

DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

23. Jahrgang
Mai 2015
ISSN 1434-3460

10/2015

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

GmbHG §§ 11 Abs. 1, 7 Abs. 3, 8 Abs. 2 S. 1, 19 Abs. 4 – Stafettengründung – Kaskadengründung – Pyramidengründung; reale Kapitalaufbringung; verdeckte Sacheinlage; verdeckte Sacheinlage bei Geschäften zwischen Schwestergesellschaften nach Gründung

BGB §§ 1098 Abs. 1 u. 2, 464 Abs. 2 – Erstkaufvertrag ohne Finanzierungsvollmacht; Ausübung eines Vorkaufsrechts; Bestellung einer Finanzierungsvollmacht für Vorkaufsberechtigten

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

BGB §§ 2174, 138; GG Artt. 6, 14 – Sittenwidrigkeit einer Wiederverheiratungsklausel, die dem überlebenden Ehegatten die Erbschaft kompensationslos entzieht

EGBGB Art. 15 – Gesetzlicher Güterstand von ehemals jugoslawischen Eheleuten nach Erwerb der Staatsangehörigkeit unterschiedlicher Nachfolgerepubliken

Literaturhinweise

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

GmbHG §§ 11 Abs. 1, 7 Abs. 3, 8 Abs. 2 S. 1, 19 Abs. 4

Stafettengründung – Kaskadengründung – Pyramidengründung; reale Kapitalaufbringung; verdeckte Sacheinlage; verdeckte Sacheinlage bei Geschäften zwischen Schwestergesellschaften nach Gründung

I. Sachverhalt

A errichtet als Alleingesellschafter die Holding-GmbH mit einem Stammkapital von 150.000 € durch Bargründung; er zahlt diesen Betrag sofort ein. Laut Gründungsurkunde der Holding-GmbH hat er außerdem die Kosten für die Gründung einer Tochtergesellschaft der Holding-GmbH mit entsprechendem Stammkapital in die Kapitalrücklage einzuzahlen.

Am gleichen Tag, aber unmittelbar nach Einzahlung des Stammkapitals für die Holding-GmbH, gründet die Holding-GmbH die Immobilien-GmbH mit einem Stammkapital von 150.000 € durch Bareinlage. Der Notar wird angewiesen, die Anmeldung der Immobilien-GmbH erst nach Eintragung der Holding-GmbH zum Handelsregister einzureichen.

A ist außerdem zu 51 % Gesellschafter der V-GmbH. Die Anteile an dieser Gesellschaft bringt er mit sofortiger

dinglicher Wirkung in die Kapitalrücklage der Holding-GmbH ein. Nach Einzahlung sämtlicher Beträge und Eintragung der Gesellschaften schließen die Immobilien-GmbH und die V-GmbH als Schwestergesellschaften einen Grundstückskaufvertrag über ein Grundstück der V-GmbH zum Kaufpreis von 150.000 €

II. Fragen

1. Ist das Stammkapital bei der Gründung der Holding-GmbH ordnungsgemäß aufgebracht? Handelt es sich bei der anschließenden Gründung der Immobilien-GmbH um eine verdeckte Sacheinlage?

2. Ist der Grundstückskaufvertrag zwischen V-GmbH und Immobilien-GmbH eine verdeckte Sacheinlage bei der Immobilien-GmbH?

III. Zur Rechtslage

1. Gründung der Immobilien-GmbH durch die Holding-GmbH i. G.

Eine GmbH kann Gesellschafterin einer weiteren GmbH sein. Dies gilt **auch** für eine **Vor-GmbH**, die rechtsfähig und mit der durch Eintragung im Handelsregister entstehenden GmbH personenidentisch ist (Scholz/Emmerich, GmbHG, 11. Aufl. 2012, § 2 Rn. 50; Salzig, in: 10 Jahre DNotI, 2003, S. 293, 294 f.). Die Vor-GmbH entsteht **mit Abschluss des notariellen Gesellschaftsvertrags** (BGH GmbHR 1984, 316, 317 = DNotZ 1984, 585; Heidinger, in: Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 3. Aufl. 2013, § 3 Rn. 6). Die Holding-GmbH ist daher unmittelbar nach Beurkundung

des Gesellschaftsvertrags eine Vor-GmbH und in der Lage, die Immobilien-GmbH als 100%ige Tochtergesellschaft zu gründen.

Im Rahmen der Gründung ist die **eingeschränkte Vertretungsmacht der Organe der Vorgesellschaft** zu berücksichtigen. Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis sind bei einer Bargründung grundsätzlich auf die zur Entstehung der GmbH erforderlichen Handlungen beschränkt. Die Vorschriften über die unbeschränkte Vertretungsmacht nach § 37 Abs. 2 GmbHG finden noch keine Anwendung. Jedoch sind die Geschäftsführer zu weitergehenden Rechtsgeschäften ermächtigt, wenn dies eine entsprechende **Satzungsregelung** oder Bestimmung in der Gründungsurkunde oder ein entsprechender **Gesellschafterbeschluss** vorsieht. Der Gesellschafterbeschluss wäre wegen § 180 BGB vor Gründung der Immobilien-GmbH zu fassen, da die Immobilien-GmbH nur aus einer Person besteht und die Gründung einer Ein-Personen-GmbH nicht nachträglich genehmigt werden kann (vgl. zuletzt OLG Stuttgart GmbHR 2015, 487; vgl. zur Gründung einer Tochter-GmbH durch eine GmbH i. G. allg. Wälzholz/Bachner, NZG 2006, 361, 362).

2. Problem der Stafettengründung/Kaskaden-gründung/Pyramidengründung

a) Einlage zur freien Verfügung der Geschäftsführung
Wie sich aus § 8 Abs. 2 S. 1 GmbHG und dem Gebot der effektiven Kapitalaufbringung ergibt, müssen die Einlagen endgültig zur freien Verfügung des Geschäftsführers geleistet sein (vgl. nur GroßkommGmbHG/Ulmer/Casper, 2. Aufl. 2013, § 7 Rn. 52; Salzig, S. 293, 296).

Zweifelhaft ist, ob sich die Einlage tatsächlich in der freien Verfügung der Holding-GmbH befindet, wenn bereits bei deren Gründung feststeht, dass das eingezahlte Barkapital in die Gründung einer weiteren Tochtergesellschaft (Immobilien-GmbH) investiert werden soll. Schuldrechtliche Verwendungsabsprachen, wonach die Geschäftsführung der Gesellschaft mit den einzuzahlenden Einlagen in bestimmter Weise verfahren soll, sind unter diesem Gesichtspunkt unschädlich, wenn sie allein dazu dienen, Investitionsentscheidungen der Gesellschafter oder sonstige ihrer Weisung unterliegende geschäftspolitische Zwecke umzusetzen (BGH DNotZ 1993, 616, 619; DNotZ 2003, 223, 224). Anderes gilt, wenn die Abrede darauf zielt, dass die Einlagemittel unter Umgehung der Kapitalaufbringungsregeln unmittelbar oder mittelbar wieder an den Inferenten zurückfließen (BGH DNotZ 2002, 808, 811; DNotZ 2003, 223, 224).

Ein Teil der Literatur bezweifelt, dass die **Einlage** tatsächlich **zur freien Verfügung** der Gesellschaft geleistet worden ist, **wenn sie im Wege einer sog. Stafettengründung** (auch Kaskaden- oder Pyramidengründung genannt) **zugleich zur Gründung einer Tochtergesellschaft verwendet wird** (vgl. Mayer/Weiler, in: Beck'sches Notar-Handbuch, 6. Aufl. 2015, D I Rn. 36). Die überwiegende Ansicht in der Literatur hält die sofortige Investition des Kapitals in die Tochtergründung jedoch für unschädlich (Salzig, S. 293, 300; ders., NotBZ 2005, 422, 424; Wälzholz/Bachner, NZG 2006, 361, 363; i. E. auch Heidinger/Benz, in: Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl. 2010, § 27 Rn. 161). Hierfür spricht, dass die Einlage gerade **nicht direkt an den Gesellschafter zurückfließt**, sondern in das Vermögen einer juristisch selbständigen Tochter- oder Enkelgesellschaft geleistet wird.

Für diese Ansicht lässt sich auch eine Entscheidung des **KG Berlin** anführen (**Beschl. v. 18.5.2004** – I W 7349/00, NZG 2004, 826). Im zugrunde liegenden Fall beurkundete der Notar die Errichtung einer Aktiengesellschaft. Am selben Tag wurde die Gründung einer Tochter-GmbH beurkundet, deren Alleingesellschafterin die zuvor errichtete AG sein sollte. Die GmbH verweigerte die Zahlung der Notarkostenrechnung, weil die Gründung nicht zur Anmeldung im Handelsregister geeignet gewesen sei. Das KG hielt diesen Einwand für unbegründet. Es betonte insbesondere, dass die zu leistenden Einlagen der Aktionäre dem Vorstand der Gesellschaft zur freien Verfügung gestanden hätten (NZG 2004, 826, 827; Hervorhebung i. F. durch die DNotI-Redaktion):

*„Dafür, dass die Leistungen nur zum Schein erfolgen und wieder an die Gründer zurückfließen sollten, bestanden keine Anhaltspunkte. Dies wird von den Bet. auch nicht behauptet. Die bereits in der Gründungsurkunde der AG vorgesehene Gründung der Bet. [GmbH] und die Übernahme der Einlagepflichten durch die Vor-AG führte gerade **nicht zu einem Rückfluss der Einlagen an die Gründer** und stellt auch keine dem gleichstehende Verwendungsbindung dar [...]. Dass mit der Leistung der Einlagen an die Bet. die Verfügungsgewalt über die Bareinlagen wieder verloren geht, ändert nichts an der Tatsache, dass eine Erfüllung der Einlagepflichten bei der Vor-AG eingetreten ist. Das Recht zur Verwendung der Einlagen zu diesem Zweck ergibt sich vielmehr als Folge des Wegfalls eines allgemeinen Vorbelastungsverbots.“*

In diesem Sinne hat auch der BGH die freie Verfügbarkeit der Bareinlage bejaht, wenn eine Kapitalerhöhung von vornherein dem Zweck dient, einen Geschäftsanteil an einer tags zuvor gegründeten GmbH zu kaufen (BGH DNotZ 1993, 616, 619). Der Inferent war zwar insoweit nicht direkt beteiligt. Mit Blick auf die Verfügbarkeit und Aufbringung des Barkapitals besteht aber kein maßgeblicher Unterschied.

Unproblematisch ist auch, dass die Bareinlage nicht mehr unangetastet als Bargeld im Vermögen der GmbH vorhanden ist. Nach Auffassung des BGH gilt das **Gebot der wertgleichen Deckung**. Die Geschäftsleitung der GmbH kann daher bereits vor Eintragung der gegründeten GmbH Geschäfte tätigen, wenn im Zeitpunkt der Eintragung der GmbH das Stammkapital wertmäßig im Gesellschaftsvermögen vorhanden ist. Es besteht kein Vorbelastungsverbot (BGH NJW 1992, 3300, 3302; NJW 1981, 1373, 1374 ff.; Volmer, in: Gehrlein/Witt/Volmer, GmbH-Recht in der Praxis, 3. Aufl. 2014, 6. Kap. Rn. 2).

Die Literatur weist z. T. auf die Risiken einer **Unterbilanzhaftung** hin. Eine Unterbilanzhaftung könne entstehen, wenn die Beteiligung an der Tochtergesellschaft im Zeitpunkt der Eintragung der Holding-GmbH nicht mehr den Wert des einzuzahlenden Stammkapitals habe. Dies wäre der Fall, wenn die Gründungskosten vom Wert der Beteiligung abzuziehen wären (hiergegen unter Berufung auf § 255 HGB Wälzholz/Bachner, NZG 2006, 361, 363; a. A. wohl MünchKommGmbHG/Reichert/Weller, 2. Aufl. 2015, § 14 Rn. 19: *„Der Nennbetrag entspricht allenfalls bei Entstehung des Geschäftsanteils im Rahmen einer Gründung [...] dem wirtschaftlichen Wert des Geschäftsanteils – und dies auch nur, wenn [...] das Gesellschaftsvermögen nicht durch Gründungskosten geschmälert wurde.“*). So wie vorliegend wird diese Frage häufig dahinstehen können, weil die gegründete Holding-

GmbH ihre eigenen Gründungskosten in der Regel selbst trägt und damit nicht (mehr) über die notwendige Bareinlage zur Gründung der Tochter-GmbH verfügt. Dann wird die Gründerin der Holding-GmbH die Gründungskosten für die Gründung der Tochter-GmbH bzw. für die Holding-GmbH (jeweils den höheren Betrag) in die freie Kapitalrücklage (§ 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB) der Gesellschaft einzahlen. Um eine Unterbilanzhaftung zu vermeiden, rät die Literatur z. T. zudem, die Tochter-GmbH erst nach Eintragung der Mutter-GmbH zu gründen (Wälzholz/Bachner, NZG 2006, 361, 363, 365).

Wir gehen davon aus, dass eine Unterbilanzhaftung zumindest dann ausscheidet, wenn – wie auch vorliegend – der Gründer der Holding-GmbH (hier: A) die Gründungskosten für die Tochter-GmbH (hier: Immobilien-GmbH) in die freie Rücklage der Holding-GmbH einzahlt. Um Probleme mit dem Nachweis der Werthaltigkeit zu vermeiden, kann es sich empfehlen, die Kostentragung in die Gründungsurkunde der Holding-GmbH mit aufzunehmen. Die Kosten für ihre eigene Gründung kann die Holding-GmbH bei entsprechender satzungsmäßiger Grundlage selbst tragen, ohne dass dies im Verhältnis zwischen A und der Holding-GmbH eine Unterbilanzhaftung auslösen würde (vgl. BGH NJW 1981, 1373, 1376; NJW 1998, 233, 234 = MittBayNot 1998, 44). Dies gilt freilich gleichermaßen für die Tochter-GmbH: Ihr können die Gründungskosten ebenfalls statutarisch zugewiesen sein, sodass insoweit eine Unterbilanzhaftung des Gesellschafters ausgeschlossen ist.

b) Verdeckte Sacheinlage?

Fraglich ist allerdings, ob die Stafettengründung evtl. eine von § 19 Abs. 4 S. 1 GmbHG erfasste verdeckte Sacheinlage darstellt. Ist die Bareinlage eines Gesellschafters bei wirtschaftlicher Betrachtung und aufgrund einer im Zusammenhang mit der Übernahme der Geldeinlage getroffenen Abrede vollständig als Sacheinlage zu bewerten, handelt es sich um eine verdeckte Sacheinlage, die den Gesellschafter nicht von seiner Einlageverpflichtung befreit. Der Vertrag über die Erbringung der verdeckten Sacheinlage ist jedoch nicht unwirksam (§ 19 Abs. 4 S. 2 GmbHG). Auf die fortbestehende Geldeinlagepflicht des Gesellschafters ist der Wert des Vermögensgegenstands im Zeitpunkt der Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister anzurechnen (§ 19 Abs. 4 S. 3 GmbHG). Der Gesellschafter trägt hierfür die Beweislast (§ 19 Abs. 4 S. 5 GmbHG).

Ob die **Stafettengründung** bei wirtschaftlicher Betrachtung eine **verdeckte Sacheinlage** darstellt, ist noch nicht abschließend geklärt. **Teile der Literatur bejahen dies** (Salzig, S. 293, 301 ff.; ders., NotBZ 2005, 422, 426 f.) oder halten es zumindest für möglich (Heckschen, in: Heckschen/Heidinger, § 3 Rn. 249; Heidinger, in: Heckschen/Heidinger, § 11 Rn. 324; Mayer/Weiler, D I Rn. 25; Werner, SJ 2009, 41). Als Argument führt man an, dass mehrere Gesellschaften mit nur einer einzigen Barkapitalausstattung gegründet würden. Zwar fließe die Einlage nicht direkt an den Gesellschafter (vorliegend: A) zurück, sondern komme nur der unteren Konzerngesellschaft (vorliegend: Immobilien-GmbH) zugute. Doch sei diese Fallgestaltung mit der Zahlung an einen Treuhänder oder Strohmann des Inferenten zu vergleichen (Heckschen, § 3 Rn. 249).

Die Stafettengründung sei außerdem wertungsmäßig so zu behandeln, wie wenn der Gesellschafter zwei Schwestergesellschaften mit einem Barkapital gründete und

die Gesellschaftsanteile gegen Rückzahlung der Bareinlage auf eine der beiden Schwestergesellschaften übertrüge (Salzig, S. 293, 304 ff.; ders., NotBZ 2005, 422, 426, m. Hinw. auf BGH DNotZ 1997, 480).

Andere Stimmen in der Literatur widersprechen dem und sehen in der Kaskadengründung **keine verdeckte Sacheinlage** (Wälzholz/Bachner, NZG 2006, 361, 364; Heidinger/Benz, § 27 Rn. 161). Sie berufen sich darauf, dass zum Zeitpunkt der Gründung der Tochtergesellschaft die **Einbringung der Geschäftsanteile der Enkelgesellschaft noch gar nicht möglich** ist, da die Enkelgesellschaft dann noch nicht existiert. Bereits aus diesem Grund könne man die Weiterleitung des Barkapitals an die Tochtergesellschaft nicht mit der Einbringung von Anteilen an einer bereits bestehenden Tochtergesellschaft vergleichen. Es liege lediglich eine Vermögensumschichtung vor.

Diese Ansicht scheint auch das KG in seiner bereits zitierten Entscheidung zu vertreten. Das KG hat sich zwar hauptsächlich mit der Frage auseinandergesetzt, ob die Bareinlage zur freien Verfügung geleistet wird. Es hat aber auch hervorgehoben, dass es an einem Verstoß gegen § 27 Abs. 3 S. 1 AktG fehlt. In der Entscheidung heißt es (NZG 2004, 826, 827; Hervorhebungen i. F. durch die DNotI-Redaktion):

*„Eine unrichtige Sachbehandlung ergibt sich auch **nicht** aus einem Verstoß **gegen § 27 III 1 AktG** oder die Vorschriften über eine Nachgründung gem. § 52 I 2 AktG. Davon abgesehen, dass die nach diesen Vorschriften eintretende Unwirksamkeit geheilt werden könnte, der Eintragung der Bet. also nicht von vornherein entgegensteht, sind die **Regelungen überhaupt nicht einschlägig**. Hintergrund der Regelungen – davon geht auch die weitere Beschwerde aus – ist der Schutz der Gläubiger und Aktionäre davor, dass die Einlage durch Gegenstände erbracht wird, die nicht einlagefähig, nicht werthaltig oder überbewertet sind. Sowohl die Regelung in § 27 AktG betreffend Sachübernahmen, für die eine Vergütung gewährt wird, als auch diejenige in § 52 AktG betreffend den Erwerb von Vermögensgegenständen aus dem Gründungskapital setzen **Austauschverhältnisse zwischen Leistendem und Leistungsempfänger** voraus. Solche liegen bei der Übernahme einer Einlageverpflichtung im Rahmen einer Gesellschaftsgründung nicht vor (vgl. BGH, NJW 1951, 308; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, § 2 Rdnr. 7). Die Regeln über die Sachgründung finden schon keine Anwendung, weil hier keine Leistung durch die Gründer erfolgt, sondern die **Vorgründungsgesellschaft selbst Gesellschafterstellungen originär übernimmt**.“*

Auch wenn das KG die Kaskadengründung damit im Ergebnis für zulässig hält, lässt die Entscheidung freilich keine vertiefte Auseinandersetzung mit dem Problem der verdeckten Sacheinlage erkennen.

Neben der Entscheidung des KG von Bedeutung ist das Urteil des **BGH v. 22.6.1992** (II ZR 30/91, NJW 1992, 2698 = DNotZ 1993, 616). Im zugrunde liegenden Fall führte der Gesellschafter einer GmbH bei dieser eine Barkapitalerhöhung durch. Am Tag vor der Kapitalerhöhung hatte die GmbH eine Tochtergesellschaft gegründet. Die GmbH verwendete, wie ursprünglich geplant, die Bareinlage für den Erwerb der Beteiligung an der Tochtergesellschaft. Der BGH verneinte eine Sacheinlage. Insbesondere wies er das Argument zurück, der Gesellschafter hätte die Beteiligung an der zuvor gegründeten Tochtergesellschaft

selbst erwerben und in die GmbH unter Rückfluss der Bareinlage einbringen können. Der BGH führte aus (NJW 1992, 2698, 2700 – insow. nicht abgedr. in DNotZ 1993, 616; Hervorhebungen i. F. durch die DNotI-Redaktion):

*„Das BerGer. stellt darauf ab, daß der Bekl. die Beteiligung an der I selbst hätte erwerben und sie sodann im Wege der Kapitalerhöhung als Sacheinlage in die Gemeinschaftsdarlehner hätte einbringen können. [...] In einem Fall wie dem vorliegenden kann indessen von einer verdeckten Sacheinlage nicht gesprochen werden. Eine solche kann allerdings in Betracht kommen, wenn der Einleger das Wirtschaftsgut, das die Gesellschaft für das eingelegte Geld anschafft, als Sacheinlage hätte einbringen können [...]. [...] Das setzt aber voraus, daß das **Umsatzgeschäft mit dem Einleger selbst abgeschlossen wird.** [...] Benötigt die Gesellschaft die neuen Mittel von vornherein zur Anschaffung bestimmter Wirtschaftsgüter – z. B., wie hier, zum Erwerb einer Beteiligung –, so sind die **Übernehmer der neuen Einlagen nicht gezwungen, jene Vermögensgegenstände zunächst selbst zu erwerben und sie sodann als Sacheinlage in die Gesellschaft einzubringen.** Das bedeutet freilich, wie sich von selbst versteht, nicht, daß ein Gesellschafter ein ihm schon gehörendes Wirtschaftsgut oder eine eigene Forderung gegen die Gesellschaft nur vorher auf einen anderen zu übertragen brauchte, um so sanktionslos die Einbringung des Gegenstands oder die Befriedigung der Forderung im Wege der ‚Bareinlage‘ bewerkstelligen zu können. Dabei würde es sich wiederum um einen Umgehungstatbestand handeln.“*

Der BGH hat diese Entscheidung mit Urte. v. 12.2.2007 bestätigt (DNotZ 2007, 708, 709 f.). Auch wenn sie nur zur Kapitalerhöhung ergangen ist, spricht viel dafür, dass sie **sich auf die Gründung übertragen lässt**, denn bei der Gründung stellen sich parallele Fragen (a. A. Salzig, NotBZ 2005, 422, 426 f.). Im Ergebnis kann es keinen Unterschied machen, dass die Immobilien-GmbH – so wie im Fall des BGH – zuvor von einem Dritten gegründet wird und ihre Anteile an die Holding-GmbH veräußert werden. Es kann auch nicht überzeugen, mit der oben genannten Ansicht einen Vergleich zu der Konstellation zu ziehen, dass der Gesellschafter Anteile an einer anderen Tochtergesellschaft in die neu gegründete Gesellschaft gegen Rückzahlung der Einlage einbringt. Dieses Argument hat der BGH in der vorgenannten Entscheidung ausdrücklich verworfen.

Unseres Erachtens ist die Stafettengründung aus den vorgenannten Erwägungen **keine verdeckte Sacheinlage**. Auch bei wirtschaftlicher Betrachtung bringt A in die Holding-GmbH keine Anteile an der Immobilien-GmbH ein. Vielmehr gründet die Holding-GmbH mit der ihr zur Verfügung gestellten Bareinlage die Immobilien-GmbH als Gesellschafterin. Die Gründung der Immobilien-GmbH beruht auf einer der Holding-GmbH zuzurechnenden, eigenen Willenserklärung. Deshalb vermag der Vergleich zur Gründung zweier Tochtergesellschaften und Einbringung der einen Tochtergesellschaft als Enkelgesellschaft in die andere gegen Rückzahlung der Einlage nicht zu überzeugen. Es liegt – wie auch das KG betont – keine Leistung der Gründer vor, sondern nur der Vorgründungsgesellschaft. Ebenso wenig überzeugt der Einwand, es könne nicht sein, mehrere Gesellschaften mit einem Barkapital zu gründen. Es ist ohne Weiteres zulässig, dass eine Kapitalgesellschaft mit den ihr zur freien Verfügung stehenden Barmitteln eine weitere Kapitalgesellschaft durch Bargründung errichtet. Wir weisen aber dennoch darauf hin, dass die Rechtslage insoweit nicht abschließend geklärt ist.

3. Verdeckte Sacheinlage durch Kaufvertrag zwischen zwei Schwestergesellschaften

Fraglich ist, ob die Holding-GmbH als Gesellschafterin der Immobilien-GmbH ihre Bareinlageverpflichtung ordnungsgemäß erfüllt. Der Kaufvertrag zwischen der Immobilien-GmbH und der V-GmbH könnte dem entgegenstehen.

Würde der Kaufvertrag zwischen der Holding-GmbH und der Immobilien-GmbH geschlossen, läge ohne Weiteres eine verdeckte Sacheinlage vor: Die Holding-GmbH brächte bei wirtschaftlicher Betrachtung ein Grundstück ein. Fraglich ist, ob sich daran etwas ändert, wenn die Immobilien-GmbH mit der V-GmbH kontrahiert. Die Immobilien-GmbH und die V-GmbH sind Schwestergesellschaften, die zu 100 % (Immobilien-GmbH) und zu 51 % (V-GmbH) im Eigentum der Holding-GmbH i. G. stehen.

Der BGH hat sich mit dem Problem der Verträge zwischen Schwestergesellschaften in seinem Urte. v. 12.2.2007 (DNotZ 2007, 708) auseinandergesetzt. Hiernach sind die **Grundsätze der verdeckten Sacheinlage dann anwendbar, wenn die Einlage** entweder dem **Inferenten selbst zufließt** oder der **Inferent durch eine Weiterleitung** der Einlage an einen Dritten **in gleicher Weise begünstigt** wird wie bei einer unmittelbaren Leistung an ihn selbst (DNotZ 2007, 708, 709).

Keine verdeckte Sacheinlage soll es jedoch sein, wenn das Kapital der Tochter-GmbH des Inferenten absprachegemäß dazu verwendet wird, **mit einer Schwestergesellschaft des Inferenten einen Vertrag** abzuschließen (BGH DNotZ 2007, 708, 709). Es bestehe kein Abhängigkeitsverhältnis zwischen der Inferentin und der Vertragspartnerin. Dass der Inferentin der Gegenwert mittelbar zugutekomme, schade nicht, weil Einlagemittel gerade zur Finanzierung von Anschaffungen der Gesellschaft bestimmt seien.

Der vorliegende Fall unterscheidet sich von dieser Konstellation, indem die **V-GmbH keine Schwestergesellschaft, sondern eine Tochtergesellschaft** der Inferentin ist. Nach Ansicht des BGH ist die **Leistung an ein vom Inferenten beherrschtes Unternehmen eine verdeckte Sacheinlage** (NJW 2007, 765, 767 Tz. 15; DNotZ 2007, 708, 709; NZG 2006, 344 Tz. 18 f. = DNotZ 2006, 543, 546 f.; DNotZ 2010, 456, 458 Tz. 13). Sollte es sich bei der V-GmbH um ein von der Holding-GmbH beherrschtes Unternehmen handeln, wäre daher von einer verdeckten Sacheinlage auszugehen. Gem. § 17 Abs. 2 AktG analog wird vermutet, dass ein im Mehrheitsbesitz stehendes Unternehmen von dem mehrheitsbeteiligten Unternehmen abhängig ist (zur Anwendung auf die GmbH vgl. nur Emmerich, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 7. Aufl. 2013, § 17 Rn. 45). Demzufolge dürfte der Immobilienkaufvertrag zwischen Immobilien-GmbH und V-GmbH eine verdeckte Sacheinlage i. S. v. § 19 Abs. 4 GmbHG darstellen.

Ein **anderes Ergebnis** wäre allenfalls dann denkbar, wenn die V-GmbH **im Zeitpunkt des Immobilienverkaufs noch eine Schwester der Holding-GmbH** gewesen wäre. Dann läge der Fall möglicherweise so wie in der Entscheidung des BGH v. 12.2.2007 (vgl. das Schaubild bei Wied, GmbHR 2014, 908, 911). Ob allerdings etwas anderes gilt, wenn – wie vorliegend – **von vornherein geplant** ist, die V-GmbH zu einer Tochtergesellschaft der Holding-GmbH zu machen, erscheint unsicher. Insoweit ließe sich argumentieren, dass die Einlage der Holding-GmbH zugutekommt (zeitlicher und sachlicher Zusammenhang) und

eine verdeckte Sacheinlage gegeben ist. In der Literatur wird geraten, die Maßstäbe der Entscheidung v. 12.2.2007 nur mit großer Vorsicht anzulegen (M. Bormann, GmbHR 2007, 435, 437).

BGB §§ 1098 Abs. 1 u. 2, 464 Abs. 2 Erstkaufvertrag ohne Finanzierungsvollmacht; Ausübung eines Vorkaufsrechts; Bestellung einer Finanzierungsvollmacht für Vorkaufsberechtigten

I. Sachverhalt

V ist Insolvenzverwalter über das Vermögen einer GmbH und hat ein Grundstück an K verkauft. Im Grundbuch ist ein Vorkaufsrecht für S eingetragen (Abt. II Nr. 3). Der Vertrag zwischen V und K (im Folgenden: Erstkaufvertrag) enthält keine Finanzierungsvollmacht. S übt sein Vorkaufsrecht aus.

II. Frage

Hat S einen Anspruch auf Erteilung einer Finanzierungsvollmacht?

III. Zur Rechtslage

1. Ausübung des Vorkaufsrechts

Wie sich aus § 1098 Abs. 1 S. 1 BGB ergibt, setzt die Ausübung eines Vorkaufsrechts einen **Verkaufsfall i. S. v. § 463 BGB** voraus. Außerdem darf das Vorkaufsrecht nicht gem. den §§ 470 f. BGB ausgeschlossen sein. Vorliegend hat der Insolvenzverwalter das Grundstück verkauft. Nach **§ 1098 Abs. 1 S. 2 BGB** ist das Vorkaufsrecht **nicht ausgeschlossen**, wenn das Grundstück von einem **Insolvenzverwalter** aus freier Hand verkauft wird. § 471 BGB findet insoweit keine Anwendung (Staudinger/Schermaier, BGB, Neubearb. 2009, § 1098 Rn. 11; BeckOGK-BGB/Omlor, Std.: 1.10.2014 § 1098 Rn. 14). Im konkreten Fall dürfte das Vorkaufsrecht daher ausübbar sein.

Mit der Ausübung eines dinglichen Vorkaufsrechts kommt ein **inhaltsgleicher weiterer Kaufvertrag** zwischen dem Vorkaufsverpflichteten und dem Vorkaufsberechtigten (hier: S und V) zustande (§§ 1098 Abs. 1 S. 1, 464 Abs. 2 BGB). Der den Verkaufsfall auslösende Erstkaufvertrag bleibt vom Zustandekommen des Zweitkaufvertrags unberührt (Palandt/Weidenkaff, BGB, 74. Aufl. 2015, § 464 Rn. 5).

2. Finanzierungsvollmacht im Erstkaufvertrag

Enthält der Erstkaufvertrag eine Finanzierungsvollmacht für die Bestellung einer Grundschuld, gilt diese nicht für den Vorkaufsberechtigten, da die Vollmacht ein vom Kaufvertrag **unabhängiges Rechtsgeschäft** ist. Die vertragliche **Mitwirkungspflicht des Verkäufers** an der Finanzierung durch den Käufer bleibt jedoch hiervon unberührt. Sie greift auch im Verhältnis zum Vorkaufsberechtigten. Nach ganz überwiegender Ansicht ist daher der Verkäufer **aus dem Zweitkaufvertrag verpflichtet**, dem Vorkaufsberechtigten eine entsprechende **Finanzierungsvollmacht zu erteilen**, wenn er dem Käufer des Erstkaufvertrags eine solche eingeräumt hat (Hertel, in: Würzburger Notarhandbuch, 4. Aufl. 2015, Teil 2 Kap. 8 Rn. 147; ders., in: Lambert-Lang/Tropf/Frenz, Handbuch der Grundstückspraxis, 2. Aufl. 2005, Rn. 570;

BeckOGK-BGB/Klühs, Std.: 1.10.2014, § 577 Rn. 115; Hahn, MittRhNotK 1994, 193, 209; Maaß, notar 2013, 395, 402; Kehrer/Bühler, Notar und Grundbuch, Std.: Januar 1996, § 7 E I Rn. 153; Heintz, Vorkaufsrecht des Mieters, 1998, § 8 Rn. 538; einschr. Schmidt, MittBayNot 1994, 285, 294). Dies soll sogar dann gelten, wenn der Verkäufer im Erstkaufvertrag nur an der Bestellung einer Grundschuld für ein ganz bestimmtes Kreditinstitut mitgewirkt hat (AG München, Urt. v. 30.7.2013, 463 C 33287/12, WuM 2013, 680).

3. Keine Finanzierungsvollmacht im Erstkaufvertrag
Weitgehend ungeklärt ist dagegen die Frage, ob der Verkäufer auch dann zur Erteilung einer Finanzierungsvollmacht verpflichtet ist, **wenn der Erstkaufvertrag eine solche Pflicht nicht vorsieht**. Die Frage wird teilweise verneint (Hertel, Teil 2 Kap. 2 Rn. 424 m. Fn. 584), teilweise bejaht (Bühler, WuM 2013, 683, 686). Die Rechtsprechung hat sich – soweit ersichtlich – damit noch nicht näher befasst. Hinzuweisen ist auf einen Beschluss des OLG München v. 21.2.2005 (10 W 672/05, MittBayNot 2005, 306). Dort hatte der Vorkaufsberechtigte die Zahlung des Kaufpreises davon abhängig gemacht, dass zugunsten des ihn finanzierenden Kreditinstituts eine Grundschuld eingetragen wird. Laut OLG München würde dies zu einer vertraglich nicht vereinbarten Verzögerung der Kaufpreiszahlung führen. Auch wenn die Entscheidung auf eine fehlende Pflicht zur Bestellung der Finanzierungsvollmacht hindeutet, lassen sich aus ihr kaum belastbare Schlussfolgerungen ziehen.

Unseres Erachtens besteht **kein Anspruch des Vorkaufsberechtigten** gegen den Vorkaufsverpflichteten, eine Finanzierungsvollmacht zu erteilen, sofern eine entsprechende Mitwirkungspflicht im Erstvertrag nicht enthalten ist. Mit der Ausübung des Vorkaufsrechts kommt – wie gesagt – ein Kaufvertrag zu denselben Bedingungen zustande, wie sie im Erstvertrag vereinbart sind. Hat aber der Verkäufer im Erstvertrag keine Verpflichtung zur Mitwirkung bei der Kaufpreisfinanzierung übernommen, besteht u. E. eine solche Verpflichtung konsequenterweise auch nicht gegenüber dem Vorkaufsberechtigten. Der Vorkaufsberechtigte muss den **Vertrag** im Grundsatz genauso hinnehmen, **wie er mit dem Erstkäufer geschlossen worden ist**. Es erscheint u. E. nicht etwa treuwidrig (§ 242 BGB), wenn sich der Verkäufer weigert, dem Vorkaufsberechtigten eine entsprechende Belastungsvollmacht zu erteilen. Denn immerhin kann die Bestellung von Grundpfandrechten vor **Eigentumsumschreibung** bei Vertragsstörungen zur verzögerten Rückabwicklung des Vertrags führen. Auch wenn für den Verkäufer aus der Erteilung einer Finanzierungsvollmacht keine erheblichen Risiken folgen, ist sie mit bestimmten Gefahren für den Verkäufer verbunden (vgl. Hertel, Teil 2 Kap. 2 Rn. 430). So trifft den Verkäufer u. a. das Risiko, dass der Käufer die Grundbuch- und Notarkosten für die Grundschuld nicht bezahlt. Es droht dem Verkäufer eine Vollstreckung in den belasteten Grundbesitz, wenn es zur Rückabwicklung des Vertrags kommt. Die **Finanzierung ist grundsätzlich Angelegenheit des Käufers**. Es kann auch keine Rede von einer Umgehung des Vorkaufsrechts sein, wenn der Verkäufer mit dem Käufer einen Vertrag ohne eine (beurkundungspflichtige) Mitwirkungsverpflichtung für die Finanzierung abschließt (so wohl aber Bühler, WuM 2013, 683, 686). Die Beteiligten verzichten auf die Finanzierungsmitwirkung, weil der Käufer nicht auf sie angewiesen ist. Dass damit dem Vorkaufsberechtigten die Ausübung seines Vorkaufsrechts erschwert wird, ist eine Begleitfolge der begrenzten Reichweite des Vorkaufsrechts.

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 §§ 128, 152; ZPO §§ 794 Abs. 1 Nr. 5, 797 Abs. 2; BeurkG §§ 13a, 45

„Vollinhaltliche“ Annahme eines Angebots; Erforderlichkeit der ausdrücklichen Zwangsvollstreckungsunterwerfung in der Annahmearkunde; Bezugnahme auf die Angebotsurkunde gem. § 13a BeurkG; Zuständigkeit zur Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung

Abruf-Nr.:

BGB §§ 145 ff., 311b, 315, 317, 383

Bestimmtheitserfordernis bei Teilflächenveräußerung; Beurkundungsbestimmtheit; Vormerkungsfähigkeit

Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

BGB §§ 2174, 138; GG Artt. 6, 14

Sittenwidrigkeit einer Wiederverheiraturungsklausel, die dem überlebenden Ehegatten die Erbschaft kompensationslos entzieht

Eine letztwillige Verfügung, die den überlebenden Ehegatten für den Fall der Wiederverheiratung mit einem Vermächtnis zugunsten der Abkömmlinge des Erstversterbenden in Höhe des Wertes des Nachlasses des Erstversterbenden belastet, ist nichtig. Die ergänzende Testamentsauslegung kann in einem solchen Fall jedoch einen Vermächtnisanspruch in einer Höhe ergeben, der dem überlebenden Ehegatten einen Nachlasswert in Höhe des Pflichtteils überlässt.

OLG Saarbrücken, Urt. v. 15.10.2014 – 5 U 19/13

Problem

Seit der **Hohenzollern-Entscheidung** des BVerfG (DNotZ 2004, 798) hat die Literatur die Frage aufgeworfen, ob Wiederverheiraturungsklauseln in letztwilligen Verfügungen mit Art. 6 Abs. 1 GG vereinbar sind (jurisPK-BGB/Reymann, Std.: 20.5.2015, § 2269 Rn. 107; Völzmann, RNotZ 2012, 1 – jew. m. w. N.). Mit dem Urteil des OLG Saarbrücken liegt nunmehr erstmals eine obergerichtliche Entscheidung zu dieser Frage vor.

Im zugrunde liegenden Fall schlossen in Gütergemeinschaft verheiratete Ehegatten einen Erbvertrag. Darin setzten sie sich gegenseitig zu alleinigen Erben ein. Eine Schlusserbeinsetzung enthielt der Vertrag nicht. Folgende Klausel ordnete im Falle der Wiederheirat des Überlebenden ein Vermächtnis zugunsten der Abkömmlinge an:

„Sollte der Überlebende sich wieder verheiraten, so hat er an die etwaigen Abkömmlinge des Erstverstorbenen als Vermächtnisse Geldbeträge heraus zu bezahlen, die gleich sind dem Werte des Nachlasses des Erstverstorbenen [...].“

Nachdem die Ehefrau gestorben war, heiratete der Ehemann erneut. Die Kinder der Ehegatten nahmen den Ehemann daraufhin auf Zahlung des Vermächtnisses in Anspruch.

Entscheidung

Das OLG Saarbrücken hält die Klage nur teilweise für begründet.

Der Erbvertrag enthalte ein auf die Wiederverheiratung des überlebenden Ehegatten **aufschiebend bedingtes Vermächtnis** (§§ 2174, 158 Abs. 1 BGB). Die entsprechende Klausel sei nach § 138 Abs. 1 BGB unwirksam, da **sittenwidrig**. Sie verstoße gegen das „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“. Der Erblasser könne zwar die Erbfolge im Grundsatz nach seinen Wünschen regeln, ohne dass er sich am „Gerechtigkeitsempfinden“ einer gesellschaftlichen Mehrheit ausrichten müsste; die Entscheidung über erbrechtliche Zuwendungen sei höchstpersönlich.

Wie aber das BVerfG in der Hohenzollern-Entscheidung betont habe, finde die von Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG gewährleistete Testierfreiheit im Grundrecht der **Eheschließungsfreiheit** aus Art. 6 Abs. 1 GG eine Grenze. So könne eine erbvertragliche Ebenbürtigkeitsklausel geeignet sein, die Eheschließungsfreiheit des Erben mittelbar zu beeinflussen. Der Erbe stehe vor der Alternative, von der Eheschließung mit einem bestimmten Partner abzusehen oder seine Position als Erbe zu verlieren.

Das OLG Saarbrücken überträgt die Rechtsprechung des BVerfG auf Wiederverheiraturungsklauseln und hält die Klausel im konkreten Fall für sittenwidrig: Der auf den Überlebenden ausgeübte **wirtschaftliche Druck** sei ohne Weiteres geeignet, die Entscheidung für oder gegen eine neue Ehe nachhaltig zu beeinflussen. Der Druck erhöhe sich dadurch, dass die Ehegatten in Gütergemeinschaft verheiratet seien und in den Nachlass hälftig solche Werte geflossen seien, die der überlebende Ehegatte während der Ehezeit erwirtschaftet habe. Die Klausel **belasse dem Überlebenden aus dem Nachlass nichts mehr, nicht einmal den Wert in Höhe des Pflichtteils**. Der Ehegatte könne den Pflichtteil nicht mehr geltend machen, da eine Ausschlagung mit Blick auf die vorangegangene Annahme ausgeschlossen sei (§ 1943 BGB). Hinzu komme der Liquiditätsbedarf für den überlebenden Ehegatten, wenn er die Abkömmlinge durch ein Geldverhältnis abzufinden habe. Die gravierenden wirtschaftlichen Nachteile bei einer zweiten Eheschließung würden nicht kompensiert.

Die Wiederverheiraturungsklausel lasse sich im vorliegenden Fall auch **nicht mit einem anerkennenswerten Interesse des Erblassers** rechtfertigen, das Vermögen zugunsten seiner Kinder zu erhalten. Dieser Aspekt sei von untergeordneter Bedeutung, denn der Erbvertrag enthalte keine Schlusserbeinsetzung. Damit sei der **Vermögenserhalt zugunsten der Kinder nicht gesichert**. Im Übrigen lasse sich dieses Ziel mit einem milderen Mittel erreichen. Der Ehegatte könne den Überlebenden bei Wiederheirat zum Vorerben mit der Maßgabe einsetzen, dass der Nacherbfall erst mit dem Tod des Vorerben eintrete. Entziehe dagegen die Wiederverheiraturungsklausel dem überlebenden Ehegatten den Wert seines (hypothetischen) Pflichtteils,

diene sie allein dazu, den überlebenden Ehegatten durch wirtschaftlichen Druck von einer Lebensentscheidung abzuhalten.

Das OLG Saarbrücken hält die Klausel für unwirksam, kommt aber im Wege der **ergänzenden Erbvertragsauslegung** (§§ 133, 157, 2084, 2298 BGB) zu dem Ergebnis, dass der Vermächtnisanspruch nur in der Höhe bestehe, die dem überlebenden Ehegatten einen **Nachlasswert in Höhe des Pflichtteils** überlasse. Hätten die Ehegatten die Sittenwidrigkeit der Gestaltung erkannt, hätten sie nicht von der vereinbarten Vermächtnislösung insgesamt abgesehen, sondern eine zulässige Regelung gewählt. Sie hätten die aufschiebend bedingt angeordneten Vermächtnisse nicht am gesamten Nachlasswert, sondern an dem um den hypothetischen Pflichtteil des überlebenden Ehegatten verminderten Nachlasswert orientiert. Mit diesem Inhalt behalte die Wiederverheiratungsklausel ihre Wirkung.

EGBGB Art. 15

Gesetzlicher Güterstand von ehemals jugoslawischen Eheleuten nach Erwerb der Staatsangehörigkeit unterschiedlicher Nachfolgerepubliken

1. Der güterrechtliche Ausgleich zwischen Ehegatten, die bei Eheschließung die jugoslawische Staatsangehörigkeit besaßen und mit dem Zerfall des jugoslawischen Staates Staatsangehörigkeiten unterschiedlicher Nachfolgestaaten erworben haben, richtet sich nach der Teilrechtsordnung, mit der die Beteiligten bei der Eheschließung am engsten verbunden waren. Das interlokale Privatrecht des früheren jugoslawischen Gesamtstaats ist für die Bestimmung des anwendbaren Rechts nicht heranzuziehen.

2. Stellt das internationale Privatrecht des maßgeblichen Nachfolgestaates für die Bestimmung des anwendbaren Rechts mangels gemeinsamer Staatsangehörigkeit auf den gewöhnlichen Aufenthalt der Ehegatten ab und befand sich dieser bereits zum Zeitpunkt der Eheschließung in Deutschland, so ist die Rückverweisung auf das deutsche Sachrecht zu beachten.

OLG Stuttgart, Beschl. v. 9.2.2015 – 17 WF 172/14

Problem

Art. 15 EGBGB verweist zur Bestimmung der güterrechtlichen Wirkungen einer Ehe auf das Recht des Staates, dem die Eheleute zum Zeitpunkt der Eheschließung angehört haben. Ein Problem kann sich ergeben, wenn sich dieser Staat nach der Eheschließung auflöst. Sind die Eheleute nach der Auflösung weiterhin gemeinschaftliche Angehörige desselben Nachfolgestaates, ist die Rechtslage unproblematisch. In diesem Fall wird das Recht des Nachfolgestaates angewandt. Bisher unterschiedlich beurteilt die Rechtsprechung allerdings die Fälle, in denen die Eheleute durch Aufspaltung ihres gemeinsamen Heimatstaates die Staatsangehörigkeit verschiedener Nachfolgestaaten erworben haben.

Im vorliegend entschiedenen Fall heirateten die Eheleute 1982 im Konsulat der Sozialistischen Föderativen Republik Jugoslawien in Stuttgart. Beide Eheleute waren damals jugoslawische Staatsangehörige. Nach Auflösung der Republik Jugoslawien erwarb die Ehefrau die bosnische und der

Ehemann die serbische Staatsangehörigkeit. Schließlich wurde der Ehemann in Deutschland eingebürgert, während die Ehefrau die bosnische Staatsangehörigkeit beibehielt.

Entscheidung

Wegen der Eheschließung vor dem 9.4.1983 ist für die Zeit bis dahin gem. Art. 220 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 EGBGB das jugoslawische Recht anzuwenden und ebenso für die Zeit danach gem. Art. 220 Abs. 3 S. 2, 15 Abs. 1, 14 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB. Aufgrund der Fixierung der Anknüpfung auf den Zeitpunkt der Eheschließung ist diese **Verweisung unwandelbar**.

Nachdem aber die jugoslawische Föderation nicht mehr existiert, fragt sich, welche der Nachfolgerechtsordnungen anzuwenden ist. **Entsprechend Art. 4 Abs. 3 EGBGB** stellt die h. M. darauf ab, **mit welchem Nachfolgestaat die Eheleute am engsten verbunden** waren. Diese Bestimmung bereitet vorliegend besondere Schwierigkeiten, weil die Eheleute schon zum Zeitpunkt der Eheschließung beide in Deutschland gelebt hatten. Das OLG Stuttgart ermittelt im konkreten Fall eine engere Verbindung zum Heimatstaat des Ehemanns, also zur Republik Serbien.

Die Verweisung erfasst gem. Art. 4 Abs. 1 S. 1 EGBGB auch das serbische Internationale Privatrecht. Insbesondere wäre gem. Art. 4 Abs. 1 S. 2 EGBGB eine Rückverweisung auf das deutsche Recht zu beachten. Art. 36 des **jugoslawischen Gesetzes** über die internationalen Gesetzeskollisionen vom 5.7.1982 knüpft das Güterstatut anders als das deutsche Recht **wandelbar** an. Es kommt auf die gemeinsame Staatsangehörigkeit der Eheleute an. Haben sie keine gemeinsame Staatsangehörigkeit (mehr), gilt ersatzweise das Recht des Staates in dem sie (jeweils aktuell) ihren gemeinsamen Wohnsitz haben. Da mit Erwerb der bosnischen Staatsangehörigkeit durch die Ehefrau die gemeinsame jugoslawische Staatsangehörigkeit entfallen war, war aus jugoslawischer Sicht ab diesem Zeitpunkt nicht mehr das gemeinsame Heimatrecht der Eheleute auf die güterrechtlichen Wirkungen anwendbar, sondern ersatzweise auf den Wohnsitz der Eheleute abzustellen. Dieser befand sich damals in Deutschland. Der Verlust der jugoslawischen Staatsangehörigkeit durch die Ehefrau hatte dann also zur Folge, dass die Eheleute ab diesem Zeitpunkt nicht mehr im Güterstand der gesetzlichen Gütergemeinschaft nach dem Recht der jugoslawischen Teilrepublik Serbien lebten, sondern im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft deutschen Rechts.

Das OLG Frankfurt hatte in einer vergleichbaren Situation die Beachtung einer Rückverweisung abgelehnt, mit der Begründung, dass sich aus einem Güterstandswechsel Schwierigkeiten ergäben und die Eheleute weiterhin mit dem Staat Jugoslawien verbunden gewesen seien (Urt. v. 25.2.2000, IPRax 2001, 140 m. Anm. Henrich). Dem folgte das OLG Nürnberg (Beschl. v. 3.3.2011, DNotI-Report 2011, 147).

Laut **OLG Stuttgart** ist dagegen bei Verweisung auf ausländisches Recht das **ausländische Kollisionsrecht so anzuwenden, wie es heute im maßgeblichen Nachfolgestaat angewendet würde**. Aus der Perspektive des serbischen Kollisionsrechts verfügen die Eheleute jeweils über die bosnische und serbische Staatsangehörigkeit, mangels gemeinsamer Staatsangehörigkeit ist daher deutsches Güterrecht anzuwenden. Diese Rückverweisung ist mithin aus deutscher Sicht zu beachten. Das entspricht auch der wohl nahezu einhelligen Ansicht in der deutschen Literatur (vgl. die Nachw. in DNotI-Report 2011, 147).

Postvertriebsstück: B 08129

Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg
Postvertriebsstück, Deutsche Post AG, „Entgelt bezahlt“

Literaturhinweise

Veranstaltungen

Weitere Termine für **Juli 2015** – Anmeldung und nähere Informationen bitte direkt beim **DAI-Fachinstitut für Notare**, Postfach 250254, 44740 Bochum, Tel. (0234) 970 64 18, Fax (0234) 70 35 07 (www.anwaltsinstitut.de).

Notariat für Einsteiger (Ternai/Tondorf), 2.-4.7.2015 Oldenburg

Workshop: Elektronischer Rechtsverkehr im Grundbuchbereich (Klein/Kühnelt), 8.7.2015 Kiel

Intensivkurs Grundstücksrecht (Wegerhoff/Krauß/Wälzholz), 16.-18.7.2015 Lübeck

Aus der Praxis des GNotKG (Tiedtke/Sikora), 18.7.2015 Heusenstamm

Vertragsvorbereitung, -gestaltung und Abwicklung von Grundstücks-, Wohnungseigentums- und Erbbaurechtskaufverträgen (Tondorf), 22.7.2015 Heusenstamm

Die Europäische Erbrechtsverordnung in der notariellen Praxis (Keim/Wandel), 25.7.2015 München

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