

# DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

9/1997 · Mai 1997

## Inhaltsübersicht

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

ZPO §§ 794 Abs. 1 Nr. 5, 800; BGB § 1131 S. 1; GBO § 28 S. 1 - Zwangsvollstreckungsunterwerfung bei Änderung im Bestand des betroffenen Grundstücks  
GmbHG § 8 Abs. 2 S. 1, §§ 9 c, 11 - Bargründung einer GmbH; Versicherung der endgültigen freien Verfügbarkeit; Unterbilanzhaftung; Prüfungskompetenz des Registergerichts

### Gutachten im Fax-Abwurf

#### Rechtsprechung

BGB § 1154 - Abtretung einer Grundschuld

GBO § 18; BGB § 878; ZPO §§ 935, 938 - Erwerbsverbot im Grundbuchverkehr

VerbrKrG §§ 3, 6 - Anwendung des VerbrKrG auf Schuldbeitritt und Grundschuld

GmbHG § 11 - Änderung der BGH-Rechtsprechung zur Verlustdeckungshaftung

BGB §§ 26, 59 - Erstanmeldung eines Vereins

#### Aktuelles

Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Umwandlungsgesetzes

#### Literatur

Sehr geehrte Frau Kollegin, sehr geehrter Herr Kollege,

das Deutsche Notarinstitut hat seine Leistungsgrundsätze des Anfrage- und Recherchedienstes geändert. Sie finden daher in diesem Heft die neuen Leistungsgrundsätze sowie geänderte Formulare für den Recherche- und Anfragedienst.

Mit freundlichen kollegialen Grüßen

**Dr. Peter Limmer**

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

**ZPO §§ 794 Abs. 1 Nr. 5, 800; BGB § 1131 S. 1; GBO § 28 S. 1**

#### Zwangsvollstreckungsunterwerfung bei Änderung im Bestand des betroffenen Grundstücks

##### I. Sachverhalt

Bei einer Finanzierungsgrundschuld im Rahmen eines Bauträgervertrages wurde vom Erwerber eine Zwangsvollstreckungsunterwerfung mit Wirkung gegen den jeweiligen Eigentümer des erworbenen Wohnungs- bzw. Teileigentums erklärt. Nach der Grundschuldbearkundung wurde die Teilungserklärung insbesondere hinsichtlich der Tiefgarage geändert. Die Änderungen wurden in Nachträgen zum Kaufvertrag und zur Eintragungsbewilligung für die Grundschuld berücksichtigt. Eine neue Zwangsvollstreckungsunterwerfung hinsichtlich der Grundschuld erfolgte jedoch nicht. Die Grundschuld wurde daraufhin im Grundbuch unter Bezugnahme auf die ursprüngliche Grundschuldbestellungsurkunde und die Nachtragsurkunde eingetragen. Bei der jetzt anstehenden Zwangsversteigerung will das Gericht die Versteigerung jedoch deshalb nicht anordnen, weil die erklärte Zwangsvollstreckungsunterwerfung

und deren Eintragung hinsichtlich des betroffenen Pfandbesitzes nicht übereinstimmen.

##### II. Frage

1. Unter welchen Voraussetzungen ist bei einer Änderung im Belastungsgegenstand eine neue Zwangsvollstreckungsunterwerfung zu erklären und im Grundbuch einzutragen?

2. Welchen Anforderungen an die Bestimmtheit hinsichtlich des Belastungsgegenstandes muß die Zwangsvollstreckungsunterwerfung genügen?

##### III. Rechtslage

###### 1. Erfordernis einer erneuten Zwangsvollstreckungsunterwerfung und dessen Grundbucheintragung

a) Die Zwangsvollstreckungsunterwerfung hinsichtlich von Geldforderungen in einer notariellen Urkunde nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO kann bei Grundpfandrechten und Reallasten nach § 800 ZPO auch in der Weise erfolgen, daß sie mit Wirkung gegen den jeweiligen Grundstückseigentümer erklärt wird. Bei beiden Arten der Zwangsvollstreckungsunterwerfung kann es vorkommen, daß sich entweder der Inhalt des betroffenen Anspruches oder der Belastungsgegenstand nach der Erklärung der Unterwerfung ändert. In diesen Fällen stellt sich zunächst die Frage, ob eine neue Zwangsvollstreckungsunterwerfung zu erklären sei.

Als Grundsatz ist in Rechtsprechung und Literatur allgemein anerkannt, daß **bei Änderungen des Inhalts oder Umfanges der Verpflichtungen**, bezüglich derer sich der Schuldner in einer vollstreckbaren Urkunde der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat, **grundsätzlich eine neue Zwangsvollstreckungsunterwerfung erforderlich ist** (und im Regelfall auch deren Neueintragung im Grundbuch). Einer neuen Zwangsvollstreckungsunterwerfung bedarf es hingegen nicht, wenn durch eine **nachträgliche Vereinbarung die Verpflichtungen lediglich eingeschränkt** werden (KG, Urt. v. 03.07.1953, DNotZ 1954, 199 - zu § 800 ZPO, allerdings unter Vermengung der Erfordernisse für eine erneute Unterwerfung und eine Neueintragung; BGH, Urt. v. 30.09.1964, DNotZ 1965, 544 - allg. zu § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO; ebenso MünchKomm-Wolfsteiner, ZPO, 1992, § 800 ZPO Rn. 21; Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 21. Aufl. 1995, § 794 ZPO Rn. 95, § 800 ZPO Rn. 5; Zöllner, ZPO, 19. Aufl. 1995, § 800 ZPO Rn. 12).

Im Rahmen einer Inhaltsänderung ist strittig, ob eine erneute Zwangsvollstreckungsunterwerfung auch bei einer **Umwandlung einer Hypothek in eine Grundschuld** und umgekehrt bzw. bei der **Forderungsauswechslung im Rahmen einer Hypothek** erforderlich ist. (Eine erneute Zwangsvollstreckungsunterwerfung für die Umwandlung einer Hypothek in eine Eigentümergrundschuld fordert OLG Hamm, Beschl. v. 27.05.1986, Rpfleger 1987, 297; ebenso allgemein bei Umwandlung MünchKomm-Wolfsteiner, a.a.O., § 800 ZPO Rn. 19 m. w. N.; a. A. LG Düsseldorf, Beschl. v. 14.09.1961, DNotZ 1962, 97; Zöllner, a.a.O., § 800 ZPO Rn. 12). Einig ist sich die Literatur hingegen, daß eine **Rangänderung** des von der Zwangsvollstreckungsunterwerfung betroffenen Rechtes keine Inhaltsänderung der Zwangsvollstreckungsunterwerfung selbst darstellt und deshalb insoweit keine erneute Zwangsvollstreckungsunterwerfung erforderlich ist (MünchKomm-Wolfsteiner, a.a.O., § 800 ZPO Rn. 25; Stein/Jonas/Münzberg, a.a.O., § 800 ZPO Rn. 5).

b) Hier liegt jedoch nicht eine Inhaltsänderung des betroffenen Rechtes, sondern eine **Änderung des Belastungsgegenstandes** vor.

Von der Rechtsprechung mehrfach entschieden wurde, daß eine **Erweiterung des Grundpfandrechtes auf ein weiteres Grundstück einer neuen Zwangsvollstreckungsunterwerfung** hinsichtlich des neu mithaftenden Grundstücks bedarf. Nicht erforderlich ist hingegen eine erneute Eintragung der Zwangsvollstreckungsunterwerfung in das Grundbuch. Denn der bei der Erweiterung des Grundpfandrechtes einzutragende Mithaftvermerk ist im Zusammenhang mit der Haupteintragung zu lesen, so daß die bei der Haupteintragung vermerkte Unterwerfungsklausel auch für das nachbelastete Grundstück gilt. Vielmehr ist umgekehrt ein Vermerk dann einzutragen, wenn ausnahmsweise für das mithaftende Grundstück keine neue Zwangsvollstreckungsunterwerfung erklärt wird und diese deshalb nur für das bisher haftende alte Grundstück gilt (BGH, Beschl. v. 14.02.1958, BGHZ 26, 344 = NJW 1958, 630 = DNotZ 1958, 252; OLG Köln, Beschl. v. 26.05.1982, MittRhNotK 1982, 177; BayObLG, Beschl. v. 15.10.1991, DNotZ 1992, 309 = Rpfleger 1992, 196; LG Essen, Beschl. v. 21.01.1957, DNotZ 1957, 670). Dem stimmt die Literatur einhellig zu (vgl. etwa Haegele/Schöner/Stöber, Grundbuch-

recht, 10. Aufl. 1993, Rn. 2652; MünchKomm-Wolfsteiner, a.a.O., § 800 ZPO Rn. 28/34).

Eine erneute Zwangsvollstreckungsunterwerfung ist auch erforderlich bei einer **Vereinigung mehrerer Grundstücke**, wenn das Grundpfandrecht bisher nur auf einem Grundstück lastet bzw. die Vollstreckungsunterwerfung nur für ein Grundstück erklärt war. Die Vereinigung nach § 890 Abs. 1 BGB läßt die auf den beiden bisherigen Grundstücken ruhenden Belastungen unverändert und erstreckt sie materiell nicht etwa auf das andere Grundstück. Von daher ist materiell eine Erstreckung des Grundpfandrechts auf das andere Grundstück und formell eine Zwangsvollstreckungsunterwerfung hinsichtlich des neuen Grundstücks erforderlich (MünchKomm-Wolfsteiner, a.a.O., § 800 ZPO Rn. 34; Zeller/Stöber, Zwangsversteigerungsgesetz, 15. Aufl. 1996, § 16 ZVG Rn. 3.9). Nichts anderes gilt, wenn das bisher haftende Grundstück durch ein anderes **ausgetauscht** wird (MünchKomm-Wolfsteiner, a.a.O., § 800 ZPO Rn. 28).

c) Keiner erneuten Zwangsvollstreckungsunterwerfung bedarf es hingegen bei der **Zuschreibung eines Grundstücks nach § 890 Abs. 2 BGB** zu einem anderen Grundstück, das seinerseits mit einem Grundpfandrecht belastet ist, hinsichtlich dessen die Unterwerfung unter die sofortige Vollstreckbarkeit erklärt wurde. Denn bei einer Zuschreibung erstrecken sich am Hauptgrundstück bestehende Grundpfandrechte nach § 1131 S. 1 BGB auf das zugeschriebene Grundstück. Die Zuschreibung ist daher auch vollstreckungsrechtlich nicht als Änderung des Anspruchsinhalts zu behandeln, so daß auch keine erneute Zwangsvollstreckungsunterwerfung erforderlich ist (MünchKomm-Wolfsteiner, a.a.O., § 800 ZPO Rn. 33, Anm. 34 m. w. N.; Zeller/Stöber, a.a.O., § 16 ZVG Rn. 3.10). Ebensowenig erfordert eine **bloße Umschreibung des Grundstücks** von einem Grundbuchblatt auf ein anderes Grundbuchblatt eine erneute Zwangsvollstreckungsunterwerfung, da sich damit lediglich die Bezeichnung des Grundstücks ändert, nicht hingegen dessen rechtliche Eigenschaften (MünchKomm-Wolfsteiner, a.a.O., § 800 ZPO Rn. 29; Zeller/Stöber, a.a.O., § 15 ZVG Rn. 3.7; Zöllner, a.a.O., § 800 ZPO Rn. 15).

d) Daraus ergibt sich, daß die Zwangsvollstreckungsunterwerfung nicht automatisch allen Änderungen von Inhalt und Belastungsgegenstand des Grundpfandrechts folgt, hinsichtlich dessen sie erklärt wird. Vielmehr ist bei Änderungen grundsätzlich eine neue Zwangsvollstreckungsunterwerfung zu erklären, es sei denn, die Änderung schränkt den Inhalt des Anspruchs oder den Belastungsgegenstand ein.

Eine erneute Zwangsvollstreckungsunterwerfung ist hier also nicht erforderlich, wenn die Änderung der Teilungserklärung lediglich die **Bezeichnung des Belastungsgegenstandes geändert hat** - etwa indem die Numerierung der Wohnungen oder der Tiefgaragenstellplätze anders durchgeführt wurde -, wenn der Belastungsgegenstand selbst aber unverändert geblieben ist. Einer erneuten Unterwerfung bedürfte es auch nicht, soweit der **Belastungsgegenstand lediglich verkleinert** wurde - also etwa ein bisher mithaftender Tiefgaragenstellplatz nicht mehr vom Grundpfandrecht umfaßt wurde oder bisher zum Sondereigentum gehörige Räume statt dessen dem Gemeinschaftseigentum zugeschlagen wurden.

Eine erneute Zwangsvollstreckungsunterwerfung ist hingegen erforderlich, wenn eine **andere als die bisherige Einheit belastet** wird, z. B. wenn Tiefgaragenstellplätze ausgetauscht werden. Dasselbe gilt, wenn der **Belastungsgegenstand erweitert** wird, z. B. weitere Wohnungs- oder Teileigentumseinheiten dem Grundpfandrecht unterstellt werden. Soweit in diesen Fällen lediglich die Eintragungsbewilligung geändert wurde und nicht zumindest konkludent auch die zugrundeliegende materiell-rechtliche Grundpfandrechtsbestellung, wäre im übrigen auch das Grundpfandrecht insoweit nicht wirksam entstanden und das Grundbuch diesbezüglich unrichtig.

e) Nach der Rechtsprechung des BayObLG kann die neue Zwangsvollstreckungsunterwerfung zugleich mit der **Erweiterung der Grundschuld dadurch erklärt werden, daß der Eigentümer „die Grundschuld samt Unterwerfungsklausel“ auf den bezeichneten weiteren Grundbesitz als weiteres Pfand erstreckt** (BayObLG DNotZ 1992, 309 = Rpfleger 1992, 196; zustimmend Haegele/Schöner/Stöber, a.a.O., Rn. 2652 Anm. 19; Zöller, a.a.O., § 800 ZPO Rn. 12). *Wolfsteiner* hält dies allerdings nicht für ausreichend und fordert eine **Wiedergabe des Anspruchsinhalts** im Titel selbst, da dieser sonst nicht vollstreckungsfähig bezeichnet sei (MünchKomm-Wolfsteiner, a.a.O., § 800 ZPO Rn. 34). Eine solche Anspruchsbestimmung fordert auch *Zöller*, obwohl er im übrigen das Urteil des BayObLG anerkennt (Zöller, a.a.O., § 800 ZPO Rn. 12).

## 2. Bestimmtheit der Grundstücksbezeichnung bei der Zwangsvollstreckungsunterwerfung

a) Erst nach der Frage, ob eine erneute Zwangsvollstreckungsunterwerfung und deren Eintragung im Grundbuch erforderlich war oder nicht, stellt sich die weitere Frage, welche Anforderung an die **Bestimmtheit der Bezeichnung des Belastungsgegenstandes** zu stellen ist. Zunächst muß die **Grundpfandrechtsbestellung** hinreichend bestimmt sein. Materiell-rechtlich muß diese dem **sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz** genügen. Für die zur Entstehung des Grundpfandrechts erforderliche Grundbucheintragung hat die Bezeichnung des Grundstücks **verfahrensrechtlich nach § 28 S. 1 GBO** zu erfolgen.

b) Auch für die **Bestimmtheit hinsichtlich der Zwangsvollstreckungsunterwerfung** ist zwischen den materiell-rechtlichen und den grundbuchverfahrensrechtlichen Anforderungen zu unterscheiden. Um vollstreckbar zu sein, muß die Vollstreckungsunterwerfung den Anspruchsinhalt im Titel selbst hinreichend bestimmen. Nach einer Meinung umfaßt dies den Belastungsgegenstand nicht, so daß auch eine vom Schuldner hinsichtlich seines gesamten ungewissen zukünftigen Vermögens abgegebene Unterwerfungserklärung zulässig und wirksam wäre - wie auch eine Unterwerfung bezüglich aller oder bestimmter vom Schuldner künftig zu erwerbender Grundstücke (LG Essen DNotZ 1957, 670, 673 f.). Nach herrschender Meinung ist jedoch **bei einem Grundpfandrecht der belastete Gegenstand spätestens im Klauselerteilungsverfahren so genau zu bezeichnen**, daß das belastete Grundstück als Gegenstand der Zwangsvollstreckung zuverlässig festgestellt werden kann (MünchKomm-Wolfsteiner, a.a.O., § 800 ZPO Rn. 8; Zeller/Stöber, a.a.O., § 16 ZVG Rn. 3.7). Die Bestimmung kann insoweit jedoch durch beliebige Merkmale

erfolgen, z. B. durch Verweis auf eine Skizze, die Bestandteil der Urkunde ist.

Die mit Wirkung für den jeweiligen Eigentümer erklärte Zwangsvollstreckungsunterwerfung wirkt jedoch nach § 800 ZPO nur, wenn sie im Grundbuch eingetragen ist. Insoweit gilt für die Bezeichnung des Grundstücks wieder § 28 S. 1 GBO. Ein Verstoß gegen § 28 S. 1 GBO ist allerdings unbeachtlich, wenn die Eintragung trotz dieses Verstoßes erfolgt. Dieses grundbuchverfahrensrechtliche Bestimmtheitsanforderungsmerkmal bringt es auch mit sich, daß bei einer noch nicht vermessenen Teilfläche nach erfolgter Vermessung auch hinsichtlich der Zwangsvollstreckungsunterwerfung eine Identitätserklärung abzugeben ist. Die Identitätserklärung kann allerdings, ebenso wie in allen übrigen Fällen, durch eine Eigenurkunde des Notars erfolgen, so daß wohl in der notariellen Unterwerfungserklärung noch keine Bezeichnung in der Form des § 28 GBO erforderlich ist (so wohl auch Amann, Grundstückskauf und Grundpfandrechte, DAI-Skript, 23./24.6.1995, S. 58).

c) Für die **Durchführung der Vollstreckung** selbst ist schließlich erforderlich, daß **das im Titel genannte Grundstück mit dem im Grundbuch gebuchten identisch ist**. So muß bei einer ursprünglich für ein ungeteiltes Grundstück erklärten Zwangsvollstreckungsunterwerfung die Vollstreckungsklausel umgeschrieben werden, wenn zwischenzeitlich eine Aufteilung in Wohnungs- und Teileigentum erfolgte (LG Weiden, Beschl. v. 09.02.1984, Rpfleger 1984, 280). Sofern also noch keine Bezeichnung mit dem Grundbuchblatt oder übereinstimmend mit dem Grundbuch erfolgt war, wäre diese spätestens hier nachzuholen.

## GmbHG § 8 Abs. 2 S. 1, §§ 9 c, 11 Bargründung einer GmbH; Versicherung der endgültigen freien Verfügbarkeit; Unterbilanzhaftung; Prüfungskompetenz des Registergerichts

### I. Sachverhalt

M und S wollen die M- & S-GmbH im Wege der Bargründung errichten. Vom Stammkapital zu DM 50.000,--, sofort zur Hälfte bar einzuzahlen, übernehmen M und S jeweils eine Stammeinlage von DM 25.000,--.

Unmittelbar danach sollen die M- & S-GmbH i. Gr. und A die AMS-GmbH errichten, und zwar vor Eintragung der M- & S-GmbH in das Handelsregister. Vom Stammkapital zu DM 50.100,--, sofort zur Hälfte bar einzuzahlen, übernehmen die M- & S-GmbH i. Gr. eine Stammeinlage von DM 33.400,-- und A eine Stammeinlage von DM 16.700,--.

### II. Frage

1. Ist es Voraussetzung für die Eintragung der AMS-GmbH in das Handelsregister, daß zuvor die M- & S-GmbH eingetragen ist?

2. Verstoßen die Gesellschafter und Geschäftsführer der M- & S-GmbH durch deren Beteiligung an der AMS-GmbH gegen die gesetzlichen Vorschriften über die Kapitalaufbringung bei der M- & S-GmbH?

3. Wie wäre es, wenn M und S an die M- & S-GmbH den Betrag von DM 33.400,-- zusätzlich zahlen würden, und zwar in Höhe von DM 25.000,-- als Resteinzahlung auf das Stammkapital und in Höhe von 8.400,-- als sonstiges Eigenkapital?

4. Wie wäre der Fall zu beurteilen, wenn M und S an die M- & S-GmbH den Betrag von DM 33.400,-- in voller Höhe als sonstiges Eigenkapital zusätzlich zahlen würden?

5. Ist die Rechtslage anders, wenn die AMS-GmbH erst nach Eintragung der M- & S-GmbH in das Handelsregister gegründet wird?

### III. Rechtslage

1. **Als selbständige Trägerin von Rechten und Pflichten kann die Vor-GmbH ihrerseits eine andere GmbH gründen** (Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 14. Aufl. 1995, § 11 Rn. 5). Der BGH hat dies bestätigt, indem er der Vor-GmbH die Fähigkeit zugemessen hat, persönlich haftende Gesellschafterin in einer KG zu sein (BGHZ 80, 129, 132; WM 1985, 165, 166). Dabei hat der BGH weiter ausgeführt, daß aus der Komplementärfähigkeit der Vor-GmbH auch deren Fähigkeit folge, unter der Firma der GmbH mit dem Zusatz „i. G.“ als persönlich haftende Gesellschafterin im Handelsregister eingetragen werden zu können (WM 1985, 165, 166). Die Verselbständigung der Vor-GmbH nicht nur im materiellen, sondern auch im formellen Recht wird bestätigt durch die heute allgemein anerkannte Grundbuchfähigkeit der Vor-GmbH als solcher (hierzu Haegele/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 10. Aufl. 1993, Rn. 990; Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 8. Aufl. 1993, § 11 Rn. 33). Dementsprechend setzt die Eintragung der AMS-GmbH in das Handelsregister nicht voraus, daß zuvor die M- & S-GmbH ihrerseits in das Handelsregister eingetragen worden ist.

2. Gem. § 8 Abs. 2 S. 1 GmbHG haben die Geschäftsführer bei der Anmeldung der GmbH zur Eintragung in das Handelsregister die **Versicherung abzugeben, daß die in § 7 Abs. 2 S. 1 und 2 GmbHG bezeichneten Mindest-Bareinlagen auf die Stammeinlagen bewirkt sind und daß der Gegenstand der Leistungen sich endgültig in der freien Verfügung der Geschäftsführer befindet**. Im Ausgangsfall sollen sich die Einzahlungen durch M und S auf die Mindest-Bareinlage gem. § 7 Abs. 2 S. 2 GmbHG in Höhe von insgesamt DM 25.000,-- beschränken. Auch unter dieser Prämisse bleibt neben der endgültigen freien Verfügbarkeit der Mindest-Bareinlagen eine etwaige Unterbilanz (im Sinne von BGHZ 80, 129, 140 f.; 105, 300, 303 ff.; GmS OGB WiB 1996, 934 i. V. m. dem Vorlagebeschluß des BGH WM 1996, 581, 583) als mögliches Eintragungshindernis für die M- & S-GmbH zu prüfen.

#### a) **Versicherung der endgültigen freien Verfügbarkeit**

Das Registergericht prüft im Rahmen von § 9 c GmbHG die endgültige freie Verfügbarkeit der Mindest-Bareinlagen bezogen auf den Zeitpunkt, in dem die Anmeldung (§§ 7 Abs. 1, 8 GmbHG) beim Handelsregister eingegangen ist (sog. genannter Anmeldungsstichtag: Scholz/Winter, a.a.O., § 8 Rn. 21, 24; Hachenburg/Ulmer, GmbHG, 8. Aufl. 1992, § 8 Rn. 28; Mayer, Festschrift Schippel, 1996, S. 473, 482).

**Zum Anmeldungsstichtag müssen die Mindest-Bareinlagen nach heute herrschender Meinung nicht mehr in bar, son-**

#### **dern nur wertmäßig vorhanden sein und zur endgültigen freien Verfügung der Geschäftsführer stehen** (Scholz/

Winter, a.a.O., § 8 Rn. 24; Hachenburg/Ulmer, a.a.O., § 8 Rn. 31; Mayer, a.a.O., S. 481; noch weitergehend Lutter/Hommelhoff, a.a.O., § 7 Rn. 15, denen zufolge jede beliebige Verwendung des einmal aufgebrauchten Einlagebetrags zulässig ist). Der BGH hat dies für die nach §§ 188 Abs. 2, 37 Abs. 1 S. 1, 36 Abs. 2 S. 1 AktG bei einer aktienrechtlichen Bar-Kapitalerhöhung abzugebende Versicherung, daß der auf jede Aktie eingeforderte Betrag ordnungsgemäß eingezahlt worden ist und vorbehaltlich der Gründungskosten endgültig zur freien Verfügung des Vorstandes steht, ausdrücklich festgestellt (BGHZ 119, 177, 188). Gibt es danach keine Bardeckungspflicht vor dem Anmeldungsstichtag, sind abweichende Aussagen in früheren OLG-Urteilen (vgl. BayObLG DB 1988, 850; OLG Koblenz DB 1989, 518; OLG Köln DB 1988, 955) heute nicht mehr maßgeblich (Hüffer, ZGR 1993, 478, 481; Priester, ZIP 1994, 599 ff.; Ulmer, GmbHR 1993, 199 ff.; Mayer, a.a.O., S. 481). Soweit die von M und S geleisteten Mindest-Bareinlagen seitens der M- & S-GmbH zur Gründung der AMS-GmbH verwendet werden sollen, kann dies also nur dann zulässig sein, wenn der von der M- & S-GmbH übernommene Geschäftsanteil an der AMS-GmbH im Wege eines bilanziellen Aktivtauschs an die Stelle der an die AMS-GmbH geleisteten Bareinlage tritt.

#### **Bisher wenig erörtert worden ist die Frage, ob ein vor dem Anmeldungsstichtag liegender bilanzieller Aktivtausch gegenüber dem Registergericht offenzulegen ist.**

Für die aktienrechtliche Bar-Kapitalerhöhung hat der BGH dies ausdrücklich bejaht (BGHZ 119, 177, 188). Dementsprechend wird dies auch für die Gründung einer GmbH vertreten (Mayer, a.a.O., S. 481 f.; ebenso bereits Roth, DNotZ 1989, 3, 11; wohl auch Baumbach/Hueck, GmbHG, 16. Aufl. 1996, § 8 Rn. 13; a. A. wohl Scholz/Winter, a.a.O., § 8 Rn. 24). Welche Rechtsfolgen sich aus der Eintragung einer GmbH unter Verletzung gegen ein solches Offenlegungs-Gebot ergeben, ist bislang allerdings ungeklärt.

Nach allgemeinen Grundsätzen kann das Registergericht bei Zweifeln an der endgültigen freien Verfügbarkeit der erbrachten Leistungen die Vorlage geeigneter Unterlagen verlangen (OLG Düsseldorf ZIP 1992, 1705 f.; OLG Frankfurt a. M., WM 1992, 1315, 1318; Scholz/Winter, a.a.O., § 8 Rn. 24 a. E.; Hachenburg/Ulmer, a.a.O., § 8 Rn. 28). Gelangt dem für die Eintragung der M- & S-GmbH zuständigen Registergericht zur Kenntnis, daß die M- & S-GmbH i.G. die AMS-GmbH gründet, so könnte das Gericht jedenfalls die Offenlegung des oben genannten Aktivtauschs einfordern. Darüber hinaus wäre es unter Umständen berechtigt, den Nachweis zu verlangen, daß die Beteiligung der M- & S-GmbH an der AMS-GmbH den bei der M- & S-GmbH abgeflossenen Mitteln auch tatsächlich gleichwertig ist. Dies könnte in letzter Konsequenz bedeuten, daß seitens der M- & S-GmbH deren Beteiligung an der AMS-GmbH durch Wirtschaftsprüfer bewertet werden muß.

#### **b) Unterbilanz als Eintragungshindernis**

Nach der Rechtsprechung des BGH hat die das sogenannte Vorbelastungsverbot ablösende Unterbilanzhaftung (BGHZ 80, 129 ff.; 105, 300 ff.) nicht den Sinn, die Eintragung der GmbH trotz unzureichender Kapitalausstattung zu ermöglichen (BGHZ 80, 182, 184 f.; 105, 300, 302). Dementsprechend **stellt**

**eine Unterbilanz nach herrschender Meinung ein Eintragungshindernis für die Eintragung der GmbH dar** (BGHZ 80, 129, 143; OLG Düsseldorf ZIP 1996, 1705, 1706; OLG Frankfurt a. M. WM 1992, 1315, 1318; OLG Hamm DStR 1993, 1075; BayObLG DNotZ 1992, 180; a. A. Hachenburg/Ulmer, a.a.O., § 11 Rn. 91). Nach Auffassung von K. Schmidt (in: Scholz, a.a.O., § 11 Rn. 23) muß eine schon auf den Anmeldungsstichtag festgestellte Unterbilanz vor Eintragung durch bare Ausgleichszahlung, oberhalb der Mindestbareinlage auch durch vollwertige Schuldanerkenntnisse der Gesellschafter, ausgeglichen werden. Nach herrschender Meinung hat das Registergericht das Vorliegen einer Unterbilanz bezogen auf den Zeitpunkt der (potentiellen) Eintragung der GmbH zu prüfen (OLG Hamm DStR 1993, 1075; a. A. Scholz/K. Schmidt, a.a.O., § 11 Rn. 122: Anmeldungsstichtag). Dies bedeutet, daß eine Beteiligung der M- & S-GmbH an der AMS-GmbH in Höhe von DM 33.400,- auch insoweit ein Eintragungshindernis für die M- & S-GmbH bilden kann, als es um die Übernahme der Einlageverbindlichkeit jenseits der Mindest-Bareinlagen bei der M- & S-GmbH in Höhe von DM 25.000,- geht. Da auch eine Unterbilanz insoweit nur im Wege eines bilanziellen Aktivtausches (Barmittel gegen Beteiligung an der AMS-GmbH) vermieden werden kann, stellen sich hier die gleichen Probleme wie oben erörtert.

3. Soweit der zur Gründung der AMS-GmbH benötigte Betrag in Höhe von DM 33.400,- der M- & S-GmbH in Höhe von DM 25.000,- als Resteinzahlung auf das Stammkapital und in Höhe von weiteren DM 8.400,- als sonstiges Eigenkapital zur Verfügung gestellt werden soll, ergeben sich folgende Abweichungen gegenüber dem oben zu Ziffer 2 Erörterten:

a) Hinsichtlich der Resteinzahlung auf die Stammeinlagen spielt die endgültige freie Verfügbarkeit gem. § 8 Abs. 2 S. 1 GmbHG keine Rolle, da sich diese nur auf die Mindesteinlage (§ 7 Abs. 2 S. 2 GmbHG) bezieht.

b) Dagegen würde sich eine Unterbilanz wiederum als Eintragungshindernis auswirken.

c) Bei dem Mehrbetrag in Höhe von DM 8.400,- würde es sich um ein Agio (Aufgeld) handeln, bei dem es sich nach h. M. nicht um eine Stammeinlage, sondern um die Erfüllung einer gesellschaftsrechtlichen Nebenleistungspflicht handeln würde (Hachenburg/Ulmer, a.a.O., § 5 Rn. 155; Lutter/Hommelhoff, a.a.O., § 5 Rn. 8; wohl a. A. Scholz/Winter, a.a.O., § 5 Rn. 23). Als gesellschaftsrechtliche Nebenleistungspflicht muß das Agio gem. § 3 Abs. 2 GmbHG in der Satzung festgelegt werden (Hachenburg/Ulmer, a.a.O.; Lutter/Hommelhoff, a.a.O.). Geht das Agio (Aufgeld) seinem Wesen nach nicht in die Bemessung von Stammeinlagen und Stammkapital ein, so unterliegt es nach herrschender Meinung auch nicht der Kapitalbindung aus §§ 30, 31 GmbHG (Hachenburg/Ulmer, a.a.O., § 5 Rn. 155; Lutter/Hommelhoff, a.a.O., § 5 Rn. 8; in diesem Sinne auch Scholz/U. H. Schneider, a.a.O., § 19 Rn. 32, wonach § 19 Abs. 2 GmbHG für ein vereinbartes Agio nicht gilt; a. A. Scholz/Winter, a.a.O., § 5 Rn. 23). In jedem Fall hat das Registergericht nicht gem. § 9 c GmbHG zu prüfen, ob ein Agio erbracht worden ist (Hachenburg/Ulmer, a.a.O., § 9 c Rn. 33; Scholz/Winter, a.a.O., § 9 c Rn. 25).

4. Gemäß dem soeben zu Ziffer 3 Erörterten wäre kein Eintragungshindernis zu befürchten, wenn M und S an die M- & S-GmbH den vollen Betrag von DM 33.400,- als Agio aufgrund einer Nebenleistungspflicht gem. § 3 Abs. 2 GmbHG zahlen würden. In diesem Fall würden nach herrschender Meinung weder die Grundsätze über die endgültige freie Verfügbarkeit der Mindest-Bareinlage noch die darüber hinausgehenden Grundsätze über die Unterbilanz eingreifen. Letztere beziehen sich nur auf einen Vergleich zwischen dem Stammkapital und dem Wert des Gesellschaftsvermögens (BGHZ 80, 129 ff.), nicht aber auf einen Vergleich zwischen dem Stammkapital zuzüglich des sonstigen Eigenkapitals und dem Wert des Gesellschaftsvermögens.

5. Fraglich ist, ob sich die in der gem. § 8 Abs. 2 S. 1 GmbHG abzugebenden Versicherung der endgültigen freien Verfügbarkeit der Mindest-Bareinlage und einer etwaigen Unterbilanz begründeten Eintragungshindernisse auch dann ergeben können, wenn die AMS-GmbH erst nach Eintragung der M- & S-GmbH in das Handelsregister gegründet wird.

a) Zur Versicherung der endgültigen freien Verfügbarkeit der Mindest-Bareinlage auf das erhöhte Stammkapital (§ 57 Abs. 2 S. 1 GmbHG) hat der BGH mit Urteil vom 30.1.1992 (NJW 1992, 2698, 2699 f.; zustimmend Baumbach/Hueck, a.a.O., § 7 Rn. 5a m.w.N.) festgestellt:

*„Indessen sind Anhaltspunkte dafür, daß die Verfügungsbe-  
fugnis der Gemeinschuldnerin insoweit ausgeschlossen gewe-  
sen wäre, nicht ersichtlich. Sie ergeben sich jedenfalls nicht  
daraus, daß die Kapitalerhöhung bei der Gemeinschuldnerin  
von vornherein zu dem Zweck vorgesehen worden ist, die Be-  
teiligung an der einen Tag zuvor gegründeten I zu erwerben.  
Schuldrechtliche Verwendungsabsprachen sind, auch wenn sie  
zwischen dem Einleger und der Gesellschaft getroffen werden,  
unschädlich, wenn sie lediglich der Erreichung bestimmter  
geschäftlicher Zwecke dienen und nicht dazu bestimmt sind, die  
eingezahlten Mittel wieder an den Gesellschafter zurückfließen  
zu lassen“.*

Das Problem einer schuldrechtlichen Verwendungsabsprache wird damit auf das Verbot einer verdeckten Sacheinlage reduziert. Folglich bestehen gegen die endgültige freie Verfügbarkeit der Mindest-Bareinlage wohl keine Bedenken, wenn die AMS-GmbH erst nach Eintragung der M- & S-GmbH in das Handelsregister gegründet wird.

b) Für die Entstehung einer Unterbilanz käme es wohl darauf an, ob im Zeitpunkt der (potentiellen) Eintragung der M- & S-GmbH eine rechtlich bindende Verwendungsabrede des Inhalts besteht, daß die M- & S-GmbH zugunsten der noch zu gründenden AMS-GmbH eine Stammeinlage in Höhe von DM 33.400,- übernimmt. Ist dies bereits zum Zeitpunkt der









Eintragung der M- & S-GmbH in rechtsverbindlicher Weise gewollt, so wäre wohl eine entsprechende Verbindlichkeit der M- & S-GmbH auch zu passivieren und daher grundsätzlich geeignet, zu einer Unterbilanz zu führen (in diesem Sinne Scholz/Winter, a.a.O., § 8 Rn. 24; Baumbach/Hueck, a.a.O. § 7 Rn. 5a). In diesem Fall wäre zu prüfen, ob der Verbindlichkeit in Höhe von DM 33.400,- ein ausreichender Gegenwert in Form eines Rechts auf Beteiligung an der AMS-GmbH gegenübersteht.

Im Ergebnis dürfte die Eintragung der M- & S-GmbH in das Handelsregister daher zwar weniger problematisch sein, wenn die AMS-GmbH erst nach Eintragung der M- & S-GmbH gegründet wird, aber um einen sicheren Weg dürfte es sich hierbei gleichwohl nicht handeln. Jedenfalls stellt die Ausstattung der M- & S-GmbH mit einem Agio von DM 33.400,- insoweit die vergleichsweise bessere Lösung dar.

## Gutachten im Fax-Abruf

Folgende Gutachten können Sie im Fax-Abruf-Dienst unter der angegebenen Fax-Abruf-Nummer anfordern. Funktionsweise und Bedienung des Fax-Abruf-Dienstes sind im DNotI-Report 2/1997 erläutert.

### **BGB §§ 652, 654; WEG § 12**

**Maklertätigkeit des Verwalters bei gleichzeitiger Entscheidungsbefugnis über Veräußerung**

**Dokumentennr. Fax-Abruf: 1127**

### **WEG §§ 10, 12 Abs. 1, 16 Abs. 2**

**Sondervergütung für Verwalterzustimmung**

**Dokumentennr. Fax-Abruf: 1128**

### **BoSoG § 6 Abs. 4; ErbbauVO § 10 Abs. 1 S. 1**

**Rangfähigkeit eines Zustimmungsvorbehaltes nach § 6 Abs. 4 BoSoG - erstrangige Bestellung eines Erbbaurechtes**

**Dokumentennr. Fax-Abruf: 1611**

### **EGBGB Art. 25 f.**

**Italien, testamentarische Erbfolge, Formstatut, Pflichtteilsrechte, Rechte des geschiedenen Ehegatten, Testamentsvollstreckung**

**Dokumentennr. Fax-Abruf: 1422**

## Rechtsprechung

### **BGB § 1154**

**Abtretung einer Grundschuld**

Zur Wirksamkeit einer schriftlichen Abtretungserklärung über eine Grundschuld muß in der Urkunde selbst auch die Person des Abtretungsempfängers bestimmt und zweifelsfrei bezeichnet sein. Bloße Ungenauigkeiten schaden aller-

**dings nicht; sie können auch durch Rückgriff auf Umstände außerhalb der Urkunde behoben werden.**

BGH, Beschl. v. 28.01.1997 - XI ZR 168/96

Kz.: L I 1 - § 1154 BGB

**Dokumentennr. Fax-Abruf: 563**

### **Problem**

Durch eine notariell beglaubigte Abtretungserklärung wurde eine Briefgrundschuld vom Grundschuldgläubiger an die Firma „B. GmbH Immobilienverwaltung“, und zwar unter der falschen Bezeichnung „B. Verwaltungsgesellschaft mbH“ abgetreten. Diese trat die Grundschuld später durch schriftlichen Abtretungsvertrag an den Beklagten unter Übergabe des Briefes ab. Der Kläger behauptete, die Firma B. GmbH Immobilienverwaltung habe sich eigenmächtig den Besitz an dem Grundschuldbrief verschafft, so daß der Beklagte als neuer Erwerber nicht Berechtigter sei. Es war nun fraglich, ob die Zedentin durch öffentlich beglaubigte Abtretung nach § 1155 BGB ihrerseits legitimiert war, so daß der Beklagte die Grundschuld gutgläubig erwerben konnte.

### **Entscheidung**

**§ 1155 BGB erweitert den guten Glauben des Grundbuchs.**

Es besteht die Vermutung, daß demjenigen, der sein Gläubigerrecht aus einer zusammenhängenden, auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführenden Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen herleitet, die Grundschuld als materiell Berechtigten zusteht. Wegen dieser besonderen Legitimationswirkung sind allerdings **an die Abtretungserklärung besondere Anforderungen zu stellen:** Sie muß im Fall ihrer öffentlichen Beglaubigung geeignet sein, den öffentlichen Glauben des Grundbuchs zu ersetzen. **Die schriftliche Abtretungserklärung muß daher den bisherigen Gläubiger als Aussteller deutlich erkennen lassen, den Abtretungswillen zum Ausdruck bringen und eine zweifelsfrei (bestimmte) Bezeichnung des neuen Gläubigers und des abzutretenden Rechts enthalten.** Insbesondere der Abtretungsempfänger muß in der Urkunde selbst bestimmt und zweifelsfrei bezeichnet sein (BGH NJW 1989, 3151). Der BGH ist allerdings im vorliegenden Fall der Auffassung, daß die Falschbezeichnung des Gläubigers nicht zur Unwirksamkeit der Abtretung führe. Nicht jede Ungenauigkeit in der Bezeichnung führe zur Unwirksamkeit der Abtretungserklärung. Zur Behebung solcher Ungenauigkeiten könne auf außerhalb der Urkunde liegende Umstände zurückgegriffen werden. So liege es hier. Die Bezeichnung der „B. GmbH Immobilienverwaltung“ als „B. Verwaltungsgesellschaft mbH“ stelle sich aus den Gesamtumständen als reine Nachlässigkeit bei der Bezeichnung dar, die Zweifel an der Person des Abtretungsempfängers nicht begründe.

### **GBO § 18; BGB § 878; ZPO §§ 935, 938**

**Erwerbsverbot im Grundbuchverkehr**

**1. Ein durch einstweilige Verfügung ausgesprochenes Erwerbsverbot stellt ein vom Grundbuchamt zu beachtendes Eintragungshindernis dar. Das Erwerbsverbot kann nicht in das Grundbuch eingetragen werden. § 878 BGB ist nicht anwendbar.**

**2. Eine Zwischenverfügung kommt dann nicht in Betracht, wenn feststeht, daß das Eintragungshindernis nicht in angemessener Zeit behoben werden kann. Besteht das Eintragungshindernis in einem aufgrund einer einstweiligen Verfügung ausgesprochenen Erwerbsverbot, wird eine Zwischenverfügung nicht von vornherein ausgeschlossen sein.**

BayObLG, Beschl. v. 31.01.1997 - 2Z BR 7/97 = BayObLGZ 1997 Nr. 7

Kz.: L II 1 - § 938 ZPO

Dokumentennr. Fax-Abruf: 564

#### **Problem**

Die vorliegende Entscheidung befaßt sich mit den **Rechtsfolgen eines sog. Erwerbsverbotes**. Die Übergeberin war im Grundbuch als Eigentümerin mehrerer Grundstücke eingetragen. Mit notariellem Übergabevertrag überließ sie diese ihrem Sohn. Am 07.05.1996 wurde eine einstweilige Verfügung gegen den Erwerber erlassen, durch die ihm verboten wurde, die Grundstücke zu erwerben und das Eintragungsverfahren vor dem Grundbuchamt weiterzuverfolgen. Es war nun fraglich, ob das Grundbuchamt die beantragte Eintragung der Auflassung vornehmen mußte und ob § 878 BGB Anwendung findet.

#### **Entscheidung**

**Nach allgemeiner Meinung ist ein durch einstweilige Verfügung ausgesprochenes Erwerbsverbot vom Grundbuchamt zu beachten** (Meikel/Lichtenberger, Grundbuchrecht, 7. Aufl., § 19 Rz. 377 ff.; Demharter, GBO, 21. Aufl., § 19 Rz. 97; Haegele/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 10. Aufl., Rn. 1649). Das Erwerbsverbot wird aufgrund einer einstweiligen Verfügung nach § 938 Abs. 1 ZPO erlassen. Es richtet sich in der Regel an den Käufer eines Grundstücks; ihm wird untersagt, den Eintragungsantrag zu stellen und aufrechtzuerhalten. Erfolgt die Eintragung trotzdem, ist sie gegenüber dem Verbotsgeschützten in entsprechender Anwendung der §§ 136, 135 BGB relativ unwirksam (OLG Hamm DNotZ 1970, 662). Nach Auffassung des BayObLG ist auch § 878 BGB auf Erwerbsverbote nicht anwendbar (ebenso KG Rpfleger 1962, 177; Demharter, a.a.O.). Das Erwerbsverbot stellt daher ein Eintragungshindernis im Sinn von § 18 Abs. 1 GBO dar, das die Eigentumseintragung auch dann hindert, wenn der Eintragungsantrag, wie im vorliegenden Fall, bereits gestellt ist.

#### **VerbrKrG §§ 3, 6**

#### **Anwendung des VerbrKrG auf Schuldbeitritt und Grundschuld**

**Das Verbraucherkreditgesetz ist auf den Schuldbeitritt zu einem Existenzgründungskredit, nicht aber auf die Bestellung eines diesen Kredit sichernden Grundpfandrechts durch den Beitretenden oder einen Dritten entsprechend anwendbar.**

BGH, Urt. v. 28.01.1997 - XI ZR 251/95

Kz.: L I 17 - § 3 VerbrKrG

Dokumentennr. Fax-Abruf: 565

#### **Problem**

Die Schuldnerin übernahm zur Absicherung eines Kreditvertrages, den ein Dritter mit der beklagten Bank abschloß, im Wege des Schuldbeitritts die gesamtschuldnerische Haftung. Zusätzlich bestellte die klagende Schuldnerin an ihrem Grundstück eine Grundschuld und unterwarf sich der sofortigen Zwangsvollstreckung. **Es war nun fraglich, ob der Schuldbeitritt und auch die Grundschuldbestellung wegen Verstoßes gegen das VerbrKrG unwirksam waren.**

#### **Entscheidung**

**Der BGH hat seit einiger Zeit in ständiger Rechtsprechung entschieden, daß das VerbrKrG auch auf den Schuldbeitritt zu einem Kreditvertrag entsprechend anwendbar ist.** Die entsprechende Anwendung setzt nicht voraus, daß neben dem Beitretenden auch der Kreditnehmer Verbraucher ist, es kommt allein auf die Verbrauchereigenschaft des Beitretenden an (so BGH NJW 1996, 2156; WM 96, 1781; DB 1996, 2069). Diese Rechtsprechung wird auch mit vorliegender Entscheidung bestätigt. Da hier in der Person des Beitretenden die Voraussetzungen für die Anwendung des VerbrKrG vorlagen, war für die Beurteilung der Wirksamkeit des Schuldbeitritts **§ 4 Abs. 1 S. 2 VerbrKrG** einschlägig. Nach dieser Vorschrift müssen im Kreditvertrag **Angaben zur Höhe des Nettokredits, zum Zinssatz und zu den sonstigen, im einzelnen bezeichneten Kosten enthalten sein**. Daran fehlte es im vorliegenden Fall. Nach Auffassung des BGH tritt **auch keine Heilung nach § 6 Abs. 2 S. 1 VerbrKrG** dadurch ein, daß der Kreditnehmer das Darlehen empfängt. Diese Vorschrift sei nur auf das Verhältnis zwischen Kreditnehmer und Finanzierungsbank anwendbar, nicht auf das Verhältnis zum Beitretenden. Der Mithaftende soll nach den vertraglichen Vereinbarungen kein Darlehen erhalten. Für ihn komme daher im Fall der Formnichtigkeit seines Schuldbeitritts die Heilungswirkung des § 6 Abs. 2 VerbrKrG nicht in Betracht (so bereits BGH WM 1997, 158). Damit standen der Finanzierungsbank aus dem Schuldbeitritt keine Ansprüche gegen den Beitretenden zu.

**Der BGH ist aber weiter der Auffassung, daß keine Gründe ersichtlich sind, daß die Sicherung Grundschuld unwirksam ist.** Es handele sich dabei insbesondere nicht um einen Kreditvertrag im Sinne von § 1 Abs. 2 VerbrKrG oder ein einem solchen Vertrag gleichstehendes Geschäft; die grundpfandrechtliche Absicherung durch Dritte und die damit verbundene Zweckabrede würden vom Zweck des VerbrKrG nicht erfaßt.

**Fraglich bleibt, inwieweit die vom BGH entwickelten Grundsätze zum Schuldbeitritt auch auf die Schuldübernahme anwendbar sind.** Für die befreiende Schuldübernahme, die zwischen dem Übernehmenden und dem Kreditschuldner vereinbart wird, wird man wohl das VerbrKrG nicht anwenden können, jedenfalls dann nicht, wenn die Schuldübernahme nicht auf Initiative des Kreditgebers vereinbart wurde (so von Westphalen/Emmerich/von Rottenburg, VerbrKrG, 2. Aufl. 1996, § 1 Rz. 78 f.; MünchKomm-Ulmer, 3. Aufl., § 1 VerbrKrG Rz. 36; eingehend demnächst Kurz MittBayNot 1997).

#### **GmbHG § 11**

#### **Änderung der BGH-Rechtsprechung zur Verlustdeckungshaftung**

**Die Gesellschafter einer Vor-GmbH haften für die Verbindlichkeiten dieser Gesellschaft unbeschränkt. Es besteht eine einheitliche Gründerhaftung in Form einer bis zur Eintragung der Gesellschaft andauernden Verlustdeckungs- (Unterbilanz-)haftung und einer an die Eintragung geknüpften Vorbelastungs- (Unterbilanz-)haftung (teilweise Aufgabe von BGHZ 80, 129, 144; 91, 148, 152).**

**Die Verlustdeckungs- (Unterbilanz-)haftung ist ebenso wie die Vorbelastungs- (Unterbilanz-)haftung eine Innenhaftung (Aufgabe von BGHZ 65, 378, 383; 72, 45, 50).**

BGH, Urt. v. 27.01.1997 - II ZR 123/94

Kz.: L V 2 - § 11 GmbHG

**Dokumentennr. Fax-Abruf: 566**

#### **Problem**

Die vorliegende BGH-Entscheidung wurde mit großer Spannung erwartet, da sie die seit Jahrzehnten umstrittene Haftung in der Vorgesellschaft klärt. Wegen einer divergierenden Entscheidung des BAG war zunächst eine Entscheidung des Gemeinsamen Senats der Obersten Gerichtshöfe vorgesehen (vgl. BAG GmbHR 1995, 892 sowie Vorlagebeschluss des BGH GmbHR 1996, 279). Nachdem das BAG seine divergierende Meinung aufgegeben hatte, konnte der BGH die streitige Frage entscheiden (vgl. den Meinungsstand bei Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 8. Aufl., § 11 Rn. 79 ff.). Gegenstand des Verfahrens war eine GmbH i. G. Die GmbH wurde am 03.11.1990 gegründet und am 13.02.1991 zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet. Sie nahm im Anschluß daran ihre Geschäftstätigkeit auf. Zur Eintragung kam es nicht mehr. Am 28.11.1991 wurde die Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens über das Vermögen der GmbH beantragt. Der Konkursverwalter nimmt die Gesellschafter anteilig auf Ausgleich von Verlusten in Anspruch, welche die Gesellschaft erlitten hatte. In der Literatur war bekanntlich umstritten, ob die Gesellschafter der Vor-GmbH für Verluste unbeschränkt haften, ob es sich bei dieser Haftung um eine Außenhaftung gegenüber den Gläubigern oder nur um eine Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft handelt.

#### **Entscheidung**

Der BGH ist der Auffassung, **daß die Gesellschafter in der Vor-GmbH für eingetretene Verluste unbeschränkt haften.** Der BGH gibt damit seine bisherige Rechtsprechung auf, nach der die Gesellschafter nur bis zur Höhe ihrer Einlageverpflichtung haften. Im Ergebnis erscheint es nach Auffassung des BGH interessen- und sachgerecht, den Gesellschaftern das Geschäftsrisiko der Gesellschaft in der Gründungsphase aufzuerlegen. Weiterhin ist der BGH der Auffassung, **daß es sich bei dieser Verlustdeckungs- (Unterbilanz-)haftung um eine reine Innenhaftung handelt, die die Gesellschafter nur im Innenverhältnis zur GmbH treffen.** Gläubiger könnten daher direkt auf diesen Anspruch nicht zugreifen und müßen diesen ggf. erst im Wege der Pfändung auf sich überleiten. Im Konkurs könne er nur durch den Konkursverwalter geltend gemacht werden. Der BGH hat damit ein einheitliches Haftungskonzept in der Vor-GmbH entwickelt. Bis zur Eintragung der GmbH haften die Gesellschafter nach dieser neu entschiedenen Verlustdeckungs- (Unterbilanz-)haftung im Innenverhältnis gegenüber der GmbH. Bereits früher hatte der BGH entschieden, daß die Gesellschafter für

Vorbelastungen des Stammkapitals im Zeitpunkt der Eintragung auch nach der Eintragung der GmbH im Handelsregister im Wege der sog. Differenzhaftung gegenüber der GmbH haften (BGHZ 80, 129 = NJW 1981, 1373; BGHZ 105, 300 = NJW 1989, 710).

#### **BGB §§ 26, 59**

#### **Erstanmeldung eines Vereins**

**Für die Erstanmeldung eines Vereines genügt es, daß bei einem mehrgliedrigen Vorstand die Erstanmeldung durch Vorstandsmitglieder in vertretungsberechtigter Zahl erfolgt.**

LG Schwerin, Beschl. v. 19.12.1996 - 5 T 154/96

Kz.: L I 1 - § 59 BGB

**Dokumentennr. Fax-Abruf: 567**

#### **Problem**

In der Rechtsprechung ist umstritten, ob die Erstanmeldung eines Vereines nach § 59 BGB durch alle Vorstandsmitglieder erfolgen muß oder ob, wenn die Satzung für Rechtsgeschäfte Einzelvertretung zuläßt, die Mitwirkung von Vorstandsmitgliedern in vertretungsberechtigter Zahl genügt. Das OLG Hamm (OLGZ 80, 389; OLGZ 84, 15) und auch ein Teil der Literatur (MünchKomm-Reuter, BGB, 3. Aufl., § 59 Rn. 3; Palandt/Heinrichs, BGB, 56. Aufl., § 59 Rn. 1) sind der Auffassung, daß die Erstanmeldung immer durch alle Vorstandsmitglieder erfolgen müsse. Anderer Ansicht war das BayObLG (NJW-RR 1991, 959 = Rpfleger 1991, 207; zustimmend Kirberger, ZIP 1986, 349).

#### **Entscheidung**

Das LG Schwerin folgt der Auffassung des BayObLG, daß bei einem mehrgliedrigen Vorstand auch für die Erstanmeldung des Vereines die Mitwirkung von Vorstandsmitgliedern in vertretungsberechtigter Zahl ausreiche. Die von der Gegenmeinung hervorgehobene Differenzierung zwischen Erstanmeldung und späterer Anmeldung erscheine problematisch, da sie sich nicht aus dem Gesetz ergebe. Auch der Zweck des Gesetzes fordere eine andere Auslegung nicht. Das Gesetz gehe von den allgemeinen vereinsrechtlichen Vertretungsgrundsätzen mit der Möglichkeit autonomer Satzungsbestimmungen aus, und zwar auch für die Erstanmeldung.

## **Aktuelles**

#### **Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Umwandlungsgesetzes**

Das Bundesministerium der Justiz hat einen Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung des UmwG vorgelegt. Schwerpunkt der geplanten Neuregelung ist die **Ausdehnung**

**der Verschmelzung, Spaltung und des Formwechsels auf die Partnerschaftsgesellschaft.** Außerdem enthält das Gesetz eine Reihe von kleineren Änderungen des UmwG. Besonders hinzuweisen ist auf die Änderung des § 29 Abs. 1 S. 2 UmwG. Mit dieser Änderung soll die Verpflichtung, ein Barabfindungsangebot in den Verschmelzungsvertrag aufzunehmen, auf die Fälle ausgedehnt werden, in denen bei der aufnehmenden Gesellschaft die Geschäftsanteile auch einer gesetzlichen Verfügungsbeschränkung unterworfen sind. § 43 Abs. 2 S. 2 UmwG wird dahin gehend geändert, daß die Mehrheit bei der Verschmelzung von Personenhandelsgesellschaften mindestens 3/4 der abgegebenen Stimmen betragen muß. § 126 Abs. 1 und § 131 Abs. 1 Nr. 3 S. 1 UmwG werden dergestalt geändert, daß bei der Spaltung nicht nur die Beteiligungsverhältnisse bei der aufnehmenden Gesellschaft, sondern auch bei der übertragenden Gesellschaft geändert werden können. Hierdurch kann eine vollständige Trennung von Gesellschafterstämmen in einem Zug erreicht werden.

Der Gesetzentwurf kann im **Fax-Abwurf-Dienst, Dokumentnr.: 127** angefordert werden.

**Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)**

- eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Köln -  
97070 Würzburg, Kaiserstraße 23  
Telefon: 09 31/3 55 76-0 - Telefax: 09 31/3 55 76-225  
e-mail: dnoti@t-online.de

**Hinweis:**

Die im DNotI-Report veröffentlichten Gutachten und Stellungnahmen geben die Meinung der Gutachter des Deutschen Notarinstituts und nicht die der Bundesnotarkammer wieder.

**Verantwortlicher Schriftleiter:**

Notar a.D. Dr. Peter Limmer, Kaiserstraße 23, 97070 Würzburg

**Bezugsbedingungen:**

Der DNotI-Report erscheint zweimal im Monat und kann beim Deutschen Notarinstitut oder im Buchhandel bestellt werden. Abbestellungen müssen mit vierteljährlicher Frist zum Jahresende erfolgen.

## Literaturhinweise

**Klingelhöffer, Hans, Pflichtteilsrecht, Verlag C. H. Beck München, 1996, 154 Seiten, DM 34,-**

Das vorliegende Werk behandelt instruktiv alle Probleme des Pflichtteilsrechts, insbesondere die sachlichen Voraussetzungen des Pflichtteilsanspruchs, die Pflichtteilsquote, Fragen des Pflichtteilsergänzungsanspruchs, der Berechnung des Nachlaßwertes und auch Verträge über das Pflichtteilsrecht unter Lebenden. Das Internationale Privatrecht und das Sonderrecht in den neuen Bundesländern sind ebenfalls behandelt. Auch umstrittene Fragen, wie etwa die Frage der Auswirkung von Abfindungsklauseln auf die Wertberechnung eines Gesellschaftsanteils, werden diskutiert. An manchen Stellen hätte man sich allerdings eine klarere Stellungnahme des Verfassers gewünscht. Demjenigen, der sich umfassend und zusammenhängend über die verschiedenen Probleme des Pflichtteilsrechts informieren möchte, kann das Werk uneingeschränkt empfohlen werden.

**Notar a. D. Dr. Peter Limmer**

**Bezugspreis:**

Jährlich 300,- DM, Einzelheft 13,- DM, inkl. Versandkosten. Für die Mitglieder der dem DNotI beigetretenen Notarkammern ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten.

Alle im DNotI-Report enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist die Verwertung nur mit Einwilligung des DNotI zulässig.

**Verlag:**

Bundesnotarkammer, Körperschaft des öffentlichen Rechts, Geschäftsstelle  
Deutsches Notarinstitut, Kaiserstraße 23, 97070 Würzburg

**Druck:**

Max Schimmel Verlag GmbH + Co KG, Postfach 9444, 97094 Würzburg,  
Tel.: 09 31/27 91 300, Fax.: 09 31/27 91 333