

# DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

12. Jahrgang  
September 2004  
ISSN 1434-3460

18/2004

*Mit Beilage BNotK-Intern*

## Inhaltsübersicht

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

WEG §§ 10 Abs. 2, 16 Abs. 2, 23 – Änderung des Kostenverteilungsschlüssels durch Vereinbarung bzw. allseitigen Beschluss

BGB §§ 182 Abs. 2, 2270, 2287, 2348, 2352 – Unentgeltliche Verfügung des durch gemeinschaftliches Ehegattentestament gebundenen überlebenden Ehegatten über einen Nachlassgegenstand; vollmachtlose Vertretung bei der Zustimmung der eingesetzten Schlusserben; Formbedürftigkeit der Genehmigung

### Gutachten im Fax-Abruf

### Rechtsprechung

EGBGB IntGesR; Art XXV Abs. 5 S. 2 Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsvertrag zwischen Deutschland und den USA v. 29.10.1954 – Anerkennung einer US-amerikanischen Corporation

GmbHG §§ 5 Abs. 4, 56; AktG § 27 Abs. 2 – Obligatorisches Nutzungsrecht als Sacheinlage in GmbH

GmbHG § 19 Abs. 2; ZPO § 1025 Abs. 1 a. F., § 1030 n. F. – Schiedsfähigkeit von Rechtsstreitigkeiten über Stammkapitalaufbringung

BGB § 705; ZPO §§ 736, 800; ZVG § 17; GBO § 47 – Zwangsvollstreckung gegen eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts

### Literatur

### Veranstaltungen

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### WEG §§ 10 Abs. 2, 16 Abs. 2, 23 Änderung des Kostenverteilungsschlüssels durch Vereinbarung bzw. allseitigen Beschluss

#### I. Sachverhalt

V und K sind jeweils Eigentümer einer Eigentumswohnung in einer Wohnungseigentumsanlage. Insgesamt besteht die Anlage aus 10 Einheiten. Die Miteigentumsanteile an dem Grundstück, die mit dem Sondereigentum an den jeweiligen Räumen verbunden sind, betragen jeweils 1/10-Anteil. Die Lasten des Objektes werden entsprechend der Miteigentumsanteile auf die Wohnungseigentümer verteilt.

V verkauft an K einen Kellerraum, der bislang zu seiner Wohnungseigentumsanlage gehörte. K verbindet diesen Kellerraum unter Zustimmung der beteiligten Gläubiger mit seiner Wohnungseigentumsanlage. Eine Änderung der Miteigentumsanteile erfolgt nicht.

Nach Grundbuchvollzug führen V und K einen Beschluss aller Wohnungseigentümer herbei, wonach V und K die Lasten des Gesamtobjektes nicht mehr entsprechend ihrer Miteigentumsanteile zu je 10 % tragen, sondern K im Hinblick auf den von ihm hinzuerworbenen Kellerraum 11 % und V noch 9 % von den Lasten des Gesamtobjektes zu tragen hat.

#### II. Fragen

Bindet ein solcher von allen Wohnungseigentümern gefasster Beschluss auch Sonderrechtsnachfolger des K oder bedarf es dazu einer Änderung des Verteilungsschlüssels in der Teilungserklärung? Wäre dies anders zu beurteilen, wenn statt eines allseitigen lediglich ein mehrheitlich gefasster Eigentümerbeschluss vorläge?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Rechtslage bei Fehlen einer Öffnungsklausel

###### a) Änderung setzt Vereinbarung voraus

Grundsätzlich bedarf eine Änderung des Kostenverteilungsschlüssels einer einstimmigen Vereinbarung aller Wohnungseigentümer nach § 10 Abs. 1 WEG (grundlegend hierzu BGHZ 145, 158 = DNotZ 2000, 854 = NJW 2000, 3500; MünchKomm-Engelhardt, BGB, 4. Aufl. 2004, § 16 WEG Rn. 14; Bärman/Pick/Merle, WEG, 9. Aufl. 2003, § 16 Rn. 119; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 13. Aufl. 2004, Rn. 2919; Hügel/Scheel, Rechtshandbuch Wohnungseigentum, Rn. 376 ff.).

###### b) Keine Änderung durch Mehrheitsbeschluss

Eine Änderung des Kostenverteilungsschlüssels durch Mehrheitsbeschluss ist nur dann zulässig, wenn die Gemeinschaftsordnung eine solche Möglichkeit ausdrücklich vorsieht, sog. **Öffnungsklausel** (OLG Düsseldorf FGPrax 2001, 104 = ZWE 2001, 283 = NZM 2001, 530; LG Düsseldorf FGPrax 2003, 209 = NZM 2003, 854; LG Frankfurt NJW-RR 2001, 1380; Hügel/Scheel, Rechtshandbuch Wohnungs-

eigentum, Rn. 376; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rn. 2919; MünchKomm-Engelhardt, BGB, § 16 WEG Rn. 14).

Fehlt eine solche Öffnungsklausel und ergeht ein Mehrheitsbeschluss über einen Regelungsgegenstand, der an sich einer Vereinbarung nach § 10 Abs. 1 BGB bedurft hätte, so war nach früher vertretener Auffassung ein solcher Beschluss lediglich gem. § 23 Abs. 4 WEG anfechtbar. Nach Ablauf der Beschlussanfechtungsfrist konnte daher dieser Beschluss in Bestandskraft erwachsen, sog. „**Zitterbeschluss**“ oder „Pseudovereinbarung“.

Diese Rechtsprechung hat der BGH mit Entscheidung vom 20.9.2000 (BGHZ 145, 158 = NJW 2000, 3500 = DNotZ 2000, 854) bekanntlich **aufgegeben**. Ein Mehrheitsbeschluss über die Änderung des Kostenverteilungsschlüssels ist danach wegen absoluter Beschlussunzuständigkeit stets nichtig (ebenso jüngst BGHZ 156, 193 = DNotZ 2004, 366 = NJW 2003, 3476 = WM 2004, 679, 680; OLG Köln NZM 2002, 615; OLG Düsseldorf NJW-RR 2003, 79 = ZfIR 2003, 42; Bärman/Pick/Merle, WEG, § 16 Rn. 119; Wenzel, NZM 2000, 257; Wenzel, ZWE 2000, 2; Wenzel, ZWE 2001, 226; MünchKomm-Engelhardt, BGB, § 16 WEG Rn. 14; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rn. 2919; Hügel/Scheel, Rechtshandbuch Wohnungseigentum, Rn. 378).

### c) Auslegung eines allseitigen Beschlusses als Vereinbarung

Vorliegend haben die Wohnungseigentümer eine Änderung des Kostenverteilungsschlüssels durch Beschluss vorgenommen. Da alle Wohnungseigentümer an der Beschlussfassung mitgewirkt haben und alle Wohnungseigentümer dieser Änderung der Teilungserklärung auch tatsächlich zugestimmt haben, könnte man erwägen, diesen **allseitigen Beschluss als Vereinbarung auszulegen**.

Die h. M. in der Literatur und die **Rechtsprechung** grenzen allein materiell ab und stellen allein auf den Regelungsinhalt ab. So hat etwa das OLG Düsseldorf (FGPrax 2001, 104 = NZM 2001, 530) folgenden Leitsatz gebildet: „Wird in einer Versammlung mit den Stimmen aller Wohnungseigentümer der in der Teilungserklärung festgelegte Kostenverteilungsschlüssel verändert, so kann darin ungeachtet der Bezeichnung als Beschluss eine Vereinbarung liegen“.

Die Rechtsprechung hält hieran ausdrücklich auch im Licht der Entscheidung des BGH v. 20.9.2000 fest (BayObLG DNotZ 2002, 142 = RNotZ 2001, 341 = NZM 2001, 529; BayObLG ZfIR 2002, 645 = NJW-RR 2003, 9 = NZM 2002, 747; LG Wuppertal NZM 2003, 643).

Eine **Mindermeinung** lehnt eine solche Auslegung ab. Wer einem Beschlussantrag zustimme, wolle einen Beschluss fassen und keine Vereinbarung treffen. Auch könne vom Regelungsinhalt nicht auf das Regelungsinstrument geschlossen werden. Daher sei die Abgrenzung allein formal zu treffen. Zudem sei konstitutives Element die Feststellung und Bekanntgabe durch den Versammlungsleiter; da diese den Beschluss erst wirksam mache, könne man ihn nicht als Vereinbarung umdeuten (Staudinger/Bub, BGB, 12. Aufl., § 23 WEG Rn. 163; Bärman/Pick/Merle, WEG, § 23 Rn. 25 ff.; Deckert, WE 1999, 2; Häublein, ZMR 2000, 423, 425).

### d) Wirkung gegenüber Sonderrechtsnachfolgern

Eine Änderung des Kostenverteilungsschlüssels durch Vereinbarung wirkt jedoch gegenüber Sondernachfolgern nur dann, wenn diese Änderung als Inhalt des Sondereigentums

**in das Grundbuch eingetragen** wurde, § 10 Abs. 2 WEG (BGHZ 156, 193 = DNotZ 2004, 366 = NJW 2003, 3476; OLG Düsseldorf NZM 2001, 530, 531; BayObLG NZM 2003, 321; ZMR 2002, 528; OLG Hamm NJWE-Mietrecht 1997, 108; Bärman/Pick/Merle, WEG, § 10 Rn. 58 ff.; Hügel/Scheel, Rechtshandbuch Wohnungseigentum, Rn. 377; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rn. 2980).

Zu den Rechtsfolgen einer fehlenden Eintragung hat das BayObLG (BayObLGZ 2003, 16; ZfIR 2003, 342) grundlegend Stellung genommen: „1. Auf eine **zu seinen Gunsten** wirkende Vereinbarung kann sich der Sondernachfolger eines Wohnungseigentums auch dann berufen, wenn die Vereinbarung nicht in das Grundbuch eingetragen worden ist.

2. Eine nicht in das Grundbuch eingetragene, die Gemeinschaftsordnung ändernde Vereinbarung der Wohnungseigentümer, die eine nur für alle Wohnungseigentümer einheitlich zu beurteilende Regelung zum Gegenstand hat, wird hinfällig, wenn ein Sondernachfolger in die Gemeinschaft eintritt, **zu dessen Ungunsten** die Vereinbarung wirken würde. Dann erlangt wieder die sich aus dem Gesetz oder der Gemeinschaftsordnung ergebende Regelung Wirksamkeit.“

Dies hat zur Folge, dass ein etwaiger Sonderrechtsnachfolger des hierdurch begünstigten Wohnungseigentümers V sich auf diese Vereinbarung berufen könnte. Sollte es jedoch zu einem Eigentumswechsel betreffend das Wohnungseigentum des K kommen, so wäre ein evtl. Sonderrechtsnachfolger des K nicht mehr an diese Vereinbarung gebunden. In der Praxis wird deshalb teilweise beim Verkauf von Wohnungseigentum ein Eintritt des Erwerbers in die Beschlüsse der Eigentümergemeinschaft erklärt. Dann muss sich der Erwerber aber zuvor vergewissern, in welche Beschlüsse er durch diese Erklärung eintritt

### e) Zustimmung dinglich Berechtigter

Ob für eine Veränderung des Kostenverteilungsschlüssels neben der Zustimmung aller Wohnungseigentümer auch die Zustimmung der dinglich Berechtigten notwendig ist, ist **umstritten** (zum Streitstand Schmack, ZWE 2001, 89ff.).

Nach einer in der Literatur vertretenen Ansicht ist die Zustimmung der dinglich Berechtigten bei einer Änderung des Kostenverteilungsschlüssels entbehrlich. Dies wird damit begründet, dass es sich hierbei um einen Teil der Verwaltung handle, bei der eine Mitwirkung der Gläubiger nicht vorgehen sei. Zudem drohe die Eigentümergemeinschaft bei Annahme eines solchen Zustimmungserfordernisses immobil zu werden. Darüber hinaus handle es sich regelmäßig nur um einen geringen wirtschaftlichen Nachteil, so dass eine Beeinträchtigung der rechtlichen Interessen der Gläubiger ausgeschlossen sei (Wenzel, WE 1995, 355, 358; Staudinger/Bub, § 16 WEG Rn. 266; Lingk, RNotZ 2001, 421, 428; wohl auch Wenzel, ZWE 2004, 130, 134 = ZNotP 2004, 179, 176).

Demgegenüber wird argumentiert, dass bei Änderung des Lastenverteilungsschlüssels eine Beeinträchtigung der Grundpfandgläubiger rechtlich nicht ausgeschlossen sei, wenn z. B. die Änderung nur zu Lasten einer Einheit geht (BGHZ 127, 99 = DNotZ 1995, 599 = NJW 1994, 3230; BayObLGZ 1984, 257, 261 = MittBayNot 1985, 30; v. Oefele, in: Bauer/v. Oefele, GBO, 1999, AT V Rn. 319; Kreuzer, MittBayNot 1996, 329; Streblow, MittRhNotK 1987, 141, 160; Schmack, ZWE 2001, 89, 91). Als Beispiel wird hier herangezogen, dass nach einem Dachgeschossausbau die Erhöhung der Beteiligungsquote der betroffenen Einheit ansteht. Für diesen Fall sei die Zustimmung der Gläubiger der nach-

teilig betroffenen Einheit, aber auch nur dieser, notwendig (v. Oefele, in: Bauer/v. Oefele, GBO, 1999, AT V Rn. 319).

#### f) Grds. keine Pflicht, bei Änderung mitzuwirken

Kommt eine Vereinbarung der Wohnungseigentümer nicht zustande, so besteht in **Ausnahmefällen** die Möglichkeit, das fehlende Einvernehmen durch **gerichtliche Entscheidung** zu erzwingen (BGHZ 130, 304, 313 = MittBayNot 1995, 455 = NJW 1995, 2791; BGHZ 156, 193 = DNotZ 2004, 366 = NJW 2003, 3476). Ein dahingehender Anspruch auf Änderung der Gemeinschaftsordnung kommt jedoch nur dann in Betracht, wenn der bestehende Kostenverteilungsschlüssel bei Anlegung eines strengen Maßstabes nicht sachgerecht erscheint und zu **grob unbilligen**, mit Treu und Glauben nicht vereinbaren Ergebnissen führt (BGHZ 130, 304, 312; BayObLG NZM 2001, 290; ZWE 2001, 320; OLG Düsseldorf NJW-RR 2002, 731; OLG Köln NJW-RR 1995, 973; OLG Köln WuM 1998, 621, 622; Bärmann/Pick/Merle, WEG, § 16 Rn. 119). Die Anforderungen der Rechtsprechung an die grobe Unbilligkeit sind sehr streng. So besteht nach Ansicht des BayObLG (NJW-RR 1995, 529 = WuM 1995, 217, 218) ein Anspruch auf Abänderung des Kostenverteilungsschlüssels erst in Fällen, in denen die betroffenen Miteigentümer auf Grund des Miteigentumsanteils das **Dreifache** oder mehr dessen zu zahlen hatten, was bei einer sachgerechten Kostenverteilung zu zahlen wäre.

## 2. Rechtslage bei Vorliegen einer Öffnungsklausel

### a) Änderung durch Mehrheitsbeschluss wirksam

Anders würde sich die Rechtslage darstellen, wenn die Gemeinschaftsordnung eine Regelung enthielte, dass die Änderung des Kostenverteilungsschlüssels auch aufgrund einer ggf. qualifizierten Mehrheit erfolgen könnte, (sog. **Öffnungsklausel**). Jedoch führt eine solche Öffnungsklausel nicht dazu, dass eine Änderung des Kostenverteilungsschlüssels uneingeschränkt zulässig ist. Vielmehr ist eine Abänderung der Gemeinschaftsordnung durch Mehrheitsbeschluss aufgrund Öffnungsklausel nur statthaft, wenn ein **sachlicher Grund** zur Änderung vorliegt und einzelne Eigentümer gegenüber dem früheren Rechtszustand nicht unbillig benachteiligt werden (OLG Hamm FGPrax 2000, 100 = NJW-RR 2000, 1181 = ZfIR 2000, 638 = ZWE 2000, 424; zustimmend Bärmann/Pick/Merle, WEG § 23 Rn. 11; Palandt/Bassenge, BGB, § 10 WEG Rn. 18; Wenzel, ZWE 2004, 130, 135 = ZNotP 2004, 170, 172). Ist das nicht der Fall, ist der Beschluss anfechtbar, sofern er nicht aus anderen Gründen - etwa wegen eines Eingriffs in unentziehbare Mitgliedschaftsrechte - nichtig ist (Wenzel, ZWE 2004, 130, 135 = ZNotP 2004, 170).

### b) Erfordernis bzw. Möglichkeit der Eintragung

Die jedenfalls früher **herrschende Ansicht** in Rechtsprechung und Literatur qualifiziert solche Entscheidungen der Eigentümergemeinschaft über die Veränderung der Gemeinschaftsordnung bei Vorliegen einer Öffnungsklausel als Beschluss. Dies wird damit begründet, dass die Öffnungsklausel eine dogmatische Umqualifizierung einer getroffenen Entscheidung der Wohnungseigentümer über die Veränderung der Gemeinschaftsordnung bewirke (BGHZ 95, 137, 140 = DNotZ 1986, 83 = NJW 1985, 2832; Fisch, MittRhNotK 1999, 221; Röhl, DNotZ 2000, 901; Bärmann/Pick/Merle, WEG § 23 Rn. 11; Palandt/Bassenge, § 10 WEG Rn. 18; Sauren, WEG § 10 Rn. 30; Rapp, in: Beck'sches Notarhandbuch, 3. Aufl. 2001, A III Rn. 119; Niedenführ/Schulze, WEG, § 10 Rn. 21). Diese Einstufung als Beschluss hat konsequenterweise zur Folge, dass eine Änderung der Gemeinschaftsordnung mittels Beschlusses

aufgrund § 10 Abs. 3 WEG zur Wirkung gegenüber Sonderrechtsnachfolgern **keiner Eintragung in das Grundbuch** bedarf (so Bärmann/Pick/Merle, WEG § 23 Rn. 11; Röhl, DNotZ 2000, 902) bzw. gar nicht eintragungsfähig ist (Bauer/v. Oefele, GBO, AT I Rn. 110; Palandt/Bassenge, BGB, § 10 WEG Rn. 18; Häublein, NZM 2001, 736).

Hiergegen wendet sich eine im **Vordringen befindliche Ansicht**. Diese wendet ein, dass Inhalt solcher Mehrheitsentscheidungen meist eine Angelegenheit ist, die an sich nur mittels einer Vereinbarung geregelt werden könnte. Zur Bindung von Sondernachfolgern an solchermaßen getroffene Entscheidungen vertritt diese Ansicht, dass diese im Grundbuch eingetragen werden müssen (vgl. Bärmann/Pick/Merle, WEG, § 23 Rn. 20; Becker, DNotZ 2004, 642, 644; Böhringer, NotBZ 2003, 288; Hügel, DNotZ 2001, 176; Niedenführ/Schulze, WEG, § 10 Rn. 21; Ott, ZWE 2001, 469; Rapp, in: Beck'sches Notarhandbuch, A III Rn. 121; Schmenger, BWNNotZ 2003, 83; Schneider, ZfIR 2002, 108; Wenzel, ZWE 2004, 130, 139; Münch-Komm-Commichau, BGB, § 10 WEG Rn. 76). Die Begründung für eine solche Eintragungspflicht ist allerdings zweigeteilt: Eine Ansicht begreift diese weiterhin grundsätzlich als Beschlüsse, die aber aufgrund ihres speziellen Inhalts im Grundbuch eingetragen werden dürften und müssten (so jetzt etwa Wenzel, ZWE 2004, 130, 139). Eine andere Ansicht hingegen versteht diese weitergehend als „Mehrheitsvereinbarung“ und sieht die Grundbucheintragung deshalb als erforderlich an.

### c) Zustimmung dinglich Berechtigter zur Eintragung

Ein aufgrund der Öffnungsklausel gefasster Beschluss bedarf zur Eintragung im Grundbuch nach überwiegender Ansicht aufgrund einer Analogie zu §§ 877, 876 BGB der Zustimmung derjenigen Grundpfandrechtsgläubiger, auf deren Belastungsgegenstand infolge der Änderung des Kostenverteilungsschlüssels nunmehr eine höhere Kostenbeteiligungsquote entfällt.

---

## BGB §§ 182 Abs. 2, 2270, 2287, 2348, 2352 Unentgeltliche Verfügung des durch gemeinschaftliches Ehegattentestament gebundenen überlebenden Ehegatten über einen Nachlassgegenstand; vollmachtlose Vertretung bei der Zustimmung der eingesetzten Schlusserben; Formbedürftigkeit der Genehmigung

### I. Sachverhalt

Eigentümer eines Grundstücks waren Eheleute zu je 1/2-Anteil. Der Ehemann ist verstorben und aufgrund eines privatschriftlichen gemeinschaftlichen Testaments von der Ehefrau allein beerbt worden. In dem gemeinschaftlichen Testament hatten die Eheleute ihre drei Kinder bindend als Schlusserben zu gleichen Teilen eingesetzt.

Die Ehefrau hat das Grundstück nunmehr mit Zustimmung der beiden weiteren als Schlusserben eingesetzten Kinder auf eines der Kinder übertragen. Bei der Beurkundung wurde eines der Kinder durch die Mutter vollmachtlos vertreten. Die Genehmigungserklärung wurde nur notariell beglaubigt, nicht beurkundet.

## II. Frage

Ist bei einer erforderlichen Zustimmung eines im gemeinschaftlichen Testament bindend eingesetzten Schlusserven zur Verfügung über einen Nachlassgegenstand durch den Ehegatten des Verstorbenen, welcher im Testament zum Alleinerben eingesetzt wurde, die Genehmigungserklärung zwingend zu beurkunden?

## III. Zur Rechtslage

### 1. Bindungswirkung des gemeinschaftlichen Testaments

a) Gem. § 2286 BGB wird durch den Erbvertrag das Recht des Erblassers, über sein Vermögen durch Rechtsgeschäft unter Lebenden zu verfügen, nicht beschränkt. Hat allerdings der Erblasser in der Absicht, den Vertragserben zu beeinträchtigen, eine Schenkung gemacht, so kann der Vertragserbe gem. § 2287 Abs. 1 BGB, nachdem ihm die Erbschaft angefallen ist, von dem Beschenkten die Herausgabe des Geschenks nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern.

Die §§ 2286, 2287 BGB sind auf **wechselbezügliche Verfügungen** in einem gemeinschaftlichen Testament entsprechend anwendbar, wenn diese nach dem Tod des einen Ehegatten bindend geworden sind (BGHZ 82, 274, 276; Palandt/Edenhofer, BGB, 63. Aufl. 2004, § 2286 Rn. 4, § 2287 Rn. 3; J. Mayer, in: Dittmann/Reimann/Bengel, Testament und Erbvertrag, 4. Aufl. 2003, § 2287 Rn. 15).

b) Ein Anspruch aus § 2287 Abs. 1 BGB kann aber in jedem Falle nur dann ausgelöst werden, wenn es sich bei der Schlusserbeneinsetzung der gemeinsamen drei Kinder um eine **wechselbezügliche Verfügung** handelt. Wechselbezüglich sind gem. § 2270 Abs. 1 BGB Verfügungen von Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testament, von denen anzunehmen ist, dass die Verfügung des einen nicht ohne die Verfügung des anderen getroffen sein würde. Die Wechselbezüglichkeit ist für jede einzelne Verfügung gesondert zu ermitteln, wobei insoweit der Wortlaut und der Inhalt des gemeinschaftlichen Testaments maßgebend sind (Palandt/Edenhofer, § 2270 Rn. 4). Lässt sich aus dem Inhalt der Urkunde keine klare Regelung hierzu entnehmen, ist die Wechselbezüglichkeit der getroffenen Verfügung durch Auslegung des gemeinschaftlichen Testaments zu ermitteln. Erst wenn auch die individuelle Auslegung kein eindeutiges Ergebnis gebracht hat, ist die Wechselbezüglichkeit unter Anwendung der Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB festzustellen (J. Mayer, § 2270 Rn. 23; MünchKomm-Musielak, BGB, 3. Aufl. 1997, § 2270 Rn. 6).

c) Vorliegend haben die Eheleute ihre drei gemeinsamen Kinder bindend, d. h. durch wechselbezügliche Verfügung, zu Schlusserven zu gleichen Teilen eingesetzt. Mit dem Tod des Ehemannes ist diese Schlusserbeneinsetzung daher für die überlebende Ehefrau bindend geworden. Damit kann die überlebende Ehefrau zwar wegen § 2286 BGB ohne weiteres dinglich wirksam verfügen. Bei einer Schenkung in Beeinträchtigungsabsicht i. S. des § 2287 BGB kommt allerdings der dort normierte Bereicherungsanspruch zugunsten der „übergangenen“ Schlusserven in Betracht.

d) Als gleichsam ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal setzt der Anspruch nach § 2287 BGB voraus, dass die berechtigten Erberwartungen des Vertragserben objektiv beeinträchtigt werden (BGH FamRZ 1989, 175; J. Mayer, in: Dittmann/Reimann/Bengel, § 2287 Rn. 33; Keim, ZEV 2002, 93, 94). Ein Anspruch aus § 2287 BGB scheidet daher aus, wenn die Schenkung des gebundenen Erblassers **nicht**

**zu einer echten Wertverschiebung** zu Lasten des bindend eingesetzten Erben führt. Auch eine bindend gewordene Verfügung von Todes wegen hindert daher den Erblasser nicht, durch nicht wertverschiebende Teilungsanordnung oder im Wege der vorweggenommenen Erbfolge einem Erben an bestimmten Nachlassgegenständen mehr zukommen zu lassen, als dem Wert des Erbteils entspricht (J. Mayer, § 2287 Rn. 38; Keim, ZEV 2002, 93, 94 f.). Im Falle einer lebzeitigen Zuwendung ist die entsprechende Wertkompensation für den bindend eingesetzten Erben dann durch entsprechende **Ausgleichsbestimmungen** herbeizuführen (vgl. BGHZ 82, 274; J. Mayer, § 2287 BGB Rn. 38; Keim, ZEV 2002, 93, 94 f.).

Hier soll nun offenbar das Grundstück an eines der drei Kinder unentgeltlich übertragen werden, ohne dass eine Ausgleichspflicht des Zuwendungsempfängers vorgesehen ist. Wir gehen daher davon aus, dass die Grundstücksüberlassung an das eine Kind zu einer objektiven Beeinträchtigung der anderen Kinder i. S. des § 2287 BGB führt.

### 2. Zur Zustimmung der „weichenden“ Geschwister

#### a) Formerfordernis

§ 2287 BGB gibt dem Bedachten einen schuldrechtlichen Anspruch gegen den Beschenkten. Dass das **Einverständnis** des Bedachten mit einer ihn beeinträchtigenden lebzeitigen Verfügung im Grundsatz geeignet ist, diesen Anspruch auszuschließen, ist unstreitig. Nach der Rechtsprechung des BGH (BGHZ 108, 252 = DNotZ 1990, 803 = NJW 1989, 2618) sind die zu § 2289 BGB entwickelten Grundsätze auch im Rahmen des § 2287 BGB anzuwenden. Der Vertragserbe müsse zwar auf den Schutz dieser Vorschrift verzichten können. **Die Nähe eines solchen Verzichts zum Zuwendungsverzicht gebiete es allerdings, auf die Form des § 2348 BGB abzustellen.** Nur im Einzelfall könne ein formloser Verzicht den Arglisteinwand begründen. Diese Entscheidung hat in der Literatur Zustimmung (J. Mayer, § 2287 Rn. 41; Soergel/Damrau, BGB, 13. Aufl. 2002, § 2352 Rn. 3; MünchKomm-Musielak, § 2287 Rn. 24; Nieder, Handbuch der Testamentsgestaltung, 2. Aufl. 2000, Rn. 1188; vgl. auch Ivo, ZEV 2003, 101), aber auch Ablehnung erfahren (Kanzleiter, DNotZ 1990, 776, 777; Soergel/Wolf, § 2287 Rn. 10; Kornexl, Der Zuwendungsverzicht, 1998, Rn. 547 ff.; kritisch auch Palandt/Edenhofer, § 2287 Rn. 8). Nach der Gegenansicht ist es nicht zu rechtfertigen, den Verzicht auf einen Bereicherungsanspruch, resultierend aus einer konkreten lebzeitigen Verfügung, einem Erb- oder Zuwendungsverzicht gleichzustellen (vgl. insbesondere Kanzleiter, DNotZ 1990, 776, 778); vielmehr genüge eine formlos erteilte Zustimmung.

Für die **Gestaltungspraxis** ist die Formfrage mit Blick auf die Rechtsprechung des BGH dahingehend entschieden, dass eine formlose Zustimmung zur Vermeidung eines Anspruchs aus §§ 2287, 2288 BGB nicht ausreicht (Kanzleiter, DNotZ 1990, 776, 781; Ivo, ZEV 2003, 101, 102). Vielmehr wird man davon auszugehen haben, dass die Form des § 2348 BGB einzuhalten ist.

#### b) Vertretung des Verzichtenden

Im Gegensatz zum Erblasser (§ 2347 Abs. 2 S. 1 BGB) kann sich der **Verzichtende** beim Erbverzichtsvertrag ebenso **vertreten lassen** wie sonst bei Rechtsgeschäften unter Lebenden. Es ist also nicht erforderlich, dass der Verzichtende den Vertrag persönlich schließt (Staudinger/Schotten, BGB, 13. Bearb. 1997, § 2347 Rn. 6; MünchKomm-Strobel, § 2347 Rn. 3)

### c) Form der Genehmigung

Hierbei kann der Vertreter für den Verzichtenden aufgrund einer **Vollmacht** (§ 164 BGB) oder als **Vertreter ohne Vertretungsmacht** (§ 177 BGB) handeln (Staudinger/Schotten, § 2347 Rn. 7; MünchKomm-Strobel, § 2347 Rn. 3). Weder für die Vollmacht (§ 167 Abs. 2 BGB) noch für die Genehmigung (§ 182 Abs. 2 BGB) seitens des Verzichtenden ist eine besondere **Form** erforderlich, es sei denn, eine unwiderrufliche Vollmacht des Verzichtenden zum Abschluss eines Verzichtsvertrages wird erteilt (Staudinger/Schotten, § 2348 Rn. 9; MünchKomm-Strobel, § 2347 Rn. 3).

Welche Form nun die Genehmigung zu einer vollmachtlos erteilten „Zustimmung“ zur erbvertragswidrigen Verfügung unter Lebenden erfordert, wird nach unseren Recherchen in Rechtsprechung und Literatur nicht ausdrücklich erörtert. Indem allerdings der BGH und die ihm folgende herrschende Ansicht in der Literatur insoweit auf § 2348 BGB abstellt, wird man davon ausgehen dürfen, dass auch in diesem Zusammenhang die für den Erbverzicht geltenden Grundsätze Anwendung finden. Denn wenn man die „Zustimmung“ nicht schon als teilweisen Zuwendungsverzicht versteht (so Ivo, ZEV 2003, 101, 103; Staudinger/Schotten, § 2352 Rn. 14; Soergel/Damrau, § 2352 Rn. 3), sondern aufgrund der „Nähe eines solchen Verzichts zum Erbverzicht ... insoweit auf die Einhaltung der Form des § 2348 BGB“ abstellt (so BGHZ 108, 252 = DNotZ 1990, 803, 805), können jedenfalls nicht strengere Formerfordernisse gelten als bei einem Erb- bzw. Zuwendungsverzichtsvertrag. Im Ergebnis ist somit davon auszugehen, dass die Genehmigung einer vollmachtlos erteilten „Zustimmung“ nach § 182 Abs. 2 BGB formlos erteilt werden kann. Aus Beweisgründen dürfte es sich gleichwohl empfehlen, eine solche Genehmigung zumindest zu be-  
glaubigen.

Auch wenn man im Übrigen entgegen den vorstehenden Ausführungen die „Zustimmung“ zur erbvertragswidrigen lebzeitigen Verfügung nicht als vertragliche Vereinbarung, sondern als einseitiges Rechtsgeschäft begreift, steht dies vorliegend einer vollmachtlosen Vertretung nicht entgegen (§ 180 S. 2 BGB).

### 3. Zustimmung der Ersatzberufenen?

Haben die „weichenden“ Geschwister der Grundstücksüberlassung an ein Geschwisterteil wirksam „zugestimmt“, können sie aus dieser Grundstücksüberlassung Ansprüche aus § 2287 BGB nicht mehr herleiten. Problematisch ist allerdings, ob diese „Zustimmung“ auch gegenüber etwaigen Ersatzberufenen wirkt. Diese Frage ist in der Rechtsprechung noch nicht geklärt. In der Literatur wird sie unterschiedlich beurteilt. Da § 2352 S. 3 BGB nicht auf § 2349 BGB verweist, wird teilweise angenommen, dass auch die Zustimmung zu einer erbvertrags- bzw. testamentswidrigen lebzeitigen Verfügung des gebundenen Erblassers **nicht zu Lasten der ersatzberufenen Abkömmlinge** der Zustimmenden wirke (Nieder, Rn. 1188; ders., ZEV 1996, 241, 247; Wüb-  
ben, Anwartschaftsrechte im Erbrecht, 2001, S. 348 ff., 352; Ivo, ZEV 2003, 101, 103). Nach dieser Ansicht ist mit anderen Worten eine eigene „Zustimmung“ auch sämtlicher Ersatzberufener erforderlich, um diesen Anspruch bei Eintritt des Ersatzerbfalles auszuschließen. Andere Stimmen in der Literatur stellen einen **Systemvergleich zur Vor- und Nach-  
erbschaft** an. Dort ist anerkannt, dass zu Verfügungen des Vorerben nur die Zustimmung des Nacherben, nicht aber des Ersatznacherben erforderlich ist (BGHZ 40, 115; Palandt/Edenhofer, § 2113 Rn. 7). Hieraus wird die Schlussfol-

gerung gezogen, dass erst recht die Zustimmung des in erster Linie eingesetzten (Schluss-)Erbgenüges, um auch gegenüber dem Ersatzerben einen Anspruch aus § 2287 BGB auszuschließen (Kanzleiter, ZEV 1997, 261, 266; Keim, ZEV 2002, 93, 95; J. Mayer, in: Dittmann/Reimann/Bengel, § 2287 Rn. 41; kritisch insoweit Wüb-  
ben, S. 352).

Soweit also die Abkömmlinge der zu Schlusserben eingesetzten Kinder bindend zu Ersatzerben eingesetzt sind, kann sich bei Wegfall eines Kindes und Eintritt der Ersatzerbfolge die vorstehend dargestellte Problematik stellen. Soweit möglich, dürfte es sich daher empfehlen, vorsorglich auch auf entsprechende „Zustimmungserklärungen“ etwa bindend berufener Ersatzschlusserben hinzuwirken und andernfalls auf diese Problematik hinzuweisen (§ 17 Abs. 1 BeurkG).

## Gutachten im Fax-Abruf

Folgende Gutachten können Sie im Fax-Abruf-Dienst anfordern (Telefon **0931/355 76 43** – Funktionsweise und Bedienung s. DNotI-Report 2000, 8). Ein Inhaltsverzeichnis befindet sich unter Fax-Abruf-Nr. 1.

**Bitte beachten Sie:** Unser Fax-Abruf-Dienst ist sprachmenügesteuert. Bitte benutzen Sie deshalb nicht die Fax-Abruf-Funktion an Ihrem Gerät, sondern wählen Sie vorstehende Telefonnummer und warten Sie dann auf die Eingabeaufforderung.

### ZPO §§ 848 Abs. 2, 855; BeurkG § 53

**Eigentumsumschreibung nach Pfändung des Eigentumsverschaffungsanspruchs; Bestellung eines Sequesters auf Antrag des Drittschuldners**

Fax-Abruf-Nr.: **11361**

### AktG §§ 202, 203

**Ausnutzung des genehmigten Kapitals bei einer Aktiengesellschaft**

Fax-Abruf-Nr.: **13145**

### AktG § 101

**Stillschweigende Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern bei der AG; Folgen fehlerhafter Aufsichtsratsbeschlüsse**

Fax-Abruf-Nr.: **13146**

### AktG §§ 102, 202, 204

**Ablauf der Amtszeit eines Aufsichtsrates ohne Neubestellung; Auswirkungen auf Aufsichtsratsbeschlüsse und Ausnutzung eines genehmigten Kapitals**

Fax-Abruf-Nr.: **13147**

### BGB §§ 430, 471; 2100

**Vor- und Nacherbenrechte hinsichtlich eines Oder-Kontos bzw. Oder-Wertpapierdepots; Mittelsurrogation; Gläubiger-Innenausgleich**

Fax-Abruf-Nr.: **12107**

**EGBGB IntGesR.; Art XXV Abs. 5 S. 2 Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsvertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika v. 29.10.1954  
Anerkennung einer US-amerikanischen Corporation**

**Die Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten einer in den USA nach dortigen Vorschriften gegründeten Gesellschaft (hier mit einer „Inc.“) mit Verwaltungssitz im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland richtet sich jedenfalls dann nach dem Gründungsrecht, wenn die Gesellschaft geschäftliche Aktivitäten auch in den USA entfaltet.**

BGH, Urt. v. 5.7.2004 – II ZR 389/02  
Kz.: R 4100 – EGBGB IntGesR  
Fax-Abruf-Nr.: **10433**

### Problem

Der Beklagte war Gesellschafter einer in Delaware gegründeten Corporation, die eine „Repräsentanz“ in München betrieb. Der Kläger hatte der Corporation den Auftrag erteilt, für ihn Aktien in einem Depot in den USA verwahren zu lassen.

Nun verlangte er von den Beklagten die Herausgabe der Aktien. Da die Gesellschaft ihren tatsächlichen Verwaltungssitz immer in Deutschland gehabt habe, handele es sich nicht um eine US-amerikanische Corporation, sondern um eine OHG deutschen Rechts, so dass der Beklagte für deren Verbindlichkeiten gem. § 128 HGB hafte.

### Entscheidung

Der BGH weist darauf hin, dass das Gesellschaftsstatut in den USA gegründeter Gesellschaften nicht an den Verwaltungssitz angeknüpft werden könne. Ausgehend von Art. XXV Abs. 5 des Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsvertrages zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika v. 29.10.1954 (BGBl. II 1956, S. 147 f.) gilt das am Ort ihrer Gründung geltende Recht. Dies gelte auch für die persönliche Haftung der Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft (vgl. bereits BGHZ 153, 353 = DNotI-Report 2003, 86 = NJW 2003, 1607). Demnach komme eine Haftung gem. § 128 HGB nicht mehr in Betracht. Umstände, die eine Durchgriffshaftung nach US-amerikanischem Recht (*piercing the corporate veil*) rechtfertigen könnten, seien nicht vorgetragen worden.

---

**GmbHG §§ 5 Abs. 4, 56; AktG § 27 Abs. 2  
Obligatorisches Nutzungsrecht als Sacheinlage in GmbH**

a) Sacheinlagen können im GmbH-Recht - nicht anders als im Aktienrecht (vgl. § 27 Abs. 2 AktG) - nur Vermögensgegenstände sein, deren wirtschaftlicher Wert feststellbar ist.

b) Obligatorische Nutzungsrechte haben jedenfalls dann einen im Sinne der Sacheinlagefähigkeit feststellbaren wirtschaftlichen Wert, wenn ihre Nutzungsdauer in Form einer festen Laufzeit oder als konkret bestimmte

Mindestdauer feststeht (vgl. BGHZ 144, 290). Der Zeitwert eines solchen Nutzungsrechts errechnet sich aus dem für die Dauer des Rechts kapitalisierten Nutzungswert.

BGH, Urt. v. 14.6.2004 – II ZR 121/02  
Kz.: L V 2 – § 5 Abs. 4 GmbHG  
Fax-Abruf-Nr.: **10434**

### Problem

Das Stammkapital einer GmbH kann von den Gesellschaftern entweder in Geld als Bareinlage oder als Sacheinlage erbracht werden. Eine Definition der Sacheinlage enthält das GmbHG nicht. Daher ist seit langem streitig, ob obligatorische Nutzungsrechte, insbesondere an Vermögensgegenständen des Inferenten, im GmbH-Recht Gegenstand einer Sacheinlage sein können (vgl. den Überblick bei Michalski/Zeidler, GmbHG, 2002, § 5 Rn. 125 m. w. N.).

### Entscheidung

Der BGH bestätigte die überwiegende Ansicht in der Literatur (vgl. Hachenburg/Ulmer, GmbHG, 8. Aufl., § 5 Rn. 40 m. w. N.), wonach **obligatorische Nutzungsrechte dann einlagefähig** sind, wenn sie auf übertragbaren Ansprüchen gegen Dritte basieren. Zwar kann damit die mitgliedschaftliche Einlagepflicht durch bloßes Eingehen einer rein schuldrechtlichen und damit weniger streng abgesicherten Verpflichtung erfüllt werden. Diese Bedenken sind jedoch unbegründet, wenn das Nutzungsrecht mit der Einräumung des unmittelbaren Besitzes für einen fest umrissenen (sicheren) Zeitraum verbunden ist (vgl. schon BGHZ 144, 290, 294 = NJW 2000, 2356 zu § 27 Abs. 2 AktG: „Adidas-Logo“). Wie § 27 Abs. 2 AktG zeigt, ist maßgebliches Kriterium die **Feststellbarkeit eines wirtschaftlichen Wertes**. Daher kommen Verpflichtungen zu Dienstleistungen als Sacheinlage nicht in Betracht. Der Zeitwert eines obligatorischen Nutzungsrechtes errechnet sich aus dem für die Dauer des Rechts kapitalisierten Nutzungswert.

Selbst eine **krasse Überbewertung** des Nutzungsrechts lässt die Sacheinlagefähigkeit nicht entfallen, sondern führt nur zur **Differenzhaftung des Inferenten** nach § 9 GmbHG. Anders als für befristete obligatorische Nutzungsrechte kann die Sacheinlagefähigkeit für die unbefristeten **Gebrauchsüberlassungen** regelmäßig nicht bejaht werden, da diesen kein (feststellbarer) wirtschaftlicher Wert beigemessen werden könne (so BGHZ 144, 290, 294).

Da das obligatorische Nutzungsrecht schon vor dem Kapitalerhöhungsbeschluss eingeräumt wurde, lag eine „**Vorleistung**“ auf künftige Einlageschuld vor. Diese war (ausnahmsweise) aber dennoch schuldtilgend, da das zugewandte obligatorische Nutzungsrecht im Zeitpunkt des Kapitalerhöhungsbeschlusses noch unverändert fortbestand (vgl. schon BGHZ 145, 150, 154 = DNotZ 2001, 154 = NJW 2001, 67 = DNotI-Report 2001, 201 zur Vorleistung einer Sacheinlage).

---

**GmbHG § 19 Abs. 2; ZPO §§ 1025 Abs. 1 a. F., 1030 n. F.  
Schiedsfähigkeit von Rechtsstreitigkeiten über Stammkapitalaufbringung**

**Rechtsstreitigkeiten über die Wirksamkeit der Aufbringung des Stammkapitals einer GmbH sind schiedsfähig i. S. d. § 1025 Abs. 1 ZPO a. F.**

BGH, Urt. v. 19.7.2004 – II ZR 65/03  
Kz.: L II 1 – § 1025 ZPO  
Fax-Abruf-Nr.: 10435

### Problem

Der Insolvenzverwalter und die Gesellschafter einer insolventen GmbH streiten über die Wirksamkeit der Kapitalaufbringung unter dem Blickwinkel des verbotenen Hin- und Herzählens sowie über die vorrangige Zuständigkeit eines Schiedsgerichts. Der Gesellschaftsvertrag enthielt eine Schiedsklausel. Mit der Satzung wurde ein Schiedsvertrag beurkundet.

Das Berufungsgericht hielt die Schiedsvereinbarungen für den vorliegenden Fall nicht für wirksam, da Ansprüche auf Leistung der Stammeinlage ebenso wie die daraus resultierende Erwerberhaftung nach § 16 Abs. 3 GmbHG materiell nicht schiedsfähig seien. Insbesondere gelte dies, da ein Insolvenzverwalter dadurch an der amtswegigen Durchsetzung entsprechender Zahlungsansprüche auf dem ordentlichen Rechtsweg behindert würde.

### Entscheidung

Nach Ansicht des BGH erfüllte die hier in Frage stehende Schiedsvereinbarung in formeller Hinsicht die nach § 1048 ZPO a. F. an sie zu stellenden Anforderungen, da die Kernbestimmungen im Gesellschaftsvertrag niedergelegt und die weiteren wesentlichen Bestandteile der Schiedsabrede in dem in Bezug genommenen gesonderten Schiedsvertrag geregelt waren. Die **objektive Schiedsfähigkeit** i. S. d. § 1025 Abs. 1 ZPO a. F. fehle der Frage der Einforderung von Stammeinlagen trotz der gläubigerschützenden Funktion der Kapitalaufbringungsvorschriften nicht. Der Gesetzgeber habe durch § 19 Abs. 2 GmbHG kein Interesse des Staates an einem Entscheidungsmonopol seiner Gerichte für einen darauf gerichteten Rechtsstreit zum Ausdruck gebracht.

In § 1030 ZPO n. F. habe der Gesetzgeber dies klarstellend **entschieden**, dass nunmehr ausdrücklich jeder vermögensrechtliche Anspruch - wozu ersichtlich auch der Kapitalaufbringungsanspruch des GmbH-Rechts zählt - Gegenstand einer Schiedsvereinbarung sein könne.

---

## BGB § 705; ZPO §§ 736, 800; ZVG § 17; GBO § 47 Zwangsvollstreckung gegen eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts

**Aus der wirksam in einer Grundschuldurkunde aufgenommenen und im Grundbuch eingetragenen Unterwerfungserklärung der Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts gem. § 800 Abs. 1 ZPO kann die Zwangsvollstreckung in ein Grundstück des Gesellschaftsvermögens betrieben werden. Dem steht nicht entgegen, dass die Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach neuerer Rechtsprechung rechts- und möglicherweise grundbuchfähig ist.**

BGH, Beschl. v. 16.7.2004 – IXa ZB 288/03  
Kz.: L I 1 – § 705 BGB  
Fax-Abruf-Nr.: 10436

### Problem

Bekanntlich hat der BGH im Jahr 2001 die Rechts- und Parteifähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts anerkannt (BGHZ 146, 341 ff. = DNotZ 2001, 234). Diese kann nunmehr auch Vollstreckungsschuldner sein (Thomas/Putzo,

ZPO, 25. Aufl. 2003, § 736 Rn. 4; Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 22. Aufl. 2002, § 736 Rn. 4; Zöller/Stöber, ZPO, 24. Aufl. 2004, § 736 Rn. 2). Gleichwohl ist in Rechtsprechung und Literatur weiterhin die Grundbuchfähigkeit der GbR umstritten (verneinend BayObLGZ 2002, 330 = DNotZ 2003, 52; DNotI-Report 2003, 183 = ZNotP 2004, 25; LG Dresden NotBZ 2002, 348; LG Aachen BB 2003, 1458; Demharter, Rpfleger 2001, 329; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 13. Aufl. 2004, Rn. 241a; Staudinger/Habermann, 13. Bearb. 2003, § 705 BGB Rn. 10, 26; bejahend Pohlmann, EWiR 2003, 107 f.; ders. WM 2002, 1421; Dümig, Rpfleger 2003, 80; Eickmann, ZfIR 2001, 433; Ulmer/Steffek, NJW 2002, 330; Hadding, ZGR 2001, 712, 724).

### Entscheidung

In dem vorliegenden Beschluss stellte der BGH fest, dass die umstrittene Frage, ob und ggf. unter welchen Umständen die Außengesellschaft bürgerlichen Rechts nicht nur rechtsfähig, sondern auch grundbuchfähig ist, für das Zwangsvollstreckungsverfahren nicht entscheidungserheblich sei. Das Vollstreckungsgericht habe nicht zu prüfen, wie die Rechtslage materiell zu beurteilen ist, wie die Eintragung des Grundbesitzes einer GbR nach der neuen Rechtslage zu erfolgen hat und ob eine Grundbuchberichtigung veranlasst ist. Auch § 736 ZPO stehe einer Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen einer GbR nicht entgegen. Zwar habe § 736 ZPO durch die neuere Rechtsprechung zur Rechtsfähigkeit der GbR nicht seine Bedeutung verloren. Jedoch sei die Vorschrift nunmehr so zu verstehen, dass der Gläubiger nicht nur mit einem gegen die Gesellschaft als Partei gerichteten Titel in das Gesellschaftsvermögen vollstrecken kann, sondern - anders als bei der OHG - auch mit einem Titel gegen alle einzelnen Gesellschafter aus ihrer persönlichen Mithaftung.

Der BGH bestätigte damit ausdrücklich eine Aussage aus dem grundlegenden Urteil zur Rechtsfähigkeit der GbR (BGHZ 141, 341, 356 = DNotZ 2001, 234). Auch die Literatur hat sich dieser Sichtweise angeschlossen (Zöller/Stöber, § 736 Rn. 3; Musielak/Lackmann, § 736 Rn. 1, 4; Stein/Jonas/Münzberg, § 736 Rn. 1; Thomas/Putzo, § 736 Rn. 2).

## Literaturhinweise

**B. Tillmann/W. Winter, Die GmbH im Gesellschafts- und Steuerrecht, 4. Aufl., Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2004, 494 Seiten, 54,80 €**

Das Recht der GmbH hat sich in den letzten vier Jahren seit der Erscheinung der Voraufgabe sowohl im Gesellschaftsrecht als auch im Steuerrecht dynamisch weiterentwickelt. Im Gesellschaftsrecht sind einige grundlegende Entscheidungen ergangen, z. B. zur verdeckten Sacheinlage, zum sogenannten Finanzplandarlehen, zur Vorratsgesellschaft, zum Mantelkauf, zur Voreinzahlungsproblematik und zur Kapitalerhaltung. Die Entwicklung im Steuerrecht wurde vor allem durch die rege Gesetzgebungstätigkeit geprägt. So sind schon das „Korb II“-Gesetz, das Haushaltsbegleitgesetz 2004 und die Einkommensteuerreform 2003 berücksichtigt. Unverändert blieb das bewährte Konzept des früheren „GmbH-Praktikums“, dass ein **Überblick über das gesamte Rechtsleben der GmbH** verschafft wird; von der Gründung über ihre Finanzierung und die Gestaltung der erforderlichen Verträge bis zur Beendigung der Gesellschaft. Gesellschafts- und Steuerrecht sind nicht nur ausführlich erläutert, sondern auch für alle relevanten Vorgänge in der GmbH miteinander ver-

knüpft. So können die das Buch nutzenden Berater die Wechselwirkungen zwischen dem „eigenen“ sowie dem „fremden“ Rechtsgebiet richtig einschätzen und bei Beratung und Gestaltung optimal nutzen. Die beiden Herausgeber *Tillmann* und *Winter* sind ausgewiesene Gesellschafts- und Steuerrechtler. Die Mitarbeit von Notar *Wälzholz* gewährleistet auch die Berücksichtigung der notarspezifischen Sichtweise. Zusammenfassend kann das vorliegende Werk als sehr gelungenes Kompendium mit ganz konkreten Praxishinweisen jedem Notar, der sich auch über die **steuerlichen Hintergründe und Zusammenhänge seiner Beurkundungstätigkeit** im GmbH-Recht informieren will, nur zur Anschaffung empfohlen werden.

**Dr. Andreas Heidinger**

**B. Steup, Grundbuchrang und Grundbuchvormerkung, Erich Schmidt Verlag, Berlin 2003, 242 Seiten, 39,80 €**

*Steup*, selbst Notar (und ausgebildeter Dipl.-Rechtspfleger), behandelt aus Praktikersicht die wesentlichen Probleme des Grundbuchrangs und der Vormerkung. Aufgrund vieler Beispiele, Hinweise und Formulierungsvorschläge ist das Buch gerade für den vertragsgestaltend tätigen Juristen eine wertvolle Arbeitshilfe. Sprachlich präzise und dabei leicht verständlich zu lesen beginnt *Steup* mit einem einleitenden rechtsvergleichenden Überblick über das deutsche Grundbuchrecht mit seinem historischen und sachlichen Grundzügen. Im folgenden Kapitel behandelt er die zentrale Bedeutung des **Ranges** im Grundbuch. Neben taktischen Überlegungen für das Zwangsversteigerungsverfahren liefert das Werk auch eine gute Zusammenstellung der wesentlichen Streitfragen, wie etwa der Rangeinheit in Haupt- und Veränderungsspalte oder den Rechtsfolgen eines falschen Rangvermerks. Dabei werden die unterschiedlich vertretenen Auffassungen in Rechtsprechung und Literatur kurz und prägnant aufbereitet und mit zusätzlichen Argumenten einer pra-

xisnahen Lösung zugeführt. Im zweiten Hauptteil behandelt *Steup* die **Vormerkung**. Auch hier sind alle praxisrelevanten Probleme, wie etwa die aktuelle Frage der Wirkung der Vormerkung in der Insolvenz oder das Thema Vormerkung zur Sicherung der gesetzlichen Rückübertragungsansprüche des Schenkers mit jeweiligem Meinungsstand sorgfältig zusammengetragen.

Es ist das Verdienst von *Steup*, die komplexe Materie des Grundbuchrangs und der Grundbuchvormerkung, verbunden mit vielen praktisch wertvollen Hinweisen, gut verständlich aufgearbeitet zu haben. Das Buch ist somit als gelungenes Kompendium nicht nur der notariellen Praxis, sondern auch dem noch in Ausbildung befindlichen Juristen als Leitfaden zur Erkennung und Bewältigung der vielfältigen Probleme des Grundbuchrechts zu empfehlen.

**Dr. Peter Mohrbutter**

## Veranstaltungen

Termine für **November 2004** – Anmeldung und nähere Informationen bitte direkt beim **DAI-Fachinstitut für Notare**, Postfach 250254, 44740 Bochum, Tel. (0234) 970 64 18, Fax (0234) 70 35 07 ([www.anwaltsinstitut.de](http://www.anwaltsinstitut.de)).

**Intensivkurs Gesellschaftsrecht** (Langenfeld/Spiegelberger), 4. - 6.11.2004 Bad Kissingen

**Betreuungsrecht, Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung** (Müller/Renner), 13.11.2004 Bochum

**Erbrecht in der Kautelarpraxis** (Kanzleiter/Reimann/Dickhuth-Harrach) 19. - 20.11.2004 Köln

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu 3 Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter <http://www.dnoti.de>.

**Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)**

- eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin -  
97070 Würzburg, Gerberstraße 19  
Telefon: 09 31/3 55 76-0 Telefax: 09 31/3 55 76-2 25  
e-mail: [dnoti@dnoti.de](mailto:dnoti@dnoti.de) internet: <http://www.dnoti.de>

**Hinweis:**

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

**Verantwortlicher Schriftleiter:**

Notar a.D. Christian Hertel, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

**Bezugsbedingungen:**

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

**Bezugspreis:**

Jährlich 155,00 €, Einzelheft 6,65 €, inkl. Versandkosten. Für die Mitglieder der dem DNotI beigetretenen Notarkammern ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten.

Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert und kostenfrei zugesandt werden. Alle im DNotI-Report enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist die Verwertung nur mit Einwilligung des DNotI zulässig.

**Verlag:**

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

**Druck:**

Druckerei Franz Scheiner  
Haugerpfarrgasse 9, 97070 Würzburg