

DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

18. Jahrgang
November 2010
ISSN 1434-3460

22/2010

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 876, 892, 1018; GBO § 21; ZVG §§ 20, 23 – Erfordernis der Gläubigerzustimmung zur Löschung einer Grunddienstbarkeit nach Eintragung eines Zwangsversteigerungsvermerks am herrschenden Grundstück

BGB § 1776 – Sorgerechtsvollmacht; Vormundbenennung für den Fall der Geschäftsunfähigkeit des Sorgerechtsinhabers

Gutachten im Abruf-Dienst

Rechtsprechung

BGB §§ 888 Abs. 1, 883 Abs. 2 – Anspruch des Vormerkungsberechtigten auf Zustimmung zur Löschung einer vormerkungswidrigen Belastung des Grundstücks

GmbHG §§ 5 Abs. 1, 5a Abs. 2 S. 1 u. Abs. 5, 7 Abs. 2 S. 2, 57 Abs. 2 – Volleinzahlung bei Barkapitalerhöhung einer UG (haftungsbeschränkt); „Umwandlung“ in GmbH erst mit Eintragung der Kapitalerhöhung; Verbot der Sacheinlage

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 876, 892, 1018; GBO §§ 21, 9; ZVG §§ 20, 23

Erfordernis der Gläubigerzustimmung zur Löschung einer Grunddienstbarkeit nach Eintragung eines Zwangsversteigerungsvermerks am herrschenden Grundstück

I. Sachverhalt

Zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines Grundstücks, an dem ein Zwangsversteigerungsvermerk im Grundbuch eingetragen ist, besteht eine Grunddienstbarkeit (Pkw-Stellplatz) an einem anderen Grundstück. Ein Herrschvermerk am herrschenden Grundstück ist im Grundbuch nicht eingetragen. Die Eigentümer des herrschenden und des dienenden Grundstücks möchten die Grunddienstbarkeit aufheben, um zu verhindern, dass der Erwerber nach Zuschlag im Zwangsversteigerungsverfahren den Pkw-Stellplatz nutzen kann. Der Eigentümer des herrschenden Grundstücks hat daher die Eintragung der Löschung der Grunddienstbarkeit in das Grundbuch bewilligt und beantragt.

II. Frage

Kann die Grunddienstbarkeit durch Bewilligung des Eigentümers des herrschenden Grundstücks ohne Mitwirkung der Zwangsversteigerungsgläubiger im Grundbuch gelöscht werden?

III. Zur Rechtslage

1. Zustimmung mittelbar Berechtigter bei Aufhebung eines Rechts

Soll ein Recht, das dem jeweiligen Eigentümer eines anderen Grundstücks zusteht, im Grundbuch gelöscht

werden, kann aus grundbuchverfahrensrechtlichen und materiell-rechtlichen Gründen die Zustimmung der Gläubiger erforderlich sein, die am herrschenden Grundstück berechtigt sind (§ 21 GBO, § 876 S. 2 BGB). Aus Gründen der §§ 21 GBO, 876 S. 2 BGB könnte auch die Zustimmung der Zwangsversteigerungsgläubiger erforderlich sein, wenn eine Grunddienstbarkeit, die zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines im Zwangsversteigerungsverfahren beschlagnahmten Grundstücks besteht, aufgehoben und im Grundbuch gelöscht werden soll.

a) Löschung bei fehlendem Herrschvermerk

In grundbuchverfahrensrechtlicher Hinsicht ist für die Löschung einer Grunddienstbarkeit die Bewilligung des Eigentümers des herrschenden Grundstücks im Grundsatz notwendig und hinreichend. Allerdings bestimmt § 21 GBO, dass auch die Bewilligung derjenigen Personen erforderlich ist, deren Zustimmung es nach § 876 S. 2 BGB zur Aufhebung des Rechts materiell-rechtlich bedarf. Nach § 876 S. 2 ist **die Zustimmung eines Dritten dann erforderlich**, wenn ein subjektiv-dingliches Recht aufgehoben werden soll, das zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks eingetragen und **das herrschende Grundstück mit dem Recht des Dritten belastet** ist.

Zwar handelt es sich bei einer Grunddienstbarkeit um ein subjektiv-dingliches Recht im Sinne des § 876 S. 2 BGB (MünchKommBGB/Kohler, 5. Aufl. 2009, § 876 Rn. 5). § 21 GBO findet seinem Wortlaut nach aber nur dann Anwendung, wenn an dem herrschenden Grundstück **ein Herrschvermerk gem. § 9 GBO im Grundbuch eingetragen** ist. Dies ist vorliegend nicht der Fall. Allein aus § 21 GBO ergibt sich daher im Grundbuchverfahren keine Zustimmungsbedürftigkeit im Hinblick auf Zwangsversteigerungsgläubiger.

b) Zustimmungserfordernis nach materiellem Recht

Die Tatsache, dass § 21 GBO mangels Eintragung eines Herrschvermerks nicht eingreift, besagt nichts darüber, ob materiell-rechtlich die Zustimmung der Zwangsversteigerungsgläubiger notwendig ist. **§ 21 GBO** hat nämlich für das materielle Recht keine Bedeutung und **lässt materiell-rechtliche Zustimmungserfordernisse nicht entfallen** (MünchKommBGB/Kohler, § 876 Rn. 5; Demharter, GBO, 27. Aufl. 2010, § 21 Rn. 3; KEHE/Munzig, Grundbuchrecht, 6. Aufl. 2006, § 21 GBO Rn. 12). Vor diesem Hintergrund ist jedenfalls in materiell-rechtlicher Hinsicht die Frage zu klären, ob **§ 876 S. 2 BGB** im vorliegenden Fall einschlägig ist. Dies richtet sich unter anderem danach, ob es sich bei einem **Zwangsversteigerungsvermerk** um das **Recht eines Dritten** am herrschenden Grundstück im Sinne dieser Vorschrift handelt.

aa) Belastendes Drittrecht i. S. d. § 876 S. 2 BGB

Materiell-rechtlich vollzieht sich die Aufhebung einer Grunddienstbarkeit nach § 875 BGB. Infolgedessen ist auch **§ 876 S. 2 BGB anwendbar**. Als Drittrechte am herrschenden Grundstück werden von § 876 S. 2 BGB vor allem **Grundpfandrechte erfasst** (MünchKommBGB/Kohler, § 876 Rn. 6). Dies beruht darauf, dass sich der Haftungsverband von Grundpfandrechten gem. § 96 BGB auch auf eine Grunddienstbarkeit **als Grundstücksbestandteil** erstreckt (§§ 1191, 1192 Abs. 1, 1120 BGB). Ist der die Zwangsversteigerung betreibende Gläubiger selbst auch Grundpfandrechtsgläubiger, ist bereits aus diesem Grund seine Zustimmung gem. § 876 S. 2 BGB erforderlich. Für den Fall, dass der die Zwangsversteigerung betreibende Gläubiger **nicht grundpfandrechtlich gesichert** ist, kommt es dagegen darauf an, ob auch der Zwangsversteigerungsvermerk das Recht eines Dritten im Sinne des § 876 S. 2 BGB sein kann.

Die Frage, ob ein **Zwangsversteigerungsvermerk** ein **belastendes Drittrecht** im Sinne des § 876 S. 2 BGB ist, erscheint uns in Rechtsprechung und Schrifttum **derzeit ungeklärt**. Erörtert wird die Frage vor allem im Zusammenhang mit Auflassungsvormerkung und Widerspruch (vgl. KG HRR 1928 Nr. 1463; Jung, Rpfleger 2000, 372; im Überblick: Palandt/Bassenge, BGB, 69. Aufl. 2010, § 876 Rn. 2). Mit Blick darauf, dass nach Aussagen in der Literatur **grundsätzlich alle Belastungen** Drittrechte im Sinne des § 876 S. 2 BGB sein können (Palandt/Bassenge, § 876 Rn. 2), dürfte auch der Zwangsversteigerungsvermerk eine entsprechende, das Zustimmungserfordernis auslösende Belastung sein. Hiergegen ließe sich auf den ersten Blick zwar einwenden, dass mit der Eintragung der Anordnung der Zwangsversteigerung in das Grundbuch nur ein relatives Verfügungsverbot nach §§ 135, 136 BGB einhergeht (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rn. 1620). Aber auch eine Vormerkung führt beispielsweise nur zu einer relativen Unwirksamkeit vormerkungswidriger Verfügungen (§ 883 Abs. 2 BGB). Qualifiziert man die Auflassungsvormerkung als belastendes Drittrecht, spräche daher einiges dafür, auch den **Zwangsversteigerungsvermerk als Drittbelastung** im Sinne des § 876 S. 2 BGB **anzusehen**.

bb) Beeinträchtigung des Drittrechts

Eine **Zustimmung** nach § 876 S. 2 BGB ist ausnahmsweise dann **nicht notwendig**, wenn das Recht des Dritten durch die Aufhebung **„nicht berührt“** wird. „Berührt“ bedeutet dabei dasselbe wie „betroffen“ in § 19 und § 21 GBO (Staudinger/Gursky, BGB, Neubearb. 2007, § 876 Rn. 20). Setzt man voraus, dass § 876 S. 2 BGB bei Eintragung eines bloßen Zwangsversteigerungsvermerks überhaupt

eingreift (obwohl es sich bei dem Vermerk um kein „Recht“ im engeren Sinne handelt), ist jedenfalls die Ausnahme zu dieser Norm („nicht berührt“) in der vorliegenden Konstellation, dass eine unter § 96 BGB fallende Grunddienstbarkeit aufgehoben werden soll, nicht einschlägig. Denn die Frage, ob ein Recht durch die Aufhebung berührt wird, ist **abstrakt-rechtlich zu verstehen** (MünchKommBGB/Kohler, § 876 Rn. 6).

Werden Verwertungsrechte, d. h. Grundpfandrechte und Reallasten, durch die Aufhebung der Grunddienstbarkeit „berührt“, dürften auch die durch einen Zwangsversteigerungsvermerk geschützten Gläubiger hierdurch beeinträchtigt werden. Denn auch in diesem Fall führt der Wegfall einer Grunddienstbarkeit zu einer Minderung des wirtschaftlichen Wertes des bisher herrschenden Grundstücks und beeinflusst deshalb auch **in rechtlicher Hinsicht** den Ablauf des Versteigerungsverfahrens. Die Rechtsprechung sah sich vor diesem Hintergrund bereits veranlasst, bei der Löschungsbewilligung durch den Grundstücksersteher **§ 130 Abs. 3 ZVG analog** anzuwenden, mit der Folge, dass die Löschung am dienenden Grundstück erst nach Ausführung des Teilungsplans und **nur mit Zustimmung aller dann berechtigten Gläubiger** (insbesondere der Berechtigten von Sicherungshypotheken nach § 128 ZVG) vorgenommen werden kann (KG JFG 10, 199, 207 ff.; vgl. auch Meikel/Böttcher, GBO, 10. Aufl. 2009, § 21 Rn. 19; KEHE/Munzig, § 21 GBO Rn. 11).

2. Beschlagnahmewirkung und Grundbuchverfahren

Abgesehen davon, dass durch eine vorsorgliche Einholung der Zustimmung der Zwangsversteigerungsgläubiger auch das Risiko einer nachträglichen Gläubigeranfechtung (AnfG, InsO) minimiert wird (vgl. zur Anfechtung bei einseitiger Aufhebung eines Nießbrauchs durch Verzicht: BGHZ 53, 174 = NJW 1970, 752), könnte die **Anwendbarkeit des § 876 S. 2 BGB dahinstehen**, wenn bereits aus anderen Gründen eine Löschung ohne die Zustimmung der die Zwangsversteigerung betreibenden Gläubiger nicht möglich wäre. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Zwangsversteigerungsvermerk, der nach § 19 ZVG auf Ersuchen des Vollstreckungsgerichts eingetragen wird, maßgeblich dazu dient, die Wirksamkeit eines gegen das relative Verfügungsverbot verstoßenden **Gutgläubenserwerbs (§ 892 Abs. 1 S. 2 BGB) zu verhindern** (Böttcher, ZVG, 4. Aufl. 2005, § 19 Rn. 1). Bereits vor diesem Hintergrund – und ganz unabhängig von der Reichweite des § 876 S. 2 BGB – bezweckt er den Schutz der Gläubiger und kann daher auch grundbuchverfahrensrechtlich zu einer Zustimmungspflicht führen.

a) Umfang der Beschlagnahme des Grundstücks

Der Beschluss des Zwangsversteigerungsgerichts über die Anordnung der Zwangsversteigerung bewirkt die **Beschlagnahme** des Grundstücks zugunsten des die Zwangsversteigerung betreibenden Gläubigers (§ 20 Abs. 1 ZVG). Die Beschlagnahme erfasst gem. § 1120 BGB das Grundstück einschließlich seiner Bestandteile. Sie erstreckt sich nach § 96 BGB **auch auf subjektiv-dingliche Rechte** wie beispielsweise eine zugunsten des Grundstücks bestellte Grunddienstbarkeit (Hintzen, in: Dassler/Schiffhauer/Hintzen/Engels/Rellermeyer, ZVG, 13. Aufl. 2008, § 20 Rn. 13; Stöber, ZVG-Handbuch, 9. Aufl. 2010, Rn. 145).

Die Beschlagnahme führt ihrerseits zu einem **relativen Veräußerungsverbot** in Form eines relativen Verfügungsverbots gem. § 23 Abs. 1 S. 1 ZVG, §§ 135, 136 BGB

(Hintzen, § 23 Rn. 1). Demzufolge ist jede nachträgliche Verfügung über den beschlagnahmten Gegenstand dem Gläubiger gegenüber unwirksam. Auch die Aufhebung einer Grunddienstbarkeit stellt eine Verfügung in diesem Sinne dar (Hintzen, § 23 Rn. 5; jurisPK/Reichhold, BGB, 5. Aufl. 2010, § 135 Rn. 7).

b) Löschung nach Beschlagnahme

Grundbuchverfahrensrechtlich führt ein relatives Verfügungsverbot grundsätzlich zwar dazu, dass Grundbuchanträge vollzogen werden müssen, selbst wenn sie gegen das relative Verfügungsverbot verstoßen. Denn ein relatives Verfügungsverbot bewirkt gerade **keine Grundbuchsperr**e (Stöber, ZVG, 19. Aufl. 2009, § 23 Rn. 2.5). Ob dies aber auch **für den Fall der Löschung** eines Rechts gilt, ist in Rechtsprechung und Schrifttum **umstritten**.

Nach hM ist zur Löschung eines von einem relativen Verfügungsverbot betroffenen beschränkten dinglichen Rechts der **Nachweis der Zustimmung des Verbotsgeschützten erforderlich** (Demharter, § 22 Rn. 52; Raebel, in: Lambert-Lang/Tropf/Frenz, Hdb. der Grundstückspraxis, 2. Aufl. 2005, Teil 5 Rn. 186; zur Vormerkung: KG HRR 1932, Nr. 617). Begründet wird dies unter anderem damit, dass durch die Löschung des betreffenden Rechts auch der Grundbuchvermerk zu dem Verfügungsverbot insofern gegenstandslos wird (Staudinger/Gursky, BGB, Neubearb. 2008, § 892 Rn. 255). Mit der Löschung des Rechts verliere das eingetragene Verbot wegen § 17 Abs. 2 GBV seine Wirkung (für den Nacherbenvermerk: RGZ 102, 332). Eine **Wiedereintragung** des gelöschten Rechts könne unter Umständen **nicht mehr an der früheren Rangstelle erfolgen** (KEHE/Munzig, § 19 GBO Rn. 114).

Teilweise wird die Zustimmungsbedürftigkeit auch davon abhängig gemacht, dass das **Verfügungsverbot im Grundbuch eingetragen ist** bzw. mit dem betreffenden Recht ebenfalls gelöscht wird (Böttcher, Rpfleger 1985, 381, 186 f.; Meikel/Böttcher, Anhang §§ 19, 20 Rn. 170 ff.; Kohler, in: Bauer/von Oefele, GBO, 2. Aufl. 2006, AT VIII Rn. 55).

Abweichend wird in der Literatur vereinzelt davon ausgegangen, dass eine Zustimmung des Verbotsgeschützten unter Hinweis auf eine Art „**grundbuchtechnische Lösung**“ generell nicht erforderlich sei (Bestelmeyer, Rpfleger 1994, 189, 191 ff.; Meikel/Bestelmeyer, § 17 Rn. 35). In Rechtsprechung und Literatur hat sich diese Ansicht bislang allerdings nicht durchsetzen können. Gerade im vorliegenden Fall würde sie Probleme bereiten, weil der Zwangsversteigerungsvermerk in einem anderen Grundbuch (herrschendes Grundstück) als das zu löschende Recht (dienendes Grundstück) eingetragen ist. So könnte die Grunddienstbarkeit nach ihrer (zeitweisen) Löschung infolge eines gutgläubigen lastenfreien Erwerbs ohne Mitwirkung der Gläubiger endgültig untergehen. Selbst bei nachträglicher Wiedereintragung würde zumindest die Gefahr eines Rangverlustes bestehen (Staudinger/Gursky, § 892 Rn. 255; Raebel, Teil 5 Rn. 186).

c) Zwischenergebnis

Nach der hM zur Löschung von Rechten bei relativem Verfügungsverbot ist das Grundbuchamt **bereits wegen der Beschlagnahmewirkung** gehalten, für die Löschung der Grunddienstbarkeit die **Zustimmung** der durch die Eintragung des Zwangsversteigerungsvermerks geschützten **Zwangsversteigerungsgläubiger** zu verlangen.

3. Ergebnis

Nach wohl hM ist zur Löschung der zugunsten eines beschlagnahmten Grundstücks bestehenden Grunddienstbarkeit im Grundbuch die **Zustimmung der Zwangsversteigerungsgläubiger** bereits deswegen **erforderlich**, weil die Beschlagnahme zu einem relativen Verfügungsverbot führt. Ob es sich bei einem Zwangsversteigerungsvermerk um ein belastendes Drittrecht handelt und wegen § 876 S. 2 BGB die Zustimmung der Zwangsversteigerungsgläubiger notwendig ist, kann daher dahinstehen. Grundbuchverfahrensrechtlich ist eine Mitwirkung der Drittrechtsberechtigten am herrschenden Grundstück in den Fällen des § 876 S. 2 BGB nur dann notwendig, wenn ein Herrschervermerk am herrschenden Grundstück im Grundbuch eingetragen ist (§§ 21, 9 GBO).

BGB § 1776

Sorgerechtsvollmacht; Vormundbenennung für den Fall der Geschäftsunfähigkeit des Sorgerechtsinhabers

I. Sachverhalt

Ehegatten wollen durch notariellen Erbvertrag ihre Erbfolge regeln und durch General- und Vorsorgevollmacht Vorsorgemaßnahmen treffen. Sie haben gemeinsame minderjährige Kinder. Den Ehegatten geht es insbesondere darum, für den Fall des Todes des Längstlebenden von ihnen sowie für den Fall, dass beide Elternteile geschäftsunfähig werden, eine andere Person zur Ausübung des Sorgerechts zu ermächtigen oder einen Vormund für die minderjährigen Kinder verbindlich festzulegen.

In der Kommentarliteratur finden sich kaum Ausführungen zu einer „Sorgerechtsvollmacht“ und auch keine Hinweise dazu, ob im Falle einer Geschäftsunfähigkeit der Eltern eine Vormundbenennung nach § 1776 BGB jedenfalls im Wege der analogen Anwendung dieser Vorschrift für das Familiengericht verbindlich ist. An anderer Stelle findet sich dagegen der Hinweis, dass die Wahrnehmung der Elternrechte gem. § 1626 BGB im Falle der Bestellung eines Betreuers für einen Elternteil mit einem minderjährigen Kind nicht durch den Betreuer erfolgen könne, da die Elternrechte insoweit höchstpersönlich seien.

Für den Notar stellt sich daher die Frage, ob eine Regelungslücke für den Fall besteht, dass beide Elternteile (oder der längstlebende Elternteil) geschäftsunfähig werden und minderjährige Kinder vorhanden sind. Für diese Fälle wird in der Praxis häufig an den Notar der Wunsch herangetragen, dem zuständigen Gericht (wohl Familiengericht) eine verbindliche Vorgabe dahingehend zu machen, wer in der Phase der Geschäftsunfähigkeit der Eltern Vormund der Kinder sein soll.

II. Fragen

1. Kann ein Dritter zur Wahrnehmung des elterlichen Sorgerechts für den Fall der Verhinderung des Sorgeberechtigten bevollmächtigt werden?

2. Kann § 1776 BGB (Benennungsrecht der Eltern) auf den Fall analog angewandt werden, dass für beide Elternteile oder den längstlebenden Elternteil eine Betreuung eingerichtet wurde oder eingerichtet werden müsste und/oder Geschäftsunfähigkeit vorliegt und minderjährige Kinder vorhanden sind?

3. Ist es möglich bzw. sinnvoll, eine Vormundbenennung analog § 1776 BGB in eine General- und Vorsorgevollmacht aufzunehmen?

III. Zur Rechtslage

1. Übertragung von Sorgerechtsbefugnissen durch Vollmacht

a) Charakter des elterlichen Sorgerechts

Bei dem elterlichen Sorgerecht handelt es sich nicht nur um ein Recht, sondern auch um eine **Pflicht der Eltern** (vgl. § 1626 Abs. 1 BGB). Wegen ihres Pflichtgehalts und wegen des Leitgedankens, dass Kontinuität in der Sorgebeziehung in der Regel dem Wohle des Kindes dient, ist die elterliche Sorge anerkanntermaßen in all ihren Bestandteilen **grundsätzlich unverzichtbar und – als höchstpersönliches Recht – unübertragbar** (vgl. MünchKommBGB/Huber, 5. Aufl. 2008, § 1626 Rn. 13 m. w. N.).

b) Zulässigkeit einer Sorgerechtsvollmacht

Trotz der im Grundsatz fehlenden Übertragbarkeit kann die elterliche Sorge, insbesondere die tatsächliche Personensorge, durch eine jederzeit widerrufliche Vereinbarung mit einem Dritten **der Ausübung nach** übertragen werden (MünchKommBGB/Huber, § 1626 Rn. 14). Um das Vertretungsrecht auch nach außen zu dokumentieren, kommt insoweit die Erteilung einer **Vollmacht** in Frage (vgl. Palandt/Diederichsen, BGB, 69. Aufl. 2010, § 1629 Rn. 9).

Um in möglichst allen Angelegenheiten der elterlichen Sorge entscheidungsbefugt zu sein, müsste es sich allerdings um eine weitreichende Vollmacht, evtl. sogar um eine **Generalvollmacht**, handeln. Zum Teil wird eine solche Generalvollmacht in der Literatur für zulässig gehalten, solange ihre Widerruflichkeit gewährleistet ist (vgl. Palandt/Diederichsen, § 1629 Rn. 9; Bamberger/Roth/Veit, BGB, 2. Aufl. 2008, § 1629 Rn. 11; Soergel/Strätz, BGB, 12. Aufl. 1987, § 1629 Rn. 12; vgl. auch OLG Dresden SeuffA 66, 306, 307). Nach einer Gegenansicht in der Literatur (RGRK/Wenz, BGB, 12. Aufl. 1999, § 1629 Rn. 15) ist dagegen schon eine Generalbevollmächtigung (bzw. -ermächtigung) des anderen (an sich) mitvertretungsberechtigten Elternteils mit der Verpflichtung der Eltern, für das Kind, insbesondere für sein Vermögen, zu sorgen und die Sorge in eigener Verantwortung auszuüben, nicht möglich. Darüber hinaus wird auch im Vormundschafts- und Betreuungsrecht die Zulässigkeit einer Generalvollmacht nach wie vor **kontrovers diskutiert** (vgl. Soergel/Zimmermann, BGB, 13. Aufl. 2000, § 1793 Rn. 15; MünchKommBGB/Wagenitz, § 1793 Rn. 40; Jürgens/Jürgens, Betreuungsrecht, 4. Aufl. 2010, § 1902 Rn. 22 m. w. N.). Demnach ist die Zulässigkeit einer durch den gesetzlichen Vertreter erteilten Generalvollmacht, die dogmatisch eine Form der **Untervollmacht** darstellt, noch nicht abschließend geklärt.

Vor diesem Hintergrund dürfte es sich empfehlen, Sorgerechtsvollmachten **grundsätzlich widerruflich** zu erteilen und ggf. **einzelne Entscheidungsbefugnisse** oder Angelegenheiten aus der Vollmacht **auszuklammern**.

c) Wirkungen der Sorgerechtsvollmacht

Unterstellt man die Zulässigkeit von Sorgerechtsvollmachten, stellt sich die Frage, ob die Erteilung einer solchen die **Bestellung eines neuen gesetzlichen Vertreters** bei Beendigung der gesetzlichen Vertretung durch die Eltern **entbehrlich macht**. Dies dürfte im Ergebnis selbst dann nicht der Fall sein, wenn man unterstellt, dass eine wirk-

sam erteilte Sorgerechtsvollmacht nicht zwangsläufig mit der Beendigung der gesetzlichen Vertretung durch die Vollmachtgeber erlischt (vgl. RGZ 107, 161, 166; BayObLG NJW 1959, 2119). Vielmehr dürfte dem Kind ab diesem Zeitpunkt wohl ein neuer gesetzlicher Vertreter zu bestellen sein. Dogmatisch lässt sich dies damit begründen, dass z. B. § 1773 BGB **von der Notwendigkeit einer Vormundbestellung nicht allein deshalb absieht, weil der (aktuell) nicht zur Vertretung des Minderjährigen berechnigte Elternteil einem Dritten hinsichtlich der elterlichen Sorge Vollmacht erteilt hat**.

Insoweit **unterscheidet** sich die Rechtslage von der Bestellung eines **Betreuers für die eigene Person**. Denn hier normiert § 1896 Abs. 2 S. 2 BGB die **Subsidiarität (und Entbehrlichkeit) der gesetzlichen Vertretung** für den Fall eigener rechtsgeschäftlicher Vorsorge. Dagegen geht es bei der Wahrnehmung des Sorgerechts nicht um die Fortführung des Selbstbestimmungsrechts des Betroffenen für den Fall, dass er nicht mehr selbst zu dessen wirksamer Ausübung in der Lage ist, sondern um die **Perpetuierung von Fremdbestimmungs- oder zumindest Fremdvertretungsbefugnissen**. Somit kommt der Vollmachtserteilung bei der Betreuung auf der einen Seite und bei der Vormundschaft auf der anderen Seite eine unterschiedliche Bedeutung zu. Nur in eigenen Angelegenheiten kann die privatautonome Vorsorge die Bestellung eines gesetzlichen Vertreters entbehrlich machen (Betreuung), nicht aber dann, wenn – wie bei Wahrnehmung des elterlichen Sorgerechts – die Angelegenheiten eines Dritten (hier des minderjährigen Kindes) betroffen sind (Vormundschaft). Nicht zuletzt mit Blick auf das Kindeswohl wäre somit bei **dauerndem Ausfall** der sorgeberechtigten Eltern ein **gesetzlicher Vertreter für das Kind zu bestellen**, der entweder selbst die Vertretung des Kindes übernimmt oder zumindest die Ausübung der Vollmacht durch den Bevollmächtigten überwacht und ggf. die erteilte Vollmacht im Interesse des Kindes widerruft.

Die Erteilung einer Sorgerechtsvollmacht dürfte schließlich **ebenso wenig** dazu führen, dass ein **Ruhen der elterlichen Sorge infolge Geschäftsunfähigkeit** des (zuvor) sorgeberechtigten Elternteils gem. § 1673 Abs. 1 BGB **unterbleibt**. Denn hätte der Gesetzgeber gewollt (was aus unserer Sicht aus Gründen des Kindeswohls ohnehin zweifelhaft erscheint), dass der geschäftsunfähige Elternteil das Sorgerecht allein deswegen behält, weil er einem Dritten wirksam Sorgerechtsvollmacht erteilt hat, hätte dies gesetzlich entsprechend geregelt werden müssen. Eine solche gesetzliche Regelung ist allerdings weder vorhanden noch angedacht.

Als Zwischenergebnis lässt sich damit festhalten, dass die **Bestellung eines neuen gesetzlichen Vertreters** durch das Familiengericht **bei Wegfall der Eltern als gesetzliche Vertreter nicht unwahrscheinlich** ist. Weil damit hinsichtlich der Erteilung einer Sorgerechtsvollmacht Unsicherheiten bestehen und Beschränkungen zu beachten sein können, kann es sich empfehlen, die in Aussicht genommene Person nicht nur zu bevollmächtigen (Sorgerechtsvollmacht), sondern zudem vorzuschlagen, sie ggf. (auch) als gesetzlichen Vertreter des Minderjährigen (vgl. §§ 1917, 1776 BGB) zu bestellen (zur Vormundbenennung siehe nachfolgend).

2. Vormundbenennung

Nach den §§ 1776, 1777 BGB können Eltern **für den Fall ihres Todes einen Vormund für ihre minderjährigen Kinder benennen**. Die Benennung erfolgt gem. § 1777

Die Deutsche Notarrechtliche Vereinigung e. V. kündigt an:
**Elfte Wissenschaftliches Symposium
des Instituts für Notarrecht
an der Universität Würzburg**

INotR
Institut für
Notarrecht an
der Universität
Würzburg

Erbrecht und Vermögenssicherung

Freitag, 20. Mai 2011

in der Neubaukirche der Julius-Maximilians-Universität
Domerschulstraße 16, 97070 Würzburg

- 09.15 Uhr *Kaffee und Gebäck*
- 09.45 Uhr **Begrüßung**, Notar Prof. Dr. Dr. Herbert **Grziwotz**, Regen
Vorstandsmitglied des INotR Würzburg
- 09.55 Uhr **Grußwort**, Notar a. D. Prof. Dr. Rainer **Kanzleiter**, Ulm
Vorsitzender der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V.
- 10.00 Uhr **Testament, Ausschlagung, Verzicht – Gestaltungsinstrumente
zugunsten Behinderter?**
Roland **Wendt**, Stv. Vorsitzender Richter, IV. Zivilsenat, Bundesgerichtshof
anschließend Diskussion
- 11.00 Uhr **Innovative Wege zur Pflichtteilsminimierung?**
RAin Dr. Gabriele **Müller**, Leiterin des Referats Familien- und Erbrecht, DNotI, Würzburg
anschließend Diskussion
- 12.00 Uhr **Vermögenssicherung durch Stiftung**
Dr. Anatol **Dutta**, M. Jur. (Oxon), Max-Planck-Institut für ausländisches und
internationales Privatrecht, Hamburg
anschließend Diskussion
- 13.00 Uhr *Mittagessen im historischen Innenhof der Alten Universität (im Tagungsbeitrag inbegriffen)*
- 15.00 Uhr **Chancen und Risiken erbrechtlicher Planung und Beratung nach dem Vorschlag
einer europäischen Verordnung über das internationale Erbrecht und das
Europäische Nachlasszeugnis**
Prof. Dr. Oliver **Remien**, Universität Würzburg
Vorstandsmitglied des INotR Würzburg
anschließend Diskussion
- 16.00 Uhr **Aktuelle erbschaftsteuerrechtliche Gestaltungsprobleme der notariellen Praxis**
Notar Dr. Eckhard **Wälzholz**, Füssen
anschließend Diskussion

Tagungsleitung: Notar Prof. Dr. Dr. Herbert **Grziwotz**, Regen

ca. 17.00 Uhr **Ende**

**- anschließend Mitgliederversammlung der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung –
(mit Neuwahlen)**

Organisatorische Hinweise:

Die Veranstaltung richtet sich an alle vertragsgestaltend und forensisch tätigen Praktiker und einschlägig interessierten Wissenschaftler, also nicht nur an Notare bzw. Mitglieder der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V.
Sämtliche Teilnehmer erhalten nach dem Symposium eine Teilnahmebescheinigung sowie einen Tagungsband per Post.

Tagungsbeitrag (inklusive Verköstigung, Teilnahmebescheinigung und Tagungsband):

- 130 € für Mitglieder der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V. (NotRV)
- 185 € für Nichtmitglieder
- 65 € für Notare a. D., Notarassessoren und Rechtsanwälte mit höchstens dreijähriger Zulassung
- frei für Notare a. D. und Notarassessoren, die Mitglied der NotRV sind (bitte bei Anmeldung angeben)

Der Tagungsbeitrag ist vor Beginn der Tagung und nach Erhalt der Rechnung auf das Konto der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V. mit Verwendungszweck: „Symposium Mai 2011“ bei der Bayerischen HypoVereinsbank AG Würzburg, BLZ 79020076, Konto-Nr. 6671594, zu überweisen. Rückerstattung des Tagungsbeitrages bei Nichtteilnahme erfolgt nur bei Abmeldung bis 7 Tage vor der Veranstaltung.

Anmeldungen richten Sie bitte an:

Institut für Notarrecht an der Universität Würzburg, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg, Tel. 0931/355760, ax: 0931/35576225,
email: notrv@dnoti.de

Abs. 3 BGB durch letztwillige Verfügung (Testament oder Erbvertrag). Voraussetzung für das Benennungsrecht ist nur, dass dem Elternteil zur Zeit seines Todes die Sorge für die Person und das Vermögen des Kindes zustand (§ 1777 Abs. 1 BGB). Relevant wird eine letztwillige Vormundbenennung, wenn ein Vormund zu bestellen ist, weil etwa die Übertragung des Sorgerechts auf den anderen Elternteil im Todesfall ausscheidet. Stirbt dagegen eine alleinsorgeberechtigte Mutter, hat das Familiengericht gem. § 1680 Abs. 2 S. 2 BGB die elterliche Sorge dem Vater zu übertragen, wenn dies dem Wohl des Kindes dient. Zu Lebzeiten beider Eltern bzw. eines Elternteiles kann eine Vormundbenennung dagegen **bei eintretender Geschäftsunfähigkeit** der Elternteile erheblich werden.

a) **Betreuerbestellung bzw. Geschäftsunfähigkeit**

Allein dadurch, dass das Betreuungsgericht für die sorgeberechtigten Eltern einen Betreuer bestellt, wird eine Vormundbestellung zu Lebzeiten der Eltern noch nicht notwendig. Denn die wegen Unfalls, Krankheit usw. ggf. erfolgende **Bestellung eines Betreuers** für den sorgeberechtigten Elternteil (§§ 1896 ff. BGB) zeitigt grundsätzlich **keine Auswirkungen auf das elterliche Sorgerecht** des Betreuten. Dies beruht darauf, dass das elterliche Sorgerecht gem. § 1673 Abs. 1 BGB **nur dann ruht**, wenn der Elternteil (auch) **i. S. v. § 104 Nr. 2 BGB geschäftsunfähig** ist. Eine analoge Anwendung von § 1673 Abs. 1 BGB auf den Fall, dass (bloß) eine Betreuung für den sorgeberechtigten Elternteil eingerichtet wurde, kommt nach hM nicht in Betracht (vgl. MünchKommBGB/Schwab, § 1896 Rn. 136; Staudinger/Bienwald, BGB, Neubearb. 2006, § 1896 Rn. 172; a. A. Walter, FamRZ 1991, 765 ff.).

Ist ein Elternteil aber geschäftsunfähig i. S. v. § 104 Nr. 2 BGB, dann ruht gem. § 1673 Abs. 1 BGB seine elterliche Sorge. Im Falle gemeinsam vertretungsberechtigter Eltern führt das **Ruhen in der Person eines Elternteils** in der Regel dazu, dass die elterliche Sorge **von dem anderen Elternteil alleine ausgeübt wird** (§ 1678 Abs. 1 BGB). Im Falle einer alleinsorgeberechtigten Mutter hat das Familiengericht nach § 1678 Abs. 2 BGB vorzugehen (MünchKommBGB/Finger, § 1673 Rn. 5). Die elterliche Sorge ist dann also durch das Familiengericht dem anderen Elternteil (hier Vater) zu übertragen, wenn dies dem Wohl des Kindes dient. Nur dann, wenn auch **der andere Elternteil nicht sorgefähig** ist, würde ein **Vormund bestellt**.

b) **Vormundbenennung für den lebzeitigen Ausfall des Sorgerechtsinhabers**

Zur Möglichkeit der Vormundbenennung für den Fall, dass die Eltern zu Lebzeiten als Sorgerechtsinhaber ausfallen, sieht das Gesetz keine Regelung vor. Auch in der Literatur zur Vorsorgevollmacht/Betreuungsverfügung bzw. in der familienrechtlichen Literatur ist hierzu keine Äußerung bekannt. Im Ergebnis spricht jedoch viel dafür, dass insofern nicht von einer bewussten gesetzgeberischen Entscheidung gegen die Möglichkeit einer Vormundbenennung durch „Vorsorgeerklärung“ auszugehen ist, sondern von einer planwidrigen Regelungslücke. Angesichts der vergleichbaren Interessenlage bei der Vormundbenennung für den Todesfall dürfte diese Lücke durch **analoge Anwendung des § 1776 BGB geschlossen** werden können (was mit einer „Bindung“ des Gerichts an die vorgeschlagene Person einherginge).

Hierfür sind folgende Erwägungen leitend: § 1779 Abs. 2 S. 2 BGB sieht vor, dass im Rahmen der **gem. § 1779 Abs. 1 BGB stattfindenden Ermessensentscheidung des Familiengerichts** (bei Fehlen eines nach § 1776 BGB Berufenen) auch der **mutmaßliche Wille der Eltern** im Hinblick auf die Person des Vormunds **zu berücksichtigen** ist. Dies wird in der Kommentarliteratur dahingehend interpretiert, dass auch der nicht in Form einer letztwilligen Verfügung erklärte Wille der Eltern (und nicht nur der mutmaßliche Wille) beachtlich ist (vgl. Staudinger/Engler, BGB, Neubearb. 2004, § 1779 Rn. 17). Deswegen dürfte davon auszugehen sein, dass eine Vormundbenennung der sorgeberechtigten Eltern für den Fall, dass sie aufgrund von Geschäftsunfähigkeit ihr Sorgerecht verlieren, **bei der Auswahlentscheidung des Vormunds** in ähnlicher Weise **zu beachten** ist wie eine Vormundbenennung, die in letztwilliger Verfügung für den Fall des Todes der Elternteile erfolgt. Eine derartige Gleichstellung ist insbesondere mit Rücksicht auf die grundgesetzliche Wertentscheidung des Art. 6 Abs. 2 GG angezeigt, dessen Wahrung die §§ 1776, 1777 BGB dienen sollen.

3. **Form der Vormundbenennung**

Geht man von einer bindend erteilbaren Vormundbenennung für den Fall des lebzeitigen Ausfalls des Sorgeberechtigten (Geschäftsunfähigkeit) in analoger Anwendung von § 1776 BGB aus, stellt sich die Folgefrage, in welcher Form eine solche Vormundbenennung zweckmäßigerweise erfolgen sollte. Eine vollumfängliche Anwendung des § 1777 Abs. 3 BGB scheidet insofern aus. Denn der Vormundbenennung **durch letztwillige Verfügung** stehen für den Fall des Sorgeberechtigtenausfalls zu Lebzeiten nicht zuletzt zwingende **praktische Erwägungen entgegen**, werden Testamente und Erbverträge doch erst nach dem Ableben eröffnet und üblicherweise zur Kenntnis genommen. Grundsätzlich denkbar erscheint dagegen eine teilanaloge Anwendung, die sich allein auf die Form der letztwilligen Verfügung beschränkt. Abschließend zu klären ist diese Frage an dieser Stelle allerdings nicht.

Örtlich kommt die **Aufnahme der Benennung in die Vorsorgevollmacht** oder in ein selbstständiges Schriftstück in Betracht. Dabei hat auch die Aufnahme in die Vorsorgevollmacht den Nachteil, dass das Familiengericht bei späterem Einsatz der Vollmacht nicht zwangsläufig hiervon Kenntnis erhalten muss. Vor dem Hintergrund, dass die Vollmachtsurkunde in erster Linie der Legitimation des Bevollmächtigten dient und nicht der Verkörperung von an das Familiengericht gerichteten Erklärungen, kann es sich empfehlen, über die analog § 1776 BGB erfolgende Vormundbenennung eine **selbstständige (privat zu verwahrende) Verfügung** zu verfassen und ggf. den Bevollmächtigten im Rahmen des der Vollmachtserteilung zugrunde liegenden Innenverhältnisses anzuweisen, im Vorsorgefall die Erklärungen dem Familiengericht zur Kenntnis zu bringen.

4. **Ergebnis**

Eltern können einen Dritten nach hA zur Wahrnehmung von Sorgerechtsangelegenheiten bevollmächtigen (wobei die Zulässigkeit der Erteilung einer Generalvollmacht umstritten ist). Für den Fall des lebzeitigen Ausfalls als Sorgerechtsinhaber kann uE ferner in analoger Anwendung des § 1776 BGB ein Vormund – bindend – vorgeschlagen werden (zweckmäßigerweise in einer von der Vorsorgevollmacht der Eltern getrennten Urkunde).

Gutachten im Fax-Abruf

Folgende Gutachten können Sie über unseren Gutachten-Abruf-Dienst im Internet unter: <http://faxabruf.dnoti-online-plus.de> abrufen.

UmwG § 45a; PartGG § 1 Abs. 1 S. 3
Verschmelzung einer Tochter-GmbH auf ihre Mutter-Partnerschaftsgesellschaft; Verbot der Verschmelzung; nur natürliche Personen als Partner einer Partnerschaftsgesellschaft
Abruf-Nr.: 104920

EGBGB Art. 24
Österreich: Patientenverfügung; Vorsorgevollmacht; Betreuungsverfügung
Abruf-Nr.: 99651

Rechtsprechung

BGB §§ 888 Abs. 1, 883 Abs. 2
Anspruch des Vormerkungsberechtigten auf Zustimmung zur Löschung einer vormerkungswidrigen Belastung des Grundstücks

Der Anspruch nach § 888 Abs. 1 BGB setzt nicht voraus, dass der Vormerkungsberechtigte bereits als Eigentümer (oder sonstiger Rechtsinhaber) in das Grundbuch eingetragen worden ist.

BGH, Urt. v. 2.7.2010 – V ZR 240/09
Abruf-Nr.: 10951

Problem

Gegenstand der Entscheidung war der Anspruch des Vormerkungsberechtigten auf Zustimmung zur Löschung gegen den Berechtigten eines im Rang nach der Vormerkung eingetragenen Grundpfandrechts. Mit Kaufvertrag vom 30. März 2006 hatte der Kläger ein Grundstück gekauft, welches ihm lastenfrei übertragen werden sollte. Im Mai 2006 wurde zu seinen Gunsten eine Auflassungsvormerkung im Grundbuch eingetragen. Daraufhin wurde im Oktober 2008 eine Zwangssicherungshypothek zugunsten des Beklagten im Grundbuch vermerkt. Der Kläger verlangte nun die Zustimmung zur Löschung der Zwangssicherungshypothek. Das Eigentum am Grundstück war jedoch noch nicht auf den Kläger umgeschrieben. Während das AG der Klage stattgegeben hatte, wies das LG die Klage ab.

Entscheidung

Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts (LG Halle) bejaht der BGH die Frage, ob der **Vormerkungsberechtigte die Löschung einer nachrangigen Zwangssicherungshypothek** zu einem Zeitpunkt verlangen kann, in dem er **noch nicht als Eigentümer im Grundbuch eingetragen** ist. Mit dieser Entscheidung widerspricht der BGH gewichtigen Stimmen in der Literatur (vgl. nur Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rn. 1529; Palandt/Bassenge, BGB, 69. Aufl. 2010, § 888 Rn. 5) und mehreren obergerichtlichen Entscheidungen, die in jüngerer Zeit zu dieser Frage ergangen sind (vgl. etwa OLG Zweibrücken DNotZ 2006, 861 = MittBayNot 2006, 417 = NJW-RR 2007, 87; OLG Rostock NotBZ 2007, 223 = MDR 2007, 647; OLG Dresden NJW-RR 1999, 1177 = NZM 1999, 632). Er beruft sich hierbei darauf, dass diese Frage bereits höchststrichterlich geklärt sei.

Die Auffassung, der Anspruch könne erst nach Eintragung als Eigentümer geltend gemacht werden, führe zu einer im Gesetz nicht vorgesehenen unterschiedlichen Ausgestaltung des Anspruchs nach § 888 Abs. 1 BGB je nach Art der vormerkungswidrigen Verfügung. Bei einer **erfüllungsverittelnden** Verfügung, bei der das Eigentum an einen Dritten übertragen werde, sei es denknotwendig ausgeschlossen, die Entstehung des Anspruchs nach § 888 Abs. 1 BGB von der Eintragung des Vormerkungsberechtigten als Eigentümer abhängig zu machen. Es bestehe **kein Grund, den Vormerkungsberechtigten** im Falle einer erfüllungsbeeinträchtigenden Verfügung wie bei der nachrangigen Eintragung einer Zwangssicherungshypothek **anders zu behandeln als bei der Eintragung eines Dritten als Eigentümer**.

Das Interesse des in Anspruch genommenen Dritten, seine Rechtsposition erst dann aufgeben zu müssen, wenn feststeht, dass der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch besteht, werde dadurch geschützt, dass der Dritte gegenüber dem Vormerkungsberechtigten **alle Einreden und Einwendungen** gegen die Vormerkung und den durch sie gesicherten Anspruch erheben könne. Der Schutz des in Anspruch genommenen Dritten vor einem verfrühten Verlust seiner Rechtsposition werde überdies dadurch gewährleistet, dass der Vormerkungsberechtigte die Löschung des vormerkungswidrig eingetragenen Rechts **nur im Zuge der Erfüllung des vorgemerkten Anspruchs** erreichen könne. Daher müsse der Dritte nicht befürchten, seine Eintragung als Eigentümer oder sein Grundpfandrecht nebst zugehörigem Rang zu verlieren, wenn der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch später einverständlich aufgehoben wird.

Schließlich bekräftigt der BGH, dem Vormerkungsberechtigten fehle auch nicht das zur Durchsetzung seines Anspruchs notwendige **Rechtsschutzbedürfnis** (anders: OLG Rostock NotBZ 2007, 223, 224). Zwar sei der Vormerkungsberechtigte bei einer isolierten, d. h. von der Erfüllung des vorgemerkten Anspruchs losgelösten Löschung des Grundpfandrechts nicht antragsbefugt nach § 13 GBO. Der Vormerkungsberechtigte habe jedoch sowohl einen Anspruch gegen den Vormerkungsschuldner als auch gegen den Dritten, die beide geltend gemacht werden müssten, um den vorgemerkten Anspruch zu verwirklichen. Auch wenn der Vormerkungsberechtigte allein mit dem Urteil gegen den Dritten die Löschung des vormerkungswidrig eingetragenen Rechts noch nicht erreichen könne, sei die **Zustimmung des Dritten nach § 888 BGB** für die Verwirklichung des vorgemerkten Anspruchs unverzichtbar. Sei die Zustimmung erteilt, erfolge die Löschung der vormerkungswidrigen Eintragung mit Hilfe des Vormerkungsschuldners, der als Grundstückseigentümer gem. § 13 GBO zur Stellung des Löschantrags berechtigt sei.

GmbHG §§ 5 Abs. 1, 5a Abs. 2 S. 1 u. Abs. 5, 7 Abs. 2 S. 2, 57 Abs. 2

Volleinzahlung bei Barkapitalerhöhung einer UG (haftungsbeschränkt); „Umwandlung“ in GmbH erst mit Eintragung der Kapitalerhöhung; Verbot der Sacheinlage

1. Eine Beschlussfassung zur Kapitalerhöhung, mit der das Mindeststammkapital im Sinne des § 5 Abs. 1 GmbHG erreicht wird, führt noch nicht zu einem Wegfall der für eine „UG (haftungsbeschränkt)“ geltenden Beschränkungen im Sinne des § 5a Abs. 1 bis 4 GmbHG.

2. Die Beschränkungen des § 5a Abs. 1 bis 4 GmbHG entfallen erst dann, wenn eine Volleinzahlung des Stammkapitals im Sinne des § 5 Abs. 1 GmbHG erbracht worden ist.

OLG München, Beschl. v. 23.9.2010 – 31 Wx 149/10
Abruf-Nr.: 10952

Problem

In der Literatur ist bisher sehr streitig, ob für die **Kapitalerhöhung** einer UG auf 25.000,- € durch die sie zur **"regulären" GmbH** wird, noch das **Volleinzahlungsgebot** und das **Sacheinlageverbot** gelten (bejahend z. B. Heckschen, DStR 2009, 166, 170; verneinend Wicke, GWR 2010, 259). Im vorliegenden Fall war die betroffene UG (haftungsbeschränkt) erst im Februar 2010 mit einem Gesellschafter und einem Stammkapital in Höhe von 2.000,- € gegründet und am 2. März 2010 im Handelsregister eingetragen worden. Noch im März beschloss der Gesellschafter eine Barkapitalerhöhung auf 25.000,- € bei der sowohl er als auch ein neuer Gesellschafter zur Übernahme der neuen Geschäftsanteile zugelassen wurden. Die Geschäftsführer (Gründungsgeschäftsführer und neu bestellter zusätzlicher Geschäftsführer) versicherten wahrheitsgemäß, dass beide Gesellschafter jeweils die Hälfte des Nennbetrages der übernommenen Geschäftsanteile an die Geschäftsführung zur freien Verfügung gezahlt hatten. Das Registergericht beanstandete die Umfirmierung zur „GmbH“ und die Kapitalerhöhung wegen fehlender Volleinzahlung. Das OLG München wies die Beschwerde als unbegründet zurück.

Entscheidung

Das OLG München nimmt zu der streitig diskutierten Frage Stellung, zu welchem Zeitpunkt die für die UG in § 5a Abs. 1 bis 4 GmbHG geregelten Beschränkungen wegfallen. Nach Ansicht des OLG ist gem. dem Wortlaut des § 5a Abs. 5 Hs. 1 GmbHG die mit Eintragung im HR **wirksame Erhöhung** des Stammkapitals **auf 25.000,- €** der **maßgebliche Zeitpunkt** für den **Wechsel der anzuwendenden Vorschriften**. § 5a Abs. 5 GmbHG bilde insofern in systematischer Hinsicht eine Klammer um sämtliche Regelungen, die in § 5a Abs. 1 bis 4 GmbHG enthalten sind.

Die **Kapitalerhöhung auf 25.000,- €** unterliege dagegen **noch den strengeren Vorgaben** für die UG. Für sie gilt also etwa das Volleinzahlungsgebot. Das OLG München sah auch keine Notwendigkeit für eine teleologische Reduktion. Der Gesetzgeber habe die UG nicht generell der „regulären“ GmbH gleichstellen, sondern nur den Gründungsakt vereinfachen wollen, wofür im Gegenzug verschärfende Sonderregelungen zu beachten sind.

Das OLG geht mit dem gleichen Begründungsansatz kurz auf die ebenfalls sehr streitige, hier aber nicht relevante Frage ein, ob **Sacheinlagen** schon bei der Kapitalerhöhung auf 25.000,- € zulässig sind. Die Sonderregelung in § 5a GmbHG habe hinsichtlich der Erbringung des Stammkapitals bei der UG im Vergleich zur „regulären“ GmbH eine „Benachteiligung“ insofern zur Folge, als eine **Sacheinlage ausgeschlossen** und das **Stammkapital in voller Höhe einzubezahlen sei**. Die Folgefrage, ob Sacheinlagen im Rahmen einer Kapitalerhöhung möglich sind, stelle sich daher nicht.

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu 2 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:

Notar a. D. Sebastian Herrler, 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 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
Haugerpfarrgasse 9, 97070 Würzburg