

# DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

23. Jahrgang  
Februar 2015  
ISSN 1434-3460

3/2015

## Inhaltsübersicht

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

GmbHG §§ 15 Abs. 3 u. 4, 40 Abs. 2; BGB §§ 130 Abs. 1, 129 Abs. 1, 182 Abs. 2; BeurkG § 53 – Abgabe und Zugang einer Genehmigungserklärung bei deren Zerstörung nach Errichtung einer Unterschriftsbeglaubigung; Vollzug bei zweifelhafter Genehmigung

BGB §§ 2352, 2349 – Auswirkungen eines Zuwendungsverzichts nach alter Rechtslage; Ersatzberufung der Enkel; Belehrungsvermerk des Notars

### Gutachten im Abrufdienst

#### Rechtsprechung

BGB §§ 2205, 2226, 878; GBO §§ 29, 52 – Beendigung der Testamentsvollstreckung; Nachweis ggü. Grundbuchamt

GmbHG §§ 5, 30; AktG § 26 Abs. 2 – GmbH: Gründungskosten i. H. v. 60 % des Stammkapitals unzulässig

#### Literaturhinweise

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### GmbHG §§ 15 Abs. 3 u. 4, 40 Abs. 2; BGB §§ 130 Abs. 1, 129 Abs. 1, 182 Abs. 2; BeurkG § 53

#### Abgabe und Zugang einer Genehmigungserklärung bei deren Zerstörung nach Errichtung einer Unterschriftsbeglaubigung; Vollzug bei zweifelhafter Genehmigung

##### I. Sachverhalt

A errichtete vor dem Urkundsnotar eine Urkunde über die Abtretung von GmbH-Geschäftsanteilen an seinen Mitgesellschafter B und über einige Gesellschafterbeschlüsse. Dabei handelte er im eigenen Namen und zugleich als vollmachtloser Vertreter im Namen des B. B unterzeichnete die Genehmigungserklärung vor dem Beglaubigungsnotar und nahm die Urschrift der Beglaubigung mit. Der Beglaubigungsnotar behielt die beglaubigte Abschrift der Urschrift in seiner Urkundensammlung zurück.

B traf sich daraufhin umgehend mit A. Zwischen den beiden kam es zu einem Streit, in dessen Verlauf B das Original der Beglaubigung zerstörte, ohne es zuvor übergeben zu haben. B äußerte, dass er die in der Urkunde genehmigten Rechtsgeschäfte ablehne.

A begab sich daraufhin zum Beglaubigungsnotar. Dort wurde ihm eine beglaubigte Abschrift der in der Urkundensammlung befindlichen beglaubigten Abschrift der Genehmigungserklärung ausgehändigt. Diese legte er dem Urkundsnotar mit der Bitte vor, die weiteren Vollzugsschritte zu veranlassen.

##### II. Fragen

1. Sind Vertrag und Beschlüsse wirksam geworden?
2. Was ist im Hinblick auf den weiteren Vollzug zu beachten?

##### III. Zur Rechtslage

#### 1. Vertragsschluss und Gesellschafterbeschluss vorbehaltlich Genehmigung

Das Rechtsgeschäft über die **GmbH-Anteilsabtretung** (§ 15 GmbHG) ist wirksam, wenn ein Vertrag zwischen A und B wirksam zustande gekommen ist. A hat den Vertrag im Namen des B abgeschlossen, ohne von ihm bevollmächtigt gewesen zu sein. Die Wirksamkeit des Vertrags hängt somit von der **Genehmigung** des B ab (§ 177 Abs. 1 BGB).

Die **Genehmigung bedarf nicht der Form des genehmigungsbedürftigen Rechtsgeschäfts** (§ 182 Abs. 2 BGB). Dass die Geschäftsanteilsabtretung und die ihr zugrunde liegende Verpflichtung notarielle Beurkundung erforderten (§ 15 Abs. 3 u. 4 GmbHG, § 128 BGB), spielt daher für die Wirksamkeit der Genehmigungserklärung keine Rolle (vgl. zu § 311b BGB: BGHZ 125, 218, 220 = DNotZ 1994, 764 = DNotI-Report 9/1994, 5).

Soweit es um die Stimmabgabe im Rahmen der **Beschlussfassung** auf der Gesellschafterversammlung geht, ist diese grundsätzlich formfrei möglich. Die Stimme kann vorbehaltlich der **Genehmigung** des stimmberechtigten Gesellschafters nach § 177 BGB von einem vollmachtlosen Vertreter abgegeben werden (vgl. OLG Celle NZG 2007, 391, 392; OLG München MittBayNot 2011, 333 = RNotZ 2011, 53; Wicke, GmbHG, 2. Aufl. 2011, § 47 Rn. 9). Zur Wirksamkeit des Beschlusses ist daher die Genehmigung des vertretenen Gesellschafters B nötig.

Die Genehmigung ist eine **einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung**. Es gelten dafür die allgemeinen Vorschriften über Abgabe und Zugang von Willenserklärungen (vgl. Palandt/Ellenberger, BGB, 74. Aufl. 2015, Vor § 182 Rn. 3; BeckOK-BGB/Bub, Std.: 1.11.2014, § 182 Rn. 16).

## 2. Abgabe der Genehmigungserklärung

Die Genehmigungserklärung ist wirksam, wenn sie von B abgegeben worden und A zugegangen ist (§ 130 Abs. 1 S. 1 BGB). Ist der Notar im Rahmen der Vollzugsvollmacht mit der Entgegennahme von Genehmigungen beauftragt (vgl. § 24 Abs. 1 BNotO i. V. m. § 164 Abs. 3 BGB), genügt auch der Zugang beim Notar (vgl. Kuhn, RNotZ 2001, 306, 319).

Abgegeben ist eine Erklärung, wenn der Erklärende seinen rechtsgeschäftlichen Willen **erkennbar** so geäußert hat, dass an der **Endgültigkeit der Äußerung** kein Zweifel möglich ist (Palandt/Ellenberger, § 130 Rn. 1; MünchKommBGB/Einsele, 6. Aufl. 2012, § 130 Rn. 13). Ist eine **Willenserklärung empfangsbedürftig**, muss sie mit dem Willen des Erklärenden **in den Rechtsverkehr entäußert** werden (BGHZ 65, 13, 14 = NJW 1975, 2101; NJW-RR 2003, 384).

Vorliegend hat B die Erklärung **schriftlich niedergelegt** und seine Unterschrift **beglaubigen** lassen. Fraglich ist, ob dies für eine Abgabe genügt. Das hängt maßgeblich davon ab, **ob die Genehmigungserklärung empfangsbedürftig** war oder mit der Erklärung vor dem Beglaubigungsnotar als abgegeben und zugegangen galt. Geht man davon aus, dass die Erklärung nach dem Willen des B noch einer Übermittlung bedurfte, liegt in der Beglaubigung keine Abgabe. Anderes würde gelten, wenn der Zugang der unterschriftsbeglaubigten Erklärung entbehrlich wäre. Dann wäre die Willenserklärung nicht empfangsbedürftig und im Zweifel mit ihrer schriftlichen Errichtung und Beglaubigung abgegeben.

### a) Anwendung von § 152 BGB?

Ein Zugang könnte gem. § 152 BGB entbehrlich sein. Nach § 152 S. 1 BGB kommt bei einer Sukzessivbeurkundung, bei der nicht beide Teile gleichzeitig anwesend sind, der Vertrag mit der Beurkundung der Annahme zustande, wenn nicht ein anderes bestimmt ist. Eines Zugangs bedarf es nicht, die Erklärung gilt mit dem Abschluss der notariellen Niederschrift als abgegeben.

Zweifelhaft ist, ob sich die unterschriftsbeglaubigte Genehmigung mit dem in § 152 BGB geregelten Fall der notariell beurkundeten Annahmeerklärung gleichsetzen lässt. Nach Auffassung der Rechtsprechung und eines Teils der Literatur soll der ohne Vertretungsmacht geschlossene notarielle Vertrag bereits **durch die Beurkundung der Genehmigung des Vertretenen wirksam** werden, ohne dass es eines Zugangs der Genehmigungserklärung be-

darf (OLG Karlsruhe DNotZ 1990, 368 = NJW 1988, 2050; so auch Staudinger/Bork, BGB, Neubearb. 2010, § 152 Rn. 3; MünchKommBGB/Busche, § 152 Rn. 2; Palandt/Ellenberger, § 152 Rn. 1; a. A. Tiedtke, BB 1989, 924, 926 ff.; Bauer/v. Oefele/Schaub, GBO, 3. Aufl. 2013, AT VII Rn. 150; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 3551; Staudinger/Gursky, Neubearb. 2014, § 182 Rn. 7). Die Stellungnahmen beschränken sich jedoch ausdrücklich auf die **notarielle Beurkundung** der Genehmigungserklärung.

Die notariell beglaubigte Erklärung (§ 129 BGB) kann für die Zwecke des § 152 BGB nicht mit einer notariell beurkundeten Erklärung gleichgesetzt werden. Nach allgemeiner Ansicht findet also **§ 152 BGB auf die öffentliche Beglaubigung keine Anwendung** (Palandt/Ellenberger, § 152 Rn. 1; Staudinger/Bork, § 152 Rn. 2; für schriftliche Verträge RGZ 93, 175, 176; jurisPK-BGB/Backmann, 7. Aufl. 2014, § 152 Rn. 6). Dies gilt u. E. auch dann, wenn die beglaubigte Genehmigungserklärung eines notariell beurkundeten Vertrags in Frage steht. Die Beglaubigung ist strukturell nicht mit einer notariellen Beurkundung vergleichbar, sie dient lediglich Beweis Zwecken, erreicht aber keinen entsprechenden Grad von Förmlichkeit; es werden nicht wie bei der Beurkundung Willenserklärungen zur Niederschrift des Notars nach einer Beratung und Verlesung erklärt.

Eine Ausnahme vom Grundsatz der Empfangsbedürftigkeit lässt sich daher nicht auf eine analoge Anwendung des § 152 BGB stützen.

### b) Anwendung von § 151 BGB?

Die Willenserklärung wäre auch dann nicht empfangsbedürftig, wenn ein **Zugang** der Willenserklärung **nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten** wäre oder der Antragende auf sie verzichtet hätte (§ 151 S. 1 BGB). Hierfür ist vorliegend jedoch **nichts ersichtlich**. Es entsprach vielmehr dem Interesse des Vertragspartners (A), die Genehmigungserklärung zu erhalten, um eine sichere Grundlage für den Vertragsvollzug zu schaffen. Ferner ist nicht davon auszugehen, dass der *falsus procurator* (A) auf die Genehmigung verzichtet hat (§ 151 S. 1 Var. 2 BGB). Ein **Verzicht** wurde **nicht erklärt**. Daher sollte auch nach dem Vertragsinhalt die Genehmigung nicht mit der Unterschriftsbeglaubigung beim Beglaubigungsnotar wirksam sein.

Die **Genehmigungserklärung** war demzufolge **empfangsbedürftig**.

### c) Keine Abgabe der Willenserklärung durch Beglaubigung

Die Unterzeichnung der Erklärung und deren anschließende Beglaubigung genügen mithin nicht für eine wirksame Abgabe der Willenserklärung.

Ein anderes Ergebnis würde auch dem **Willen des Genehmigenden** kaum gerecht. Dass sich der Genehmigende mit der Erklärung beim Beglaubigungsnotar der Entscheidungshoheit darüber begeben wollte, ob die Willenserklärung wirksam wird, ist nicht anzunehmen. Denn der Genehmigende hat die beglaubigte Erklärung in Urschrift mitgenommen, um sie selbst dem Beurkundungsnotar zuzuleiten oder sie dem A zu übergeben. So wie bei der privatschriftlichen Unterzeichnung (hierzu bereits OLG Braunschweig SeuffA 65 Nr. 107 [209, 210]) han-

delte es sich bei der Unterschriftsbeglaubigung nur um eine **bloße Vorbereitungshandlung** für die Abgabe der Willenserklärung. Aus dem Verhalten des B lässt sich nicht schließen, dass er sich endgültig und rechtlich bindend äußern wollte.

#### **d) Kein Anhaltspunkt für mündliche Abgabe im Gespräch mit A**

Freilich könnte B die Willenserklärung gegenüber A im Zuge seines Gesprächs mit ihm abgegeben haben. Nach dem mitgeteilten Sachverhalt ergeben sich hierfür aber keine Anhaltspunkte. Eine Genehmigung wäre allenfalls dann zu bejahen, wenn B gegenüber A zunächst mündlich erklärt hätte, dass er das Rechtsgeschäft billige. Dadurch, dass B die unterschriftsbeglaubigte Erklärung zunächst zurückhielt, brachte er allerdings gerade zum Ausdruck, dass er noch nicht endgültig über die Genehmigung entschieden habe. Damit kann auch dahinstehen, ob eine mündlich erteilte Genehmigung zulässig war oder sich aus dem Vertrag ergab, dass er nur nach Genehmigung in öffentlicher Form wirksam werden sollte.

### **3. Verweigerung der Genehmigung**

Verweigert der Vertretene die Genehmigung, führt dies zur **rückwirkenden Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts** (BayObLG NJW 1962, 2253, 2256; Staudinger/Schilken, § 177 Rn. 12). Die Genehmigungsverweigerung ist **unwiderruflich** (Erman/Maier-Reimer, BGB, 14. Aufl. 2014, § 177 Rn. 22). Sie kann auch konkludent erfolgen, da die Genehmigung selbst formfrei möglich ist (vgl. Staudinger/Gursky, § 182 Rn. 37 m. w. N.).

Im vorliegenden Fall gab B dem A zu verstehen, dass er die Erklärung nicht gelten lassen und vom Vertrag Abstand nehmen wolle. Indem er die Urschrift der Genehmigung zerriss, ließ er erkennen, dass er das Rechtsgeschäft nicht billige, und verlieh seinem Willen sogar einen besonderen Grad von Förmlichkeit. Der **Vertrag** dürfte demzufolge **endgültig unwirksam** sein.

### **4. Aushändigung beglaubigter Abschrift der Genehmigung an A**

Fraglich ist, welche Folgen mit der Aushändigung der beglaubigten Abschrift der Genehmigungserklärung an A und der Vorlage beim Urkundsnotar verbunden waren. Allerdings dürfte der Aushändigung an A schon deshalb keine weitere Bedeutung mehr zukommen, weil der Vertrag mit Verweigerung der Genehmigung endgültig unwirksam wurde.

Ließe sich letzterer Umstand nicht klären, wäre jedoch zu prüfen, **ob in der Aushändigung Abgabe** und Zugang der Genehmigungserklärung zu sehen wären. Voraussetzung für die Abgabe ist, dass die Willenserklärung **mit dem Willen des Erklärenden in den Rechtsverkehr entäußert** wird. Bringt ein Dritter die Erklärung in den Rechtsverkehr, ohne dazu befugt zu sein, genügt dies für eine wirksame Abgabe nicht. Dies gilt zumindest dann, wenn dem Erklärenden die Entäußerung der Willenserklärung nicht zugerechnet werden kann und er diese nicht zu vertreten hat (h. M., Palandt/Ellenberger, § 130 Rn. 4; MünchKommBGB/Einsele, § 130 Rn. 14). Die **Aushändigung der beglaubigten Abschrift** aus der Urkundensammlung des Beglaubigungsnotars ist **B nicht zuzurechnen**. Etwas anderes wäre nur dann anzunehmen, wenn B dem Notar einen entsprechenden Auftrag erteilt hätte. Hiervon ist jedoch nach dem Sachverhalt nicht auszugehen; weder aus dem unterschriftsbeglaubigten

Dokument noch den Nebenakten des Beglaubigungsnotars noch dem Vortrag des B ergibt sich dafür ein Anhaltspunkt. Der **Beglaubigungsnotar** dürfte **nicht dazu befugt** gewesen sein, A eine beglaubigte Abschrift der Genehmigungserklärung auszuhändigen, sofern B nicht etwas anderes bestimmt haben sollte (§ 51 Abs. 3 u. 2 BeurkG). Nach **§ 51 Abs. 1 Nr. 2 BeurkG** kann bei Unterschriftsbeglaubigungen eine beglaubigte Abschrift nur verlangen, wer die Aufnahme der Urkunde beantragt hat. Beantragt hat die Beglaubigung der Genehmigungserklärung aber nur B, nicht A.

B hat die Willenserklärung also nicht dadurch abgegeben, dass der Beglaubigungsnotar sie dem A auf dessen Ersuchen erteilt hat.

### **5. Zwischenergebnis**

Nach dem Sachverhalt dürften **Vertrag und Beschlüsse nicht wirksam** geworden sein. Es fehlt an einer Abgabe der Genehmigungserklärung i. S. v. § 130 Abs. 1 BGB. Dass der Beglaubigungsnotar dem A die beglaubigte Abschrift der Genehmigung ausgehändigt und A diese an den Urkundsnotar weitergeleitet hat, ist in diesem Zusammenhang nicht relevant, denn B muss sich die Aushändigung der Erklärung nicht zurechnen lassen. Für eine entsprechende Beauftragung des Beglaubigungsnotars ist nichts ersichtlich.

### **6. Weiterer Vertragsvollzug**

Abschließend stellt sich die Frage, wie der Urkundsnotar beim weiteren Vertragsvollzug vorgehen sollte. Dabei ist zwischen Geschäftsanteilsabtretung und Gesellschafterbeschlüssen zu unterscheiden.

#### **a) Einreichung neuer Gesellschafterliste**

Nach **§ 40 Abs. 2 S. 1 GmbHG** hat der Notar eine neue Gesellschafterliste zum Handelsregister einzureichen, wenn die **Geschäftsanteilsabtretung** – als Veränderung im Gesellschafterbestand – **wirksam** wird.

#### **aa) Notarielle Prüfung der Wirksamkeit**

Die Einreichung der Gesellschafterliste nach § 40 Abs. 2 GmbHG steht für den Sonderfall einer **gesetzlichen Vollzugspflicht**, der mit § 53 BeurkG vergleichbar ist. Anders als im Rahmen des § 53 BeurkG können die Beteiligten den Notar jedoch von der Vollzugspflicht nicht befreien (Preuß, in: Armbrüster/Preuß/Renner, BeurkG/DONot, 6. Aufl. 2013, § 53 BeurkG Rn. 1, 29).

Später eintretende Unwirksamkeitsgründe bleiben nach dem ausdrücklichen Gesetzeswortlaut von § 40 Abs. 2 S. 1 GmbHG unberührt. Das bedeutet im Umkehrschluss, dass der Notar die Wirksamkeit der Anteilsabtretung überprüfen muss. Bezweifelt der Notar die Wirksamkeit, darf er die Liste erst einreichen, wenn die **Zweifel beseitigt** sind (vgl. Begründung RegE, BT-Drucks. 16/6140, S. 44). Der Notar muss von der Veränderung **nach seinem pflichtgemäßen Ermessen überzeugt** sein (Hauschild, ZIP 2012, 660, 665; MünchKommGmbHG/Heidinger, 2012, § 40 Rn. 128).

Nach dem mitgeteilten Sachverhalt ist die Anteilsabtretung nicht wirksam geworden. Der Notar kann den Sachverhalt jedoch nicht selbst abschließend klären. Hierzu wäre allein ein Gericht berufen. Liegt dem Urkundsnotar eine Genehmigungserklärung in öffentlicher Form vor, darf er grundsätzlich auf deren Wirksamkeit vertrauen. Unseres

Erachtens spricht aber viel dafür, dass sich dem Notar **vorliegend** nach dem substantiierten Vortrag des B **Zweifel** aufdrängen müssen. Dieses Vorbringen wird dadurch gestützt, dass sich die Urschrift der Genehmigung nicht mehr auffinden lässt. Schließlich ist nichts dafür ersichtlich, dass B den Beglaubigungsnotar angewiesen hat, A eine beglaubigte Abschrift zu erteilen. Es erscheint also sehr zweifelhaft, dass die Genehmigungserklärung wirksam abgegeben wurde. Kann A die Zweifel nicht durch substantiierten Vortrag ausräumen, wird der Urkundsnotar keine neue Gesellschafterliste einreichen dürfen.

#### bb) Möglichkeit des Vorbescheids

**Ist sich der Notar nicht sicher**, ob er weiter vollziehen darf oder muss, steht ihm generell die Möglichkeit eines sog. Vorbescheids offen. Darin **kündigt er die weiteren Verfahrensschritte an und setzt den Beteiligten eine Frist, innerhalb derer** sie gegen die Entscheidung des Notars **Beschwerde nach § 15 BNotO** erheben oder die Frage vor dem Prozessgericht klären lassen können. Der Vorbescheid mag etwa dahingehend lauten, dass der einseitigen Anweisung eines Beteiligten Folge geleistet wird oder nicht, wenn nicht binnen einer bestimmten Frist Beschwerde eingelegt wird (Zimmermann/Danne, in: Kersten/Bühling, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 24. Aufl. 2014, § 7 Rn. 6). Der jeweils Betroffene muss dann zu Rechtsmitteln greifen. Dabei ist anerkannt, dass auch gegen die angekündigte Vornahme oder Nichtvornahme einer Amtshandlung die Beschwerde nach § 15 BNotO zulässig ist (vgl. zum Ganzen mit Formulierungsvorschlägen: Regler, MittBayNot 2010, 261). Nach überwiegender Auffassung erlaubt es das Vorbescheidsverfahren dem Notar, die angekündigte Maßnahme unter Ausschluss eigener Haftungsrisiken zu treffen (Hertel, in: Ganter/Hertel/Wöstmann, Handbuch der Notarhaftung, 3. Aufl. 2014, Rn. 1952; Brambring, DNotZ 1990, 615, 648 [zur inhaltlich parallelen Vorschrift des § 15 Abs. 1 BNotO a. F.]; Franken, RNotZ 2010, 597, 607 m. Fn. 114 f.; a. A. [lediglich Anspruchsminderung wegen Mitverschuldens] aber Ganter, in: Ganter/Hertel/Wöstmann, Rn. 809). Jedoch ist zu berücksichtigen, dass der Notar gem. § 19 BNotO auch dann haften kann, wenn er schuldhaft einen (unrichtigen) Vorbescheid erlässt; so ist er den Beteiligten möglicherweise aus Amtshaftung zum Kostenersatz verpflichtet (so Hertel, FS 200 Jahre Notarkammer Pfalz, 2003, S. 167, 191).

Auch soweit es um die Pflicht des Notars zur Einreichung einer Gesellschafterliste geht, darf der Notar gegenüber den Beteiligten einen **Vorbescheid** erlassen; darin kann er ankündigen, dass er **wegen Wirksamkeitszweifeln keine Liste** einreichen wird (MünchKommGmbHG/Heidinger, § 40 Rn. 130; Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 40 Rn. 60).

#### b) Anmeldung der Beschlüsse

Soweit Beschlüsse zu vollziehen sind, gilt u. E. Entsprechendes. Sind Willenserklärungen beurkundet worden, die beim Grundbuchamt oder Registergericht einzureichen sind, muss der Notar dies veranlassen, sobald die Urkunde eingereicht werden kann, es sei denn, dass alle Beteiligten gemeinsam etwas anderes verlangen (§ 53 BeurkG).

Rechtsprechung und Literatur gehen davon aus, dass der Notar den **Urkundenvollzug suspendieren** muss, **wenn** er das Rechtsgeschäft als **offensichtlich unwirksam** ansieht.

**Bloße Zweifel** sollen dagegen **nicht** genügen. Nur wenn die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts in hohem Maße wahrscheinlich ist, darf der Notar nicht tätig werden. In diesem Fall genügt bereits der Widerruf der Vollzugsanweisung nur eines Beteiligten (BayObLG DNotZ 2000, 372, 373; OLG Köln OLGZ 1990, 397, 401; Preuß, § 53 BeurkG Rn. 34; Winkler, MittBayNot 1998, 141, 146). Eine weitere Ausnahme von der Vollzugspflicht soll gelten, wenn einer der Beteiligten dem Notar einen ausreichend substantiierten und glaubhaft erscheinenden Anfechtungs- oder Unwirksamkeitsgrund bzgl. des notariell beurkundeten Vertrags vorträgt und dem der andere Beteiligte nicht oder nur mit fadenscheinigen Behauptungen entgegentritt. Es muss für den Notar in hohem Maße wahrscheinlich sein, dass der beurkundete Vertrag unwirksam ist und durch seinen Vollzug eine unrichtige Rechtslage im Register wiedergegeben wird (vgl. BayObLG DNotZ 1998, 646; OLG Hamm MittRhNotK 1994, 183 = MittBayNot 1994, 370; Eylmann/Vaasen/Limmer, BNotO/BeurkG, 3. Aufl. 2011, § 53 BeurkG Rn. 12; Winkler, BeurkG, 17. Aufl. 2013, § 53 Rn. 30).

Hiervon **zu unterscheiden** ist die Frage, **ob das Rechtsgeschäft vollzugsreif** ist. Nur wenn **alle erforderlichen Genehmigungen** vorliegen, ist Vollzugsreife gegeben (Eylmann/Vaasen/Limmer, § 53 BeurkG Rn. 7; Grein, RNotZ 2004, 115, 125). Unseres Erachtens wird man den Notar wie im Rahmen von § 40 Abs. 2 GmbHG für **verpflichtet** halten müssen, deren **Wirksamkeit zu überprüfen**. Drängen sich ihm Zweifel auf, darf er den Vollzug erst weiter betreiben, wenn die Zweifel beseitigt sind (vgl. OLG Zweibrücken MittBayNot 2002, 126: Berechtigung des Notars zur Vollzugsverweigerung bei nach § 177 Abs. 2 S. 2 BGB verspätet eingegangener Genehmigung; zust. Winkler, § 53 Rn. 11). Dies lässt sich aus den §§ 12, 17 BeurkG ableiten, wonach der Notar bei nicht ausreichender Vertretungsmacht eines Vertreters auf die Genehmigungsbedürftigkeit hinzuweisen hat und nur beurkunden darf, wenn eine Genehmigung möglich ist (Winkler, § 12 Rn. 28). Muss der Notar bei der Beurkundung die Vertretungsmacht prüfen, kann er nicht verpflichtet sein, bei validen Zweifeln an der Wirksamkeit einer Genehmigung einen beurkundeten Vertrag zu vollziehen. Anderenfalls würde der Notar seine Amtspflichten verletzen (§ 14 Abs. 2 BNotO).

Es spricht **vorliegend** viel dafür, dass die **Zweifel** an der Vollzugsreife i. S. d. § 53 BeurkG **erheblich** sind (vgl. Ziff. 6 a) aa)). Der Urkundsnotar dürfte daher weder dazu berechtigt noch dazu verpflichtet sein, die Beschlüsse zum Handelsregister anzumelden. Ein **notarieller Vorbescheid** kann auch insoweit zur Klärung der Sach- und Rechtslage beitragen.

#### 7. Ergebnis

Wir gehen davon aus, dass die Genehmigungserklärung des B nicht wirksam ist, weil B sie nicht abgegeben hat. Im Zweifel wird der Urkundsnotar die weitere Vollzugstätigkeit abzulehnen haben. Zur weiteren Klärung kann sich der Erlass eines Vorbescheids anbieten, in dem der Notar ankündigt, weder die Gesellschafterliste zum Handelsregister einzureichen noch den Beschluss beim Handelsregister anzumelden.

## BGB §§ 2352, 2349

### Auswirkungen eines Zuwendungsverzichts nach alter Rechtslage; Ersatzberufung der Enkel; Belehrungsvermerk des Notars

#### I. Sachverhalt

Die Ehegatten M und F errichteten im Jahre 1991 einen Erbvertrag. Darin setzten sie sich wechselseitig als Erben ein und bestimmten die gemeinsamen Kinder zu Schlusserben. Ersatzschlusserben sind die jeweiligen Abkömmlinge der Kinder. Im gleichen Jahr bekam der Sohn der Ehegatten (S) ein Grundstück übertragen und erklärte im Übertragungsvertrag den Verzicht auf die Zuwendung aus dem Erbvertrag. Der Vertrag enthält nach dem Verzicht folgenden Passus:

*„Der amtierende Notar hat darauf hingewiesen, dass dieser Zuwendungsverzicht nicht gilt für die Abkömmlinge des S, die im Erbvertrag für ihn als Ersatzerben berufen wurden. Der amtierende Notar empfiehlt deshalb den Eheleuten M und F, den Erbvertrag in der Weise zu ändern, dass S nicht mehr zu den Miterben nach dem Ableben des Längstlebenden der Eheleute berufen ist.“*

Der Erbvertrag blieb unverändert. Der Längerlebende der Eheleute verstarb im Jahre 2014.

#### II. Frage

Gilt der Zuwendungsverzicht gem. den §§ 2352, 2349 BGB n. F. auch für die Abkömmlinge des S oder ist in der Schenkungsurkunde „ein anderes bestimmt“?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Erbrechtsreform: Erstreckung der Verzichtswirkung auf Abkömmlinge

Durch die zum 1.1.2010 in Kraft getretene Erbrechtsreform wurde § 2349 BGB in die Verweisungskette des § 2352 S. 3 BGB aufgenommen. Schließt ein Abkömmling oder Seitenverwandter des Erblassers mit diesem einen Zuwendungsverzichtsvertrag, so erstreckt sich der Verzicht nunmehr auf dessen Abkömmlinge, soweit nichts anderes bestimmt ist.

Die Neuregelung findet Anwendung auf alle Erbfälle nach dem 1.1.2010 (vgl. Art. 229 § 23 Abs. 4 EGBGB). Dies gilt unabhängig davon, ob an Ereignisse vor dem 1.1.2010 angeknüpft wird (vgl. S. 2 der Vorschrift). Daher sind – zumindest aus Sicht des Gesetzgebers – auch Zuwendungsverzichtsverträge, die vor dem 1.1.2010 beurkundet wurden, in ihren Rechtsfolgen grundsätzlich nach der neuen Rechtslage zu beurteilen. Dies bedeutet, dass sich ein solcher Zuwendungsverzichtsvertrag auf die ersatzberufenen Abkömmlinge des Verzichtenden erstreckt, wenn der Erbfall nach dem 1.1.2010 eingetreten ist.

Vorliegend ist der Schlusserbfall laut Sachverhalt erst im Jahre 2014 und damit nach Inkrafttreten der Erbrechtsreform eingetreten. Weil die **§§ 2352, 2349 BGB n. F. Anwendung finden**, kann sich der Zuwendungsverzichtsvertrag daher grundsätzlich auch auf die ersatzberufenen Abkömmlinge erstrecken.

##### 2. Abweichende Bestimmung

Allerdings erstreckt sich die Wirkung des Erbverzichts nach § 2349 Hs. 2 BGB nur dann auf die Abkömmlinge, wenn nicht ein anderes bestimmt wird. § 2349 BGB

gilt somit nicht, wenn im Verzichtsvertrag eine abweichende Regelung getroffen ist; dies kann sich grundsätzlich auch im Wege der Auslegung ergeben (BeckOK-BGB/J. Mayer, Std.: 1.11.2014, § 2349 Rn. 3). Dogmatisch wird § 2349 BGB dabei nicht als Auslegungsregel, sondern als Dispositivnorm angesehen; die Erstreckungswirkung tritt nämlich unabhängig vom Willen des Verzichtenden ein (BeckOK-BGB/J. Mayer, § 2349 Rn. 1).

Da § 2352 S. 3 BGB allgemein auf § 2349 BGB verweist, gilt die Regelung auch im Rahmen des Zuwendungsverzichts. Der Zuwendungsverzicht des Abkömmlings oder Seitenverwandten des Erblassers erstreckt sich daher nur auf seine Abkömmlinge, sofern nicht ein anderes bestimmt ist. Eine „andere Bestimmung“ wird sich aber gerade in Altfällen kaum finden, insbesondere weil es **nach alter Rechtslage grundsätzlich keine Erstreckung** des Zuwendungsverzichts auf die Abkömmlinge gab.

Es fragt sich daher, was gilt, wenn die **unter Geltung alten Rechts errichtete Urkunde** zur Erstreckung der Verzichtswirkung keine ausdrückliche Erklärung enthält oder darin erklärt oder vorausgesetzt ist, dass sich die Verzichtswirkung nicht auf die Abkömmlinge erstreckt.

a) Enthält der seinerzeitige Zuwendungsverzicht **keinerlei Regelung** zur Erstreckungswirkung, soll nach einem Teil der Literatur das neue Recht uneingeschränkt greifen; insoweit sei keine Verfälschung des Willens der Beteiligten möglich, weil ein abweichender Wille gerade nicht feststellbar sei (Staudinger/Schotten, BGB, Neubearb. 2010, § 2352 Rn. 46 ff.). Die wohl **überwiegende Literaturmeinung** geht dagegen von einem **Ausschluss der Erstreckungswirkung** aus. Sie begründet dies damit, dass der unter notarieller Belehrung (§ 17 BeurkG) abgeschlossene Zuwendungsverzicht grundsätzlich nur nach dem damals rechtlich Möglichen erklärt werden konnte und die Vertragsteile somit regelmäßig von einer fehlenden Erstreckungswirkung ausgingen – wenn sich nicht durch individuelle Auslegung im Einzelfall etwas anderes ergibt (Keim, RNotZ 2009, 574, 575 f.; ders., ZEV 2014, 428; MünchKommBGB/Wegerhoff, 6. Aufl., § 2352 Rn. 13; i. E. ebenso Klinck, ZEV 2009, 533, 535 f.).

b) Der vorliegende Vertrag enthält sogar einen **ausdrücklichen Passus**: Der amtierende Notar weist darauf hin, dass der Zuwendungsverzicht nicht für die Abkömmlinge des Verzichtenden gilt, die im Erbvertrag für ihn als Ersatzerben berufen wurden.

aa) Ob auch in diesem Fall die Erstreckungswirkung ausgeschlossen ist, wird bisher **kaum erörtert**. Soll sie nach herrschender Literatur aber bereits bei fehlender Erklärung ausscheiden, so dürfte sie es **erst recht** im Fall einer ausdrücklichen Erklärung, und sei es nur einer solchen in Form eines notariellen Belehrungsvermerks.

bb) Inzwischen liegt dazu eine Entscheidung des **OLG Schleswig** (Beschl. v. 15.4.2014 – 3 Wx 93/13, MittBayNot 2015, 48 m. Anm. Kanzleiter = ZEV 2014, 425 m. Anm. Keim) vor. Das OLG geht **im Hinblick auf die Belehrung des Notars** über die fehlende Erstreckung davon aus, dass die Vertragsparteien eine Erstreckung des Zuwendungsverzichts auf Abkömmlinge nicht wollten. Das OLG zieht folglich aus dem ausdrücklichen Hinweis des Notars und dem Umstand, dass die Vertragsparteien den Vertrag in Kenntnis dieses Hinweises eingingen, den Schluss, dass die **Vertragsparteien übereinstimmend keine Erstreckung**

**des Zuwendungsverzichts auf Abkömmlinge wollten.** Zwar habe der Hinweis (nur) der damaligen Rechtslage entsprochen; dass der Notar bei der Beurkundung des Vertrags diesen Hinweis ausdrücklich gegeben habe, habe jedoch dazu geführt, dass nach dem übereinstimmenden Willen der Vertragsparteien das „Nicht-erstrecken-Sollen“ des Verzichts auf die Abkömmlinge der Verzichtenden Inhalt ihrer vertraglichen Regelung geworden und beachtlich sei.

In den wenigen bislang veröffentlichten Stellungnahmen wird die Entscheidung des OLG Schleswig **überwiegend abgelehnt** (zust. nur Keim, ZEV, 2014, 428). *Litzenburger* (FD-ErbR 2014, 359919) weist u. E. zutreffend darauf hin, dass aus der Rechtsbelehrung des Notars nicht ohne Weiteres auf einen entsprechenden Willen der Vertragsparteien geschlossen werden könne. Wie *Litzenburger* richtig bemerkt, sind durchaus Fälle denkbar, in denen die Vertragsbeteiligten die rechtlich begrenzte Wirkung des Zuwendungsverzichts zwar als selbstverständlich hingenommen haben, mit dieser Beschränkung aber nicht eigentlich zufrieden gewesen sind. Früher war es nämlich häufig so, dass die Erstreckung des Zuwendungsverzichts auf Abkömmlinge durchaus gewünscht war und nur die Durchsetzung dieses Rechtswunsches angesichts der alten Rechtslage sehr unsicher erschien. Auch *Kanzleiter*, der sich zunächst sehr kritisch zur Neuregelung, insbesondere zur Übergangsvorschrift, geäußert hat (DNotZ 2009, 805, 813), kritisiert in seiner Anmerkung (MittBayNot 2015, 50) die Entscheidung des OLG Schleswig. Er spricht sich bei Zuwendungsverzichtsverträgen, die vor dem 1.1.2010 geschlossen wurden, im „Normalfall“ für eine Anwendung des § 2349 BGB aus.

cc) Vorliegend spricht für eine Erstreckung der Verzichtswirkung auf die Abkömmlinge insbesondere der Umstand, dass der **Zuwendungsverzicht** des Sohnes **gegen eine Abfindung** erfolgte bzw. der Zuwendungsverzicht seinerseits Gegenleistung für eine Grundstückszuwendung der Eltern war. Bei „vollständiger Abfindung“ für den Zuwendungsverzicht war aber bereits nach alter Rechtslage anerkanntermaßen ein Fall gegeben, in dem die Erstreckung der Verzichtswirkung auf Abkömmlinge (und damit ein Ausschluss des gesamten Stamms) gewünscht war – wobei sich diese Rechtswirkung ggf. auch im Wege der Auslegung herleiten ließ (vgl. G. Müller, ZNotP 2011, 256; MünchKommBGB/Wegerhoff, § 2352 Rn. 15 m. w. N.).

### 3. Ergebnis

Ist im Zuwendungsverzicht lediglich ein Hinweis des Notars auf die gegenwärtige Rechtslage enthalten, so kann man daraus nicht ohne Weiteres auf die fehlende Erstreckung der Verzichtswirkung schließen. Vielmehr ist auch in einem solchen Fall durch **Auslegung** zu ermitteln, ob es Anzeichen für einen Ausschließungswillen des Erblassers gibt. Die Gewährung einer – wohl vollständigen – Abfindung an den Verzichtenden spricht u. E. eher dafür, dass die Beteiligten eine Erstreckung der Verzichtswirkung gewollt haben oder gewollt hätten, denn ansonsten könnte es zur Doppelbegünstigung eines Stammes kommen.

## Gutachten im Abrufdienst

Folgende Gutachten können Sie über unseren Gutachten-Abrufdienst im Internet unter:

<http://www.dnoti.de>

abrufen. In diesem frei zugänglichen Bereich können die Gutachten über die Gutachten-Abrufnummer oder mit Titelschlagworten aufgefunden werden. Dies gilt ebenfalls für die bisherigen Faxabruf-Gutachten.

### BGB §§ 167, 714, 899a; GBO § 47

#### Rechtsgeschäftliche Vertretung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts

Abruf-Nr.:

### UmwG § 200 Abs. 4 S. 2; PartGG §§ 2 Abs. 1, 8 Abs. 4 Formwechsel einer GmbH in eine PartGmbH; Firmenfortführung; zwingender Rechtsformzusatz; zwingende Ergänzung des Namens eines Partners

Abruf-Nr.:

## Rechtsprechung

### BGB §§ 2205, 2226, 878; GBO §§ 29, 52

#### Beendigung der Testamentsvollstreckung; Nachweis ggü. Grundbuchamt

##### 1. Zur Löschung des Testamentsvollstreckervermerks bei Grundstücksveräußerung an einen Dritten.

##### 2. Der Nachweis über die Beendigung der Testamentsvollstreckung – durch Aufgabenerledigung – ist dem Grundbuchamt gegenüber regelmäßig in der Form des § 29 GBO zu erbringen.

OLG München, Beschl. v. 11.12.2014 – 34 Wx 429/14

#### Problem

Unterliegt ein Grundstück der Testamentsvollstreckung, ist dem Erben die Verfügungsbefugnis über das Grundstück entzogen (§ 2211 Abs. 1 BGB). Die Testamentsvollstreckung dauert fort, bis der Testamentsvollstrecker seine Aufgaben erledigt hat. Will der Testamentsvollstrecker veräußern, muss seine Verfügungsbefugnis grundsätzlich noch im Zeitpunkt der Eigentumsumschreibung bestehen.

Das OLG München hatte sich mit der Frage auseinanderzusetzen, wie sich eine Niederlegung des Testamentsvollstreckeramts nach Erklärung der Auflassung, aber vor deren Vollzug, auf die bevorstehende Eigentumsumschreibung im Grundbuch auswirkt.

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der Erbe war seit Juli 2013 als Eigentümer im Grundbuch eingetragen. Im Grundbuch steht ein Testamentsvollstreckervermerk. Im Januar 2014 verkaufte der Testamentsvollstrecker das Grundstück an den Erwerber. Die Beteiligten erklärten die Auflassung und beantragten und bewilligten die Eigentumsumschreibung im Grundbuch. Der Erbe wirkte bei Vertragsschluss mit und erklärte, dass er allen in der Urkunde getroffenen Vereinbarungen und Erklärungen vollumfänglich zustimme.

Im April 2014 gab der Testamentsvollstrecker das Testamentsvollstreckerzeugnis zurück und erklärte sein Amt für beendet. Vier Monate später, im August 2014, beantragten die Beteiligten beim Grundbuchamt den Vollzug der Auflassung und damit verbunden die Löschung des

Testamentsvollstreckervermerks (§ 16 Abs. 2 GBO). Das Grundbuchamt lehnte den Antrag mit der Begründung ab, der Testamentsvollstrecker habe sein Amt verloren.

### Entscheidung

Die Beschwerde gegen die versagte Eintragung ist erfolglos geblieben. Laut OLG München kann das Grundbuchamt **weder den Testamentsvollstreckervermerk löschen noch die Eigentumsumschreibung** vornehmen.

Das Grundbuchamt dürfe die Auflassung nur eintragen, wenn die Einigung erklärt worden sei (§ 20 GBO). Die **Verfügungsbefugnis** des Veräußerers sei in der Form des § 29 GBO nachzuweisen. Sie müsse noch **im Zeitpunkt der Eintragung** gegeben sein. Vorliegend sei weder die Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers noch des Erben dem Grundbuchamt gegenüber nachgewiesen. Nach **§ 891 BGB** müsse das Grundbuchamt davon ausgehen, dass die Testamentsvollstreckung fortbestehe, solange der Testamentsvollstreckervermerk im Grundbuch eingetragen sei.

Das **Testamentsvollstreckeramt** sei **beendet** gewesen, **bevor** der **Antrag auf Eigentumsumschreibung** beim Grundbuchamt gestellt worden sei. **Ob § 878 BGB** auf die Beendigung des Testamentsvollstreckeramts nach Antragstellung beim Grundbuchamt anwendbar sei (eingehend hierzu DNotI-Abrufgutachten Nr. 101894), **könne** daher letztlich **dahinstehen**. Es sei zwar möglich, dass der Erbe gemeinsam mit dem Testamentsvollstrecker über das Grundstück verfüge. Der **Testamentsvollstrecker** sei aber **nicht mehr Verfügungsbefugt**. Da das Grundbuchamt vom Fortbestand der Testamentsvollstreckung ausgehen müsse, sei auch der Erbe nicht Verfügungsbefugt. Eine Verfügungsbefugnis bestehe **nur, wenn** der Testamentsvollstrecker das Grundstück an den Erben **freigegeben** habe (§ 2217 BGB). Dafür fehle es vorliegend aber an Anhaltspunkten.

Der Nachweis über die Beendigung der Testamentsvollstreckung sei nicht erbracht. Die Amtsniederlegung des Testamentsvollstreckers (§ 2226 BGB) stelle keinen ausreichenden Nachweis dar. Man müsse **zwischen der Beendigung der Testamentsvollstreckung und der Amtsniederlegung unterscheiden**. Mit der Niederlegung lasse sich – auch wenn in ihr ausdrücklich die Aufgabenerledigung durch den Testamentsvollstrecker erklärt werde – nicht grundbuchverfahrensrechtlich beweisen, dass die Testamentsvollstreckung beendet sei. **Nachgewiesen** werden könne das Erlöschen der Testamentsvollstreckung **nur durch einen Erbschein oder durch Offenkundigkeit** (vgl. Gutachten DNotI-Report 2001, 21, 22 f.). Offenkundigkeit sei im konkreten Fall nicht festzustellen. Aus den vorliegenden Urkunden ergebe sich nicht, dass der Testamentsvollstrecker sämtliche Aufgaben erledigt habe.

### Praxishinweis

Zur Frage, ob dem Grundbuchamt vor Eigentumsumschreibung erneut ein Testamentsvollstreckerzeugnis vorzulegen ist, vgl. DNotI-Abrufgutachten Nr. 101894. Die Entscheidung des OLG München zeigt, dass der Testamentsvollstrecker sein Testamentsvollstreckeramt erst nach der Eigentumsumschreibung aufgeben sollte. Alternativ kommt – wie das OLG München aufzeigt – eine Freigabe gem. § 2217 BGB in Betracht, wenn der Erbe an der Beurkundung mitwirkt.

### GmbHG §§ 5, 30; AktG § 26 Abs. 2

### GmbH: Gründungskosten i. H. v. 60 % des Stammkapitals unzulässig

**Sieht eine GmbH-Satzung vor, dass die GmbH mit einem Stammkapital von 25.000.– € Gründungskosten bis zu 15.000.– € trägt, so sind diese Kosten unangemessen; diese Satzungsgestaltung ist unzulässig und steht der Eintragung im Handelsregister entgegen. Das ist auch dann nicht anders, wenn diese GmbH im Wege der Umwandlung entsteht und als Sacheinlage eine Kommanditgesellschaft eingebracht wird.**

OLG Celle, Beschl. v. 22.10.2014 – 9 W 124/14

### Problem

Nach allgemeiner Auffassung darf die GmbH die Kosten ihrer Gründung (**Gründungskosten** oder Gründungsaufwand) übernehmen (vgl. § 26 Abs. 2 AktG analog; BGHZ 107, 1 = DNotZ 1990, 124). **Nicht abschließend geklärt** ist jedoch, in welchem **Umfang** dies möglich ist.

Das OLG Celle zeigt Grenzen für die Belastung des Gesellschaftsvermögens mit Gründungskosten auf. Im zugrunde liegenden Fall wurde eine GmbH im Wege des Formwechsels gegründet. Das **Stammkapital** betrug **25.000 €**. Als Sacheinlage wurde eine KG eingebracht. Die Satzung sah vor, dass die Gesellschaft **Gründungskosten** bis zur Höhe von **15.000 €** trägt. Das Registergericht lehnte die Eintragung der GmbH ab, da solche Gründungskosten das Stammkapital unzulässig belasteten.

### Entscheidung

Die hiergegen gerichtete Beschwerde hat keinen Erfolg. **Laut OLG Celle steht die Regelung** zu den Gründungskosten **der Eintragung** des Formwechsels **entgegen**. Die Belastung des Stammkapitals von 25.000 € mit Gründungskosten von bis zu 15.000 € stelle einen Verstoß gegen den Grundsatz der Kapitalaufbringung und -erhaltung dar. Das **Stammkapital** sei **effektiv zu leisten**. Bis zur Höhe der Stammkapitalziffer sei es vor einer Zweckentfremdung durch die Gesellschafter geschützt.

Nach den gesetzlichen Bestimmungen hätten die Gründer die Gründungskosten zu tragen. Zwar könnten die Kosten für die Gründung der Gesellschaft zu Lasten ihres Nominalkapitals auferlegt werden. Dies gelte jedenfalls dann, wenn der **Gründungsaufwand analog § 26 Abs. 2 AktG** im Gesellschaftsvertrag als Gesamtbetrag gesondert **festgesetzt** worden sei. § 26 Abs. 2 AktG finde auf alle Kapitalgesellschaften analoge Anwendung. Selbst wenn der Gesellschaftsvertrag eine entsprechende Kostenübernahmeregelung vorsehe, bewirke diese allerdings **nur dann eine Befreiung von der Kapitalbindung** (§ 30 GmbHG), **wenn** es sich um notwendige Aufwendungen für solche Kosten handle, die kraft Gesetzes oder nach Art und Umfang **angemessen** seien.

In der **Praxis** werde vielfach eine **Grenze bei 10 % des Stammkapitals** gezogen. Eine gesetzlich bezifferte Grenze gebe es nicht. Eine **Obergrenze** erschließe sich jedoch aus den Bestimmungen des **Musterprotokolls**. Hiernach könne die UG (haftungsbeschränkt) bei einem Stammkapital bis 300 € sämtliche Gründungskosten bis zur Höhe des

Stammkapitals tragen. Sei das **Stammkapital** höher (**bis 24.999 €**), sei die Tragung von **Gründungskosten auf den Betrag von 300 € beschränkt**. Dies zeige, dass das Stammkapital nicht überwiegend durch Gründungskosten aufgezehrt werden dürfe.

Die **Angemessenheitsgrenze** sei – von der UG (haftungsbeschränkt) abgesehen – zwar nicht normiert. **Vorliegend** sei sie jedoch **überschritten**. Eine **Aufzehrung des Stammkapitals im Umfang von 60 %** durch die Gründungskosten lasse sich mit dem Prinzip der Kapitalbindung und -erhaltung in keiner Weise mehr in Einklang bringen. Dem stehe auch nicht entgegen, dass der Gesellschaftsvertrag die Höhe der Gründungskosten offenlege.

Dass im vorliegenden Fall die GmbH aus der **Umwandlung** eines bereits bestehenden Rechtsträgers hervorgehe und bei einem Formwechsel der bisherige Rechtsträger Kostenschuldner sei, **führe zu keiner anderen Bewertung**. Die Gesellschaftsgläubiger einer durch Formwechsel entstandenen GmbH seien in nicht geringerem Maße schützenswert als diejenigen der durch Neugründung entstandenen GmbH. Die Regeln über die **Kapitalbindung und -erhaltung** und die **Gründungskosten** würden **entsprechend** gelten (vgl. § 197 UmwG). Vorliegend spräche angesichts des Beteiligtenvortrags zum Wert der eingebrachten KG nichts dagegen, für die künftige Gesellschaft einen Stammkapitalbetrag vorzusehen, der zu satzungsmäßigen Gründungskosten von bis zu 15.000 € in einem angemessenen Verhältnis stünde. Nachvollziehbare Gründe der künftigen GmbH-Gesellschafter für die Belastung des Stammkapitals mit 60 % seien nicht aufgezeigt worden.

## Literaturhinweise

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu zwei Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter **www.dnoti.de**.

**Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)**

– eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin –  
97070 Würzburg, Gerberstraße 19  
Telefon: (0931) 35576-0 Telefax: (0931) 35576-225  
E-Mail: dnoti@dnoti.de Internet: www.dnoti.de

**Hinweis:**

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

**Verantwortlicher Schriftleiter:** Notarassessor Dr. Johannes Weber

**Redaktion:** Dr. Simon Blath

**Bezugsbedingungen:**

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

**Bezugspreis:**

Jährlich 170,00 €, Einzelheft 8,00 €, inkl. Versandkosten. Für die Mitglieder der dem DNotI beigetretenen Notarkammern ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten.

Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert und kostenfrei zugesandt werden.

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

**Verlag:**

Bundesnotarkammer, Körperschaft des öffentlichen Rechts, Geschäftsstelle  
Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

**Druck:**

Druckerei Franz Scheiner  
Haugerpfargasse 9, 97070 Würzburg