

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

6. Jahrgang
Juli 1998
ISSN 1434-3460

14/1998

Mit Beilage BNotK-Intern

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 2270 - Gemeinschaftliches Testament -
Nachträgliche Schlußerbeneinsetzung der Nichte des
längerlebenden Ehegatten - Frage der Bindungswirkung
GmbHG §§ 32 a, b - Kapitalersatz im GmbH-Recht,
Enthftungsgestaltung

Gutachten im Fax-Abruf

Rechtsprechung

BeurkG § 53; BNotO § 15 - Aussetzen des Vollzuges
bei Widerspruch
BNotO § 15; KostO §§ 2, 154 - Zurückbehaltungsrecht
wegen Gebührenansprüchen
BGB §§ 530, 1372; BeurkG § 17 Abs. 1 - Belehrungs-
pflicht über Möglichkeit einer Rückforderungsklausel

bei ehebedingter Zuwendung

WEG § 15 Abs. 1 - Zweckwidmung als Ferienhäuser in
Gemeinschaftsordnung

BGB §§ 158, 874, 1018 - Unbedingte Eintragung einer
bedingt bestellten Grunddienstbarkeit

BGB § 890 Abs. 2; EGBGB Art. 233 § 4 Abs. 1 S. 1 a.
E., Abs. 6 - Bestandteilszuschreibung eines Grundstücks
zu einem selbständigen Gebäudeeigentum

HeimG § 14 Abs. 1 - Nichtigkeit der letztwilligen
Verfügung eines Heimbewerbers zugunsten des
Heimträgers

Aktuelles

Gesetzesbeschluß des Deutschen Bundestages zum
Gesetz zur Beschränkung der Haftung Minderjähriger
(Minderjährigenschaftsbeschränkungsgesetz - MHbeG)

Zustimmung des Bundesrates zur BNotO-Novelle

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 2270

Gemeinschaftliches Testament - Nachträgliche Schlußerbeneinsetzung der Nichte des längerlebenden Ehegatten - Frage der Bindungswirkung

I. Sachverhalt

Kinderlose Ehegatten haben sich in einem
handschriftlichen gemeinschaftlichen Testament von 1972
gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt. Schlußerben haben
sie nicht bestimmt. In einem Nachtrag aus dem Jahre 1977
haben sie übereinstimmend die Nichte der Ehefrau als
Schlußerbin eingesetzt. Dieser Testamentszusatz ist (was
sich aber heute wohl nicht mehr beweisen lassen wird) auf
Betreiben der Ehefrau und gegen den eigentlichen Wunsch
des Ehemannes errichtet worden.

Der Ehemann ist 1978 verstorben. Die Witwe möchte neu
testieren.

II. Frage

1. Ist im Rahmen eines gemeinschaftlichen
Ehegattentestamentes die Einsetzung der Nichte der
Ehefrau zur Schlußerbin auch mit Bindungswirkung zu
Lasten der Ehefrau als wechselbezüglich anzusehen?

2. Gilt etwas anderes, wenn die Einsetzung der
Schlußerbin durch einen Nachtrag zum gemein-
schaftlichen Testament (welches ursprünglich keine
Schlußerbeneinsetzung enthalten hatte) erfolgt und dieser
Nachtrag erst fünf Jahre nach Testamentserrichtung
stattfindet?

III. Rechtslage

Bei einem gemeinschaftlichen Testament von Ehegatten
ist nach dem Tod des einen Ehegatten der andere nach
Annahme der Erbschaft grundsätzlich an die von ihm
getroffenen wechselbezüglichen Verfügungen erbrechtlich
gebunden und kann diese nicht mehr einseitig widerrufen
(§ 2271 Abs. 2 S. 1 BGB).

Der Eintritt der erbrechtlichen Bindung setzt voraus, daß
es sich bei der Schlußerbeneinsetzung um eine letztwillige
Verfügung der Ehefrau handelt, die mit einer Verfügung
des erstverstorbenen Ehemannes **wechselbezüglich** ist.

Wechselbezüglich sind die in einem gemeinschaftlichen Testament getroffenen letztwilligen Verfügungen, wenn die Verfügung des einen Ehegatten nicht ohne die Verfügung des anderen getroffen worden wäre, wenn also jeder Ehegatte seine Verfügung gerade deshalb getroffen hat, weil auch der andere eine bestimmte Verfügung traf und nach dem Willen der gemeinschaftlich Testierenden die eine Verfügung mit der anderen stehen und fallen soll (vgl. § 2270 Abs. 1 BGB; Palandt/Edenhofer, BGB, 57. Aufl. 1998, § 2270 Rn. 1).

Die Ermittlung der Wechselbezüglichkeit einer Verfügung erfolgt nach Wortlaut und Inhalt des gemeinschaftlichen Testaments. Wenn dieses dazu - wie es hier der Fall ist - keine klaren und eindeutigen Anordnungen enthält, muß die Frage der Wechselbezüglichkeit durch **Auslegung** nach den allgemeinen Grundsätzen für jede einzelne Verfügung ermittelt werden, wobei es auf den übereinstimmenden Willen der Ehegatten zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung ankommt (Palandt/Edenhofer, a. a. O., § 2270 Rn. 5).

Erst wenn die **individuelle Auslegung** hinsichtlich der Frage der Wechselbezüglichkeit einer Verfügung kein eindeutiges Ergebnis erbracht hat, kann auf die **gesetzliche Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB** zurückgegriffen werden (BayObLG Rpfleger 1980, 283, 284; BayObLGZ 82, 474, 478; KG OLGZ 93, 398, 401).

a) Fraglich erscheint im vorliegenden Fall, ob dann, wenn sich aus der individuellen Auslegung der letztwilligen Verfügung kein eindeutiges Ergebnis hinsichtlich der Frage der Wechselbezüglichkeit ergibt, ohne weiteres auf die gesetzliche Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB zurückgegriffen werden kann, oder ob hier etwas anderes gilt, da die Einsetzung der Nichte als Schlußerin erst durch den **Nachtrag** zum gemeinschaftlichen Testament im Jahre 1977 erfolgt ist.

Grundsätzlich steht es den Ehegatten frei, die in einem früheren gemeinschaftlichen Testament getroffenen letztwilligen Verfügungen durch ein späteres gemeinschaftliches Testament nicht nur aufzuheben oder abzuändern, sondern auch zu ergänzen (vgl. BayObLG FamRZ 1986, 392, 393; BayObLG DNotZ 1994, 791, 792).

Nach allgemeiner Auffassung müssen auch die gegenseitige Erbeinsetzung der Ehegatten und die Berufung des **Schlußerben** (vgl. § 2269 BGB) nicht in derselben letztwilligen Verfügung erfolgt sein (BayObLG Rpfleger 1980, 283; BayObLG FamRZ 1986, 392, 393; BayObLG DNotZ 1994, 791, 792; OLG Frankfurt/M. FamRZ 1996, 1039).

Die Aufnahme einer Änderung oder Ergänzung des gemeinschaftlichen Testaments bewirkt, daß die früheren letztwilligen Verfügungen mit den späteren wechselbezüglich werden, wenn der Wille der gemeinschaftlich Testierenden dahin geht, daß nunmehr auch die früheren Verfügungen nur für den Fall der Wirksamkeit der neueren gelten sollen und umgekehrt (BayObLG FamRZ 1986, 392, 393; OLG Frankfurt/M. FamRZ 1996, 1039, 1040).

Es reicht folglich nicht aus, daß die Ehegatten nur den Willen zur Zusammenfassung mehrerer Testamente zu

einer Einheit hatten, sondern es ist weiterhin erforderlich, daß ein gemeinsamer **Wille der Ehegatten zur gegenseitigen Abhängigmachung der einzelnen Verfügungen** vorlag (Soergel/Wolf, BGB, 12. Aufl. 1992, § 2270 Rn. 6). Der Wille, die eine Verfügung von der anderen abhängig zu machen, bedeutet folglich den Willen zur Einschränkung der früheren gegenseitigen Erbeinsetzung durch die spätere Schlußerbeneinsetzung insoweit, als der Überlebende nicht mehr frei testieren können soll (BayObLG FamRZ 1986, 392, 393). Dies läßt sich letztlich nur durch **Auslegung** der letztwilligen Verfügung ermitteln, wobei bei Verfügungen, die in erheblichem Zeitabstand zueinander getroffen worden sind, nicht ohne weiteres Wechselbezüglichkeit angenommen werden kann (BayObLG FamRZ 1986, 392, 394; Soergel/Wolf, a. a. O., § 2270 Rn. 6). Die spätere Einsetzung eines Schlußerben ist auch nicht allein deshalb schon als wechselbezüglich anzusehen, weil die Ehegatten sich in der früheren Verfügung gegenseitig zu Erben eingesetzt haben (BayObLG FamRZ 1993, 1126, 1127; OLG Frankfurt/M. FamRZ 1996, 1039, 1040).

Die neuere Rechtsprechung geht jedoch davon aus, daß dann, wenn die in Frage stehenden Verfügungen nicht gleichzeitig getroffen worden sind, diese jedoch aufgrund des festgestellten Willens der verfügenden Ehegatten als Einheit i. S. eines gemeinschaftlichen Testaments anzusehen sind, grundsätzlich **auch die Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB anwendbar** ist (BayObLG DNotZ 1994, 791, 794; OLG Frankfurt/M. FamRZ 1996, 1039, 1040 m. w. N.). Diese Rechtsprechung ist u. E. nicht ganz widerspruchsfrei, da dann, wenn zur Ermittlung der Wechselbezüglichkeit auf die Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB zurückgegriffen werden muß, dem Umstand, daß die Schlußerbeneinsetzung erst in einer (ggf. wesentlich später) errichteten letztwilligen Verfügung erfolgt ist, keine Bedeutung mehr zugemessen wird (sondern nur im Rahmen der individuellen Auslegung des gemeinschaftlichen Testaments).

b) Für den vorliegenden Fall ist aber jedenfalls schon fraglich, ob dann, wenn die individuelle Auslegung der letztwilligen Verfügung kein eindeutiges Ergebnis erbracht hat, sich aufgrund der gesetzlichen Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB eine Wechselbezüglichkeit der Schlußerbeneinsetzung der Nichte ergeben würde. Nach **§ 2270 Abs. 2 BGB** ist Wechselbezüglichkeit im Verhältnis von letztwilligen Verfügungen zueinander im Zweifel anzunehmen, wenn sich die Ehegatten gegenseitig bedenken oder wenn dem einen Ehegatten von dem anderen eine Zuwendung gemacht wird und für den Fall des Überlebens des Bedachten von diesem eine Verfügung zugunsten einer Person getroffen wird, die mit dem anderen Ehegatten verwandt ist oder ihm sonst nahesteht.

Die Schlußerbeneinsetzung der Nichte ist folglich mit der Erbeinsetzung der Ehefrau durch den vorverstorbenen Ehemann im Zweifel dann wechselbezüglich, wenn es sich bei der Nichte um eine **Verwandte des vorverstorbenen Ehemannes oder eine ihm sonst nahestehende Person** handelte.

aa) Nach dem mitgeteilten Sachverhalt handelt es sich im vorliegenden Fall jedoch um eine Nichte der Ehefrau. Ein Verwandtschaftsverhältnis (§ 1589 BGB) liegt folglich nur zur Ehefrau vor, während zum vorverstorbenen

Ehemann der Erblasserin nur ein Schwägerschaftsverhältnis besteht (vgl. § 1590 BGB).

bb) **Bei der Nichte könnte es sich aber ggf. um eine dem vorverstorbenen Ehemann "sonst nahestehende" Person handeln.** Darunter fallen nur Personen, zu denen der betreffende Ehegatte enge persönliche und innere Bindungen gehabt hat, die mindestens dem üblichen Verhältnis zu nahen Verwandten entsprechen, wie dies etwa bei Adoptiv-, Stief- und Pflegekindern sowie engen Freunden, "bewährten Hausgenossen" und langjährigen Angestellten der Fall ist (BayObLGZ 82, 474, 478 f.; KG OLGZ 93, 398, 403). Nach Auffassung des KG (OLGZ 93, 398, 403) müssen also Beziehungen vorliegen, wie sie zwischen nahen Verwandten bestehen, die - zumindest zeitweise - auch in häuslicher Gemeinschaft zusammengelebt haben. Ob auch **verschwägte** Personen als i. S. v. § 2270 Abs. 2, 2. Alt. BGB "nahestehend" angesehen werden können, kann nicht generell beantwortet werden, sondern ist **im Einzelfall** aufgrund der zwischen den Verschwägerten bestehenden Verhältnisse zu entscheiden (BayObLG DNotZ 1977, 40, 42 m. Anm. v. Bengel, DNotZ 1977, 5; KG OLGZ 93, 398, 402; vgl. schon KG JFG 17, 44). So hat beispielsweise das BayObLG (DNotZ 1994, 791 ff. m. zust. Anm. Musielak) in einem Fall, in dem die Schlußerbin (eine Schwester der Erblasserin) längere Zeit für ihren Schwager tätig gewesen war und zwischen beiden eine innere Verbundenheit bestanden hatte, das "Einander-Nahestehen" bejaht. Regelmäßig ist aber davon auszugehen, daß **die bloße Schwägerschaft, die durch den überlebenden Ehegatten zum Erstverstorbenen vermittelt wird, alleine nicht genügen kann, um als nahestehende Person anerkannt zu werden** (Bengel, DNotZ 1977, 10; Dittmann/Reimann/Bengel, Testament und Erbvertrag, 2. Aufl. 1986, § 2270 Rn. 23). Denn im allgemeinen ist zu berücksichtigen, daß an den Begriff des "Nahestehens" hohe Anforderungen zu stellen sind, um die Vermutung der Wechselbezüglichkeit nach § 2270 Abs. 2 BGB nicht zur gesetzlichen Regel werden zu lassen (BayObLG DNotZ 1977, 40; BayObLGZ 82, 474, 478; KG OLGZ 93, 398, 403). Eine **enge Auslegung** ist auch schon deswegen geboten, weil die testierenden Ehegatten ohnehin nur solche - nicht verwandte - Personen bedenken werden, zu denen sie ein spannungsfreies und ungetrübtes Verhältnis haben (Bengel, DNotZ 1977, 8; BayObLGZ 82, 474, 479). Bei der zum Erben eingesetzten Person wird es sich folglich in nahezu allen Fällen um eine "nahestehende" Person handeln, so daß ein "besonderes" Nahestehen erfordert werden muß, da sonst in jedem Fall Wechselbezüglichkeit zu bejahen wäre. Außerdem ist zu berücksichtigen, daß in § 2270 Abs. 2 BGB verschwägte Personen den Verwandten des erstverstorbenen Ehegatten eben nicht gleichgestellt worden sind, so daß diese nicht ohne weiteres als abstrakt abgegrenzte Gruppe als bindend bedachte Zuwendungsempfänger einbezogen werden können (vgl. Bengel, DNotZ 1977, 8; KG OLGZ 93, 398, 403). Schließlich darf über eine extensive Auslegung der "nahestehenden" Personen nicht der sich aus einem Umkehrschluß aus § 2270 Abs. 2, 2. Alt. BGB herleitbare Grundsatz, daß der überlebende Ehegatte an die Schlußerbeneinsetzung eigener Verwandten prinzipiell nicht gebunden ist, ausgehöhlt werden (Bengel, DNotZ 1977, 10).

cc) Nach dem eben Dargelegten ist folglich davon auszugehen, daß die Erblasserin nur dann an die Schlußerbeneinsetzung der Nichte erbrechtlich gebunden ist, wenn zwischen dem vorverstorbenen Ehemann der

Erblasserin und ihrer Nichte besondere persönliche Beziehungen oder Bindungen bestanden, die über das übliche, durch die Ehefrau vermittelte Verwandtschaftsverhältnis hinausgingen (vgl. KG OLGZ 93, 398, 404).

GmbHG §§ 32 a, b Kapitalersatz im GmbH-Recht, Enthftungsgestaltung

I. Sachverhalt

Eine GmbH hat die Gesellschafter A und B, die mit je 25.000,00 DM am Stammkapital der Gesellschaft beteiligt sind. Der Gesellschafter A möchte aus der Gesellschaft ausscheiden. Er hat jedoch einer Bank, die der Gesellschaft ein zur Weiterführung der Geschäftstätigkeit notwendiges Darlehen in Höhe von 550.000,00 DM gewährt hat, zur Sicherung des Darlehens eine Grundschuld an einem ihm persönlich gehörenden Grundstück bestellt.

Beide Gesellschafter sind bereit, der Gesellschaft oder auch der Bank jeweils 275.000,00 DM zuzuführen, möchten jedoch sicher sein, daß sie nicht zusätzlich von den Gläubigern aufgrund der kapitalersetzenden Funktion der von der Bank aufzubehaltenden Grundschuldensicherheit oder wegen Bevorzugung eines Gläubigers oder aus einem sonstigen Rechtsgrund erneut in Anspruch genommen werden.

II. Frage

1. Durch welche Maßnahmen kann ein Gesellschafter, der einem Darlehensgeber der Gesellschaft in der Krise der Gesellschaft eine Sicherheit für einen gewährten Kredit gestellt hat, eine persönliche Inanspruchnahme durch die Gläubiger der Gesellschaft ausschließen?

2. Haben Gesellschafter eine weitere Inanspruchnahme durch Gläubiger zu befürchten, wenn sie das von einem Dritten gewährte kapitalersetzende Darlehen, für das einer der Gesellschafter eine Grundschuldensicherheit gewährt hat, unmittelbar an den Gläubiger zurückzahlen und gegenüber der Gesellschaft auf alle diesbezüglichen Erstattungsansprüche verzichten?

III. Rechtslage

1. Das Recht der eigenkapitalersetzenden Gesellschafterleistungen ist zum einen in §§ 32 a, b GmbHG geregelt. Daneben treten aber nach der Rechtsprechung des BGH auf der Grundlage der §§ 30, 31 GmbHG entwickelte sog. Rechtsprechungsgrundsätze zum Eigenkapitalersatz (vgl. BGHZ 90, 381, 388; Scholz/K. Schmidt, 8. Aufl., vor § 32 a Rn. 1; Baumbach/Hueck, GmbHG, 16. Aufl., § 32 a Rn. 72 ff.). In § 32 a Abs. 1 ist zunächst geregelt, **daß, wenn ein Gesellschafter in einem sog. Krisenzeitpunkt der Gesellschaft ein Darlehen gewährt, er den Anspruch auf Rückgewähr des Darlehens im Konkurs- oder im Vergleichsverfahren nicht geltend machen kann.** Nach § 32 a Abs. 2 GmbHG sind von den Regeln über den Eigenkapitalersatz **auch die Darlehen und deren Sicherheiten erfaßt, die ein Dritter der Gesellschaft im Krisenzeitpunkt zugeführt hat und für die ihm ein Gesellschafter für die Rückgewähr des Darlehens eine**

Sicherung bestellt hat oder er sich dafür verbürgt hat.

Grundsituation für alle kapitaleretzenden Gesellschafterleistungen ist die **Krise der Gesellschaft**. Hierunter wird eine Lage verstanden, in der die Gesellschaft entweder konkursreif, nämlich zahlungsunfähig bzw. überschuldet, oder kreditunwürdig ist. Das Merkmal der Kreditwürdigkeit ist dann erfüllt, wenn die Gesellschaft zwar noch nicht konkursreif ist, wenn sie aber ohne die Gesellschafterleistung liquidiert werden müßte und kein vernünftig handelnder außenstehender Kreditgeber der GmbH einen Kredit ohne die Gesellschafterleistung (z. B. hier die Bürgschaft oder die Grundschuld) gewähren würde (vgl. BGH NJW 1980, 1524; BGH NJW 1981, 2570; BGH NJW 1982, 383; Baumbach/Hueck, GmbHG, § 32 a Rn. 41 ff.; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 14. Aufl., § 32 a Rn. 20; BGH ZIP 1992, 1382; BGH ZIP 1997, 1648; BGH WM 1998, 243; die letzte Entscheidung betrifft insbesondere die Frage der Krise bei einer Kreditsicherheit in Form einer Grundschuld).

Weiterhin ist festzustellen, daß als Kreditsicherheit im Sinne des § 32 a Abs. 2 GmbHG nicht nur die ausdrücklich erwähnte Bürgschaft, sondern auch ein Schuldbeitritt, Grundpfandrechte (OLG Hamburg ZIP 1984, 584), Kreditzusagen oder sonstige Sicherheiten anzusehen sind (Hachenburg/Ulmer, GmbHG, 7. Aufl., § 32 a, b Rn. 135 ff.; BGH ZIP 1989, 161; von Gerkan/Hommelhoff, Kapitalersatz im Gesellschafts- und Insolvenzrecht, 5. Aufl. 1997, 139 ff.).

2a) Geht man nachfolgend davon aus, daß es sich um eine kapitaleretzende Kreditsicherheit im Sinne des § 32 a Abs. 2 GmbHG handelt, stellt sich die weitere Frage, **welche Rechtsfolgen hieraus resultieren**. Nach der h. M. ist für den Kreditgeber, also die Bank, außerhalb des Konkursverfahrens festzustellen, daß der Dritte nicht gehalten ist, vor der Inanspruchnahme der Gesellschaft zunächst Befriedigung aus der vom Gesellschafter gestellten Sicherheit zu suchen. In einem solchen Fall ist also der Kreditgläubiger durch die für die Gesellschafter geltenden Kapitalersatzregeln nicht gehindert, seinen aus dem Darlehen folgenden Anspruch gegen die Gesellschaft geltend zu machen. Diese ist ihm außerhalb des Konkursverfahrens gegenüber auch zur Erfüllung verpflichtet (so BGH ZIP 1985, 158; BGH ZIP 1992, 108 = NJW 1992, 1166; von Gerkan/Hommelhoff, a. a. O., 144 f.; Scholz/K. Schmidt, §§ 32 a, b Rn. 145).

b) Im Verhältnis zu dem die Sicherheit stellenden Gesellschafter gilt allerdings nach der h. M. folgendes: Soweit der **Gesellschafter** eine Kreditschuld der Gesellschaft in eigenkapitaleretzender Weise gesichert hat, **ist er der Gesellschaft gegenüber verpflichtet, sie von dieser Verbindlichkeit freizustellen** (so ausdrücklich BGH ZIP 1992, 108, 109 = NJW 1992, 1166 = GmbHR 1992, 166; zustimmend Lutter/Hommelhoff, GmbHG, §§ 32 a, b Rn. 103; Scholz/K. Schmidt, GmbHG, §§ 32 a, b Rn. 145, 147; von Gerkan/Hommelhoff, 149). In der Grundlagenentscheidung vom 12.09.1991 (NJW 1992, 1166) hat der BGH hierzu folgendes wörtlich festgestellt:

“Das ändert freilich nichts daran, daß die Kreditrückführung aus Mitteln des zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögens eine Auszahlung an die Bürgen der Gesellschafter im Sinne des § 30 Abs. 1 GmbHG darstellte. Dies löste gegen sie einen

Rückzahlungsanspruch aus, der nicht nur auf der im vorliegenden Fall zusätzlich eingreifenden Vorschrift des § 32 b S. 1 GmbHG, sondern auch auf § 31 Abs. 1 GmbHG beruhte. Darüber hinaus waren die Gesellschafter der Gesellschaft gegenüber schon vorher verpflichtet, sie von der Rückzahlungsforderung der Kreissparkasse bei deren Fälligkeit freizustellen. Der Beklagte zu 2 war seinerzeit als Geschäftsführer grundsätzlich gehalten, diesen Freistellungsanspruch rechtzeitig gegen die Gesellschafter geltend zu machen, damit das Gesellschaftsvermögen geschont würde. Die Verletzung einer solchen Pflicht kann ebenso wie sonst die gegen § 30 Abs. 1 GmbHG verstoßende Auszahlung selbst zu einem Schadensersatzanspruch der Gesellschaft gegen den Geschäftsführer nach § 43 Abs. 2 und 3 GmbHG führen. Die daneben bestehende Erstattungsforderung gegen die Gesellschafter dürfte einem solchen Anspruch unabhängig von deren Zahlungsfähigkeit nicht entgegenstehen.”

Im Ergebnis hat also der BGH festgestellt, daß zum einen eine interne Freistellungsverpflichtung des Gesellschafters gegenüber seiner GmbH im Hinblick auf den Kredit besteht, der durch die eigenkapitaleretzende Sicherheit abgesichert wurde. **Zum anderen ist der Geschäftsführer der GmbH verpflichtet, diese interne Primärhaftung des Gesellschafters auch schon vor dem Konkurs geltend zu machen.** K. Schmidt (in: Scholz, § 32 a, b Rn. 147) weist zu Recht darauf hin, daß diese Freistellungsverpflichtung des Gesellschafters das Kapital und die Liquidität der Gesellschaft schonen soll. Zu beachten ist allerdings, daß der Anspruch der Gesellschaft auf Freistellung aus der entsprechenden Anwendung des § 30 Abs. 1 GmbHG nur den Betrag des kapitaleretzenden Darlehens umfaßt, der benötigt wird, das fehlende Stammkapital sowie eine hierüber hinausgehende Verschuldung abzudecken (so BGH ZIP 1992, 108, 109; von Gerkan/Hommelhoff, 149). Nur insoweit besteht der Freistellungsanspruch.

Der Anspruch leitet sich aus der Erwägung her, daß eine Rückführung des Kredits durch die Gesellschaft aus ihrem Vermögen zu einer Entlastung des sichernden Gesellschafters und in der Sache zu einer Auszahlung von Gesellschaftsmitteln an diesen führen würde, und damit, soweit dadurch das Stammkapital betroffen wäre, ein Verstoß gegen § 30 Abs. 1 GmbHG darstellen würde (so von Gerkan/Hommelhoff, a. a. O., 149).

3. Die Frage, inwieweit die Gesellschafter sich von der Inanspruchnahme aus Grundsätzen des Kapitalersatzrechtes befreien können, wird in der Literatur nur sehr cursorisch behandelt. Der BGH hat in einer Entscheidung aus dem Jahre 1992 (ZIP 1992, 618 = NJW 1992, 1764 = GmbHR 1992, 296) folgendes ausgeführt:

“Das Berufungsgericht verkennt dabei, daß der Versuch, von dem Gläubiger aus der Bürgschaftsverpflichtung entlassen zu werden, keineswegs der einzige Weg ist, auf dem ein Gesellschafter, der sich für die Kreditverbindlichkeit der Gesellschaft verbürgt hat, seine Finanzierungshilfe für die aus eigener Kraft nicht mehr lebensfähige Gesellschaft beenden kann. Denn auch wenn der vom Berufungsgericht erörterte Weg nicht gangbar ist, bleibt dem Gesellschafter bei wesentlicher Verschlechterung der Vermögensverhältnisse der Gesellschaft die Möglichkeit, entweder unmittelbar die Abwicklung der Gesellschaft zu betreiben oder sie mittelbar dadurch zu erzwingen, daß er von der

Gesellschaft nach § 775 Abs. 1 Nr. 1 BGB Befreiung von seiner Bürgschaft verlangt. Entsprechende Abwicklungsmöglichkeiten stehen ihm regelmäßig auch dann zu Gebote, wenn er im Auftrag der Gesellschaft andere Sicherheiten aus seinem Privatvermögen gestellt hat."

Pape (ZIP 1996, 1409, 1416) weist darauf hin, daß eine Umqualifizierung einer Kredithilfe als Eigenkapitalersatz dadurch vermieden werden kann, daß der Gesellschafter die Gesellschaft veranlaßt, unverzüglich einen Konkursantrag zu stellen, so daß er seiner Pflicht zur sofortigen Liquidation der Gesellschaft genügt, oder er muß die Bürgschaft wegen Eintritts wichtiger Umstände fristlos kündigen. Folge dieser fristlosen Kündigung sei zwar nicht, daß der Bürge von seiner Haftung gegenüber dem Hauptschuldner frei werde. Diesem gegenüber bleibe er vielmehr in dem Umfang verpflichtet, in dem die Bürgschaft zum Zeitpunkt der Kündigung valutierte. Folge der rechtzeitigen Kündigung sei aber, daß eine Inanspruchnahme wegen einer eigenkapitalersetzenden Gesellschafterleistung ausscheide.

Als dritte Lösung dürfte auch die Möglichkeit bestehen, daß der Gesellschafter den Freistellungsanspruch erfüllt. Von Gerkan/Hommelhoff (a. a. O., 149) sind daher zu Recht der Auffassung, daß es dem Gesellschafter überlassen bleibe, auf welche Weise er die aus dem Kapitalersatz folgende Freistellungsverpflichtung erfüllt. Er habe insbesondere die **Wahl, die Kreditschuld als Dritter gem. § 267 BGB zu tilgen, der Gesellschaft die Mittel zur Tilgung zur Verfügung zu stellen oder die Kreditschuld in befreiender Weise zu übernehmen.** Der BGH hat dies zwar in dieser Deutlichkeit noch nicht gesagt, man wird aber wohl davon ausgehen dürfen, daß diese Aussage auch von der h. M. geteilt wird. K. Schmidt (in: Scholz, §§ 32 a, b Rn. 156) weist auch im Rahmen des § 32 b S. 3 GmbHG darauf hin, daß die Erstattungspflicht durch die Höhe des Kredits begrenzt werde. Sei z. B. ein Warenlager des Gesellschafters zur Sicherung eines Kredits von 40.000,00 DM übereignet, so brauche der Gesellschafter, um der Ersetzungsbefugnis bei Realsicherheiten nach § 32 b S. 3 GmbHG genüge zu tun, nur Waren, die einen Ertrag von 40.000,00 DM erbringen werden, zur Verfügung zu stellen (ähnlich Baumbach/Hueck, § 32 b Rn. 4). Insofern kann wohl der Auffassung von von Gerkan/Hommelhoff zugestimmt werden, daß der Gesellschafter mit Erfüllung des Freistellungsanspruchs, also mit Tilgung der Kreditschuld als Dritter gem. § 267 BGB den Ansprüchen, die aus der Kapitalersatzqualifikation resultieren, nachkommt und damit die Qualifikation als Eigenkapital beendet.

4. **Zusammenfassend** kann man also feststellen, daß nach der h. M. die Tilgung des die Qualifikation rechtfertigenden Drittkredits den Anspruch aus Eigenkapitalersatz erfüllt und daß zum anderen der Sicherungsgeber die Möglichkeit hat, nach Treu und Glauben eine Kündigung des Sicherungsvertrages mit dem Gläubiger auszusprechen, wenn wichtige Umstände dies rechtfertigen. Als wichtiger Grund wird dabei auch der Verlust der Kreditwürdigkeit des Hauptschuldners angesehen (vgl. Pape, ZIP 1996, 1416; wohl auch BGH ZIP 1992, 618, 620; von Gerkan/Hommelhoff, 142). Folge dieser fristlosen Kündigung ist, daß der Bürge in dem Umfang verpflichtet bleibt, in dem die Bürgschaft zum Zeitpunkt der Kündigung valuiert ist. In dieser Höhe dürfte dann auch nur der Anspruch auf Freistellung aus

Kapitalersatzregeln folgen.

Insgesamt kann daher die Rückführung des Kredits verbunden mit der Kündigung wegen Verlusts der Kreditwürdigkeit des Hauptschuldners, der GmbH, eine Möglichkeit darstellen, aus den Kapitalersatzregeln "herauszukommen."

Hinweis: Durch zwei Gesetzesänderungen sind seit Ende April die Regelungen des § 32 a GmbHG eingeschränkt. Das Kapitalaufnahmeerleichterungsgesetz (BGBl. 1998, I 708) bestimmt, daß "die Regel über den Eigenkapitalersatz nicht für den nicht geschäftsführenden Gesellschafter gelten, der mit 10% oder weniger am Stammkapital beteiligt ist. Schließlich wird durch das Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (BGBl. 1998, I 798) § 32 a Abs. 3 GmbHG um ein Sanierungsprivileg ergänzt: "Erwirbt ein Darlehensgeber in der Krise der Gesellschaft Geschäftsanteile zum Zweck der Überwindung der Krise, führt dies für seine bestehenden oder neu gewährten Kredite nicht zur Anwendung der Regeln über den Eigenkapitalersatz" (vgl. hierzu von Gerkan, GmbHR 1997, 677; Götte, DStR 1997, 2027; Tenz, BB 1997, 1265; Kallmeyer, GmbHR 1998, 307; Seibert, GmbHR 1998, 309; Dauner/Lieb, DStR 1998, 609).

Gutachten im Faxabruf

Folgende Gutachten können Sie im Fax-Abruf-Dienst unter der angegebenen Fax-Abruf-Nummer anfordern. Funktionsweise und Bedienung des Fax-Abruf-Dienstes sind im DNotI-Report 2/1997 erläutert. Die Service-Nr. lautet: 0931/355 76 43.

Bitte beachten Sie: Unser Fax-Abruf-Dienst ist sprachmenügesteuert. Bitte benutzen Sie deshalb **nicht** direkt die nachstehende Fax-Abruf-Nummer i. V. mit der Fax-Abruf-Taste an Ihrem Gerät.

BNotO § 23

Beschlagnahmewirkung der Pfändung lediglich des Auskehrungsanspruchs bei nachträglicher Pfändung auch des Kaufpreisanpruchs

Dokumentennr. Fax-Abruf: 1191

GBO § 35 Abs. 1

Nachweis der Erbfolge nach Eintritt des Nacherbfalls

Dokumentennr. Fax-Abruf: 1192

BGB § 504

Umgehung eines Vorkaufsrechts durch Bestellung eines Erbbaurechtes

Dokumentennr.: Fax-Abruf: 1193

MaBV § 3 Abs. 1 Nr. 3, § 7 Abs. 1

Freistellungsversprechen und Käuferfinanzierung durch Globalgläubigerin; Freistellung nur gegen Rückgabe einer Bürgschaft nach § 7 Abs. 1 MaBV

Dokumentennr. Fax-Abruf: 1194

BGB § 244

Berechnung der Wertänderung aufgrund Wertsicherungsklausel

Dokumentennr. Fax-Abruf: 1195

BeurkG § 53; BNotO § 15 Aussetzen des Vollzuges bei Widerspruch

Nach Vollzugsreife darf der Notar von der Einreichung der Urkunde beim Grundbuchamt u. a. absehen, wenn es in hohem Maße wahrscheinlich ist, daß beim Vollzug der Urkunde das Grundbuch unrichtig werden würde. Eine etwaige Anfechtung des Vertrages bleibt in der Regel den Parteien überlassen. Die Wirksamkeit einer solchen Anfechtung hat der Notar grundsätzlich nicht zu überprüfen. Bloße Zweifel an der Wirksamkeit eines Vertrages berechtigen den Notar nicht, entgegen den Weisungen der Vertragsparteien von der Einreichung der Urkunde beim Grundbuchamt abzusehen.

BayObLG, Beschl. v. 27.05.1998 - 3Z BR 28/98
Kz.: L III 2 - § 53 BeurkG
Dokumentennr. Fax-Abruf: 705

Problem

Dem Notar obliegt gem. § 53 BeurkG die Amtspflicht, aufgenommene Urkunden, zu deren Vollzug eine Grundbucheintragung notwendig ist, ohne Verzögerung beim Grundbuchamt einzureichen, wenn nicht die Beteiligten gemeinsam etwas anderes verlangen. Umstritten ist, inwieweit einseitige Weisungen ein Aussetzen des Vollzuges erlauben (vgl. eingehend Gutachten DNotI-Report 1997, 109; OLG Hamm MittRhNotK 1994, 183; BayObLG FGPrax 1998, 78). Im vorliegenden Fall hatte im Rahmen der Abwicklung eines Kaufvertrages über eine Eigentumswohnung der Notar vom Vollzug abgesehen, weil hinsichtlich der Auslegung der Teilungserklärung Zweifel entstanden waren, ob der Dachspeicher, der mitverkauft war, nach der Teilungserklärung Gemeinschaftseigentum geblieben war oder zum Sondereigentum der Wohnung gehörte.

Entscheidung

Das BayObLG weist auf die h. M. hin, nach der der Notar nur in Ausnahmefällen und unter ganz besonderen Umständen berechtigt ist, auf einseitige Weisung seine Vollzugstätigkeit aufzuschieben. Ein solcher Sachverhalt könne nur angenommen werden, **wenn der Beteiligte dem Notar einen ausreichend substantiierten und glaubhaften Sachverhalt vortrage, der einen Anfechtungs- oder Unwirksamkeitsgrund gegeben erscheinen lasse, und der andere Beteiligte keine durchgreifenden Einwendungen vorbringen könne. Eine Weigerung könne ferner berechtigt sein, wenn eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür spreche, daß durch Vollzug der Urkunde das Grundbuch unrichtig werden würde, und ferner, wenn mit höchster Wahrscheinlichkeit feststehen würde, daß der Kaufpreis noch nicht voll gezahlt sei, so daß es an der Vollzugsreife fehlen würde.** Im vorliegenden Fall ist nach Auffassung des BayObLG kein ausreichender Grund für die Amtsverweigerung des Notars zu bejahen. Es reiche nicht aus, wenn der beurkundende Notar lediglich Zweifel habe, wie eine Teilungserklärung auszulegen sei.

BNotO § 15; KostO §§ 2, 154 Zurückbehaltungsrecht wegen Gebührenansprüchen

1. Der Notar ist dann ausnahmsweise befugt, weitere Beschwerde gegen die Anweisung des ihm sachlich übergeordneten Landgerichts zur Auszahlung eines bei ihm hinterlegten Betrages einzulegen, wenn er die Weigerung zur Auszahlung auf eigene Gebührenansprüche stützt.

2. Der Notar darf einen von mehreren Kostengesamtschuldern grundsätzlich auch dann in Anspruch nehmen, wenn ein anderer von ihnen die Kosten im Innenverhältnis übernommen und der Notar es unterlassen hat, von dem anderen einen Kostenvorschuß anzufordern.

3. Der Notar darf wegen eigener Gebührenansprüche bei ihm hinterlegtes Treuhandgeld jedenfalls dann zurückbehalten, wenn die Hinterlegung und die Gebührenansprüche dasselbe Geschäft betreffen. Die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts setzt allerdings insoweit, als sie nicht nur wegen der Hebegebühren des § 149 KostO erfolgt, die Erteilung einer Kostenberechnung voraus.

OLG Frankfurt/Main, Beschl. v. 23.04.1998 - 20 W 139/95
Kz.: L III 3 - § 154 KostO
Dokumentennr. Fax-Abruf: 706

Problem

Im vorliegenden Fall hatte der Notar bei einer Abwicklung eines Kaufvertrages über Notaranderkonto einen Teil des hinterlegten Kaufpreises nach Eintritt der Auszahlungsreife zur Deckung seiner Kosten zurückbehalten und nur den Rest an den Verkäufer ausgezahlt. Das Landgericht hatte auf Beschwerde nach § 15 BNotO den Notar angewiesen, auch den zurückbehaltenen Betrag auszuzahlen. Es war nun fraglich, inwieweit der Notar gegen diese Entscheidung selbst Rechtsmittel einlegen konnte und ob die Zurückbehaltung rechtmäßig war.

Entscheidung

Das OLG Frankfurt ist der Auffassung, daß **ausnahmsweise der Notar die weitere Beschwerde einlegen konnte.** Der Notar sei zwar in einem Verfahren nach § 15 Abs. 1 BNotO weder Beschwerdegegner noch sonst Verfahrensbeteiligter, sondern habe die Funktion einer ersten Instanz (OLG Frankfurt JurBüro 1997, 256; FGPrax 1997, 200; OLG Schleswig DNotZ 1993, 67). Deshalb habe der Notar grundsätzlich kein Recht zur Einlegung der weiteren Beschwerde. Dies hindere jedoch nicht, dem Notar auch im Verfahren nach § 15 BNotO die Stellung eines Verfahrensbeteiligten dann einzuräumen, wenn er die Verweigerung einer bestimmten, von ihm verlangten Amtshandlung auf eigene Rechte, insbesondere eigene Gebührenansprüche stütze (vgl. OLG Köln DNotZ 1989, 257; OLG Düsseldorf DNotZ 1991, 557).

Das OLG Frankfurt weist darauf hin, daß die KostO in §§ 10, 141 (Zurückbehaltung von Urkunden bis zur Bezahlung der Kosten) und den § 149 Abs. 1 S. 3 (Entnahmebefugnis bei notariellen Verwahrungsgeschäften hinsichtlich der Hebegebühren)

kostenrechtliche Sondervorschriften enthalte, die nicht als abschließende Regelung, sondern als beispielhafte Aufzählung verstanden würden (Seybold/Schippel/Kanzleiter, BNotO, 6. Aufl., § 12 DNotRn. 16; a. A. KG DNotZ 1987, 566). Deshalb werde allgemein angenommen, daß dem Notar nach Eintritt der Auszahlungsreife ein **Entnahmerecht und ein Zurückbehaltungsrecht jedenfalls dann zustehe, wenn es um seine Gebührenansprüche aus dem zugrundeliegenden Notariatsgeschäft gehe** (OLG Köln DNotZ 1989, 257; Zimmermann, DNotZ 1989, 262, 264). Das OLG Frankfurt nimmt keine Stellung zu der Streitfrage, ob der Notar auch Gebühren aus anderen Notariatsgeschäften verrechnen oder zurückbehalten darf (verneinend KG DNotZ 1987, 566; bejahend OLG Köln DNotZ 1987, 571).

BGB §§ 530, 1372; BeurkG § 17 Abs. 1 Belehrungspflicht über Möglichkeit einer Rückforderungsklausel bei ehebedingter Zuwendung

Es sprechen gute Gründe dafür, eine Belehrungspflicht des Notars bei der Beurkundung einer ehebedingten Zuwendung über die Möglichkeit einer Rückforderungsklausel für den Scheidungsfall durch einen kurzen Hinweis zu bejahen (Leitsatz des Bearbeiters).

OLG Koblenz, Urt. v. 05.11.1997 - 1 U 1530/95

Kz.: L III 2 - § 17 BeurkG

Dokumenten-Nr. Fax-Abruf: 703

Problem

Ein Ehemann hatte seiner damaligen Ehefrau Hausgrundstück und Inventar in einer ehebedingten (unbenannten) Zuwendung übereignet. Nach der Trennung der Eheleute verlangte er das Grundstück wegen groben Undanks zurück. Nachdem dieses Verfahren durch Vergleich endete, wollte der Ehemann Regreß beim beurkundenden Notar aus Amtshaftung nach § 19 Abs. 1 BNotO nehmen. Der Notar habe ihn nicht auf die Möglichkeit der Vereinbarung einer Rückforderungsklausel für den Scheidungsfall hingewiesen.

Entscheidung

Das OLG Koblenz entschied in der Sache nicht, da der Ehemann für die Behauptung der Amtspflichtverletzung des Notars keinen Beweis antrat. In einem obiter dictum stellt es aber fest, daß aus seiner Sicht gute Gründe dafür sprechen, daß ein **kurzer Hinweis auf die Möglichkeit einer Rückforderungsklausel erforderlich, aber auch ausreichend sei**. Dabei wies es insbesondere auf Ausführungen von *Langenfeld* hin (DNotZ 1985, Sonderheft zum XXII. Deutschen Notartag, S. 177 f.; ders., NJW 1986, 2541).

Hinweis:

Das OLG Düsseldorf (MittRhNotK 1996, 361 f.) geht demgegenüber davon aus, daß ein derartiger Hinweis nicht mehr zur Rechtsbelehrung i. S. d. § 17 BeurkG gehöre.

WEG § 15 Abs. 1 Zweckwidmung als Ferienhäuser in Gemeinschaftsordnung

Bestimmt die Gemeinschaftsordnung, daß die Eigentumswohnungen nur als Ferienhäuser benutzt werden dürfen, so steht es nach der Gemeinschaftsordnung jedem Wohnungseigentümer frei, ob er sich selbst um Feriengäste bemüht, ob er einen Makler beauftragt oder ob ein Pächter zwischengeschaltet wird.

BayObLG, Beschl. v. 20.11.1997 - 2Z BR 112/97

Kz.: L I 4 - § 15 Abs. 1 WEG

Dokumentennr. Fax-Abruf: 707

Problem

Im Rahmen einer Gemeinschaftsordnung war bestimmt, daß die Wohnungseigentumseinheiten "zur Nutzung im Rahmen eines Feriendorfbetriebes zur Verfügung zu stellen" sind: "Die Häuser dürfen nur als Ferienhäuser verwendet werden." Sie müssen "ganzjährig an ständig wechselnde Gäste zum Gebrauch überlassen werden". Die "Begründung eines Dauerwohnsitzes" ist ausgeschlossen. Die Mehrheit der Wohnungseigentümer verpachtete ihre Ferienhäuser an eine KG, die ihrerseits die Wohnungen an ständig wechselnde Feriengäste vermietete. Diese Verpachtung hielten andere Wohnungseigentümer für unzulässig.

Entscheidung

Das BayObLG konnte weder aus dem Wortlaut noch aus dem Sinn der Gemeinschaftsordnung irgendeinen Anhaltspunkt für die Auffassung entnehmen, daß ein Wohnungseigentümer sein Ferienhaus nur unmittelbar an ständig wechselnde Feriengäste vermieten dürfe und es nicht auch zur Weitervermietung an einen gewerblichen Unternehmer als Pächter überlassen dürfe.

Die Entscheidung des BayObLG bestätigt eine ständige Rechtsprechung, wonach durch Gebrauchsregelung nach § 15 Abs. 1 i. V. m. § 10 Abs. 2 WEG bestimmt werden kann, daß die Einheiten lediglich als Ferienappartements durch Vermietung/Verpachtung an einen gewerblichen Zwischenpächter genutzt werden dürfen (BayObLG Rpfleger 1982, 63; BayObLG DWE 1984, 125; BayObLG NJW-RR 1988, 1163; BayObLG WE 1992, 208 - implizit auch BayObLG WE 1992, 177) oder nur als Studentenheim durch Vermietung an einen gewerblichen Zwischenmieter (BayObLG WuM 1994, 156). Diese Rechtsprechung ist auch für das "Betreute Wohnen" interessant. Denn entsprechend kann man dort in der Gemeinschaftsordnung jedenfalls festlegen, daß sämtliche Wohnungseigentümer zur Verpachtung an eine Betreiber-gesellschaft verpflichtet sind. Der vorliegende Sachverhalt betraf die Besonderheit, daß die Verpachtung nicht ausdrücklich in der Gemeinschaftsordnung vorgesehen war. Von daher stand es den Wohnungseigentümern frei, wie sie die Nutzung als Ferienhäuser durchführten.

BGB §§ 158, 874, 1018
Unbedingte Eintragung einer bedingt
bestellten Grunddienstbarkeit

1. Ist eine Unterlassungsverpflichtung auflösend bedingt und wird zur Sicherung der Verpflichtung eine "entsprechende" Grunddienstbarkeit bestellt, kann davon ausgegangen werden, daß die dingliche Einigung ein bedingtes Recht zum Gegenstand hat.

2. Eine Bedingung gehört nicht zum Inhalt eines beschränkten dinglichen Rechts; sie ist deshalb in den Eintragungsvermerk aufzunehmen; eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung ist insoweit nicht zulässig.

3. Wird bei einer Dienstbarkeit die auflösende Bedingung, unter der das Recht bestellt wurde, nicht in den Eintragungsvermerk aufgenommen, entsteht nur ein auflösend bedingtes Recht; soweit darüber hinaus ein unbedingtes Recht eingetragen ist, tritt teilweise Grundbuchunrichtigkeit ein.

BayObLG, Beschl. v. 26.03.1998 - 2Z BR 46/98

Kz.: L I 1 - § 874 BGB

Dokumentennr. Fax-Abruf: 701

Problem

Beim Kauf eines Grundstücks hatte sich der Erwerber verpflichtet, darauf keine Gastwirtschaft oder Kantine, keinen Getränkehandel und keine Metzgerei zu betreiben. Diese Verpflichtung sollte jedoch nur solange bestehen, solange eine auf einem anderen Grundstück befindliche Gaststätte besteht. Zur Sicherung dieser Verpflichtung wurde eine Grunddienstbarkeit zugunsten des Gaststättengrundstücks bestellt und eingetragen. Über zwanzig Jahre später wurde die Unterlassungsdienstbarkeit gelöscht aufgrund einer mit Unterschrift und Siegel versehenen Abschrift eines Gemeinderatsbeschlusses, wonach eine Gaststätte auf dem herrschenden Grundstück seit fast zwei Jahrzehnten nicht mehr bestehe. Der gegen die Löschung zunächst eingetragene Amtswiderspruch ist nach dem Beschluß sowohl des Landgerichts wie des BayObLG zu löschen.

Entscheidung

Das BayObLG befaßte sich lediglich mit der Frage, ob das Grundbuch aufgrund der Löschung der Grunddienstbarkeit unrichtig geworden sei. Es hielt die Auslegung des Landgerichts für rechtsfehlerfrei, wonach sich aufgrund der auflösenden Bedingung für die zugrundeliegende Verpflichtung auch eine auflösende Bedingung bei der Bestellung der zur Absicherung der Verpflichtung übernommenen Unterlassungsdienstbarkeit ergebe. Soweit über die dingliche Einigung hinaus ein unbedingtes Recht eingetragen sei, trete teilweise Grundbuchunrichtigkeit ein (unter Verweis auf BGH NJW 1990, 112, 114).

Dabei ließ das BayObLG ausdrücklich offen, ob der für eine Löschung der Grunddienstbarkeit im Wege der Grundbuchberichtigung gem. § 22 GBO erforderliche volle Nachweis für das Erlöschen des Rechts in der Form des § 29 GBO erbracht war.

BGB § 890 Abs. 2; EGBGB Art. 233 § 4 Abs. 1
S. 1 a. E., Abs. 6
Bestandteilszuschreibung eines Grundstücks
zu einem selbständigen Gebäudeeigentum

Ein Grundstück kann nach § 890 Abs. 2 BGB auch einem selbständigen Gebäudeeigentum als Bestandteil zugeschrieben werden.

LG Mühlhausen, Beschl. v. 28.10.1997 - 2 T 173/97

Kz.: L I 1 - § 890 Abs. 2 BGB

Dokumentennr. Fax-Abruf: 702

Problem

Besteht Gebäudeeigentum auf der Grundlage eines Nutzungsrechtes nach § 287 oder § 291 ZGB-DDR, so kann es nach der ausdrücklichen Verweisung des Art. 233 § 4 Abs. 6 EGBGB nach Maßgabe der §§ 875, 876 BGB aufgehoben werden. Die Aufgabe erfolgt durch notariell beurkundete Aufgabeerklärung des nutzungsberechtigten Gebäudeeigentümers nach § 875 BGB. Diese Aufgabeerklärung bedarf nach § 876 BGB der Zustimmung der am selbständigen Gebäudeeigentum dinglich Berechtigten, nach h. M. hingegen nicht der Zustimmung des Grundstückseigentümers. Mit der Aufgabe erlischt das Gebäudeeigentum (Art. 233 § 4 Abs. 6 S. 3 EGBGB) und das **Gebäude wird wesentlicher Bestandteil des Grundstückes** (vgl. etwa Haegel/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 11. Aufl. 1997, Rn. 4274).

Eine Aufgabeerklärung des Gebäudeeigentümers nach § 928 BGB ist hingegen **nicht möglich** (Art. 233 § 4 Abs. 1 S. 1 a. E. EGBGB).

Entscheidung

Nach Ansicht des LG Mühlhausen ist als weiterer Weg zur Zusammenfassung von Grundstückseigentum und selbständigem Gebäudeeigentum die **Bestandteilszuschreibung des Grundstücks zum Gebäude nach § 890 Abs. 2 BGB** möglich. Das Gericht schloß sich damit der Auffassung von *Hügel* (MittBayNot 1993, 196, 197) sowie *Krauß* (NotBZ 1997, 60, 64) an.

Denn nach Art. 233 § 4 Abs. 1 S. 1 EGBGB gelten für das Gebäudeeigentum die Vorschriften des BGB für Grundstücke entsprechend. Die gesetzlichen Regelungen in Art. 233 § 4 Abs. 5 EGBGB seien keine *leges speciales*, die einen Rückgriff auf die allgemeine Vorschrift des § 890 Abs. 2 BGB ausschließen. Auch bei einem Erbbaurecht könne nach h. M. das Grundstück dem belasteten Erbbaurecht als Bestandteil zugeschrieben werden. Ein mittelbares Indiz ergebe sich auch aus einem Umkehrschluß aus § 136 Abs. 3 GBO, wonach Zuschreibungen (zwischen Grundstücken und Rechten) bei den Rechten nicht vorgenommen werden sollen, für die nur nach dem Landesrecht die Vorschriften über Grundstücke gelten - während dies für Rechte, die nach Bundesrecht Grundstücken gleichbehandelt werden, nicht angeordnet ist. Die Bestandteilszuschreibung stelle für sich genommen auch keinen Verstoß gegen das absolute Einzelverfügungsverbot des § 78 Abs. 1 S. 1 SachRBerG dar. Durch die Erstreckung der Grundpfandrechte nach § 1131 BGB werde aber sogar eine noch stärkere Verklammerung erreicht.

Zur Erfüllung der sich aus § 78 Abs. 1 S. 3 SachRBerG ergebenden Verpflichtungen bedürfe es dann **noch im**

Anschluß an die Bestandteilszuschreibung einer Aufgabenerklärung nach § 233 § 4 Abs. 6 EGBGB. Diese Kompliziertheit des Verfahrens ändere nichts an dessen rechtlicher Zulässigkeit.

HeimG § 14 Abs. 1 Nichtigkeit der letztwilligen Verfügung eines Heimbewerbers zugunsten des Heimträgers

1. Eine bereits vor dem Einzug in ein Heim zugunsten des Heimträgers errichtete letztwillige Verfügung wird nach dem Einzug wegen Verstoßes gegen § 14 Abs. 1 HeimG nichtig, wenn über sie zwischen Heimträger und Heimbewohner Einvernehmen besteht und eine Ausnahmegenehmigung nicht eingeholt wird.

2. Ein Einvernehmen liegt bereits dann vor, wenn der Heimträger von der letztwilligen Verfügung Kenntnis erhält und sich nach Kenntniserlangung in einer Weise verhält, aus der der Heimbewohner auf das Einverständnis des Heimträgers mit der letztwilligen Verfügung schließen muß.

3. Dabei genügt die Kenntnis solcher Personen, die der Heimträger nach seiner Organisation mit der Wahrnehmung von Angelegenheiten der Heimbewohner betraut hat und die ihn in diesem Bereich gegenüber den Heimbewohnern repräsentieren.

KG, Beschl. v. 14.05.1998 - 1 W 3540/97

Kz.: L VIII 3 - § 14 HeimG

Dokumentennr. Fax-Abruf: 708

Problem

Die im September 1995 verstorbene Erblasserin lebte seit ihrem Einzug im September 1988 bis zu ihrem Tode in einem Heim des Beteiligten, bei dem es sich um eine gemeinnützige, mildtätige und kirchliche Zwecke verfolgende Stiftung handelt. Die Erblasserin hatte bereits vor ihrem Einzug die Stiftung durch notarielles Testament vom 04.02.1982 zu ihrem Alleinerben eingesetzt. Im Heim errichtete sie dann drei weitere notarielle Testamente, in denen sie Vermächtnisse aussetzte oder änderte, wobei in einem der Testamente die Belastung der Stiftung mit diesen Vermächtnissen ausdrücklich erwähnt ist. Bei Errichtung dieser Testamente amtierte der damalige Leiter der Nachlaßabteilung der Stiftung jeweils als Zeuge, da die Erblasserin nicht mehr sehen konnte. Nach dem Tode der Erblasserin beantragte die Stiftung die Erteilung eines Alleinerbscheins.

Entscheidung

Das KG geht in Übereinstimmung mit den Vorinstanzen davon aus, daß das Testament, das die Einsetzung der Stiftung zum Alleinerben enthält, gem. § 134 Abs. 1 BGB wegen Verstoßes gegen § 14 Abs. 1 HeimG nichtig ist und daher gesetzliche Erbfolge eingetreten ist. Insoweit schließt sich das KG zunächst der mittlerweile allgemeinen Meinung an, daß auch **einseitige testamentarische Verfügungen** vom Schutzzweck des § 14 Abs. 1 HeimG erfaßt sind, der Zuwendungen des Heimbewohners zugunsten des Heimträgers verbietet. Der Schutzzweck des § 14 Abs. 1 HeimG gebiete es ferner, das Testament des Heimbewerbers wie das Testament des

Heimbewohners zu behandeln, da in beiden Fällen die Gefahr einer tatsächlichen Beschränkung der Testierfreiheit des Erblassers bestehe (ebenso BGH NJW-RR 1995, 1272; OLG Karlsruhe ZEV 1996, 146; Rossak, ZEV 1996, 46; aber nicht unstrittig). Ebenfalls in Übereinstimmung mit der herrschenden Auffassung betont das KG schließlich, daß die einseitige letztwillige Verfügung eines Heimbewohners zugunsten des Heimträgers nur dann gegen § 14 Abs. 1 HeimG verstoße, wenn der Heimträger sich durch sein Verhalten die letztwillige Verfügung i. S. dieser Bestimmung versprechen oder gewähren lasse. Dies setze voraus, daß sich die Zuwendung **auf ein Einvernehmen zwischen Testierendem und Bedachtem gründe**, wobei das erforderliche Einverständnis des Bedachten keiner ausdrücklichen Erklärung bedürfe, sondern sich durch schlüssiges Verhalten aus den Umständen ergeben könne. Die bloße Kenntniserlangung des Heimträgers von der Zuwendung von Todes wegen genüge aber noch nicht, da sonst der Heimträger nicht die Möglichkeit habe, gem. § 14 Abs. 6 HeimG von der zuständigen Behörde eine Ausnahmegenehmigung zu erwirken, die zwingend vor dem Versprechen oder Gewähren der Leistung eingeholt werden muß. **Sofern der Heimträger daher im Anschluß an die Kenntniserlangung dem Heimbewohner die durch § 14 Abs. 1 HeimG gegebene Rechtslage deutlich mache und auf die Notwendigkeit der Einholung einer Ausnahmegenehmigung nach § 14 Abs. 6 HeimG hinweise, sei die Leistung noch nicht versprochen oder gewährt** und es bleibe Raum für die Einholung einer Ausnahmegenehmigung (was hier allerdings nicht erfolgt ist). Im übrigen konnte die Kenntnis des Leiters der Nachlaßabteilung von der Erbeinsetzung der Stiftung entsprechend § 166 BGB der Stiftung zugerechnet werden, da dieser organisationsmäßig mit den Nachlaßangelegenheiten der Heimbewohner betraut war und sich die Stiftung das Wissen dieses "Repräsentanten" zurechnen lassen müsse.

Aktuelles

Gesetzesbeschluß des Deutschen Bundestages zum Gesetz zur Beschränkung der Haftung Minderjähriger (Minderjährigenschaftsbeschränkungsgesetz - MHbeG)

Der Bundestag hat am 29.05.1998 aufgrund der Beschlußempfehlung und des Berichts des Rechtsausschusses (BT-Drs. 13/10831) den von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf eines Gesetzes zur Beschränkung der Haftung Minderjähriger - MHbeG - (BT-Drs. 13/5624; vgl. dazu bereits DNotI-Report 1996, 198) beschlossen. Das Gesetz wurde vom Bundesrat am 19.06.1998 gebilligt. Es wird zum **01.01.1999** in Kraft treten.

Das Gesetz wurde notwendig, da das BVerfG im Tenor seines Beschlusses vom 13.05.1986 (BVerfGE 72, 155 = NJW 1986, 1859) mit Gesetzeskraft festgestellt hatte, daß § 1629 Abs. 1 i. V. m. § 1643 Abs. 1 BGB insoweit mit

dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht Minderjähriger nicht vereinbar ist, als danach Eltern im Zusammenhang mit der Fortführung eines zum Nachlaß gehörenden Handelsgeschäftes ohne vormundschaftsgerichtliche Genehmigung Verbindlichkeiten zu Lasten ihrer minderjährigen Kinder eingehen können, die über deren Haftung mit dem ererbten Vermögen hinausgehen.

1. Das Gesetz erfüllt den Auftrag des BVerfG in erster Linie durch die Einführung einer Haftungsbeschränkungsmöglichkeit zugunsten des Minderjährigen. Gem. § 1629 a Abs. 1 BGB n. F. hat der Minderjährige dann die Möglichkeit, die Haftung für Verbindlichkeiten, die die Eltern im Rahmen ihrer gesetzlichen Vertretungsmacht durch Rechtsgeschäft oder eine sonstige Handlung mit Wirkung für das Kind begründet haben oder die aufgrund eines während der Minderjährigkeit erfolgten Erwerbs von Todes wegen entstanden sind, **auf den Bestand des bei Eintritt der Volljährigkeit vorhandenen Vermögens** zu beschränken (mit der Folge der entsprechenden Anwendung der §§ 1990, 1991 BGB).

Diese Haftungsbeschränkungsmöglichkeit gilt auch für Verbindlichkeiten aus Rechtsgeschäften, die der Minderjährige selbst gem. §§ 107, 108 oder 111 BGB mit Zustimmung der Eltern vorgenommen hat, nicht aber für Verbindlichkeiten aus dem selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäftes, soweit der Minderjährige hierzu nach § 112 BGB ermächtigt war (§ 1629 a Abs. 2 BGB n. F.).

Die Haftungsbeschränkungsmöglichkeit gilt ferner nicht nur für Verbindlichkeiten, die die Eltern, sondern auch für Verbindlichkeiten, die andere vertretungsberechtigte Personen (wie etwa andere Gesellschafter, Prokuristen oder Testamentsvollstrecker) mit Wirkung für das Kind eingegangen sind. Die gesetzliche Neuregelung geht somit im Hinblick auf den zu gewährleistenden Minderjährigenschutz und zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen über die Forderungen des BVerfG hinaus.

Im übrigen besteht die Haftungsbeschränkungsmöglichkeit auch für Verbindlichkeiten aus Rechtsgeschäften, die bereits vormundschaftsgerichtlich genehmigt wurden. Dies wird damit begründet, daß die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung insbesondere bei Schuldverhältnissen mit längerer Laufzeit keinen vollständigen Minderjährigenschutz bieten könne, was im übrigen auch gegen ein vom BVerfG erwogenes "Genehmigungsmodell" als Alternative zum "Haftungsbeschränkungsmodell" sprach (vgl. BT-Drs. 13/5624, S. 6 ff.).

Die Haftungsbeschränkung führt dazu, daß zwar das gesamte Vermögen des Minderjährigen der Haftung unterworfen wird, aber das, was der Betroffene nach Eintritt der Volljährigkeit (etwa aus eigener Erwerbstätigkeit) erwirbt, dem Zugriff der Gläubiger entzogen werden kann.

2. Zugleich wird dem volljährig Gewordenen durch das Gesetz die Möglichkeit eingeräumt, auch seine Mitgliedschaft in einer GbR, die er auf bestimmte Zeit eingegangen war, binnen drei Monaten nach Eintritt der

Volljährigkeit zu kündigen (§ 723 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 BGB n. F.). Der Minderjährige soll damit die Möglichkeit erhalten, sich zur Vermeidung von Risiken, die sich erst nach dem Eintritt der Volljährigkeit realisieren, von seiner Position im Geschäftsleben lösen zu können, und zwar auch in solchen Fällen, in denen ein solches Lösungsrecht (wie etwa bei der Erbengemeinschaft nach § 2042 BGB) bislang noch nicht gesetzlich normiert war.

3. Übt der Minderjährige trotz zwischenzeitlichen Eintritts der Volljährigkeit sein Lösungsrecht von der Erbengemeinschaft oder der Gesellschaft nicht binnen drei Monaten aus oder stellt ein volljährig gewordener Inhaber eines Handelsgeschäftes dieses nicht binnen drei Monaten ein, so wird gem. § 1629 a Abs. 4 S. 1 BGB n. F. (widerleglich) vermutet, daß die aus einem solchen Verhältnis herrührende Verbindlichkeit nach dem Eintritt der Volljährigkeit entstanden ist. In diesem Fall wird ferner nach § 1629 a Abs. 4 S. 2 BGB n. F. (ebenfalls widerleglich) vermutet, daß das gegenwärtige Vermögen des volljährig Gewordenen bereits bei Eintritt der Volljährigkeit vorhanden war.

Diese gesetzliche Neuregelung soll den Interessen aller drei an der Haftungsbegrenzung beteiligten Personengruppen (Gläubiger/Volljähriger/Mitgesellschafter u. s. w.) gerecht werden. Zunächst war nämlich überlegt worden, ob die Aufgabe der bisherigen Position des volljährig Gewordenen im Geschäftsleben zur Voraussetzung für die Haftungsbegrenzung in Ansehung der aus solchen Verhältnissen herrührenden Verbindlichkeiten gemacht werden soll. Eine solche Regelung hätte im Interesse vor allem der Gläubiger gelegen, da dadurch eine völlig klare Trennung der aus der Zeit der Minderjährigkeit herrührenden Verbindlichkeiten von denjenigen, die nach Eintritt der Volljährigkeit entstanden sind, möglich gewesen wäre. Da dies aber wiederum bedeutet hätte, daß zum Erhalt der Haftungsbeschränkung eine u. U. betriebswirtschaftlich unsinnige Liquidation zwingend notwendig geworden wäre, hat sich der Gesetzgeber statt dessen dafür entschieden, die oben genannten, widerleglichen Vermutungen aufzustellen. Diese Lösung stellt vor allem einen Ausgleich zugunsten der Gläubiger für den Verzicht auf eine klare Haftungszäsur dar. Aus der doppelten widerleglichen Vermutung ergibt sich damit aber für den Minderjährigen die dringende Notwendigkeit, bei Erreichen der Volljährigkeit über die Aktiva und Passiva seines Vermögens beweiskräftig Status zu erheben.

4. Die im Regierungsentwurf ursprünglich vorgesehene Neuregelung, daß die Geburtsdaten eines minderjährigen Einzelkaufmanns oder persönlich haftenden Gesellschafters einer OHG oder KG zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden sind, wurde durch das Handelsrechtsreformgesetz (HRefG) obsolet, das diese Pflicht gem. § 24 Abs. 1 Handelsregisterverordnung in der ab 01.01.1999 geltenden Fassung für jeden Kaufmann und Gesellschafter vorsieht (das HRefG ist im **Fax-Abdruck Nr. 147** erhältlich).

Die maßgebliche Übergangsvorschrift im MHBeG enthält in Art. 3 Abs. 3 nunmehr folgende Regelung:

“(3) Die in § 24 Abs. 1 der Handelsregisterverordnung in der ab dem 01.01.1999 geltenden Fassung vorgesehene Pflicht, das Geburtsdatum zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden, gilt auch für solche Kaufleute oder persönlich haftende Gesellschafter, die zu diesem Zeitpunkt bereits in das Handelsregister eingetragen und noch minderjährig sind. Das Geburtsdatum dieser Personen ist mit der ersten das eingetragene Unternehmen betreffenden Anmeldung zum Handelsregister ab dem 01.01.1999, spätestens aber bis zum 01.07.1999 zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.”

Der Regierungsentwurf zum MHBeG kann nach wie vor unter **Dokumentennr. Fax-Abruf: 9509** abgerufen werden. Der Gesetzesbeschluss des Bundestages (BR-Drs. 520/98) ist unter **Dokumentennr. Fax-Abruf: 150** erhältlich.

Dr. Gabriele Müller

Zustimmung des Bundesrates zur BNotO-Novelle

Der Bundesrat stimmte am 10.07.1998 der BNotO-Novelle in der vom Bundestag verabschiedeten Fassung zu (BT-Drs. 13/2184; BR-Drs. 562/98). Ein Text von BNotO und BeurkG in der neuen Fassung, in dem die Änderungen kenntlich gemacht sind, kann im **Fax-Abruf, Dokumentennr.: 151-153** abgerufen werden (drei Teile wegen der Länge des Textes). Am selben Tag stimmte der Bundesrat auch der Änderung der BRAO und anderer

Gesetze zu, die auch die Rechtsanwalts-GmbH und die Patentanwalts-GmbH regeln. Die Gesetze werden überwiegend am Tag nach ihrer Verkündung in Kraft treten. Zusammenfassungen der wichtigsten Änderungen finden sich im DNotI-Report 7/1998, S. 76 sowie in BNotK-Intern 3/1998, S. 1. Die Änderungen im Beurkundungsrecht sowie für die Verwahrung auf Notaranderkonto werden im nächsten DNotI-Report (15/1998) dargestellt.

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, Köln -
97070 Würzburg, Kaiserstraße 23
Telefon: 09 31/3 55 76-0 Telefax: 09 31/3 55 76-225
e-mail: 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. Dr. Peter Limmer, Kaiserstraße 23, 97070 Würzburg

Bezugsbedingungen:

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

Bezugspreis:

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

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

Verlag:

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

Druck:

Schimmel Offset Druckcenter GmbH + Co KG,
Postfach 9444, 97094 Würzburg.