

DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

10. Jahrgang
Dezember 2002
ISSN 1434-3460

23/2002

Mit Beilage BNotK-Intern

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 1287, 883 – Bedeutung der Eintragung einer Sicherungshypothek nach Verpfändung des Eigentumsverschaffungsanspruchs und Vollzug der Auflassung im Grundbuch

BGB §§ 2325, 528, 1030 – Pflichtteilergänzung; Fristbeginn bei vorbehaltenem Nießbrauch und Rückforderungsrecht; Verzicht auf den Nießbrauch als weitere ergänzungspflichtige Schenkung; Bewertung vorbehaltenen Rechte

Gutachten im Fax-Abruf

Rechtsprechung

GBO §§ 47, 32; GBV § 15; BGB § 705 – GbR nicht grundbuchfähig

GmbHG §§ 8 Abs. 2, 7 Abs. 2, 9a, 11, 54 – Gründungsvorschriften bei Mantelverwendung

EGBGB, Internationales Gesellschaftsrecht; EGV Art. 43, 48 – Sitztheorie und Niederlassungsfreiheit

Literatur

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 1287, 883

Bedeutung der Eintragung einer Sicherungshypothek nach Verpfändung des Eigentumsverschaffungsanspruchs und Vollzug der Auflassung im Grundbuch

I. Sachverhalt

A verkauft an B eine noch nicht vermessene Teilfläche. Zur Finanzierung des Kaufpreises wird eine Grundschuld zugunsten des Gläubigers X bestellt. Zur Sicherung dieses Gläubigers bis zur Eigentumsumschreibung verpfändet B seine Rechte aus dem Kaufvertrag an X. Im Grundbuch wurde eine Auflassungsvormerkung für B samt Verpfändungsvermerk für X eingetragen.

Die Vermessung ist mittlerweile erfolgt. B hat das erworbene Grundstück an C weiterverkauft. Eine Zwischeneintragung des B als Eigentümer ist vorgesehen. Allerdings möchte B, im Einverständnis mit X, zur Vermeidung von Kosten die zugunsten des X bestellte Grundschuld nicht mehr im Grundbuch eintragen lassen. X wird die Pfandfreigabe hinsichtlich der erfolgten Verpfändung für das Grundstück unter der Auflage erteilen, dass C den gesamten Kaufpreis an X zahlt. Die Auflassungsvormerkung für B samt Verpfändungsvermerk soll, trotz Eigentumsumschreibung auf B, gemäß Treuhandaufgabe des X ebenfalls erst nach Zahlung des Kaufpreises durch C gelöscht werden.

II. Frage

Ist der Gläubiger eines ihm verpfändeten Eigentumsverschaffungsanspruchs gesichert, wenn das Eigentum mit seiner Zustimmung auf den Erwerber umgeschrieben wird, jedoch weder die zugunsten des Pfändungsgläubigers bestellte Grundschuld noch die kraft Gesetzes entstehende Sicherungshypothek im Grundbuch eingetragen werden sollen, die Eigentumsübertragungsvormerkung samt Verpfändungsvermerk jedoch bis zur Zahlung des Kaufpreises durch einen weiteren Erwerber trotz Eigentumsumschreibung nicht gelöscht werden soll?

III. Zur Rechtslage

1. Sicherungshypothek bei Verpfändung

Bei Verpfändung des Eigentumsverschaffungsanspruchs führt gem. § 1287 S. 2 BGB der Eigentümererwerb des Schuldners, hier also des B, zum Erwerb einer **Sicherungshypothek des Pfandgläubigers**. Die Sicherungshypothek entsteht mit Eintragung des Eigentumsübergangs kraft Gesetzes und bedarf zu ihrer Entstehung nicht der Eintragung im Grundbuch (BayObLGZ 1990, 318, 320 = NJW-RR 1991, 567). Die Eintragung der Sicherungshypothek im Grundbuch stellt eine **bloße Grundbuchberichtigung** dar. Für den Rang von Sicherungshypotheken, die außerhalb des Grundbuchs entstanden sind, ist auf deren jeweiligen Entstehungszeitpunkt abzustellen (s. nur Palandt/Bassenge, BGB, 61. Aufl. 2002, § 879 Rn. 2).

2. Verpfändungsvermerk im Grundbuch

Der Vermerk der Verpfändung bei der im Grundbuch eingetragenen Vormerkung des Eigentumsübertragungsanspruchs soll den Pfändungsgläubiger davor schützen, sein Recht durch Zustimmung des Vormerkungsberechtigten zu

vormerkungswidrigen Verfügungen zu verlieren (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 12. Aufl. 2001, Rn. 1574). Zwar wird der Pfandgläubiger mit Verpfändung nicht Vormerkungsberechtigter, jedoch stellt sich das durch die Vormerkung begründete Recht als Nebenrecht i. S. d. § 401 BGB dar, das somit auch dem Pfandgläubiger zugute kommt (BayObLGZ 1990, 318, 320).

Für den Pfandgläubiger kann dies auch nach Eigentumsumschreibung auf den Vormerkungsberechtigten noch Bedeutung haben, sofern zu diesem Zeitpunkt **vormerkungswidrige Eintragungen** im Grundbuch erfolgt sind. Insoweit behält die Vormerkung trotz Erfüllung des Eigentumsübertragungsanspruchs ihre Bedeutung, da als „Restgehalt“ des Anspruchs, und somit auch der Vormerkung, der noch nicht vollständig erfüllte Anspruch fortbesteht (BayObLGZ 1990, 318, 321). Dies kann naturgemäß jedoch nur für solche Rechte Dritter gelten, die vor Eigentumsumschreibung und somit vor vertragsgemäßer Erfüllung des Übertragungsanspruchs zur Entstehung gelangt sind.

3. Gefahr gutgläubigen Erwerbs

Im Übrigen ist festzuhalten, dass bei Nichteintragung der Sicherungshypothek im Grundbuch aufgrund von § 892 BGB die Gefahr besteht, das außerhalb des Grundbuchs entstandene Verwertungsrecht der Sicherungshypothek zu verlieren oder diesbezüglich einen Rangverlust zu erleiden. Hieran ändert auch die fortbestehende Eintragung der Eigentumsübertragungsvormerkung samt Verpfändungsvermerk im Grundbuch nichts.

Das **BayObLG** (BayObLGZ 1985, 332, 338 = DNotZ 1986, 345) hat hierzu ausgeführt: „Die Sicherungshypothek entsteht außerhalb des Grundbuchs; ihre Eintragung ist Grundbuchberichtigung. Solange sie nicht im Grundbuch eingetragen ist, ist sie kein vollwertiger Ausgleich für den Wegfall des Pfandrechts am Eigentumsverschaffungsanspruch, das bei der Vormerkung vermerkt ist. Der Inhaber der Sicherungshypothek wäre vor Beeinträchtigungen seines Rechts nicht umfassend geschützt. Die Beeinträchtigungen könnten infolge gutgläubigen Erwerbs Dritter eintreten (§ 892 Abs. 1 S. 1 BGB). Es bestünde (...) die Gefahr, dass (die) Sicherungshypothek erlöschen oder sich im Rang verschlechtern würde, wenn (der Pfandschuldner) nach (seiner) Eintragung als Eigentümer über das Grundstück verfügen und der Erwerber des Grundstücks oder eines Rechts an dem Grundstück hinsichtlich des Bestands der nicht eingetragenen Sicherungshypothek in gutem Glauben wäre (§ 892 Abs. 1 S. 1 BGB). Der bei der Auflassungsvormerkung eingetragene **Verpfändungsvermerk schließt die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs nicht aus**, da diese Eintragung allein dem Erwerber noch keine Kenntnis davon verschaffen muss, dass das Grundbuch infolge Nichteintragung der Sicherungshypothek unrichtig ist.“

Diese Entscheidung wurde in der zu dieser Rechtsfrage ergangenen **Literatur** positiv aufgenommen (Böttcher, Rpfleger 1988, 252, 253; Kerbusch, Rpfleger 1988, 475, 476; Just, JZ 1998, 120, 121; Demharter, GBO, 24. Aufl. 2002, Anh. zu § 26 Rn. 51).

4. Ergebnis

Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass ohne Eintragung der Sicherungshypothek im Grundbuch die Gefahr besteht, dass gutgläubige Dritte Rechte an dem weiterverkauften Grundbesitz erwerben und diese Rechte dem Rang nach der entstandenen Sicherungshypothek nach § 892 BGB vor-

gehen. Die fortbestehende Eigentumsübertragungsvormerkung bietet diesbezüglich keinen umfassenden Schutz, da mit vertragsgemäßer Erfüllung des ursprünglichen Kaufvertrages (A-B) der Anspruch samt Vormerkung erloschen ist. Hilfe bietet die Vormerkung insoweit lediglich gegenüber vor der Eigentumsumschreibung begründeten Rechten Dritter. **Nach Eigentumsumschreibung bestellte Belastungen** können hingegen **gutgläubig Vorrang** gegenüber der Sicherungshypothek erhalten; selbst ein gutgläubig lastenfreier Erwerb durch einen Dritten wäre möglich. Rechtlichen Schutz kann daher der treuhänderische Rückbehalt der Vormerkungslöschung in effektiver Weise zur Rangsisicherung der Sicherungshypothek nicht bieten.

BGB §§ 2325, 528, 1030

Pflichtteilergänzung; Fristbeginn bei vorbehaltenem Nießbrauch und Rückforderungsrecht; Verzicht auf den Nießbrauch als weitere ergänzungspflichtige Schenkung; Bewertung vorbehaltener Rechte

I. Sachverhalt

Der Übergeber übergab einem seiner beiden Kinder im Jahre 1987 ein vermietetes Grundstück unentgeltlich. Hierbei behielt sich der Übergeber den Nießbrauch vor; es wurde ein übliches Rückforderungsrecht (bei Vorversterben des Übernehmers, Veräußerung und Belastung zu Lebzeiten des Übergebers) vereinbart. Nunmehr überlegt der Übergeber, auf den Nießbrauch zu verzichten, um Pflichtteilsergänzungsansprüche des anderen Kindes auszuschließen.

II. Fragen

1. Kommt es für die schenkungsmindernde Bewertung eines vorbehaltenen Nießbrauchs (§ 2325 BGB) auf eine *ex ante* Sicht vom Schenkungsvollzug aus oder auf eine *ex post* Sicht vom Erbfall aus an?
2. Ändert ein Rückforderungsrecht hinsichtlich des Schenkungsgegenstandes etwas am maßgeblichen Bewertungszeitpunkt?
3. Hängt der Umfang, in dem der Nießbrauch die Schenkung mindert, davon ab, wie lange der Nießbrauch tatsächlich ausgeübt wird, oder kommt es nur auf die statistische Lebenserwartung des Überlassers im Zeitpunkt des Schenkungsvollzugs an?
4. Was ändert sich, wenn auf den Nießbrauch später verzichtet wird?

III. Zur Rechtslage

1. Berücksichtigung vorbehaltener Rechte im Rahmen der Pflichtteilergänzung

a) Hat der Erblasser einem Dritten eine Schenkung gemacht, so kann der Pflichtteilsberechtigte gem. § 2325 Abs. 1 BGB als Ergänzung des Pflichtteils den Betrag verlangen, um den sich der Pflichtteil erhöht, wenn der verschenkte Gegenstand dem Nachlass hinzugerechnet wird. Ausgangspunkt für die Bewertung des geschenkten Gegenstandes ist § 2325 Abs. 2 BGB. Nach dessen Satz 1 kommt eine verbrauchbare Sache mit dem Wert in Ansatz, den sie zur Zeit der Schenkung hatte. Nach Satz 2 kommt ein anderer Gegenstand mit dem Wert in Ansatz, den er zur Zeit des Erbfalls hat; hatte er zur Zeit der Schenkung einen geringeren Wert, so wird nur dieser in Ansatz gebracht. Da es vorlie-

gend um die Übertragung von Grundbesitz geht, richtet sich die Bewertung folglich nach § 2325 Abs. 2 S. 2 BGB und dem darin zum Ausdruck kommenden **Niederstwertprinzip**. Es ist daher zunächst der Verkehrswert (vgl. § 2311 BGB) des übertragenden Grundbesitzes zum Zeitpunkt der Übertragung mit dem Wert zum Zeitpunkt des Erbfalls zu vergleichen.

b) Problematisch ist in diesem Zusammenhang, wie der vorbehaltene Nießbrauch in die Bewertung einfließt. Zu vorbehaltenen Nutzungsrechten hat der BGH wiederholt (vgl. BGHZ 118, 49 = DNotZ 1993, 122 = NJW 1992, 2887; BGHZ 125, 395 = DNotZ 1994, 784 = NJW 1994, 1791; BGH MittBayNot 1996, 307 = NJW-RR 1996, 705 = ZEV 1996, 186, 188) entschieden, dass zunächst zu prüfen sei, ob der Schenkungsgegenstand **ohne Berücksichtigung der vorbehaltenen Rechte** im Zeitpunkt der Übertragung inflationsbereinigt weniger wert war als beim Erbfall. Nur dann, wenn dieser Wertvergleich ergibt, dass der maßgebliche Bewertungsstichtag der Zeitpunkt der Schenkung ist, kann der Wert des vorbehaltenen Nutzungsrechts nach Auffassung des BGH vom Wert des übertragenen Vermögensgegenstandes in Abzug gebracht werden.

Diese Rechtsprechung des BGH hat in der **Literatur** teilweise heftige **Kritik** erfahren. Der Ansatz des BGH, dass bei einem vorbehaltenen Nutzungsrecht der Wert des kapitalisierten Nutzungsrechtes vom Wert des übertragenen Vermögensgegenstandes abgezogen werden müsse, könne in konsequenter Anwendung des Niederstwertprinzips nur bedeuten, dass der Wert des übertragenen Vermögensgegenstandes zum Zeitpunkt der Schenkung unter Abzug des kapitalisierten Nutzungsrechtes mit dem Wert des Vermögensgegenstandes beim Tode des Erblassers, ebenfalls unter Abzug des kapitalisierten Nutzungsrechtes, zu vergleichen sei (MünchKomm-Frank, BGB, 3. Aufl. 1997, § 2325 Rn. 17a; Dingerdissen, JZ 1993, 402, 404). Die Auffassung des BGH führe dann zu nicht erklärbaren Widersprüchen, wenn der Wert des übertragenen Vermögensgegenstandes einmal unwesentlich falle, ein anderes Mal unwesentlich steige. Es sind allerdings bisher keine Anzeichen dafür erkennbar, dass der BGH diese Kritik der Literatur zum Anlass einer Rechtsprechungsänderung nehmen könnte. Seine Haltung hat der BGH vielmehr mehrfach bestätigt (a. A. jüngst OLG Celle OLG-Report 2002, 110).

Wie sich vorliegend der Wert des Grundbesitzes vom Zeitpunkt der Übertragung (1987) bis zum Erbfall entwickeln wird, ist nicht bekannt und auch nicht vorherzusehen. Da nach der Rechtsprechung des BGH eine Berücksichtigung des vorbehaltenen Nießbrauchs im Rahmen der Pflichtteils-ergänzung ohnehin nur in Betracht kommt, wenn der nach § 2325 Abs. 2 S. 2 BGB maßgebliche Zeitpunkt der Schenkung ist, sei dies für die nachfolgenden Überlegungen unterstellt.

2. Abstrakte oder konkrete Berechnung vorbehaltenen Nutzungsrechte

a) Ist der vorbehaltene Nießbrauch bei der Bewertung der Schenkung zu berücksichtigen, stellt sich die Folgefrage, auf welche Weise dieses Recht zu kapitalisieren ist. Die **h. M.** stellt auf die im Zeitpunkt des Vollzugs der Schenkung anzunehmende **allgemeine Lebenserwartung** des Schenkers ab, nimmt also eine „**ex-ante-Betrachtung**“ bzw. „**abstrakte Berechnung**“ vor (BGH DNotZ 1991, 1022 = NJW-RR 1990, 1158, 1159; OLG Oldenburg Mitt-

BayNot 1997, 1832 = NJW-RR 1997, 263, 264; J. Mayer, Der Übergabevertrag, 2. Aufl. 2001, Rn. 73; Nieder, Handbuch der Testamentsgestaltung, 2. Aufl. 2000, Rn. 139; Kerscher/Riedel/Lenz, Pflichtteilsrecht, 3. Aufl. 2002, § 9 Rn. 85).

Allerdings wird auch vom Ansatzpunkt der **h. M.** aus durchaus eine **Missbrauchskontrolle** durchgeführt, die man als konkrete Berechnung aus ex-ante-Perspektive bezeichnen kann. So wurde zum Teil bei vorhersehbarer kurzer Laufzeit eines Rechts, insbesondere wegen schlechten Gesundheitszustandes des Übergebers, ein erheblicher Wertabschlag vorgenommen (so etwa im Fall BGHZ 140, 275 = NJW 1999, 1626 = ZNotP 1999, 203 = ZEV 1999, 192 zu § 531 BGB; vgl. im Zusammenhang mit § 2325 BGB: J. Mayer, Rn. 73). Auch das OLG Oldenburg (NJW-RR 1999, 735 = ZEV 1999, 185) ist in einem Fall von der grundsätzlichen abstrakten Bewertung abgewichen, in dem sich herausgestellt hatte, dass die tatsächliche Nutzungsdauer (14 Monate) außer Verhältnis zur ursprünglich angenommenen stand.

b) Die **Gegenansicht** weist auf die Schutzbedürftigkeit des Pflichtteilsberechtigten hin und will den Wert vorbehaltenen Rechte nach der tatsächlichen Dauer (**konkret**) aus einer „**ex-post-Betrachtung**“ ermitteln (N. Mayer, FamRZ 1994, 739, 744; Heinrich, MittRhNotK 1995, 157, 168; Staudinger/Olshausen, BGB, 13. Bearb. 1998, § 2325 Rn. 104). Ebenso hat das OLG Hamburg (FamRZ 1992, 228, 230) für eine als Auflage eingeordnete Pflegeverpflichtung entschieden (vgl. aber die BGH-Entscheidung hierzu: BGH FamRZ 1992, 1071 = NJW 1992, 2888).

c) Nach unserer Einschätzung sind die von der **h. M.** vorgebrachten Argumente überzeugend. Denn inwieweit die Zuwendung eines Vermögensgegenstandes eine (gemischte) Schenkung darstellt, bestimmt sich nach der Einigung der Vertragsbeteiligten bei Vertragsschluss (J. Mayer, Rn. 73). **Nieder** (Rn. 139) weist allerdings darauf hin, dass eine allgemein gültige Klärung der Berechnungsmethode noch aussteht und daher nicht schlechthin auf die allgemeine Lebenserwartung abgestellt werden könne.

Geht man mit der **h. M.** von einer abstrakten Berechnungsmethode aus, ist für die Kapitalisierung vorbehaltenen Nutzungsrechte die **statistische Lebenserwartung** des Berechtigten zum Zeitpunkt der Zuwendung zugrunde zu legen. Für die Berechnung wird in der Literatur insoweit auf Anlage 9 zu § 14 BewG zurückgegriffen (J. Mayer, Rn. 73; Kerscher/Riedel/Lenz, § 9 Rn. 85; Nieder, Rn. 139). Möglich dürfte es auch sein, auf die allgemeinen **Sterbetafeln** abzustellen (Nieder, Rn. 139), wobei sich allerdings nur geringfügige Abweichungen ergeben dürften (Kerscher/Riedel/Lenz, § 9 Rn. 85). Die Sterbetafeln sind abgedruckt beispielsweise als Anhang 15 im Beck'schen Notar-Handbuch.

3. Fristbeginn bei vorbehaltenem Rückforderungsrecht

a) Zu der Frage, wie sich im Rahmen der Überlassung ausbedungene Rückforderungsrechte auf den Fristbeginn gem. § 2325 Abs. 3 BGB auswirken, hat der BGH auch in seiner Grundsatzentscheidung (BGHZ 125, 395 = DNotZ 1994, 784 = NJW 1994, 1791 = ZEV 1994, 233) nicht Stellung genommen, obwohl dem Urteil ein Fall zugrunde lag, in dem neben dem vorbehaltenen Nießbrauch auch ein Rückforderungsrecht vorgesehen war. Dies spricht dafür, dass ein **Rückübertragungsrecht** nicht mehr von Belang ist,

wenn bereits ein **Totalnießbrauch** vorbehalten ist. Der Nießbrauch allein sorgt dafür, dass der „Genuss“ des Eigentums beim Eigentümer verbleibt, so dass die **Frist nicht anlaufen** kann.

b) Im Übrigen besteht in der Literatur Einigkeit darüber, dass es – entsprechend der BGH-Rechtsprechung – für die Frage, welche Bedeutung Rückforderungsrechte für den Fristbeginn im Rahmen des § 2325 Abs. 3 BGB haben können, maßgeblich darauf ankommt, ob durch das vereinbarte Rückforderungsrecht der „**Genuss“ des Gegenstandes beim ursprünglichen Eigentümer** verbleibt. Wann dies der Fall ist, wird in der Literatur uneinheitlich beurteilt. Wohl überwiegend wird davon ausgegangen, dass Rückforderungsrechte – unabhängig von ihrer Ausgestaltung im Einzelnen – generell nicht verhindern können, dass die Frist zu laufen beginnt. Mache der Schenker von seinem Rückforderungsrecht Gebrauch und werde der Gegenstand an den späteren Erblasser zurückübertragen, bestehe für eine Pflichtteilergänzung kein Anlass, da der Gegenstand dem ordentlichen Pflichtteil unterfalle. Werde das Rückforderungsrecht nicht ausgeübt, bleibe die außerhalb der 10-Jahresfrist vollzogene Schenkung ergänzungsfest. Dafür spreche insbesondere auch die Nähe des Sachverhalts zu § 517 Fall 2 BGB (vgl. Staudinger/Olshausen, § 2325 Rn. 59; MünchKomm-Frank, § 2325 Rn. 24; Heinrich, MittRhNotK 1995, 157, 165).

Nach einer in der Literatur vertretenen Einzelmeinung (Draschka, Vorweggenommene Erbfolge und Pflichtteilergänzung, 1992, S. 63) ist anzunehmen, dass der Verfügende kein endgültiges Opfer erbringe, solange er einen Widerrufsvorbehalt ausüben kann, weil er dann nicht endgültig auf die Sache verzichten müsse.

Zwischen diesen Meinung liegen diejenigen Autoren, die eine differenzierte Betrachtung anstellen wollen. *Kerscher/Riedel/Lenz* (§ 9 Rn. 107 ff.) stellen darauf ab, ob es sich um ein freies Widerrufsrecht handelt oder ob die Möglichkeit der Rückforderung an bestimmte Voraussetzungen geknüpft ist. Nur im ersten Fall habe es der Übergeber in der Hand, sich den „Genuss“ des Gegenstandes jederzeit wieder zu beschaffen, was gegen den Fristbeginn spreche. Jedenfalls die Rückfallklausel für den Fall des Vorversterbens des Übernehmers dürfe dem Fristbeginn aber nicht entgegenstehen, da der Eintritt der Bedingung dem Einfluss des Übergebers entzogen sei.

In diesem Zusammenhang ist der Vollständigkeit halber noch darauf hinzuweisen, dass die Frage des Fristbeginns gem. § 2325 Abs. 3 BGB klar von der Bewertung des belasteten Vermögensgegenstandes zu trennen ist (*Kerscher/Riedel/Lenz*, § 9 Rn. 109).

4. Nachträglichen Verzicht auf den vorbehaltenen Nießbrauch

Soweit der Erblasser auf ein für ihn bestelltes Nießbrauchsrecht innerhalb der 10-Jahresfrist des § 2325 Abs. 3 BGB verzichtet, liegt hierin ein **weiterer Schenkungstatbestand**, zumindest dann, wenn keine oder eine hinter dem kapitalisierten Wert zurückbleibende Gegenleistung vereinbart wurde (so ausdrücklich *Kerscher/Riedel/Lenz*, § 9 Rn. 87). Auch in diesem Kontext ist die **Bewertung** des aufgegebenen Nießbrauchsrechts nicht unumstritten. Während nach *Kerscher/Riedel/Lenz* (§ 9 Rn. 87) bei der Kapitalisierung auf den Wert abzustellen ist, der sich im Verzichtszeitpunkt aus Anlage 9 zu § 14 BewG ergibt, ist nach Ansicht von *Frank* (in: MünchKomm, § 2325 Rn. 20) nach dem

Erbfall **konkret** zu ermitteln, auf welche Beträge der Erblasser bei einer Betrachtung *ex post* wirklich verzichtet hat. Aus den bereits vorstehend (Ziff. 2c) genannten Gründen halten wir die erste Ansicht für überzeugender.

Gutachten im Fax-Abruf

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

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

GBBerG § 9; ZVG § 52

Zum Erlöschen einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit für Versorgungsleistungen

Fax-Abruf-Nr.: 1625

HöfeO §§ 1, 2, 4, 12; BGB § 2057a

Hoferbfolge oder Erbfolge in das hofesfreie Vermögen hinsichtlich landwirtschaftlich nicht genutzter Immobilien; Ausgleich gem. § 2057a BGB

Fax-Abruf-Nr.: 1282

FGG § 4; AktG §§ 5 Abs. 1, 14

Gerichtliche Zuständigkeit bei Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit im Fall eines Doppelsitzes einer Gesellschaft

Fax-Abruf-Nr.: 13100

BauGB § 29; SachenRBERG § 12; VerkFIBerG § 1

Sportplatz als bauliche Anlage i. S. d. § 1 Abs. 1 S. 3 VerkFIBerG

Fax-Abruf-Nr.: 1626

EGBGB Art. 25, 26

Italien: Erbvertrag; Vor- und Nacherbfolge; Pflichtteilsverzicht

Fax-Abruf-Nr.: 14119

Rechtsprechung

GBO §§ 47, 32; GBV § 15; BGB § 705 GbR nicht grundbuchfähig

Eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist nicht grundbuchfähig; sie kann nicht unter ihrem Namen als Eigentümerin eines Grundstücks oder als Berechtigte eines beschränkten dinglichen Rechts in das Grundbuch eingetragen werden.

BayObLG, Beschl. v. 31.10.2002 – 2Z BR 70/02

Kz.: L II 3 – § 47 GBO

Fax-Abruf-Nr.: 10235

Problem

Nach der Entscheidung des BGH zur Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (BGHZ 146, 342 =

An das
Deutsche Notarinstitut
Gerberstraße 19

97070 Würzburg

Fax-Nr. **0931/35576-225**

**Einbanddecke für DNotI-Report 2001/2002
10-Jahres-Register „DNotI-Report 1993 - 2002“**

(beides in weißem Offsetgewebe (Leinen) mit blauem Siebdruck)

Einbanddecke	10,- €,
10-Jahres-Register	12,- €.

(Die Preise verstehen sich inkl. Verpackung und Versandkosten.)

Beide Artikel sind ab **März 2003** verfügbar.

Sie können bereits jetzt mit diesem Formblatt bestellen. Sie ermöglichen uns damit, die Auflagenhöhe besser zu planen

Hiermit bestelle/n ich/wir

..... Stck. Einbanddecken à 10,- €

..... Stck. 10-Jahres-Register à 12,- €

Name, Vorname

Straße/Postfach

PLZ, Wohnort

Datum

Unterschrift

DNotZ 2001, 234 = NJW 2001, 1056) wurde verschiedentlich vertreten, dass die GbR nunmehr auch grundbuchfähig sei.

Entscheidung

Das BayObLG verneinte die Grundbuchfähigkeit der GbR (ebenso bereits LG Dresden NotBZ 2002, 384). Diese Frage war durch BGHZ 146, 342 noch nicht entschieden. Dort hatte der BGH ausdrücklich festgestellt, dass spezielle Gesichtspunkte, d. h. besondere Rechtsvorschriften und die Eigenart des zu beurteilenden Rechtsverhältnisses der Fähigkeit der BGB-Gesellschaft zur Einnahme einer bestimmten Rechtsposition entgegen stehen könnten.

Im Grundbuchrecht ergibt sich aus § 47 GBO i. V. m. § 15 Abs. 3 GBV, dass nicht die BGB-Gesellschaft als solche in das Grundbuch eingetragen wird, sondern dass deren Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit "als Gesellschafter bürgerlichen Rechts" einzutragen sind.

Dies ergebe sich auch aus § 32 GBO, der den Nachweis der Verfügungsbefugnis für juristische Personen sowie Handelsgesellschaften gegenüber dem Grundbuchamt regelt. Eine entsprechender Nachweis durch ein öffentliches Register ist für die BGB-Gesellschaft nicht möglich. Würde die Gesellschaft daher unter ihrem Namen eingetragen, so wäre ein Nachweis der Vertretungsbefugnis durch öffentliche Urkunde nicht möglich. Insbesondere würden die Vermutungen des § 891 BGB sowie der Gutglaubensschutz des § 892 BGB dann nicht an die eingetragenen Gesellschafter anknüpfen, sondern an die Gesellschaft.

Das BayObLG verweist auf die weiter bestehenden Unterschiede zwischen GbR und OHG. So könne sich die GbR zwar einen Namen geben; dieser unterscheide sich jedoch wesentlich von einer Firma. Insbesondere gebe es auch für den Namen keine Registerpublizität. Eine Registerpublizität und damit die Nachweismöglichkeit der Vertretungsbefugnis nach § 32 GBO fehle für die GbR. Weder das Grundbuch selbst noch die Grundakten könnten als Ersatz für ein fehlendes Register dienen.

Solle die Grundbuchfähigkeit der BGB-Gesellschaft herbeigeführt werden, so sei es Sache des Gesetzgebers, die Voraussetzungen dafür zu schaffen. In diesem Fall müsse eine Eintragungsmöglichkeit für BGB-Gesellschaften in einem öffentlichen Register geschaffen werden.

GmbHG §§ 8 Abs. 2, 7 Abs. 2, 9a, 11, 54 Gründungsvorschriften bei Mantelverwendung

Das Handelsregister prüft die Mindestkapitalausstattung bei der Eintragung von Satzungsänderungen, wenn ein im Wege offener Vorratsgründung entstandener GmbH-Mantel verwendet wird. (Leitsatz des Bearbeiters)

OLG Celle, Beschl. v. 30.4.2002 – 9 W 47/02
Kz.: L V 2 – § 8 Abs. 2 GmbHG
Fax-Abruf-Nr.: **10233**

Problem

Seit der Entscheidung BGHZ 117, 323 (= DNotZ 1994, 107 = NJW 1992, 1824) ist allgemein anerkannt, dass die offene – durch den Unternehmensgegenstand "Verwaltung eigenen Vermögens" verlaubliche – **Vorratsgründung einer**

GmbH zulässig ist. Derzeit noch strittig ist aber, ob das In-Gang-Setzen dieser Vorratsgesellschaft durch Aufnahme des Geschäftsbetriebs bzw. Satzungsänderungen bzgl. Unternehmensgegenstand, Firma und Sitz als wirtschaftliche Neugründung zu bewerten ist, auf die die Gründungsvorschriften Anwendung finden (ablehnend z. B. BayObLGZ 1999, 87 = DNotZ 2000, 27 = MittBayNot 1999, 389 und OLG Frankfurt GmbHR 1999, 32 = MittRhNotK 1999, 62). Das **OLG Brandenburg** hatte kürzlich (Vorlagebeschluss vom 28.1.2002, FGPrax 2002, 129 = NJW-RR 2002, 971 = Rpfleger 2002, 459 = NZG 2002, 641) im Fall des sog. Mantelkaufs, bei dem eine ehemals gewerblich tätige GmbH, nachdem sie "stillgelegt" worden war, wieder In-Gang gesetzt wurde, diese Frage zur Entscheidung dem BGH vorgelegt. Nun legt das OLG Celle diese Frage auch für den Fall der Vorratsgründung dem BGH vor.

Entscheidung

Wie schon das OLG Brandenburg will auch das OLG Celle auf den hier zu entscheidenden Fall **Gründungsrecht** anwenden. Das OLG Celle hält in seinem Vorlagebeschluss die Prüfungskompetenz des Registergerichts jedenfalls insoweit für gegeben, als es um die Mindestkapitalausstattung einer GmbH geht, deren Gesellschaftszweck, Firma, Sitz geändert werden sollen. Über § 54 GmbH seien §§ 8 Abs. 2, 7 Abs. 2 GmbHG anwendbar. Das Gericht bejaht ausdrücklich eine planwidrige Regelungslücke und die Vergleichbarkeit der Interessenlage mit derjenigen einer Neugründung der GmbH jedenfalls insoweit, als es um die Gewährleistung der Mindestkapitalausstattung geht.

EGBGB, Internationales Gesellschaftsrecht; EGV Art. 43, 48 Sitztheorie und Niederlassungsfreiheit

1. Es verstößt gegen die Art. 43 EG und 48 EG, wenn einer Gesellschaft, die nach dem Recht des Mitgliedstaats, in dessen Hoheitsgebiet sie ihren satzungsmäßigen Sitz hat, gegründet worden ist und von der nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats angenommen wird, dass sie ihren tatsächlichen Verwaltungssitz dorthin verlegt hat, in diesem Mitgliedstaat die Rechtsfähigkeit und damit die Parteifähigkeit vor seinen nationalen Gerichten für das Geltendmachen von Ansprüchen aus einem Vertrag mit einer in diesem Mitgliedstaat ansässigen Gesellschaft abgesprochen wird.

2. Macht eine Gesellschaft, die nach dem Recht des Mitgliedstaats gegründet worden ist, in dessen Hoheitsgebiet sie ihren satzungsmäßigen Sitz hat, in einem anderen Mitgliedstaat von ihrer Niederlassungsfreiheit Gebrauch, so ist dieser andere Mitgliedstaat nach den Art. 43 EG und 48 EG verpflichtet, die Rechtsfähigkeit und damit die Parteifähigkeit zu achten, die diese Gesellschaft nach dem Recht ihres Gründungsstaats besitzt.

EuGH, Urt. v. 5.11.2002 – C-208/00
KZ: L XII 1 – Art. 52 EGV
Fax-Abruf-Nr.: **10234**

Problem

In seiner Entscheidung vom 9.3.1999 (C-212/97, „Centros“, DNotZ 1999, 593 = DNotI-Report 1999, 71) hatte der EuGH festgestellt, dass Dänemark die Eintragung der

Zweigniederlassung einer in England gegründeten *limited company* nicht unter Hinweis darauf verwehren könne, die *limited company* entfalte in England keinerlei Geschäftstätigkeit. Die Entscheidung hatte in Deutschland eine kontroverse Diskussion darüber entfacht, ob nun auch in Deutschland die in einem anderen EU-Mitgliedstaat nach dem dort geltenden Recht gegründete Kapitalgesellschaft im Inland anzuerkennen sei, wenn sie ihren Sitz aus dem Gründungsstaat nach Deutschland verlegt. (vgl. z. B. Sonnenberger/Großrichter, RIW 1999, 721, 729; Sandrock, BB 1999, 1337, 1341; Kieninger, ZGR 1999, 724). Auf der Basis der bislang herrschenden Sitztheorie (BGHZ 97, 269 = NJW 1986, 2194; BGHZ 134, 116 = NJW 1997, 657, 658) wäre die Rechtsfähigkeit nach deutschem Recht zu beurteilen, wonach die Gesellschaft nicht wirksam als Kapitalgesellschaft gegründet worden wäre.

Durch Beschluss vom 30.3.2000 (DNotZ 2000, 782 = DNotI-Report 2000, 106) hatte daher der BGH dem EuGH die Frage vorgelegt, ob das europäische Gemeinschaftsrecht verlange, dass eine niederländische GmbH (B.V.) in Deutschland als aktiv parteifähig behandelt wird, obwohl diese den tatsächlichen Sitz ihrer Hauptverwaltung in das Inland verlegt hatte und damit nach den Vorschriften des deutschen Rechts nicht als parteifähige Gesellschaft anzuerkennen sei.

Entscheidung

Der EuGH führte aus, dass auch Kapitalgesellschaften in den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit fielen und daher eine in einem Mitgliedstaat gegründete Gesellschaft durch alle Mitgliedstaaten, in denen sie sich niederlassen wolle, anzuerkennen sei. In der Entscheidung **Daily Mail** (EuGHE 1988, 5507 = NJW 1989, 2186 = IPRax 1989, 381) habe der EuGH lediglich bejaht, dass ein Staat nach seinem Recht gegründeten Kapitalgesellschaften die Verlegung des Verwaltungssitzes in das Ausland untersagen könne (Wegzug). Im vorliegenden Fall ginge es um den umgekehrten Fall der Anerkennung einer in einem anderen Mitgliedstaat gegründeten Gesellschaft (Zuzug).

Die von der Bundesregierung angeführten Gründe der Rechtssicherheit und des **Gläubigerschutzes**, des Schutzes der Minderheitengesellschafter, schließlich auch des deutschen Mitbestimmungsrechts, rechtfertigten die Aberkennung der Rechtsfähigkeit einer im EU-Ausland gegründeten Gesellschaft nach Sitzverlegung in das Inland nicht. Allenfalls könnten diese Gründe unter Beachtung bestimmter Voraussetzungen Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit rechtfertigen.

Anmerkung

In einem vergleichbaren Sachverhalt hatte der Zweite Zivilsenat des BGH mittlerweile durch Urteil vom 1.7.2002 (II ZR 380/00, DNotI-Report 2002, 157 = RIW 2002, 877) entschieden, dass eine auf Jersey gegründete *limited company* auch nach Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes nach Deutschland jedenfalls als rechtsfähige Personengesellschaft zu behandeln und damit vor deutschen Gerichten aktiv und passiv parteifähig sei. Denn die Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes der Gesellschaft führe auf Basis der Sitztheorie zu einem Statutenwechsel vom niederländischen in das deutsche Recht. Danach sei die Gesellschaft entweder als Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder als OHG deutschen Rechts zu behandeln. Auch als GbR wäre sie jedoch aufgrund der zwischenzeitlich eingetretenen Rechtsprechungsänderung des Zweiten Senates des

BGH rechts- und parteifähig (BGHZ 146, 341 = DNotZ 2001, 234). Damit hätte sich für das Verfahren, das der VII. Zivilsenat des BGH dem EuGH vorgelegt hatte, die Vorlagefrage erledigt gehabt.

Daher erscheint nicht unbedingt notwendig, dass nun die Rechtsprechung bzw. der Gesetzgeber die Anknüpfung an den tatsächlichen Verwaltungssitz (im Verhältnis zu den anderen EU-Staaten) insgesamt durch das Gründungsstatut der Gesellschaft ersetzt. Bedeutung kommt der Entscheidung des EuGH insbesondere für in einem anderen EU-Mitgliedstaat gegründete sog. Briefkastengesellschaften zu, die lediglich einen **einzigsten Gesellschafter** haben und daher nach einem Zuzug nicht als rechtsfähige Personengesellschaft qualifiziert werden könnten.

Ebenso ist fraglich, ob die sich nach dem Urteil des Zweiten Zivilsenates (DNotI-Report 2002, 157) bei einer Qualifizierung als OHG oder GbR ergebende **unbeschränkte und gesamtschuldnerische** Haftung nach dem EuGH-Urteil neu zu überdenken ist.

Literaturhinweise

G. Herberstein, Die GmbH in Europa: 50 Länder im Vergleich, 2. Aufl., Verlag Österreich, Wien 2001 (in Deutschland: Nomos-Verlag, Baden-Baden), 451 Seiten, 50,- €

Die Autorin stellt die GmbH in nahezu allen europäischen Staaten in Kurzübersichten dar. Wo es keine GmbH gibt (z. B. in Großbritannien oder Finnland), geht sie auf das Aktienrecht ein, soweit es nicht speziell börsennotierte Aktiengesellschaften betrifft.

Der praktische Wert für deutsche Notare ergibt sich daraus, dass auch für die notarielle Praxis vielfach relevante Aspekte wie die organschaftliche **Vertretung der GmbH**, der Inhalt des **Handelsregisters** und die Vorgesellschaft erläutert werden. Auch auf die Abtretung von GmbH-Geschäftsanteilen wird eingegangen.

Natürgemäß kann die Darstellung nicht für alle Länder die gleiche Dichte haben. Dies gilt insbesondere für solche Länder, in denen das GmbH-Recht selber noch in der Entstehung ist (z. B. Weißrussland). Auch die Frage der Anerkennung von Auslandsbeurkundungen wird nicht behandelt. So findet sich z. B. kein Hinweis darauf, dass die Anteilsübertragung bei einer niederländischen Gesellschaft die Beurkundung durch einen niederländischen Notar erfordert.

Dennoch ist die **Fülle des gesammelten Materials überwältigend**. So ist z. B. für die tschechische Republik bereits die zum 1.1.2001 in Kraft getretene Novelle des GmbH-Rechts berücksichtigt. Auch die Euroumstellung ist bei vielen Ländern eingearbeitet worden. Damit ergibt sich für jeden mit ausländischen Gesellschaften konfrontierten Notar eine wertvolle Fundgrube von aktuellen Informationen, die sich ansonsten nur unter ungleich größerem Aufwand zusammentragen ließen, und mit denen sich in den meisten Fällen die anstehenden Fragen klären lassen.

Dr. Rembert Süß

B. Andrick, Das modernisierte Stiftungsrecht, RNotZ 2002, 441

T. Bezenberger, Das Bezugsrecht der Aktionäre und sein Ausschluss, ZIP 2002, 1917

C. Döring/E. Jousen/U. Locher/K. Vygen/A. Wirth, Die Änderungen in der VOB/B Fassung 2002, BauR Sonderheft 11a/2002

M. Dümig, Die rechtsfähige GbR als "mehrere" i. S. d. § 47 GBO – ein tertium des Grundbuchrechts?, ZfIR 2002, 796

S. Ebert, Die sachenrechtliche Behandlung einer GmbH mit ausländischem Verwaltungssitz, NZG 2002, 937

W. Grobecker, Der Teilbeherrschungsvertrag, DStR 2002, 1953

A. Heidinger, Neues zur Kapitalaufbringung bei der Kapitalerhöhung, GmbHR 2002, 1045

V. G. Heinz, Das französische Notariat, AnwBl 2002, 627

M. Hensler, Satzungsrecht der verkammerten Berufe und europäisches Kartellverbot, JZ 2002, 983

A. Hergeth/T. Eberl, Schuldrechtliche Zuzahlungspflichten bei der Kapitalerhöhung einer Aktiengesellschaft, DStR 2002, 1818

R. Hüttemann/P. Rawert, Der Modellentwurf eines Landesstiftungsgesetzes, ZIP 2002, 2019

R. Koch, Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf die Gestaltung Allgemeiner Geschäftsbedingungen, WM 2002, 2173 und 2217

T. Lappe, Unternehmensbewertung nach dem Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz, BB 2002, 2185

S. Leible/J. Hoffmann, Vom "Nullum" zur Personengesellschaft – Die Metamorphose der Scheinauslandsgesellschaft im deutschen Recht, DB 2002, 2203

M. Lieb, Probleme bei der Heilung der verschleierte Sacheinlage, ZIP 2002, 2013

W. Litzener, Der Widerruf des mit einem Grundstücksgeschäft gem. § 358 BGB verbundenen Verbraucherkreditvertrages, RNotZ 2002, 444

C. Lopez, IPR und Erbrecht in der Praxis deutsch-spanischer Erbrechtsfälle, ZErB 2002, 278

H. Peters, Die Haftung des Kommanditisten, RNotZ 2002, 425

G. Rieger, Neue Regeln für die Beurkundung von Verbraucherverträgen, MittBayNot 2002, 325

M. Schilling, Gläubigeranfechtung gegen den Rechtsnachfolger – Voraussetzungen und Rechtsfolgen aus notarieller Sicht, MittBayNot 2002, 347

H. Schmitte, Die zivilrechtliche Ausgestaltung von Windenergie-Nutzungsverträgen, AgraR 2002, 270

J. J. Sieger/N. Schulte, Vereinbarung über Satzungsänderungen. Ein Beitrag zur Frage der Formbedürftigkeit von vertraglichen Absprachen der Gesellschafter einer GmbH über die Vornahme von Satzungsänderungen, GmbHR 2002, 1050

M. Volmer, Die Neuordnung des verbundenen Immobiliengeschäfts, MittBayNot 2002, 336

M. R. Wiesbrock, Formerfordernisse beim Unternehmenskauf, DB 2002, 2311

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, Gerberstraße 19
Telefon: 09 31/3 55 76-0 Telefax: 09 31/3 55 76-2 25
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. Christian Hertel, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

Bezugsbedingungen:

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

Bezugspreis:

Jährlich 155,00 €, Einzelheft 6,50 €, 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