröger*, NZG 2010, 801, 802) – Grundbuchfähigkeit der GbR Rechnung trägt. Andererseits soll aber das dingliche Recht der Gesellschaft grundbuchrechtlich durch die Gesellschafter vermittelt werden. Damit lässt sich das Erfordernis eines auf die rechtlichen Verhältnisse der GbR bezogenen und in der Form des § 29 GBO zu führenden Nachweises nicht vereinbaren. Zur Anforderung eines solchen Nachweises besteht vielmehr nur dann Veranlassung, wenn das Grundbuchamt über konkrete Anhaltspunkte verfügt, dass das Grundbuch durch die beantragte Eintragung unrichtig würde; die theoretische Möglichkeit, dass der Gesellschaftsvertrag jederzeit – auch mündlich – abgeändert werden kann, ist hierfür aber nicht ausreichend (*Reymann*, ZNotP 2011, 84, 103; ähnlich *Ruhwinkel*, MittBayNot 2009, 421, 424 f.).

(d) Eine andere Beurteilung ist auch nicht deshalb gerechtfertigt, weil materiellrechtlich die GbR – und nicht die Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit – das Grundeigentum erwirbt. Materielles Recht und Grundbuchverfahrensrecht sind jeweils selbständige Rechtsgebiete und können in ihren Voraussetzungen und Rechtswirkungen unterschiedlich ausgestaltet sein (vgl. *Melkel/Böttcher*, a. a. O., Einl. B Rdnr. 5). Es stand dem Gesetzgeber daher frei, die gemäß § 873 Abs. 1 BGB zu dem materiellen Rechtserwerb der GbR erforderliche Eintragung in des Grundbuch verfahrensrechtlich nicht an die Bezeichnung der Gesellschaft, sondern an die Benennung der Gesellschafter anzuknüpfen und so von der materiellen Berechtigung abzuweichen (vgl. *Reymann*, ZNotP 2011, 83, 107).

3. Da es somit an dem von dem Beschwerdegericht angenommenen rechtlichen Hindernis für die Umschreibung des Eigentums auf die Beteiligte zu 2 fehlt, hätte auch der damit

gemäß § 16 Abs. 2 GBO verbundene Antrag auf Löschung der Auflassungsvormerkung aus diesem Grund nicht zurückgewiesen werden dürfen.

4. Gleiches gilt für den Antrag auf Eintragung der zugunsten der Beteiligten zu 3 bestellten Buchgrundschild, ohne dass es darauf ankommt ob insoweit – wie die Beteiligte zu 2 geltend macht – bereits keine Verbindung mit dem Antrag auf Eigentumsumschreibung besteht. Denn entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts fehlt es nicht an einer wirksamen Bewilligung (§ 19 GBO) des Grundpfandrechts durch die Beteiligte zu 1. Diese ist bei der am 12.11.2009 beurkundeten Bestellung der Buchgrundschild durch J. und Dr. M. vertreten worden, die hierbei als Gesellschafter der Beteiligten zu 2 gehandelt haben. Die für den Nachweis der Vertretungsmacht einzuhaltende Form des § 29 GBO (vgl. BayObLG, MittBayNot 1980, 152; KG, OLGZ 1985, 184, 185; *Demharter*, a. a. O., § 19 Rdnr. 77) ist gewahrt. Denn Grundlage der Vertretung war die im Rahmen des notariellen Kaufvertrags vom 16.10.2009 erteilte Belastungsvollmacht. Diese lautet zwar auf die Beteiligte zu 2. Sie ist aber bei verständiger Würdigung – im Hinblick darauf, dass weitere Feststellungen insoweit nicht zu erwarten sind, auch durch den Senat (vgl. Urteil vom 14.12.1990, V ZR 223/89, NJW 1991, 1180, 1181 m. w. N. für die Revision) – dahingehend auszulegen, dass daneben auch deren in dem Kaufvertrag benannte Gesellschafter gemeinschaftlich zu einer Vertretung der Beteiligten zu 1 berechtigt sein sollen.

3. BGB § 705; GBO §§ 20, 29 Abs. 1, 47 (*Anforderungen an die Grundbucheintragung bei Eigentumserwerb einer GbR*)

**Beim Erwerbsgeschäft einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts bedarf es – von Ausnahmen abgesehen – über deren Benennung und Bezeichnung ihrer Gesellschafter in der notariellen Auflassungsverhandlung hinaus keiner Nachweise zu Existenz, Identität und ihrer Vertretung (Anschluss an BGH vom 28.4.2011, V ZB 194/10 = ZIP 2011, 1003 = MittBayNot 2011, 393 [in diesem Heft]; Aufgabe der bisherigen Senatsrechtsprechung, zuletzt Beschluss vom 4.4.2011, 34 Wx 159/10).**

OLG München, Beschluss vom 15.6.2011, 34 Wx 158/10; mitgeteilt von Edith Paintner, Richterin am OLG München

Am 23.12.2009 wurde an die Beteiligte zu 1, eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), laut notarieller Urkunde bestehend aus den Gesellschaftern ... und ..., ein Grundstück verkauft. Das Grundstück ist belastet mit einer Briefgrundschild über 1.250.000 DM, die vom Käufer nicht übernommen wurde. Weiter bewilligten die Vertragsparteien die Eintragung einer Eigentumsvormerkung zugunsten des Käufers. Die Vormerkung wurde am 7.1.2010 im Grundbuch eingetragen.

Unter dem 9.8.2010 hat der Notar beantragt, den Grundbesitz umzuschreiben, die Grundschild und die Eigentumsvormerkung zu löschen, dies unter der Voraussetzung, dass ohne Zustimmung des Erwerbers keine Zwischeneintragung erfolgt ist und kein Zwischenantrag vorliegt. Mit vorgelegt sind die Auflassungs-/Bewilligungserklärungen, ein Negativattest betreffend das gemeindliche Vorkaufrecht, die Unbedenklichkeitsbescheinigung des FA und die Löschungsbewilligung für die Grundschild, überdies die eidesstattliche Versicherung eines der beiden Gesellschafter, dass er und die bezeichnete weitere Person die einzigen Gesellschafter der Beteiligten zu 1 seien.

Mit Beschluss vom 15.10.2010 hat das Grundbuchamt die Eintragungsanträge zurückgewiesen. Nur der Erwerb durch eine GbR, die sich erst in der notariellen Kaufvertragsurkunde gründe, könne den notwendigen grundbuchrechtlichen Nachweis über Existenz, Identität und Vertretungsberechtigung erbringen.

Hiergegen richtet sich die im Namen der Beteiligten zu 1 eingelegte Beschwerde, der das Grundbuchamt nicht abgeholfen hat.

*Aus den Gründen:*

## II.

Der zulässigen Beschwerde (§ 71 Abs. 1, § 73 GBO, § 10 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 FamFG) kann in der Sache der Erfolg nicht versagt bleiben.

1. Die Voraussetzungen für die Eintragung der Beteiligten zu 1 als Eigentümerin und für die Löschung der Grundschild sind gegeben.

a) Zutreffend ist, dass ein Rechtsgeschäft, bei dem eine GbR Grundeigentum erwirbt, im Grundbuch nur vollzogen werden darf, wenn die Identität dieser Gesellschaft feststeht und sie somit von anderen Gesellschaften unterschieden werden kann. Der Bestimmtheitsgrundsatz verlangt, dass nicht nur das betroffene Grundstück selbst (vgl. § 28 GBO) sowie der Inhalt des dinglichen Rechts, sondern auch die Person des Berechtigten klar und eindeutig feststehen müssen. Die sich hieraus ergebenden Anforderungen werden nach neuester Rechtsprechung des BGH regelmäßig allein schon durch die in dem Vertrag enthaltene Benennung der Beteiligten zu 1 und ihrer beiden Gesellschafter erfüllt (BGH vom 28.4.2011, V ZB 194/10 bei Rdnr. 10 ff.). Die Identifizierung der Gesellschaft findet nach der Regelung des § 47 Abs. 2 Satz 1 GBO durch die notwendige Benennung und Eintragung ihrer Gesellschafter statt (bei Rdnr. 12). Name und Sitz der GbR (vgl. § 15 Abs. 1 Buchst. c GBV) sind für Zwecke ihrer Identifizierung regelmäßig nicht essentiell (bei Rdnr. 13). Gibt somit – wie hier – eine GbR eine Grundbucherklärung ab und ist sie dabei in Übereinstimmung mit der Regelung in § 47 Abs. 2 Satz 1 GBO bezeichnet, muss das Grundbuchamt den Antrag grundsätzlich ohne weitere Identitätsnachweise vollziehen (bei Rdnr. 14).

b) Die in der notariellen Verhandlung abgegebene Erklärung der beiden natürlichen Personen, dass sie als Gesellschafter der zwischen ihnen bestehenden GbR handelten, genügt auch im Falle der Auflassung (vgl. § 20 GBO) für die Eintragung des Eigentums der Beteiligten zu 1. Mit der Regelung in § 47 Abs. 2 Satz 1 GBO ist die Eintragung aller Gesellschafter zur bestimmten Bezeichnung der Berechtigten grundbuchverfahrensrechtlich erforderlich, aber auch ausreichend. Sie sichert den Nachweis von Existenz, ordnungsmäßiger Vertretung und Identität der GbR. Das dingliche Recht der Gesellschaft soll grundbuchrechtlich durch die Gesellschafter vermittelt werden. Damit lässt sich das Erfordernis eines auf die rechtlichen Verhältnisse der GbR bezogenen und in der Form des § 29 GBO zu führenden Nachweises nicht vereinbaren. Zur Anforderung eines solchen Nachweises besteht vielmehr nur dann Veranlassung, wenn das Grundbuchamt über konkrete Anhaltspunkte verfügt, dass das Grundbuch durch die beantragte Eintragung unrichtig würde; die theoretische Möglichkeit, dass der Gesellschaftsvertrag jederzeit – auch mündlich – abgeändert werden kann, ist hierfür nicht ausreichend (BGH, a. a. O.; *Reymann*, ZNotP 2011, 84, 103). Solche konkreten Anhaltspunkte liegen nicht vor.

c) Der Senat hat dies allerdings in seiner bisherigen Rechtsprechung in Übereinstimmung mit mehreren OLG (etwa KG, ZIP 2011, 814; OLG Hamm, ZIP 2011, 620; OLG Köln, FGPrax 2011, 13, 16) im Hinblick auf die eigenständige Rechtsträgerschaft vor allem wegen der förmlichen Nachweisanforderungen in § 29 GBO (dazu allgemein *Meikel/Hertel*, GBO, 10. Aufl., § 29 Rdnr. 11 ff.) anders gesehen (vgl. ZIP 2010, 1496; 2010, 2248). Hieran hält er nicht mehr fest.



Ausschlaggebend dafür ist der vom BGH aufgezeigte Wille des Gesetzgebers, mit Einführung des ERVGBG im Grundbuchverkehr möglichst wieder an die Rechtslage vor Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR anzuknüpfen, woraus abgeleitet wird, hinsichtlich dieses Rechtsträgers auf Grundbuchnachweise weitestgehend zu verzichten. Dabei mögen zwar die grundlegenden Unterschiede zwischen (als solchen unselbständigen) gemeinschaftlichen Rechten (§ 47 Abs. 1 GBO) und der rechtlichen Selbständigkeit der eingetragenen und über ihre Gesellschafter definierten GbR als Rechtsträger (§ 47 Abs. 2 GBO) verwischen. Die damit verbundenen Unsicherheiten sind aber im Hinblick auf die gerichtliche Rechtsfortbildung mit Anerkennung der Rechtsfähigkeit (BGHZ 146, 341) und der Grundbuchfähigkeit (BGHZ 179, 102) der GbR, die der Gesetzgeber im ERVGBG ausdrücklich bestätigt hat (Beschlussempfehlung, BT-Drucks. 16/13437, S. 27), eher hinzunehmen als die auch vom Senat durchaus erkannten Unzuträglichkeiten bei einer streng formellen Behandlung derartiger rechtsfähiger Gesellschaften. Zudem umgeht die vom BGH aufgezeigte Lösung den Konflikt mit der unverändert belassenen Vorschrift des § 29 GBO (vgl. BGH, a. a. O. bei Rdnr. 25).

2. Die Beteiligten haben in der Urkunde vom 23.12.2009 die Löschung der aufgrund dieses Vertrags eingetragenen Vormerkung Zug um Zug gegen Eintragung des Eigentumswechsels beantragt unter dem Vorbehalt, dass bis zu diesem Zeitpunkt keine Zwischeneintragungen ohne Zustimmung des Verkäufers erfolgt sind. Der Vollzugsantrag vom 9.8.2010 steht zudem unter dem Vorbehalt, dass auch kein Zwischenantrag beim Grundbuchamt vorliegt. Dies kann vom Senat nicht überprüft werden. Insoweit ist daher das Grundbuchamt anzuweisen, die Voraussetzungen dieses Antrags in eigener Verantwortung zu prüfen und unter Beachtung der Rechtsauffassung des Beschwerdegerichts zu entscheiden (*Demharter*, GBO 27. Aufl., § 77 Rdnr. 28).

### Anmerkung:

1. Eine – bestehende oder in der Erwerbsurkunde gegründete – GbR kann Grundbesitz erwerben. Diese Aussage hat der BGH bereits in seiner Entscheidung vom 4.12.2008<sup>1</sup> getroffen. Dass der BGH diesen Weg nun auch zu Ende geht, war nicht anders zu erwarten. Es genügen nach seiner Feststellung zum Grundbuchvollzug auch bei der Auffassung ohne weitere Nachweise die in der Erwerbsurkunde enthaltenen Angaben der Gesellschafter zu den gesellschaftsrechtlichen Verhältnissen. Dass gerade ich dieser Entscheidung zustimme<sup>2</sup> wird auch nicht überraschen. Konsequenz für die Praxis ist, dass es ausreicht, wenn beispielsweise im Urkundeneingang festgehalten wird:

„A und B handeln hier im eigenen Namen und im Namen der Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit dem Namen<sup>3</sup> A und B Grundbesitz GbR und dem Sitz in D als deren nach ihrer Angabe einzige Gesellschafter.“

Dies gilt auch, wo das OLG München für Grundbuchbeschwerden zuständig ist. Das OLG München hat unmittelbar im Anschluss an die Entscheidung des BGH seine gegenteilige Rechtsprechung geändert.<sup>4</sup> Der Vertrag mit einer GbR ist

auch für den Verkäufer gleich sicher, wie der Vertrag mit einer natürlichen Person, wenn man diejenigen, die als Gesellschafter auftreten, unabhängig von ihrer Gesellschafterstellung zur Erfüllung der Verbindlichkeiten aus dem Vertrag mit verpflichtet.<sup>5</sup>

2. Bei diesen Feststellungen könnte man es eigentlich belassen, wenn nicht die von verschiedenen Autoren gepflegte „Lust an der fatalen Pointe“<sup>6</sup> es nötig machen würde, auf mögliche Lösungen verschiedener von diesen Autoren aufgeworfener Probleme beim Erwerb von einer bereits im Grundbuch eingetragener GbR hinzuweisen. Es handelt sich um die Frage, ob § 899 a BGB auch schuldrechtliche Wirkungen hat (lit. a), ob man, wenn das nicht der Fall ist, mit Hilfe dieser Norm dennoch gutgläubig eine Vormerkung erwerben kann (lit. b), ob der Rechtserwerb kondiktionsfest ist (lit. c) und wie man die Fälle einer nicht existenten GbR löst (lit. d).

a) Problematisch an der Annahme einer schuldrechtlichen Wirkung des § 899 a BGB ist seine systematische Stellung. Auch die Gesetzesbegründung, die sich zum schuldrechtlichen Geschäft nicht äußert, gibt Argumente für und gegen eine schuldrechtliche Wirkung.<sup>7</sup> Lehnt man eine auch nur begrenzte schuldrechtliche Wirkung des § 899 a BGB ab, wird man aber auch Gutgläubensschutz über allgemeine Rechtscheinsgrundsätze nicht bejahen. Anknüpfungspunkt wäre nämlich wiederum die Eintragung in das Grundbuch, die aber denjenigen, die eine analoge Anwendung von § 899 a BGB ablehnen, gerade nicht genügt. Natürlich sprechen die besseren Gründe demnach für die Annahme einer schuldrechtlichen Wirkung bzw. eines allgemeinen Rechtscheins: Wer die aus §§ 47 Abs. 2 und 82 Satz 3 GBO folgende Pflicht, die Gesellschafter einzutragen und das Grundbuch richtig zu halten, verletzt, muss die Konsequenzen dieser Unterlassung tragen, nicht der Rechtsverkehr.

b) Selbst wenn man keine schuldrechtlichen Wirkungen von § 899 a BGB annehmen will, ist der Rechtserwerb von der im Grundbuch eingetragenen GbR kondiktionsfest. Zum einen kann man den Weg gehen, die als Gesellschafter eingetragenen Personen persönlich und unabhängig von ihrer Gesellschafterstellung mitzuverpflichten.<sup>8</sup> Es besteht dann jedenfalls im Verhältnis zu diesen Personen ein Leistungsverhältnis und damit ein Rechtsgrund zum Behaltendürfen.<sup>9</sup> Bei der Lösung der Frage, auf welches Leistungsverhältnis bei der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung abgestellt wird, verbieten sich nach dem BGH<sup>10</sup> zwar schematische Lösungen, sind Fälle jedoch nach den Besonderheiten des Einzelfalls sachgerecht zu lösen. Die Mitverpflichtung der als Gesellschafter auftretenden Personen dient hier der Stärkung der Position des Erwerbers.<sup>11</sup> Die Tatsache, dass die Rechtsverhältnisse der GbR nicht richtig im Grundbuch verlautet sind, ist dagegen von dieser und nicht vom Erwerber zu verantworten. Auch zeigt § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB, dessen Rechtsgedanken man auf alle Fälle, die § 899 a BGB regelt, übertragen kann, dass bei wirksamem gutgläubigen Erwerb

<sup>1</sup> MittBayNot 2009, 225.

<sup>2</sup> Wie der BGH habe ich das zuletzt in DNotZ 2010, 304, erstmals in MittBayNot 2009, 177, 180 vertreten.

<sup>3</sup> Zur Frage, welche Merkmale zur Identifikation einer GbR dienen können, vgl. *Ruhwinkel*, MittBayNot 2009, 177, 178.

<sup>4</sup> Beschluss vom 15.6.2011, 34 Wx 158/10, in diesem Heft S. 396

<sup>5</sup> Siehe *Ruhwinkel*, MittBayNot 2009, 177, 180 f. wo ich auch einen Formulierungsvorschlag gemacht habe.

<sup>6</sup> So treffend *Jeep*, notar 2011, 152.

<sup>7</sup> Im Einzelnen dargestellt in *Ruhwinkel*, MittBayNot 2009, 421, 423.

<sup>8</sup> Was sich aber ohnehin empfiehlt, siehe *Ruhwinkel*, MittBayNot 2009, 177, 185, dort auch Formulierungsvorschlag.

<sup>9</sup> *Ruhwinkel*, a. a. O., ebenso z. B. *Krauß*, notar 2009, 429, 435 und *Hartmann*, ZNotP 2011, 139.

<sup>10</sup> Z. B. BGHZ 72, 246, 251.

<sup>11</sup> Dieses Argument verwendet auch der BGH, a. a. O.

der wahre Eigentümer sich an den Verfügenden, nicht den Verfügungsempfänger zu halten hat. Mit dem Rückgriff auf § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB kommt man übrigens auch ohne eine Mitverpflichtung der als Gesellschafter auftretenden Personen zu dem Ergebnis, dass ein Bereicherungsausgleich nicht unmittelbar zwischen der Gesellschaft und dem Erwerber stattfindet.<sup>12</sup> Das gilt umso mehr, wenn man den Gutglaubenstatbestand bzw. dessen Erfüllung durch Rechtsgeschäft selbst als Rechtsgrund zum Behaltendürfen ansieht.<sup>13</sup> Es gibt also nur dann Anlass, dem Gesetzgeber einen Schildbürgerstreich<sup>14</sup> vorzuwerfen, wenn man dieses Ergebnis denn unbedingt haben will.

c) Gleiches gilt für die Frage, ob es möglich ist, mit Hilfe von § 899 a BGB gutgläubig eine Vormerkung zu erwerben. Auch hierfür ist wegen des Akzessorietätsgrundsatzes eine wirksame Forderung nötig. Das Identitätsgebot verlangt bei der Vormerkung außerdem, dass der Inhaber des Rechts zumindest bei Eintragung der Vormerkung auch der Schuldner des gesicherten Anspruchs ist. Auch wenn man das Identitätsgebot noch nicht einmal in diesem Fall einschränken will,<sup>15</sup> kann man zu dem Ergebnis kommen, dass bei Bewilligung durch die im Grundbuch als Gesellschafter eingetragenen Personen eine wirksame Vormerkung entsteht. Zum einen handelt es sich bei der Bewilligung der Vormerkung um eine Verfügung „in Ansehung des eingetragenen Rechts“, also eine solche die nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers von § 899 a BGB erfasst sein sollte. Die Norm wirkt also zumindest insoweit schuldrechtlich, dass eine Forderung fingiert wird, die den wirksamen Erwerb einer Vormerkung ermöglicht. Und jedenfalls hierfür<sup>16</sup> kann man auch den Rechtsgedanken des § 1138 BGB heranziehen. Auch wenn die Forderung nicht besteht, erhält durch diese Vorschrift der gutgläubige Zessionar eine – forderungsentkleidete – Hypothek, keine Grundschuld.<sup>17</sup> Dieser Gedanke ist auf die Vormerkung übertragbar, die dann ebenso wenig kondizierbar ist, wie das Eigentum selbst. Lehnt man den gutgläubigen Erwerb der Vormerkung mittels § 899 a BGB ab, wäre sichere Alternative bei Verkauf durch die im Grundbuch eingetragene Gesellschaft nur die Abwicklung über Notaranderkonto oder Umwandlung in eine Personenhandelsgesellschaft mit vorheriger Grundbuchberichtigung. Beide Wege führen zu einem erhöhten Gebührenaufkommen beim Notar, die zweite Variante zudem zu weiteren Register- und Grundbuchkosten. Für erstrebenswert halte ich als Notar das dennoch nicht. Juristischen Laien die Notwendigkeit zu vermitteln, einen dieser Wege zu beschreiten, wird schwer. Zu weit sind sie von dem Ergebnis entfernt, das dem Nichtjuristen sein gesunder Menschenverstand vermittelt.<sup>18</sup>

d) Diskutiert wird auch die Frage, ob § 899 a BGB denn tatsächlich gelten könne, wenn es die GbR nicht gibt. Dieses Ergebnis will zumindest der Gesetzgeber. Die daran geübte

<sup>12</sup> Der Gedanke, § 816 BGB heranzuziehen, stammt von *Jeep*, a. a. O. (s. Fn. 6).

<sup>13</sup> So *Hartmann*, a. a. O. Weitere Nachweise auch bei *Reymann* in FS Reuter, S. 271, 278 f., der sich selbst dieser Auffassung nicht ausdrücklich anschließt.

<sup>14</sup> So *Krüger*, NZG 2010, 801, 805 a. E.

<sup>15</sup> Für eine Einschränkung des Identitätsgebots z. B. *Jeep*, a. a. O., *Hartmann*, a. a. O.

<sup>16</sup> Die Kritik von *Krüger*, a. a. O., daran, dass ich in MittBayNot 2009, 421, 423 § 1138 BGB als Beleg für eine allgemeine schuldrechtliche Wirkung von § 899 a BGB gewertet habe, ist berechtigt.

<sup>17</sup> H. M., vgl. z. B. *Palandt/Bassenge*, § 1138 Rdnr. 6 m. w. N.

<sup>18</sup> Ebenso *Jeep*, a. a. O.

Kritik<sup>19</sup> überzeugt nicht. Zwar ist im Rahmen von § 892 BGB ein gutgläubiger Erwerb von nicht existenten Personen nicht möglich. Es geht hier aber gerade um die Frage, inwieweit § 899 a BGB die Regelung des § 892 BGB erweitert. Ein Blick ins Recht der beweglichen Sachen hilft für die Auslegung von § 899 a BGB nicht, da es dort eine vergleichbare Vorschrift gerade nicht gibt. Auch der Vergleich mit nicht existierenden Personenhandelsgesellschaften täuscht, denn zwar hilft bei diesen § 892 BGB nicht, wohl aber § 15 HGB. Die Gesetzesbegründung zeigt dagegen, dass der Gesetzgeber der Auffassung ist, durch Verweis auf die Gesellschafterstellung habe er auch den guten Glauben an die Existenz der Gesellschaft geschützt. Der Wille des Gesetzgebers ist also durchaus Inhalt der gesetzlichen Regelung geworden,<sup>20</sup> nur hat eben die gesetzliche Regelung nicht den Inhalt, den sich die Kritiker gewünscht haben oder die Qualität, die sie ihr selbst zu geben vermocht hätten. Kann man dem Gesetzgeber folgen? Selbstverständlich, meine ich. Wem hilft es, wenn man es nicht tut? Allenfalls den Personen, die dolos Gesellschaften vorgaukeln, die es nicht oder nicht mehr gibt. Schutzwürdig sind aber Vertragspartner und Gläubiger der Scheingesellschaften.<sup>21</sup>

3. Dargestellt ist hier nur, wie man die wahren oder vermeintlichen Schwächen der derzeitigen Gesetzeslage lösen kann. Natürlich ist es die Darstellung eines Vertragsgestalters, geprägt vom Wunsch nach Sinn in gesetzlichen Regelungen und vom Bedarf nach praktikablen Lösungen für gestalterische Alltagsprobleme. Eingehend kann man diese Denkweise in dem bereits mehrfach zitierten und lesenswerten Aufsatz von *Jeep*<sup>22</sup> nachvollziehen, dessen Fazit sinngemäß ist: Warum sollte man bei mehreren vertretbaren Wegen nicht den wählen, der zu einer brauchbaren Lösung, statt den, der nur zu unlösbaren Problemen führt? Wird das nun der BGH auch tun? Auch wenn mir von berufener Stelle bescheinigt wurde<sup>23</sup>, dass ich keine Ahnung von der Arbeitsweise eines Gerichts habe – was stimmt – so glaube ich, dass Obergerichte ihre Aufgabe darin sehen, Fälle sach- und interessengerecht zu lösen, wenn denn ein vertretbarer Weg dahin offen ist. Das Gegenteil zu tun, wäre der bereits zitierte „Schildbürgerstreich“.

Notar *Sebastian Ruhwinkel*, Deggendorf

<sup>19</sup> Vor allem von *Krüger*, a. a. O., aber auch von *Altmeyden*, NJW 2011, 1905.

<sup>20</sup> Ebenso *Kessler*, NJW 2011, 1909, 1912.

<sup>21</sup> Und nicht – wie im Beispiel von *Altmeyden*, NJW 2011, 1905, 1908 – der Erwerber, der weiß, dass sich der Gesellschafterbestand geändert hat. Das Beispiel ist nach meiner Auffassung auch deshalb besonders schlecht gewählt, weil in der Praxis nicht beweisbar sein wird, was Erwerber weiß und was nicht. Vor allem aber ist es schon dem Inhaber eines juristischen Lehrstuhls nicht zumutbar, eine *due diligence* bei einer GbR durchzuführen, bevor er mit ihr kontrahiert, oder sich auf Schadensersatzansprüche gegen die Scheinvertreter zu verlassen. Dies gilt selbst dann, wenn eine Prüfung tatsächlich möglich ist, weil es eine einigermaßen professionelle Dokumentation der Gesellschaftsunterlagen gibt, was aber eher die Ausnahme als die Regel sein wird. Und das gilt umso mehr für den juristischen Laien. Vertretbare und sicherere Alternativen zu suchen, sollte also eigentlich ein Gebot der Vernunft sein.

<sup>22</sup> A. a. O.

<sup>23</sup> Wiederum *Krüger*, a. a. O. in Fn. 15 seines bereits zitierten Aufsatzes.

4. WEG §§ 10, 23; BGB §§ 134, 138, 242, 307 (*Stimm- und Teilhaberecht des beitrags säumigen Wohnungseigentümers – Kernbereichslehre wider Ausschließungskompetenz kraft Teilungserklärung*)

1. **Ein Wohnungseigentümer, der mit der Zahlung von Beiträgen in Verzug ist, kann deswegen nicht von der Wohnungseigentümersammlung ausgeschlossen werden; ihm kann auch nicht das Stimmrecht entzogen werden.**
2. **Die Ungültigerklärung von Beschlüssen scheidet in der Regel aus, wenn feststeht, dass sich ein Beschlussmangel auf das Abstimmungsergebnis nicht ausgewirkt hat; anders verhält es sich jedoch bei schwerwiegenden Eingriffen in den Kernbereich elementarer Mitgliedschaftsrechte, die dazu führen, dass das Teilnahme- und Mitwirkungsrecht eines Wohnungseigentümers in gravierender Weise ausgehebelt wird.**

BGH, Urteil vom 10.12.2010, V ZR 60/10; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Parteien bilden die im Rubrum näher bezeichnete Wohnungseigentümergeinschaft. § 10 Nr. 4 der Teilungserklärung (TE) lautet:

„Die Versammlung kann einen Wohnungseigentümer, der mit Zahlungen von Beiträgen länger als einen Monat in Verzug ist, von der Teilnahme an der Eigentümersammlung und der Abstimmung ausschließen. Der Betroffene hat hierbei kein Stimmrecht. Mit vollständiger Zahlung der Rückstände entfällt die Wirkung obigen Beschlusses.“

Auf der Versammlung vom 11.7.2008 beschlossen die Wohnungseigentümer den Entzug des Stimmrechts und den Ausschluss derjenigen Wohnungseigentümer von der Versammlung, die mit ihren Hausgeldzahlungen mehr als einen Monat in Verzug waren. Aufgrund dessen konnte die Klägerin nicht mehr weiter an der Versammlung teilnehmen. Mit ihrer Klage wendet sich die Klägerin gegen sämtliche Beschlüsse, die auf der Versammlung gefasst wurden. Hierzu vertritt sie die Auffassung, die Entziehung des Stimmrechts und der Ausschluss von der Versammlung seien ebenso nichtig wie die nach ihrem Ausschluss gefassten Beschlüsse. Zumindest aber seien sämtliche Beschlüsse für ungültig zu erklären. Darüber hinaus hat sich die Klägerin gegen Regelungen gewandt, die auf einer vorangegangenen Versammlung der Wohnungseigentümer beschlossen worden waren.

Das AG hat der Klage ganz überwiegend stattgegeben und – soweit im Revisionsverfahren noch von Interesse – die Nichtigkeit sämtlicher am 11.7.2008 gefassten Beschlüsse festgestellt. Auf die u. a. dagegen gerichtete Berufung der Beklagten hat das LG die Klage als unzulässig abgewiesen, soweit sich die Klägerin gegen die Entziehung des Stimmrechts gewandt hat. Die Beschlüsse zu den Tagesordnungspunkten (TOP) 4 bis 9, 10.1 und 12 bis 15 hat es für ungültig erklärt. Mit der nur insoweit zugelassenen Revision möchten die Beklagten in dem Umfang der Zulassung eine Klageabweisung erreichen. Die Klägerin beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels. Ihre nicht fristgerecht eingelegte Anschlussrevision hat sie zurückgenommen.

*Aus den Gründen:*

#### I.

Das Berufungsgericht ist der Auffassung, dass das AG die am 11.7.2008 gefassten Beschlüsse zu TOP 4 bis 9, 10.1 und 12 bis 15 zu Recht beanstandet hat. Allerdings griffen keine Nichtigkeitsgründe ein, so dass die Beschlüsse lediglich für ungültig zu erklären seien. Der Ausschluss der Klägerin sei rechtsfehlerhaft. § 10 Nr. 4 TE sei unwirksam. Akzeptabel sei allenfalls eine Entziehung des Stimmrechts. Der völlige Ausschluss von der Teilnahme an Versammlungen greife in den unantastbaren Kernbereich der Mitgliedschaftsrechte der

Wohnungseigentümer ein. In solchen Fällen komme es nicht darauf an, ob die Beschlüsse auch bei einer Mitwirkung des ausgeschlossenen Mitgliedes die erforderliche Mehrheit gefunden hätten.

#### II.

1. Die Revision ist unbegründet. Die Vorinstanzen sind zu Recht davon ausgegangen, dass die nach dem Ausschluss der Klägerin gefassten Beschlüsse zu TOP 4 bis 9, 10.1 und 12 bis 15 keinen Bestand haben können. Dabei kann offenbleiben, ob mit dem AG davon auszugehen ist, dass der rechtswidrige Ausschluss der Klägerin von der Versammlung und der Entzug des Stimmrechts zur Nichtigkeit der ohne die Beteiligung der Klägerin gefassten Beschlüsse führt oder ob dies – so das Berufungsgericht – lediglich deren Anfechtbarkeit begründet. Der Senat hat bereits entschieden, dass eine diesbezügliche Unterscheidung entbehrlich ist, wenn die Klage – wie hier – nach § 46 Abs. 1 Satz 2 WEG fristgerecht eingelegt und begründet worden ist (Urteil vom 2.10.2009, V ZR 235/08, BGHZ 182, 307, 314 ff.).

a) Die genannten Beschlüsse sind rechtsfehlerhaft zustande gekommen. Das Gesetz weist den Wohnungseigentümern nicht die Befugnis zu, einem Mitglied der Gemeinschaft sein Stimmrecht zu entziehen und diesen wegen Zahlungsverzuges von einer Wohnungseigentümersammlung auszuschließen. Zwar eröffnet § 10 Nr. 4 TE diese Möglichkeit. Die Regelung ist jedoch nichtig.

aa) Allerdings lässt das Wohnungseigentumsrecht den Wohnungseigentümern nach § 10 Abs. 2 Satz 2 WEG weitgehend freie Hand, wie sie ihr Verhältnis untereinander ordnen wollen (st. Rspr., vgl. nur Senat, Urteil vom 13.10.2006, V ZR 289/05, NJW 2007, 213, 2145 m. w. N.). Diese Gestaltungsfreiheit gilt auch dann, wenn der teilende Eigentümer Regelungen der Gemeinschaftsordnung in der Teilungserklärung vorgibt. Schranken für den Inhalt der Gemeinschaftsordnung ergeben sich jedoch aus den Grenzen der Privatautonomie nach §§ 134, 138 BGB (Senat, Beschluss vom 11.11.1986, V ZB 1/86; BGHZ 99, 90, 93 f.; *Merle* in Bärmann, WEG, 11. Aufl., § 10 Rdnr. 104; jeweils m. w. N.). Darüber hinaus unterliegen von dem teilenden Eigentümer einseitig vorgegebene Bestimmungen einer Inhaltskontrolle, bei der lediglich streitig ist, ob die für allgemeine Geschäftsbedingungen geltenden Vorschriften der §§ 307 ff. BGB (früher §§ 9 ff. AGBG) entsprechend anzuwenden sind oder ob sich diese Kontrolle unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalls am Maßstab von Treu und Glauben (§ 242 BGB) auszurichten hat (vgl. dazu Senat, BGHZ 151, 164, 173 f. m. w. N. auch zum Streitstand).

bb) Gemessen daran kann die Regelung der Teilungserklärung keinen Bestand haben. Der Senat hat bereits entschieden, dass die Gestaltungsfreiheit für Gemeinschaftsordnungen dort endet, wo die personenrechtliche Gemeinschaftsstellung der Wohnungseigentümer ausgehöhlt wird, und dass das mitgliedschaftsrechtliche Element des Wohnungseigentums einen allgemeinen Ausschluss des Wohnungseigentümers vom Stimmrecht verbietet. Hiergegen verstoßende Regelungen sind nach § 134 BGB nichtig (vgl. Senat, Beschluss vom 11.11.1986, V ZB 1/86, BGHZ 99, 90, 94 m. w. N.). Erst recht ist ein allgemeiner Ausschluss von Versammlungen der Wohnungseigentümer unzulässig, weil dem Mitglied dadurch nicht nur faktisch sein Stimmrecht genommen, sondern ihm darüber hinaus die ebenfalls in den Kernbereich elementarer Mitgliedschaftsrechte fallende Befugnis abgeschnitten wird, auf die Willensbildung der Gemeinschaft durch Rede und Gegenrede Einfluss zu nehmen (vgl. auch

BGH, Urteil vom 13.2.2006, II ZR 200/04, NJW-RR 2006, 831, 832; *Scheel* in H $\ddot{u}$ gel/Scheel, Rechtshandbuch WEG, 3. Aufl., Teil 12 Rdnr. 81 f.). Dasselbe gilt im Grundsatz auch f $\ddot{u}$ r einen nur vor $\ddot{u}$ bergehenden Ausschluss (BayObLG, NZM 1999, 77, 78; LG Regensburg, NJW-RR 1991, 1169; LG Stralsund, NJW-RR 2005, 313, 314 ff.; *Elzer*, ZWE 2010, 234, 235; vgl. auch *Merle* in B $\ddot{a}$ rmann, a. a. O., § 10 Rdnr. 36; *Scheel* in H $\ddot{u}$ gel/Scheel, a. a. O.; a. A. f $\ddot{u}$ r ein Ruhen des Stimmrechts bei Zahlungsverzug wohl BayObLG, NJW 1965, 821, 822; M $\ddot{u}$ nchKommBGB/*Engelhardt*, 5. Aufl., § 25 WEG Rdnr. 6; *Riecke/Schmid/Riecke*, WEG, 3. Aufl., § 25 Rdnr. 39: Ruhen des Stimmrechts auch bei Vorliegen unverschuldeter Zahlungsr $\ddot{u}$ ckst $\ddot{a}$ nde). Ein Eingriff in das Teilnahmerecht ist nur statthaft, wenn auf andere Weise die geordnete Durchf $\ddot{u}$ hrung einer Versammlung nicht gew $\ddot{a}$ hrleistet werden kann, so etwa, wenn ein Wohnungseigent $\ddot{u}$ mer nachhaltig und trotz Androhung des Ausschlusses die Versammlung weiterhin in erheblicher Weise st $\ddot{o}$ rt (*Merle* in B $\ddot{a}$ rmann, a. a. O., § 24 Rdnr. 105 m. w. N.; vgl. auch BGH, Urteil vom 11.11.1965, II ZR 122/63, BGHZ 44, 245, 251). An dem erforderlichen versammlungsspezifischen Bezug fehlt es indessen, wenn ein Wohnungseigent $\ddot{u}$ mer mit der Zahlung von Beitr $\ddot{a}$ gen in Verzug ist.

Eine andere Beurteilung ist auch dann nicht gerechtfertigt, wenn der Beitragsr $\ddot{u}$ ckstand und die Dauer des Verzuges erheblich sind und der Wohnungseigent $\ddot{u}$ mer dadurch in schwerwiegender Weise gegen seine Pflicht verst $\ddot{o}$ bt, durch Leistung der auf ihn entfallenden Beitr $\ddot{a}$ ge an der Sicherung der finanziellen Grundlage der Wohnungseigent $\ddot{u}$ mergemeinschaft mitzuwirken. Wie § 25 Abs. 5 Alt. 3 WEG zeigt, tritt ein Verlust des Stimmrechts auch in solchen F $\ddot{a}$ llen erst ein, wenn der betreffende Wohnungseigent $\ddot{u}$ mer – anders als hier – unter den strengen Voraussetzungen des § 18 WEG (dazu Senat, Urteil vom 19.1.2007, V ZR 26/06, BGHZ 170, 369, 372 ff.) rechtskr $\ddot{a}$ ftig zur Ver $\ddot{a}$ u $\ddot{b}$ erung seines Wohnungseigentums verurteilt worden ist. Selbst dann bleibt jedoch das Recht auf Teilnahme an Versammlungen bis zur  $\ddot{U}$ bertragung des Wohnungseigentums auf den Erwerber bestehen (*Merle* in B $\ddot{a}$ rmann, a. a. O., § 24 Rdnr. 62 m. w. N.; *Scheel* in H $\ddot{u}$ gel/Scheel, a. a. O., Rdnr. 81).

b) Wie das Berufungsgericht zutreffend ausgef $\ddot{u}$ hrt hat, schl $\ddot{a}$ gt der rechtsfehlerhafte Ausschluss der Kl $\ddot{a}$ gerin auf die nachfolgend gefassten Beschl $\ddot{u}$ sse durch. Zwar scheidet eine Ung $\ddot{u}$ ltigerkl $\ddot{a}$ rung in der Regel aus, wenn – wozu hier Feststellungen fehlen – feststeht, dass sich der Beschlussmangel auf das Abstimmungsergebnis nicht ausgewirkt hat (BayObLG NZM 2002, 616; *Merle* in B $\ddot{a}$ rmann, a. a. O., § 23 Rdnr. 176 und § 24 Rdnr. 94 m. w. N.; vgl. auch Senat, Urteil vom 27.3.2009, V ZR 196/08, NJW 2009, 2132, 2135). Anders verh $\ddot{a}$ lt es sich jedoch bei schwerwiegenden Verst $\ddot{o}$ ben, die dazu f $\ddot{u}$ hren, dass das Teilnahme- und Mitwirkungsrecht eines Mitgliedes in gravierender Weise ausgehebelt wird (zum Vereins- und Gesellschaftsrecht vgl. auch BGH, Urteil vom 18.10.2004, II ZR 250/02, BGHZ 160, 385, 391 f.; Urteil vom 13.2.2006, II ZR 200/04, NJW-RR 2006, 831, 832; Urteil vom 2.7.2007, II ZR 111/05, NJW 2008, 69, 73). So liegt es hier. Der Entzug des Stimmrechts und der Ausschluss von der Versammlung der Wohnungseigent $\ddot{u}$ mer stellt einen schwerwiegenden Eingriff in den Kernbereich elementarer Mitgliedschaftsrechte dar, bei dem es nicht darauf ankommt, ob die gefassten Beschl $\ddot{u}$ sse auch bei einer Mitwirkung des (ausgeschlossenen) Mitgliedes die erforderliche Mehrheit gef $\ddot{u}$ nden h $\ddot{a}$ tten (*Merle* in B $\ddot{a}$ rmann, 11. Aufl., § 23 Rdnr. 176 und § 24 Rdnr. 94; *Elzer*, ZWE 2010, 234, 235; a. A. wohl BayObLG, NZM 2002, 616). (...)

### Anmerkung:

Das Urteil ist zu begr $\ddot{u}$ ben. Es ist signifikant f $\ddot{u}$ r die ge $\ddot{a}$ nderte Rezeption der Wohnungseigent $\ddot{u}$ mergemeinschaft. Fr $\ddot{u}$ her hat man sie als Sachgemeinschaft verstanden, heute als teilrechtsf $\ddot{a}$ hige Lebensorganisationsform.

Die Teilungserkl $\ddot{a}$ rung – TE – mit Gemeinschaftsordnung – vom Gesetz „Vereinbarung“ und vom BGH „TE“ genannt, § 10 Abs. 2 Satz 2 WEG – einer Gemeinschaft sah vor, dass die Versammlung einen beitrags $\ddot{a}$ umigen Wohnungseigent $\ddot{u}$ mer sowohl von der Teilnahme an der Versammlung als auch von der Beschlussfassung ausschlie $\ddot{b}$ en k $\ddot{o}$ nne. Die Gemeinschaft fasste im entschiedenen Fall einen entsprechenden Mehrheitsbeschluss (§ 25 WEG). Bei seiner Anfechtung (§ 47 Abs. 1 Satz 1 WEG) musste das Gericht darum die Wirksamkeit der Ausschlussregelung und der in ihrer Folge gefassten Beschl $\ddot{u}$ sse beurteilen.

Das origin $\ddot{a}$ re Verst $\ddot{a}$ ndnis der Wohnungseigent $\ddot{u}$ mergemeinschaft war durch die Statik des Sachenrechts gepr $\ddot{a}$ gt. Wohnungseigentumsrecht verstand sich als Spezialrecht zu den allgemeinen Bestimmungen in §§ 741 ff., 1008 bis 1010 BGB. Regelungen der TE galten als solche spezielle Gebrauchs-, Nutzungs- und Verwaltungsbestimmungen f $\ddot{u}$ r (Mit-)Eigentum. Daraus leitete die  $\ddot{u}$ berwiegende Meinung im Anschluss an den Beschluss des BayObLG vom 9.2.1965 (BReg 2 Z 276/64, BayObLGZ 1965, 34) ab, dass zur Gestaltungsfreiheit (jetzt: § 10 Abs. 2 Satz 2, Hs. 1 WEG, sie betonend: schon BGHZ 37, 147) auch die – eng auszulegen- (und im Einzelfall verneinte) – Bestimmung in der TE z $\ddot{a}$ hlen kann, das Stimmrecht eines  $\ddot{a}$ umigen Wohnungseigent $\ddot{u}$ mers ruhen zu lassen. Die bayerischen Gerichte (LG M $\ddot{u}$ nchen I, Rpfleger 1978, 381; LG Regensburg vom 1.2.1991, 5 T 377/90, NJW-RR 1991, 1169) haben einen solchen Ausschluss im konkreten Einzelfall aber nie bejaht.

Von Anfang an und lange allein auf weiter Flur betonte *B $\ddot{a}$ rmann*, der Begr $\ddot{u}$ nder des gleichnamigen Kommentars, den personellen Charakter der Gemeinschaft. Eine Wende zu dieser neuen Sicht leitete *Merle* ein, indem er 2001 Gesellschaftsrechtler anl $\ddot{a}$ sslich des 50-j $\ddot{a}$ hrigen Bestehens des WEG an der Universit $\ddot{a}$ t Potsdam referieren lie $\ddot{b}$ . Fast gleichzeitig bildete der II. und sp $\ddot{a}$ ter der V. BGH-Senat ein Neuverst $\ddot{a}$ ndnis von zun $\ddot{a}$ chst GbR und dann Wohnungseigent $\ddot{u}$ mergemeinschaft heraus (Nachweise bei *H $\ddot{u}$ ublein* in FS Wenzel, 2005, S. 175 ff.). Dem BGH folgte die WEG-Novelle 2007. Sie betonte den Verband der Wohnungseigent $\ddot{u}$ mer und best $\ddot{a}$ tigte an nur noch sekund $\ddot{a}$ r zentraler Stelle die Gestaltungsfreiheit der Wohnungseigent $\ddot{u}$ mer „von den Vorschriften dieses Gesetzes abweichende Vereinbarungen (zu) treffen, soweit nicht etwas anderes ausdr $\ddot{u}$ cklich bestimmt ist“. Dabei meinte und meint der Terminus „ausdr $\ddot{u}$ cklich bestimmt“ nicht nur das WEG, sondern wegen der Einbindung des Wohnungseigentumsrechts in die Gemeinschaft der §§ 741 ff. BGB aus § 10 Abs. 2 Satz 1 WEG das gesamte zivilrechtliche Instrumentarium.

Die Praxis versteht dabei unter dem Wort „ausdr $\ddot{u}$ cklich“ nicht erst die namentliche Gestaltungsschranke, sondern auch die durch Auslegung ermittelte. Sie lassen sich systematisieren als solche des gesetzlichen Verbots (§ 134 BGB), solche der Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB) und – schon weniger evident – solche des Versto $\ddot{b}$ es gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) sowie – bisher nur er $\ddot{o}$ rtert und noch nie konkret bejaht – solche aus sonstigen Rechtsaspekten. Die Entscheidung erwh $\ddot{a}$ nt ausdr $\ddot{u}$ cklich AGB-Recht.

Ein gesetzliches Verbot kann aus dem WEG (Beispiel: dem Grundsatz der Unaufl $\ddot{o}$ slichkeit nach § 11 WEG) oder aus

anderem rechtlichen Zusammenhang folgen. Beispiel: Nach der Entscheidung des BGH vom 22.1.1987 (V ZB 3/86, BGHZ 99, 358) folgt aus § 56 ZVG ein Verbot der Erwerberhaftung für den Zuschlagsbegünstigten in der Zwangsversteigerung. Für den Käufer oder sonstigen rechtsgeschäftlichen Erwerber kann die TE aber eine Haftung anordnen (BGH, DNotZ 1995, 42).

Im vorliegenden Fall leitet der BGH zutreffend ebenso aus §§ 18 Abs. 2 Nr. 2, 25 Abs. 5 Alt. 3 WEG ein Verbot ab, wonach sich die Rechte der Gemeinschaft gegenüber allgemeinem Leistungsstörungenrecht in der TE nicht erweitern lassen. Er stützt sich dabei auf „die personenrechtliche Gemeinschaftsstellung der Wohnungseigentümer“. Dieses mitgliedschaftsrechtliche Element würde „ausgehöhlt“, wenn die TE unzulässig ein Stimmrecht verbiete. Erst recht gelte das für das Teilnahmerecht, weil dem Wohnungseigentümer dadurch darüber hinaus die ebenfalls in den Kernbereich elementarer Mitgliedschaftsrechte fallende Befugnis abgeschnitten würde, auf die Willensbildung der Gemeinschaft durch Rede und Gegenrede Einfluss zu nehmen.

Interessant ist, dass der BGH zusätzlich eine Theorie wieder belebt, die sich vorab zum BGH-Beschluss vom 20.9.2000 (V ZB 58/99, BGHZ 145, 158 = MittBayNot 2000, 546) zur Beschlusskompetenz als „Kernbereichs“-Theorie herausgebildet hat, darin ausdrücklich nicht bestätigt wurde und – soweit ersichtlich – vom Senat nur noch im Beschluss vom 22.1.2004 (V ZB 51/03, DNotZ 2004, 617) anlässlich der Zulässigkeit der Aufstellung einer Parabolantenne verwendet worden war. Hier hat *Hügel* schon in einer Urteilsanmerkung (DNotZ 2004, 617) betont, dass die Theorie des Kernbereichs einer dogmatischen Begründung harre. Es überrasche, dass der BGH diesen Gesichtspunkt ohne Notwendigkeit in seine Überlegungen mit einbeziehe. Die Überraschung hält an.

Aufgeworfen – warum überhaupt? –, aber nicht vertieft hat der BGH die Frage, ob Prüfungsmaßstab auch AGB-Recht sein könne. Die Frage stellen, indiziert wohl, sie bei nächster Gelegenheit zu bejahen. Die wohl herrschende Meinung verneint dies mit der formalen Erwägung, dass bei Aufteilungen durch den Bauträger nach § 8 WEG noch kein Vertrag vorliege – ein nur vordergründiges Argument. Auch die Baubeschreibung gibt der Bauträger regelmäßig in einer Bezugnahmeurkunde vorher vor, ohne dass je ihr AGB-Charakter bezweifelt würde. Anders als die Baubeschreibung berührt die Gemeinschaftsordnung aber allenfalls vorübergehend das Verhältnis zwischen späterem Wohnungseigentümer und Bauträger, denn Letzterer hat im Regelfall nur Verkaufsinteressen und scheidet mit Abverkauf der letzten Wohnung aus. Die Vorgabe der TE entspricht vielmehr dem Organisationsteil des Bauträgervertrags. Hier passt wohl (nicht aber gewürdigt vom BGH, vgl. insbesondere den vorliegend nur zitierten Beschluss des BGH vom 20.6.2002, V ZB 39/01, BGHZ 151, 167, zitiert nach DNotZ 2002, 945, 947 m. Anm. *Häublein*) besser das in §§ 317, 319 BGB vorgegebene Instrumentarium. Danach hat der Bauträger eine Bestimmung einer TE „nach billigem Ermessen zu treffen“. Sie ist nichtig, wenn sie für die späteren Wohnungseigentümer „offenbar unbillig“ ist. Die vorliegende Entscheidung ist aber auf diesen oder einen anderen Umweg nicht angewiesen.

Versammlungstypisch war der Beschluss über den Ausschluss eines Wohnungseigentümers aus der Versammlung nur einer von mehreren. Der Senat bekräftigte zunächst den Grundsatz, dass ein Beschlussmangel irrelevant sei, wenn er sich nicht auf das Abstimmungsergebnis auswirke. Fälle wie den vorliegenden bewertete der Senat zutreffend als so schwerwie-

gend, dass die Fehlerhaftigkeit des Ausschlussbeschlusses die Traube aller in dieser Versammlung gefassten Beschlüsse erfasse.

Zutreffend, weil hier nicht relevant, ließ der BGH auch offen, ob die Fehlerfolge „nur“ die Anfechtbarkeit oder gleich die Nichtigkeit des Beschlusses – der Beschlusstraube – ist. Die herrschende Meinung (für alle *Staudinger/Bub*, 13. Aufl., 2005, § 23 WEG Rdnr. 226; ähnlich *Merle* in Bärmann, 11. Aufl. 2010, § 23 WEG Rdnr. 120, 122 ff.) spricht einem Beschluss Nichtigkeit zu, wenn er sittenwidrig ist, gegen sonstige tragende Grundsätze wie etwa den Gleichbehandlungsgrundsatz verstößt oder in den Kernbereich des Eigentums eingreift. Gleichwohl tendiere ich selbst zu „nur“ Anfechtbarkeit. Das Verdikt der Nichtigkeit trägt immer ein gewisses Merkmal der Evidenz in sich. Insbesondere kann ein späterer hinzukommender Wohnungseigentümer sich nur über die Beschlusssammlung orientieren, was Situation ist. Ein Ausschlussbeschluss hat nur die temporäre Bedeutung eines Geschäftsordnungsbeschlusses. Der später Hinzutretende kann seine Fehlerhaftigkeit regelmäßig nicht erkennen und gehört in diesem Glauben geschützt (vom Ergebnis gleich: der vom BGH zitierte Beschluss des BayObLG vom 16.5.2002, 2Z BR 32/02; *Merle* in Bärmann, § 24 WEG Rdnr. 93; *Timme*, Beck'scher Online-Kommentar WEG, Stand: 1.2.2011, § 24 WEG Rdnr. 220).

Notar Dr. *Heinrich Kreuzer*, München

5. BGB §§ 1375 Abs. 1, 1376 Abs. 2, 1378 Abs. 1 (*Berücksichtigung und Bewertung einer freiberuflichen Praxis im Zugewinnausgleich*)

1. **Der Goodwill einer freiberuflichen Praxis ist als immaterieller Vermögenswert grundsätzlich in den Zugewinnausgleich einzubeziehen.**
2. **Bei der Bemessung eines solchen Goodwills ist im Rahmen der modifizierten Ertragswertmethode ein Unternehmerlohn abzusetzen, der sich an den individuellen Verhältnissen des Inhabers orientiert.**
3. **Die stichtagsbezogene Bewertung einer Inhaberpraxis im Zugewinnausgleich setzt eine Verwertbarkeit der Praxis voraus. Deswegen sind bereits bei der stichtagsbezogenen Bewertung dieses Endvermögens latente Ertragsteuern abzusetzen, und zwar unabhängig davon, ob eine Veräußerung tatsächlich beabsichtigt ist.**
4. **Die Berücksichtigung eines Goodwills im Zugewinnausgleich verstößt nicht gegen das Doppelverwertungsverbot, weil er den am Stichtag vorhandenen immateriellen Vermögenswert unter Ausschluss der konkreten Arbeitsleistung des Inhabers betrifft, während der Unterhaltsanspruch auf der Arbeitsleistung des Inhabers und weiteren Vermögenserträgen beruht.**

BGH, Urteil vom 9.2.2011, XII ZR 40/09

Die Parteien streiten noch über den Zugewinnausgleich. Ihre am 18.12.1987 geschlossene Ehe wurde auf den am 13.4.1999 zugestellten Scheidungsantrag durch Verbundurteil vom 15.7.2003 rechtskräftig geschieden. Zugleich wurde das Sorgerecht für die beiden gemeinsamen Kinder der Klägerin übertragen und über den Versorgungsausgleich entschieden. Die Folgesachen nachehelicher Ehegattenunterhalt und Zugewinnausgleich hatte das AG zuvor abgetrennt. Mit rechtskräftigem Urteil vom 4.5.2006 hat es den Beklagten verurteilt, an die Klägerin nachehelichen Unterhalt zu zahlen.

Der Beklagte ist Zahnarzt und betreibt mit einem Kollegen eine Gemeinschaftspraxis. Ohne den Wert dieses Praxisanteils verfügte er bei Zustellung des Scheidungsantrags über ein positives Endvermögen in Höhe von 1.773.966,91 DM. Unter Berücksichtigung seines negativen Endvermögens i. H. v. 1.643.109,15 DM betrug das Endvermögen – vorbehaltlich eines zusätzlichen Wertes des Praxisanteils – 130.857,76 DM. Abzüglich eines indexierten Anfangsvermögens des Beklagten i. H. v. 94.925,64 DM ergab sich ein Zugewinn des Beklagten i. H. v. 35.932,12 DM. Den Wert des Praxisanteils hat das OLG mit 321.157 DM bemessen.

Die Klägerin erzielte in der Ehezeit einen Zugewinn i. H. v. 169.248,16 DM.

Das AG hat den Antrag der Klägerin auf Zahlung von Zugewinnausgleich abgewiesen. Es hat kein Anfangsvermögen des Beklagten berücksichtigt, aber wegen des Verbots einer Doppelverwertung gleicher Vermögensmassen im Unterhalt und Zugewinnausgleich auch eine Berücksichtigung des Wertes des Praxisanteils im Endvermögen des Beklagten abgelehnt. Auf die Berufung der Klägerin hat das OLG, das diese beiden Positionen abweichend beurteilt und eine aufrechenbare Gegenforderung des Beklagten abgelehnt hat, den Beklagten verurteilt, an die Klägerin einen Zugewinnausgleich i. H. v. (93.920,48 DM =) 48.020,78 € nebst Zinsen zu zahlen. Dagegen richtet sich die vom OLG zugelassene Revision des Beklagten.

Aus den Gründen:

Die Revision ist unbegründet. (...)

## II.

Diese Ausführungen des sachverständig beratenen Berufungsgerichts halten den Angriffen der Revision stand.

Das OLG hat den Beklagten zu Recht zur Zahlung eines Betrages i. H. v. 48.020,78 € nebst Zinsen verurteilt.

1. Nach § 1373 BGB ergibt sich der Zugewinn eines Ehegatten aus dem Betrag, um den sein Endvermögen sein Anfangsvermögen übersteigt. Endvermögen ist nach § 1375 Abs. 1 Satz 1 BGB das Vermögen, das einem Ehegatten nach Abzug der Verbindlichkeiten bei der Beendigung des Güterstandes gehört. Wird die Ehe – wie hier – geschieden, so tritt für die Berechnung des Zugewinns und für die Höhe der Ausgleichsforderung an die Stelle der Beendigung des Güterstandes der Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags (§ 1384 BGB).

Für die Berechnung des Endvermögens ist nach § 1376 Abs. 2 BGB der Wert zugrunde zu legen, den das vorhandene Vermögen zum Stichtag hat. Dabei ist auf den objektiven (Verkehrs-)Wert des jeweiligen Vermögensgegenstandes abzustellen (BGHZ 175, 207 = FamRZ 2008, 761 Rdnr. 18; vom 25.11.1998, XII ZR 84/97, FamRZ 1999, 361, 362 und vom 24.10.1990, XII ZR 101/89, FamRZ 1991, 43, 44; BGHZ 75, 195, 199 = FamRZ 1980, 37, 38). Nach welcher Methode die Bewertung im Einzelnen zu erfolgen hat, regelt das Gesetz nicht (vgl. insoweit *Schröder* in *Schröder/Bergschneider*, Familienvermögensrecht, 2. Aufl., Rdnr. 4.242 ff.; *Schröder*, Bewertung im Zugewinnausgleich, 4. Aufl., Rdnr. 67 ff.; *Haußleiter/Schulz*, Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung, 5. Aufl., Kap. 1 Rdnr. 116 ff.; *Büte*, Zugewinnausgleich bei Ehescheidung, 3. Aufl., Rdnr. 51 ff.). Sie sachverhaltsspezifisch auszuwählen und anzuwenden ist Sache des – sachverständig beratenen – Tatrichters. Seine Entscheidung kann vom Revisionsgericht nur darauf überprüft werden, ob sie gegen Denkgesetze und Erfahrungssätze verstößt oder sonst auf rechtsfehlerhaften Erwägungen beruht (BGH, Urteil vom 24.10.1990, XII ZR 101/89, FamRZ 1991, 43, 44 und vom 7.5.1986, IVb ZR 42/85, FamRZ 1986, 776, 779).

2. Neben sonstigem vorhandenem Vermögen ist auch ein Unternehmen oder eine freiberufliche Praxis stets mit dem vollen Wert in den Zugewinnausgleich einzubeziehen.

a) Eine Bemessung dieses Wertes allein nach dem Umsatz verbietet sich schon deswegen, weil der Umsatz keine sicheren Rückschlüsse auf die Gewinnerwartung und somit auch nicht auf den am Stichtag realisierbaren Wert zulässt. Ein besonders hoher Umsatz kann den Wert einer freiberuflichen Praxis sogar verringern, wenn den Einnahmen sehr hohe Kosten gegenüberstehen und der Ertrag deswegen mit einem hohen Unternehmerrisiko verbunden ist. Ein reines Umsatzwertverfahren eignet sich deswegen auch nicht als Vergleichsmaßstab für eine andere Bewertungsmethode.

Die Bewertung einer freiberuflichen Praxis erfolgt grundsätzlich auch nicht nach dem reinen Ertragswertverfahren, weil sich eine Ertragsprognose kaum von der Person des derzeitigen Inhabers trennen lässt und der Ertrag von ihm durch unternehmerische Entscheidungen beeinflusst werden kann. Zudem kann die Erwartung künftigen Einkommens, die der individuellen Arbeitskraft des Inhabers zuzurechnen ist, nicht maßgebend sein, weil es beim Zugewinnausgleich nur auf das am Stichtag vorhandene Vermögen ankommt (BGH, Urteil vom 24.10.1990, XII ZR 101/89, FamRZ 1991, 43, 44; *Büte*, Zugewinnausgleich bei Ehescheidung, 3. Aufl., Rdnr. 75; *Johannsen/Henrich/Jaeger*, Familienrecht, 5. Aufl., § 1376 BGB Rdnr. 23).

Stattdessen hat der Senat schon in seiner bisherigen Rechtsprechung eine modifizierte Ertragswertmethode gebilligt, die sich an den durchschnittlichen Erträgen orientiert und davon einen individuellen Unternehmerlohn des Inhabers absetzt (vgl. BGHZ 175, 207 = FamRZ 2008, 761 Rdnr. 19; vom 25.11.1998, XII ZR 84/97, FamRZ 1999, 361, 362 und vom 24.10.1990, XII ZR 101/89, FamRZ 1991, 43, 44).

b) Der zum Stichtag zu ermittelnde Wert eines Unternehmens schließt jedenfalls den in diesem Zeitpunkt vorhandenen Substanzwert ein. Er ist mit dem Wert zu bemessen, der im Falle eines Praxisverkaufs auf den Rechtsnachfolger übergeht (vgl. *Schröder* in *Schröder/Bergschneider*, Familienvermögensrecht, 2. Aufl., Rdnr. 4.249; *Schröder*, Bewertung im Zugewinnausgleich, 4. Aufl., Rdnr. 67 f.; *Haußleiter/Schulz*, Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung, 5. Aufl., Kap. 1 Rdnr. 150 f.; *Büte*, Zugewinnausgleich bei Ehescheidung, 3. Aufl., Rdnr. 54).

Der objektive Wert eines Unternehmens ist nach ständiger Rechtsprechung des Senats aber nicht auf den Substanz- oder Liquidationswert beschränkt. Daneben ist auch der Geschäftswert zu berücksichtigen, der sich darin äußert, dass das Unternehmen im Verkehr höher eingeschätzt wird, als es dem reinen Substanzwert der zum Unternehmen gehörenden Vermögensgegenstände entspricht (BGHZ 75, 195, 199 = FamRZ 1980, 37, 38; BGHZ 70, 224 = FamRZ 1978, 332, 333 und BGH, Urteil vom 13.10.1976, IV ZR 104/74, FamRZ 1977, 38, 39). Dabei kommt es trotz der stichtagsbezogenen Bewertung beim Zugewinnausgleich nicht darauf an, ob das Unternehmen oder die Beteiligung daran tatsächlich veräußert wird. Denn der vermögenswerte Gehalt der Beteiligung liegt in der Mitberechtigung am Unternehmen und der anteiligen Nutzungsmöglichkeit des Unternehmenswertes (BGHZ 75, 195, 199 = FamRZ 1980, 37, 38). Lediglich in Fällen, in denen der Gesellschaftsvertrag für den Fall des Ausscheidens aus einer Gemeinschaftspraxis eine Begrenzung des Abfindungsanspruchs (etwa auf den Substanzwert) vorsieht, kann dies Auswirkungen auf den objektiven Wert haben (BGHZ 75, 195, 199 = FamRZ 1980, 37, 38; Senatsurteil vom 25.11.1998, XII ZR 84/97, FamRZ 1999, 361, 362; *Schröder* in *Schröder/Bergschneider*, Familienvermögensrecht, 2. Aufl., Rdnr. 4.279 f.).

c) Diese Bewertungsgrundsätze hat der Senat im Ansatz auch auf die Inhaberschaft oder Beteiligung an freiberuflichen Praxen angewandt, die ebenfalls über einen über den Substanzwert hinausgehenden immateriellen Wert in Form eines Goodwills verfügen können (BGHZ 175, 207 = FamRZ 2008, 761 Rdnr. 15 ff. und vom 25.11.1998, XII ZR 84/97, FamRZ 1999, 361, 362).

Allerdings sind solche freiberuflich betriebenen Praxen – wie hier die Gemeinschaftspraxis des Beklagten und seines Sozium – regelmäßig inhaberbezogen. Insbesondere bei kleineren freiberuflichen Kanzleien oder Praxen, bei denen die unternehmerischen Fähigkeiten des Eigentümers Wohl und Wehe des Unternehmens bestimmen (vgl. *Schröder*, Bewertung im Zugewinnausgleich, 4. Aufl., Rdnr. 84 e), hängt der Erfolg in erheblichem Maße auch von der Person des Inhabers ab. Denn Angehörige eines freien Berufes erbringen regelmäßig eine höchstpersönliche Leistung, bei der Hilfskräfte lediglich für untergeordnete, nicht zum eigentlichen Berufsbild gehörende Tätigkeiten eingesetzt werden (BGH, Urteil vom 13.10.1976, IV ZR 104/74, FamRZ 1977, 38, 40). Gleichwohl schließt auch der objektive Wert einer freiberuflichen Kanzlei oder Praxis regelmäßig einen über den Substanzwert hinausgehenden immateriellen Wert ein. Die besondere Bedeutung des Inhabers ist in solchen Fällen jedoch bei der Wertermittlung zu berücksichtigen (*Michalski/Zeidler*, FamRZ 1997, 397, 400 f.).

Der neben dem Substanzwert vorhandene Goodwill gründet sich auf immaterielle Faktoren wie Standort, Art und Zusammensetzung der Mandanten/Patienten, Konkurrenzsituation und ähnlichen Faktoren, soweit sie auf einen Nachfolger übertragbar sind; er hat somit in der Regel einen eigenen Marktwert. Mit dem Goodwill bezahlt der Käufer einer freiberuflichen Praxis die Chance, die Mandanten des bisherigen Praxisinhabers oder Teilhabers zu übernehmen und auf dem vorhandenen Bestand und der gegebenen Konkurrenzsituation aufzubauen zu können (BGHZ 175, 207 = FamRZ 2008, 761 Rdnr. 20 und vom 25.11.1998, XII ZR 84/97, FamRZ 1999, 361, 362). Daneben bemisst sich der Erfolg einer freiberuflichen Praxis allerdings auch durch andere immaterielle Faktoren, wie Ruf und Ansehen des Praxisinhabers, die mit dessen Person verknüpft und deswegen grundsätzlich nicht übertragbar sind. Diese Faktoren können den Goodwill der Kanzlei oder Praxis jedenfalls im Zugewinnausgleich nicht bestimmen. Es kann sogar Fälle geben, in denen dem Ruf und Ansehen des Praxisinhabers eine solche überwiegende Bedeutung zukommt, dass dies einen Goodwill vollständig ausschließt oder jedenfalls deutlich herabsetzt (Senatsurteile vom 25.11.1998, XII ZR 84/97, FamRZ 1999, 361, 362 und vom 24.10.1990, XII ZR 101/89, FamRZ 1991, 43, 47). Im Regelfall erzielt der Inhaber oder Mitinhaber einer freiberuflichen Praxis seine Einkünfte aber nicht ausschließlich aus der Nutzung seiner Arbeitskraft, sondern auch unter Einsatz des vorhandenen Goodwills seiner Kanzlei oder Praxis. Dem so zu bemessenden Goodwill kommt auch bei freiberuflichen Praxen ein eigener Marktwert zu. Seine bestehende Nutzungsmöglichkeit bestimmt über den Stichtag für den Zugewinnausgleich hinaus den objektiven Wert der Kanzlei oder Praxis.

d) Auch ein zusätzlich zu bewertender Goodwill der freiberuflichen Kanzlei oder Praxis darf aber nicht darauf hinauslaufen, künftig zu erzielende Gewinne zu kapitalisieren und güterrechtlich auszugleichen. Vielmehr ist auch insoweit nur der am Stichtag nachhaltig vorhandene Wert der Praxis oder des Praxisanteils zu erfassen, der sich in der bis dahin aufgebauten und zum maßgeblichen Zeitpunkt vorhandenen Nutzungsmöglichkeit niederschlägt (BGHZ 175, 207 = FamRZ

2008, 761 Rdnr. 21; vom 25.11.1998, XII ZR 84/97, FamRZ 1999, 361, 363; *Hoppenz*, FamRZ 2006, 1242, 1244; *Borth*, FamRB 2002, 371, 374).

aa) Im Hinblick darauf bestehen keine rechtlichen Bedenken, wenn sich der sachverständig beratene Tatrichter bei der Bemessung des Goodwills einer inhabergeführten Praxis im Wege einer modifizierten Ertragswertmethode an den durchschnittlichen Erträgen orientiert und davon einen Unternehmerlohn absetzt (vgl. BGHZ 175, 207 = FamRZ 2008, 761 Rdnr. 19; vom 25.11.1998, XII ZR 84/97, FamRZ 1999, 361, 362 und vom 24.10.1990, XII ZR 101/89, FamRZ 1991, 43, 44; *Büte*, Zugewinnausgleich bei Ehescheidung, 3. Aufl., Rdnr. 75; *Haußleiter/Schulz*, Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung, 5. Aufl., Kap. 1 Rdnr. 189, 222 ff.; vgl. auch die Richtlinien zur Bewertung von Arztpraxen unter Ziffer D und die Hinweise für die Ermittlung des Wertes einer Steuerberaterpraxis unter Ziffer III 1 jeweils abgedruckt in *Schröder*, Bewertung im Zugewinnausgleich, 4. Aufl., Rdnr. 175 f. und *Büte*, Zugewinnausgleich bei Ehescheidung, 3. Aufl., Anhang 2 und 4).

Weil der Ertrag einer freiberuflichen Praxis nicht nur von dem vorhandenen Goodwill, sondern auch von dem persönlichen Einsatz des Inhabers bestimmt wird, muss die am Ertrag anknüpfende Bewertung des auf einen Übernehmer übertragbaren Goodwills einen Unternehmerlohn absetzen, der sich an den individuellen Verhältnissen des Inhabers orientiert. Nur auf diese Weise kann der auf den derzeitigen Praxis(mit)-inhaber bezogene Wert ausgeschieden werden, der auf dessen persönlichem Einsatz beruht und nicht auf einen Übernehmer übertragbar ist (BGHZ 175, 207 = FamRZ 2008, 761 Rdnr. 23 und vom 25.11.1998, XII ZR 84/97, FamRZ 1999, 361, 364; *Johannsen/Henrich/Jaeger*, a. a. O., § 1376 BGB Rdnr. 23). Auch für einen Erwerber kommt es bei der Wertermittlung wesentlich darauf an, mit welchem Einsatz der zugrunde gelegte Ertrag zu erzielen ist. Einer freiberuflichen Praxis, deren Ertrag mit einem geringeren zeitlichen Aufwand des Inhabers aufrechterhalten werden kann, kommt stets ein höherer Goodwill zu als einer Praxis mit gleichem Ertrag, die einen erheblich höheren Einsatz des Inhabers erfordert. Der Abzug eines pauschal angesetzten kalkulatorischen Unternehmerlohns würde das Maß des individuellen Einsatzes des Inhabers bei der Erzielung der Erträge hingegen nicht im gebotenen Umfang berücksichtigen. Entsprechend gehen auch die überarbeiteten „Hinweise“ der Bundesärztekammer zur Bewertung von Arztpraxen seit 2008 mehr als die früheren Richtlinien zur Bewertung von Arztpraxen von dem individuellen Einsatz des Praxisinhabers aus (DÄBl 2008, A-2778).

bb) Ebenfalls zu Recht hat das Berufungsgericht von dem durchschnittlichen Praxisrohgewinn latente Ertragsteuern abgesetzt. In der Rechtsprechung des Senats ist anerkannt, dass bei der stichtagsbezogenen Wertermittlung im Zugewinnausgleich eine solche latente Steuerlast wertmindernd ins Gewicht fällt. Dies gilt nicht nur in Fällen, in denen eine Veräußerung tatsächlich beabsichtigt ist.

Zwar beruht die Berücksichtigung des Wertes einer freiberuflichen Praxis im Zugewinnausgleich wegen des Stichtagsbezugs nicht auf einem späteren Veräußerungsfall, sondern hebt darauf ab, dass der am Stichtag vorhandene Wert die damit verbundene Nutzungsmöglichkeit auch für den Inhaber selbst weiterhin in sich birgt (Senatsurteil vom 25.11.1998, XII ZR 84/97, FamRZ 1999, 361, 363; BGHZ 75, 195, 199 = FamRZ 1980, 37, 38 und BGH, Urteil vom 13.10.1976, IV ZR 104/74, FamRZ 1977, 38, 39). Die Bewertung, die mit dem Zugewinnausgleich stichtagsbezogen endgültig vorzunehmen ist, setzt aber voraus, dass die Praxis zu dem ermittelten Wert

auch frei verwertbar ist (BGHZ 75, 195, 201 = FamRZ 1980, 37, 38 f.; BGHZ 70, 224, 226 = FamRZ 1978, 332, 333 und BGH, Urteil vom 13.10.1976, IV ZR 104/74, FamRZ 1977, 38, 40). Deswegen ist die Bewertungsmethode auch darauf gerichtet, einen Wert der freiberuflichen Praxis zu ermitteln, der zum Bewertungsstichtag am Markt erzielbar ist. Die Berücksichtigung latenter Ertragsteuern folgt aus der Prämisse der Verwertbarkeit und ist somit auch eine Konsequenz der Bewertungsmethode (vgl. *Schröder*, a. a. O., Rdnr. 74; *Schröder* in *Schröder/Bergschneider*, a. a. O., Rdnr. 4.257). Soweit der Wert danach ermittelt wird, was im Falle einer Veräußerung aus dem Substanzwert und dem Goodwill der freiberuflichen Praxis oder Kanzlei zu erzielen wäre, darf auch nicht außer Betracht bleiben, dass wegen der damit verbundenen Auflösung der stillen Reserven dem Verkäufer wirtschaftlich nur der um die fraglichen Steuern verminderte Erlös verbleibt. Insoweit handelt es sich um unvermeidbare Veräußerungskosten (BGHZ 175, 207 = FamRZ 2008, 761 Rdnr. 32; vom 24.10.1990, XII ZR 101/89, FamRZ 1991, 43, 48 und vom 27.9.1989, IVb ZR 75/88, FamRZ 1989, 1276, 1279; *Johannsen/Henrich/Jaeger*, a. a. O., § 1376 BGB Rdnr. 23; *Büte*, a. a. O., Rdnr. 194; *Kogel*, FamRZ 2004, 1337; a. A. *Hoppenz*, FamRZ 2006, 449, 450; vgl. auch *Tiedtke*, FamRZ 1990, 1188 ff. und *Gernhuber*, NJW 1991, 2238, 2242 f.).

e) Die Berücksichtigung eines auf die vorgenannte Weise ermittelten Wertes einer freiberuflichen Praxis unter Einschluss des immateriellen Wertes in Form eines Goodwills widerspricht auch nicht dem Verbot der zweifachen Teilhabe ein und desselben Vermögenswerts im Zugewinnausgleich und im Unterhalt.

Zwar hat nach ständiger Rechtsprechung des Senats ein güterrechtlicher Ausgleich eines vorhandenen Vermögenswerts nicht stattzufinden, soweit diese Vermögensposition bereits auf andere Weise, sei es unterhaltsrechtlich oder im Wege des Versorgungsausgleichs, ausgeglichen wurde. Für das Verhältnis zwischen Zugewinnausgleich und Versorgungsausgleich ergibt sich dies bereits aus § 2 Abs. 4 VersAusglG (früher: § 1587 Abs. 3 BGB a. F.). Für das Verhältnis zwischen Unterhalt und Zugewinnausgleich gilt nichts anderes, auch wenn dies nicht ausdrücklich gesetzlich geregelt ist (Senatsurteil vom 11.12.2002, XII ZR 27/00, FamRZ 2003, 432, 433).

aa) Eine solche doppelte Teilhabe kann aber nur eintreten, wenn jeweils dieselbe Vermögensposition ausgeglichen wird. Das ist im Verhältnis zwischen Unterhalt und Zugewinnausgleich regelmäßig nicht der Fall, weil der Zugewinnausgleich auf ein stichtagsbezogenes Vermögen gerichtet ist, während der Unterhalt, der den laufenden Lebensbedarf decken soll, auf Einkünften und Vermögenserträgen aufbaut. Das Unterhaltsrecht verlangt den Einsatz des Vermögensstamms für Unterhaltszwecke nur unter besonderen Voraussetzungen (§§ 1577 Abs. 3, 1581 Satz 2 BGB). Zu einer Konkurrenz zwischen Zugewinnausgleich und Unterhalt kann es somit lediglich dann kommen, wenn zum Unterhalt auch der Vermögensstamm herangezogen wird (Senatsurteil BGHZ 175, 207 = FamRZ 2008, 761 Rdnr. 17; *Hoppenz*, FamRZ 2006, 1242, 1243 und FamRZ 2008, 765, 766; *Münch*, NJW 2008, 1201 f.).

Eine zweifache Teilhabe ist deswegen ausgeschlossen, wenn der Unterhalt lediglich aus Vermögenseinkünften bemessen wird, während sich der Zugewinnausgleich auf den Vermögensstamm beschränkt. Das ist etwa der Fall, wenn Zinseinkünfte bei der Bemessung des Unterhaltsanspruchs berücksichtigt werden und dem Zugewinnausgleich lediglich das Bankguthaben als Vermögensstamm zugrunde gelegt wird. Gleiches gilt bei vorhandenem Wohneigentum, dessen Stamm

im Zugewinnausgleich zu berücksichtigen ist, während sich ein vorhandener Wohnwert auf die Höhe des Unterhalts auswirkt. In solchen Fällen ist lediglich zu beachten, dass durch den Zugewinnausgleich auch die Vermögenseinkünfte verlagert werden, was für die Zukunft unterhaltsrechtliche Auswirkungen hat.

Eine unzulässige doppelte Teilhabe an ein und demselben Vermögenswert liegt hingegen vor, wenn der Vermögensstamm ausnahmsweise unterhaltsrechtlich berücksichtigt wird. Das ist regelmäßig bei Abfindungen nach Aufgabe einer Erwerbstätigkeit der Fall, soweit diese Lohnersatzfunktion haben und deswegen auf die Zeit der geminderten Erwerbstätigkeit als ergänzendes Einkommen aufzuteilen sind. Im Umfang der unterhaltsrechtlichen Berücksichtigung ist dann ein zusätzlicher güterrechtlicher Ausgleich ausgeschlossen (Senatsurteil vom 21.4.2004, XII ZR 185/01, FamRZ 2004, 1352 f. mit Anm. *Bergschneider*; *Wendl/Dose*, Das Unterhaltsrecht in der familienrechtlichen Praxis, 7. Aufl., § 1 Rdnr. 16, 71; vgl. aber Senatsurteil vom 2.6.2010, XII ZR 138/08, FamRZ 2010, 1311 Rdnr. 28 f.).

bb) Eine Doppelverwertung ist auch bei der Berücksichtigung des Goodwills einer freiberuflichen Praxis im Zugewinnausgleich ausgeschlossen, wenn – wie dargestellt – der nach den individuellen Verhältnissen konkret gerechtfertigte Unternehmerlohn in Abzug gebracht wurde.

Der dem Zugewinnausgleich zugrunde zu legende objektive Wert der freiberuflichen Praxis oder Kanzlei beschränkt sich auf den am Stichtag vorhandenen Substanzwert und den im selben Zeitpunkt vorhandenen Goodwill des Unternehmens unter Abzug des Unternehmerlohns nach den individuellen Verhältnissen des Inhabers. Selbst wenn der Inhaber seiner freiberuflichen Praxis Beträge entnimmt, die über den nach den individuellen Verhältnissen bemessenen Unternehmerlohn hinausgehen und als unterhaltsrelevantes Einkommen zugrunde gelegt werden, liegt darin keine zusätzliche Teilhabe an dem im Zugewinnausgleich zugrunde gelegten Vermögensstamm. Denn die Entnahmen des Inhabers müssen sich nicht nur aus seinem individuellen Arbeitseinsatz ergeben, der bei der Bemessung des Praxiswertes abgesetzt wird und somit im Endvermögen unberücksichtigt bleibt. Höhere Entnahmen können auch auf der Inanspruchnahme des vorhandenen Goodwills beruhen und bilden insoweit bloße Vermögenserträge. Sollten die Entnahmen über die Summe dieser beiden Positionen hinausgehen und damit den Vermögensstamm betreffen, wären sie unterhaltsrechtlich ohnehin nicht zu berücksichtigen, weil insoweit auf einen objektiven Maßstab abzustellen ist (Senatsurteil vom 4.7.2007, XII ZR 141/05, FamRZ 2007, 1532 Rdnr. 27).

f) Nach dieser Rechtsprechung des Senats ist die Bewertung des Anteils des Beklagten an der zahnärztlichen Gemeinschaftspraxis durch das OLG nicht zu beanstanden.

aa) Auf der Grundlage des Sachverständigengutachtens ist es von den durchschnittlichen Praxiseinnahmen der Jahre 1996 bis 1998, also der drei dem Endstichtag vorangegangenen Jahre, ausgegangen. Wenn es davon unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles lediglich 90 % als nachhaltig realisierbar angesetzt hat, ist dagegen revisionsrechtlich nichts zu erinnern.

Der revisionsrechtlichen Prüfung hält auch stand, dass das OLG sodann durch Abzug der Kosten, Ausgaben und einer Abschreibung einen durchschnittlichen Rohgewinn dieser Jahre ermittelt und im Rahmen der von ihm angewandten Methode davon einen individuellen Unternehmerlohn der beiden Inhaber sowie latente Ertragsteuern abgesetzt hat.



Den abzusetzenden Unternehmerlohn hat das Berufungsgericht in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise ermittelt. Dabei ist es auf der Grundlage des Tariflohns für Zahnärzte, erhöht um den Arbeitgeberzuschlag für Lohnnebenkosten, von der wöchentlichen Arbeitszeit der beiden Inhaber mit je 34 Stunden ausgegangen. Dies berücksichtigt in hinreichender Weise den individuellen Einsatz der Praxisinhaber, zumal weitere Umstände, die eine über den üblichen Umfang hinausgehende Bedeutung der Inhaberleistung rechtfertigen könnten, nicht substantiiert vorgetragen sind. Revisionsrechtlich ebenfalls nicht zu beanstanden ist die Erhöhung des nach den individuellen Verhältnissen gerechtfertigten Unternehmerlohns um 50 % wegen des zusätzlich vorhandenen Labors und die Berücksichtigung der Steuerlast von 35 %, was zu einem abzusetzenden Nettounternehmerlohn für beide Inhaber i. H. v. insgesamt 180.000 DM führt.

Den so errechneten Ertragswert hat das sachverständig beratene OLG mit einem Rentenbarwertfaktor multipliziert, den es für das Ende der Ehezeit mit 2,7620 bemessen hat. Dabei hat es den im Rahmen seiner Bewertungsmethode um die Ertragsteuer reduzierten Basiszinssatz, einen Zuschlag für das allgemeine Unternehmensrisiko, eine Abzinsung der Zukunftsgewinne und eine dreijährige Nachhaltigkeitsdauer berücksichtigt. Wenn es auf diese Weise zu einem Goodwill der gesamten Zahnarztpraxis i. H. v. 1.200.322,54 DM und zzgl. des vorhandenen Substanzwertes von 189.985 DM zu einem gesamten Praxiswert i. H. v. 1.390.307,54 DM gelangt ist, ist auch dies aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Auch die Revision erinnert gegen diese Berechnung nichts.

Entsprechend dem 50 %igen Anteil des Beklagten an der Gemeinschaftspraxis hat das OLG dessen Anteil mit 695.153 DM und abzüglich latenter Ertragsteuern mit 321.157 DM in das Endvermögen eingestellt. Hinsichtlich der Ertragsteuern ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, dass diese im Wege der „Fünftelregelung“ gemäß § 34 Abs. 1 EStG ermittelt wurden (vgl. *Tiedtke*, FamRZ 1990, 1188, 1189).

bb) Wie der Senat wiederholt ausgesprochen hat, führt die Einbeziehung des Goodwills bei der Ermittlung des objektiven Wertes einer freiberuflichen Praxis oder Kanzlei nicht ohne weiteres zur Notwendigkeit einer Liquidierung des betreffenden Vermögensgegenstandes. Die Ausgleichspflicht beläuft sich gemäß § 1378 Abs. 1 BGB nur auf die Hälfte des Zugewinnüberschusses des ausgleichspflichtigen Ehegatten. Die zu ihrer Erfüllung notwendigen Mittel können häufig bereits aus einem anderen liquiden Teil des vorhandenen Vermögens aufgebracht werden. Ist dies im Einzelfall nicht möglich, so ist zu beachten, dass das Gesetz in § 1382 BGB unter den dort genannten Voraussetzungen die Möglichkeit der Stundung und Ratenzahlung vorsieht. Auf diese Weise kann der Schuldner in die Lage versetzt werden, den Zugewinnausgleich ratenweise aus seinem künftigen laufenden Einkommen zu leisten (Senatsurteile BGHZ 175, 207 = FamRZ 2008, 761 Rdnr. 31 und vom 25.11.1998, XII ZR 84/97, FamRZ 1999, 361, 363).

Die Einbeziehung des objektiven Wertes freiberuflicher Praxen in den Zugewinnausgleich verstößt deswegen auch weder gegen die Berufsfreiheit aus Art. 12 GG noch gegen die Eigentumsgarantie aus Art. 14 GG (Senatsurteil vom 25.11.1998, XII ZR 84/97, FamRZ 1999, 361, 363).

cc) Entgegen der Auffassung der Revision führt auch der Zinsanspruch in dem angefochtenen Urteil nicht zu einer Doppelberücksichtigung vorhandener Vermögenswerte.

Die Zinsforderung der Klägerin beruht nicht auf einer Bewertung vorhandenen Vermögens, sondern folgt aus dem Gesetz.

Sie beruht darauf, dass der bereits bei rechtskräftiger Ehescheidung geschuldete Zugewinnausgleich deutlich später geleistet wird, so dass dem Beklagten als Schuldner der Ausgleichsforderung für die Übergangszeit die Verwertungsmöglichkeit des vorhandenen Vermögens verblieben war. Dass der Beklagte für diese Zeit auf der Grundlage seines Arbeitseinsatzes und des anteiligen Goodwills der Gemeinschaftspraxis Unterhalt geleistet hat, steht dem nicht entgegen. Der Zugewinnausgleich kann unterhaltsrechtlich erst dann zu einer Änderung des geschuldeten Unterhalts führen, wenn er tatsächlich geleistet wird und Auswirkungen auf die Zuordnung der Vermögenserträge hat (vgl. Senatsurteil vom 4.7.2007, XII ZR 141/05, FamRZ 2007, 1532 Rdnr. 33).

g) Unter Berücksichtigung des dem Beklagten zurechenbaren hälftigen Werts der Gemeinschaftspraxis von 321.157 DM und der weiteren unstreitigen Vermögenswerte hat das OLG zutreffend und von der Revision insoweit nicht angegriffen ein Endvermögen des Beklagten i. H. v. 452.014,76 DM und nach Abzug des ebenfalls zutreffend ermittelten und von der Revision als ihr günstig nicht angegriffenen indexierten Anfangsvermögens von 94.925,64 DM einen Zugewinn i. H. v. 357.089,12 DM errechnet. Die Differenz zum Zugewinn der Klägerin (169.248,16 DM) beläuft sich mithin auf 187.840,96 DM, der hälftige Ausgleichsanspruch der Klägerin auf (93.920,48 DM =) 48.020,78 €.

3. Im Ergebnis zu Recht hat das OLG auch eine aufrechenbare Gegenforderung des Beklagten verneint.

a) Zwar hat der Beklagte nach seinem Vortrag noch nach der Trennung der Parteien einen Gesamtbetrag i. H. v. 71.635,80 € auf Verbindlichkeiten geleistet, für die er gemeinsam mit der Klägerin als Gesamtschuldner haftet. Nach § 426 Abs. 1 BGB haften Gesamtschuldner im Innenverhältnis zu gleichen Anteilen, soweit nicht ein anderes bestimmt ist. Entsprechend geht die Forderung des Gläubigers gegen die übrigen Gesamtschuldner nach § 426 Abs. 2 BGB auf den Gesamtschuldner über, der den Gläubiger befriedigt. Der Beklagte könnte danach also hälftige Erstattung der von ihm geleisteten Beträge verlangen, wenn nicht im Innenverhältnis der Parteien etwas anderes bestimmt wäre.

b) Die güterrechtlichen Vorschriften über den Zugewinnausgleich verdrängen den Gesamtschuldnerausgleich nicht, und zwar unabhängig davon, ob die Leistung eines gesamtschuldnerisch haftenden Ehegatten vor oder nach Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens erbracht worden ist. Bei richtiger Handhabung der güterrechtlichen Vorschriften vermag der Gesamtschuldnerausgleich das Ergebnis des Zugewinnausgleichs allerdings nicht zu verfälschen (Senatsurteil vom 6.10.2010, XII ZR 10/09, FamRZ 2011, 25 Rdnr. 16).

Die Tilgung der Gesamtschuld durch einen der haftenden Ehegatten bewirkt im Regelfall keine Veränderung der für die Ermittlung des Zugewinns maßgeblichen Endvermögen, wenn die Gesamtschulden wirtschaftlich zutreffend, d. h. unter Beachtung des gesamtschuldnerischen Ausgleichs, in die Vermögensbilanz eingestellt werden. Soweit bei Zustellung des Scheidungsantrags als Stichtag für die Berechnung des Endvermögens gemeinsame Verbindlichkeiten der Ehegatten noch nicht getilgt sind, ist im Endvermögen beider Ehegatten jeweils die noch bestehende Gesamtschuld in voller Höhe als Passivposten zu berücksichtigen. Demgegenüber ist – die Durchsetzbarkeit vorausgesetzt – der jeweilige Ausgleichsanspruch gegen den anderen Ehegatten, der die Befriedigung des Gläubigers nicht voraussetzt, als Aktivposten anzusetzen. Im Ergebnis hat das regelmäßig zur Folge, dass Ehegatten, die als Gesamtschuldner haften, die gemeinsamen Verbindlichkeiten bei ihrem Endvermögen jeweils nur mit der Quote

ansetzen können, die im Innenverhältnis auf sie entfällt (Senatsurteil vom 6.10.2010, XII ZR 10/09, FamRZ 2011, 25 Rdnr. 16).

aa) Im Außenverhältnis haften die Parteien für die als Gesamtschuldner aufgenommenen Darlehen jeweils voll. Die sich daraus ergebende hälftige Ausgleichspflicht war während der intakten Ehe allerdings durch die eheliche Lebensgemeinschaft überlagert, so dass von einer stillschweigend geschlossenen Vereinbarung i. S. d. § 426 Abs. 1 BGB auszugehen ist, die es einem Ehegatten verwehrt, Ausgleich für Zahlungen zu verlangen, die er während des Zusammenlebens erbracht hat. Eine solche anderweitige Vereinbarung endet allerdings mit dem Scheitern der Ehe und der Trennung der Ehegatten. Ausgleichs- und Freistellungsansprüche entstehen dann für weitere Zahlungen und künftig fällig werdende Leistungen, soweit nicht an die Stelle der Lebensgemeinschaft andere besondere Umstände treten, aus denen sich erneut ein vom Regelfall abweichender Maßstab ergibt (Senatsurteile vom 11.5.2005, XII ZR 289/02, FamRZ 2005, 1236 f. und vom 30.11.1994, XII ZR 59/93, FamRZ 1995, 216, 217).

bb) Soweit der Beklagte die Gesamtschulden der Parteien zwischen Trennung und Zustellung des Scheidungsantrags getilgt hat, wäre eine hälftige Ausgleichsforderung nach § 426 Abs. 2 BGB als Vermögenswert in sein Endvermögen aufzunehmen, während sie als Verbindlichkeit im Endvermögen der Klägerin zu berücksichtigen wäre. Der hälftige Ausgleich der Differenz durch den Zugewinn neutralisiert mithin regelmäßig die Ausgleichsforderung nach § 426 Abs. 2 BGB.

Nach den Feststellungen des OLG verfügt die zugewinnausgleichsberechtigte Ehefrau im vorliegenden Fall über einen eigenen Zugewinn, der die Ausgleichsforderung übersteigt. Weil sich die Ausgleichsforderung nach § 426 Abs. 2 BGB deswegen im Ergebnis nicht auswirkt und sie nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht in die Endvermögen der Parteien eingestellt wurde, kann von einer anderweitigen Vereinbarung ausgegangen werden, die den Ausgleich im Innenverhältnis der Parteien dem Zugewinnausgleich belässt.

cc) Soweit das OLG auch eine aufrechenbare Ausgleichsforderung des Beklagten aus § 426 Abs. 2 BGB für Tilgungsleistungen nach Zustellung des Scheidungsantrags abgelehnt hat, hält dies ebenfalls der revisionsrechtlichen Überprüfung stand.

Eine anderweitige Bestimmung, die die grundsätzlich anteilige Haftung von Gesamtschuldnern im Innenverhältnis verdrängt, liegt nach der Rechtsprechung des Senats dann nahe, wenn die alleinige Schuldentilgung durch einen der getrennt lebenden oder geschiedenen Ehegatten bereits bei der Berechnung des dem anderen zustehenden Unterhalts berücksichtigt wurde. Denn dies führt zu einer dem hälftigen Schuldenabtrag nahezu entsprechenden Reduzierung des Unterhalts und damit wirtschaftlich zu einer mittelbaren Beteiligung des Unterhaltsberechtigten am Schuldenabtrag (Senatsurteil vom 9.1.2008, XII ZR 184/05, FamRZ 2008, 602 Rdnr. 9).

Diese Voraussetzungen liegen nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hier vor, weil der Unterhaltsanspruch der Klägerin unter Berücksichtigung der gesamten Tilgungsleistungen des Beklagten bemessen wurde. Diese Feststellungen sind rechtlich nicht zu beanstanden und werden auch von der Revision nicht substantiiert angegriffen. Zwar ist die Höhe des Bedarfs der Klägerin auf Trennungunterhalt durch Urteil des OLG vom 30.11.2004 konkret mit 4.935 DM Elementarunterhalt, 1.600 DM Altersvorsorgeunterhalt und 650 DM Krankenvorsorgeunterhalt bemessen worden. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat die fortlaufende

Tilgung des gemeinsamen Kredits aber auch die Bemessung des konkreten Unterhaltsbedarfs beeinflusst, was zu einer wirtschaftlichen Beteiligung der Klägerin an der Kredittilgung führt.

Es kommt deswegen nicht darauf an, welchen Teil der Tilgungsleistungen der Beklagte noch vor Zustellung des Scheidungsantrags vorgenommen hat und auf welchen Betrag sich die Tilgungsleistungen nach Zustellung des Scheidungsantrags belaufen.

4. Weil das Berufungsgericht den Beklagten deswegen zu Recht zur Zahlung eines Zugewinnausgleichs i. H. v. 48.020,78 € nebst Zinsen verurteilt hat, ist seine Revision zurückzuweisen.

#### Anmerkung:

An diesem Urteil des BGH ist im Grunde nichts neu. Es wird lediglich die Rechtsprechung zum Zugewinnausgleich in zwei Bereichen bekräftigt und zwar zum einen in der Bewertung einer freiberuflichen Praxis und zum anderen in der Behandlung von gesamtschuldnerischen Verbindlichkeiten.

I.1. Der erste Bereich behandelt die Bewertung einer zahnärztlichen Praxis. Einleitend stellt der BGH dazu fest, dass ein Unternehmen oder eine freiberufliche Praxis zwar grundsätzlich mit dem vollen objektiven (Verkehrs-)Wert in den Zugewinnausgleich einzubeziehen sind, das Gesetz jedoch nicht regelt, nach welcher Methode die Bewertung im Einzelnen zu erfolgen hat. Er billigt jedoch unter Hinweis auf seine bisherige Rechtsprechung die Bewertung nach der sog. modifizierten Ertragswertmethode (vgl. BGH, MittBayNot 2008, 384 m. Anm. *Bergschneider*).

2. Bei der Ermittlung des Werts eines Unternehmens oder einer freiberuflichen Praxis ist danach zunächst der vorhandene Substanzwert festzustellen. Zusätzlich ist der über den Substanzwert hinausgehende Geschäftswert (Goodwill) zu berücksichtigen, der sich auf immaterielle Faktoren wie Standort, Art und Zusammensetzung der Mandanten/Patienten, Konkurrenzsituation und ähnliche Faktoren stützt, soweit sie auf einen Nachfolger übertragbar sind, wobei es nicht darauf ankommt, ob das Unternehmen, die Beteiligung oder Praxis tatsächlich veräußert werden. Insbesondere bei einer Praxis ist jedoch auch die Bedeutung des Rufs und des Ansehens des Inhabers bei der Wertermittlung zu berücksichtigen, die nicht übertragbar sind.

3. Diesen Goodwill bemisst die modifizierte Ertragswertmethode auf der Grundlage der durchschnittlichen Erträge und setzt davon einen Unternehmerlohn und – auch wenn eine Veräußerung tatsächlich nicht berücksichtigt ist – latente Ertragsteuern ab. Im Einzelnen billigt der BGH im vorliegenden Fall folgenden Rechenweg des Sachverständigen:

- Grundlage sind die durchschnittlichen Praxiseinnahmen der letzten dem Bewertungsstichtag vorausgegangenen drei Jahre, wovon lediglich 90 % als nachhaltig angesetzt werden.
- Es folgt die Ermittlung des Rohgewinns durch Abzug der Kosten, Ausgaben und Abschreibung.
- Abzusetzen ist ein Unternehmerlohn auf der Grundlage des Tariflohns für Zahnärzte, erhöht um den Arbeitgeberzuschlag und ausgehend von der wöchentlichen Arbeitszeit.
- Der so errechnete Ertragswert wird mit einem Rentenbarwertfaktor multipliziert, den der Sachverständige im vorliegenden Fall mit 2,7620 bemessen hat, errechnet aus

dem Basiszinssatz, dem Unternehmerrisiko, der Abzinsung, der Nachhaltigkeitsdauer.

- Schließlich ist die latente Ertragsteuer abzuziehen.

Da im vorliegenden Fall eine über den üblichen Umfang hinausgehende Bedeutung der Inhaberleitung nicht substantiiert vorgetragen war, geht der BGH auf das Problem des Ansatzes eines nach den individuellen Verhältnissen konkret gerechtfertigten Unternehmerlohnes nicht ein (so aber BGH, MittBayNot 2008, 384, 386).

4. Auf diesem Wege bewertete der Sachverständige die Zahnarztpraxis mit 321.157 DM, also rund 150.000 €. Wenn der BGH auch auf die Möglichkeit der Stundung und Ratenzahlung hinweist, mahnt dieses Ergebnis den Vertragsgestalter erneut, bei Eheverträgen für Unternehmer und Inhaber freiberuflicher Praxen eine besondere Vorsorge für den Fall der Scheidung zu treffen (siehe dazu die einzelnen Möglichkeiten in der Anmerkung zu BGH, MittBayNot 2008, 387).

II.1. Der zweite Bereich befasst sich insbesondere mit dem Verhältnis von Zugewinnausgleich und Gesamtschuldnerausgleich. Grundsätzlich stellt der BGH fest, dass die güterrechtlichen Vorschriften über den Zugewinnausgleich den Gesamtschuldnerausgleich nicht verdrängen. Im Regelfall führt die Tilgung der Gesamtschuld durch einen der zu gleichen Anteilen haftenden Ehegatten zu keiner Veränderung des für die Ermittlung des Zugewinns maßgebenden Endvermögens.

2. Der BGH stellt die einzelnen Phasen folgendermaßen vor:

- Phase 1 (Tilgung vor der Trennung): Die hälftige Ausgleichspflicht wird durch die eheliche Lebensgemeinschaft überlagert, so dass im Hinblick auf § 426 Abs. 1 BGB (anderweitige Bestimmung) kein Ausgleich für Zahlungen verlangt werden kann, die während des Zusammenlebens erbracht worden sind.
- Phase 2 (Tilgung zwischen Trennung und Zustellung des Scheidungsantrags): Die hälftige Ausgleichsforderung nach § 426 Abs. 2 BGB ist in das Endvermögen aufzunehmen, beim einen Ehegatten als Forderung beim anderen als Verbindlichkeit. Dadurch wird der Zugewinn neutralisiert.
- Phase 3 (Tilgung nach Zustellung des Scheidungsantrags): Die hälftige Ausgleichsforderung kann nach § 426 Abs. 2 BGB gegen den anderen Schuldner geltend gemacht werden und beeinflusst den Zugewinn nicht mehr. Ist aber die alleinige Schuldentilgung durch den einen Ehegatten für diese Zeit bereits bei der Berechnung und damit der Reduzierung des dem anderen zustehenden Unterhalts berücksichtigt worden, dann ist damit die anteilige Haftung des anderen Ehegatten im Innenverhältnis verdrängt.

3. Der Streit über die Erstattung von Ausgleichsforderungen bei einem Gesamtschuldverhältnis und deren Regelung in einer Scheidungsvereinbarung ist im Rahmen der Zugewinnsgemeinschaft oft müßig, zumindest bei hälftiger Ausgleichspflicht.

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Familienrecht  
Dr. Ludwig Bergschneider, München

6. BGB § 2109 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 (§ 2109 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BGB bei gestaffelter Nacherbfolge)

**1. Bei gestaffelter Nacherbfolge muss der Ausnahmetatbestand des § 2109 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BGB für jeden Nacherbfall gesondert geprüft werden.**

**2. Die Nacherbeinsetzung wird unwirksam, wenn die Frist von 30 Jahren nach dem Erbfall überschritten ist und der zweite Nacherbe zur Zeit des Erbfalls noch nicht lebte.**

OLG Hamm, Beschluss vom 14.12.2010, I-15 W 190/10; mitgeteilt von *Helmut Engelhardt*, Richter am OLG Hamm

Der Beteiligte beantragte mit Schreiben seines Verfahrensbevollmächtigten vom 27.10.2009 die Löschung des in Abteilung II unter der Ifd. Nr. 1 eingetragenen Nacherbenvermerks, da dieser infolge Zeitablaufs unrichtig geworden sei. Diesen Antrag hat das Grundbuchamt durch Beschluss vom 12.3.2010 zurückgewiesen. Hiergegen wendet sich der Beteiligte mit seiner Beschwerde vom 25.3.2010.

*Aus den Gründen:*

Die nach den §§ 71 ff. GBO zulässige Beschwerde hat in der Sache vorläufig Erfolg und führt zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und zur Zurückverweisung der Sache an das Grundbuchamt. Der ablehnende Beschluss vom 12.3.2010 kann jedenfalls mit der dort gegebenen Begründung keinen Bestand haben.

Die von dem Beteiligten begehrte Löschung des Nacherbenvermerks im Wege der Grundbuchberichtigung setzt den Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs voraus (§ 22 Abs. 1 GBO), wobei der Nachweis grundsätzlich in der Form des § 29 GBO zu führen ist.

Das Grundbuchamt hat seine Entscheidung allein darauf gestützt, dass „die“ Nacherbeinsetzung nicht nach § 2109 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam geworden sei, da der Ausnahmetatbestand des § 2109 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BGB eingreife. Dabei hat das Grundbuchamt aber nicht berücksichtigt, dass hier – soweit aus dem Nacherbenvermerk ersichtlich – eine gestaffelte Nacherbfolge angeordnet war. Das Grundbuchamt hat in der Sache nur die Wirksamkeit der ersten Nacherbeinsetzung geprüft. Hier geht es aber um die Frage, ob die zweite Nacherbeinsetzung (Einsetzung eines Nachnacherben) weiterhin wirksam ist.

Legt man den im Grundbuch eingetragenen Nacherbenvermerk und den Vortrag des Beteiligten zu den Verwandtschaftsverhältnissen und zur Familienhistorie zugrunde, so stellt sich die Erbfolge nach dem Erblasser B G, auf die sich der Nacherbenvermerk bezieht, wie folgt dar:

Mit dem Tod des Erblassers am 5.5.1940 wurde B1 B G Vorerbe. Als erster Nacherbe war sein ältester ehelicher Sohn eingesetzt, wobei der Nacherbfall mit dem Tod des Vorerben B1 B G eintreten sollte.

Gemäß § 2109 Abs. 1 Satz 1 BGB wird die Einsetzung eines Nacherben mit dem Ablauf von 30 Jahren nach dem Erbfall (hier: Tod des B G am... 1940) unwirksam, wenn nicht vorher der Fall der Nacherbfolge eingetreten ist. Der Vorerbe B1 B G hat den Erblasser um mehr als 30 Jahre überlebt. Trotzdem blieb die erste Nacherbeinsetzung gemäß § 2109 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BGB wirksam. Die erste Nacherbfolge war für den Fall angeordnet, dass in der Person des Vorerben B1 B G ein bestimmtes Ereignis – sein Tod – eintritt, und der am 25.8.1931 geborene Vorerbe B1 B G lebte bereits zur Zeit des Erbfalls (5.5.1940). Die 30-jährige Frist konnte daher für den ersten Nacherbfall überschritten werden.

Mit dem Tod des Vorerben B1 B G am 22.2.2005 trat der erste Nacherbfall ein. Der Beteiligte gibt an, er sei der einzige und damit auch älteste eheliche Sohn des B1 B G. Demnach wäre er der erste Nacherbe und hätte mit dem Tod des Vorerben B1 B G am 22.2.2005 den Erblasser beerbt.

Laut dem Nacherbenvermerk hat der Erblasser B G allerdings noch eine zweite Nacherbfolge (Nachnacherbfolge) angeordnet („Nacherbe des Nacherben ist, soweit dies nach Maßgabe des § 2109 des Bürgerlichen Gesetzbuches zulässig ist ...“). Wann der zweite Nacherbfall eintreten soll, lässt sich dem Nacherbenvermerk nicht eindeutig entnehmen. Wenn der Erblasser in seinem Testament hierzu keine Bestimmung getroffen hat, ist gemäß § 2106 Abs. 1 BGB der Eintritt des zweiten Nacherbfalls an den Tod des Beteiligten (K G1 G) geknüpft.

Wenn aber nach § 2109 Abs. 1 Satz 1 BGB die zweite Nacherbeneinsetzung unwirksam geworden ist, ein zweiter Nacherbfall also gar nicht mehr eintreten kann und der Beteiligte (K G1 G) dementsprechend mit dem Tod des (ersten) Vorerben B1 B G am 22.2.2005 nicht nur die Stellung eines (weiteren) Vorerben gegenüber einem Nachnacherben erhalten hat, sondern Vollerbe geworden ist, dann ist der im Grundbuch eingetragene Nacherbenvermerk unrichtig geworden.

Die zeitliche Beschränkung des § 2109 Abs. 1 Satz 1 BGB gilt auch bei der gestaffelten Nacherbfolge (OLG Köln, NJW-RR 2008, 602, 604; *Palandt/Edenhofer*, 69. Aufl., § 2109 Rdnr. 1; *Reimann*, NJW 2007, 3034, 3035; vgl. auch BayObLG, NJW-RR 1990, 199 f. = FamRZ 1990, 320 ff.). Die Frist von 30 Jahren nach dem Erbfall (5.5.1940) ist hier überschritten. Der Ausnahmetatbestand des § 2109 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BGB greift hinsichtlich der zweiten Nacherbeneinsetzung nicht ein, weil der Beteiligte (K G1 G), bei dessen Tod der zweite Nacherbfall eintreten soll, erst am 20.5.1962 geboren wurde und somit zur Zeit des Erbfalls (5.5.1940) noch nicht lebte.

Ausgehend von dem Nacherbenvermerk und den Angaben des Beteiligten ist also der Eintritt eines weiteren (zweiten) Nacherbfalls nicht mehr möglich und der Nacherbenvermerk im Grundbuch seit dem 22.2.2005 unrichtig.

Der Senat kann in der Sache nicht selbst abschließend entscheiden, da ihm die zur Beurteilung der Erbfolge erforderlichen Unterlagen nicht vollständig vorliegen, insbesondere auch nicht das öffentliche Testament des Erblassers B G vom 10.4.1933. Da das FGG-RG die Eigenständigkeit der Vorschriften der §§ 71 ff. GBO betreffend die Beschwerde in Grundbuchsachen nicht berührt hat, gelten die Einschränkungen des § 69 Abs. 1 FamFG hier nicht. Dementsprechend ist der Senat nicht daran gehindert, unter Aufhebung des angefochtenen Beschlusses die Sache an das Grundbuchamt zurückzuverweisen.

Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

Das Grundbuchamt wird nunmehr zu prüfen haben, ob die oben angenommene Erbfolge und damit die Unrichtigkeit des Nacherbenvermerks in der Form des § 29 Abs. 1 GBO nachgewiesen sind. Als öffentliche Urkunden i. S. d. § 29 Abs. 1 GBO kommen hier insbesondere das öffentliche Testament des Erblassers B G vom 10.4.1933 sowie Personenstandsurkunden in Betracht. Dabei ist zu bemerken, dass der von dem Beteiligten vorgelegte Geburtseintrag vom 25.5.1962 nicht belegt, dass der Beteiligte – wie er angibt – der einzige (und damit zugleich älteste) eheliche Sohn des B1 B G ist. Zum Nachweis der negativen Tatsache, dass B1 B G keine weiteren ehelichen Söhne hat oder hatte, könnte auch eine formgerechte eidesstattliche Versicherung ausreichend sein (vgl. Senat, Beschluss vom 9.2.2010, 15 W 391/09; OLG Düsseldorf, FGPrax 2010, 114, 115).

## Anmerkung:

1. Nacherbfolgeanordnungen werden in der notariellen Praxis mit einer gewissen Vorsicht gehandhabt. Der Beschluss des OLG Hamm betrifft einen eher alltäglichen Fall aus diesem Bereich. Der Erblasser hatte bestimmt, dass beim Ableben des Vorerben dessen ältester ehelicher Sohn Nacherbe werden sollte, mit der Maßgabe, dass auch dieser nur Vorerbe sein sollte. Der ursprüngliche Erbe (Vorerbe) überlebte den Erblasser um mehr als 30 Jahre. Der Nacherbe trat die Erbschaft an. Das Gericht hatte zu entscheiden, ob die weitere Nacherbfolgeanordnung noch gültig ist oder nicht.

2. Der Leitsatz der Entscheidung des OLG Hamm ist missverständlich. Der Fall lässt sich schulmäßig lösen. Bei der Nacherbfolge handelt es sich um eine zeitliche Aufeinanderfolge verschiedener Erben nach demselben Erblasser. Nach allgemeiner Meinung können auch mehrere Erben nacheinander als Nacherben eingesetzt werden („weitere Nacherbfolge“, „gestaffelte Nacherbfolge“).<sup>1</sup> Der Nacherbe, der mit Eintritt des Nacherbfalls an die Stelle des Vorerben tritt, erhält gegenüber dem weiteren Nacherben dann wiederum nur die Stellung eines Vorerben. Die Anordnung mehrerer Nacherbfolgen hintereinander ist nicht zahlenmäßig, sondern nur zeitlich beschränkt. Dem letzten Willen des Erblassers werden durch § 2109 BGB Grenzen gesetzt: Damit der Erblasser sein Vermögen nicht übermäßig lange durch eine Verfügung von Todes wegen binden kann, wird die Wirksamkeit einer Nacherbfolgeanordnung auf 30 Jahre beschränkt (§ 2109 Abs. 1 Satz 1 BGB). Diese Frist beginnt mit dem auf den Tod des Erblassers folgenden Tag und endet 30 Jahre später (§§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 BGB). Die 30-jährige Begrenzung der Nacherbfolgeanordnung gilt auch bei der gestaffelten Nacherbfolgeanordnung. Tritt der Nacherbfall bis zum Fristablauf nicht ein, führt die Befristung dazu, dass die Einsetzung des Nacherben mit Fristablauf unwirksam wird. Der Vorerbe erlangt damit im Zeitpunkt des Fristablaufs die Rechtsstellung eines Vollerben.<sup>2</sup>

§ 2109 Abs. 1 Satz 2 BGB enthält Ausnahmen von dem Grundsatz, wonach die Nacherbfolgeanordnung mit dem Ablauf von 30 Jahren nach dem Erbfall beendet wird. Nach § 2109 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BGB bleibt auch nach Ablauf dieser Frist die Nacherbfolgeanordnung wirksam, wenn „die Nacherbfolge für den Fall angeordnet ist, dass in der Person des Vorerben oder des Nacherben ein bestimmtes Ereignis eintritt und derjenige, in dessen Person das Ereignis eintreten soll, zur Zeit des Erbfalls lebt“. Das in der Person des Vorerben eintretende Ereignis wird regelmäßig dessen Tod sein. Soll der Nacherbfall mit dem Tod des Vorerben eintreten und lebte der Vorerbe zur Zeit des Erbfalls bereits, bleibt die Nacherbfolgeanordnung auch dann noch wirksam, wenn der Vorerbe den Erblasser um mehr als 30 Jahre überlebt.<sup>3</sup>

War beim Ableben des Vorerben die 30-Jahres-Frist des § 2109 BGB bereits verstrichen, verliert die Nacherbfolgeanordnung mit dem Ableben des Vorerben ihre Wirksamkeit.

Rechtsfolge ist, dass die Erbschaft dem (letzten) Nacherben endgültig verbleibt. Ihm kommt das Unwirksamwerden der Nacherbenbindung zugute. Er unterliegt also trotz weiterer Nacherbfolgeanordnungen dieser Bindung nicht mehr. Er ist endgültiger Vollerbe. Mit dem Ableben des Vorerben tritt der

<sup>1</sup> BayObLG, FamRZ 1990, 320; *Palandt/Weidlich*, 70. Aufl. 2011, § 2100 Rdnr. 1.

<sup>2</sup> *Palandt/Weidlich*, § 2109 Rdnr. 1.

<sup>3</sup> *Palandt/Weidlich*, § 2109 Rdnr. 2; *Staudinger/Avenarius*, Neubearbeitung 2003, § 2109 Rdnr. 8.

dafür bestimmte Nacherbe die Vollerbschaft an. Eine weitere Nacherbfolge kann wegen § 2109 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BGB nicht mehr eintreten.<sup>4</sup> Dieses Ergebnis tritt kraft Gesetzes ein, testamentarische Klarstellungen sind hierfür entbehrlich.

3. Zu einem anderen Ergebnis würde man nur dann kommen, wenn der Nacherbe bereits zum Zeitpunkt des Erbfalls gelebt hätte. Dies ist aber der Entscheidung des OLG Hamm nicht zu entnehmen. Der Beschluss enthält zwar insoweit keine genauen Daten, der mitgeteilte Sachverhalt lässt aber darauf schließen, dass der Nacherbe erst nach dem Tod des Erblassers geboren wurde. Wäre dies anders, könnte es zu einer Verlängerung der Nacherbfolgeanordnung kommen.

Notar a. D. Prof. Dr. *Wolfgang Reimann*, Regensburg

4 BayObLG, FamRZ 1990, 320.

7. BGB §§ 1925, 2265, 2267 (*Anwendung einer Pflichtteilsstrafklausel im gemeinschaftlichen Testament, wenn alle Kinder ihren Pflichtteil im Einvernehmen mit dem überlebenden Ehegatten geltend machen*)

- Eine in einem Ehegattentestament enthaltene Pflichtteilsstrafklausel ist auch dann anzuwenden, wenn alle Kinder nach dem ersten Erbfall ihren Pflichtteil geltend machen.**
- Hierfür ist unerheblich, dass die Geltendmachung durch alle Kinder im Einvernehmen mit dem Überlebenden erfolgte und steuerlich vorteilhaft war. Entscheidend ist vielmehr die Reduzierung des Nachlasses zulasten des Überlebenden. (Leitsatz der Schriftleitung)**

OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 2.8.2010, 20 W 49/09

Die Erblasserin und ihr vorverstorbenen Ehemann haben am 2.11.1983 ein gemeinschaftliches Testament errichtet, in dem sie sich gegenseitig zu Erben eingesetzt haben und das folgende Pflichtteilsstrafklausel enthält:

„Sollte eines der Kinder auf Auszahlung seines Pflichtteils bestehen, so soll es auch nach Ableben des überlebenden Ehepartners nur einen Pflichtteil bekommen.“

Die Beteiligten zu 1, 5 und 6 sind die drei Kinder der Eheleute. Die Beteiligten zu 2 bis 4 sind die drei Kinder der Beteiligten zu 5, die Beteiligten zu 1 und 6 sind kinderlos.

Die Beteiligten zu 1, 5 und 6 und die Erblasserin haben am 20.4.2000 einen notariellen Vertrag geschlossen. Darin haben die Beteiligten zu 1, 5 und 6 erklärt, dass sie ihren Pflichtteilsanspruch geltend machten, den sie mit 247.000 € bezifferten. Dafür hat die Erblasserin zugesichert, ihnen zu gleichen Teilen zwei näher bezeichnete Grundstücke im Gesamtwert von ca. 2.200.000 DM schenkweise zu übertragen.

Die Beteiligten zu 2 bis 4 haben beantragt, ihnen einen Erbschein zu erteilen, der sie als Miterben zu je einem Drittel ausweist.

Die Beteiligten zu 5 und 6 haben den Erbscheinsantrag befürwortet. Die Beteiligte zu 1 ist ihm entgegengetreten. Sie hat die Ansicht vertreten, dass die Eltern sich nur gegenseitig als Erben eingesetzt hätten ohne Schlussserben zu bestimmen. Deshalb hätten nach der Erblasserin die drei Kinder zu je  $\frac{1}{3}$  geerbt, nicht die drei Enkelkinder. Da alle drei Kinder den Pflichtteil geltend gemacht hätten, müssten sie auch hinsichtlich der Erbschaft gleich behandelt werden. Ansonsten hätte es der Erblasserin obliegen, bei der notariellen Beurkundung am 20.4.2000 den Hinweis zu erteilen, dass eines der Kinder durch die Kindeskindern bevorzugt werden solle. Eine Enterbung gemäß § 1938 BGB hätten die Eltern sicher nicht gewollt. Der Pflichtteil sei aus steuerrechtlichen Gründen und nicht zum Nachteil der Mutter geltend gemacht worden. Man habe das Familienvermögen schonen und die

Erblasserin steuerlich entlasten wollen. Diese Vorgehensweise sei auch im Sinne des vorverstorbenen Vaters gewesen.

Mit dem am 2.9.2008 erlassenen Vorbescheid hat das AG angekündigt, einen gemeinschaftlichen Erbschein zu erteilen, der die Beteiligten zu 4 bis 6 als Miterben zu je  $\frac{1}{3}$  ausweist.

Gegen diesen Beschluss hat die Beteiligte zu 1 Beschwerde eingelegt. Sie hat ausgeführt, die Eltern hätten den Fall, dass alle Kinder auf Auszahlung des Pflichtteils bestehen würden, nicht geregelt. Es sei der hypothetische Erblasserwillen im Wege der ergänzenden Auslegung zu ermitteln. Wenn der Vater bedacht hätte, dass seine Kinder den Pflichtteilsanspruch im Einverständnis mit seiner Ehefrau geltend machen würden, um insbesondere eine steuerrechtlich vorteilhafte Regelung zu finden, könne kein Zweifel daran bestehen, dass er es dann dabei belassen hätte, dass seine drei Kinder weiterhin zu gleichen Teilen erben würden wie in dem gemeinschaftlichen Testament mit seiner Ehefrau vorgesehen. Für eine andere Auslegung ergäbe sich nichts. Dies wäre zur Zeit der Testamenterrichtung auch der Wille der Erblasserin gewesen. Im Übrigen sei im Zeitpunkt der Testamenterrichtung noch kein Enkel auf der Welt gewesen.

Das LG hat die Beschwerde durch Beschluss vom 16.1.2009 zurückgewiesen.

Dagegen hat die Beteiligte zu 1 weitere Beschwerde eingelegt, mit der sie unter Aufhebung der landgerichtlichen und der amtsgerichtlichen Entscheidung die Abweisung des Erbscheinsantrags und die Erteilung eines Teilerscheins erstrebt, der sie zur Miterbin von einem Drittel ausweist. Die Beteiligte zu 1 rügt die Annahme des LG, dass sie und die Beteiligten zu 5 und 6 mit der Vereinbarung vom 20.4.2000 gegen die Pflichtteilsanktionsklausel verstoßen hätten und sie sowohl als Schlusserben als auch von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen seien. Sie bringt dazu vor, das LG habe sich nicht mit ihrer Argumentation auseinandergesetzt, dass die Eltern eine Strafklauseleingeführt hätten und dabei davon ausgegangen seien, dass „eines“ der Kinder auf Auszahlung seines Pflichtteils bestehen könnte. Hier sei auch zu berücksichtigen, dass bei der Abfassung des Testaments noch keine Enkelkinder vorhanden gewesen seien. Es sei zu prüfen gewesen, was die Eltern gewollt hätten, wenn sie gewusst hätten, dass alle drei Töchter den Pflichtteil geltend machen. Sie hätten nicht gewollt, dass der Staat erbt. Es gebe auch keine Anhaltspunkte dafür, dass dann, wenn noch einer Tochter Kinder geboren würden, diese Kinder allein das ganze Vermögen erben sollten. Schließlich hätte das LG insbesondere prüfen müssen, ob die Auslegung mit dem Willen des vorverstorbenen Vaters übereinstimme, denn der Pflichtteil sei nur geltend gemacht worden, um die steuerlichen Vorteile auszunutzen und um das Familienvermögen zu schonen.

*Aus den Gründen:*

Die weitere Beschwerde wird zurückgewiesen.

## II.

Die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 1 ist zulässig, aber nicht begründet. Die Ausführungen des LG enthalten keinen Rechtsfehler zum Nachteil der Beteiligten zu 1.

Die Rüge der Beteiligten zu 1, das LG habe nicht zwei Beschlüsse erlassen dürfen, geht ins Leere. Das LG hat keine zwei Beschlüsse erlassen. Die erste übersandte Beschlussausfertigung war lückenhaft und entsprach insoweit nicht dem Original, weshalb der Beteiligten zu 1 eine korrigierte Fassung übersandt worden war. Dies ist auf dem Empfangsbekanntnis vermerkt gewesen.

Zutreffend ist das LG davon ausgegangen, dass es sich bei dem eigenhändigen gemeinschaftlichen Testament um ein wirksames Testament gemäß §§ 2265, 2267 BGB handelt, das keine ausdrückliche Regelung darüber enthält, wer nach dem Tod des Letztverstorbenen Erbe sein soll. Ob das Testament eine Schlusserbeneinsetzung enthielt und welche Auswirkungen die Pflichtteilsstrafklausel hatte, war durch Auslegung zu ermitteln.

Eine letztwillige Verfügung ist nach § 133 BGB auszulegen, d. h. es ist der wirkliche Wille des Erblassers zu erforschen

und nicht am buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften (*Palandt/Edenhofer*, 2010, § 2084 Rdnr. 1). Da es sich um ein gemeinschaftliches Testament handelt, kommt es auf den Willen beider Erblasser an. Die Auslegung selbst obliegt den Tatsachenzinstanzen. Der Senat ist als Rechtsbeschwerdegericht an die vom LG vorgenommene Auslegung gebunden. Er kann die getroffene Auslegung nur daraufhin nachprüfen, ob diese nach den Denkgesetzen und der Erfahrung möglich ist, ob sie mit den gesetzlichen Auslegungsregeln im Einklang steht, ob sie dem klaren Sinn und Wortlaut des Testaments nicht widerspricht und ob alle wesentlichen Umstände berücksichtigt sind. Dabei müssen die Schlussfolgerungen des Tatrichters nicht zwingend sein; es genügt, wenn sie nur möglich sind, mag auch eine andere Schlussfolgerung ebenso nahe- oder noch näherliegen (*Keidel/Kuntze/Winkler*, FGG, 15. Aufl. 2003, § 27 Rdnr. 42; BayObLG, FamRZ 1986, 610 ff., 611; BayObLG, NJW-RR 1988, 387, 388). Solche Rechtsfehler sind dem LG nicht unterlaufen.

Das LG ist im Ergebnis zu der Auffassung gelangt, dass sich die Eltern zu Alleinerben und die Kinder zu Schlusserben einsetzen wollten. Dies entspricht der in Rechtsprechung und Literatur einhellig vertretenen Auffassung, dass eine Regelung, wie sie hier getroffen worden war, einen Anhaltspunkt dafür darstellen kann, dass die Ehegatten damit zugleich die pflichtteilsberechtigten Abkömmlinge als Erben des Letztversterbenden berufen wollten, weil sie dies als selbstverständliche Voraussetzung erachtet haben, die Erbeinsetzung sich gewissermaßen hinter der Strafklausel verbirgt (OLG Hamm, FamRZ 2004, 1998 = NJW-RR 2004, 1520 = OLGR Hamm 2004, 210 m. w. V.; OLG Frankfurt am Main, FamRZ 2002, 352 = FGPrax 2001, 246 = NJWE-FER 2001, 293 = OLGR Frankfurt 2001, 288 = ZEV 2002, 109) und ist auch hier nicht Gegenstand der Beanstandung der Beteiligten zu 1.

Das LG hat weiter ausgeführt, die Eltern hätten dafür Sorge tragen wollen, dass die Kinder ihren gesetzlichen Pflichtteilsanspruch nicht nach dem Tod des Erstverstorbenen geltend machen. Sie hätten nicht nur die Erbenstellung des anderen Ehegatten absichern, sondern vielmehr dafür Sorge tragen wollen, dass der Überlebende das Erbe ohne Reduzierung durch Pflichtteilsansprüche erhält. Auch diese Auslegung ist rechtlich nicht zu beanstanden.

Rechtsfehlerfrei ist das LG ferner zu dem Ergebnis gekommen, dass die Beteiligte zu 1 sich nicht darauf berufen kann, die Geltendmachung der Pflichtteilsansprüche sei lediglich von steuerlichem Vorteil für die Erblasserin gewesen. Die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs wird durch den Steuervorteil in keiner Weise ausgeglichen. Das Vermögen der Erblasserin wurde dadurch im Ergebnis vielmehr dauerhaft geschmälert. Da die Sanktionsklausel zum Schutz des länger lebenden Ehegatten gedacht war, machte es für ihre Anwendung grundsätzlich keinen Unterschied, ob eine der Töchter oder alle Kinder Pflichtteilsansprüche geltend machten. Im Gegenteil stellt die vereinte Geltendmachung grundsätzlich für die wirtschaftliche Absicherung des länger lebenden Ehegatten ein größeres Problem dar. Es gibt keinen Erfahrungssatz, dass Eltern – wenn alle Kinder gleichwohl ihre Pflichtteilsansprüche geltend machen – in diesem Fall doch lieber die Sanktionsklausel streichen. Es ist auch nicht so, dass in einem solchen Fall die Alternative sei, dass der Fiskus erben würde. Dies wäre nur der Fall, wenn keine sonstigen Verwandten mehr existierten.

Dass die Geltendmachung der Pflichtteilsansprüche im Einvernehmen mit der Erblasserin erfolgte und zu einer weit über die Pflichtteile hinausgehenden Abfindung führte, änderte

nichts daran, dass der Tatbestand der Pflichtteils Klausel erfüllt war. Die Beteiligten zu 1, 5 und 6 haben ihre Pflichtteilsansprüche geltend gemacht, wie es auch in der notariellen Vereinbarung ausdrücklich festgehalten ist. Zu einer anderen Annahme zwingt auch nicht die Formulierung der Klausel „Sollte eines der Kinder auf Auszahlung seines Pflichtteils bestehen“. Dieser Formulierung „bestehen“ könnte zwar im Vorfeld einer Pflichtteilsgeltendmachung Bedeutung zukommen, etwa wenn der Pflichtteil verlangt wird, davon aber wieder Abstand genommen wird. Hier könnte daran zu denken sein, dass dadurch das Erbrecht möglicherweise noch nicht verwirkt ist. Vorliegend ist die Pflichtteilsauskehrung aber nach Geltendmachung vollzogen worden, der Anspruch also durchgesetzt worden.

Schließlich ist es unerheblich, ob die Beteiligte zu 1 sich bewusst war, dass sie gegen die Klausel verstieß oder ob sie mit den Folgen einverstanden war. Solche subjektiven Elemente als Eingriffsvoraussetzung vermag der Senat in der Klausel nicht zu erkennen. Das LG war deshalb nicht gehalten, weitere Ermittlungen darüber anzustellen, ob die Angaben der Beteiligten zu 5 und 6 zutreffend waren und der Notar bei der Abfindungsregelung vom 20.4.2000 über das Eingreifen der Klausel ausdrücklich belehrt hat.

Insoweit wirkt sich aus, dass automatische Ausschlussklauseln – wie sie die Eltern hier verwendet haben – höchst unflexibel, starr und erbschaftsteuerlich kontraproduktiv sind (vgl. *Reymann* in jurisPK-BGB, 4. Aufl. 2008, § 2269 BGB Rdnr. 50 m. w. N.). Ob vorliegend die individuelle Auslegung der Pflichtteilsstrafklausel ergeben kann, dass sich die Eltern in Anbetracht der nicht ausdrücklich für regelungsbedürftig gehaltenen Schlusserbeneinsetzung für den Zweiterbfall nicht binden wollten und die Schlusserbeneinsetzung nicht wechselbezüglich sein sollte, so dass die Erblasserin auch noch anderweitig hätte verfügen können (vgl. hierzu *Reymann* in jurisPK-BGB, 4. Aufl. 2008, § 2270 BGB Rdnr. 31 m. w. N.), kann dahinstehen, denn die Erblasserin hat nicht anderweitig zugunsten ihrer Töchter verfügt.

Soweit das LG ausgeführt hat, dass sich kein Anhaltspunkt dafür findet, dass der gesamte Stamm wegfallen sollte, so liegt darin kein Rechtsfehler zum Nachteil der Beteiligten zu 1. Das LG hat darauf abgestellt, dass im Zeitpunkt der Testamentserrichtung die Enkelkinder noch nicht geboren waren. Zutreffend hat es auf den hypothetischen Willen abgestellt, also den Willen, den der Erblasser vermutlich gehabt hätte, wenn er bei Errichtung seiner Verfügung die tatsächlichen Verhältnisse und deren weitere Entwicklung in Betracht gezogen hätte und zwar unter Berücksichtigung aller Veränderungen, die für diesen Willen von Bedeutung sein können und ist zu der Überzeugung gekommen, dass die Eltern in einem solchen Fall nicht die gesetzliche Erbfolge zweiter Ordnung gemäß § 1925 BGB des zuletzt Versterbenden gewollt hätten. Sie wollten auch nicht, dass der Fiskus erbt. Näherliegend sei vielmehr, dass dann die Enkel erben. Diese Schlussfolgerung ist möglich und in dem oben aufgezeigten Prüfungsrahmen rechtlich nicht angreifbar.

Das LG hat das rechtliche Gehör der Beteiligten zu 1 nicht verletzt. Das LG brauchte sich in seinem Beschluss nicht mit jeder Einzelheit des Vorbringens der Beteiligten zu 1 ausdrücklich auseinanderzusetzen. Ingesamt laufen die Rügen der Beteiligten zu 1 ohnehin darauf hinaus, dass sie ihre Auslegung des Testaments an die Stelle der Auslegung durch das LG setzen will. Dies muss im Rechtsbeschwerdeverfahren erfolglos bleiben.

**Anmerkung:**

Das OLG Frankfurt am Main behandelte in seinem Beschluss vom 2.8.2010 drei grundsätzliche Auslegungsfragen zu Pflichtteilsstrafklauseln in Gemeinschaftlichen Testamenten: Erstens die Frage, ob eine Pflichtteilsstrafklausel bei einvernehmlicher Geltendmachung überhaupt eingreift, zweitens die Frage, ob mit einer isolierten Pflichtteilsstrafklausel eine implizite Schlusserbeneinsetzung einhergeht, und drittens, ob die Ausschlusswirkung einer Strafklausele auch die Abkömmlinge der weggefallenen Schlusserben erfasst.

**1. Eingreifen des Automatismus der Ausschlussklausel**

Pflichtteilsstrafklauseln sollen in erster Linie den überlebenden Ehegatten wirtschaftlich entlasten. Mit ihnen können die Erblasser aber auch weitere Ziele verfolgen, beispielsweise die loyalen Kinder belohnen, die bis zum Schlusserbfall den Nachlass nicht schmälern;<sup>1</sup> selbst die Gleichbehandlung der Stämme können die testierenden Ehegatten mit einer Pflichtteilsstrafklausel anstreben.<sup>2</sup> Bei der Auslegung, ob ein Verhalten nach dem ersten Erbfall eine Strafklausele überhaupt auslöst, spielen diese Regelungsziele eine Rolle. Die vorliegende Sanktionsklausel sollte nach Einschätzung des LG und des OLG nur dem Schutz des länger lebenden Ehegatten dienen; die Ehegatten hätten lediglich „dafür Sorge tragen wollen, dass der Überlebende das Erbe ohne Reduzierung durch Pflichtteilsansprüche erhält“. Dies bedeutet im Gegenschluss: Die loyalen Kinder sollten durch die Strafklausele nicht geschützt werden.

Den Anwendungsbereich der Strafklausele hielten LG und OLG vorliegend für eröffnet. Ausgehend von dem Wortlaut der Klausel („Sollte eines der Kinder auf Auszahlung seines Pflichtteils bestehen, ...“) stellten beide Gerichte objektiv darauf ab, dass die Kinder den Pflichtteil nachlassmindernd geltend gemacht hatten. Dieses objektive Verhalten sei für das Auslösen der Klausel bereits ausreichend gewesen. Irrelevant sei dagegen, ob die Kinder subjektiv in Kenntnis der Verwirkungsklausel gehandelt hatten. Zusätzliche subjektive Voraussetzungen erachtete das OLG Frankfurt – wohl wegen des Wortlauts der Klausel – für unerheblich („Bestehen auf“). Damit gelangte das OLG Frankfurt zu einer anderen Einschätzung als das BayObLG, das vor einigen Jahren noch für den Tatbestand des „Verlangens“ des Pflichtteils in Übereinstimmung mit der mittlerweile wohl überwiegenden Meinung ein bewusstes Handeln in Kenntnis der Verwirkungsklausel forderte.<sup>3</sup>

Abgesehen von dieser subjektiven Ebene billigte das OLG Frankfurt auch keine anderen Einwände, warum die Pflichtteilsstrafklausele durch die – vermutlich erbschaftsteuerlich motivierte – Gestaltung nach dem ersten Erbfall nicht aufgelöst worden sein sollte. Das OLG Frankfurt hielt es insbesondere für schädlich, dass sämtliche Kinder den Pflichtteil eingefordert hatten, weil dies zu einem größeren Vermögensabfluss bei der überlebenden Ehefrau führte. Dieser Ansatz überrascht, wenn man bedenkt, dass das Geltendmachen des Pflichtteils durch sämtliche Kinder im Einvernehmen mit dem überlebenden Ehegatten typischerweise als Paradedfall ge-

nannt wird, in dem eine einschränkende Auslegung einer Strafklausele ernsthaft in Betracht zu ziehen ist.<sup>4</sup> Berücksichtigt man dies, hätte das Eingreifen der Strafklausele gegebenenfalls auch verneint werden können.<sup>5</sup> Dies gilt umso mehr, als die überlebende Ehefrau vorliegend noch einiges an Nachlassvermögen hatte, selbst nachdem sie die Pflichtteilsansprüche aller Kinder weit über Obligo erfüllt hatte.<sup>6</sup> Sicherlich sind Ausschlussklauseln „höchst unflexibel, starr und erbschaftsteuerlich kontraproduktiv“.<sup>7</sup> Dies gilt allerdings nur insoweit, als ihr Anwendungsbereich tatsächlich eröffnet ist.

**2. Auslegung als bindende Schlusserbeneinsetzung**

Weniger am Wortlaut des Testaments orientierte sich das OLG Frankfurt, wiederum dem LG folgend, bei der zweiten Auslegungsfrage, nämlich bei der Auslegung der Ausschlussklausel als stillschweigende Schlusserbeneinsetzung. Ausdrücklich war eine Schlusserbeneinsetzung der Kinder im Testament nicht angeordnet. LG und OLG sahen in der Strafklausele aber eine solche. Bei Abfassung der Klausel – so die Begründung – hätten die Ehegatten es als selbstverständlich vorausgesetzt, dass die Kinder Schlusserben seien.<sup>8</sup> Diese Auslegung ist vertretbar.<sup>9</sup> Sie ist aber keinesfalls zwingend, könnte doch gerade in einem Fall, wie ihn das OLG Frankfurt zu beurteilen hatte, die Auslegung des Erblasserwillens zu einem ganz anderen Ergebnis führen.<sup>10</sup> Dies zeigt anschaulich ein Urteil des 7. Senats des OLG Saarbrücken aus dem Jahre 1992, in dem sich Ehegatten in einem Erbvertrag gegenseitig zu Erben eingesetzt und eine Pflichtteilsstrafklausele sowie eine Wiederverheiratungsklausel angeordnet hatten.<sup>11</sup> Das OLG Saarbrücken verneinte damals eine implizite Schlusserbeneinsetzung und begründete dies damit, dass im Falle einer notariellen Beurkundung Schlusserben nur eingesetzt seien, wenn die Testierenden dies ausdrücklich vorsehen.<sup>12</sup> Dies beruhe auf der Aufklärungs- und Dokumentationspflicht des Notars (§ 17 BeurkG). Unter diesem Blickwinkel geht mit isolierten Strafklauselen nicht einmal der Erfahrungssatz einer Schlusserbeneinsetzung einher.<sup>13</sup>

Freilich könnte man bei privatschriftlich-eigenhändiger Abfassung eines Gemeinschaftlichen Testaments aus den Aus-

<sup>1</sup> J. Mayer, MittBayNot 1996, 80; ders. in Reimann/Bengel/J. Mayer, Testament und Erbvertrag, 5. Aufl. 2006, § 2273 Rdnr. 6.

<sup>2</sup> So Staudinger/Otte, Neubearb. 2003, § 2074 Rdnr. 64; vgl. auch OLG Zweibrücken, 3 W 74/89, DNotZ 1990, 814, 815.

<sup>3</sup> Hierzu näher: BayObLG, IZ BR 134/02, MittBayNot 2005, 50, 51 f.; Staudinger/Kanzleiter, Neubearb. 2006, § 2269 Rdnr. 58.

<sup>4</sup> Vgl. Staudinger/Kanzleiter, Neubearb. 2006, § 2269 Rdnr. 58; Reymann in jurisPK, BGB, 5. Aufl. 2010, § 2269 Rdnr. 84; G. Müller/Grund, ZErB 2007, 205, 207; differenzierend: J. Mayer in Reimann/Bengel/J. Mayer, Testament und Erbvertrag, 5. Aufl. 2006, A Rdnr. 425 und § 2273 Rdnr. 85.

<sup>5</sup> Im Ergebnis ebenso: Kanzleiter, DNotZ 2011, 555, 556.

<sup>6</sup> Lützenburger, FD-ErbR 2010, 30338.

<sup>7</sup> Vgl. Reymann in jurisPK, BGB, 5. Aufl. 2010, § 2269 Rdnr. 50.

<sup>8</sup> So bereits: OLG Frankfurt, 20 W 432/00, ZEV 2002, 109; OLG Saarbrücken, 5 W 119/93–70, NJW-RR 1994, 844; OLG Bremen, 1 W 31/93, ZEV 1994, 365.

<sup>9</sup> MünchKommBGB/Musielak, 5. Aufl. 2010, § 2269 Rdnr. 14; ebenfalls von einer Schlusserbeneinsetzung ausgehend, allerdings unter Berücksichtigung außerhalb der Urkunde liegender Umstände: OLG München, 31 Wx 7/06 und 8/06, MittBayNot 2007, 62, 63.

<sup>10</sup> OLG Karlsruhe, 14 Wx 28/05, ZEV 2006, 409, 410 f.; Lützenburger, FD-ErbR 2010, 30338.

<sup>11</sup> OLG Saarbrücken, 7 U 164/91, NJW-RR 1992, 841.

<sup>12</sup> OLG Saarbrücken, 7 U 164/91, NJW-RR 1992, 841; ebenso: DNotI-Report 18/2000, 149, 150; Fischer, ZEV 2005, 189, 190 f.

<sup>13</sup> BGH, IV ZR 196/90, www.juris.de; OLG Hamm, 15 W 486/03, NJW-RR 2004, 1520; OLG Celle, 6 W 9/03, MDR 2003, 813; OLG Karlsruhe, 11 Wx 63/93, BWNotZ 1995, 168; J. Mayer, MittBayNot 2007, 19, 20; ders. in Reimann/Bengel/J. Mayer, Testament und Erbvertrag, 5. Aufl. 2006, § 2269 Rdnr. 12 f.; Palandt/Weidlich, 70. Aufl. 2011, § 2269 Rdnr. 8; DNotI-Report 13/2002, 97, 98.

fürhungen des 7. Senats des OLG Saarbrücken den Gegenschluss ziehen, dass juristisch nicht beratene Ehegatten eine Schlusserbeneinsetzung der Kinder als selbstverständlich erachten – diese also bloß laienhaft nicht in Worte fassen. Mit Blick auf den Sanktionscharakter von Pflichtteilsstrafklauseln wäre dies jedoch zu kurz gegriffen. In Fällen, in denen eine Strafklausele – wie das OLG Frankfurt vorliegend betonte – allein das Nachlassvermögen des Überlebenden sichert, wollen Ehegatten mit der Klausel in der Regel nur das gesetzliche Erbrecht der Kinder nach dem Letztversterbenden, nicht aber eine implizite Schlusserbeneinsetzung beseitigen.<sup>14</sup> Diese Auslegung liegt vor allem deshalb nahe, weil eine Schlusserbeneinsetzung mit auflösender Bedingung den Kindern nicht ohne weiteres ihr gesetzliches Erbrecht nach dem Letztversterbenden nimmt.<sup>15</sup> Hieraus ergibt sich Folgendes: Mit einer Verwirkungsklausel möchten Ehegatten ihre Kinder im Grundsatz lediglich enterben (gesetzliches Erbrecht); die Annahme, dass die Kinder als Schlusserben bedacht sein sollen, ist hingegen nur ausnahmsweise gerechtfertigt. Sicherlich kann den Ehegatten erkennbar daran gelegen sein, ihre Kinder nicht nur auszuschließen, sondern sie bei loyalen Verhalten mit einer wechselbezüglich bindenden Schlusserbeneinsetzung zu belohnen (§ 2270 BGB). Erforderlich sind hierfür aber hinreichende Anhaltspunkte in der testamentarischen Regelung.

Das OLG Frankfurt ließ die Folgefrage nach der wechselbezüglichen Bindung vorliegend dahingestellt. Fragt man, wie das Gericht diesen Folgeaspekt möglicherweise beurteilt hätte, wird man in einem Beschluss desselben Senats aus dem Jahre 2001 fündig. Damals qualifizierte das OLG Frankfurt die in einer Sanktionsklausel enthaltene Schlusserbeneinsetzung noch als wechselbezüglich bindend.<sup>16</sup> In dieser Entscheidung folgte das Gericht einem Beschluss des 5. Senats des OLG Saarbrücken aus dem Jahre 1994, in dem das OLG Saarbrücken ebenfalls eine bindende Schlusserbeneinsetzung bejaht hatte.<sup>17</sup> Der 5. Senat des OLG Saarbrücken begründete dies damit, dass auch bei notarieller Beurkundung der Wille der Testierenden ausschlaggebend sei. Nur über eine erbvertragliche Bindung könne verhindert werden, dass die Kinder beim zweiten Erbfall unter Umständen leer ausgehen, nachdem sie bereits auf die Geltendmachung des Pflichtteils nach dem Erstversterbenden verzichtet haben.<sup>18</sup> Diese Argumentation dürfte allerdings nicht verallgemeinerungsfähig sein. Denn wollen Ehegatten – wie vorliegend – mit ihrer Strafklausele nur den überlebenden Ehegatten begünstigen, wollen sie gerade das Gegenteil einer bindenden Schlusserbeneinsetzung.<sup>19</sup>

### 3. Ermittlung der Ausschlussweite durch Auslegung

Weil das OLG Frankfurt eine testamentarische Schlusserbeneinsetzung bejahte, musste es sich wegen des Ausschlusses der Kinder mit der Folgefrage auseinandersetzen, wer anstelle der ausgeschlossenen Kinder testamentarisch begünstigt sein sollte. Grundsätzlich geht die wohl überwiegende Meinung bei der Auslegung von Pflichtteilsstrafklauseln, mit denen eine (ausdrückliche) Schlusserbeneinsetzung einhergeht, von

einem Vorrang der Anwachsung unter den Schlusserben (§ 2094 BGB) vor einer Ersatzerbfolge (§ 2069 BGB) aus.<sup>20</sup> Oftmals ist demnach der gesamte Stamm ausgeschlossen, so dass nicht die Abkömmlinge des ausgeschlossenen Kindes, sondern die übrigen Schlusserben die Pflichtteilslast des Ausschlossenen zu tragen haben (vgl. § 2320 Abs. 2 BGB). Ausschlaggebend ist aber auch in diesem Zusammenhang die Auslegung des Erblasserwillens im Einzelfall. Im vorliegenden Fall schied eine Anwachsung von vornherein aus, weil sämtliche Kinder wegen der Geltendmachung des Pflichtteils nicht als Schlusserben in Betracht kamen. Demzufolge musste das OLG Frankfurt anhand des Willens der Ehegatten herausfinden, ob sie die Abkömmlinge der Kinder oder die Erben zweiter Ordnung als Ersatzerben bedenken wollten.

Eine Ersatzberufung der Enkelkinder lag im vorliegenden Fall deswegen nahe, weil die Ehegatten kein besonderes Näheverhältnis zu ihren sonstigen Verwandten hatten. Vor diesem Hintergrund bejahte das OLG Frankfurt, dem LG folgend, eine Ersatzerbeneinsetzung der Enkelkinder, obwohl nur eines der ausgeschlossenen Kinder seinerseits Abkömmlinge hatte. Die damit einhergehende Ungleichbehandlung zwischen den Stämmen widersprach aber nicht der Zwecksetzung der Pflichtteilsstrafklausele, weil diese nach übereinstimmender Einschätzung von LG und OLG nur den überlebenden Ehegatten entlasten, aber nicht die Stämme gleichmäßig begünstigen sollte. Diesem eingeschränkten Schutzzweck hätte es eher entsprochen, in der Klausel bloß eine aufschiebend bedingte Enterbung zu sehen. Das Ergebnis wäre in diesem Fall dasselbe gewesen: Das Nachlassvermögen wäre auch bei dieser Auslegung im Schlusserbfall an die Enkelkinder gefallen, allerdings auf der Grundlage gesetzlicher Erbfolge. Denn die Enterbung eines Kindes erfasst vorbehaltlich abweichender Anhaltspunkte grundsätzlich nicht den gesamten Stamm.<sup>21</sup>

### 4. Fazit

Als Fazit bleibt festzuhalten: LG und OLG legten die vorliegende Pflichtteilsstrafklausele übereinstimmend dahingehend aus, dass sie ausschließlich den überlebenden Ehegatten entlasten sollte. Vor diesem Hintergrund hätte die Annahme einer aufschiebend bedingten Enterbung der Kinder nahegelegen. Im Ergebnis hätte dies ebenfalls zu einer Begünstigung der Enkelkinder geführt, wenngleich nach gesetzlicher Erbfolge. Die vorgreifliche Frage, ob die Strafklausele auch bei einvernehmlicher Geltendmachung überhaupt eingreifen sollte, hätten LG und OLG bei interessengerechter Auslegung des Erblasserwillens auch verneinen können. Um derartige Unwägbarkeiten bei der Auslegung in gerichtlichen Verfahren zu vermeiden, kann sich bereits bei der Klauselformulierung im Testament eine Klarstellung empfehlen.

Notarassessor PD Dr. *Christoph Reymann*, Würzburg

<sup>14</sup> J. Mayer, MittBayNot 2007, 19, 20; *ders.* in Reimann/Bengel/J. Mayer, Testament und Erbvertrag, 5. Aufl. 2006, § 2269 Rdnr. 13.

<sup>15</sup> Vgl. *Worms*, RNotZ 2003, 535, 551.

<sup>16</sup> OLG Frankfurt, 20 W 432/00, ZEV 2002, 109, 110.

<sup>17</sup> OLG Saarbrücken, 5 W 119/93–70, NJW-RR 1994, 844.

<sup>18</sup> OLG Saarbrücken, 5 W 119/93–70, NJW-RR 1994, 844, 845.

<sup>19</sup> J. Mayer in Reimann/Bengel/J. Mayer, Testament und Erbvertrag, 5. Aufl. 2006, § 2269 Rdnr. 13.

<sup>20</sup> OLG München, 31 Wx 7/06 und 8/06, MittBayNot 2007, 62, 64; BayObLG, 1Z BR 134/02, MittBayNot 2005, 50, 51; MünchKommBGB/*Musielak*, 5. Aufl. 2010, § 2269 Rdnr. 65; MünchKommBGB/*Leipold*, § 2069 Rdnr. 16; *Wacke*, DNotZ 1990, 403, 410; *R. Kössinger* in *Nieder/Kössinger*, Handbuch der Testamentgestaltung, 4. Aufl. 2011, § 15 Rdnr. 189; hingegen auf § 2069 BGB abstellend *Soergel/Loritz*, BGB, 13. Aufl. 2003, § 2069 Rdnr. 20.

<sup>21</sup> BGH, V ZR 28/58, MDR 1959, 290; BayObLG, BReg 1 a Z 72/88, DNotZ 1990, 425; LG Freiburg, 4 T 115/82, BWNotZ 1983, 123; *Müller-Christmann* in *Bamberger/Roth*, BGB, 2. Aufl. 2007, § 1938 Rdnr. 5; MünchKommBGB/*Leipold*, § 1938 Rdnr. 4; *M. Schmidt* in *jurisPK*, BGB, 5. Aufl. 2010, § 1938 Rdnr. 15; a. A.: *Scherer*; ZEV 1999, 41, 44.



## Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

8. GmbHG §§ 5 a Abs. 2 Satz 2 (*Sacheinlagenverbot bei Kapitalerhöhung einer UG*)

**Das Sacheinlagenverbot nach § 5 a Abs. 2 Satz 2 GmbHG gilt für eine den Betrag des Mindestkapitals nach § 5 Abs. 1 GmbHG erreichende oder übersteigende Erhöhung des Stammkapitals einer UG (haftungsbeschränkt) nicht.**

BGH, Beschluss vom 19.4.2011, II ZB 25/10; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Antragstellerin ist im Handelsregister als UG (haftungsbeschränkt) mit einem Stammkapital von 500 € eingetragen. Ihr Alleingesellschafter beschloss am 16.3.2010 die Erhöhung des Stammkapitals um 24.500 €. Das erhöhte Kapital sollte durch Leistung einer Sacheinlage in Form der Übertragung einer Beteiligung des Alleingesellschafters an einer anderen Gesellschaft erbracht werden.

Das Registergericht hat die Eintragung der Kapitalerhöhung mit der Begründung abgelehnt, bei der UG sei eine Sacheinlage unzulässig, solange die Gesellschaft nicht über ein Stammkapital i. H. v. 25.000 € verfüge.

Die Beschwerde der Antragstellerin ist ohne Erfolg geblieben. Hiergegen wendet sich die Antragstellerin mit der vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde.

*Aus den Gründen:*

### II.

Das Beschwerdegericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt:

Das Sacheinlagenverbot in § 5 a Abs. 2 Satz 2 GmbHG erfasse auch Kapitalerhöhungen. Das Verbot entfalle erst, wenn die Gesellschaft ihr Stammkapital wirksam in der Weise erhöht habe, dass es das Mindeststammkapital einer GmbH erreiche oder übersteige. Nach dem Wortlaut des § 5 a Abs. 5 GmbHG sei der maßgebliche Zeitpunkt für den Wechsel der anzuwendenden Vorschriften ausdrücklich derjenige der wirksamen Kapitalerhöhung. Für die Wirksamkeit der Kapitalerhöhung bedürfe es aber nicht nur der Beschlussfassung durch die Gesellschafter, sondern auch der Eintragung in das Handelsregister. Die Eintragung könne allerdings erst erfolgen, wenn die Einlagen auf das neue Stammkapital bewirkt worden seien; bis dahin werde die Unternehmersgesellschaft mithin den Vorschriften des § 5 a GmbHG unterstellt, so dass eine Sachkapitalerhöhung nicht in Betracht komme. Auch die Gesetzesbegründung spreche für diese Auslegung, die auch nicht mit Rücksicht auf den Zweck des Sacheinlagenverbots im Wege der teleologischen Reduktion zu korrigieren sei.

### III.

Die Rechtsbeschwerde ist zulässig und begründet. (...)

2. Die Rechtsbeschwerde hat auch in der Sache Erfolg. Das OLG hat die Beschwerde der Antragstellerin gegen den angefochtenen Beschluss des Registergerichts zu Unrecht zurückgewiesen. Die Eintragung der Erhöhung des Stammkapitals auf 25.000 € durfte nicht unter Hinweis auf das Sacheinlagenverbot nach § 5 a Abs. 2 Satz 2 GmbHG abgelehnt werden.

a) In Rechtsprechung und Lehre ist umstritten, ob auch bei einer den Betrag des Mindeststammkapitals der normalen GmbH i. H. v. 25.000 € (§ 5 Abs. 1 GmbHG) erreichenden Erhöhung des Stammkapitals einer UG Sacheinlagen nach § 5 a Abs. 2 Satz 2 GmbHG ausgeschlossen sind.

aa) Vereinzelt wird die Ansicht vertreten, das Sacheinlagenverbot nach § 5 a Abs. 2 Satz 2 GmbHG gelte (ohnehin) nur für die Gründung der Unternehmersgesellschaft, so dass eine Kapitalerhöhung durch Sacheinlagen grundsätzlich möglich sei (*Hennrichs*, NZG 2009, 1161, 1162; *Paura* in Ulmer, GmbHG, § 5 a Rdnr. 49, 66; *Spies*, Unternehmersgesellschaft [haftungsbeschränkt], 2010, S. 159 f.; wohl auch *Leistikow*, Das neue GmbH-Recht, 2009, § 4 Rdnr. 13).

bb) Ein anderer Teil des Schrifttums, der mit der überwiegenden Meinung zwar von einer zumindest entsprechenden Anwendung des Sacheinlagenverbots nach § 5 a Abs. 2 Satz 2 GmbHG auf Kapitalerhöhungen der Unternehmersgesellschaft ausgeht, vertritt die Auffassung, das Verbot gelte aber nicht (mehr) für eine den Übergang zur normalen GmbH bewirkende Kapitalerhöhung (*Füller* in Ensthaler/Füller/Schmidt, GmbHG, 2. Aufl., § 5 a Rdnr. 10; *Miras*, Die neue Unternehmersgesellschaft, 2. Aufl., Rdnr. 162 ff.; *Michalski/Miras*, GmbHG, 2. Aufl., § 5 a Rdnr. 111; *MünchKommGmbHG/Rieder*, § 5 a Rdnr. 42; *Roth/Altmeyen/Roth*, GmbHG, 6. Aufl., § 5 a Rdnr. 26; *Schäfer* in Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 5 a GmbHG Rdnr. 17; *Schäfer*, ZIP 2011, 53, 56; *Scholz/H. P. Westermann*, GmbHG, 10. Aufl., § 5 a Rdnr. 18; *Wicke*, GmbHG, § 5 a Rdnr. 7; *Berninger*, GmbHR 2010, 63, 65 f.; *Freitag/Riemenschneider*, ZIP 2007, 1485, 1491; *Gasteyer*, NZG 2009, 1364, 1367; *Heinemann*, NZG 2008, 820, 821; *Klose*, GmbHR 2009, 294, 295 f.; *Lange*, NJW 2010, 3686, 3687 f.; *Meister*, NZG 2008, 767 f.; *Priester*, ZIP 2010, 2182, 2184; *Schreiber*, DZWIR 2009, 492, 496 f.; *Waldenberger/Sieber*, GmbHR 2009, 114, 119).

cc) Die Gegenansicht – der sich das Beschwerdegericht angeschlossen hat – hält bei der UG die Leistung von Sacheinlagen erst ab dem Zeitpunkt der Eintragung eines die Mindestkapitalgrenze von 25.000 € erreichenden Stammkapitals für zulässig, so dass die den Übergang zur normalen GmbH erreichende Kapitalerhöhung nicht durch Sacheinlagen bewirkt werden könne (OLG München, ZIP 2010, 1991, 1992; *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, 19. Aufl., § 5 a Rdnr. 33; *Pfisterer* in Saenger/Inhester, GmbHG, § 5 a Rdnr. 26; *Vogt* in Beck'sches Handbuch der GmbH, 4. Aufl., § 18 Rdnr. 37 f.; *Wachter* in Goette/Habersack, Das MoMiG in Wissenschaft und Praxis, 2009, Rdnr. 1.112; *Bayer/Hoffmann/Lieder*, GmbHR 2010, 9, 12; *Gehrlein*, Der Konzern 2007, 771, 779; *Heckschen*, DStR 2009, 166, 170 f.; *Seibert*, GmbHR 2007, 673, 676; *Tamm*, MDR 2010, 1025, 1026).

b) Die Regelungen der § 5 a Abs. 2 Satz 2 und Abs. 5 GmbHG sind nach ihrem Sinn und Zweck dahin auszulegen, dass das Sacheinlagenverbot für die die Mindeststammkapitalgrenze nach § 5 Abs. 1 GmbHG erreichende Kapitalerhöhung nicht gilt.

aa) Die Anwendung des § 5 a Abs. 2 Satz 2 GmbHG ist nicht auf die Gründung der Unternehmersgesellschaft beschränkt. Eine solche Einschränkung ergibt sich weder aus dem Wortlaut dieser Vorschrift noch aus ihrem systematischen Zusammenhang. Die Regelung in § 5 a Abs. 5 GmbHG spricht vielmehr dafür, dass das Sacheinlagenverbot grundsätzlich auch bei Kapitalerhöhungen nach der Gründung der Unternehmersgesellschaft gilt. Andernfalls wäre der Verweis auf (den gesamten) Absatz 2 in Absatz 5 überflüssig (*Meister*, NZG 2008, 767, 767 f.). Ein gegenteiliger Wille des Gesetzgebers ist nicht erkennbar; er ergibt sich insbesondere nicht aus den Gesetzesmaterialien (vgl. BT-Drucks. 16/6140, S. 32).

bb) Nach § 5 a Abs. 5 Hs. 1 GmbHG finden die Absätze 1 bis 4 jedoch keine Anwendung mehr, wenn die Unternehmersgesellschaft ihr Stammkapital so erhöht, dass es den Betrag

des Mindeststammkapitals nach § 5 Abs. 1 GmbHG erreicht oder übersteigt.

Dem Wortlaut dieser Vorschrift lässt sich entgegen der Ansicht des Beschwerdegerichts nicht entnehmen, dass die für die Unternehmergesellschaft geltenden Sonderregelungen nach § 5 a Abs. 1 bis 4 GmbHG erst dann nicht mehr gelten sollen, wenn ein Stammkapital von mindestens 25.000 € bar eingezahlt und in das Handelsregister eingetragen worden ist. Die sprachliche Fassung („erreicht“) lässt vielmehr auch die Auslegung zu, dass die Sonderregeln bereits für eine die Mindestkapitalgrenze erreichende Kapitalerhöhung nicht mehr zur Anwendung gelangen sollen (*Klose*, GmbHR 2010, 1212; *Miras*, DB 2010, 2488, 2491; *Priester*, ZIP 2010, 2182, 2184; *Lange*, NJW 2010, 3686, 3687; *Schreiber*, DZWIR 2009, 492, 496 f.).

Auch der Umstand, dass nach § 5 a Abs. 5 GmbHG eine das Mindeststammkapital erreichende Kapitalerhöhung zur Folge hat, dass sämtliche Sonderregeln der Absätze 1 bis 4 keine Anwendung mehr finden, steht der Auslegung nicht entgegen, bereits die diese Grenze erreichende Kapitalerhöhung könne durch Sacheinlagen bewirkt werden. Nach der Begründung des Regierungsentwurfs zu § 5 a Abs. 5 GmbHG soll die Pflicht zur Bildung der gesetzlichen Rücklage nach Absatz 3 der Vorschrift allerdings gelten, solange die Gesellschaft kein eingetragenes Stammkapital in Höhe des Mindeststammkapitals nach § 5 Abs. 1 GmbHG hat (Regierungsentwurf zum MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 32). Weiter wird dort im Anschluss daran ausgeführt, dass die Anwendbarkeit der Absätze 1 bis 4 entfalle, wenn die Gesellschaft genügend Eigenmittel habe, um eine Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln durchzuführen, und sie diese durchführe oder eine Kapitalerhöhung durch Einlage der Gesellschafter durchgeführt und dadurch im Ergebnis das Mindeststammkapitalerfordernis des § 5 Abs. 1 GmbHG erfüllt werde. Diese Ausführungen könnten möglicherweise dahin zu verstehen sein, die Anwendbarkeit der Absätze 1 bis 4 solle nach der der Begründung des Regierungsentwurfs zugrundeliegenden Vorstellung erst entfallen, wenn die Kapitalerhöhung auf das Mindeststammkapital nach § 5 Abs. 1 GmbHG in der Weise „durchgeführt“ ist, dass das erhöhte Stammkapital auch eingetragen ist. Andererseits ist von der Eintragung des erhöhten Stammkapitals nur beiläufig und auch nur im Zusammenhang mit der Pflicht zur Rücklage nach Absatz 3 die Rede, so dass nichts dafür spricht, mit der Fassung des § 5 a Abs. 5 GmbHG habe die hier zu beurteilende Fallgestaltung im Sinne der vom Beschwerdegericht vertretenen Auffassung geregelt werden sollen.

Die Auslegung, dass das Sacheinlagenverbot bereits für die die Mindeststammkapitalgrenze nach § 5 Abs. 1 GmbHG erreichende Kapitalerhöhung nicht mehr gilt, ist nach dem Sinn und Zweck von § 5 a Abs. 2 Satz 2, Abs. 5 GmbHG geboten. Die Anwendung der Sonderregelung des Absatzes 2 Satz 2 auf die den Übergang zur normalen GmbH bewirkende Kapitalerhöhung würde die Unternehmergesellschaft gegenüber der Neugründung einer normalen GmbH, bei der Sacheinlagen geleistet werden dürfen (§ 5 Abs. 4 GmbHG), deutlich in einer den Zielen der Neuregelung widersprechenden Weise benachteiligen (*Klose*, GmbHR 2009, 294, 296; *Füller* in *Ensthaler/Füller/Schmidt*, 2. Aufl., § 5 a Rdnr. 9; *Heinemann*, NZG 2008, 820, 821). Die systembedingten Unterschiede zwischen der Unternehmergesellschaft und der normalen GmbH rechtfertigen diese Ungleichbehandlung nicht (so aber OLG München, ZIP 2010, 1991, 1992; *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, 19. Aufl., § 5 a Rdnr. 33; *Heck-schen*, DStR 2009, 166, 170).

Gegen die Geltung des Sacheinlagenverbots für Kapitalerhöhungen auf den Betrag von 25.000 € (oder mehr) spricht vor allem, dass der Übergang von der Unternehmergesellschaft zur normalen GmbH in der Systematik des Gesetzes angelegt ist (*Miras*, Die neue Unternehmergesellschaft, 2. Aufl., Rdnr. 164 c; *Michalski/Miras*, GmbHG, 2. Aufl., § 5 a Rdnr. 111; *Joost*, ZIP 2007, 2242, 2245; *Gasteyer*, NZG 2009, 1364, 1366; vgl. auch Stellungnahme des Handelsrechtsausschusses des DAV Nr. 43/07 vom 5.9.2007, Rdnr. 15; a. A. *Spies*, Unternehmergesellschaft [haftungsbeschränkt], 2010, S. 212 ff.). Durch die Pflicht zur Rücklagenbildung gemäß § 5 a Abs. 3 GmbHG soll gesichert werden, dass die Unternehmergesellschaft als in erster Linie für „Existenzgründer“ gedachte Form der GmbH durch Thesaurierung innerhalb einiger Jahre eine höhere Eigenkapitalausstattung erreicht (BT-Drucks. 16/6140, S. 31 f.). Die Rücklage kann grundsätzlich – und soll ersichtlich auch in erster Linie – zur Erhöhung des Stammkapitals aus Gesellschaftsmitteln verwendet werden (§ 5 a Abs. 3 Satz 2 Nr. 1, § 57 c GmbHG). Die (erfolgreich) werbend tätige Unternehmergesellschaft soll daher nach der Gesetzessystematik typischerweise in die normale GmbH übergehen. Dieser Zielrichtung widerspräche es, diesen Übergang ohne sachlichen Grund zu erschweren.

Sachliche Gründe gegen eine Erhöhung des Stammkapitals der Unternehmergesellschaft auf einen Betrag von 25.000 € durch Leistung von Sacheinlagen bestehen nicht. Entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts besteht nicht die Gefahr, dass die Gesellschafter allein mit dem Kapitalerhöhungsbeschluss unabhängig von der tatsächlichen Erbringung der Einlage die für die Unternehmergesellschaft geltenden Beschränkungen in Wegfall bringen könnten. Die Zulässigkeit der Erhöhung des Stammkapitals der Unternehmergesellschaft auf das Mindeststammkapital der normalen GmbH (§ 5 Abs. 1 GmbHG) im Wege der Sacheinlage ändert nichts daran, dass der Übergang zur vollwertigen GmbH erst mit der – von der Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen (§§ 56 ff. GmbHG) abhängigen – Eintragung der Kapitalerhöhung in das Handelsregister bewirkt wird (*Miras*, Die neue Unternehmergesellschaft, 2. Aufl., Rdnr. 170). Dies hat zur Folge, dass bis dahin die Sonderregeln für die Unternehmergesellschaft (§ 5 a Abs. 1 bis 4 GmbHG) im Übrigen weiter gelten.

Soweit das Sacheinlagenverbot auch der Verfahrensvereinfachung dient, betrifft dies nur das Gründungsstadium der Unternehmergesellschaft, in dem die Notwendigkeit einer Sacheinlage nicht besteht, weil die Gründer das in voller Höhe bar einzuzahlende Stammkapital frei wählen können (BT-Drucks. 16/6140, S. 32). Der Gesichtspunkt der Verfahrensvereinfachung greift beim Übergang zur normalen GmbH im Wege der Kapitalerhöhung dagegen nicht mehr, wie sich auch daraus ersehen lässt, dass nach der Gründung der Unternehmergesellschaft gemäß § 5 a Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 GmbHG das Verfahren nach §§ 57 c ff. GmbHG vorgesehen ist (*Miras*, DB 2010, 2488, 2491).

9. GmbHG §§ 30, 34 (*Gesellschafterausschluss nur bei möglicher Abfindungszahlung unter Beachtung des Kapitalerhaltungsgebotes wirksam*)

**1. Fasst die Gesellschafterversammlung einer GmbH den Beschluss, einen Gesellschafter auszuschließen und seinen Gesellschaftsanteil einzuziehen, und ist die Einziehung wegen Verstoßes gegen §§ 34 Abs. 3, 30 Abs. 1 GmbHG nichtig, so ist auch die Ausschließung nichtig.**

## 2. Die Ausschließung ist in diesem Fall auch dann nichtig, wenn im Gesellschaftsvertrag vorgesehen ist, dass die Ausschließung mit Zugang des Ausschließungsbeschlusses wirksam werden soll.

BGH, Urteil vom 5.4.2011, II ZR 263/08; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Klägerin zu 2, ihr während des Revisionsverfahrens verstorbener Ehemann, der Kläger zu 1, und W. T. sind bzw. waren neben der von T. beherrschten T. Holding GmbH Gesellschafter der beklagten TM Immobilien und Vermietungs GmbH. Die Anteile der Kläger betragen anfangs je 10 %. Der Anteil des Klägers zu 1 erhöhte sich in der Folgezeit auf 16,6 %. Die Beklagte errichtete und betreibt ein Wohn-, Geschäfts-, Freizeit- und Einkaufszentrum in B. Sie erhielt Kredite der Hypothekenbank in H. AG i. H. v. zusammen 39 Mio. DM. Zur Besicherung übernahmen die Kläger u. a. gemäß notarieller Urkunde vom 17.3.1998 mit Ergänzung vom 20.3.1998 die persönliche Haftung i. H. v. 1.520.000 DM und die übrigen Gesellschafter eine solche i. H. v. 4.390.500 DM. Die Gesellschafter unterwarfen sich jeweils der sofortigen Zwangsvollstreckung in ihr gesamtes Vermögen.

Am 18./19.7.2001 verkaufte die Bank ihre offene Darlehensforderung i. H. v. 37.408.082,89 DM für 22,2 Mio. DM an T. Am 21.8.2006 trat sie an ihn ihre Rechte aus der Schuldübernahme ab.

Am 20.2.2003 beschlossen die Gesellschafter, das Stammkapital von 50.000 DM auf 11.472.940 € zu erhöhen. Dies geschah durch Einbringung von Darlehensforderungen des T. und der T. Holding GmbH gegen die Gesellschaft als Sacheinlagen. Dadurch verminderte sich der Anteil der Kläger am Stammkapital auf insgesamt 0,06 %. Zugleich wurde vereinbart, dass die etwaigen Abfindungsansprüche der Kläger nach wie vor nach einem Anteil in Höhe von 26,6 % berechnet werden sollen.

T. ließ im Rahmen der Zwangsvollstreckung die Geschäftsanteile der Kläger aus deren Haftungsübernahmeerklärungen bezüglich der noch offenen Ansprüche aus dem übernommenen Darlehen pfänden. Die Kläger wehren sich dagegen mit Vollstreckungsabwehrklagen.

Im Gesellschaftsvertrag der Beklagten ist für den Fall einer länger als sechs Wochen dauernden Zwangsvollstreckung in einen Geschäftsanteil die Ausschließung des betroffenen Gesellschafters vorgesehen. Dementsprechend beschloss die Gesellschafterversammlung der Beklagten am 30.1.2007, die Kläger auszuschließen und ihre Geschäftsanteile einzuziehen.

Dagegen haben die Kläger Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen erhoben. In erster Instanz waren die Klagen erfolgreich. Das Berufungsgericht hat die Klagen dagegen hinsichtlich der Ausschließungsbeschlüsse abgewiesen und ihnen nur hinsichtlich der Einziehungsbeschlüsse stattgegeben. Hiergegen richten sich die vom Berufungsgericht zugelassenen Revisionen der Kläger und die Anschlussrevision der Beklagten.

*Aus den Gründen:*

(...)

I.

Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet:

Die Ausschließung der Kläger sei wirksam. Die satzungsmäßigen Voraussetzungen seien erfüllt. Danach könnten die Kläger ausgeschlossen werden, weil die Zwangsvollstreckung in ihre Geschäftsanteile betrieben würde und die Pfändung nicht innerhalb von sechs Wochen abgewendet worden sei. Diese Klausel sei nicht einschränkend auszulegen im Hinblick darauf, dass der Mitgesellschafter T. die Zwangsvollstreckung betreibe. T. verstoße damit auch nicht gegen seine gesellschafterliche Treuepflicht. Er sei insbesondere nicht verpflichtet, die Kläger von ihrer Haftung aus den Schuldbeitritten freizustellen. Auch aus § 34 Abs. 3 GmbHG bestünden keine Bedenken gegen eine Ausschließung. Zwar könne die Beklagte die Abfindung der Kläger nicht aus freiem Vermögen zahlen. Das habe aber auf die Wirksamkeit der

Ausschließung keinen Einfluss, weil als Vollziehung der Ausschließung nicht nur die Einziehung der Geschäftsanteile der Kläger in Betracht komme, sondern auch eine Übertragung an einen Mitgesellschafter oder einen Dritten, der dann die Abfindung ohne Begrenzung durch die Kapitalerhaltungsregeln zahlen könne.

Der Einziehungsbeschluss sei dagegen gemäß § 34 Abs. 3, § 30 Abs. 1 GmbHG nichtig, weil bei Beschlussfassung festgestanden habe, dass die mit der Einziehung fällig werdende Abfindung nicht aus freiem Vermögen der Beklagten gezahlt werden könne. Aus den vorgelegten Unterlagen ergebe sich, dass den Klägern Abfindungsansprüche in beachtlicher Höhe zuständen und dem kein freies, nach Buchwerten berechnetes Vermögen der Beklagten gegenüber stehe.

II.

Diese Ausführungen sind hinsichtlich der Einziehung frei von Rechtsfehlern, so dass die Anschlussrevision ohne Erfolg bleibt. Hinsichtlich der Ausschließung halten sie dagegen revisionsgerichtlicher Kontrolle nicht stand. Das Berufungsgericht hat insoweit übersehen, dass die Unwirksamkeit der Einziehung im vorliegenden Fall auch zur Unwirksamkeit der Ausschließung führt.

1. Nach § 34 Abs. 3, § 30 Abs. 1 GmbHG kann ein Geschäftsanteil an einer GmbH nur dann eingezogen werden, wenn es bei Fassung des Einziehungsbeschlusses möglich erscheint, dass die von der Gesellschaft geschuldete Abfindung aus freiem, die Stammkapitalziffer nicht beeinträchtigenden Vermögen gezahlt werden kann (BGH, Urteil vom 19.6.2000, II ZR 73/99, BGHZ 144, 365, 369 f.). Diese Voraussetzung ist hier nicht erfüllt.

a) Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerfrei angenommen, dass der Klägerin zu 2 – bei Wirksamkeit der Einziehung – gemäß den Regeln des Gesellschaftsvertrags ein Abfindungsanspruch zustehe. Dagegen wendet sich die Anschlussrevision ohne Erfolg.

Stichtag für die Berechnung des Abfindungsanspruchs ist nach dem Gesellschaftsvertrag der 31.12.2006 nämlich das letzte Quartalsende vor dem Ausschließungs- und Einziehungsbeschluss. Die Abfindung ist nach § 16 des Gesellschaftsvertrags unter Berücksichtigung sämtlicher aktiver und passiver Vermögenswerte der Beklagten ohne den Firmenwert nach ihren wirklichen Werten zu berechnen. Stille Reserven sind dabei zu berücksichtigen.

Auszugehen ist von dem Jahresabschluss zum 31.12.2005, da der Jahresabschluss zum 31.12.2006 noch nicht festgestellt ist. In dem Abschluss des Jahres 2005 stehen den Aktiva i. H. v. 17,8 Mio. € Verbindlichkeiten i. H. v. 17,79 Mio. € gegenüber. Die Werte sind um die in die Abfindungsbilanz einfließenden stillen Reserven zu erhöhen. Für das Vorhandensein von stillen Reserven spricht, dass der Verkehrswert der Gesellschaftsimmobilie am 19.2.2003 von einem Sachverständigen auf 30 Mio. € geschätzt worden ist, während das Grundstück in der Bilanz nur mit 16,7 Mio. € bewertet ist. Auch unter Berücksichtigung der von der Beklagten behaupteten Leerstände ist die Feststellung des Berufungsgerichts rechtsfehlerfrei, dass der wahre Wert des Grundstücks zwischen Juli 2003 und Dezember 2005 jedenfalls nicht so stark gefallen ist, dass keine stillen Reserven mehr vorhanden waren. Dass sich diese Bewertung zu dem für die Abfindung maßgeblichen Stichtag 31.12.2006 in erheblicher Weise geändert hätte oder dass mit einer Änderung bis zum Zeitpunkt der Fälligkeit der in zwölf Monatsraten zu zahlenden Abfindung zu rechnen gewesen wäre, ist weder vorgetragen noch sonst ersichtlich.

b) Auch gegen die Feststellung des Berufungsgerichts, die Beklagte sei nicht in der Lage, aus einem nach § 34 Abs. 3, § 30 Abs. 1 GmbHG freien Vermögen die Abfindung zu zahlen, ist revisionsrechtlich nichts zu erinnern. Dabei kommt es nicht darauf an, um welchen Betrag der Wert des Grundstücks gegenüber dem Schätzwert von 30 Mio. € gefallen ist. Denn eine Unterbilanz i. S. v. § 30 GmbHG bestimmt sich nicht nach den Verkehrs-, sondern nach den Buchwerten der stichtagsbezogenen Handelsbilanz (BGH, Urteil vom 29.9.2008, II ZR 234/07, ZIP 2008, 2217 Rdnr. 11). Darin sind die etwaigen stillen Reserven nicht auszuweisen. Der Jahresabschluss zum 31.12.2005 weist eine rechnerische Überschuldung i. H. v. 18.595,59 € auf. Dass im Geschäftsjahr 2006 ein Überschuss erwirtschaftet worden wäre oder dass damit in der Folgezeit bis zum Fälligwerden der Abfindungsraten zu rechnen gewesen wäre, lässt sich dem Vortrag der Parteien nicht entnehmen, wie das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei festgestellt hat. Damit war die Beklagte bei Fassung des Einziehungsbeschlusses nicht in der Lage, die der Klägerin zustehende Abfindung zu zahlen.

2. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist der angefochtene Beschluss aus den genannten Gründen auch hinsichtlich der Ausschließung nichtig.

a) Nach der Rechtsprechung des Senats gilt das Gebot der Kapitalerhaltung auch dann, wenn die Gesellschaft einen Gesellschafter ausschließen lassen will (BGH, Urteil vom 1.4.1953, II ZR 235/52, BGHZ 9, 157, 175; ebenso Hueck/Fastrich in Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl., § 34 Anh. Rdnr. 7; Lutter in Hommelhoff/Lutter, GmbHG, 17. Aufl., § 34 Rdnr. 57; MünchKommGmbHG/Stroh, § 34 Rdnr. 110; Thiessen in Bork/Schäfer, GmbHG, § 34 Rdnr. 69; Michalski/Sosnitzka, GmbHG, 2. Aufl., Anh. § 34 Rdnr. 20; Scholz/H. Winter/Seibt, GmbHG, 10. Aufl., Anh. § 34 Rdnr. 32). Geschieht das nicht durch Urteil, sondern – wie hier – aufgrund einer Satzungsregelung durch Beschluss der Gesellschafterversammlung (zur Zulässigkeit siehe Rowedder/Bergmann in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 4. Aufl., § 34 Rdnr. 84), ist dieser Beschluss gemäß § 30 Abs. 1 GmbHG nichtig, wenn bei der Beschlussfassung feststeht, dass die Abfindung nicht aus freiem Vermögen gezahlt werden kann.

Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts steht dem nicht entgegen, dass die Ausschließung nicht notwendig durch eine Einziehung des Geschäftsanteils vollzogen werden muss, sondern dass dafür auch eine Übertragung des Geschäftsanteils auf einen Mitgesellschafter oder einen Dritten in Betracht kommt (Ulmer/Ulmer, GmbHG, Anh. § 34 Rdnr. 39). Bei einer solchen Übertragung schuldet zwar nicht die Gesellschaft, sondern der Erwerber die Abfindung in Form des Kaufpreises. Das Kapitalerhaltungsgebot aus § 30 Abs. 1 GmbHG kann in diesem Fall also in der Regel nicht verletzt werden. Darauf kann es aber nur dann ankommen, wenn diese Möglichkeiten tatsächlich bestehen. Ob sie darüber hinaus in dem Beschluss auch festgelegt sein müssen, kann offenbleiben. Hier bestehen sie jedenfalls nicht. Denn die Gesellschafterversammlung der Beklagten hat mit der Ausschließung zugleich die Einziehung der Geschäftsanteile beschlossen. Damit ist das Schicksal der Ausschließung mit dem der Einziehung untrennbar verbunden. Es besteht kein Anlass, die Wirksamkeit der Ausschließung großzügiger zu beurteilen als die Wirksamkeit der Einziehung.

b) Anders als das Berufungsgericht meint, steht der Anwendung des § 30 Abs. 1 GmbHG nicht entgegen, dass die Ausschließung nach dem Inhalt des Gesellschaftsvertrags mit Zugang des Beschlusses wirksam wird, und zwar unabhängig davon, „ob der betroffene Gesellschafter ein Entgelt beanspru-

chen kann“ (zur Zulässigkeit derartiger Klauseln siehe BGH, Urteil vom 30.6.2003, II ZR 326/01, ZIP 2003, 1544, 1546). Damit ist der Zusammenhang zwischen Ausschließung und Abfindung nicht aufgehoben. Mit einer solchen Regelung soll vielmehr erreicht werden, dass die Wirksamkeit der Ausschließung nicht hinausgeschoben wird, wenn sich die Abfindungszahlung verzögert, etwa weil Streit über deren Höhe besteht oder weil die Abfindung satzungsgemäß zu einem späteren Zeitpunkt oder – wie hier – in Raten zu zahlen ist. Wenn dagegen schon bei Fassung des Ausschließungsbeschlusses feststeht, dass die Abfindung nicht gezahlt werden kann, betrifft das nicht den Schwebezustand bis zur Abfindungszahlung, sondern die Wirksamkeit der Ausschließung insgesamt. Es ist kein Grund ersichtlich, warum sich ein Gesellschafter einer Ausschließung unterwerfen soll, wenn feststeht, dass die geschuldete Abfindung nicht gezahlt werden kann.

10. GmbHG § 29 Abs. 3 (Zulässigkeit einer sog. Öffnungsklausel zur Gewinnverteilung in der Satzung)

**Eine sog. Öffnungsklausel ist grundsätzlich auch für eine von der gesetzlichen oder satzungsmäßigen Regelung abweichende Gewinnverteilung zulässig. Aus Gründen des Minderheitenschutzes ist hierfür grundsätzlich die Zustimmung des benachteiligten Gesellschafters erforderlich. Dem ist jedoch Genüge getan, wenn abweichende Beschlüsse nur einstimmig gefasst werden können. (Leitsatz der Schriftleitung)**

OLG München, Beschluss vom 18.5.2011, 31 Wx 210/11; eingesandt von Notar Rasso Rapp, München

Die beteiligte Gesellschaft meldete zur Eintragung im Handelsregister die Neufassung der Satzung gemäß Gesellschafterbeschluss vom 31.3.2011 an. Diese lautet in § 13 Ziffer 2:

„Die Verteilung des Reingewinns erfolgt grundsätzlich nach dem Verhältnis der Geschäftsanteile; eine andere Gewinnverteilung kann jedoch durch einstimmigen Beschluss der Gesellschafter im Einzelfall beschlossen werden.“

Nach § 11 Ziffer 1 der Satzung ist die Gesellschafterversammlung beschlussfähig, wenn sie ordnungsgemäß einberufen ist und alle Gesellschafter vertreten sind; fehlt es daran, ist eine innerhalb von zwei Wochen einzuberufende neue Versammlung mit gleicher Tagesordnung ohne Rücksicht auf das vertretene Stammkapital beschlussfähig, worauf in der zweiten Ladung hinzuweisen ist. § 11 Ziffer 3 bestimmt:

„Gesellschafterbeschlüsse werden ausschließlich einstimmig (= mit allen bei der Beschlussfassung vorhandenen Stimmen) gefasst.“

Das Registergericht beanstandete, § 13 Ziffer 2 der Satzung verstoße gegen § 29 Abs. 3 GmbHG, weil sie nicht die Zustimmung des Betroffenen für den Beschluss über die abweichende Gewinnverteilung fordere. Dagegen richtet sich die Beschwerde, die den Schutz der Minderheit durch die Regelung in § 11 der Satzung für gewährleistet hält.

Aus den Gründen:

## I.

Die zulässige Beschwerde ist begründet.

§ 13 Ziffer 2 Hs. 2 der Satzung beinhaltet eine sog. Öffnungsklausel, also eine Ermächtigung in der Satzung, die eine Abweichung von bestimmten materiellen Satzungsbestandteilen zulässt, ohne dass die Satzung selber geändert werden müsste. Diese ist grundsätzlich auch für eine von der gesetzlichen oder satzungsmäßigen Regelung abweichende Gewinnverteilung zulässig (vgl. BayObLGZ 2001, 137, 139 = MittBayNot 2002, 201). Aus der hier vereinbarten Bestim-

mung geht zudem klar hervor („im Einzelfall“), dass die Gewinnverteilung durch Gesellschafterbeschluss nicht dauerhaft, sondern nur punktuell für ein Geschäftsjahr abgeändert werden kann. Der Beschluss vom 31.3.2011 über die Satzungsänderung wurde von allen Gesellschaftern einstimmig gefasst. Die für eine Umgestaltung des für die Gesellschaft geltenden gesetzlichen oder satzungsmäßigen Verteilungsmaßstabes erforderliche Zustimmung aller Gesellschafter (vgl. *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 19. Aufl., § 29 Rdnr. 53) ist somit gegeben.

Die Satzung sieht hier zwar nicht ausdrücklich die Zustimmung des durch die abweichende Gewinnverteilung benachteiligten Gesellschafters vor, die grundsätzlich erforderlich ist (vgl. BayObLGZ, a. a. O.; *Scholz/Emmerich*, GmbHG, 10. Aufl., § 29 Rdnr. 78 a. E.; *Blumers/Beimert/Witt*, DStR 2002, 565, 567). Der Minderheitenschutz ist hier jedoch durch das Erfordernis eines einstimmigen Beschlusses der Gesellschafter sowie die weiteren Bestimmungen der Satzung zur Beschlussfassung (vgl. § 11 der Satzung) ausreichend gewahrt. Nach § 11 Abs. 1 ist die Gesellschafterversammlung nur beschlussfähig, wenn alle Gesellschafter vertreten sind. Der notwendige einstimmige Beschluss über die abweichende Gewinnverteilung kann deshalb im Regelfall nur unter Beteiligung des benachteiligten Gesellschafters zustande kommen. Eine einstimmige Beschlussfassung ohne dessen Beteiligung ist nur in dem Fall denkbar, dass wegen Beschlussunfähigkeit der einberufenen Gesellschafterversammlung gemäß § 11 Ziffer 1 Satz 2 eine zweite Versammlung einberufen werden muss, die dann ohne Rücksicht auf das vertretene Stammkapital beschlussfähig ist (worauf in der Ladung hinzuweisen ist), und der betroffene Gesellschafter auch an dieser zweiten Versammlung nicht teilnimmt. Darin liegt keine Gefährdung der Minderheitenrechte, denn eine abweichende Gewinnverteilung kann ohne Zustimmung des benachteiligten Gesellschafters nicht beschlossen werden, wenn dieser seine Gesellschafterrechte wahrnimmt. Darüber hinaus wird in § 11 Ziffer 3 auch der Begriff „einstimmig“ ausdrücklich erläutert als „mit allen bei der Beschlussfassung vorhandenen Stimmen“. Damit ist auch für einen später hinzutretenden Gesellschafter unmissverständlich klar, dass ein einstimmiger Beschluss bei einer zweiten Versammlung gefasst werden kann, wenn nicht alle Gesellschafter vertreten sind.

11. GmbHG §§ 7 Abs. 2, 8 Abs. 2 Satz 1, 9 c; GmbHG i. d. F. vor Inkrafttreten des MoMiG §§ 7 Abs. 2 Satz 3, 8 Abs. 2 Satz 2 (*Bei wirtschaftlicher Neugründung einer Vorrats-GmbH muss sich die Anmeldeversicherung auf das gesamte statutarische Stammkapital beziehen*)

1. **Auf die Verwendung des Mantels einer Vorrats-GmbH sind die Regeln der wirtschaftlichen Neugründung anwendbar. Maßgeblicher Stichtag ist insoweit der Zeitpunkt der Anmeldung gegenüber dem Registergericht, so dass auch bei einer bereits vor Inkrafttreten des MoMiG am 1.11.2008 erstmals gegründeten GmbH die wirtschaftliche Neugründung nach dem im Anmeldezeitpunkt (hier: nach Inkrafttreten des MoMiG) geltenden gesetzlichen Vorschriften zu beurteilen ist.**
2. **Im Rahmen der analog § 9 c GmbHG gebotenen Prüfung der vom Mantelverwender in der Anmeldung der mit der wirtschaftlichen Neugründung verbundenen Änderungen zum Handelsregister ist damit vom**

**Registergericht u. a. die Mindesteinzahlung auf das Stammkapital (§ 7 Abs. 2 GmbHG) und die entsprechende Anmeldeversicherung (§ 8 Abs. 2 Satz 1 GmbHG) zu prüfen. Weiterhin ist die Tatsache der wirtschaftlichen Neugründung unter Verwendung eines leeren Gesellschaftsmantels gegenüber dem Registergericht offenzulegen.**

3. **Hierbei wird seit Inkrafttreten des MoMiG am 1.11.2008 nicht mehr zwischen Ein-Personen-GmbH und Mehr-Personen-GmbH unterschieden. In beiden Fällen ist Prüfungsgegenstand, ob die Gesellschaft noch ein Mindestvermögen in Höhe der statutarischen Stammkapitalziffer besitzt, von dem sich gemäß der Anmeldeversicherung ein Viertel (§ 7 Abs. 2 Satz 1 GmbHG), mindestens aber die Hälfte des Mindeststammkapitals gemäß § 5 Abs. 1 GmbHG (§ 7 Abs. 2 Satz 2 GmbHG), damit mindestens 12.500 €, wertmäßig in der freien Verfügung der Geschäftsführung zu befinden hat.**
4. **Die weitergehende restliche Stammeinlage muss – auch bei einer Ein-Personen-GmbH –, soweit im Gesellschaftsvertrag nichts anderes vereinbart ist, im Falle der Neugründung nicht bereits eingezahlt sein und zur freien Verfügung der Geschäftsführung stehen. Es genügt, dass sie sich im Vermögen der Gesellschaft befindet, wofür ein (im Falle der noch nicht erfolgten Einzahlung bzw. der Einlagenrückgewähr bestehender) entsprechender Zahlungsanspruch der Gesellschaft gegen ihren Gesellschafter ausreichend ist. Die Anmeldeversicherung gemäß § 8 Abs. 2 GmbHG hat sich auch darauf zu beziehen, dass die Gesellschaft ein Mindestvermögen in Höhe der (gesamten) gesellschaftsvertraglichen Stammkapitalziffer besitzt. (Leitsätze 4 bis 7 des Gerichts)**

OLG Nürnberg, Beschluss vom 18.4.2011, 12 W 631/11

Die Beschwerdeführerin zu 1 (W) (im Folgenden auch als Gesellschaft oder GmbH bezeichnet) wurde mit Gesellschaftsvertrag vom 28.4.2004 gegründet. Alleiniger Gesellschafter ist der Beschwerdeführer zu 2 (G), der auch zum Alleingeschäftsführer bestellt wurde. Die Satzung der Gesellschaft enthält u. a. folgende Bestimmungen:

„§ 1 Firma und Sitz

1. Die Gesellschaft führt die Firma ‚Wi‘
2. Sitz der Gesellschaft ist E.

§ 2 Gegenstand des Unternehmens

Gegenstand der Gesellschaft ist die Beteiligung an anderen Unternehmen, insbesondere Kommanditgesellschaften, sowie deren Geschäftsführung und Vertretung.

§ 3 Stammkapital und Stammeinlage

1. Das Stammkapital der Gesellschaft beträgt 25.000 €.
2. Auf das Stammkapital hat der Gründungsgesellschafter Wi eine Stammeinlage von 25.000 € übernommen und voll einbezahlt.“

Die Gesellschaft ist seit 17.5.2004 unter der HRB-Nr. ... in das Handelsregister des AG Fürth eingetragen. In der entsprechenden Registeranmeldung vom 28.4.2004 versicherte der Beschwerdeführer zu 2 als Geschäftsführer, dass das gesamte Stammkapital i. H. v. 25.000 € eingezahlt wurde und sich endgültig in der freien Verfügung der Gesellschaft befindet.

In der Folge nahm die Gesellschaft nicht am geschäftlichen Verkehr teil und wurde wirtschaftlich nicht tätig.

Mit notariellem Vertrag des Notars R vom 5.8.2009 verkaufte der Beschwerdeführer zu 2 W an den Beschwerdeführer zu 3 F seinen allei-

nigen Geschäftsanteil an der Gesellschaft. In diesem Vertrag ist u. a. geregelt:

„Die Gesellschaft betreibt derzeit keine Geschäfte. Ihr steht gegenüber dem Alleingesellschafter Wi eine Forderung i. H. v. 25.000 € zu.

Ansonsten sind weder Aktiva noch Passiva vorhanden.

...

Anstelle eines baren Kaufpreises übernimmt Herr F im Wege der befreienden Schuldübernahme die in Ziffer I aufgeführte Verbindlichkeit von Herrn Wi gegenüber der Gesellschaft ...“

In derselben notariellen Urkunde wurde die Abtretung des veräußerten Geschäftsanteils mit unmittelbarer Wirkung ab sofort vereinbart. Zugleich wurden Gesellschafterbeschlüsse dahingehend gefasst, dass der Beschwerdeführer zu 2 (Wi) als Geschäftsführer aberufen und stattdessen die Beschwerdeführer zu 3 (F) und zu 4 (Fr) zu neuen Geschäftsführern bestellt wurden; weiter wurde die Satzung in § 1 dahin geändert, dass die Firma der Gesellschaft nunmehr „F -Beteiligungsgesellschaft mbH“ heißen sollte.

Unter dem 5.8.2009 wurden von Notar R unter gleichzeitiger Vorlage der notariellen Geschäftsanteilsabtretung und Gesellschafterbeschlüsse, der neu gefassten Satzung der Gesellschaft und einer neuen Gesellschafterliste beim Registergericht Fürth die Änderungen in der Person der Geschäftsführer und in der Firma der Gesellschaft zur Eintragung ins Handelsregister angemeldet. In dieser Anmeldung versicherten die neubestellten Geschäftsführer der Gesellschaft (die Beschwerdeführer zu 3 und zu 4 jeweils u. a.,

„... dass auf das Stammkapital entsprechend § 7 GmbHG neuer Fassung die Hälfte, also ein Betrag i. H. v. 12.500 € einbezahlt ist und sich in der freien Verfügung der Geschäftsführung befindet und nicht durch Schulden vorbelastet ist.“

Die vorgenannten Notarurkunden wurden jeweils am 27.12.2010 in Form eines elektronisch übermittelten Dokuments beim AG Fürth eingereicht.

Mit Zwischenverfügung vom 7.2.2011 wies das AG darauf hin, dass ein Vollzugshindernis bestehe, da nicht nachgewiesen sei, dass die Einlageverpflichtung voll erfüllt sei. Die Versicherung in der Anmeldung vom 5.8.2009 stimme nicht mit der Satzung und der Anmeldung vom 28.4.2004 überein.

Der den Eintragungsantrag stellende Notar vertrat darauf mit Schreiben vom 10.2.2011 die Ansicht, eine Eintragung sei gleichwohl möglich, da die Einzahlung der Stammeinlage i. H. v. 12.500 € durch den neuen Gesellschafter F mittels Kontoauszug nachgewiesen sei. Ein weitergehender Zahlungsnachweis sei nicht erforderlich, da nach dem nunmehr gültigen § 7 GmbHG bei Neugründung einer GmbH nur die Hälfte des Mindestkapitals eingezahlt sein müsse. Dies gelte auch im hier gegebenen Fall eines „Mantelkaufs“.

Mit weiterem Schreiben vom 21.2.2011 wies der den Eintragungsantrag stellende Notar darauf hin, dass die Gründungsvorschriften hinsichtlich einer GmbH durch das MoMiG geändert worden seien. Während bei einer Ein-Mann-GmbH nach früherem Recht die Einzahlung der vollen Stammeinlage von 25.000 € für die Gründung (wie für den Kauf eines GmbH-Mantels) erforderlich gewesen sei, genüge nunmehr die Einzahlung der hälftigen Stammeinlage von 12.500 €. Zugleich legte er – sollte sich das Registergericht dieser Meinung nicht anschließen – Beschwerde ein.

Mit Beschluss vom 22.3.2011 half das AG dieser Beschwerde nicht ab. Nach Sachlage sei das 2004 angeblich in voller Höhe von 25.000 € einbezahlte Stammkapital wieder an den Gesellschafter W zurückgefließen, so dass als Folge dieses „Hin- und Herzählens“ die Verpflichtung zur Leistung der Stammeinlage nicht erfüllt sei. Bei einem Mantelkauf – wie hier – sei deshalb die in der Anmeldung enthaltene Versicherung, dass 12.500 € eingezahlt seien, nicht ausreichend. Zugleich hat das AG – Registergericht – das Verfahren dem OLG vorgelegt.

Aus den Gründen:

### I.

Die zulässigen Beschwerden führen in der Sache teilweise zu der Anweisung an das Registergericht, für das Verfahren von

seinen in der angefochtenen Zwischenverfügung geäußerten Bedenken Abstand zu nehmen, bleiben im Übrigen jedoch ohne Erfolg.

1. Das Verfahren betrifft eine Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit. (...)

2. Die Beschwerden sind zulässig. (...)

c) Antragsteller und Beschwerdeführer sind die W Beteiligungsgesellschaft mbH sowie Wi, F und Fr, nicht hingegen der für die Beschwerdeführer auftretende Notar.

aa) Dieser ist zwar gemäß § 378 Abs. 2 FamFG ermächtigt, im Namen der Gesellschaft (als zur Anmeldung Berechtigten) die Eintragung in das Handelsregister zu beantragen, wurde also als deren Bevollmächtigter (§ 10 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 FamFG) tätig. Daraus folgt auch seine Ermächtigung, gegen eine ablehnende Zwischenverfügung namens der Anmeldeberechtigten Beschwerde nach §§ 58 ff. FamFG einzulegen (*Heinemann* in Keidel, FamFG, 16. Aufl., § 378 Rdnr. 14 m. w. N.).

Zwar muss aus der Beschwerdeschrift grundsätzlich die Person des Beschwerdeführers ersichtlich sein. Wird indes – wie im Streitfall – der Name des Beschwerdeführers nicht angegeben, so gilt die Beschwerde im Zweifel im Namen aller beschwerdebefugten Anmeldeberechtigten eingelegt, für die der Notar tätig geworden ist. Die vom Notar verwendete Formulierung „lege ich Beschwerde ein“ ist dabei ohne Bedeutung. Hat der Notar nicht ausdrücklich erwähnt, in wessen Name er das Rechtsmittel einlegt, so darf im Regelfall unterstellt werden, dass er dies für die Anmeldeberechtigten bzw. -pflichtigen tut. Dies gilt vor allem im Hinblick darauf, dass dem Notar ein eigenes Beschwerderecht nicht zusteht. Denn die Entscheidung des Registergerichts verletzt keine eigenen Rechte des Notars i. S. d. § 59 Abs. 1 FamFG (OLG Zweibrücken, OLG 2001, 18; BayObLGZ 1984, 29; OLG Frankfurt, DNotZ 1978, 750; *Heinemann* in Keidel, a. a. O., § 378 Rdnr. 14 m. w. N.; *Meyer-Holz* in Keidel, a. a. O., § 59 Rdnr. 66). Bei Antragstellung und Beschwerdeeinlegung handelte der Notar damit nicht in Wahrnehmung eigener Rechte (vgl. § 59 Abs. 1 FamFG), sondern als Bevollmächtigter der Berechtigten (vgl. *Meyer-Holz* in Keidel, a. a. O., § 59 Rdnr. 68).

bb) Anmeldeberechtigt ist die Gesellschaft, vertreten durch den Geschäftsführer. Die beantragte Registereintragung betrifft deren Rechtsverhältnisse und deren Interessen.

cc) Anmeldeberechtigte und -verpflichtete Person, für die der Notar tätig geworden ist, ist daneben aber auch der (bisherige) Gesellschafter Wi.

Es kann dahinstehen, ob dies schon deshalb gilt, weil dieser auch Geschäftsführer der GmbH ist, denn er ist als deren Gesellschafter in dieser Eigenschaft durch die angefochtene Entscheidung (etwa hinsichtlich der Änderung in der Person der Geschäftsführer) betroffen. Die Frage, mit welchen Personen das Geschäftsführungsorgan besetzt ist, kann für die Rechtsbeziehungen, die zwischen den Gesellschaftern einer GmbH bestehen, entsprechend damit auch für den Alleingesellschafter, in mannigfacher Weise eine Rolle spielen. Die Frage muss deshalb auch von diesen Personen geklärt werden können, weshalb jedem Gesellschafter ein entsprechendes Anmelde- und Beschwerderecht zukommt (OLG Düsseldorf, GmbHR 2007, 90; *Krafka/Willner/Kühn*, Registerrecht, 8. Aufl., Rdnr. 2454; *Meyer-Holz* in Keidel, FamFG, 16. Aufl., § 59 Rdnr. 86).

dd) Anmeldeberechtigte und -verpflichtete Personen, für die der Notar tätig geworden ist, sind daneben aber auch die neu bestellten Geschäftsführer F und Fr.

Ein neu bestellter Geschäftsführer kann bei der Anmeldung seiner eigenen Bestellung mitwirken, da die entsprechende Eintragung im Handelsregister lediglich deklaratorisch wirkt, und als einzelvertretungsberechtigter Geschäftsführer seine eigene Bestellung selbst anmelden (*Krafka/Willner/Kühn*, Registerrecht, 8. Aufl., Rdnr. 1095; *Meyer-Holz* in Keidel, FamFG, 16. Aufl., § 59 Rdnr. 86). (...)

3. Die Beschwerden haben in der Sache nur zum Teil Erfolg. Die Auffassung des Registergerichts, dass die angemeldeten Änderungen der Firma und der Person der Geschäftsführer derzeit nicht in das Register eingetragen werden können (sowie die Aufnahme der neuen Gesellschafterliste nicht erfolgen könne), hält im Ergebnis einer rechtlichen Überprüfung stand.

Unzutreffend ist indes die vom Registergericht in der angefochtenen Zwischenverfügung vertretene Auffassung, eine Eintragung könne erst erfolgen, wenn urkundlich (z. B. durch Bankbeleg) nachgewiesen sei, dass die Einlageverpflichtung voll erfüllt sei; das AG wird angewiesen, für die weitere Entscheidung von diesem dort geäußerten Bedenken Abstand zu nehmen.

Nicht zu beanstanden ist indes das vom Registergericht (im Nichtabhilfebefehl) angeführte weitere Eintragungshindernis, die in der Registeranmeldung enthaltene Versicherung, dass 12.500 € eingezahlt seien, reiche nicht aus, da sie sich nicht auf das gesamte Stammkapital der Gesellschaft von 25.000 € beziehe.

a) Bei der Beschwerdeführerin zu 1 handelt es sich um eine „auf Vorrat“ gegründete Gesellschaft, die zunächst keine Geschäftstätigkeit entfaltete, somit lediglich eine „leere Hülse“ (ein Mantel) war. Bedenken gegen die Zulassung derartiger Gründungen beruhen in erster Linie auf der Befürchtung, dass bei einer späteren Verwendung des Mantels die Gründungsvorschriften umgangen werden könnten und deshalb ein wirksamer Gläubigerschutz nicht mehr gewährleistet ist. Die Umgehung der Gründungsvorschriften kann zur Folge haben, dass die gesetzliche und gesellschaftsvertragliche Kapitalausstattung bei Aufnahme der wirtschaftlichen Tätigkeit nicht gewährleistet ist. Das rechtfertigt zwar kein generelles präventiv wirkendes Verbot der Gründung von Vorratsgesellschaften; im Interesse eines wirksamen Schutzes der Gläubiger ist aber bei der späteren Verwendung des Mantels, die als wirtschaftliche Neugründung anzusehen ist, die sinngemäße Anwendung der Gründungsvorschriften geboten, damit die reale Kapitalaufbringung der gesetzlich vorgeschriebenen Kapitalausstattung der Gesellschaft im Zeitpunkt ihres Entstehens als Voraussetzung für die Beschränkung ihrer Haftung auf das Gesellschaftsvermögen sichergestellt ist.

Die Verwendung des Mantels einer solchen Gesellschaft mit beschränkter Haftung stellt wirtschaftlich gesehen eine Neugründung dar. Auf diese wirtschaftliche Neugründung durch Ausstattung der Vorratsgesellschaft mit einem Unternehmen und erstmalige Aufnahme ihres Geschäftsbetriebes sind die der Gewährleistung der Kapitalausstattung dienenden Gründungsvorschriften des GmbHG einschließlich der registergerichtlichen Kontrolle entsprechend anzuwenden. Damit findet insbesondere eine registergerichtliche Prüfung (analog § 9 c GmbHG) der vom Mantelverwender in der Anmeldung der mit der wirtschaftlichen Neugründung verbundenen Änderungen (vgl. § 54 GmbHG) gemäß § 8 Abs. 2, § 7 Abs. 2 und 3 GmbHG abzugebenden Versicherung statt. Danach ist zu versichern, dass die in § 7 Abs. 2 und 3 GmbHG bezeichneten Leistungen auf die Stammeinlagen bewirkt sind und dass der Gegenstand der Leistungen sich endgültig in der freien Verfügung der Geschäftsführer befindet. Die dem Geschäftsführer

nach § 8 Abs. 2 GmbHG obliegende Versicherung, dass die geleisteten Mindesteinlagen zu seiner freien Verfügung stehen, beinhaltet von Gesetzes wegen, dass im Anmeldezeitpunkt derartige Mindesteinlagen nicht durch schon entstandene Verluste ganz oder teilweise aufgezehrt sind. Nur wenn zureichende Anhaltspunkte dafür bestehen, dass dies – entgegen der Versicherung – nicht der Fall ist, darf und muss das Registergericht seine Prüfung auch auf die Frage erstrecken, ob die GmbH im Zeitpunkt der Anmeldung der Mantelverwendung nicht bereits eine Unterbilanz aufweist.

Die registergerichtliche Nachprüfung der Mindestkapitalaufbringung wird auch nicht dadurch überflüssig, dass in der Regel bei der Verwendung des Mantels einer Vorratsgesellschaft das satzungsmäßige Stammkapital, wenn es bar eingezahlt worden ist, noch unversehrt vorhanden sein wird. Es ist nämlich – gerade unter Umgehungsgesichtspunkten – nicht auszuschließen, dass die Gesellschaft, insbesondere aufgrund vorzeitiger Geschäftsaufnahme unter dem neuen Unternehmensgegenstand, bereits zum Zeitpunkt der Anmeldung Verluste erlitten hat oder das ursprünglich eingezahlte Kapital wieder entnommen worden ist. Sie muss daher wie jede andere neu gegründete GmbH die Auffüllung ihres Vermögens auf die gesetzlich mit der Anmeldeversicherung gemäß § 8 Abs. 2 GmbHG vorgeschriebene Mindestziffer gewährleisten (vgl. zum Ganzen BGH, Beschluss vom 9.12.2002, II ZB 12/02, BGHZ 153, 158; Beschluss vom 7.7.2003, II ZB 4/02, BGHZ 155, 318; Beschluss vom 18.1.2010, II ZR 61/09, DB 2010, 607; Thüringer OLG, DB 2006, 2624; MünchKommGmbHG/Wicke, § 3 Rdnr. 30, 34; MünchKommGmbHG/Schaub, § 8 Rdnr. 45; *Krafka/Willner/Kühn*, Registerrecht, 8. Aufl., Rdnr. 1109).

b) Die Anwendung der Gründungsvorschriften hinsichtlich der Beschwerdeführerin zu 1 erscheint im Streitfall umso mehr geboten, als nahe liegt, dass das ursprüngliche Stammkapital – falls es überhaupt an die Gesellschaft gezahlt worden war – wieder entnommen worden ist. Hierauf deutet die im notariellen Vertrag vom 5.8.2009 enthaltene Bestimmung hin, wonach der Gesellschaft, die keine Geschäfte betreibt, gegenüber dem Alleingesellschafter Wi eine Forderung i. H. v. 25.000 € zusteht und ansonsten das Gesellschaftsvermögen weder Aktiva noch Passiva aufweist. Wäre die 2004 nach der Anmeldeversicherung des Wi in voller Höhe einbezahlte Stammeinlage noch unverbraucht im Vermögen der Gesellschaft vorhanden, wäre diese Vertragsklausel unverständlich.

c) Bei einer Ein-Mann-GmbH sahen § 7 Abs. 2 Satz 3, § 8 Abs. 2 Satz 2 GmbHG in der Fassung vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) am 1.11.2008 ein zusätzliches Erfordernis vor. Über die Mindesteinzahlung von einem Viertel der Stammeinlagen (§ 7 Abs. 2 Satz 1 GmbHG), mindestens aber der Hälfte des Mindeststammkapitals gemäß § 5 Abs. 1 GmbHG (§ 7 Abs. 2 Satz 2 GmbHG), damit mindestens 12.500 €, hinaus durfte die Anmeldung zum Handelsregister erst erfolgen, wenn „der Gesellschafter für den übrigen Teil der Geldeinlage eine Sicherung bestellt hat“ und seine Anmeldeversicherung sich auch hierauf bezieht.

Mit Inkrafttreten des MoMiG wurden § 7 Abs. 2 Satz 3, § 8 Abs. 2 Satz 2 GmbHG aufgehoben; die vormalige Differenzierung zwischen Mehr-Personen-GmbH und Ein-Personen-GmbH ist seitdem aufgegeben (MünchKommGmbHG/Fleischer, § 1 Rdnr. 70; MünchKommGmbHG/Schaub, § 7 Rdnr. 3, 46). Auch bei einer Ein-Personen-GmbH reicht damit nunmehr aus, dass die Gesellschaft noch ein Mindestvermögen in Höhe der statutarischen Stammkapitalziffer besitzen

muss, von dem sich gemäß der Anmeldeversicherung ein Viertel (§ 7 Abs. 2 Satz 1 GmbHG), mindestens aber die Hälfte des Mindeststammkapitals gemäß § 5 Abs. 1 GmbHG (§ 7 Abs. 2 Satz 2 GmbHG), damit mindestens 12.500 €, wertmäßig in der freien Verfügung der Geschäftsführung zu befinden hat (vgl. MünchKommGmbHG/Wicke, § 3 Rdnr. 34).

d) Auch wenn die Beschwerdeführerin zu 1 erstmals bereits 2004 – also noch zur Geltung des GmbHG vor dessen Änderung durch das MoMiG – gegründet worden war, kommt es für die Voraussetzungen einer wirtschaftlichen „Neugründung“ und für die insoweit gemäß § 8 Abs. 2, § 7 Abs. 2 und 3 GmbHG abzugebende Versicherung nicht auf den ursprünglichen Gründungszeitpunkt und die seinerzeit geltende Rechtslage, sondern auf den Zeitpunkt der Abgabe der Anmeldeversicherung gegenüber dem Handelsregister und die dann maßgebliche Rechtslage an. Maßgeblicher Stichtag bei einer wirtschaftlichen Neugründung ist die entsprechende Anmeldung gegenüber dem Registergericht (BGH, Beschluss vom 7.7.2003, II ZB 4/02, BGHZ 155, 318).

Im Streitfall sind somit lediglich die durch das MoMiG geänderten aktuellen Regelungen des GmbHG maßgeblich.

e) Die Anmeldeversicherung gemäß § 8 Abs. 2 GmbHG hat sich am satzungsmäßig festgelegten Stammkapital auszurichten, nicht am gesetzlichen Mindeststammkapital von 25.000 € (BGH, Beschluss vom 7.7.2003, II ZB 4/02, BGHZ 155, 318). Sie ist also – für eine Ein-Personen-GmbH gilt insoweit nichts anderes – darauf zu richten, dass die Gesellschaft noch ein Mindestvermögen in Höhe der statutarischen Stammkapitalziffer besitzen muss, von dem sich ein Viertel (§ 7 Abs. 2 Satz 1 GmbHG), mindestens aber die Hälfte des Mindeststammkapitals gemäß § 5 Abs. 1 GmbHG (§ 7 Abs. 2 Satz 2 GmbHG), damit mindestens 12.500 €, wertmäßig in der freien Verfügung der Geschäftsführung zu befinden hat (BGH, a. a. O.).

Der Inhalt der Anmeldeversicherung erschöpft sich indes nicht in dem eingezahlten, wertmäßig in der freien Verfügung der Geschäftsführung stehenden Teil des Stammkapitals. Vielmehr ist weitergehend zu versichern, dass die Gesellschaft im Zeitpunkt der Offenlegung einer wirtschaftlichen Neugründung unter Verwendung eines leeren Gesellschaftsmantels noch ein Mindestvermögen in Höhe der (gesamten) gesellschaftsvertraglichen Stammkapitalziffer besitzt (BGH, Beschluss vom 7.7.2003, II ZB 4/02, BGHZ 155, 318 Thüringer OLG, DB 2006, 2624; *Emmerich* in Scholz, GmbHG, 10. Aufl., § 3 Rdnr. 31; MünchKommGmbHG/Schaub, § 8 Rdnr. 45; *Heidinger/Meyding*, NZG 2003, 1129, 1131 jeweils m. w. N.). Dieser Teil der Versicherung betrifft damit – über die eingezahlten Geldeinlagen hinaus – das weitere Gesellschaftsvermögen (im Streitfall also die zweite Hälfte der statutarisch bestimmten Einlage von 25.000 €).

Insoweit ist zwar nicht zu versichern, dass sich auch dieser Teil des Gesellschaftsvermögens wertmäßig in der freien Verfügung der Geschäftsführung befindet; § 8 Abs. 2 GmbHG verlangt dies nur für die in § 7 Abs. 2 und 3 GmbHG bezeichneten Leistungen, also nur hinsichtlich eines Viertels der Stammkapitalziffer (§ 7 Abs. 2 Satz 1 GmbHG), mindestens aber der Hälfte des Mindeststammkapitals gemäß § 5 Abs. 1 GmbHG (§ 7 Abs. 2 Satz 2 GmbHG). Hinsichtlich der weitergehenden restlichen Stammeinlage muss diese – auch bei einer Ein-Personen-GmbH – im Falle der erstmaligen wie auch der Neugründung auch nicht bereits eingezahlt sein und zur freien Verfügung der Geschäftsführung stehen, sondern lediglich im Vermögen der Gesellschaft stehen, wofür ein (im Falle der noch nicht erfolgten Einzahlung bzw. der Einlage-

rückgewähr bestehender) entsprechender Zahlungsanspruch der Gesellschaft gegen ihren Gesellschafter ausreichend ist.

Gleichwohl ist auch hinsichtlich des über die in § 7 Abs. 2 und 3 GmbHG bezeichneten Leistungen hinausgehenden Teils der Stammkapitalziffer zu versichern, dass die Gesellschaft insoweit ein Mindestvermögen (in Höhe der [gesamten] gesellschaftsvertraglichen Stammkapitalziffer) besitzt. Die Anmeldeversicherung hat sich damit auf das gesamte statutarische Stammkapital (hier also auf 25.000 €) zu beziehen. Insoweit wird auch nicht, wie die Beschwerde rügt, in unzulässiger Weise zwischen der erstmaligen Gründung einer GmbH und der wirtschaftlichen Neugründung unter Verwendung eines leeren Gesellschaftsmantels differenziert; auch bei erstmaliger Gründung einer GmbH ist eine entsprechende Anmeldeversicherung gleichen Inhalts erforderlich.

f) Bezogen auf die Beschwerdeführerin zu 1 bedeutet dies, dass zwar der Nachweis der vollen Erfüllung der Einlageverpflichtung (also auch der Zahlung der zweiten Hälfte der Stammeinlage) nicht erforderlich war, dass indes die Anmeldeversicherung der neuen Geschäftsführung [der Beschwerdeführer zu 3 und zu 4] vom 5.8.2009 gleichwohl nicht ausreichend war. Diese bezieht sich lediglich auf die (eingezahlte) Hälfte des Stammkapitals, nicht hingegen auf ein weitergehendes Gesellschaftsvermögen in Höhe der (gesamten) gesellschaftsvertraglichen Stammkapitalziffer.

g) § 3 der Satzung der Gesellschaft ist insoweit irrelevant. Zwar können die Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag eine höhere (als die in § 7 Abs. 2 GmbHG vorgesehene) Mindesteinzahlung vereinbaren (MünchKommGmbHG/Schaub, § 7 Rdnr. 45 m. w. N.). Dies ist hier jedoch nicht geschehen. § 3 Abs. 1 der Satzung bestimmt lediglich die Höhe des Stammkapitals, nicht aber auch eine Volleinzahlungsverpflichtung. Auch § 3 Abs. 2 der Satzung statuiert kein Mindesteinzahlungserfordernis in Höhe der gesamten statutarischen Stammkapitalziffer von 25.000 €, sondern besagt lediglich, dass der Beschwerdeführer zu 2 als Gründungsgesellschafter auf das Stammkapital eine Stammeinlage von 25.000 € übernommen und voll einbezahlt hat. Dass es sich insoweit um eine vorgesehene Mindesteinzahlungsverpflichtung handeln soll, ist dem nicht zu entnehmen.

4. Der Senat weist klarstellend für das weitere Verfahren auf Folgendes hin:

Mit dem vorliegenden Beschluss hat der Senat nicht etwa auch die Entscheidung getroffen, dass die beantragten Registerertragungen bereits im Falle einer ergänzenden Anmeldeversicherung (dahin, dass die Gesellschaft ein Mindestvermögen in Höhe der statutarischen Stammkapitalziffer besitzt) eintragungsfähig sind. Diese Frage ist lediglich derzeit nicht entscheidungserheblich, weil insoweit noch keine beschwerdefähige Entscheidung vorliegt. Die Beschwerde ist nur insoweit zulässig, als das Registergericht ein Hindernis gerügt hat, das den beantragten Eintragungen entgegen stehen soll.

Der Senat weist vorsorglich darauf hin, dass die Tatsache der wirtschaftlichen Neugründung einer GmbH unter Verwendung eines leeren Gesellschaftsmantels gegenüber dem Registergericht obligatorisch offenzulegen ist; diese Offenlegung ist mit der Versicherung gemäß § 8 Abs. 2 GmbHG zu verbinden (BGH, Beschluss vom 7.7.2003, II ZB 4/02, BGHZ 155, 318, Rdnr. 12 f.; *Krafka/Willer/Kühn*, Registerrecht, 8. Aufl., Rdnr. 1109; vgl. das dort unter Rdnr. 1109 a angeführte Formulierungsbeispiel). Eine entsprechende Offenlegung ist bislang nicht erfolgt.

Da die entsprechende Offenlegung obligatorisch, also zwingend ist (BGH, a. a. O.), kann ihr Fehlen einer Eintragung



entgegenstehen, selbst wenn die Tatsache der wirtschaftlichen Neugründung dem Registergericht anderweitig erkennbar (oder wie im Streitfall sogar positiv bekannt) ist. (...)

## Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

12. InsO § 295 Abs. 1 Nr. 2; BGB §§ 1953 Abs. 1, 2180 Abs. 3 (*Schuldnerobliegenheiten beim Erbfall in der Wohlverhaltensphase*)

**Tritt der Erbfall in der Wohlverhaltensphase ein, entsteht die Obliegenheit des Schuldners, die Hälfte des Wertes des Vermächnisses an den Treuhänder abzuführen, erst mit der Annahme des Vermächnisses (Ergänzung von BGH, MittBayNot 2010, 52).**

BGH, Beschluss vom 10.3.2011, IX ZB 168/09; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Das am 24.5.2002 auf seinen eigenen Antrag eröffnete Insolvenzverfahren über das Vermögen des Schuldners wurde nach Ankündigung der Restschuldbefreiung am 19.8.2004 aufgehoben. Am 6.4.2005 verstarb die Mutter des Schuldners. Nach ihrem Testament wurde der Schuldner nicht Erbe; ihm wurde aber als Vermächtnis ein Teil eines Grundstücks zugewendet. Hiervon erfuhr der Treuhänder erst im Januar 2008 durch das Schreiben eines Bruders des Schuldners. Auf die Aufforderung des Treuhänders hin erklärte der Schuldner, er habe weder den Pflichtteil noch das Vermächtnis geltend gemacht; von dem Vermächtnis habe er erst durch den Treuhänder erfahren.

Auf Antrag der weiteren Beteiligten zu 1, bei Gericht eingegangen am 15.7.2008, hat das Insolvenzgericht dem Schuldner die Restschuldbefreiung versagt. Die sofortige Beschwerde des Schuldners ist ohne Erfolg geblieben. Mit der Rechtsbeschwerde erstrebt der Schuldner die Aufhebung der Versagung der Restschuldbefreiung.

*Aus den Gründen:*

### II.

Die Rechtsbeschwerde ist statthaft (§§ 7, 6, 296 Abs. 3 Satz 1 InsO, § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO) und auch im Übrigen zulässig (§ 574 Abs. 2 Nr. 1 ZPO, § 575 ZPO). Sie hat in der Sache Erfolg.

1. Das Beschwerdegericht hat ausgeführt: Der Schuldner habe gegen die Obliegenheit nach § 295 Abs. 1 Nr. 3 InsO verstoßen, weil er dem Treuhänder den Anfall des Vermächnisses nach dem Tod seiner Mutter verheimlicht habe. Er habe selbst eingeräumt, bereits im Jahr 2005 vom Nachlassgericht darüber informiert worden zu sein, dass ihm nach dem Tod seiner Mutter ein Pflichtteilsanspruch gegen den testamentarisch eingesetzten Erben zustehe. Er habe es jedoch unterlassen, den Treuhänder über den jedenfalls bestehenden Pflichtteilsanspruch zu informieren. Auch nachdem er Kenntnis vom Vermächtnis erlangt habe, habe er es unterlassen, sich zur Geltendmachung dieses Anspruchs zu erklären. Insoweit liege auch ein Verstoß gegen die Obliegenheit des § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO vor, weil der Schuldner seine Gläubiger in der Weise benachteiligt habe, dass er den werthaltigen Vermächtnisanspruch nicht ausübe.

2. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Nach dem festgestellten Sachverhalt liegen die Voraussetzungen für eine Versagung der Restschuldbefreiung nach § 296 Abs. 1 Satz 1 InsO weder in Verbindung mit § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO noch mit § 295 Abs. 1 Nr. 3 InsO vor.

a) Der Schuldner hat die Obliegenheit nach § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO nicht verletzt. Nach dieser Bestimmung hat der Schuldner während der Laufzeit der Abtretungserklärung Ver-

mögen, das er von Todes wegen erwirbt, zur Hälfte des Wertes an den Treuhänder herauszugeben. Zu dem von Todes wegen erworbenen Vermögen gehören neben einer Erbschaft auch ein Pflichtteilsanspruch und ein Anspruch aus einem Vermächtnis. Eine Erbschaft und ein Vermächtnis können jedoch ausgeschlagen werden, und von der Geltendmachung eines Pflichtteilsanspruchs kann abgesehen werden. Nach der neueren Rechtsprechung des Senats, die dem Beschwerdegericht noch nicht bekannt sein konnte, stellt der Verzicht auf die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs ebenso wie die Ausschlagung einer Erbschaft oder der Verzicht auf ein Vermächtnis keine Obliegenheitsverletzung dar. Die Entscheidung über die Ausschlagung einer Erbschaft und über die Geltendmachung des Pflichtteils ist höchstpersönlicher Natur. Der persönliche Charakter dieser Entscheidungen ist auch in der Wohlverhaltensperiode zu beachten und darf nicht durch einen mittelbaren Zwang zur Annahme der Erbschaft oder zur Geltendmachung des Pflichtteils unterlaufen werden, der sich ergäbe, wenn man schon die Erbausschlagung selbst oder den Verzicht auf die Geltendmachung des Pflichtteils als Obliegenheitsverletzung i. S. v. § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO ansähe (BGH, MittBayNot 2010, 52). Die Untätigkeit des Schuldners hinsichtlich seines Pflichtteilsanspruchs, die einem Verzicht auf den Pflichtteilsanspruch gleich zu behandeln ist, weil sie noch vor der Entscheidung über die Restschuldbefreiung zur Verjährung des Anspruchs führte, rechtfertigt deren Versagung deshalb nicht.

Bezüglich des Vermächnisses kann im Ergebnis nichts anderes gelten. Zwar ist der Anspruch des Schuldners aus dem Vermächtnis nicht verjährt, weil noch die Verjährungsfrist von 30 Jahren nach § 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB a. F. nach Maßgabe der Überleitungsbestimmung in Art. 229 § 23 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 EGBGB gilt. Nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts hat der Schuldner das Vermächtnis aber bisher nicht angenommen. Erst mit der Annahme des Vermächnisses entsteht die Obliegenheit des Schuldners aus § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO, die Hälfte des Werts des Vermächnisses an den Treuhänder abzuführen. Die dadurch für den Schuldner bestehende Möglichkeit, den Halbteilungsgrundsatz zu umgehen, indem er das Vermächtnis erst nach Ablauf der Wohlverhaltensperiode annimmt, muss in Kauf genommen werden. Macht der Schuldner den Pflichtteil erst nach diesem Zeitpunkt geltend, tritt diese Folge ebenfalls ein (vgl. BGH, ZInsO 2009, 1831). Die bis zum 31.12.2009 geltenden unterschiedlichen Verjährungsfristen (vgl. § 197 Abs. 1 Nr. 2 a. F.: 30 Jahre für den Anspruch aus dem Vermächtnis, § 2332 a. F.: drei Jahre für den Pflichtteilsanspruch) rechtfertigen entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerdegegnerin keine unterschiedliche Behandlung.

b) Die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanzen rechtfertigen auch nicht die Versagung der Restschuldbefreiung wegen eines Verstoßes gegen die Obliegenheit des Schuldners nach § 295 Abs. 1 Nr. 3 InsO. Diese Bestimmung verbietet dem Schuldner unter anderem, während der Laufzeit der Abtretungserklärung von Nummer 2 erfasstes, also von Todes wegen erworbenes Vermögen zu verheimlichen. Der Senat hat – ebenfalls nach der Entscheidung des Beschwerdegerichts – entschieden, dass der Begriff des Verheimlichens über denjenigen des schlichten Verschweigens hinausgeht. Er bezeichnet ein Verhalten, durch das von der Abtretung erfasste Bezüge oder von Todes wegen erworbenes Vermögen der Kenntnis des Treuhänders entzogen werden. Ein schlichtes Unterlassen stellt dann ein Verheimlichen dar, wenn eine Rechtspflicht zum Handeln – zur Offenbarung des Vermögensgegenstandes also – besteht (BGH, WM 2009, 2324). Die Pflicht, einen in der Wohlverhaltensperiode eingetretenen

Erbfall unaufgefordert schon zu einem Zeitpunkt anzuzeigen, zu dem die Erbschaft oder ein Vermächtnis noch ausgeschlagen werden kann oder noch nicht feststeht, ob ein Pflichtteilsanspruch geltend gemacht wird, sieht die Insolvenzordnung nicht vor. Im Übrigen könnte die Versagung der Restschuldbefreiung nach § 296 Abs. 1 Satz 1 InsO auch deshalb nicht auf die unterlassene Mitteilung eines Erbfalls in diesem Zeitraum gestützt werden, weil die Befriedigung der Gläubiger nicht beeinträchtigt ist, solange der Schuldner die Möglichkeit hat, durch Ausübung der ihm persönlich zustehenden Rechte den Vermögenserwerb rückgängig zu machen (§ 2180 Abs. 3, § 1953 Abs. 1 BGB) oder ihn – im Falle eines Pflichtteilsanspruchs – nicht geltend zu machen. (...)

#### Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch den Beitrag von *Menzel*, MittBayNot 2011, 374 (in diesem Heft).

### Beurkundungs- und Notarrecht

13. BNotO §§ 15 Abs. 2 Satz 1, 24 Abs. 1 (*Löschung der Auflassungsvormerkung – Prüfungsumfang eines Notars bei einem vertraglich vereinbarten Rücktrittsrecht*)

1. **Im Rahmen von Grundstückskaufverträgen ergeben sich Inhalt und Umfang der Amtspflichten des Notars aus den in dem Kaufvertrag enthaltenen, an ihn gerichteten Weisungen. Diese hat der Notar streng zu befolgen und mit an ihrem Wortlaut orientierter Genauigkeit zu beachten, ohne dass es auf außerhalb des Auftrags liegende Umstände ankommt.**
2. **Ist die Löschung der Auflassungsvormerkung „für den Fall, dass der Kaufvertrag durch Rücktrittserklärung wegen Zahlungsverzuges oder Täuschung wieder aufgehoben werden sollte, was dem Notar nachzuweisen ist“ vereinbart, so ist dem Notar auch der Rücktrittsgrund nachzuweisen. (Leitsatz der Schriftleitung)**

BGH, Beschluss vom 2.12.2010, V ZB 174/10

Mit zu UR-Nr. ... des Notars H. S. in B. beurkundetem Vertrag vom 30.12.2009 verkaufte die Beteiligte zu 2 der Beteiligten zu 1 mehrere Grundstücke für 2,75 Mio. €. Der Kaufpreis war innerhalb einer Frist von vier Wochen nach dem Zugang einer Fälligkeitsmitteilung des Notars fällig und zahlbar. In § 2 Nr. 6 der Urkunde ist bestimmt, dass der Verkäufer für den Fall, dass der Kaufpreis nicht fristgemäß gezahlt wird, ohne weitere Fristsetzung ein Recht zum Rücktritt vom Kaufvertrag hat, welches binnen weiterer zwei Wochen schriftlich gegenüber dem beurkundenden Notar auszuüben ist.

In § 10 Abs. 1 des Kaufvertrags bewilligten und beantragten die Vertragsparteien zur Sicherung des Anspruchs des Käufers auf Eigentumsübertragung die Eintragung jeweils einer Auflassungsvormerkung. Weiter heißt es in den Absätzen 4 bis 7:

„Für den Fall, dass der hier geschlossene Kaufvertrag durch Rücktrittserklärung wegen Zahlungsverzuges oder Täuschung der einen oder anderen Kaufvertragspartei wieder aufgehoben werden sollte, was dem Notar nachzuweisen ist, verpflichtet sich der Käufer, die zu seinen Gunsten eingetragenen Eigentumsübertragungsvormerkungen wieder zu löschen.“

Der Käufer bewilligt schon jetzt für diesen Fall unbedingt und unwiderruflich die Löschung der zu seinen Gunsten eingetragenen Auflassungsvormerkungen. Der Verkäufer beantragt bereits jetzt, die Auflassungsvormerkungen zugunsten des Käufers wieder zu löschen.

Der Notar soll die Löschung nur dann betreiben, sofern

- a) er schriftlich vom Verkäufer hierzu angewiesen wird

- b) sichergestellt ist, dass der etwa gezahlte Kaufpreis oder Kaufpreisteil an den Käufer zurückgezahlt wird.

Das Grundbuchamt hat die Voraussetzungen des Gebrauchmachens von der vorstehenden Löschungsbewilligung nicht zu überprüfen.“

Die Auflassungsvormerkungen wurden am 15.2.2010 in die Grundbücher eingetragen.

Mit Schreiben vom 5.3.2010, zugegangen am 9.3.2010, teilte der Notar der Beteiligten zu 1 das Vorliegen der Voraussetzungen für die Fälligkeit des Kaufpreises mit und forderte sie zur Zahlung innerhalb von vier Wochen auf. Dem kam die Beteiligte zu 1 nicht nach. Zwischen den Beteiligten ist streitig, ob die Zahlungsfrist bis zum 14.4.2010 verlängert worden ist.

Die Beteiligte zu 2 erklärte mit Schreiben vom 9.4.2010 gegenüber dem Notar den Rücktritt von dem Kaufvertrag wegen Zahlungsverzugs und wies ihn an, die Löschung der Auflassungsvormerkungen zu betreiben. Im Hinblick auf eine Mitteilung der Beteiligten zu 1, ihr sei eine „Schonfrist“ für die Kaufpreiszahlung zugesagt worden, erklärte der Notar am 13.4.2010 gegenüber der Beteiligten zu 2, die Löschung vorerst nicht zu betreiben. Mit Schreiben ihrer damaligen Verfahrensbevollmächtigten vom 13.4.2010 bat die Beteiligte zu 2 nochmals um unverzügliche Löschung der Auflassungsvormerkungen. Diese Bitte wiederholte sie am 21.4.2010. Der Notar betrieb die Löschung nicht.

Mit der Beschwerde hat die Beteiligte zu 2 verlangt, den Notar anzuweisen, seiner Amtspflicht nachzukommen und die Löschung der für die Beteiligte zu 1 eingetragenen Auflassungsvormerkungen zu betreiben. Der Notar hat der Beschwerde nicht abgeholfen. Das LG hat ihr stattgegeben. Hiergegen wendet sich die Beteiligte zu 1 mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde, mit der sie die Zurückweisung der Beschwerde erreichen will. Die Beteiligte zu 2 beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels.

Nach Ansicht des Beschwerdegerichts liegen die Voraussetzungen dafür vor, dass der Notar auf die Anweisung der Beteiligten zu 2 die Löschung der Auflassungsvormerkungen betreibt. Die Löschungsbewilligung der Beteiligten zu 1 sei in dem Vertrag vom 30. Dezember 2009 enthalten; die Rücktrittserklärung der Beteiligten zu 2 wegen Zahlungsverzugs sei gegenüber dem Notar nach dem Ablauf der Frist für die Zahlung des Kaufpreises abgegeben worden. Die vertragliche Vereinbarung sei nach ihrem Wortlaut nicht dahingehend zu verstehen, dass dem Notar ein wirksamer Rücktritt nachgewiesen werden müsse, er also in die materielle Prüfung eintreten müsse, ob ein Rücktrittsgrund vorliege. Vielmehr setze das Gebrauchmachen von der Löschungsbewilligung lediglich voraus, dass eine Rücktrittserklärung wegen Zahlungsverzugs vorliege. Zudem widerspräche es im Hinblick auf den von der Beteiligten zu 1 gegenüber dem Notar erhobenen Einwand des Zurückbehaltungsrechts dem Regelungszweck einer unwiderruflichen Vollmacht, durch welche die andere Vertragspartei die Löschung der Vormerkung einseitig vollziehen könne, wenn der Notar zur Prüfung der materiellrechtlichen Voraussetzungen berufen wäre.

*Aus den Gründen:*

#### I.

Die Rechtsbeschwerde ist (...) statthaft und begründet. Der Notar hat sein Tätigwerden nicht ohne ausreichenden Grund verweigert. (...)

3. Ebenfalls zutreffend ist das Beschwerdegericht davon ausgegangen, dass sich der Inhalt und Umfang der Amtspflichten des Notars aus den in dem Kaufvertrag enthaltenen, an ihn gerichteten Weisungen ergeben und dass der Notar diese Weisungen streng zu befolgen und mit an ihrem Wortlaut orientierter Genauigkeit zu beachten hat, ohne dass es auf außerhalb des Auftrags liegende Umstände ankommt (vgl. BGH, Urteil vom 10.2.2000, IX ZR 41/99, DNotZ 2001, 856, 857 m. w. N.). Jedoch hält die Auslegung der in § 10 des Kaufvertrags enthaltenen Regelungen der – in dem Rechtsbeschwerdeverfahren nur eingeschränkten – rechtlichen Prüfung nicht stand.

a) Bereits sprachlich fehlt der Auslegung des Beschwerdegerichts die Grundlage. Es meint, das Gebrauchmachen von der Löschungsbewilligung setze lediglich eine Rücktrittserklärung wegen Zahlungsverzugs bzw. wegen Täuschung voraus; nur diese Erklärung sei dem Notar nachzuweisen. In § 10 Abs. 4 des Kaufvertrags heißt es dazu, dass „für den Fall, dass der Kaufvertrag durch Rücktrittserklärung wegen Zahlungsverzugs oder Täuschung wieder aufgehoben werden sollte, was dem Notar nachzuweisen ist, der Käufer sich verpflichtet, die zu seinen Gunsten eingetragenen Eigentumsvermerkungen wieder zu löschen“. Der gegenüber dem Notar zu erbringende Nachweis ist demnach nicht die Rücktrittserklärung. Hätte sie allein es sein sollen, hätte es des zusätzlichen Hinweises auf die Vertragsaufhebung nicht bedurft. Er zeigt nämlich, dass es – inhaltlich wie in dem von dem OLG Frankfurt am Main entschiedenen Fall (DNotZ 1992, 389) – auf den berechtigten Rücktritt ankommen soll.

b) Unberücksichtigt gelassen hat das Beschwerdegericht ferner die Vereinbarung in § 2 Ziffer 6. des Kaufvertrags, wonach der Verkäufer bei nicht fristgemäßer Kaufpreiszahlung ein Rücktrittsrecht hat, „welches ... schriftlich gegenüber dem beurkundenden Notar auszuüben ist.“ Daneben in der in § 10 enthaltenen Weisung einen Nachweis dieser Rücktrittserklärung gegenüber dem Notar zu fordern, demgegenüber sie abzugeben ist, wäre sinnlos.

c) Schließlich hat das Beschwerdegericht nicht die Regelung in § 10 Abs. 5 des Kaufvertrags betreffend die von der Rechtsbeschwerdeerwiderung sog. „Schubladenlöschungsbewilligung“ der Beteiligten zu 1 und den Löschantrag der Beteiligten zu 2, auf die sich die Weisung bezieht, in seine Beurteilung einbezogen. Beide sollen sicherstellen, dass dann, wenn der Kaufvertrag wegen Rücktritts nicht zur Durchführung gelangt, die materiell-rechtlich nicht mehr bestehenden Auflassungsvormerkungen sogleich gelöscht werden können. Das kommt in dem Wortlaut deutlich zum Ausdruck. Es heißt dort, dass der Käufer „schon jetzt für diesen Fall“ die Löschung der Vormerkungen bewilligt und der Verkäufer die Löschung beantragt. „Für diesen Fall“ bezieht sich auf den in § 10 Abs. 4 angesprochenen Fall der Aufhebung des Kaufvertrags durch Rücktrittserklärung.

4. Da weitere Feststellungen nicht notwendig sind, kann der Senat die Regelungen in § 10 des Kaufvertrags selbst auslegen. Das führt zu dem Ergebnis, dass dem Notar die Aufhebung des Kaufvertrags durch Rücktrittserklärung wegen Zahlungsverzugs oder Täuschung nachzuweisen ist und die Löschung der Auflassungsvormerkungen nur für den Fall dieser Vertragsaufhebung bewilligt und beantragt worden ist. Der Notar soll die Löschung auf Anweisung der Beteiligten zu 2 nur betreiben, wenn ihm die Vertragsaufhebung nachgewiesen ist.

5. Damit geht die auf zwei Entscheidungen des BayObLG betreffend die Verpflichtung eines Notars zur Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung einer Urkunde (ZfIR 2004, 879 und NJW-RR 2000, 1663) gestützte Erwägung des Beschwerdegerichts, es sei nicht Aufgabe des Notars, einseitig geltend gemachte Rücktrittsgründe zu prüfen, sofern das Gegenteil nicht zweifelsfrei feststehe, ebenso ins Leere wie die weitere, einer Entscheidung des OLG Köln (RNotZ 2003, 268) entnommene Überlegung, der Notar dürfe bei der Prüfung und Abwicklung eines Löschantrags dessen Stellung nur verweigern, wenn sich ihm aufdränge, dass die Löschungsvoraussetzungen nicht vorlägen, das Grundbuch also unrichtig würde. Das Beschwerdegericht verkennt, dass hier dem Notar die durch einen Rücktritt herbeigeführte Vertragsaufhebung

nachzuweisen ist. Er soll demnach der Pflicht zur Prüfung der Wirksamkeit des Rücktritts enthoben sein.

6. Hieraus folgt, dass entgegen der in der Rechtsbeschwerdeerwiderung vertretenen Ansicht den Notar keine Amtsermittlungspflicht (§ 26 FamFG) trifft, er somit auch keine Beweisaufnahme (§ 29 FamFG) durchführen muss, um die Wirksamkeit des Rücktritts zu prüfen.

7. Nach alledem hat der Notar sich zu Recht geweigert, die Löschung der Auflassungsvormerkungen zu betreiben.

## Kostenrecht

14. KostO §§ 20 Abs. 1, 44 Abs. 1 Satz 1 (*Geschäftswert des Grundstücksverkaufs bei Umsatzsteueroption*)

**1. Die bei einem Grundstücksverkauf anfallende Umsatzsteuer ist seit der Änderung des Umsatzsteuergesetzes durch das Haushaltsbegleitgesetz 2004 nicht mehr Teil des Kaufpreises, wenn keine abweichende Vereinbarung getroffen wurde.**

**2. Ein Grundstückskauf und der dazu erklärte Verzicht des Verkäufers auf Umsatzsteuerbefreiung (§ 9 Abs. 1, Abs. 3 Satz 2 UStG) haben denselben Gegenstand.**

BGH, Beschluss vom 2.12.2010, V ZB 52/10

Die Kostengläubigerin beurkundete am 29.11.2007 einen Kaufvertrag, durch den die Verkäuferin mehrere Grundstücke an die Kostenschuldnerin, eine GmbH, veräußerte. Hinsichtlich des Kaufpreises wurde folgende Regelung getroffen:

„§ 2 Verkauf/Kaufpreis (...)

(2) Der Nettokaufpreis beträgt EUR 2.960.000 (...)

(3) Die Verkäuferin erklärt hiermit den Verzicht auf die Steuerbefreiung nach § 9 Abs. 1 UStG für das Kaufobjekt und optiert insoweit zur Umsatzsteuer. Sie verpflichtet sich, diese Option nicht zu widerrufen. Die Verkäuferin weist die Käuferin darauf hin, dass die Käuferin zusätzlich zum Kaufpreis gemäß § 13 b Abs. 1 Ziff. 3 UStG die auf den Kaufpreis entfallende Umsatzsteuer in der jeweiligen gesetzlichen Höhe zu tragen hat und die Käuferin gem. § 13 b Abs. 2 UStG insoweit alleinige Steuerschuldnerin gegenüber den Finanzbehörden ist. (...)

Mit Notarkostenberechnung vom 16.1.2008 setzte die Kostengläubigerin gegenüber der Kostenschuldnerin die Kosten für die Beurkundung des Kaufvertrages, darunter eine <sup>20/10</sup>-Beurkundungsgebühr (§ 36 Abs. 2 KostO), sowie für die Abgabe einer Notarbestätigung an. Von dem Rechnungsbetrag in Abzug gebracht ist unter anderem eine Zahlung der Kostenschuldnerin auf eine weitere Kostenberechnung vom 11.7.2007, die die Fertigung eines Vertragsentwurfs zum Gegenstand hatte. Als Geschäftswert legte die Kostengläubigerin jeweils 3.522.400 € (2.960.000 € zzgl. 19 % USt.) zugrunde.

Die Kostenschuldnerin hat gegen die beiden Kostenberechnungen Beschwerde erhoben und – soweit im Verfahren der weiteren Beschwerde noch von Interesse – geltend gemacht, als Geschäftswert sei lediglich der Nettokaufpreis (ohne Umsatzsteuer) anzusetzen. Das LG hat der Beschwerde insoweit stattgegeben und die Kostenberechnungen entsprechend herabgesetzt. Hiergegen richtet sich die von dem LG zugelassene weitere Beschwerde der Kostengläubigerin.

Das KG hält das Rechtsmittel für begründet. Es sieht sich indes durch die Beschlüsse des OLG Hamm vom 16.4.2007 (FGPrax 2007, 241 f. = JurBüro 2007, 538 ff.) und des OLG Düsseldorf vom 10.6.2008 (JurBüro 2008, 433 f.) an einer Entscheidung gehindert und hat daher die Sache dem BGH vorgelegt.

Aus den Gründen:

## II.

Die Vorlage der Sache an den BGH (...) ist zulässig.

1. Das KG will bei seiner Entscheidung von den jeweils auf weitere Beschwerden ergangenen Beschlüssen des OLG Hamm vom 16.4.2007 und des OLG Düsseldorf vom 10.6.2008 abweichen. Nach seiner Auffassung ist bei Grundstückskaufverträgen die Umsatzsteuer auch nach den zum 1.4.2004 in Kraft getretenen Änderungen des Umsatzsteuergesetzes grundsätzlich Bestandteil des Kaufpreises und somit gemäß § 20 Abs. 1 Satz 1 KostO bei der Festsetzung des Geschäftswertes zu berücksichtigen. Dies wird in den beiden herangezogenen Entscheidungen anders beurteilt (ebenso OLG Zweibrücken, NJW-RR 2009, 518 f.).

2. Die Abweichung betrifft die Auslegung von Bundesrecht.

a) Allerdings ist die Frage, welcher Kaufpreis von dem Käufer als Gegenleistung für die Lieferung der Kaufsache geschuldet ist, grundsätzlich anhand einer Auslegung der in dem Kaufvertrag getroffenen Vereinbarungen zu beantworten. Meinungsverschiedenheiten hierüber können, da sie nicht die Auslegung bundesgesetzlicher Vorschriften betreffen, grundsätzlich nicht Gegenstand einer Vorlage nach § 28 Abs. 2 FGG sein (vgl. BGH, Beschluss vom 13.10.1983, VII ZB 4/83, BGHZ 88, 302, 304; Beschluss vom 28.6.1984, VII ZB 15/83, BGHZ 92, 18, 20).

b) Die von dem vorlegenden Gericht aufgeworfene Rechtsfrage bezieht sich indes (auch) auf die Auslegung der bundesgesetzlichen Regelung des § 20 Abs. 1 Satz 1 KostO. Ob die infolge der Option des Verkäufers zur Mehrwertsteuer für einen Grundstücksverkauf zu zahlende Umsatzsteuer nach der Änderung des Umsatzsteuergesetzes durch das Haushaltsbegleitgesetz 2004 (BGBl 2003 I, S. 3076, berichtigt BGBl 2004 I, S. 69) weiterhin als Teil der Leistung des Käufers an den Verkäufer und damit als Teil des Kaufpreises angesehen werden kann, beantwortet sich nicht, sofern vertragliche Bestimmungen der Vertragsparteien dazu fehlen, nach der gesetzlichen Ausgestaltung der Steuerpflicht.

### III.

Die weitere Beschwerde ist zulässig (§ 156 Abs. 2 KostO a. F.). Sie ist jedoch unbegründet. Die Entscheidung des Beschwerdegerichts beruht nicht auf einer Verletzung des Rechts (§ 156 Abs. 2 Satz 3 KostO a. F.).

1. a) Zu Recht hat das Beschwerdegericht den von der Kostengläubigerin als Geschäftswert für die Beurkundung des Grundstückskaufvertrages vom 29.11.2007 sowie für die Abgabe einer Notarbestätigung angesetzten Kaufpreis um die Umsatzsteuer herabgesetzt und hiervon ausgehend die – in dem Verfahren der weiteren Beschwerde dem Grunde nach nicht mehr streitigen – Gebühren berechnet. Das Gleiche gilt für die von der Kostengläubigerin weiterhin angesetzte – nachfolgend auf die Beurkundungsgebühr angerechnete (§ 145 Abs. 1 Satz 3 KostO) – Gebühr für die Erstellung eines Urkundsentwurfs. Denn die bei dem Grundstückserwerb anfallende Umsatzsteuer stellt keinen Bestandteil des von der Kostenschuldnerin zu entrichtenden Kaufpreises dar und bleibt daher für den nach § 20 Abs. 1 Satz 1 KostO zu ermittelnden Geschäftswert außer Betracht.

b) Allerdings handelt es sich nach der ständigen Rechtsprechung des BGH (vgl. etwa BGH, Urteil vom 24.2.1988, VIII ZR 64/87, BGHZ 103, 284, 287; Urteil vom 26.6.1991, VIII ZR 198/90, BGHZ 115, 47, 50; Senat, Urteil vom 11.5.2001, V ZR 492/99, NJW 2001, 2464) bei der Umsatzsteuer um einen rechtlich unselbständigen Teil des vereinbarten bürgerlich-rechtlichen Entgelts, soweit die Parteien keine andere Vereinbarung getroffen haben. Das gilt auch dann, wenn der Käufer – wie hier die Kostenschuldnerin (§ 2 Abs. 1, § 15 UStG) – zum Vorsteuerabzug berechtigt ist (Senat, a. a. O.;

BGH, Urteil vom 4.4.1973, VIII ZR 191/72, WM 1973, 677, 678; Urteil vom 28.2.2002, I ZR 318/99, NJW 2002, 2312).

Diese Rechtsprechung bezieht sich indes auf Fälle, in denen – wie regelmäßig (vgl. § 13 a Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. § 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG) – der Verkäufer im Verhältnis zur Finanzbehörde zur Entrichtung der Umsatzsteuer verpflichtet war. Nach den zum 1.4.2004 in Kraft getretenen Änderungen des Umsatzsteuergesetzes durch das Haushaltsbegleitgesetz 2004 (BGBl 2003 I, S. 3076, berichtigt BGBl 2004 I, S. 69) schuldet nunmehr bei Umsätzen, die unter das GrEStG fallen, der Käufer gegenüber der Finanzbehörde die Umsatzsteuer (§ 13 b Abs. 2 Nr. 3, Abs. 5 Satz 1 UStG bzw. § 13 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, Abs. 2 Satz 1 UStG in der hier maßgeblichen Fassung der Bekanntmachung vom 21.2.2005 BGBl I, S. 386, 406). Voraussetzung der Steuerpflicht ist, dass der Verkäufer auf die insoweit nach § 4 Nr. 9 a UStG bestehende Steuerbefreiung verzichtet (§ 9 Abs. 1 UStG) und es sich bei dem Käufer um einen Unternehmer oder eine juristische Person des öffentlichen Rechts handelt (§ 13 b Abs. 5 Satz 1 UStG bzw. § 13 b Abs. 2 Satz 1 UStG in der hier maßgeblichen Fassung der Bekanntmachung vom 21.2.2005 BGBl I, S. 386, 406).

c) Die Frage, ob auch bei solchen Grundstückskaufverträgen, deren umsatzsteuerliche Abwicklung sich – wie hier – nach dem seit dem 1.4.2004 geltenden Recht richtet, die Umsatzsteuer weiterhin als Teil des Kaufpreises anzusehen ist, sofern die Parteien keine anders lautende Vereinbarung getroffen haben, wird in Rechtsprechung und Schrifttum unterschiedlich beantwortet.

aa) Nach Ansicht des OLG Celle (NJW-RR 2006, 71) soll es für das Innenverhältnis der Kaufvertragsparteien nicht darauf ankommen, wer im Außenverhältnis zur Finanzbehörde die Umsatzsteuer schuldet. Die Umsatzsteuer stelle vielmehr auch dann, wenn die Steuerpflicht den Käufer treffe, einen Teil der geschuldeten Gegenleistung dar mit der Maßgabe, dass die Leistung insoweit vertragsgemäß an einen Dritten (Finanzbehörde) erfolge.

bb) In der Rechtsprechung vorherrschend ist dagegen die Auffassung, dass aufgrund der unmittelbaren gesetzlichen Steuerschuld des Grundstückserwerbers von diesem grundsätzlich keine vertragliche Verpflichtung zur Umsatzsteuerzahlung gegenüber dem Verkäufer übernommen werde (OLG Hamm, FGPrax 2007, 241 f.; OLG Düsseldorf, JurBüro 2008, 433; OLG Zweibrücken, NJW-RR 2009, 518, 519).

cc) Diese Ansicht ist im kostenrechtlichen Schrifttum fast ausnahmslos auf Zustimmung gestoßen (Hartmann, Kosten-gesetze, 40. Aufl., § 20 KostO Rdnr. 24 „Umsatzsteuer“; Filzek, KostO, 4. Aufl., § 20 Rdnr. 23; Korintenberg/Schwarz, KostO, 18. Aufl., § 18 Rdnr. 6; Korintenberg/Bengel/Tiedtke, a. a. O., § 20 Rdnr. 29 c; Rohs in Rohs/Wedewer, KostO, § 20 Rdnr. 3; Notarkasse, Streifzug durch die Kostenordnung, 6. Aufl., Rdnr. 1294; Bengel/Tiedtke, DNotZ 2006, 438, 454; Fleischer, MittBayNot 2006, 265 f.; Holthausen-Dux, notar 2004, 54, 56; Schwarz, FGPrax 2006, 239, 240; Tiedtke, ZNotP 2006, 200; ders., ZNotP 2007, 480; Woinar, NotBZ 2004, 249, 257; Wudy, NotBZ 2005, 103; a. A. nur Assenmacher/Mathias, KostO, 16. Aufl., Stichwort „Umsatzsteuer [Mehrwertsteuer]“, Anm. 5). Auch für die Grunderwerbsteuer wird einhellig davon ausgegangen, dass die bei einem Grundstückskauf anfallende Umsatzsteuer nicht zum Kaufpreis zählt und daher auch nicht in die steuerliche Bemessungsgrundlage (vgl. § 8 Abs. 1, § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG) einzu-beziehen ist (vgl. Pahlke in Pahlke/Franz, GrEStG, 3. Aufl., § 9 Rdnr. 98; Schlosser-Zeuner in Bunjes/Geist, UStG, 9. Aufl., § 13 b Rdnr. 20; Claussen/Mensching, DStR 2004, 305, 306; Fleischer, a. a. O.; Gottwald, MittBayNot 2006,

475, 477; *Hipler*, ZNotP 2004, 222, 228; *Krauß*, DB 2004, 1225, 1227; *Küffner/Zugmaier*, DStR 2004, 712, 713; *Woinar*, a. a. O.; vgl. auch FinMin. Bad.-Württ., Erlass vom 22.6.2004, DB 2004, 1464).

dd) Der Senat hält die vorstehend unter bb) dargestellte Auffassung für zutreffend.

(1) Ist die Umsatzsteuer von dem Verkäufer an die Finanzbehörde zu entrichten, erscheint es gerechtfertigt, Aufwendungen, die dem Verkäufer in Erfüllung seiner Steuerpflicht entstehen, grundsätzlich als Bestandteil des durch den Käufer zu zahlenden Entgelts anzusehen (vgl. BGH, Urteil vom 28.2.2002, I ZR 318/99, NJW 2002, 2312). Denn der Verkäufer wird die von ihm zu erbringenden Steuerzahlungen regelmäßig bei seiner Kalkulation berücksichtigen und den geforderten Kaufpreis danach ausrichten. Anders liegt es aber, wenn aufgrund der umsatzsteuerrechtlichen Regelung die Steuerpflicht unmittelbar den Käufer trifft. Insoweit entstehen dem Verkäufer keine Mehrkosten, die seine Preisgestaltung gegenüber dem Käufer beeinflussen könnten; der Leistungsaustausch zwischen den Parteien wird durch die Umsatzsteuerpflichtigkeit des Vorgangs nicht berührt. Es besteht daher auch keine Veranlassung, die Umsatzsteuer als Teil der schuldrechtlichen Gegenleistung zu betrachten, sofern die Parteien nicht eine hiervon abweichende Regelung treffen.

(2) Soweit zur Begründung der gegenteiligen Auffassung ein Interesse des Verkäufers angeführt wird, den Käufer erforderlichenfalls auf Erfüllung seiner steuerrechtlichen Verpflichtung in Anspruch nehmen zu können (OLG Celle, NJW-RR 2006, 71), ist ein solches nicht zu erkennen. Die Umsatzsteuerpflicht des Grundstückskäufers nach § 13 b Abs. 5 Satz 1 UStG (bzw. nach § 13 b Abs. 2 Satz 1 UStG in der hier maßgeblichen Fassung der Bekanntmachung vom 21.2.2005 BGBl I, S. 386, 406) betrifft ausschließlich das (öffentlich-rechtliche) Rechtsverhältnis zwischen diesem und der Finanzbehörde. Der Verkäufer kann nur in Ausnahmefällen (vgl. § 14 c Abs. 2 Satz 1 UStG) zur Umsatzsteuer herangezogen werden. Ob der Käufer seiner Steuerpflicht nachkommt, ist somit aus Sicht des Verkäufers für den Vollzug des Kaufvertrags grundsätzlich ohne Belang. Dessen Rechtsstellung wird für den Fall, dass eine Umsatzsteuerzahlung durch den Käufer ausbleibt, nicht nachteilig betroffen.

(3) Entgegen der von dem KG in dem Vorlagebeschluss vertretenen Auffassung kommt es auch nicht darauf an, dass der die Steuerpflicht des Käufers auslösende Verzicht auf die Steuerbefreiung (§ 9 Abs. 1 UStG) in erster Linie der Sicherung von Steuervorteilen des Verkäufers dient, da dieser andernfalls vom Vorsteuerabzug ausgeschlossen wäre (§ 15 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 UStG; dazu *Heidner* in *Bunjes/Geist*, a. a. O., § 9 Rdnr. 3). Zwar mag der Umstand, dass dem Verkäufer aufgrund des Verzichts ein bereits gewährter Vorsteuerabzug verbleibt, für diesen einen mit dem Verkauf zumindest mittelbar verbundenen wirtschaftlichen Vorteil darstellen. Rechtlich handelt es sich jedoch weder hierbei noch bei der von dem Käufer im Hinblick auf seine eigene Steuerschuld zu erbringenden Umsatzsteuerzahlung um einen Teil der geschuldeten Gegenleistung.

(4) Die Rechtslage ist im Ansatz derjenigen bei der Grunderwerbsteuer vergleichbar, für die der Käufer ebenfalls – wenn auch gesamtschuldnerisch neben dem Verkäufer (§ 13 Nr. 1 GrEStG i. V. m. § 44 Abs. 1 AO) – gegenüber der Finanzbehörde als Steuerschuldner einzustehen hat. Die Grunderwerbsteuer, zu deren Übernahme sich der Käufer regelmäßig gegenüber dem Verkäufer verpflichtet, zählt indes nach allgemeiner Auffassung nicht zu dem zivilrechtlichen Kaufpreis, ohne dass es darauf ankommt, ob insoweit eine Zuordnung zu

den Erwerbsnebenkosten i. S. d. § 448 Abs. 2 BGB vorzunehmen ist (zum Meinungsstand etwa *Erman/Grunewald*, BGB, 12. Aufl., § 448 Rdnr. 6; *MünchKommBGB/Westermann*, 5. Aufl., § 448 Rdnr. 11; *Palandt/Weidenkaff*, 69. Aufl., § 448 Rdnr. 7 – jeweils m. w. N.; vgl. auch *Hartmann*, a. a. O., § 20 KostO Rdnr. 15 „Grunderwerbsteuer“).

d) Damit ist auch die in dem hier zugrundeliegenden Grundstückskaufvertrag – aufgrund des in § 2 Abs. 3 Satz 1 des Notarvertrages erklärten Verzichts der Verkäuferin auf die Steuerbefreiung – anfallende Umsatzsteuer kein Bestandteil des Kaufpreises mit der Folge, dass sich der Geschäftswert nach § 20 Abs. 1 Satz 1 KostO ausschließlich nach dem Nettokaufpreis richtet. Eine vom Regelfall abweichende Beurteilung ergibt sich insbesondere nicht aus der Bestimmung in § 2 Abs. 3 Satz 3 des Notarvertrages. Dem darin enthaltenen Hinweis auf die Steuerpflicht der Kostenschuldnerin kommt lediglich eine klarstellende und warnende Funktion zu. Denn auf diese Weise werden der Kostenschuldnerin die nachteiligen Rechtsfolgen vor Augen geführt, die mit der Erklärung der Verkäuferin für sie verbunden sind. Für den zivilrechtlich geschuldeten Kaufpreis bleibt die Regelung ohne Bedeutung.

2. Als zutreffend erweist sich auch die Annahme des Beschwerdegerichts, dass die Beurkundung des Verzichts keine Auswirkungen auf die anfallenden Notargebühren hat.

a) Bei dem Verzicht auf die Umsatzsteuerbefreiung gemäß § 9 Abs. 1 UStG, der nach § 9 Abs. 3 Satz 2 UStG der notariellen Beurkundung bedarf, handelt es sich um eine einseitige Erklärung des Verkäufers i. S. d. § 36 Abs. 1 KostO. Deren Beurkundung würde sich jedoch nur dann als gebührenrechtlich relevant erweisen, wenn der Verzicht und der gleichzeitig beurkundete Kaufvertrag (§ 36 Abs. 2 KostO) einen verschiedenen Gegenstand hätten (vgl. § 44 Abs. 2 b KostO). Verzicht und Kaufvertrag betreffen indes denselben Gegenstand, weshalb der Notarkostenberechnung ausschließlich die für die Beurkundung des Kaufvertrages anfallende (höhere) Gebühr zugrunde zu legen ist (§ 44 Abs. 1 Satz 1 KostO).

b) Derselbe Gegenstand i. S. v. § 44 Abs. 1 Satz 1 KostO ist gegeben, wenn sich die Erklärungen auf dasselbe Recht oder Rechtsverhältnis beziehen oder wenn sich, bei mehreren Rechtsverhältnissen, aus der Gesamtheit der Erklärungen ein Hauptgeschäft heraushebt und das weitere Rechtsgeschäft mit diesem in einem engen, inneren Zusammenhang steht (Senat, Beschluss vom 21.11.2002, V ZB 29/02, BGHZ 153, 22, 27; Beschluss vom 9.2.2006, V ZB 172/05, BGHZ 166, 189, 191; Beschluss vom 9.2.2006, V ZB 152/05, NJW 2006, 2045, 2046). Letzteres ist hier der Fall.

aa) Anlass für die Beurkundung war die beabsichtigte Veräußerung mehrerer Grundstücke durch die Verkäuferin an die Kostenschuldnerin. Die hierzu abgegebenen rechtsgeschäftlichen Erklärungen bilden den Kern des notariellen Vertrages. Dagegen handelt es sich bei dem weiterhin beurkundeten Verzicht der Verkäuferin auf die Steuerbefreiung um eine den Abschluss des Kaufvertrages begleitende Erklärung, durch die die Grundstücksübertragung umsatzsteuerrechtlich in einem bestimmten Sinne geregelt werden sollte. Der Verzicht steht somit zwar in einem sachlichen Zusammenhang mit dem Kaufvertrag, tritt aber in seiner rechtlichen und wirtschaftlichen Bedeutung hinter diesen zurück (ebenso OLG Düsseldorf, JurBüro 2008, 433, 434; *Notarkasse*, Streifzug durch das Kostenrecht, a. a. O., Rdnr. 1294; a. A. *Rohs* in *Rohs/Wedewer*, a. a. O., § 44 Rdnr. 7; *Holthausen-Dux*, notar 2004, 54, 56; *Klein*, RNotZ 2005, 160, 161; *Wudy*, NotBZ 2005, 103).

bb) Für dieses Ergebnis spricht auch die in § 18 Abs. 2 Satz 2 KostO enthaltene Wertung. Nach dieser Vorschrift werden Früchte, Nutzungen, Zinsen, Vertragsstrafen und Kosten bei der Festsetzung des Geschäftswertes nur berücksichtigt, wenn sie Gegenstand eines besonderen Geschäfts sind; das gilt grundsätzlich in gleicher Weise für die in einem Vertrag getroffenen Bestimmungen zur Steuertragung (KG, DNotZ 1942, 109, 112 f.; *Korintenberg/Schwarz*, a. a. O., § 18 Rdnr. 6). Hieraus folgt, dass Nebengegenstände, die in demselben Geschäft wie der Hauptgegenstand eine Regelung erfahren, kostenrechtlich regelmäßig ohne Bedeutung bleiben (vgl. *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, a. a. O., § 20 Rdnr. 29 c). Besondere Umstände, die hinsichtlich der bei Grunderwerbsvorgängen anfallenden Umsatzsteuer eine andere Betrachtung nahe legen könnten, sind nicht gegeben.

### Hinweis der Schriftleitung:

Der BGH bestätigt mit dieser Entscheidung die Auffassung der Notarkasse (Streifzug durch die KostO, 8. Aufl. 2010, Rdnr. 1452).

15. KostO §§ 30 Abs. 1, 36 Abs. 2, 156 (*Geschäftswert von Geschäftsanteilen an einer gemeinnützigen GmbH*)

1. **Der Geschäftswert für die Beurkundung des Verkaufs eines Geschäftsanteils an einer gemeinnützigen GmbH richtet sich nach dessen Nennwert.**
2. **Der Geschäftsanteil an einer gemeinnützigen GmbH hat wegen der Besonderheiten der Gemeinnützigkeit der Gesellschaft keinen am Markt erzielbaren Verkehrswert.**
3. **Im Verfahren der weiteren Beschwerde in Notarkostensachen ist eine unselbständige Anschließung an das Hauptrechtsmittel statthaft (Anschluss an KG, DNotZ 1988, 200 = JurBüro 1988, 89)**

OLG Jena, Beschluss vom 27.5.2010, Not W 18/09

Die Kostenschuldnerin verlangt mit ihrer Beschwerde Herabsetzung des Geschäftswertes einer Notarkostenrechnung und entsprechende Rückzahlung zuviel gezahlter Notargebühren. Das LG hat der Beschwerde überwiegend stattgegeben. Hiergegen wenden sich beide Parteien mit der weiteren Beschwerde, mit der die Kostenschuldnerin eine Verzinsung der zurückzuzahlenden Gebühren und eine Erstattung ihrer außergerichtlichen Kosten anstrebt, während der Kostengläubiger die Bestätigung seiner Notarkostenrechnung begehrt.

Die Stadt A. war die alleinige Gesellschafterin der „Gemeinnützigen Betriebsgesellschaft für soziale Dienste und Einrichtungen mbH“ (im Folgenden: gGmbH) und verkaufte durch einen vom Kostengläubiger beurkundeten notariellen Kaufvertrag vom 31.12.2004, UR-Nr. ... , ihre Geschäftsanteile von insgesamt 25.600 € in Höhe eines Anteils von 23.000 € an den Unternehmensberater R. H. aus X. zum Kaufpreis von 23.000 € und in Höhe eines Anteils von 2.600 € an die Kostenschuldnerin zum Kaufpreis von 2.600 €, deren Geschäftsführer und Mehrheitsgesellschafter R. H. ist. Des Weiteren enthält die notarielle Urkunde folgende Rechtsgeschäfte:

Eine Gesellschafterversammlung der „Gemeinnützigen Betriebsgesellschaft für soziale Dienste und Einrichtungen mbH“ mit den Beschlüssen:

- a) Umstellung des Stammkapitals von 50.000 DM auf 25.546,60 €
- b) Aufrundung des Stammkapitals um 35,40 € auf 25.600 € und Übernahme der Einlagenschuld von 35,40 € durch die Stadt A.
- c) Teilung des Stammkapitals in zwei Anteile: 23.000 € und 2.600 €
- d) Verkauf der Geschäftsanteile an die Kostenschuldnerin und R. H.

In seiner Kostenberechnung vom 6.1.2005 setzte der Kostengläubiger folgende Geschäftswerte an:

a) Beschlüsse	
Euro-Umstellung	25.000,00 €
Geschäftsanteilsteilung	25.600,00 €
b) Übernahme von 35,40 €	35,40 €
c) Kaufvertrag	1.181.994,06 €
<b>Summe</b>	<b>1.232.594,06 €</b>

Er stellte demgemäß folgende Gebühren in Rechnung:

Gebühr	Wert	Beurkundungsgebühr
Beurkundungsgebühr gemäß § 47 KostO	1.232.594,06 € (vgl. oben)	3.834,00 €
Beurkundungsgebühr gemäß § 36 Abs. 2 KostO	1.182.029,46 € (vgl. oben Wert b. + c.)	3.684,00 €
Dokumentenpauschale ... , Postauslage ... , MwSt ....		
Summe insgesamt		8.768,09 €
Kostenanteil der Kostenschuldnerin 115/128		7.877,58 €

Hiergegen hat die Kostenschuldnerin mit Schriftsatz vom 18.8.2006, eingegangen am 23.8.2006, Beschwerde beim LG Erfurt eingelegt. Sie hat geltend gemacht, der Geschäftswert für den Zustimmungsbeschluss der Gesellschafterversammlung zum Verkauf sei nicht mit 1.181.994,06 €, sondern nur mit 25.600 € anzusetzen.

Der Geschäftswert für den Kaufvertrag selbst sei ebenfalls mit 25.600 € anzusetzen zuzüglich 3.000 € gemäß § 30 Abs. 2 KostO für die in § 8 der notariellen Urkunde geregelte „Investitionsverpflichtung“ der Käufer.

Richtigerweise ergebe sich daher folgende Kostenberechnung:

Gebühr	Wert	Beurkundungsgebühr
Beurkundungsgebühr gemäß § 47 KostO	25.600 €	354,00 €
Beurkundungsgebühr gemäß § 36 Abs. 2 KostO	aus Wert 28.600 €	180,00 €
Dokumentenpauschale ... , Postauslage ... , MwSt ....		
Summe insgesamt		666,65 €
Kostenanteil der Kostenschuldnerin 115/128		598,94 €

Da sie bereits 7.877,58 € gezahlt habe, verlange sie 7.278,64 € zurück.

Der Kostengläubiger hat geltend gemacht, dass er zu Recht als Geschäftswert für den Zustimmungsbeschluss „Verkauf“ und für den Kaufvertrag selbst den Wert der Aktiva i. H. v. 1.212.691,26 € aus der Bilanz der „Gemeinnützigen Betriebsgesellschaft für soziale Dienste und Einrichtungen mbH“ vom 31.12.2003 angesetzt habe, abzüglich der nach § 6 Abs. 1 lit. b, bc des notariellen Kaufvertrags abzuziehenden Verbindlichkeiten für Lieferungen und Leistungen i. H. v. 30.697,20 €. Dies ergebe 1.181.994,06 €. Hinsichtlich der anzuwendenden Kostenvorschriften sei seine Kostenberechnung allerdings aufgrund der Neufassung der KostO zu korrigieren: An die Stelle der §§ 26, 27 träten die gleichlautenden §§ 41 a Abs. 4 Satz 1 und 41 c Abs. 1 KostO. Ferner sei von den 1.181.994,06 € ein Abschlag von 10 % wegen der Gemeinnützigkeit vorzunehmen. Dies ergebe 1.063.794,60 €. Beide Korrekturen habe er in seiner neuen Kostenrechnung vom 25.8.2006 berücksichtigt und den überschüssigen Rechnungsbetrag von 750,37 € an die Kostenschuldnerin zurückerstattet. Im Übrigen halte er an seiner Abrechnung fest, die nunmehr wie folgt lautet:

a) Beurkundungsgebühr gemäß § 47 KostO

Vorgang	Wert	Beurkundungsgebühr
für Zustimmungsbeschlüsse der Gesellschafterversammlung	25.000,00 €	
Teilung Geschäftsanteile	25.600,00 €	
Zustimmung zum Verkauf	1.063.794,60 €	
Zwischensumme	1.114.394,60 €	3.474,00 €

b) Beurkundungsgebühr gemäß § 36 Abs. 2 KostO

Vorgang	Wert	Beurkundungsgebühr
Kaufvertrag	1.063.794,60 €	
Kapitalerhöhung	35,40 €	
Zwischensumme	1.063.830,00 €	3.324,00 €

c) Dokumentenpauschale ..., Postauslage ..., MwSt ....

Summe insgesamt		7.932,89 €
Kostenanteil der Kostenschuldnerin 115/128		7.127,21 €

Das LG hat eine Stellungnahme der Ländernotarkasse eingeholt. Darin wird die Ansicht vertreten, dass die Geschäftsanteile einer gemeinnützigen GmbH nicht mit dem Verkehrswert, sondern mit dem Nennwert anzusetzen seien. Das LG hat ferner eine Stellungnahme des Präsidenten des LG Erfurt eingeholt, der der Ansicht der Ländernotarkasse zugestimmt hat. Nach Abgabe an das zuständige LG Mühlhausen hat dieses eine Stellungnahme des Präsidenten des LG Mühlhausen eingeholt, der gegenteiliger Ansicht ist und auf den Verkehrswert des Geschäftsanteils abstellen will.

Das LG ist sodann durch Beschluss vom 28.11.2008 der Rechtsansicht der Ländernotarkasse gefolgt und hat die gegenteilige Ansicht des Präsidenten des LG Mühlhausen abgelehnt. Dementsprechend hat es die Kostenrechnung des Kostengläubigers vom 25.8.2006 auf 2.991,29 € herabgesetzt und eine Rückzahlungsverpflichtung i. H. v. 4.135,92 € ausgesprochen. Eine Kostenerstattung hat es versagt, die weitere Beschwerde aber hinsichtlich der Höhe des Geschäftswerts zugelassen. Geschäftswert und Gebühren hat es – der Ländernotarkasse folgend – wie folgt aufgeschlüsselt:

a) Beurkundungsgebühr gemäß § 47 KostO

Vorgang	Wert	Beurkundungsgebühr
Euroumstellung	25.000,00 €	
Teilung Geschäftsanteile	25.600,00 €	
Zustimmung zum Verkauf	25.600,00 €	
Zwischensumme	76.200,00 €	354,00 €

b) Beurkundungsgebühr gemäß § 36 Abs. 2 KostO für

Vorgang	Wert	Beurkundungsgebühr
Kaufvertrag	25.600,00 € (Nennwert Geschäftsanteile)	

Investitionsverpflichtung 20 % von 3,3 Mio. €	660.000,00 €	
Kapitalerhöhung	35,40 €	
Zwischensumme	685.635,40 €	2.184,00 €

c) Dokumentenpauschale ..., Postauslage ..., MwSt ....

Summe insgesamt		2.991,29 €
-----------------	--	------------

Gegen den Beschluss hat der Kostengläubiger weitere Beschwerde eingelegt. Er hält an seiner Ansicht, es sei auf den Verkehrswert abzustellen, fest.

Die Kostenschuldnerin hat gegen Beschluss weitere Anschlussbeschwerde eingelegt. Sie akzeptiert den Beschluss des LG, begehrt aber eine Verzinsung des zurückzuzahlenden Betrags und den Ausspruch einer Kostenerstattungspflicht des Notars. Auf die jeweiligen Beschwerdebelegungen wird Bezug genommen.

Aus den Gründen:

I.

Die weitere Beschwerde des Kostengläubigers und die weitere Anschlussbeschwerde der Kostenschuldnerin werden zurückgewiesen.

Eine Erstattung außergerichtlicher Kosten findet nicht statt.

II.

Die weitere Beschwerde des Kostengläubigers ist statthaft, jedoch unbegründet.

1. Während bei einer individualnützigen GmbH als Geschäftswert nach § 30 Abs. 1 KostO für die Beurkundung des Verkaufs eines Geschäftsanteils grundsätzlich der Verkehrswert des Geschäftsanteils anzusetzen ist (*Lappe*, Anm. zu BayObLG, KostRsp. KostO, § 30 Nr. 67), ist im vorliegenden Fall einer gemeinnützigen GmbH (sog. „Nonprofit-Bereich“, vgl. *Schlüter*, GmbHR 2002, 535 Fn. 3; *Priester*, GmbHR 1999, 149) der Nennwert des Geschäftsanteils maßgebend (Ländernotarkasse, NotBZ 2008, 190). Hierbei folgt der Senat der Auffassung des BayObLG (DNotZ 1992, 588 Tz. 14 a. E.) und des OLG Hamm (GmbHR 1997, 942 mit zust. Anm. *Jaeger*, DB 1997, 1607), die auch für den vorliegenden Fall zutreffend ist. Danach ist der Geschäftswert jedenfalls durch den Nennwert der Geschäftsanteile nach oben hin begrenzt und somit auf 25.600 € festzusetzen. Eine weitere Herabsetzung ist nicht gerechtfertigt, da auch die Beschwerde der Kostenschuldnerin eine solche nicht anstrebt, vielmehr eine Festsetzung auf den Nennwert. Nicht maßgeblich ist hingegen der vom Kostengläubiger (Notar) angesetzte sehr viel höhere Wert, den er als Verkehrswert des Geschäftsanteils der gemeinnützigen GmbH ansieht.

a) Für diese auf den Nennwert abstellende Auffassung sind folgende Gründe maßgebend, die mit den Besonderheiten der Gemeinnützigkeit zusammenhängen:

Nach § 2 Abs. 6 der Satzung der gGmbH, auf die das LG Bezug genommen hat, erhalten die Gesellschafter keine Gewinnanteile. Diese Regelung entspricht den Gemeinnützigkeitsvorschriften der §§ 55 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2, 59 AO. Ohne sie wäre die Gemeinnützigkeit nicht gegeben (*Bayer* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl. 2009, § 3 Rdnr. 53). Nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 AO dürfen die Gesellschafter keine Gewinnanteile erhalten, soll die GmbH als gemeinnützig anerkannt werden. *Lappe* hat daher bereits im Jahre 1985 darauf hingewiesen, dass in einem solchen Fall der Geschäftsanteil an der gemeinnützigen GmbH keinen Verkehrswert hat

(Lappe, Anm. zu BayObLG, KostRsp. KostO, § 30 Nr. 67). Dafür sprechen weitere Gesichtspunkte:

Nach § 12 Abs. 1 der Satzung der gGmbH darf ein etwaiger Gewinn der Gesellschaft nur und ausschließlich für die steuerbegünstigten satzungsgemäßen Zwecke verwendet werden. Dies korrespondiert mit § 55 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 AO und soll die Gemeinnützigkeit der gGmbH sicherstellen. Auch dies schließt es aus, dass der Geschäftsanteil einen Verkehrswert erreichen kann.

Nach § 14 Abs. 3 der Satzung erhalten die Gesellschafter bei Ausscheiden oder bei Auflösung der Gesellschaft nicht mehr als ihre eingezahlten Stammeinlagen zurück. Dies korrespondiert mit dem in § 55 Abs. 1 Nr. 4 Satz 1 AO legaldefinierten Grundsatz der Vermögensbindung. Danach darf das Vermögen der gGmbH, soweit es die eingezahlten Stammeinlagen übersteigt, bei Auflösung der Gesellschaft ebenfalls nur für steuerbegünstigte Zwecke verwendet werden. Dies kann dadurch bewerkstelligt werden, dass das Vermögen auf eine andere gemeinnützige GmbH übertragen wird (§ 55 Abs. 1 Nr. 4 Satz 2 AO).

Durch diese Regelungen soll eine Individualnützigkeit der gGmbH dauerhaft ausgeschlossen werden. Sie verhindern, dass der Geschäftsanteil eine Verkehrswertbildung erfährt. Die Zuordnung des Gesellschaftsvermögens zu den Gesellschaftern der gGmbH ist nahezu vollständig aufgehoben (Schlüter, GmbHR 2002, 535, 540 sub III.).

Obwohl die Satzung in der streitgegenständlichen Urkunde nicht mitbeurkundet worden ist, sind ihre Regelungen bei der Bemessung des Geschäftswerts zu berücksichtigen. Die Entscheidung des BayObLG vom 19.11.1984, 3 Z 137/82 (BB 1985, 7 = JurBüro 1985, 583) steht nicht entgegen. Dort hat das BayObLG zwar eine Berücksichtigung nicht mitbeurkundeter Satzungsregelungen bei der Festlegung des Geschäftswerts nach § 30 Abs. 1 KostO abgelehnt. Es hat aber in einer späteren Entscheidung vom 17.10.1991, 3 Z 114/91 (BayObLGZ 1991, 361 = JurBüro 1992, 183) ausgeführt, dass sich diese Entscheidung nur auf die Beurkundung des Verfügungsgeschäfts – ohne Kausalgeschäft – beziehe, nicht auf die Beurkundung von Abtretung samt Kausalgeschäft. Werde das Kausalgeschäft (Austauschvertrag) mitbeurkundet, könne sehr wohl auf Satzungsregelungen als wertbildende Faktoren zurückgegriffen werden. Denn diese beeinflussen den Anteilswert mittelbar (Michalski/Ebbing, GmbHG, Band I, 2002, § 14 Rdnr. 35).

Zwar ist es denkbar, dass das Gewinnausschüttungsverbot durch sog. verdeckte Gewinnausschüttungen umgangen wird, z. B. dadurch, dass ein Gesellschafter von der gGmbH für seine Geschäftsführertätigkeit ein unangemessen hohes Gehalt erhält, eine Umsatzantieme, ein zinsloses oder unangemessen zinsgünstiges Darlehen oder Waren zu einem unangemessen niedrigen Preis. Das kann den Wegfall der Gemeinnützigkeit und eine Nachversteuerungspflicht nach § 61 Abs. 3 AO zur Folge haben (vgl. FG Münster, Urteil vom 3.3.2009, 9 K 5195/04; FG Saarland, GmbHR 2000, 1118; FG Köln, EFG 2009, 509; Schulte/Behnes, BB Beilage 2007, Nr. 9). Dafür fehlen aber im vorliegenden Fall jegliche Anhaltspunkte. Die nur theoretische Möglichkeit reicht nicht aus.

Darüber hinaus stellt der streitgegenständliche Geschäftsanteilskaufvertrag eine Gemeinnützigkeit der GmbH sicher. Denn nach § 9 Abs. 1 des Kaufvertrags sind die Käufer verpflichtet, am Standort A. Pflegeleistungen dauerhaft „sicherzustellen“. Aus dem vorgelegten Verkaufsexposé, dessen Erstellung dem streitgegenständlichen Kaufvertrag voraus-

gegangen ist, ergibt sich, dass das Alten- und Pflegeheim „Am X-Park“ in A. die alleinige Betriebsstätte der gGmbH ist. Dort soll dauerhaft eine Gemeinnützigkeit erhalten bleiben. Obwohl das LG in seinem Beschluss auf das Verkaufsexposé nicht eingeht, ist der Senat nicht gehindert, es zu berücksichtigen. Zwar ist er nach §§ 156 Abs. 4 Satz 4 KostO, 27 Abs. 1 Satz 2 FGG, 559 ZPO an die tatsächlichen Feststellungen des LG gebunden und darf nicht neue Tatsachen feststellen. Das gilt aber nicht für offenkundige Tatsachen (Meyer-Holz in Keidel/Kuntze/Winkler, FGG, 15. Aufl. 2003, § 27 Rdnr. 45 m. w. N.). Zu diesen zählen solche Tatsachen, die ohne weitere Ermittlungen feststehen, weil sie sich eindeutig aus den Akten ergeben (Meyer-Holz in Keidel/Kuntze/Winkler, FGG, 15. Aufl. 2003, § 27 Rdnr. 45 m. w. N.).

Ferner verpflichteten sich die Käufer in § 8 des Kaufvertrags, das Alten- und Pflegeheim mit einem Aufwand von ca. 3,3 Mio. € zu sanieren und um einen Neubau zu erweitern. Für den Fall der Nichterfüllung dieser in §§ 8 und 9 des Kaufvertrags geregelten Pflichten sieht § 10 ein Rückkaufsrecht der Verkäuferin (Stadt A.) vor. Auch dadurch ist die Gemeinnützigkeit gesichert.

§ 5 Abs. 1 der Satzung ermöglicht zwar die Übertragung der Geschäftsanteile. § 11 des Kaufvertrags regelt aber die Verpflichtung der Käufer, die Pflichten aus §§ 8 und 9 des Kaufvertrags auf den Erwerber zu übertragen und diesen gleichermaßen zur Weitergabe der übernommenen Pflichten zu verpflichten. Darüber hinaus haben die Käufer nach § 12 des Kaufvertrags sicherzustellen, dass ein weiterer Erwerber ebenfalls die Pflichten aus §§ 8 und 9 des Kaufvertrags erfüllt.

Aus der Möglichkeit zur Übertragung der Geschäftsanteile kann nicht auf das Bestehen eines Verkehrswerts geschlossen werden. Denn es sind keine Anhaltspunkte dafür vorhanden, dass am Finanzmarkt ein Handel mit Geschäftsanteilen an gemeinnützigen Gesellschaften stattfindet, bei dem Kursgewinne erzielt werden, die letztlich einen Verkehrswert bedingen. Dem steht die fehlende Gewinnbeteiligung entgegen.

Es kommt hinzu, dass im Grundbuch des Betriebsgrundstücks eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit zugunsten des Freistaats Thüringen eingetragen ist, wonach auf dem Grundstück des Alten- und Pflegeheims nur ein Pflegeheim im Sinne des Sozialgesetzbuchs XI betrieben werden darf und der Grundstückseigentümer – die gGmbH – alle Maßnahmen zu unterlassen hat, die diesem Zweck zuwiderlaufen. Dies ergibt sich aus dem vorgelegten Grundbuchauszug zu Blatt 6047 (Bl. II/276). Obwohl das LG in seinem Beschluss hierauf nicht eingeht, ist der Senat nicht gehindert, den Grundbuchauszug zu berücksichtigen. Denn hierbei handelt es sich um eine offenkundige Tatsache. Zu diesen zählen Registereintragungen (Meyer-Holz in Keidel/Kuntze/Winkler, FGG, 15. Aufl. 2003, § 27 Rdnr. 45 m. w. N.).

Darüber hinaus stellt auch der vom LG in Bezug genommene, am gleichen Tag abgeschlossene Grundstückskaufvertrag (Urkundenrolle Nr. ...), durch den die Kostenschuldnerin am besagten Standort weitere Grundstücksflächen von der Stadt A. hinzugekauft hat, sicher, dass am dortigen Standort dauerhaft Pflegeleistungen erbracht werden. Dieser Vertrag enthält gleichermaßen ein Rückkaufsrecht für den Fall der Nichterfüllung, eine Weitergabeverpflichtung wie oben und darüber hinaus eine „Koppelungsvereinbarung“ (Koppelung beider Kaufverträge) mit Absicherung durch ein Rücktrittsrecht der Stadt A.

Nach alledem hält der Senat die Gemeinnützigkeit der gGmbH für derart abgesichert, dass die Geschäftsanteile einen Verkehrswert nicht erlangen können. Dementsprechend



kommt als Geschäftswert i. S. v. § 30 Abs. 1 KostO nur der Nennwert in Frage.

b) Die hiergegen angeführten Einwände des Kostengläubigers überzeugen nicht. Soweit er darauf hinweist, dass das Stammkapital der Kostenschuldnerin nahezu vollständig in den Händen deren Geschäftsführers R. H. liege, der deshalb alleinigen Einfluss auf die gGmbH habe, trifft dies zwar zu. Gleichwohl kann die Gemeinnützigkeit wegen der oben genannten Absicherungen von ihm nicht aufgehoben werden. Richtig ist zwar, dass der Geschäftsführer das Firmengrundstück der gGmbH mit einem Grundpfandrecht belasten und ein Darlehen aufnehmen kann. Dieses darf aber nach den oben genannten Regelungen nur für gemeinnützige Zwecke verwendet werden und muss im Übrigen zurückgezahlt werden. Es ist nicht ersichtlich, dass sich dadurch der Nennwert des Geschäftsanteils zu einem überragenden Verkehrswert entwickeln könnte. Denn nach den oben zitierten Absicherungen ist eine Verwertung des Betriebsgrundstücks zu anderen als gemeinnützigen Zwecken nicht möglich.

c) Die Gegenauffassung (vgl. *Reimann* in *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 18. Aufl. 2010, § 30 Rdnr. 12 e), die grundsätzlich einen über dem Nennwert liegenden Verkehrswert des Geschäftsanteils der gemeinnützigen GmbH annimmt, diesen nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen ermittelt und davon – wegen der Gemeinnützigkeit – einen Abschlag von „etwa 10–30 %“ vornimmt, überzeugt nicht. Denn sie liefert keine Erklärung für die Existenz eines Verkehrswerts. Weder befasst sie sich mit den vorgeannten Argumenten, noch widerlegt sie diese. Sie zitiert die Auffassung der Ländernotarkasse, der auch der erkennende Senat folgt, tritt ihr aber nicht entgegen (siehe *Reimann*, a. a. O.). Der Abschlag erscheint mehr oder weniger willkürlich gewählt. Die Anwendung betriebswirtschaftlicher Grundsätze bei der Wertermittlung führt zur grundsätzlichen Gleichbehandlung von Profit- und Nonprofit-Bereich, was sachlich nicht gerechtfertigt ist.

2. Der Geschäftswert des Zustimmungsbeschlusses „Verkauf“ kann entgegen der Ansicht des Kostengläubigers ebenfalls nicht abweichend vom Nennwert der Geschäftsanteile angesetzt werden, sondern nur mit 25.600 €, was jedenfalls die Kostenschuldnerin akzeptiert. Er erhöht sich nicht um den Wert der Investitionsverpflichtung. Denn diese ist bereits bei der Beurkundungsgebühr für den Kaufvertrag nach § 36 Abs. 2 KostO berücksichtigt worden. Beim Zustimmungsbeschluss ist sie nicht erneut zu berücksichtigen, denn bei ihm ist maßgeblich, ob eine Zustimmungsbedürftigkeit besteht (*Bengel/Tiedtke* in *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 18. Aufl. 2010, § 41 c Rdnr. 29 c). Das ist – worauf die Ländernotarkasse zutreffend hingewiesen hat – nicht der Fall. Denn das der Geschäftsanteilsabtretung zugrundeliegende Verpflichtungsgeschäft, in welchem die Investitionsverpflichtung enthalten ist, ist zustimmungsfrei. Es kann nicht nach § 15 Abs. 5 GmbHG vinkuliert werden, da diese Vorschrift nach allgemeiner Meinung nur für das Verfügungsgeschäft gilt (*Michalski/Ebbing*, GmbHG, Band I, 2002, § 15 Rdnr. 135; *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 17. Aufl. 2009, § 15 Rdnr. 65; *Rowedder/Bergmann* in *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG, 4. Aufl. 2002, § 15 Rdnr. 162, jeweils m. w. N.).

3. Die unselbständige Anschlussbeschwerde der Kostenschuldnerin ist an sich statthaft (vgl. hierzu KG, JurBüro 1988, 86, 88 unter Hinweis auf BGH, NJW 1978, 1977). Diese Ansicht hat sich durchgesetzt und ihre Verankerung im Gesetz gefunden, wie § 73 FamFG verdeutlicht. Auch im Übrigen ist das Anschlussrecht verfahrensrechtlich

nicht zu beanstanden. Es ist ebenfalls form- und fristgerecht innerhalb eines Monats nach Zustellung des Beschlusses des LG eingelegt worden (§ 156 Abs. 2 Satz 1, Abs. 4 Satz 1 KostO a. F.). Als Anschlussbeschwerde ist sie fristgebunden, gleich ob sie vom Kostenschuldner oder vom Notar eingelegt wird (*Bengel/Tiedtke* in *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 17. Aufl. 2008, § 156 Rdnr. 75).

In der Sache aber hat die Anschlussbeschwerde keinen Erfolg.

Entgegen der Auffassung der Kostenschuldnerin ist der Rückzahlungsbetrag nicht zu verzinsen. Die Voraussetzungen der Verzinsungspflicht nach § 157 Abs. 1 Satz 2, 3 KostO liegen nicht vor. Die Kostenschuldnerin hat den Antrag auf Entscheidung des LG nach § 156 Abs. 1 KostO nicht innerhalb eines Monats nach Zustellung der vollstreckbaren Ausfertigung der Kostenberechnung gestellt. Diese ist im Jahre 2005 zugestellt worden. Es ist unerheblich, dass das genaue Datum der Zustellung nicht aktenkundig ist. Denn der Antrag auf Entscheidung des LG ist erst im August 2006 gestellt worden, also weit mehr als einen Monat nach Zustellung. Hierbei ist nur auf den Antrag im vorliegenden Verfahren abzustellen, nicht auf den erstmaligen Antrag im Verfahren 7 T 379/05 des LG Erfurt, der innerhalb der Monatsfrist gestellt worden ist. Denn dieser ist als unzulässig verworfen worden. Eine Verzinsung kann nur auf einen zulässigen Antrag hin zuerkannt werden.

Das LG hat auch zu Recht von der Anordnung einer Kostenersatzung abgesehen (§§ 156 Abs. 4 Satz 4 KostO a. F. i. V. m. § 13 a FGG). Eine solche wäre nur billig i. S. v. § 13 a Abs. 1 Satz 1 FGG, wenn dem Notar ein offensichtlicher Berechnungsfehler unterlaufen wäre (OLG Brandenburg, DNotZ 1997, 248, Tz. 25). Das ist hier nicht der Fall.

## Anmerkung:

### 1. Allgemeine Bewertungsgrundsätze

a) Sowohl bei einer entgeltlichen als auch bei einer unentgeltlichen Veräußerung eines Geschäftsanteils an einer GmbH muss der Notar den Wert des Geschäftsanteils ermitteln. Bei entgeltlicher Veräußerung liegt ein Austauschvertrag vor (§ 39 Abs. 2 KostO), der höhere Wert ist als Geschäftswert anzunehmen. Bei unentgeltlicher Veräußerung ist allein der Wert des Geschäftsanteils maßgebend. Die KostO enthält keine speziellen Regelungen für Beteiligungen an Kapitalgesellschaften, insbesondere nicht für die GmbH. Der Geschäftsanteil gewährt keine unmittelbare Beteiligung am Vermögen der Gesellschaft, wodurch § 18 KostO nicht einschlägig ist. Deshalb ist § 30 Abs. 1 KostO anzuwenden. Dort ist geregelt, dass der Wert einer vermögensrechtlichen Angelegenheit nach freiem Ermessen unter Verwendung aller für die Bewertung maßgeblicher Anhaltspunkte zu bestimmen ist. Bei der Ermessensbildung soll ein Wert angenommen werden, der mit den im Wirtschaftsleben zugrunde gelegten Werten möglichst übereinstimmt.<sup>1</sup> Der Nennbetrag eines Geschäftsanteils, der nur die Haftungslage und die Quote der Mitberechtigung kennzeichnet, ist – abgesehen von absoluten Ausnahmen – jedenfalls nicht mit dem wirtschaftlichen Wert (Verkehrswert) gleichzusetzen.<sup>2</sup>

b) In der notariellen Praxis gestaltet sich die Bewertung eines Geschäftsanteils trotz klarer Bewertungsvorgaben häufig als schwierig, insbesondere bei unentgeltlichen Übertra-

<sup>1</sup> BayObLG, JurBüro 1985, 583; *Lappe*, KostRsp. KostO, § 30 Nr. 67; *Korintenberg/Reimann*, KostO, 18. Aufl., § 30 Rdnr. 12.

<sup>2</sup> BayObLG, Rpfleger 1974, 237; JurBüro 1977, 1122; MittBayNot 1982, 141; OLG Celle, JurBüro 2002 47; *Korintenberg/Reimann*, KostO, 18. Aufl. § 30 Rdnr. 12.

gungen, weil keine Leistungen des Erwerbers gegenüber stehen, die für den Wert aufschlussreich sein könnten. Verpflichtet sich der Käufer zu Gegenleistungen (z. B. Kaufpreis, Schuldübernahme, Befreiung aus Bürgschaften, Übernahme von Einzahlungspflichten usw.), kann der Notar im Regelfall von der Summe der Gegenleistungen ausgehen, vor allem, wenn es sich um nicht miteinander verwandte Vertragspartner handelt. In solchen Fällen wird man von gleichwertigen Leistungen beider Vertragspartner ausgehen können.<sup>3</sup>

c) Zur Ermittlung des „Verkehrswertes“ für einen Geschäftsanteil kann der Notar auf mehrere Bewertungsmethoden zurückgreifen, wie z. B. im zeitlichen Zusammenhang stehende anderweitige Kaufverträge für Geschäftsanteile an der GmbH (ca. 3 Monate<sup>4</sup>); bei vikuierten Geschäftsanteilen in der Satzung festgelegte gesellschaftsrechtliche Abfindungsregelungen;<sup>5</sup> die Quote am bilanziellen Eigenkapital (Aktiva lt. Bilanz, wenn jedoch Grundbesitz enthalten ist, muss der Buchwert durch den nach § 19 Abs. 2 KostO maßgeblichen Verkehrswert ersetzt werden, auch Finanzanlagen müssen mit ihrem Verkehrswert berücksichtigt werden;<sup>6</sup> die Verbindlichkeiten sind abzuziehen, auch die Rückstellungen;<sup>7</sup> Bewertung beispielsweise nach dem bis zum 31.12.2007 gültigen Stuttgarter Verfahren, oder, falls ein solcher ermittelt ist, nach dem Kurswert usw.).<sup>8</sup> Hierbei ist der Notar allerdings auf die Mitwirkung der Beteiligten angewiesen. Diese sind verpflichtet, dem Notar brauchbare Unterlagen vorzulegen und auch Angaben über den Wert zu machen, wenn ihnen solche bekannt sind. Verweigern die Beteiligten ihre Mitwirkung bei der Wertermittlung, wie das nicht selten der Fall ist, kann der Notar den Wert durch eine Schätzung festsetzen. Den Beteiligten steht es dann nach wie vor frei, geeignete Bewertungsunterlagen nachzureichen, die dem Notar eine zuverlässige Bewertung ermöglichen.

## 2. Gemeinnützige GmbH

a) Die Literatur vertritt mit der Rechtsprechung mehrheitlich zur Bewertung von Geschäftsanteilen an gemeinnützigen GmbHs die Auffassung, dass auch hier das „normale“ Bewertungsverfahren anzuwenden ist und lediglich ein Wertabschlag von 10–30 % gerechtfertigt sei.<sup>9</sup> Wenn im Kaufvertrag über einen Geschäftsanteil an einer gemeinnützigen GmbH ein Kaufpreis vereinbart ist, dürfte sich ohnehin eine zusätzliche Wertermittlung erübrigen, da der Wert durch den Kaufpreis ausgedrückt wird.<sup>10</sup>

<sup>3</sup> Z. B. OLG Frankfurt/M., DNotZ 1987, 179.

<sup>4</sup> Streifzug durch die KostO, 8. Aufl. 2010, Rdnr. 956; *Schmidt/Sikora/Tiedtke*, Praxis des Handelsregister- und Kostenrechts, 6. Aufl. 2011, Rdnr. 2980.

<sup>5</sup> OLG München, DB 2005, 2810; *Korintenberg/Reimann*, KostO, 18. Aufl., § 30 Rdnr. 12 b.

<sup>6</sup> OLG Rostock, ZNotP 2010, 487 m. Anm. *Tiedtke* = FGPrax 2010, 315 = NotBZ 2011, 66 m. Anm. *Wudy* = JurBüro 2010, 603.

<sup>7</sup> Anders noch zum früheren Bilanzrecht: OLG Karlsruhe, notar 2008, 279 m. Anm. *Wudy* = ZNotP 2009, 39 m. Anm. *Tiedtke* = FGPrax 2008, 219 = BWNotZ 2008, 195, kein Abzug der Rückstellungen.

<sup>8</sup> Siehe zu diesem Problemkreis insbesondere die Ausführungen in *Korintenberg/Reimann*, KostO, 18. Aufl., § 30 Rdnr. 12 a–12 d.

<sup>9</sup> BayObLG, Rpfleger 1985, 583; OLG München, DB 2005, 2810; *Korintenberg/Reimann*, KostO, 18. Aufl., § 30 Rdnr. 12 e; Streifzug durch die KostO, 8. Aufl., Rdnr. 946; a. A. Ländernotarkasse Leipzig, Geschäftswert nur Nominalbetrag, NotBZ 2008, 190.

<sup>10</sup> BayObLG, MittBayNot 1992, 227 = JurBüro 1992, 183; *Korintenberg/Reimann*, KostO, 18. Aufl., § 30 Rdnr. 12 e.

b) Das OLG Jena hat mit seiner Entscheidung<sup>11</sup> die bisherige herrschende Meinung auf den Prüfstand gestellt und entschieden, dass die vorstehenden, für eine individualnützige GmbH geltenden Bewertungsgrundsätze nicht für Geschäftsanteile an einer gemeinnützigen GmbH anwendbar sind, auch nicht unter Berücksichtigung der empfohlenen Abschlüsse. Vielmehr sei bei einer gemeinnützigen GmbH (sog. „Nonprofit-Bereich“) nur der Nominalbetrag als Geschäftswert maßgeblich.<sup>12</sup> Der zutreffenden Argumentation der OLG Jena ist zu folgen. Bei einer gGmbH muss die Satzung der Gesellschaft regeln, dass die Gesellschafter keine Gewinnanteile erhalten. Diese Regelungen entsprechen den Vorgaben der §§ 55 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2, 50 AO. Ohne Beachtung dieser Normen läge keine Gemeinnützigkeit vor.<sup>13</sup> Danach dürfen die Gesellschafter keine Gewinnanteile erhalten, was dazu führt, dass Geschäftsanteile an einer gGmbH keinen Verkehrswert haben.<sup>14</sup>

c) Hinzu kommt noch ein weiterer, vom OLG Jena angesprochener Gesichtspunkt. Neben der Tatsache, dass Gewinne ausschließlich für die steuerbegünstigten satzungsmäßigen Zwecke zu verwenden sind, muss sichergestellt sein, dass die Gesellschafter bei Ausscheiden aus der Gesellschaft oder bei deren Auflösung nicht mehr als ihre Einlagen zurück erhalten. Die Vermögensbindung führt dazu, dass vorhandenes Vermögen auch bei Auflösung der Gesellschaft nur steuerbegünstigten Zwecken zugeführt werden darf. Das kann dadurch bewerkstelligt werden, dass beispielsweise das Vermögen bei Auflösung auf eine andere gGmbH übertragen wird (§ 55 Abs. 1 Nr. 4 Satz 2 AO). All diese Argumente können nur zu dem vom OLG Jena gefundenen Ergebnis führen, wonach für Geschäftsanteile an einer gGmbH nur deren Nominalbetrag als Geschäftswert angesetzt werden kann, es sei denn, es steht ein Kaufpreis gegenüber, der diesen Wert übersteigt.

## 3. Zustimmungsbeschluss

Das OLG Jena bestätigt in der hier besprochenen Entscheidung, dass der Geschäftswert für den Zustimmungsbeschluss zur Veräußerung in gleicher Weise zu bestimmen ist, wie für die Anteilsabtretung. Es liegt insoweit ein Beschluss mit bestimmtem Geldwert vor. Soweit neben der Anteilsabtretung noch eine Vereinbarung über eine Investitionsverpflichtung getroffen wurde und diese den Wert der Geschäftsanteilsabtretung nicht erhöht, bleibt sie auch beim Zustimmungsbeschluss unberücksichtigt. Für die (zusätzliche) Investitionsvereinbarung besteht keine Zustimmungspflicht, weshalb sie bei der Geschäftswertbestimmung für den Beschluss unbedeutend ist. Es könne insoweit auch nicht vinkuliert werden, da diese Vorschrift nach allgemeiner Meinung nur für das Verfügungsgeschäft gilt.<sup>15</sup>

## 4. Fazit

Die Notarkasse wird ihre bisherige Auffassung zur Bewertung eines Geschäftsanteils an einer gemeinnützigen GmbH<sup>16</sup> in der zum 1.12.2012 erscheinenden 9. Auflage des Streifzugs

<sup>11</sup> MittBayNot 2011, 426 (in diesem Heft).

<sup>12</sup> Mit Hinweis auf *Schlüter*, GmbHR 2002, 535; *Priester*, GmbHR 1999, 149.

<sup>13</sup> *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 17. Aufl. 2009, § 3 Rdnr. 53.

<sup>14</sup> So schon *Lappe*, Anm. zu BayObLG, KostRsp. KostO, § 30 Nr. 67.

<sup>15</sup> *Ebbing* in Michalski, GmbHG, Bd. 1, 2002, § 15 Rdnr. 135; *Bayer* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl., § 15 Rdnr. 65.

<sup>16</sup> Streifzug durch die KostO, 8. Aufl., Rdnr. 946.

durch die KostO aufgeben und sich der zutreffenden Auffassung des OLG Jena anschließen.

NOR Werner Tiedtke, Prüfungsabteilung der Notarkasse, München

## Steuerrecht

16. GrEStG § 3 Nr. 5 (*Steuerbefreiung des Grundstückserwerbs im Rahmen der Vermögensauseinandersetzung nach der Scheidung*)

1. **Vereinbaren Ehegatten zur Regelung der Vermögensauseinandersetzung im Zusammenhang mit ihrer Scheidung, dass sie vorerst Miteigentümer des weiterhin von einem Ehegatten und dem gemeinsamen Kind genutzten Wohnhauses bleiben, und erhält der nutzende Ehegatte ein notariell beurkundetes Ankaufsrecht für den Miteigentumsanteil des anderen Ehegatten, ist ein nach der Scheidung aufgrund des Ankaufsrechts erfolgter Erwerb vom früheren Ehegatten nach § 3 Nr. 5 GrEStG steuerfrei.**
2. **§ 3 Nr. 5 GrEStG begünstigt nicht den Grundstückserwerb vom Gesamtrechtsnachfolger des geschiedenen Ehegatten.**

BFH, Urteil vom 23.3.2011, II R 33/09

Die Klägerin und ihr früherer Ehemann (E) waren je zur Hälfte Miteigentümer eines mit einem Einfamilienhaus bebauten Grundstücks, das nach dem Auszug des E weiterhin von der Klägerin und dem gemeinsamen Sohn der Eheleute genutzt wurde. Die Ehe wurde 1991 geschieden.

Am 7.5.1990 schlossen die Klägerin und E im Hinblick auf die damals bereits beabsichtigte Scheidung einen notariell beurkundeten Auseinandersetzungsvertrag. Darin vereinbarten sie, dass es hinsichtlich des Grundstücks vorerst bei den bestehenden Eigentumsverhältnissen bleiben solle. E räumte, auch mit Wirkung gegenüber seinen Rechtsnachfolgern, der Klägerin das Recht ein, seinen Miteigentumsanteil zu kaufen, sobald sie dies verlangt. Als Kaufpreis war der zum Zeitpunkt der Ausübung des Ankaufsrechts geltende hälftige Verkehrswert des Gesamtobjekts vereinbart. Sollten sich die Beteiligten darüber nicht einigen können, sollte der Kaufpreis durch ein Schiedsgutachten eines von der Industrie- und Handelskammer zu bestellenden vereidigten Sachverständigen mit bindender Wirkung für die Beteiligten festgestellt werden. Zur Sicherung des Anspruchs der Klägerin wurde eine Auflassungsvormerkung bewilligt und in das Grundbuch eingetragen. E bestellte außerdem zugunsten der Klägerin ein Nießbrauchsrecht an seinem Miteigentumsanteil. Das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, war bis zum Tod des Längstlebenden der Miteigentümer ausgeschlossen.

E verstarb am 23.5.2003. Er wurde von seiner zweiten Ehefrau (K) beerbt.

Im Rahmen eines Zivilprozesses einigte sich die Klägerin mit K auf einen Kaufpreis für den Miteigentumsanteil von 75.000 €. Durch notariell beurkundeten Vertrag vom 12.4.2005 übertrug K der Klägerin den Miteigentumsanteil. Der Beklagte (das Finanzamt FA) setzte für diesen Erwerbsvorgang mit Bescheid vom 19.5.2005 Grunderwerbsteuer von 2.625 € gegen die Klägerin fest.

Einspruch und Klage, mit denen die Klägerin eine Steuerbefreiung gemäß § 3 Nr. 5 GrEStG u. a. deshalb beanspruchte, weil sie das Ankaufsrecht bereits wirksam gegenüber E ausgeübt habe, blieben ohne Erfolg. Das FG ging davon aus, dass die personenbezogenen Voraussetzungen der Vorschrift nicht erfüllt seien, weil die Klägerin den Miteigentumsanteil nicht von E, sondern von seiner Rechtsnachfolgerin K erworben habe. Auch wenn die Ausübung des Ankaufsrechts keiner Form bedürftig sei, sei es dazu vor dem Ableben des E wegen der fehlenden Einigung über den Kaufpreis nicht gekommen.

Mit der Revision rügt die Klägerin Verletzung des § 3 Nr. 5 GrEStG.

*Aus den Gründen:*

## II.

Die Revision ist begründet. Entgegen der Auffassung des FG ist für die wirksame Ausübung des Ankaufsrechts noch vor dem Ableben des E nicht erforderlich, dass sich die Klägerin und E über die genaue Höhe des Kaufpreises für den erworbenen Miteigentumsanteil geeinigt haben. Da der Kaufpreis aufgrund der notariellen Vereinbarung vom 7.5.1990 bestimmbar war, kann mit einer Ausübung des Ankaufsrechts gegenüber E ein Anspruch der Klägerin auf Übereignung des Miteigentumsanteils i. S. v. § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG entstanden sein. Dieser Erwerb wäre nach § 3 Nr. 5 GrEStG steuerfrei. In diesem Fall konnte der vom FA der Besteuerung unterworfenen Vertrag vom 12.4.2005 nicht zum nochmaligen Entstehen von Grunderwerbsteuer führen. Da das FG noch nicht festgestellt hat, ob die Klägerin ihr Ankaufsrecht gegenüber E ausgeübt und dadurch bereits vor dem Ableben des E einen Übereignungsanspruch erworben hatte, war die Vorentscheidung aufzuheben und die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das FG zurückzuverweisen (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 FGO).

1. Nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG unterliegt der Grunderwerbsteuer ein Kaufvertrag oder ein anderes Rechtsgeschäft, das den Anspruch auf Übereignung begründet. Ein grunderwerbsteuerbarer Erwerbsvorgang in diesem Sinne ist gegeben, wenn ein notariell beurkundetes Ankaufsrecht wirksam ausgeübt wird (vgl. Urteile des BFH vom 27.1.1965, II 60/60 U, BFHE 82, 51, BStBl III 1965, S. 265 und vom 31.5.1972, II R 162/66, BFHE 106, 367, BStBl II 1972, S. 828).

a) Das Ankaufsrecht ermöglicht dem Ankaufsberechtigten, einen Gegenstand, insbesondere ein Grundstück, unter den vereinbarten Voraussetzungen kaufen zu können. Da gesetzliche Regelungen fehlen, muss im Wege der Auslegung ermittelt werden, welche Vertragsgestaltung und welche Rechtswirkung die Vertragsbeteiligten für das Ankaufsrecht gewählt haben (vgl. Urteil des BGH vom 18.1.1989, VIII ZR 311/87, NJW 1990, 1233, m. w. N.).

Ist der notariell beurkundete Vertrag, durch den ein Ankaufsrecht begründet wird, als aufschiebend bedingter Kaufvertrag zu beurteilen, ist die Ausübung des vereinbarten Ankaufsrechts formfrei möglich (vgl. BGH, Urteil vom 28.6.1996, V ZR 136/95, NJW RR 1996, 1167). Bei einer solchen Vertragsgestaltung kommt ein für beide Seiten verbindlicher Kaufvertrag mit der Ausübung des Ankaufsrechts auch dann zustande, wenn der ursprüngliche Vertrag den Kaufpreis nicht beziffert, sondern lediglich den Maßstab (z. B. Verkehrswert) und die Methode zu dessen Ermittlung regelt. Zur Wirksamkeit eines Kaufvertrags reicht es aus, wenn der Kaufpreis der Höhe nach bestimmbar ist; auch eine Schiedsgutachterklausel nach § 317 BGB ist zulässig (vgl. *Palandt/Weidenkaff*, 70. Aufl., § 433 Rdnr. 39). Dementsprechend kann auch das Ankaufsrecht wirksam ausgeübt werden, wenn der Kaufpreis bestimmbar ist bzw. durch einen Dritten bestimmt werden soll (vgl. BGH, Urteile vom 9.1.1970, V ZR 30/67, WM 1970, 493; vom 19.5.1989, V ZR 103/88, NJW RR 1989, 1037; vom 17.5.1991, V ZR 104/90, NJW 1991, 2698). Ist bei der Vereinbarung des Ankaufsrechts festgelegt, dass maßgebender Kaufpreis für das Grundstück der zum Zeitpunkt der Ausübung des Ankaufsrechts geltende Verkehrswert des Grundstücks ist, genügt dies für die Bestimmbarkeit des Kaufpreises.

Das Ankaufsrecht ist ausgeübt, wenn die Erklärung des Ankaufsberechtigten, er wolle das Grundstück zum Verkehrswert erwerben, dem Verpflichteten zugegangen ist (vgl. § 130 BGB).

b) Das FG ist in der angefochtenen Entscheidung ohne nähere Begründung davon ausgegangen, dass die Ausübung des Ankaufsrechts weder der notariellen Beurkundung noch der Schriftform bedurfte und damit der Vertrag über die Einräumung des Ankaufsrechts als aufschiebend bedingter Kaufvertrag anzusehen ist. Diese Auslegung ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Die Beteiligten haben insoweit auch keine Einwände erhoben.

Unzutreffend ist jedoch die Auffassung des FG, dass die Ausübung des Ankaufsrechts durch die Klägerin nur bei einer Einigung mit E über die Höhe des Verkehrswerts des Miteigentumsanteils zivilrechtlich wirksam wäre. Deshalb war das angefochtene Urteil aufzuheben. Die Sache ist nicht spruchreif. Das FG hat noch nicht festgestellt, ob die Klägerin das Ankaufsrecht gegenüber E vor dessen Ableben tatsächlich ausgeübt und damit einen Anspruch auf Übereignung des Miteigentumsanteils erworben hatte. Die Verhandlungen zwischen der Klägerin und E über den Verkehrswert des Miteigentumsanteils im Februar 2003 können ein Indiz für die Ausübung des Ankaufsrechts sein. Eine Ausübungserklärung liegt vor, wenn die Klägerin mit den Verhandlungen über den Verkehrswert ihr Ankaufsrecht ausüben wollte, also ihren Willen bekundet hat, den Miteigentumsanteil des E zum Verkehrswert zu erwerben, und dies für E erkennbar war. Hat die Klägerin ihr Ankaufsrecht gegenüber E ausgeübt, liegt darin ein Erwerbsvorgang i. S. d. § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG, der nach § 3 Nr. 5 GrEStG steuerfrei ist (nachfolgend unter II.2. a). Der vom FA der Besteuerung unterworfenen Vertrag vom 12.4.2005 konnte nicht zum nochmaligen Entstehen von Grunderwerbsteuer führen (vgl. BFH, Beschluss vom 12.6.2002, II S 1/01, BFH/NV 2002, 1343). Der angefochtene Steuerbescheid wäre aufzuheben, weil er sich auf den Vertrag vom 12.4.2005 bezieht und dadurch der der Besteuerung zugrunde gelegte Lebenssachverhalt bezeichnet ist (vgl. BFH, Urteil vom 22.1.2003, II R 76/01, BFH/NV 2003, 1137).

Lässt sich dagegen eine Ausübung des Ankaufsrechts gegenüber E nicht feststellen, ist die Besteuerung des zwischen der Klägerin und K geschlossenen Vertrags vom 12.4.2005 im angefochtenen Bescheid rechtmäßig. Eine Steuerbefreiung nach § 3 Nr. 5 GrEStG greift nicht ein, weil die Vorschrift nicht den Grundstückserwerb vom Gesamtrechtsnachfolger des geschiedenen Ehegatten begünstigt (nachfolgend unter II.2. b).

2. Nach § 3 Nr. 5 GrEStG ist von der Besteuerung ausgenommen der Grundstückserwerb durch den früheren Ehegatten des Veräußerers im Rahmen der Vermögensauseinandersetzung nach der Scheidung.

a) Die Vorschrift knüpft die Steuerbefreiung an die sachliche Voraussetzung an, dass der Grundstückserwerb im Zuge der Vermögensauseinandersetzung aufgrund der Scheidung erfolgt.

aa) Steuerfrei sind danach in sachlicher Hinsicht alle Erwerbe aus Anlass der Ehescheidung (vgl. BT-Drucks. 9/251, S. 18). Begünstigt ist jede Vermögensauseinandersetzung, die ihre Ursache in der Scheidung hat (vgl. *Kesseler*, DStR 2010, 2173). Die Vermögensauseinandersetzung erstreckt sich auf die Regelung sämtlicher vermögensrechtlicher Beziehungen der geschiedenen Ehegatten (*Sack* in *Boruttaw*, GrEStG, 16. Aufl., § 3 Rdnr. 385; *Pahlke/Franz*, GrEStG, 4. Aufl., § 3 Rdnr. 226). Dazu gehört auch die Auseinandersetzung von Bruchteilsgemeinschaften der Ehegatten (vgl. *Kesseler*, DStR 2010, 2173).

Eine zeitliche Beschränkung ist in § 3 Nr. 5 GrEStG für die Vermögensauseinandersetzung nicht vorgesehen. Ein langer Zeitraum zwischen Scheidung und Grundstücksübertragung

kann jedoch darauf hindeuten, dass eine scheidungsbedingte Vermögensauseinandersetzung nicht mehr vorliegt (vgl. *Sack*, a. a. O., § 3 Rdnr. 379; *Pahlke/Franz*, a. a. O., § 3 Rdnr. 225).

bb) Für die Bruchteilsgemeinschaft i. S. d. § 741 BGB ist eine Auseinandersetzung gesetzlich nicht geregelt. Die Bruchteilsgemeinschaft an einem bebauten Grundstück endet, wenn ein Teilhaber die Anteile der anderen Teilhaber erwirbt (vgl. § 747 Satz 1 BGB), die Teilhaber das Grundstück verkaufen (vgl. § 747 Satz 2 BGB) oder das Grundstück aufgrund des Aufhebungsverlangens eines Teilhabers versteigert wird (vgl. § 753 Abs. 1 Satz 1 BGB). Die Vereinbarung eines Ankaufsrechts führt dagegen nicht zur Beendigung der Bruchteilsgemeinschaft; sie wird vielmehr fortgesetzt, bis der Ankaufsberechtigte das Ankaufsrecht ausübt und die Anteile der anderen Teilhaber erwirbt.

cc) Vereinbaren Ehegatten zur Regelung der Vermögensauseinandersetzung im Zusammenhang mit ihrer Scheidung, dass sie vorerst Miteigentümer des weiterhin von einem Ehegatten und dem gemeinsamen Kind genutzten Wohnhauses bleiben, und erhält der nutzende Ehegatte ein notariell beurkundetes Ankaufsrecht für den Miteigentumsanteil des anderen Ehegatten, ist ein nach der Scheidung aufgrund des Ankaufsrechts erfolgter Erwerb vom früheren Ehegatten noch der scheidungsbedingten Vermögensauseinandersetzung zuzurechnen.

Die scheidungsbedingte Vermögensauseinandersetzung ist hinsichtlich des gemeinsamen Grundstücks nicht bereits mit dem Abschluss der Vereinbarungen der (geschiedenen) Ehegatten im Auseinandersetzungsvertrag beendet. Dies gilt selbst dann, wenn damit die maßgeblichen Bestimmungen für den Erwerb des Miteigentumsanteils und die weitere Nutzung des Grundstücks durch den ankaufsberechtigten Ehegatten schon im Einzelnen festgelegt werden. Allein mit der wirksamen Begründung eines Ankaufsrechts für den Miteigentumsanteil und der umfassenden Regelung der weiterbestehenden Eigentümergemeinschaft ist noch keine Vermögensauseinandersetzung hinsichtlich des Wohnhauses erfolgt. Die Vermögensauseinandersetzung endet insoweit vielmehr erst mit dem tatsächlichen Vollzug der anlässlich der Scheidung getroffenen Auseinandersetzungsvereinbarungen, also dann, wenn das Ankaufsrecht ausgeübt wird oder feststeht, dass es nicht mehr zu einer Ausübungserklärung kommen wird.

b) Ein Grundstückserwerb vom Gesamtrechtsnachfolger des geschiedenen Ehegatten ist dagegen nicht nach § 3 Nr. 5 GrEStG begünstigt, selbst wenn die Grundstücksübertragung im Zusammenhang mit der Vermögensauseinandersetzung nach der Scheidung erfolgt.

aa) Die Regelung erfasst nach ihrem Wortlaut nur den Erwerb durch den früheren Ehegatten des Veräußerers. Erwerber und Veräußerer müssen also vor dem Erwerb miteinander verheiratet gewesen und die Ehe muss infolge Scheidung aufgelöst sein. Nicht begünstigt ist ein Erwerb von einem Gesamtrechtsnachfolger des geschiedenen Ehegatten (a. A. *Pahlke/Franz*, a. a. O., § 3 Rdnr. 226).

bb) Der mit der Einfügung des § 3 Nr. 5 GrEStG verfolgte Gesetzeszweck spricht dagegen, die Steuerbefreiung auch dann zu gewähren, wenn der frühere Ehegatte das Grundstück vom Gesamtrechtsnachfolger des geschiedenen Ehegatten erwirbt. Die Steuerbefreiung nach § 3 Nr. 5 GrEStG wurde geschaffen, um Vermögensauseinandersetzungen aus Anlass der Scheidung nicht mit Grunderwerbsteuer zu belasten (vgl. BT-Drucks. 9/251, S. 18). Endet der eheliche Güterstand durch Scheidung und werden im Zuge der Vermögensauseinandersetzung erst nach der Scheidung Grundstücke zwischen

den früheren Ehegatten übertragen, so tritt Steuerbefreiung weder nach § 3 Nr. 3 GrEStG noch nach § 3 Nr. 4 GrEStG ein. Durch § 3 Nr. 5 GrEStG sollten Grundstücksübertragungen zwischen geschiedenen Ehegatten im Rahmen der Infolge der Scheidung notwendig gewordenen Vermögensauseinandersetzung begünstigt werden (vgl. BT-Drucks. 9/251, S. 18). Die Gesetzesbegründung geht damit ersichtlich davon aus, dass die Steuerbefreiung Grundstücksübertragungen zwischen geschiedenen Ehegatten betreffen soll. Ein steuerfreier Erwerb vom Gesamtrechtsnachfolger des geschiedenen Ehegatten war nach der Intention des Gesetzgebers nicht vorgesehen. Im Wege der Auslegung darf kein durch das Gesetz nicht belegter Begünstigungstatbestand geschaffen werden (vgl. BFH, Urteil vom 21.1.2004, II R 1/02, BFH/NV 2004, 1120, m. w. N.).

cc) Eine analoge Anwendung des § 3 Nr. 5 GrEStG auf Grundstückserwerbe von einem Gesamtrechtsnachfolger des geschiedenen Ehegatten scheidet ebenfalls aus (a. A. *Kessler*, DStR 2010, 2173). Eine Gesetzeslücke ist insoweit nicht erkennbar. Die Vorschrift will durch die Steuerbefreiung von Grundstücksübertragungen die Vermögensauseinandersetzung zwischen den früheren Ehegatten nach der Scheidung erleichtern. Die Ehegatten sind infolgedessen nicht gezwungen, Grundstücke zur Vermeidung von Grunderwerbsteuer bereits vor der Scheidung zu übertragen, um so die Steuerbefreiung nach § 3 Nr. 4 GrEStG in Anspruch nehmen zu können. § 3 Nr. 5 GrEStG ist aber auf Grundstückserwerbe zwischen den früheren Ehegatten beschränkt, ebenso wie § 3 Nr. 4 GrEStG nur Grundstückserwerbe zwischen Ehegatten erfasst. Es ist kein Grund ersichtlich, der eine Differenzierung der Steuerbefreiungen danach rechtfertigen könnte, ob die Steuerbefreiung ausschließlich an ein personenbezogenes Verhältnis anknüpft, wie § 3 Nr. 4 GrEStG, oder ob die Steuerbefreiung daneben sachliche Voraussetzungen hat, wie § 3 Nr. 5 GrEStG. Die personenbezogenen und sachlichen Voraussetzungen für die Steuerbefreiung des § 3 Nr. 5 GrEStG sind gleichwertig. Dass § 3 Nr. 5 GrEStG die Vermögensauseinandersetzung nach der Scheidung und damit im Gegensatz zu § 3 Nr. 4 GrEStG nur bestimmte Grundstücksübertragungen begünstigt, führt nicht dazu, die Steuerbefreiung in personenbezogener Hinsicht auf Gesamtrechtsnachfolger auszudehnen. Der Gesamtrechtsnachfolger eines geschiedenen Ehegatten tritt zwar mit dem Erbfall grundsätzlich in die Verpflichtungen und Rechte ein, die durch eine Vereinbarung über die Vermögensauseinandersetzung zwischen dem Erblasser und seinem früheren Ehegatten begründet wurden (§ 1922 BGB). Dies hat aber nicht zur Folge, dass Grundstückserwerbe durch den früheren Ehegatten des Erblassers auch weiterhin begünstigt sind. Denn mit dem Ableben des Erblassers ist zugleich der Grund für die Steuerbefreiung, das begünstigte Verhältnis zwischen den geschiedenen Ehegatten, erloschen.

17. ErbStG § 3 Abs. 1 Nr. 1; FGO § 118 Abs. 2; BGB §§ 2048, 2087 Abs. 1, 2150 (*Abgrenzung und erbschaftsteuerrechtliche Bedeutung von Vorausvermächtnissen und Teilungsanordnungen*)

**Der zivilrechtliche Anspruch aus einer Teilungsanordnung kann nicht dem Anspruch aus einem Vorausvermächtnis, der bei den Erben eine abziehbare Nachlassverbindlichkeit darstellt und beim Vermächtnisnehmer als Erwerb von Todes wegen gilt, gleichgestellt werden. Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Auslegung des Testaments unter Berücksichtigung des Erblasserwillens ergibt, dass**

**dem Miterben der Anspruch aus der „Teilungsanordnung“ auf einen bestimmten Gegenstand auch für den (bei Testamenterrichtung hypothetischen) Fall zustehen soll, dass er das Erbe ausschlägt oder aus anderen Gründen nicht Erbe wird. War die Zuwendung des Gegenstands so gemeint, liegt unabhängig von den vom Erblasser verwendeten Begriffen und von den Wertverhältnissen ein von der Erbeinsetzung unabhängiger Geltungsgrund vor, der zum Vorliegen eines Vermächtnisses führt. (Leitsatz der Schriftleitung)**

BFH, Urteil vom 6.10.2010, II R 29/09

Die Klägerin und ihre Schwestern S1 und S2 beerbten aufgrund des notariell beurkundeten Testaments vom 26.7.1991 ihren am ... Februar 1993 verstorbenen Vater (V), der sie zu gleichen Teilen als Erben eingesetzt hatte. V traf dazu in Abschn. I. „Erbeinsetzung“ des Testaments folgende Verfügung:

„Diese Erbeinsetzung gilt für diejenigen Nachlassgegenstände, über die ich nicht durch Teilungsanordnung und Vermächtnisse verfügt habe, auch für meine im Ausland befindlichen Vermögenswerte, sofern ich für diese keine Einzelanordnungen getroffen habe.“

Unter der Überschrift „Teilungsanordnungen“ (Abschn. II. des Testaments) verfügte V, dass die Klägerin seinen im Zeitpunkt seines Ablebens noch vorhandenen Grundbesitz in der BRD sowie die Beteiligungen an inländischen gewerblichen Vermögensanlagegesellschaften mit den im Zeitpunkt seines Ablebens darauf noch ruhenden Lasten und Belastungen erhalte. Um den übertragenen Grundbesitz und die Beteiligungen ordnungsgemäß verwalten zu können, sollte die Klägerin zusätzlich 10 %, maximal 500.000 DM, seines in der Bundesrepublik befindlichen, aus Barvermögen, Wertpapieren und sonstigen nicht grundstücksbezogenen Anlagen bestehenden Barvermögens erhalten. Von dem danach verbleibenden Barvermögen sollten S1 55 % und S2 45 % erhalten. Die unterschiedliche Aufteilung des Barvermögens sollte sich daraus rechtfertigen, dass S2 zusätzlich aus dem Vermögen der Ehefrau des V bedacht werden sollte. Darüber hinaus setzte V mehrere Vermächtnisse zugunsten seiner Ehefrau und Enkel sowie von Dritten aus.

Im Vorwort des Testaments führte V u. a. aus, er habe keines der Kinder benachteiligen wollen, hoffe jedoch andererseits, dass seine Kinder insbesondere die von ihm vorgenommene Teilungsanordnung akzeptieren, wobei er klarstelle, dass es neben der Teilungsanordnung zu keiner weiteren Erbauseinandersetzung unter den Erben auf der Basis dieses Testaments kommen dürfe. Sollten seine Kinder dieses Testament und die getroffenen Teilungsanordnungen ohne weitere Ausgleichsverpflichtungen nicht akzeptieren, so hätten sie nur die Möglichkeit, die Erbschaft auszuschlagen. Bei demjenigen Kind, das die Erbschaft ausschlägt, seien bei der dann vorzunehmenden Pflichtteilsberechnung auch die Vermögenswerte hinzuzurechnen, die es zu Lebzeiten von ihm geschenkt erhalten habe.

Der Beklagte (das Finanzamt FA) setzte die Erbschaftsteuer gegen die drei Erbinnen durch Bescheide vom 24.5.1994 aufgrund eines steuerpflichtigen Erwerbs von jeweils ... DM auf je ... DM fest. Bei der Ermittlung des Nachlasswerts setzte das FA folgende Werte an:

	DM
Grundvermögen	...
inländische gewerbliche Personengesellschaften	...
Kontoguthaben + Depot	...
USA-Firmenbeteiligungen	...
Gesamtwert des Vermögens	...
Nachlassverbindlichkeiten	./.
Vermächtnisse	./.
Reinwert des Nachlasses	...
1/3 Erbanteil	...
...	

Während die gegen S1 und S2 ergangenen Erbschaftsteuerbescheide durch Rücknahme der zunächst eingelegten Einsprüche bestandskräftig wurden, führte die Klägerin das Einspruchsverfahren fort, auch nachdem das FA eine Erhöhung der festgesetzten Steuer angekündigt hatte. Das FA setzte die Erbschaftsteuer gegen die Klägerin

im „Einspruchsbescheid“ auf ... DM = ... EUR fest. Es nahm dabei an, die Teilungsanordnung habe dazu geführt, dass die Erbquoten der drei Schwestern nicht jeweils  $\frac{1}{3}$  betragen hätten, sondern je  $\frac{55}{155}$  für die Klägerin und S1 sowie  $\frac{45}{155}$  für S2. S1 und S2 hätten nämlich das nach Abzug des der Klägerin zustehenden Anteils verbleibende Barvermögen im Verhältnis 55 zu 45 erhalten sollen. Die Klägerin habe insgesamt wertmäßig den gleichen Anteil wie S1 bekommen sollen. Der Nenner betrage daher  $55 + 55 + 45 = 155$ . Das FA nahm ferner an, der Wert der Firmenbeteiligungen in den USA belaufe sich auf ... DM, der Ansatz eines Vermächtnisses im Wert von ... DM entfalle und die Verbindlichkeiten betrügen lediglich ... DM (Berichtigung eines Rechenfehlers).

Die Steuer errechnet sich danach wie folgt:

	DM
Grundvermögen	...
inländische gewerbliche Personengesellschaften	...
Kontoguthaben + Depot	...
USA-Firmenbeteiligungen	...
Gesamtwert des Vermögens	...
Nachlassverbindlichkeiten	./.
Vermächtnisse	./.
Reinwert des Nachlasses	...
abgerundet	...
Anteil der Klägerin $\frac{55}{155}$	...
Freibetrag	./.
abgerundet	<u>90.000,00</u>
Steuersatz 14 %	...
Steuer	...

Mit der Klage beantragte die Klägerin, die Erbschaftsteuer auf 250.953,42 DM herabzusetzen, und führte zur Begründung insbesondere aus, die vom Erblasser verfügten Teilungsanordnungen stellten bei zutreffender Beurteilung Vorausvermächtnisse dar. Dieser Ansicht sei auch das OLG in dem im Klageverfahren der S1 gegen den Testamentsvollstrecker ergangenen Urteil vom 22.11.2002 ... gewesen. In diesem Verfahren hatte S1 beantragt, dem Testamentsvollstrecker eine Veräußerung oder Belastung der in den Nachlass gefallenen Grundstücke zu untersagen.

Das OLG hatte diese Klage mit der Begründung abgewiesen, V habe der Klägerin im vorliegenden steuergerichtlichen Verfahren die Nachlassgrundstücke entgegen dem Wortlaut des Testaments durch Vorausvermächtnisse (§ 2150 BGB) zugewandt und darüber nicht durch Teilungsanordnung nach § 2048 BGB verfügt. Dies folge aus dem Gesamtzusammenhang der im Testament getroffenen Regelungen und aus dem darin klar zum Ausdruck gebrachten Erblasserwillen. V habe danach keine Teilungsanordnungen mit etwaigen Ausgleichsverpflichtungen gegenüber den anderen Erben einräumen wollen. Er habe mit den Ausführungen in der Einleitung des Testaments Auseinandersetzungen unter den Erben vermeiden und Ausgleichsverpflichtungen abschließen wollen. Die Ansicht der S1, dem V sei es primär darauf angekommen, dass sein Nachlass gleichmäßig verteilt werde, finde im Testament keine Stütze. Die Auslegung der Teilungsanordnungen als Vorausvermächtnisse werde auch dadurch gestützt, dass der beurkundende Notar in einem Schreiben erklärt habe, dass V die von ihm getroffene Teilungsanordnung als Vorausvermächtnis angesehen habe und sich bewusst gewesen sei, dass es bei der im Testament vorgenommenen Aufteilung zu Ungerechtigkeiten bezüglich der Vermögenswerte kommen könne. Es sei jedoch sein ausdrücklicher Wunsch gewesen, dass seine Kinder diese Testamentsanordnung ohne die Möglichkeit von Streitigkeiten über die Bewertung einzelner Vermögenspositionen akzeptieren sollten. Dieses Ziel des V wäre aber beim Bestehen von Ausgleichsverpflichtungen nicht zu erreichen gewesen.

Dass V eine Anrechnung des durch die Teilungsanordnungen Zugewandten auf den Erbteil nicht gewollt habe, ergebe sich auch aus der scheinbaren Beschränkung der Erbeinsetzungen in Abschn. I. des Testaments. V habe damit zum Ausdruck bringen wollen, dass wirtschaftlich nur das nicht durch Teilungsanordnungen und Vermächtnisse betroffene Vermögen den Erben nach dem Verhältnis ihrer Erbteile zufließen solle, während im Übrigen allein die von ihm getroffenen besonderen Bestimmungen über die reale und die wertmäßige Aufteilung des Nachlasses maßgebend sein sollten. Der Auffassung der S1, die Grundstückszuwendungen seien nur zu dem die Erbquote der Klägerin übersteigenden Teil als Vorausvermächtnis und im Übrigen als Teilungsanordnung anzusehen, könne nicht

gefolgt werden. Eine Zuwendung könne allenfalls dann zu einem Teil Vorausvermächtnis und zu einem anderen Teil Teilungsanordnung sein, wenn besondere Gründe dafür ersichtlich seien, dass von der Aufteilung der einheitlich getroffenen Verfügung in die mit unterschiedlichen rechtlichen Voraussetzungen und Wirkungen ausgestalteten Institute von Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis ausgegangen werden könne. Derartige Gründe seien hier nicht zu erkennen. Vielmehr habe V die Nachlassgrundstücke und einen Teil des Barvermögens der Klägerin und das restliche Barvermögen der S1 und der S2 einheitlich als Vorausvermächtnisse zugewandt. Der Klägerin stehe somit gegen den Testamentsvollstrecker ein Anspruch auf Erfüllung der ihr zugewandten Grundstücksvermächtnisse zu, ohne dass sich daraus eine Ausgleichspflicht oder Einzahlungspflicht in den Nachlass ergebe.

Die Klägerin berechnete die nach ihrer Ansicht festzusetzende Erbschaftsteuer wie folgt:

	DM
Grundvermögen	...
inländisches gewerbliches Vermögen	...
USA-Vermögenswerte	...
( $\frac{1}{3}$ von ... DM)	...
Barvermögen	...
Gesamtwert (rechnerisch richtig: ... DM)	...
Nachlassverbindlichkeiten	./.
Erwerb	...
Freibetrag	./.
Steuerpflichtiger Erwerb	<u>90.000,00</u>
Steuersatz 12 %	...
Steuer	...

Bei den Nachlassverbindlichkeiten berücksichtigte die Klägerin u. a. Vermächtnisse von insgesamt ... DM sowie Steuerschulden von zusammen ... DM, davon ... DM Steuer für die nach dem Eintritt des Erbfalls erfolgte Entnahme eines Grundstücks aus dem Betriebsvermögen.

Das FG wies die Klage durch das in DStR 2009, 1258 veröffentlichte Urteil ab. (...)

Die Klage sei unbegründet. Wie das FA zu Recht angenommen habe, hätten die von V getroffenen Verfügungen von Todes wegen dazu geführt, dass die Klägerin Miterbin nicht nur zu  $\frac{1}{3}$ , sondern zu  $\frac{55}{155}$  geworden sei. Bei der testamentarischen Regelung handele es sich nicht um erbschaftsteuerrechtlich zu beachtende Vorausvermächtnisse, sondern um eine quotenbestimmende Teilungsanordnung, die zu einer Verschiebung der vorgesehenen Erbquoten geführt habe und der keine erbschaftsteuerrechtliche Bedeutung zukomme. Es bestünden keine Anhaltspunkte, dass V den Töchtern hinsichtlich des ausdrücklich zugeordneten Vermögens die bei Vermächtnissen bestehende schuldrechtliche Stellung habe einräumen wollen. Vielmehr sei er von einer Akzeptanz der gesamten Regelung oder einer Ausschlagung der Erbschaft ausgegangen. Eine Bindung an die Testamentsauslegung durch das OLG bestehe nicht.

Nach § 2087 Abs. 1 BGB liege eine Erbeinsetzung auch dann vor, wenn der Erblasser sein Vermögen oder einen Bruchteil davon einem Bedachten zuwende. Dies sei auch der Fall, wenn der Bedachte nicht ausdrücklich als Erbe bezeichnet sei. Eine Erbeinsetzung sei demnach durch Zuweisung von Vermögensgruppen auf mehrere Personen als Erben entsprechend dem Verkehrswert der zugewiesenen Vermögensgegenstände möglich. Eine solche Erbeinsetzung werde regelmäßig dann angenommen, wenn der Erblasser den Bedachten diejenigen Gegenstände zugewiesen habe, die nach seiner Vorstellung bei Testamentserrichtung nahezu das gesamte Vermögen ausgemacht hätten. Dann sei davon auszugehen, dass der Erblasser durch die in dieser Weise bedachten Personen seine wirtschaftliche Stellung fortgesetzt wissen wolle.

Für die Abgrenzung zwischen Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis sei entscheidend, ob die zu beurteilende Regelung zu einer Wertverschiebung bei der Erbquote führe. Habe ein Erblasser einem Miterben Gegenstände zugewiesen, deren Wert objektiv höher sei, als diesem seiner Quote nach bei der Auseinandersetzung zukäme, so komme es darauf an, ob der Erblasser subjektiv dem durch die Anordnung begünstigten Miterben zusätzlich zu seinem Erbteil auch noch den Mehrwert habe zuwenden wollen (dann Vorausvermächtnis) oder ob nach seinem Willen eine Wertverschiebung dadurch ausgeschlossen sein sollte, dass der Bedachte hinsichtlich des Mehrwerts den

übrigen Miterben einen Wertausgleich aus seinem eigenen Vermögen zahlen müsse.

Für das Vorliegen einer Erbeinsetzung spreche aber, wenn praktisch über das gesamte Vermögen verfügt worden sei. Dann könne sich eine mit einer Teilungsanordnung verbundene Erbeinsetzung ergeben, wobei sich die jeweilige Erbquote aus dem Verhältnis der Werte der zugewendeten Vermögensteile zum Wert des gesamten Nachlasses ergebe. Hierbei seien die Vorstellungen des Erblassers im Zeitpunkt der Testamentserrichtung maßgebend.

Bei den von V im Testament unter „Teilungsanordnung“ getroffenen Regelungen handele es sich nicht um Vorausvermächtnisse zugunsten der jeweiligen Erbinnen, sondern um eine quotenbestimmende Teilungsanordnung. Zwar habe V eine Erbeinsetzung zu gleichen Teilen nach Köpfen vorgenommen, aber gleichzeitig geregelt, wie das Vermögen verteilt werden solle, und dabei den Töchtern Vermögensgegenstände ohne Rücksicht auf deren Wert zugewiesen. Ausgleichspflichten habe V ausdrücklich ausgeschlossen. Solche entstünden jedoch typischerweise bei einer Erbeinsetzung und einer Vermächtnisregelung. Ausgeschlossen werden könne eine Ausgleichspflicht jedoch durch eine quotenbestimmende Teilungsanordnung, da hierdurch die Erbquoten verbindlich festgelegt würden.

V habe im Rahmen der Teilungsanordnungen nahezu über sein gesamtes Vermögen verfügt. Die aktiven Nachlassgegenstände hätten einen Verkehrswert von weit über ... Mio. DM gehabt. Der Wert des USA-Vermögens habe lediglich 1,3 Mio. DM betragen und trete daher wertmäßig zurück. Eine Erbanwachsung nach Köpfen habe danach von vornherein nicht erfolgen sollen. Die von V bestimmten Erbquoten könnten folglich der Besteuerung nicht zugrunde gelegt werden. Es habe sich nur eine geringe Verschiebung der Erbquote für die Klägerin von  $33 \frac{1}{3}$  zu 35,48 % ergeben.

Die Klägerin macht mit der Revision geltend, V habe ihr den inländischen Grundbesitz und die Beteiligungen an inländischen gewerblichen Vermögensgesellschaften einschließlich der darauf ruhenden Belastungen und Schulden sowie einen Teil des Barvermögens durch Vorausvermächtnisse zugewendet. Eine Teilungsanordnung liege entgegen dem Wortlaut des Testaments nicht vor. V habe erkannt, dass seine unter Abschn. II. des Testaments vorgenommene Aufteilung eines Teils des Nachlasses nicht der von ihm angeordneten Erbquote entsprochen habe. Ausgleichspflichten habe er dennoch ausgeschlossen, nicht zuletzt auch im Hinblick auf die letztwillige Verfügung seiner Ehefrau zugunsten der S2. Eine quotenbestimmende Teilungsanordnung gebe es nach herrschender Meinung nicht. Die Revision des FA sei unbegründet. (...)

*Aus den Gründen:*

## I.

Die Revision des FA ist als unzulässig zu verwerfen (§ 126 Abs. 1 FGO).

Die Revision des FA ist unzulässig, weil es nicht dadurch beschwert ist, dass das FG die Klage durch Sachurteil und nicht, wie es das FA für richtig hält, durch Prozessurteil abgewiesen hat (*Gräber/Ruban*, a. a. O., vor § 115 Rdnr 19; *Lange*, a. a. O., vor §§ 115 bis 134 FGO Rdnr. 22; *Seer*, a. a. O., vor § 115 FGO Rdnr 22). (...)

Die Revision der Klägerin ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der Vorentscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das FG zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 FGO).

## II.

1. Das FG hat das Testament zu Unrecht dahingehend ausgelegt, V habe die Klägerin und S1 jeweils mit Erbquoten von  $\frac{55}{155}$  und S2 mit einer Erbquote von  $\frac{45}{155}$  zu seinen Erbinnen eingesetzt. Die Testamentsauslegung durch das FG ist in diesem Punkt für den BFH nicht nach § 118 Abs. 2 FGO verbindlich.

a) Die Auslegung von Willenserklärungen durch das FG ist zwar eine Tatsachenfeststellung i. S. v. § 118 Abs. 2 FGO.

Der BFH als Revisionsinstanz ist aber nicht gehindert, die Auslegung des FG daraufhin zu überprüfen, ob die gesetzlichen Auslegungsregeln (§§ 133, 157 BGB), die Denkgesetze und die allgemeinen Erfahrungssätze zutreffend angewandt worden sind, d. h. ob die Auslegung jedenfalls möglich ist (BFH-Urteile vom 10.10.2002, VI R 13/01, BFHE 200, 363, BStBl II 2003, S.156, unter II.3. a; vom 25.2.2009, IX R 76/07, BFH/NV 2009, 1268, unter II.2., und vom 9.12.2009, X R 41/07, BFH/NV 2010, 860, unter II.3. b).

Nach der Rechtsprechung des BGH, der sich der erkennende Senat anschließt, ist bei der Auslegung eines jeden Testaments der wirkliche Wille des Erblassers zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften (§ 133 BGB). Dabei darf sich der Tatrichter nicht auf eine Analyse des Wortlauts beschränken, sondern muss auch alle ihm zugänglichen Umstände außerhalb des Testaments auswerten, die zur Aufdeckung des Erblasserwillens beitragen können. Dabei geht es nicht um die Ermittlung eines von der Erklärung losgelösten Willens, sondern um die Klärung der Frage, was der Erblasser mit seinen Worten sagen wollte. Dem liegt die Erkenntnis zugrunde, dass der Sprachgebrauch nicht immer so exakt ist oder sein kann, dass der Erklärende mit seinen Worten genau das unmissverständlich wiedergibt, was er zum Ausdruck bringen wollte. Gerade deshalb ordnet § 133 BGB an, den Wortsinn der benutzten Ausdrücke unter Heranziehung aller Umstände zu „hinterfragen“. Nur dann kann die Auslegung der Erklärung durch den Richter gerade die Bedeutung auffinden und ihr die rechtliche Wirkung zukommen lassen, die der Erklärende seiner Willenserklärung „wirklich“ beilegen wollte. Der Erblasserwille geht, wenn er feststeht und formgerecht erklärt ist, jeder anderen Interpretation vor. Kann der Richter sich aber trotz Auswertung aller Umstände von dem tatsächlich vorhandenen wirklichen Willen des Erblassers nicht überzeugen, dann muss er sich – wiederum unter Auswertung von Wortlaut und allen Umständen – notfalls mit dem Sinn begnügen, der dem Erblasserwillen mutmaßlich am ehesten entspricht. Von diesem durch Wortlaut und Umständen nahegelegten Verständnis darf er nur dann abgehen, wenn weitere Umstände mit mindestens annähernd gleich großem Gewicht für ein Verständnis in einem anderen Sinne dargetan und bewiesen sind (BGH, Urteil vom 7.10.1992, IV ZR 160/91, NJW 1993, 256, m. w. N.).

b) Das FG hat diese Auslegungsregeln für Testamente nicht beachtet, soweit es angenommen hat, V habe seine Töchter entgegen dem ausdrücklichen Wortlaut des Testaments nicht zu gleichen Teilen, sondern die Klägerin und S1 zu je  $\frac{55}{155}$  und S2 zu  $\frac{45}{155}$  als Erbinnen eingesetzt. Für eine solche vom Wortlaut abweichende Auslegung des Testaments gibt es keine Grundlage.

Wie V in dem Testament ausgeführt hat, gilt die Erbeinsetzung zu gleichen Teilen für diejenigen Nachlassgegenstände, über die er nicht durch Teilungsanordnung und Vermächtnisse verfügt hat, auch für seine im Ausland befindlichen Vermögenswerte, sofern er für diese keine Einzelanordnungen getroffen hat. Daraus geht klar und eindeutig hervor, dass die Töchter des V das nicht von Teilungsanordnungen, Vermächtnissen und sonstigen Einzelanordnungen betroffene Vermögen wertmäßig zu gleichen Teilen erhalten sollten. Die vom FG vorgenommene Auslegung des Testaments hätte demgegenüber zur Folge, dass die Klägerin und S1 von diesem Vermögen wertmäßig jeweils  $\frac{55}{155}$  und S2 lediglich  $\frac{45}{155}$  erhalten würden. Die durch die Teilungsanordnung bewirkte Ungleichbehandlung der Miterbinnen würde dadurch weiter verstärkt, ohne dass es Anhaltspunkte dafür gibt, dass dies dem Willen des V, der die Töchter von den von ihm bestimm-

ten Ausnahmen abgesehen gleich behandeln wollte, entsprechen könnte.

Die vom FG vorgenommene Auslegung des Testaments kann auch nicht auf § 2087 Abs. 1 BGB gestützt werden. Hat der Erblasser sein Vermögen oder einen Bruchteil seines Vermögens dem Bedachten zugewendet, so ist die Verfügung nach dieser Vorschrift als Erbeinsetzung anzusehen, auch wenn der Bedachte nicht als Erbe bezeichnet ist. Es handelt sich dabei um eine Auslegungsregel, die nicht anwendbar ist, wenn der Erblasser ausdrücklich Erben eingesetzt und die von ihm bestimmten Erbquoten insgesamt 100 % ausmachen.

c) Zur Begründung der vom FA und vom FG vorgenommenen Testamentsauslegung lässt sich entgegen der Ansicht des FG auch nicht anführen, die vom FA ermittelten Erbquoten seien für sich genommen geeignet, das Entstehen von Ausgleichsansprüchen aufgrund der Teilungsanordnung auszuschließen. Das FA ist nämlich bei der Ermittlung der Erbquoten von dem Verhältnis ausgegangen, in dem S1 und S2 aufgrund der Teilungsanordnung das Barvermögen erhalten sollten, das nach Abzug des der Klägerin zustehenden Anteils verblieb. Für die Frage, ob die Miterbinnen durch die Teilungsanordnung wertmäßig teilweise begünstigt und teilweise benachteiligt sind, kommt es demgegenüber auf die Wertverhältnisse bei Eintritt des Erbfalls an. Für den Fall der wertmäßigen Begünstigung eines Teils der Miterbinnen konnte das Entstehen von darauf beruhenden Ausgleichsansprüchen sowohl bei der von V ausdrücklich verfügten Erbeinsetzung zu gleichen Teilen als auch bei den vom FA ermittelten hiervon lediglich geringfügig abweichenden Erbquoten nur durch eine entsprechende Verfügung des V verhindert werden (vgl. unten 2.).

d) Da das FG von einer anderen Ansicht ausgegangen ist, war die Vorentscheidung aufzuheben.

2. Die Sache ist nicht spruchreif. Auf der Grundlage der vom FG getroffenen Feststellungen kann nicht abschließend entschieden werden, ob die Erbschaftsteuer bei zutreffender Berechnung mindestens so hoch wie vom FA festgesetzt und daher die Klage unbegründet ist oder ob die festgesetzte Erbschaftsteuer herabzusetzen ist.

a) Der der Klägerin aufgrund der Teilungsanordnung gegen die Erbengemeinschaft zustehende Anspruch auf Übertragung des Grundbesitzes in der BRD sowie der Beteiligungen an inländischen gewerblichen Vermögensanlagegesellschaften mit den im Zeitpunkt des Ablebens des V darauf noch ruhenden Lasten und Belastungen ist als solcher unabhängig von den Wertverhältnissen bei Eintritt des Erbfalls nicht als Erwerb durch (Voraus-)Vermächtnis (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG) anzusetzen. Vielmehr beruht dieser Anspruch auf der Teilungsanordnung, soweit die Klägerin dadurch gegenüber S1 und S2 wertmäßig nicht begünstigt wird. Soweit eine solche wertmäßige Begünstigung vorliegt, handelt es sich um ein Vorausvermächtnis (§ 2150 BGB), das mit dem gemeinen Wert (§ 9 Abs. 1 BewG) der Besteuerung unterliegt.

aa) Als der Erbschaftsteuer unterliegender Erwerb von Todes wegen (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG) gilt nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG u. a. der Erwerb durch Erbanfall. Unter Erbanfall ist der Übergang des Vermögens des Erblassers auf den (die) Erben i. S. v. § 1922 BGB zu verstehen. Dieser Anteil ist bei einer Mehrheit von Erben beim jeweiligen Miterben entsprechend seiner Erbquote (vgl. § 2047 Abs. 1 BGB) erbschaftsteuerrechtlich zu erfassen, und zwar auch dann, wenn eine verbindliche Teilungsanordnung des Erblassers (§ 2048 BGB) vorliegt (BFH-Urteile vom 10.11.1982, II R 85-86/78, BFHE 137, 500, BStBl II 1983, S. 329; vom 5.2.1992, II R 7/89, BFH/NV 1993, 100 und vom 1.4.1992, II R 21/89, BFHE

167, 562, BStBl II, S. 1992, 669). Der zivilrechtliche Leistungsanspruch aus einer Teilungsanordnung kann nach dieser neueren Rechtsprechung abweichend vom BFH, Urteil vom 16.3.1977, II R 11/69 (BFHE 121, 519, BStBl II 1977, S. 640) nicht dem Anspruch aus einem Vorausvermächtnis, der bei den Erben eine abziehbare Nachlassverbindlichkeit darstellt (§ 10 Abs. 5 Nr. 2 ErbStG) und beim Vermächtnisnehmer als Erwerb von Todes wegen gilt (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG), gleichgestellt werden.

Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Auslegung des Testaments unter Berücksichtigung des Erblasserwillens ergibt, dass dem Miterben der Anspruch aus der „Teilungsanordnung“ auf einen bestimmten Gegenstand auch für den (bei Testamenterrichtung hypothetischen) Fall zustehen soll, dass er das Erbe ausschlägt oder aus anderen Gründen nicht Erbe wird. War die Zuwendung des Gegenstands so gemeint, liegt unabhängig von den vom Erblasser verwendeten Begriffen und von den Wertverhältnissen ein von der Erbeinsetzung unabhängiger Geltungsgrund vor, der zum Vorliegen eines Vermächtnisses führt (BGH, Urteil vom 7.12.1994, IV ZR 281/93, NJW 1995, 721; vgl. BFH, Urteile vom 1.8.2001, II, R 47/00, BFH/NV 2002, 788, und vom 2.7.2004, II R 73/01, BFH/NV 2005, 214).

Diese Voraussetzungen sind im Streitfall nicht erfüllt. Wie V in der Einleitung des Testaments ausgeführt hat, sollten seine Kinder in dem Fall, dass sie das Testament und die getroffenen Teilungsanordnungen ohne weitere Ausgleichsverpflichtungen nicht akzeptieren, nur die Möglichkeit haben, die Erbschaft auszuschlagen und den Pflichtteil zu beanspruchen. Danach sollten die Erben nicht in der Lage sein, trotz Ausschlagung der Erbschaft den Vollzug der Teilungsanordnungen zu fordern.

bb) Der Erblasser kann für die Auseinandersetzung unter mehreren Miterben durch letztwillige Verfügung gemäß § 2048 BGB Anordnungen treffen; derartige Verfügungen (Teilungsanordnungen) gehen den gesetzlichen Regeln für die Auseinandersetzung vor; sie lassen die Höhe der Erbteile und den Wert der Beteiligung der einzelnen Miterben am Nachlass grundsätzlich unberührt. Der Erblasser kann aber einem von mehreren Miterben durch Teilungsanordnung Gegenstände zuweisen, die wertvoller sind, als seinem Erbteil entspricht.

Ist dies der Fall, stellt sich stets die Frage, ob der Mehrbetrag zusätzlich zu dem Erbteil zugewendet sein soll; trifft dies zu, dann handelt es sich – jedenfalls wegen des Mehrwerts – nicht um eine Teilungsanordnung i. S. v. § 2048 BGB, sondern um ein Vorausvermächtnis i. S. d. § 2150 BGB (BGH, Urteile vom 14.3.1984, IV a ZR 87/82, NJW 1985, 51; vom 27.6.1990, IV ZR, 104/89, NJW-RR 1990, 1220; vom 19.3.1992, IX ZR 120/91, NJW-RR 1992, 772, und vom 15.10.1997, IV ZR 327/96, NJW 1998, 682). Anders ist es dagegen, wenn feststeht, dass es sich (nur) um eine Teilungsanordnung handelt und der Erblasser dem durch die Anordnung begünstigten Miterben nicht zusätzlich zu seinem Erbteil auch noch den Mehrwert zuwenden wollte. Dann lässt sich die Teilungsanordnung nur aufrechterhalten, wenn eine Wertverschiebung ausgeschlossen ist, der betreffende Miterbe den Mehrwert also durch Leistungen aus seinem eigenen Vermögen auszugleichen hat oder jedenfalls ausgleicht (BGH, NJW 1985, 51; zur Abgrenzung von Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis vgl. ferner BFH, BFHE 167, 562, BStBl II 1992, S. 669, und vom 30.3.2009, II R 12/07, BFH/NV 2009, 1653).

Nach der in der zivilrechtlichen Rechtsprechung und Literatur überwiegend vertretenen Ansicht liegt bei einer Teilungsanordnung, durch die der Erblasser unter Ausschluss einer Ausgleichspflicht einem von mehreren Miterben Gegen-



stände zuweist, die wertvoller sind, als dies dem Erbteil des Miterben entspricht, eine reine Teilungsanordnung vor, soweit eine Anrechnung auf den Erbteil des Miterben möglich ist, und in Höhe des Mehrwerts ein Vorausvermächtnis (Urteil des LG Karlsruhe vom 7.10.2005, 3 O 205/04, FamRZ 2006, 447; MünchKommBGB/Ann, 5. Aufl., § 2048 Rdnr. 17; Lohmann in Bamberger/Roth, BGB, 2. Aufl., § 2048 Rdnr. 4; Sommer/Kerschbaumer, ZEV 2004, 13, 14 f.). Das Vorausvermächtnis bezieht sich danach in solchen Fällen nicht auf die dem Miterben zustehenden Gegenstände, sondern nur auf den Mehrwert. Eine solche Kombination von Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis ist möglich (Müller-Christmann in Bamberger/Roth, a. a. O., § 2150 Rdnr. 7).

cc) Der erkennende Senat schließt sich dieser Auffassung auch für die Erbschaftsteuer an (ebenso Geck in Kapp/Ebeling, ErbStG, § 3 Rdnr. 129.11; Sommer/Kerschbaumer, ZEV 2004, 13, 17). Hat der Erblasser ausdrücklich eine Teilungsanordnung verfügt, die nicht ausnahmsweise als selbständiges Vorausvermächtnis zu verstehen ist (oben aa), ist das Testament soweit möglich so auszulegen, wie es dem Wortlaut der Verfügung des Erblassers entspricht. Es bleibt danach bei der Teilungsanordnung, soweit eine Anrechnung auf den dem Miterben zustehenden Anteil am Nachlass möglich ist. Lediglich hinsichtlich des dem Miterben zukommenden Mehrwerts ist abweichend vom Wortlaut des Testaments nicht vom Vorliegen einer Teilungsanordnung, sondern eines Vorausvermächtnisses auszugehen. Dieses Vorausvermächtnis besteht in der Befreiung des besser gestellten Miterben von der ihn ansonsten treffenden Wertausgleichsverpflichtung (Fischer in Fischer/Jüptner/Pahlke/Wachter, ErbStG, 2. Aufl., § 3 Rdnr. 131) und ist bei der Ermittlung der Erbschaftsteuer nach § 12 Abs. 1 ErbStG mit dem gemeinen Wert (§ 9 Abs. 1 BewG) der Ausgleichsverpflichtung anzusetzen, die bestünde, wenn sie der Erblasser nicht ausgeschlossen hätte. Der Wert der Ausgleichsverpflichtung ist gemäß § 10 Abs. 5 Nr. 2 ErbStG bei den übrigen Miterben als Nachlassverbindlichkeit abzugsfähig, und zwar jeweils in der Höhe, in der ihnen der durch die Teilungsanordnung begünstigte Miterbe einen Ausgleich hätte zahlen müssen, wenn ihn der Erblasser nicht durch das Vorausvermächtnis von einer Ausgleichspflicht befreit hätte.

dd) Entgegen der von der Klägerin und vom OLG vertretenen Ansicht standen danach der Klägerin der Grundbesitz in der BRD sowie die Beteiligungen an inländischen gewerblichen Vermögensanlagegesellschaften mit den im Zeitpunkt des Ablebens des V darauf ruhenden Lasten und Belastungen nicht aufgrund eines Vorausvermächtnisses zu. Der Wortwahl im Testament des V kommt dabei besonderes Gewicht zu, weil es notariell beurkundet ist (vgl. BFH/NV 2005, 214; BGH, Urteil vom 6.12.1989, IVa ZR 59/88, NJW-RR 1990, 391). Es liegt vielmehr eine Teilungsanordnung vor, bei der V nach der revisionsrechtlich nicht zu beanstandenden, mit der Ansicht des OLG und der Beteiligten übereinstimmenden Auffassung des FG Ausgleichsansprüche ausgeschlossen hatte. Wurde die Klägerin durch die Teilungsanordnung über ihren Anteil am Nachlass von einem Drittel hinaus begünstigt, stellt der in der Befreiung von Ausgleichsverpflichtungen liegende Mehrwert ein Vorausvermächtnis dar. Es kommt dabei nicht auf die bei der Bemessung der Erbschaftsteuer anzusetzenden Steuerwerte, sondern auf die Verkehrswerte an; denn es handelt sich um zivilrechtliche Verpflichtungen, die nicht nach steuerlichen Grundsätzen bewertet werden können.

ee) Diesem Verständnis der Teilungsanordnung kann nicht entgegengehalten werden, diese habe nach den Wertverhältnissen bei Eintritt des Erbfalls zu einer entsprechenden Verschiebung der Erbquoten geführt. Eine quotenverschiebende Teilungsanordnung gibt es nach der Rechtsprechung des

BGH, der sich der erkennende Senat anschließt, abgesehen vom Fall des § 2049 BGB (Übernahme eines Landguts) nicht (BGH, NJW-RR 1990, 1220; MünchKommBGB/Ann, 5. Aufl., § 2048 Rdnr. 17; Staudinger/Otte, 1996, § 2150 Rdnr. 14; Palandt/Edenhofer, 69. Aufl., § 2048 Rdnr. 1; Sommer/Kerschbaumer, ZEV 2004, 13, 14).

Der vom FG angeführten Rechtsprechung lässt sich nicht entnehmen, dass eine Teilungsanordnung zu einer Änderung der vom Erblasser selbst bestimmten Erbquoten führen könne. Vielmehr lagen dem Beschluss des BayObLG vom 19.12.1996, IZ BR 107/96 (NJW-RR 1997, 517) sowie den Urteilen des OLG Düsseldorf vom 28.4.1995, 7 U 113/94 (ZEV 1995, 410) und des FG München vom 15.7.1998, 4 K 2821/94 (ZEV 1999, 38) Fälle zugrunde, in denen es an einer ausdrücklichen Erbeneinsetzung durch den Erblasser gefehlt hatte. In solchen Fällen kann eine Erbeneinsetzung nach Vermögensgruppen vorliegen, bei der durch die gegenständliche Verteilung der zum Nachlass gehörenden Gegenstände die Erbquote bestimmt wird (BGH, NJW-RR 1990, 391).

ff) Eine entsprechende Prüfung wird das FG nunmehr nachzuholen und dabei zu berücksichtigen haben, dass der Klägerin nach den von V getroffenen Verfügungen neben den ihr durch die Teilungsanordnung zugewiesenen Nachlassgegenständen ein Drittel des Nachlasses (Aktiva abzüglich der von allen Erbinnen gemeinschaftlich zu tragenden Nachlassverbindlichkeiten), über den V nicht durch Teilungsanordnung und Vermächtnisse verfügt hatte, zustand. Die Klägerin wurde danach durch die Teilungsanordnung besser als durch eine ohne Teilungsanordnung erfolgte Erbeneinsetzung der drei Töchter des V zu gleichen Teilen gestellt, wenn und soweit der Gesamtwert des im Zeitpunkt des Ablebens des V noch vorhandenen Grundbesitzes in der Bundesrepublik sowie der Beteiligungen an inländischen gewerblichen Vermögensanlagegesellschaften mit den in diesem Zeitpunkt darauf noch ruhenden Lasten und Belastungen zuzüglich 500.000 DM höher ist als ein Drittel des Gesamtwerts des im Zeitpunkt des Ablebens des V noch vorhandenen Grundbesitzes in der BRD sowie der Beteiligungen an inländischen gewerblichen Vermögensanlagegesellschaften mit den in diesem Zeitpunkt darauf noch ruhenden Lasten und Belastungen und des gesamten Barvermögens. Der Nachlass, über den V nicht durch Teilungsanordnung und Vermächtnisse verfügt hatte, wäre bei dem Vergleich auf beiden Seiten mit demselben (Drittel-)Wert anzusetzen und kann daher unberücksichtigt bleiben.

Das FG wird bei dem anzustellenden Wertvergleich auch zu prüfen haben, inwieweit die dem Grunde und der Höhe nach zu berücksichtigenden Nachlassverbindlichkeiten auf dem Grundbesitz und den Beteiligungen an inländischen gewerblichen Vermögensanlagegesellschaften ruhende Lasten und Belastungen darstellen und daher von der Klägerin im Innenverhältnis allein zu tragen waren, und inwieweit die Nachlassverbindlichkeiten diese Voraussetzung nicht erfüllen und deshalb den Miterbinnen gemeinsam zur Last fielen.

b) Das FG wird bei seiner erneuten Entscheidung ferner zu beachten haben, dass die von der Klägerin geltend gemachten Steuerschulden nur insoweit gemäß § 10 Abs. 5 Nr. 1 ErbStG als Nachlassverbindlichkeiten abgezogen werden können, als sie gemäß § 1922 Abs. 1 BGB, § 45 Abs. 1 AO auf die Erbinnen übergegangen sind. Soweit die Steuerschulden am Todestag des V als dem gemäß § 11 i. V. m. § 9 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG maßgebenden Stichtag noch nicht entstanden waren, wie insbesondere die aufgrund der nach diesem Zeitpunkt erfolgten Grundstücksentnahme entstandene Steuer, sind sie nicht abziehbar (BFH, Urteil vom 17.2.2010, II R 23/09, BFHE 229, 363, BStBl II 2010, S. 641, m. w. N.).

## HINWEISE FÜR DIE PRAXIS

### Neues zur Kapitalerhöhung bei der UG

Die UG kann – zumindest was die Akzeptanz in der Praxis betrifft – als gelungene gesetzliche Neuerung bezeichnet werden: Seit Einführung durch das MoMiG zum 1.11.2008 wurden mittlerweile mehr als 47.000 UGs in den Handelsregistern eingetragen (Stand: Ende Februar 2011; vgl. *Lieder/Hoffmann*, GmbHR 2011, 562). Es steht zu erwarten, dass künftig viele UG-Gesellschafter, die über die erforderlichen finanziellen Mittel verfügen, den Übergang in die GmbH suchen. Der BGH klärt mit Beschluss vom 19.4.2011, II ZB 25/10 = MittBayNot 2011, 413 (in diesem Heft) die bislang umstrittene Frage, ob eine Kapitalerhöhung, mit welcher sich eine UG zur GmbH „upgradet“, mittels Sacheinlage zulässig ist.

#### I. Hintergrund

Bei der Bargründung einer GmbH muss auf jeden Geschäftsanteil mindestens ein Viertel des jeweiligen Nennbetrages eingezahlt sein (§ 7 Abs. 2 Satz 1 GmbHG), wobei die eingezahlten Einlagen insgesamt mindestens die Hälfte des Mindeststammkapitals von 25.000 €, also 12.500 €, erreichen müssen (§ 7 Abs. 2 Satz 2 GmbHG). Sacheinlagen sind zulässig und müssen vor Anmeldung bewirkt sein (§ 7 Abs. 3 GmbHG).

Für die UG gelten hinsichtlich der Kapitalaufbringung strengere Regeln. So muss das Stammkapital vor der Anmeldung in voller Höhe eingezahlt werden (§ 5 a Abs. 2 Satz 1 GmbHG), Sacheinlagen sind unzulässig (§ 5 a Abs. 2 Satz 2 GmbHG). Der Gesetzgeber begründet das Verbot von Sacheinlagen vor allem mit der dadurch eintretenden Verfahrensbeschleunigung bzw. -vereinfachung. Die üblicherweise bei Sacheinlagen auftretenden Bewertungs- und Kapitalaufbringungsprobleme sollen bei der UG vermieden, eine zeitnahe Eintragung soll sichergestellt werden. Das Volleinzahlungsgebot wird damit gerechtfertigt, dass es den Gründern einer UG freistehe, die Höhe des Stammkapitals zu bestimmen. Da jede GmbH nach der Gründung gewisse Barmittel für die Anfangszeit benötige, könnten die erforderlichen Mittel von den Gründern als Mindeststammkapital gewählt werden; diese müssten dann aber auch in voller Höhe einbezahlt werden (RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 71).

Erhöht eine UG nachträglich ihr Stammkapital, so gelten zunächst die allgemeinen Kapitalerhöhungsvorschriften der §§ 55 ff. GmbHG, allerdings unter Beachtung der Sondervorschrift des § 5 a GmbHG. Die besonderen Beschränkungen für die UG finden gemäß § 5 a Abs. 5 GmbHG keine Anwendung mehr, wenn „die Gesellschaft ihr Stammkapital so [erhöht], dass es den Betrag des Mindeststammkapitals nach § 5 Abs. 1 erreicht oder übersteigt“. Hierbei ist insbesondere umstritten, ob das Sacheinlageverbot gemäß § 5 a Abs. 2 Satz 2 GmbHG für den Kapitalerhebungsbeschluss, mit welchem die UG ihr Stammkapital auf 25.000 € (oder mehr) erhöht, noch gilt oder nicht.

#### II. Die Entscheidung

Hierzu wurden bislang im Wesentlichen zwei Ansichten vertreten (Nachweise bei BGH, MittBayNot 2011, 413 in diesem Heft): Die liberalere Auffassung – die wohl als herr-

schend bezeichnet werden kann – wollte das Sacheinlageverbot für den das Mindeststammkapital erreichenden Kapitalerhöhungsvorgang nicht mehr anwenden, ein Upgrade mittels Sacheinlage wäre demnach zulässig. Die Gegenansicht ging hingegen davon aus, dass die Beschränkung des § 5 a Abs. 2 Satz 2 GmbHG erst wegfällt, wenn die UG ihr Stammkapital tatsächlich auf den Betrag von 25.000 € erhöht *hat*; damit sei gemeint, dass die Kapitalerhöhung wirksam und im Handelsregister eingetragen worden sei. Für den Erhöhungsvorgang als solchen solle hingegen das Sacheinlageverbot noch gelten (so etwa *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 5 a Rdnr. 33). Die restriktivere Ansicht stützte sich vor allem auf den Wortlaut von § 5 a Abs. 5 GmbHG: Maßgeblicher Zeitpunkt für den Wechsel der anzuwendenden Vorschriften sei die wirksame Erhöhung des Stammkapitals. Die Wirksamkeit der Kapitalerhöhung trete aber erst mit der Eintragung in das Handelsregister ein (vgl. OLG München, DNotZ 2011, 313).

Der BGH schließt sich der liberaleren Auffassung an, nach welcher das Upgrade mittels Sacheinlage zulässig ist. Dabei stellt der BGH zunächst fest, dass der Wortlaut des § 5 a Abs. 5 GmbHG auch eine Auslegung zulasse, nach welcher die Sonderregeln bereits für eine die Mindestkapitalgrenze erreichende Kapitalerhöhung nicht mehr zur Anwendung gelangen sollen. Entscheidendes Argument für die Nichtgeltung des Sacheinlageverbotes bei der Upgrade-Kapitalerhöhung sei aber die ansonsten eintretende Schlechterstellung der UG gegenüber der GmbH: Hätten die Gesellschafter sofort eine GmbH gegründet, so hätten sie den Beschränkungen des § 5 a Abs. 2 Satz 2 GmbHG nicht unterliegen. Im Falle der nachträglichen Kapitalerhöhung dürften sie nicht schlechter gestellt werden.

#### III. Konsequenzen für die Praxis

Die Entscheidung bringt zunächst Klarheit über die Zulässigkeit von Sachkapitalerhebungen bei der UG. Wird das Stammkapital der UG auf 25.000 € oder mehr erhöht, so ist eine Sacheinlage zulässig. Erhöht eine UG dagegen ihr Stammkapital auf 24.999 € oder weniger – also gerade kein Upgrade zur GmbH –, so verbleibt es beim Sacheinlageverbot. Teile der Literatur (*Henrichs*, NZG 2009, 1161, 1162; *Ulmer/Paura*, GmbHG, § 5 a Rdnr. 49, 66) waren bislang der Auffassung, das Sacheinlageverbot des § 5 a Abs. 2 Satz 2 GmbHG gelte lediglich für die Gründung der UG, anschließende Kapitalerhebungen würden generell nicht mehr erfasst. Dieser Auffassung erteilt der BGH eine klare Absage. Eine solche Einschränkung ergebe sich weder aus dem Wortlaut des § 5 a GmbHG noch aus der gesetzlichen Systematik.

Dennoch bestehen im Rahmen der Kapitalerhöhung einer UG weiterhin einige nicht abschließend geklärte Fragen.

##### 1. Reichweite des Volleinzahlungsgebotes

Zum einen ist nicht endgültig geklärt, ob das Volleinzahlungsgebot des § 5 a Abs. 2 Satz 1 GmbHG bei Upgrade-Kapitalerhebungen noch gilt oder ob auch hier die für die UG geltenden Beschränkungen – ähnlich wie bei der Sachkapitalerhöhung – bereits wegfallen (§ 5 a Abs. 5 GmbHG).

Das OLG München (DNotZ 2011, 313) hatte hierzu jüngst eine restriktive Sichtweise vertreten: Bei einer UG mit einem

Stammkapital in Höhe von 2.000 € wurde eine Kapitalerhöhung um 23.000 € beschlossen. Zur Übernahme eines neuen Geschäftsanteils i. H. v. 10.500 € wurde der bisherige Gesellschafter und i. H. v. 12.500 € ein neuer Gesellschafter zugelassen. Auf die neuen Geschäftsanteile wurden insgesamt 11.500 €, also die Hälfte, in bar erbracht. Das OLG München ging davon aus, dass das Volleinzahlungsgebot erst wegfällt, wenn das Stammkapital der UG wirksam auf 25.000 € erhöht und im Handelsregister eingetragen worden ist (§ 54 Abs. 3 GmbHG); für den Erhöhungsvorgang als solchen solle demgegenüber das Volleinzahlungsgebot noch gelten.

Ob diese Sichtweise angesichts der vorliegenden Entscheidung des BGH zur Reichweite des Sacheinlageverbotes noch Geltung beanspruchen kann, erscheint fraglich und ist wohl eher zu verneinen. Denn die Reichweite des Volleinzahlungsgebotes (§ 5 a Abs. 2 Satz 1 GmbHG) hängt eng mit der des Sacheinlageverbotes (§ 5 a Abs. 2 Satz 2 GmbHG) zusammen, weshalb vieles dafür spricht, beide Komplexe gleich zu behandeln. Eine Äußerung des BGH zur Reichweite des Volleinzahlungsgebotes – obiter dictum – hätte die verbleibenden Unklarheiten beseitigen können; leider lässt der BGH diese Frage vorerst offen.

Allerdings verlangen die oben genannten Argumente, welche gegen das Sacheinlageverbot bei Upgrade-Kapitalerhöhungen sprechen, auch hier Geltung: Es würde zu einer ungerechtfertigten Schlechterstellung der UG gegenüber einer regulären GmbH-Gründung führen, wenn das Volleinzahlungsgebot für die Upgrade-Kapitalerhöhung noch gelten würde. Dann müssten die UG-Gesellschafter tatsächlich 25.000 € – nämlich das ursprüngliche Stammkapital der UG zuzüglich des Kapitalerhöhungsbetrages in voller Höhe – aufbringen, um den Wechsel in die GmbH zu vollziehen, während es bei einer normalen GmbH-Gründung ausreicht, wenn lediglich die Hälfte des Mindeststammkapitals aufgebracht wird (§ 7 Abs. 2 Satz 2 GmbHG). Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass der Wechsel von der UG in die GmbH derart erschwert werden sollte. Auch das OLG Hamm geht in einem jüngst veröffentlichten Beschluss (vom 5.5.2011, 27 W 24/11 = GmbHR 2011, 655 = DNotI-Report 2011, 127) davon aus, dass das Volleinzahlungsgebot für Upgrade-Kapitalerhöhungen nicht mehr gilt. Es bleibt zu hoffen, dass der BGH eine alsbaldige Klärung herbeiführt.

Die Anwendung der Vorschriften über die Barkapitalerhöhung (§§ 55 ff. GmbHG) darf aber nicht dazu führen, dass eine UG gegenüber der regulären GmbH privilegiert wird. Dazu könnte es aber bei einer wortlautgetreuen Gesetzesanwendung kommen: Für die im Rahmen der Kapitalerhöhung zu leistenden Einlagen sieht §§ 56 a, 7 Abs. 2 Satz 1 GmbHG vor, dass vor Eintragung auf jeden übernommenen Geschäftsanteil lediglich ein Viertel des Nennbetrages zu leisten ist. Auf § 7 Abs. 2 Satz 2 GmbHG, der vorschreibt, dass so viel geleistet werden muss, dass mindestens die Hälfte des Mindeststammkapitals gemäß § 5 Abs. 1 GmbHG erreicht wird, verweist § 56 a GmbHG gerade nicht (*Baumbach/Hueck/Zöllner*, GmbHG, § 56 a Rdnr. 5; *Wicke*, GmbHG, 2. Aufl. 2011, § 56 a Rdnr. 1). Nach dem Gesetzeswortlaut könnte etwa eine UG, welche mit 1 € Stammkapital gegründet wurde, eine Kapitalerhöhung um 24.999 € beschließen, wobei auf die im Rahmen der Kapitalerhöhung übernommenen Geschäftsanteile lediglich  $\frac{1}{4}$ , also 6.249,75 €, in bar zu leisten wären. Zuzüglich des ursprünglichen Stammkapitals von 1 € könnte somit eine reguläre GmbH – über den Umweg der UG – gegründet werden, wobei nur 6.230,75 € in bar aufgebracht werden müssten. Dies wäre eine massive Privilegierung gegenüber der regulären GmbH-Gründung, die so vom Gesetz-

geber offenbar nicht gewollt war. Mit der überwiegenden Auffassung (vgl. etwa *Lieder/Hoffmann*, GmbHR 2011, 562, 564; *Miras* in BeckOK-GmbHG, § 5 a Rdnr. 112; ebenso wohl OLG Hamm, a. a. O.) ist daher § 7 Abs. 2 Satz 2 GmbHG auf die Barkapitalerhöhung einer UG zum Zwecke des Übergangs in eine GmbH analog anzuwenden, d. h. die Summe aus dem ursprünglichen Stammkapital der UG und dem zum Zwecke der Kapitalerhöhung einbezahlten Betrag muss mindestens die Hälfte des gesetzlichen Mindeststammkapitals (12.500 €) ergeben.

## 2. Stellung im Umwandlungsrecht

Nicht abschließend geklärt ist derzeit auch, inwieweit sich eine UG an umwandlungsrechtlichen Maßnahmen beteiligen kann. Weitgehende Einigkeit besteht dahingehend, dass sich eine UG als Ausgangsrechtsträger an einer Verschmelzung beteiligen kann; insoweit bestehen keine Besonderheiten gegenüber einer normalen GmbH. Grundsätzlich kann sich eine UG auch als übertragender Rechtsträger an einer Spaltung beteiligen. Hier ist allerdings eine Einschränkung zu beachten: Werden Vermögensteile aus einer GmbH abgespalten oder ausgegliedert, ohne dass der GmbH ein adäquater Gegenwert zufließt, so kann es zu einer Unterbilanz kommen. Bei einer GmbH besteht daher die Möglichkeit, eine Kapitalherabsetzung durchzuführen, um eine durch die Abspaltung oder Ausgliederung eintretende Unterbilanz zu verhindern (§ 139 UmwG). Diese Möglichkeit ist der UG verwehrt, da eine Kapitalherabsetzung gemäß §§ 58 Abs. 2 Satz 1, 5 Abs. 1 GmbHG voraussetzt, dass das Mindeststammkapital von 25.000 € erhalten bleibt, was bei der UG ausgeschlossen ist (*Heckschen*, Das MoMiG in der notariellen Praxis, Rdnr. 257). Soweit eine Kapitalherabsetzung aber gerade nicht erforderlich ist, kann sich eine UG wie eine normale GmbH als übertragender Rechtsträger an einer Abspaltung oder Ausgliederung beteiligen.

Problematischer ist hingegen die Beteiligung einer UG als Zielrechtsträger. Auch hier ergeben sich Einschränkungen aus dem Sacheinlageverbot gemäß § 5 a Abs. 2 Satz 2 GmbHG.

### a) Umwandlungsrechtliche Maßnahme zur Neugründung einer UG

Der BGH hat jüngst (Beschluss vom 11.4.2011, II ZB 9/10, GmbHR 2011, 701) entschieden, dass eine Abspaltung zur Neugründung einer UG gegen das Sacheinlageverbot des § 5 a Abs. 2 Satz 2 GmbHG verstößt und daher unzulässig ist. Bei einer Abspaltung zur Neugründung einer UG handelt es sich um eine Sachgründung i. S. d. § 5 Abs. 4 GmbHG, da das übertragene Vermögen im Wege der Sacheinlage in den neu zu gründenden Rechtsträger eingebracht wird. § 135 Abs. 2 Satz 1 UmwG verweist insoweit auf die für die Gründung des neuen Rechtsträgers geltenden Gründungsvorschriften; bei einer Abspaltung zur Neugründung einer UG kommt somit das Sacheinlageverbot gemäß § 5 a Abs. 2 Satz 2 GmbHG zur Anwendung. Daraus folgt, dass eine Abspaltung zur Neugründung einer UG unzulässig ist. Das entspricht der herrschenden Meinung in der Literatur (vgl. etwa *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, § 5 a Rdnr. 17 m. w. N.).

Die vorgenannte BGH-Entscheidung betraf zwar nur die Abspaltung zur Neugründung einer UG. Es ist aber davon auszugehen, dass sämtliche umwandlungsrechtlichen Maßnahmen, bei denen es zur Neugründung einer UG kommt, unzulässig sind. Denn die umwandlungsrechtlichen Vorschriften verweisen insoweit auf das Gründungsrecht des neuen Rechtsträgers, im Falle der UG also auf das Sacheinlageverbot des § 5 a Abs. 2 Satz 2 GmbHG. Daher sind auch eine Ausgliederung

zung zur Neugründung einer UG (§ 135 Abs. 2 Satz 1 UmwG), eine Verschmelzung zur Neugründung einer UG (§§ 36 Abs. 2, 56 ff. UmwG) und ein Formwechsel in eine UG (§ 197 UmwG) unzulässig.

#### b) Umwandlungsrechtliche Maßnahme mit gleichzeitigem Upgrade

Da das Sacheinlageverbot gemäß § 5 a Abs. 2 Satz 2 GmbH keine Anwendung findet, wenn sich die UG zugleich zur GmbH „upgraded“ und ihr Stammkapital auf 25.000 € oder mehr erhöht, dürften auch diejenigen umwandlungsrechtlichen Maßnahmen, bei welchen die UG als aufnehmender Rechtsträger zugleich eine Kapitalerhöhung auf das Mindeststammkapital i. H. v. 25.000 € durchführt, zulässig sein.

Dies ist etwa dann der Fall, wenn ein anderer Rechtsträger auf eine UG verschmolzen wird. Bei einer Verschmelzung zur Aufnahme wird das Vermögen eines oder mehrerer übertragender Rechtsträger mit dem Vermögen des übernehmenden Rechtsträgers vereinigt, welcher das Vermögen der übertragenden Rechtsträger im Wege der Gesamtrechtsnachfolge aufnimmt. Die Anteilsinhaber der übertragenden Rechtsträger erhalten als Gegenleistung – sofern keine Ausnahmeregelung (§ 54 Abs. 1, 2 UmwG) greift – Anteile des übernehmenden Rechtsträgers, welche in der Regel im Wege der Kapitalerhöhung geschaffen werden. Wird bei dieser Kapitalerhöhung das Stammkapital der UG auf mindestens 25.000 € erhöht, also mit der Verschmelzung ein Upgrade zur GmbH vollzogen, so ist eine Verschmelzung zur Aufnahme auf eine UG zulässig (ebenso *Wicke*, GmbHG, § 5 a Rdnr. 16; *Bremer*, GmbHR 2011, 703, 704). Wird das Stammkapital der UG auf lediglich 24.999 € oder weniger erhöht, so scheidet eine Verschmelzung zur Aufnahme auf die UG aus.

Gleiches dürfte für andere umwandlungsrechtliche Maßnahmen gelten, bei welcher die UG als aufnehmender Rechtsträger zugleich einen Wechsel in die GmbH vollzieht. Bei einer Spaltung überträgt ein übertragender Rechtsträger sein gesamtes Vermögen bzw. einen Teil hiervon im Wege der (partiellen) Gesamtrechtsnachfolge auf den aufnehmenden Rechtsträger. Sofern keine Ausnahmen eingreifen (§§ 131 Abs. 1, 125 UmwG), erhalten die Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers (bei der Auf- bzw. Abspaltung) bzw. die übertragende Gesellschaft selbst (bei der Ausgliederung) als Gegenleistung Anteile am übernehmenden Rechtsträger. Die zu gewährenden Anteile werden auch hier im Wege einer Kapitalerhöhung des übernehmenden Rechtsträgers geschaffen. Eine Spaltung zur Aufnahme auf eine UG, bei welcher im Rahmen der durchzuführenden Kapitalerhöhung das Mindeststammkapital des § 5 Abs. 1 GmbHG erreicht oder überschritten wird, ist demnach ebenfalls zulässig (ebenso *Miras* in BeckOK-GmbHG, § 5 a Rdnr. 13; *Höfinghoff* in Kölner Formularbuch Gesellschaftsrecht, 4. Kap. Rdnr. 952).

#### c) UG als übernehmender Rechtsträger ohne Anteilsgewährung und ohne Upgrade

Das Umwandlungsrecht geht vom Grundsatz der Anteilsgewährung aus: Den Anteilsinhabern des übertragenden Rechtsträgers müssen als Gegenleistung grundsätzlich Anteile am übernehmenden Rechtsträger gewährt werden. Die Anteilsgewährung kann ausnahmsweise unterbleiben, wenn etwa eine 100%ige Tochtergesellschaft auf ihre Mutter verschmolzen wird (Upstream-Merger, § 20 Abs. 1 Nr. 3 UmwG). Ebenso haben die Gesellschafter eines übertragenden Rechts-

trägers bei einer Verschmelzung auf eine GmbH die Möglichkeit, auf eine Anteilsgewährung zu verzichten (§ 54 Abs. 1 Satz 3 UmwG). Es stellt sich die Frage, ob in den Fällen, in denen eine Anteilsgewährung unterbleiben kann, eine Verschmelzung zur Aufnahme auf eine UG – ohne Kapitalerhöhung und Wechsel zur GmbH – möglich ist. Die wohl überwiegende Auffassung hält dies für zulässig (vgl. *Mayer/Weiler* in Beck'sches Notarhandbuch, 5. Aufl. 2009, Kap. D I Rdnr. 98; *Meister*, NZG 2008, 767, 768). Dagegen wird eingewandt, dass damit letztlich mittelbar eine Herabstufung von einer GmbH auf eine UG ermöglicht werde, die vom Gesetz nicht vorgesehen sei. Mit der Verschmelzung einer GmbH auf eine – etwa zu diesem Zweck gegründete – UG werde wirtschaftlich dasselbe Ergebnis wie mit einer Herabstufung erreicht; daher sei diese Gestaltung unter Umgestaltungsgesichtspunkten unzulässig (*Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, § 5 a Rdnr. 18).

Hier ist das letzte Wort noch nicht gesprochen. Angesichts der bestehenden Unsicherheiten empfiehlt sich in der Praxis eine vorherige Abstimmung mit dem Registergericht.

#### IV. Muster: Wechsel von der UG zur GmbH im Wege der Sachkapitalerhöhung

Beim Wechsel von einer nach Musterprotokoll gegründeten UG zur GmbH empfiehlt es sich in der Regel, eine komplette Satzungsneufassung vorzunehmen.

##### Wechsel von der UG (haftungsbeschränkt) zur GmbH (Kapitalerhöhung, Satzungsneufassung)

(...)

Die Erschienenen baten den Notar, die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung der Gesellschaft in Firma

... UG (haftungsbeschränkt)  
mit dem Sitz in ....

– nachfolgend auch kurz „Gesellschaft“ genannt –

zu beurkunden.

##### I. Sachstand

Nach Angabe der Erschienenen ist im Handelsregister des Amtsgerichts ... unter HRB ... die .... UG (haftungsbeschränkt) mit dem Sitz in ... eingetragen.

Das Stammkapital der UG (haftungsbeschränkt) beträgt ... €. An ihm sind nach Angabe beteiligt:

- Herr A mit einem Geschäftsanteil im Nennbetrag von € ... mit der laufenden Nr. 1.
- Frau B mit einem Geschäftsanteil im Nennbetrag von € ... mit der laufenden Nr. 2.
- Frau C mit einem Geschäftsanteil im Nennbetrag von € ... mit der laufenden Nr. 3.

Diese Beteiligungsverhältnisse ergeben sich aus der Gründungsurkunde des amtierenden Notars vom ... (URNr. ...). Es ist somit das gesamte Stammkapital der UG (haftungsbeschränkt) vertreten. Die Stammeinlagen sind nach Angabe voll geleistet.

Die Gesellschafter beabsichtigen, die UG (haftungsbeschränkt) in eine GmbH zu überführen. Zu diesem Zweck wird das Stammkapital der UG (haftungsbeschränkt) im Wege der Sachkapitalerhöhung auf ... [mindestens 25.000 €] erhöht.

## II. Gesellschafterversammlung

Die vorgenannten Gesellschafter halten unter Verzicht auf sämtliche durch Gesetz oder Satzung festgelegten Frist- und Formvorschriften eine Gesellschafterversammlung der Gesellschaft ab und beschließen hierbei einstimmig was folgt:

### 1. Kapitalerhöhung

Das Stammkapital der Gesellschaft wird

von .... €

um .... €

auf .... € [mindestens 25.000 €]

gegen Sacheinlage erhöht.

Die Kapitalerhöhung erfolgt durch Ausgabe von einem Geschäftsanteil im Nennbetrag von .... € mit der laufenden Nr. 4. Der neue Geschäftsanteil wird zum Nennwert ausgegeben.

Zur Übernahme des neuen Geschäftsanteils im Nennbetrag von .... € mit der laufenden Nr. 4 wird zugelassen:

Herr ...

geboren am ....

wohnhaft in ....

– im Folgenden auch „Übernehmer“ genannt –.

Die Einlage auf den neuen Geschäftsanteil wird nicht in bar erbracht, sondern dadurch, dass der Übernehmer sein ... [Gegenstand der Sacheinlage: Geschäftsanteile, Einzelkaufmännisches Unternehmen usw.] gemäß näherer Maßgabe der **Anlage 1 (Einbringungsvertrag)** zu dieser Urkunde in die Gesellschaft einbringt. Die Anlage 1 bildet einen wesentlichen Bestandteil dieser Urkunde, auf sie wird verwiesen, sie wurde mitverlesen.

Soweit der Buchwert bzw. die steuerlichen Anschaffungskosten der vorgenannten Sacheinlage den Nennbetrag der übernommenen Stammeinlage überschreitet, wird dieser Mehrbetrag in die Kapitalrücklage eingestellt.

Der neu ausgegebene Geschäftsanteil ist vom Beginn des bei der Eintragung der Kapitalerhöhung laufenden Geschäftsjahres an am Gewinn der Gesellschaft beteiligt.

### 2. Satzungsneufassung

Der Gesellschaftsvertrag der Gesellschaft wird insgesamt abgeändert und gemäß der **Anlage 2 (Satzung)** neu gefasst. Die Anlage 2 bildet einen wesentlichen Bestandteil dieser Urkunde, auf sie wird verwiesen, sie wurde mitverlesen.

### 3. Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers

Herr ... ist auch weiterhin Geschäftsführer der Gesellschaft. Er ist berechtigt, die Gesellschaft stets einzeln zu vertreten. Von den Beschränkungen des § 181 BGB ist er vollumfänglich befreit.

### III. Übernahmeerklärung

Der Übernehmer erklärt sodann die Übernahme des neuen Geschäftsanteils im Nennbetrag von .... € zu den Bedingungen des Kapitalerhöhungsbeschlusses unter II. 1.

### IV. Vollzug

Der Notar wird beauftragt, den Vollzug dieser Urkunde zu veranlassen.

## V. Hinweise

Der Notar hat insbesondere auf Folgendes hingewiesen:

- Die Kapitalerhöhung und die Satzungsänderung werden erst mit ihrer Eintragung im Handelsregister wirksam.
- Erreicht der Wert einer Einlage im Zeitpunkt der Eintragung der Kapitalerhöhung in das Handelsregister nicht den Betrag der dafür übernommenen Stammeinlage, haftet jeder Gesellschafter für die Differenz.

Derzeit ist nicht abschließend geklärt, ob es sich bei der im Musterprotokoll vorgesehenen Befreiung des Gründungsgeschäftsführers von den Beschränkungen des § 181 BGB um einen echten Satzungsbestandteil handelt (vgl. dazu *Herrler/König*, DStR 2010, 2138, 2139). Enthält die neugefasste Satzung zur Vertretungsbefugnis der Geschäftsführer die übliche Regelung, welche die Gesellschafter ermächtigt, einzelnen oder allen Geschäftsführern durch einfachen Gesellschafterbeschluss Einzelvertretungsbefugnis sowie die Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB zu erteilen, so entfällt wohl mit der Neufassung der Satzung die im Musterprotokoll vorgesehene Befreiung des Gründungsgeschäftsführers von den Beschränkungen des § 181 BGB. Ist demnach in der Satzung eine entsprechende Grundlage enthalten, so empfiehlt es sich – wie im Muster unter II. 3. vorgesehen – einen gesonderten Gesellschafterbeschluss zu fassen, durch welchen dem bestehenden Geschäftsführer Befreiung von § 181 BGB erteilt wird.

Besonderes Augenmerk ist auch auf die Satzungsregelung zum Gründungsaufwand zu legen, insbesondere falls die UG vor der Kapitalerhöhung ein niedrigeres Stammkapital als 300 € hatte. Gemäß Nr. 5 des Musterprotokolls trägt die Gesellschaft „die mit der Gründung verbundenen Kosten bis zu einem Gesamtbetrag von 300 €, höchstens jedoch bis zum Betrag ihres Stammkapitals“.

Wird bei einer Satzungsneufassung nach Kapitalerhöhung die Regelung zu den Gründungskosten unverändert übernommen, so ist unklar, welche Gründungskosten die Gesellschaft ursprünglich getragen hatte, da nach der Satzungsneufassung der Betrag des ursprünglichen Stammkapitals nicht mehr ersichtlich ist. Daher wird die Satzungsregelung zu den Gründungskosten in der Regel anzupassen sein. Insofern besteht allerdings ein Konflikt zu § 26 Abs. 4 AktG, der nach herrschender Meinung für die GmbH und damit auch für die UG analog gilt (*Wicke*, GmbHG, § 5 Rdnr. 19). Danach können die Festsetzungen zum Gründungsaufwand in der Satzung einer GmbH erst geändert werden, wenn die Gesellschaft länger als fünf Jahre im Handelsregister eingetragen ist (Sperrfrist). Das OLG München (NZG 2010, 1302 = MittBayNot 2011, 162) hat allerdings entschieden, dass eine rein redaktionelle Änderung der Satzungsregelung zum Gründungsaufwand, die zur Beseitigung von Missverständnissen erforderlich ist, nicht gegen § 26 Abs. 4 AktG verstößt, sofern nur der substantielle Inhalt – nämlich der Höchstbetrag des von der Gesellschaft zu tragenden Gründungsaufwands – innerhalb der Sperrfrist unverändert bleibt. Eine nachträglich geänderte Satzungsklausel zum Gründungsaufwand könnte etwa lauten:

Die mit der Errichtung der Gesellschaft verbundenen Kosten und Gebühren hat die Gesellschaft bis zu einem Betrag von [entweder 300 € oder Betrag des ursprünglichen Stammkapitals, falls niedriger] getragen.

## STÄNDESNACHRICHTEN

### Personaländerungen

#### 1. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung vom 1.8.2011:

Notar Dr. Karl Winkler, München

Mit Wirkung vom 1.9.2011:

Notar Helmut Bandele, Gunzenhausen

Mit Wirkung vom 1.2.2012:

Notar Prof. Dr. Hans-Ulrich Jerschke, Augsburg

Notar Dr. Dieter Keidel, Bad Aibling

Mit Wirkung vom 1.4.2012:

Notar Klaus-Peter Gengler, Ebermannstadt

#### 2. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung vom 1.8.2011:

Tittmoning dem Notarassessor  
Tilman Daum  
(bisher in Weilheim  
Notarstelle Dr. Bracker)

Uffenheim dem Notarassessor  
Ralf Rebhan  
(bisher in Bayreuth  
Notarstellen Dr. Franz/Eberl)

Mit Wirkung vom 1.9.2011:

München der Notarin  
Eleonore Traugott  
(bisher in Rosenheim)

#### 3. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung vom 1.9.2011:

Christian Kalleder, Prien a. Chiemsee (Notarstellen Dr. Rieger/Koller)

Laura Kierblewsky, Würzburg (Notarstellen Prof. Dr. Limmer/Dr. Friederich)

#### 4. Versetzung und sonstige Veränderungen:

Die Notarstelle Bad Berneck i. Fichtelgebirge wurde mit Wirkung vom 1.8.2011 aufgehoben. Notar Dr. Dr. Stephan Forst, Bayreuth, vormals Notarstelle Dr. Waldner, unterhält eine ständige Geschäftsstelle in Bad Berneck i. Fichtelgebirge und verwahrt die Urkunden und Akten.

Notar Dr. Robert Sieghörtner, Gräfenberg, wurde mit Wirkung vom 16.8.2011 zum Honorarprofessor an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg bestellt

Notarassessorin Dr. Susanne Schneider, Schweinfurt (Notarstellen Dr. Weiß/Muschel), führt seit 25.6.2011 den Namen Herrler

Notarassessor Michael Gutfried, Füssen (Notarstellen Dr. Malzer/Dr. Wälzholz), ab 15.7.2011 in München (Notarstellen Spoerer/Dr. Wicke)

Notarassessor Ulrich Simon, Augsburg (Notarstellen Prof. Dr. Jerschke/Dr. Bernhard), ab 18.7.2011 in Berlin (BNotK)

Notarassessor Dr. Florian Berger, München (Notarstelle Dr. Bohrer), ab 1.8.2011 in München (Notarstellen Predel/Dr. Görk)

Notarassessorin Silvia Paulöhr, Prien a. Chiemsee (Notarstellen Dr. Rieger/Koller), ab 1.8.2011 in Weilheim (Notarstelle Dr. Bracker)

Notarassessorin Susanne Schulze, Bad Staffelstein (Notarstelle Richter), ab 12.8.2011 in Schwabach (Notarstellen Hagg/Liebing)

Notarassessor Dr. Josef Zintl, Kempten (Notarstellen Dr. Zechiel/Müller-Dohle), ab 1.9.2011 in München (Notarstellen Dr. Götte/Lautner)

Notarassessor Boris Pulyer, Fürstfeldbruck (Notarstellen Schüßler/Dr. Fronhorler), ab 15.8.2011 in München (Notarstellen Dr. Vossius/Dr. Engel)

Oberinspektorin i. N. Daniela Löffler-Fendt, Zusmarshausen (derzeit im Sonderurlaub), ab 1.7.2011 in Lauingen (Notarstelle Schmitt)

Amtsrat i. N. Paul Hornfeck, Bad Berneck, ab 1.8.2011 in Bayreuth (Notarstelle Dr. Dr. Forst)

Inspektion i. N. Sandy Penzel, Passau, ab 1.8.2011 in Passau (Notarstelle Braun)

Oberinspektorin i. N. Ricarda Wegerer, Nürnberg, ab 1.8.2011 in Neumarkt i. d. OPf. (Notarstellen Dr. Heine-mann/Dr. Mickisch)

Inspektorin i. N. Nicole Unverdorben, München (derzeit in Elternzeit), ab 9.8.2011 in Passau (Notarstelle Dr. Bandel)

Oberinspektorin i. N. Marion Schneider, Schwabach, ab 1.9.2011 in Eichstätt (Notarstellen Philipp/Dr. Wolf)

Inspektorin i. N. Doreen Rumpel, Eltmann (derzeit im Sonderurlaub), ab 1.10.2011 in Bamberg (Notarstellen Dr. Eue/Dr. Dietz)

#### 5. Ausgeschiedene Angestellte:

Oberinspektor i. N. Uwe Woll, Dahn (Notarstelle Mattes), zum 30.6.2011 ausgeschieden

Oberamtsrat i. N. Werner Voggenreiter, Vilshofen (Notarstellen Dr. Schlögel/Schuller), ab 1.8.2011 im Ruhestand

Oberamtsrat i. N. Robert Pflaum, Kempten (Notarstellen Dr. Zechiel/Müller-Dohle), ab 1.10.2011 im Ruhestand

Amtmann i. N. Gerhard Schmidt, Dachau (Notarstelle Dr. Jursnik), zum 30.9.2011 ausgeschieden

#### 6. Höhergruppierungen:

Mit Wirkung vom 1.7.2011:

Zum Oberamtsrat i. N. (Entgeltgruppe 12):

Oskar Abbold, München (Notarstellen Spoerer/Dr. Wicke)

Edgar Blaha, Augsburg (Notarstelle Hösle)

Ludwig Heinrich, Fürth (Notarstelle Schmeißer)

*Zum Amtsrat i. N./zur Amtsrätin i. N. (Entgeltgruppe 11):*

Walter Kapp, Höchstädt a. d. Donau, (Notarstelle Schmid)

Stefan Krämer, Landau i. d. Pfalz (Notarstellen Sties/Flörsch)

Bruno Priebe, Kitzingen (Notarstellen Dr. Münch/Dr. Hofstetter)

Monika Schinabeck, Regensburg (Notarstellen Dr. Götz/Dr. Albrecht)

Günther Weidenthaler, München (Notarstelle Hönle)

*Zum Amtmann i. N./zur Amtfrau i. N. (Entgeltgruppe 10):*

Ulrich Altmann, Landau a. d. Isar (Notarstelle Dr. Löbl)

Eric Brandmüller, Schwabach (Notarstellen Hagg/Liebing)

Ralf Gottschlich, Würzburg (Notarstellen Prof. Dr. Limmer/Dr. Friederich)

Carmen Kuchenbauer, Lauingen (Donau) (Notarstelle Schmitt)

*Zum Oberinspektor i. N./zur Oberinspektorin i. N. (Entgeltgruppe 9, Erfahrungsstufe 4):*

Gerold Florian Bauer, Bad Griesbach i. Rottal (Notarstelle Dr. Forthäuser)

Sebastian Bernecker, Ingolstadt (Notarstellen Kopp/Dr. Macht)

Gerhard Fuchs, Waldsassen (Notarstelle Taubeneder)

Jens Holle, Schifferstadt (Notarstellen Hutzler/Regel)

Stephanie Hornauer, Neu-Ulm (Notarstellen Dr. Munzig/Dr. Feierlein)

Monja Peichl, München (Notarstellen Spoerer/Dr. Wicke)

Jutta Schimpf, Erlangen (Notarstelle Dr. Giehl)

Elisabeth Schlemer, Rosenheim (Notarstelle Traugott)

Ines Schmelzer, München (Notarstellen v. Bary/Rapp)

Mit Wirkung vom 1.8.2011:

*Zum Oberamtsrat i. N. (Entgeltgruppe 12):*

Richard Fleischmann, Neuburg a. d. Donau (Notarstellen Walter/Dr. Krist)

*Zum Amtsrat i. N./zur Amtsrätin i. N. (Entgeltgruppe 11):*

Gerhard Biller, Dachau (Notarstellen Dr. Mayr/Dr. Odersky)

*Zum Amtmann i. N./zur Amtfrau i. N. (Entgeltgruppe 10):*

Thomas Brunner, München (Notarstellen Dr. Göttele/Lautner)

#### **Anschriften- und Rufnummernänderungen:**

Anweiler, Notarstelle Spall  
E-Mail: kontakt@notar-spall.de  
Homepage: www.notar-spall.de

Bayreuth, Notarstelle Dr. Dr. Forst  
Friedrichstraße 21, 95444 Bayreuth

Fürstenfeldbruck, Notarstellen Siller/Krebs  
E-Mail: kanzlei@notare-siller-krebs.de  
Homepage: www.notare-siller-krebs.de

Ingolstadt, Notarstellen Ampenberger/Fembacher  
Telefon: 0841 95185-0

Lindenberg i. Allgäu, Notarstelle Dr. Hipler  
Telefon: 08381 92780

München, Notarstelle Traugott  
Possartstraße 9, 81679 München  
Telefon: 089 552301-0  
Telefax: 089 552301-10  
E-Mail: info@notarin-traugott.de  
Homepage: www.notarin-traugott.de

Passau, Notarstelle Braun  
Bahnhofstraße 10, 94032 Passau  
Telefon: 0851 8517980  
Telefax: 0851 85179828  
E-Mail: info@notar-braun.de

## SONSTIGES

### Veranstaltungen des DAI

- |  |  |
|--|--|
| <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Das Landwirtschaftsrecht in der Praxis (Hartmann, Witt)<br/>9.9.2011 in Kiel<br/>8.10.2011 in Düsseldorf</li> <li>2. 9. Jahresarbeitstagung des Notariats<br/>22.–24.9.2011 in Berlin</li> <li>3. Aktuelle Probleme des Ehevertragsrechts (Reetz)<br/>30.9.2011 in Bochum</li> <li>4. Haftungsfallen im Erbrecht (Ivo, Müller)<br/>30.9.2011 in Kassel</li> <li>5. Die Notarprüfung (Blaeschke)<br/>30.9.2011 in Dinklage</li> <li>6. Das Zentrale Testamentsregister (Diehn)<br/>5.10.2011 in Kiel<br/>12.10.2011 in Bochum<br/>19.10.2011 in Berlin<br/>26.10.2011 in Heusenstamm</li> <li>7. Aktuelles Steuerrecht für Notare (Wälzholz)<br/>7.10.2011 in Kiel</li> </ol> | <ol style="list-style-type: none"> <li>8. Vorbereitungslehrgang auf die notarielle Fachprüfung (Blank, Block, Bormann, Diehn, Hügel, Krauß)<br/>10.–15.10.2011 in Bochum</li> <li>9. Update Grundstückskaufvertrag (Krauß)<br/>7.10.2011 in Stuttgart<br/>14.10.2011 in Bochum<br/>15.10.2011 in Kiel</li> <li>10. Die Stiftung im Zivil- und Steuerrecht (Spiegelberger, Hüttemann, Wachter)<br/>15.10.2011 in Heusenstamm</li> <li>11. Vorbereitungslehrgang auf die notarielle Fachprüfung – Teil 1 (Blank, Block, Bormann, Diehn, Krauß, Reul)<br/>24.–29.10.2011 in Berlin</li> </ol> |
|--|--|

**Soweit nicht anders vermerkt, handelt es sich um Veranstaltungen des Fachinstituts für Notare.** Anfragen sind ausschließlich zu richten an das Deutsche Anwaltsinstitut e. V., Fachinstitut für Notare, Postfach 25 02 54, 44740 Bochum, Telefon 0234 970640, Fax 0234 703507, E-Mail: notare@anwaltsinstitut.de.

### Diskussionsveranstaltung „Entwurf eines Europäischen Vertragsrechts“

Noch im Herbst dieses Jahres wird die Europäische Kommission den Entwurf eines Europäischen Vertragsrechts vorlegen. Vor diesem Hintergrund hält die Bundesnotarkammer zusammen mit dem Bundesverband der Deutschen Industrie e. V., der Verbraucherzentrale Bundesverband e. V. und dem Zentralverband des Deutschen Handwerks e. V.

eine Diskussionsveranstaltung ab. Ziel der Veranstaltung ist es, gemeinsam mit namhaften Vertretern aus Wissenschaft und Politik über die rechtlichen, wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Hintergründe und Auswirkungen dieses Projekts zu diskutieren. Einzelheiten können der Homepage der Bundesnotarkammer unter [www.bnotk.de](http://www.bnotk.de) entnommen werden.

am **21.9.2011**

von 17.00 Uhr bis 19.00 Uhr

in den Räumen des Zentralverbands des  
Deutschen Handwerks, Mohrenstraße 20/21, 10117 Berlin,

Schriftleitung: Notarassessor Dr. Ulrich Gößl,  
Notarassessorin Eliane Schuller

Ottostraße 10, 80333 München  
ISSN 0941-4193

Die Mitteilungen erscheinen jährlich mit 6 Heften und können nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, Telefon 089 551660, Fax 089 55166234, [info@mittbaynot.de](mailto:info@mittbaynot.de), bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 50 € zuzüglich 6 € Versandkosten und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt. Einzelheft 12,50 € einschließlich Versandkosten.

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an:

Mediengruppe Universal, Kirschstraße 16, 80999 München, Telefon 089 5482170, Fax 089 555551.

Bestellen Sie Einbanddecken gerne auch im Internet unter [www.universalmedien.de/Notarkammer](http://www.universalmedien.de/Notarkammer).



**Ausschreibung  
des „Helmut-Schippel-Preises“ für das Jahr 2012**

Die Deutsche Notarrechtliche Vereinigung e. V. in Würzburg setzt für eine hervorragende praxisbezogene wissenschaftliche Arbeit auf dem Gebiet des Notarrechts den

**„Helmut-Schippel-Preis“**

in Höhe von 5.000 € aus.

Zum Notarrecht zählen alle Fragen des materiellen oder formellen Rechts, die mit der Notariatspraxis im weitesten Sinne oder der Vertragsgestaltung im Zusammenhang stehen (z. B. auch Grundstücksrecht, Erbrecht, Familienrecht, Gesellschafts- und Unternehmensrecht).

Über die Vergabe entscheidet der Vorstand der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V. unter Ausschluss des Rechtsweges. Bewerber werden gebeten, ihre Forschungsarbeiten bis spätestens **30.6.2012** bei der

**Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V.,  
Gerberstraße 19,  
97070 Würzburg,**

in drei Exemplaren (verbleiben bei der Notarrechtlichen Vereinigung) einzureichen (maßgebend ist der Posteingangsstempel). Die endgültige Vergabeentscheidung wird voraussichtlich Anfang 2013 getroffen. Die Deutsche Notarrechtliche Vereinigung behält sich eine Aufteilung des Preises auf mehrere Bewerber vor. Die Preisverleihung findet im Rahmen einer wissenschaftlichen Vortragsveranstaltung an einem der von der NotRV geförderten Institute/Forschungsstelle für Notarrecht statt. Nähere Informationen erhalten Sie unter [www.notrv.de](http://www.notrv.de).

**Neuerscheinungen**

1. Andres/Leithaus: InsO. 2. Aufl., Beck, 2011. 1 127 S., 84 €
2. Boruttau: GrEStG. 17. Aufl., Beck, 2011. 1 142 S., 119 €
3. Bumiller/Harders: FamFG. 10. Aufl., Beck, 2011. 1 257 S., 75 €
4. Fischer/Jüptner/Pahlke/Wachter: ErbStG. 3. Aufl., Haufe, 2011. 1 150 S., 169 € + CD-ROM
5. Hannes: Formularbuch Vermögens- und Unternehmensnachfolge. Beck, 2011. 1 345 S., 158 € + CD-ROM
6. Hüttemann/Richter/Weitemeyer: Landesstiftungsrecht. Otto Schmidt, 2011. 1 192 S., 129 €
7. Muscheler: Hereditare – Jahrbuch für Erbrecht und Schenkungsrecht. Mohr Siebeck, 2011. 146 S., 39 €
8. Musielak: ZPO. 8. Aufl., Vahlen, 2011. 2 880 S., 159 €
9. Nerlich/Römermann: InsO (Loseblatt). 21. Aufl., Beck, 2011. 3 858 S., 162 €
10. Nieder/Kössinger: Handbuch der Testamentsgestaltung. 4. Aufl., Beck, 2011. 1 100 S., 109 €
11. Palandt: BGB. 70. Aufl., Beck, 2011. 3 085 S., 100 €
12. Ring/Grziwotz: Systematischer Praxiskommentar Personengesellschaftsrecht. Bundesanzeiger Verlag, 2011. 1 102 S., 118 € + CD-ROM
13. Ruland: Versorgungsausgleich. 3. Aufl., Beck, 2011. 524 S., 58 €
14. Saenger/Inhester: GmbHG. Nomos, 2011. 1 611 S., 98 €
15. Sagasser/Bula/Brünger: Umwandlungen. 4. Aufl., Beck, 2011. 1 570 S., 149,00 €
16. Thomas/Putzo: ZPO. 32. Aufl., Beck, 2011. 2 141 S., 58 €
17. Zimmermann: FamFG. 2. Aufl., Beck, 2011. 289 S., 26 €



Landesnotarkammer Bayern, Ottostr. 10, 80333 München  
PVSt, Deutsche Post AG • Entgelt bezahlt • B 13022 F