

DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

14. Jahrgang
April 2006
ISSN 1434-3460

7/2006

Mit Beilage BNotK-Intern

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

AktG § 54 Abs. 3 – Leistung der Bareinlage bei Gründung einer Einmann-AG

BGB §§ 882, 876, 877, 881, 1018, 1090; ZVG §§ 92, 115 – Nachträgliche Änderung des Höchstbetrages des Wertersatzes einer Dienstbarkeit

Gutachten im Fax-Abruf

Rechtsprechung

WEG § 26 Abs. 1; BGB §§ 705 ff. – Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) kann nicht Wohnungseigentümer (WEG)-Verwalter sein

BGB §§ 1115, 247 – Keine Angabe eines Höchstzinses erforderlich bei variablem Zins mit Bezugnahme auf den Basiszinssatz

GmbHG § 32a Abs. 3 Satz 3 – Sanierungsprivileg befreit umfassend von der Anwendung des Gesamtkapitalersatzrechts; Sanierungszweck erfordert objektive Sanierungsfähigkeit und objektive Eignung der getroffenen Maßnahmen

UmwG §§ 7, 5 Abs. 1 S. 1, 17 Abs. 2 S. 4, 18 Abs. 1; HRV § 26 S. 2 – Beurkundung einer Kettenverschmelzung

Literatur

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

AktG § 54 Abs. 3 Leistung der Bareinlage bei Gründung einer Einmann-AG

I. Sachverhalt

Eine Einmann-AG soll im Wege einer Bargründung errichtet werden. Der alleinige Aktionär soll gleichzeitig zum alleinigen Vorstand der Gesellschaft bestellt werden.

II. Frage

Wie kann der alleinige Aktionär seine Einlageleistung erbringen? Kann er die Bareinlage nur im Wege einer Kontogutschrift auf einem Konto der Vor-AG erbringen oder ist eine Einlageleistung auch durch Gutschrift auf einem eigenen Konto des Vorstandes gem. § 54 Abs. 3 AktG möglich?

III. Zur Rechtslage

1. Gesetzliche Regelung des § 54 Abs. 3 AktG

§ 54 Abs. 3 AktG geht davon aus, dass bei der Bargründung einer Aktiengesellschaft der Einlagebetrag nur durch Kontogutschrift auf einem Konto der Gesellschaft oder des Vorstandes erbracht werden kann. § 54 Abs. 3 S. 1 AktG spricht insoweit davon, dass der eingeforderte Betrag auf einem solchen Konto der Gesellschaft oder des Vorstandes „eingezahlt“ und dass im Falle der Einzahlung auf ein Konto des Vorstandes diese „zu seiner freien Verfügung“ stehen muss.

Wie auch die übrigen Vorschriften des AktG enthält § 54 Abs. 3 AktG **keinerlei Sondervorschriften für den Fall einer Einmann-AG**. Vielmehr kann umgekehrt angenommen werden, dass § 54 Abs. 3 AktG gerade den Fall der Gründung einer Einmann-AG nicht vor Augen hatte. Desgleichen behandelt diese Vorschrift nicht den Sonderfall, dass der Einlageschuldner und der Vorstand als möglicher Kontoinhaber identisch sind. Schon von daher erscheint es u. E. zweifelhaft, ob die beiden Alternativen des § 54 Abs. 3 S. 1 AktG im Rahmen der Gründung einer Einmann-AG und Erbringung der Einlageleistung uneingeschränkt Anwendung finden.

2. Kreditinstitut als Einlageschuldner

Vergleichbar ist die vorliegende Situation nach unserer Auffassung jedoch mit der im Rahmen des § 54 Abs. 3 AktG diskutierten Frage, wie die Einlageleistung zu erbringen ist, wenn Einlageschuldner ein Kreditinstitut i. S. des § 54 Abs. 3 AktG ist und die kontoführende Stelle mit dem Einlageschuldner identisch ist. Diese Frage ist umstritten.

Soweit ersichtlich, hat der BGH zu dieser Streitfrage noch nicht ausdrücklich Stellung genommen, wengleich sein „Beton- und Monierbau-Urteil“ (BGHZ 96, 231 = DNotZ 1986, 369) den Schluss nahe legt, es bestehe eine Möglichkeit der schuldtilgenden Einzahlung durch Gutschrift auf einem vom Einlageschuldner selbst geführten Konto.

Nach **einer Ansicht** kann die kontoführende Stelle Einzahlungen auf ihre eigene Einlage auch dadurch leisten, dass sie

dem bei ihr geführten Konto der Gesellschaft oder des Vorstandes den entsprechenden Betrag gutschreibt (vgl. statt aller Hüffer, AktG, 6. Aufl. 2004, § 54 Rn. 17 m. w. N.).

Demgegenüber ist es nach **anderer Auffassung** nicht möglich, dass sich ein Kreditinstitut von seiner eigenen Einlagepflicht durch Gutschrift auf ein bei ihm geführtes Konto befreit (MünchKomm-AktG/Bungeroth, 2003, § 54 Rn. 64; KölnKomm-AktG/Lutter, 2. Aufl. 1995, § 54 Rn. 37). Argumentiert wird damit, dass die Erteilung einer Gutschrift rechtlich nichts anderes als ein abstraktes Schuldanerkenntnis oder Schuldversprechen darstelle. § 54 Abs. 3 S. 1 AktG verlange jedoch eine „Einzahlung“. Sinn und Zweck des § 54 Abs. 3 AktG sei es, die reale Kapitalaufbringung zu sichern. Damit sei es nicht vereinbar, wenn die Möglichkeit bestehe, eine Einlageforderung bereits durch das Eingehen einer neuen Verbindlichkeit zu tilgen. Insoweit fehle es an dem für eine Einzahlung i. S. dieser Vorschrift wesensbestimmenden Erfordernis der **endgültigen Aussonderung des Einlagebetrages** von dem eigenen Vermögen (KölnKomm-AktG/Lutter, § 54 Rn. 37; MünchKomm-AktG/Bungeroth, § 54 Rn. 64).

Wir neigen zu der zweiten Auffassung. Es geht um den Grundsatz der realen Kapitalaufbringung sowie insbesondere darum, dass die Einlageleistung letztlich aus dem Vermögen des zur Einlage Verpflichteten gleichsam „ausgesondert“ und in die Einflussphäre der Gesellschaft bzw. ihres Vorstandes überführt wird. Eine bloße „Umbuchung“ genügt nach unserer Auffassung hierfür nicht.

3. Vergleich mit Einlage bei Einmann-GmbH

Für die Richtigkeit dieser Ansicht spricht eine neuere Entscheidung des BGH vom 29. Januar 2001 zum GmbH-Recht (**BGH NJW 2001, 1647** = MittBayNot 2001, 407 = NotBZ 2001, 145 = LM § 16 GmbHG Nr. 11 m. Anm. Döser = EWiR 2001, 361 m. Anm. Heckschen; vgl. Anm. Waldner, ZNotP 2001, 380). In dieser Entscheidung ging es u. a. um die Frage, ob eine Einzahlung der Bareinlage auf einem eigenen Konto des Gesellschafters (= Einlageschuldners) schuldtilgende Wirkung hatte, wenn dieses Konto zugleich auch als Geschäftskonto der GmbH fungierte und die Geschäftsführerin der GmbH darüber verfügen konnte. Da der Kontoinhaber über das Guthaben auf dem Konto jederzeit ohne Mitwirkung der Geschäftsführerin verfügen konnte, stand nach der Entscheidung des BGH das Kontoguthaben noch nicht endgültig zur freien Verfügung der Geschäftsführung, wie es für die Erfüllung der Einlageschuld erforderlich wäre. Vielmehr kommt eine solche Erfüllung der Einlageschuld nach Ansicht des BGH erst dann in Betracht, wenn über das Kontoguthaben nicht mehr der Kontoinhaber (Gesellschafter = Einlageschuldner) verfügen kann, sondern die Geschäftsführerin verfügt und es zur Begleichung originärer Gesellschaftsverbindlichkeiten eingesetzt hat (vgl. auch Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungspraxis, 2005, § 2 Rn. 94).

Ist der alleinige Gründungsgesellschafter zugleich Alleingeschäftsführer, genügt es nicht, wenn die Stammeinlage in bar erbracht wird, dass der Gesellschafter den Geldbetrag des Stammkapitals in seinen privaten Safe legt und ihn von seinem übrigen in dem Safe aufbewahrten Vermögen räumlich separiert (OLG Hamburg NZG 2002, 53 = GmbHR 2001, 972).

Ausreichend ist demgegenüber die Einzahlung auf ein für die Gesellschaft geführtes Treuhandkonto (OLG Naumburg GmbHR 1998, 239; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 18.

Aufl. 2006, § 7 Rn. 6; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 16. Aufl. 2005, § 7 Rn. 9; Ulmer/Habersack, GmbHG, 2005, § 7 Rn. 37). Dies gilt wohl auch dann, wenn es sich dabei um ein vom Geschäftsführer selbst geführtes Treuhandkonto handelt (OLG Naumburg GmbHR 1998, 239; Baumbach/Hueck/Fastrich, § 7 Rn. 6; Michalski/Heyder, § 7 Rn. 27). Fraglich ist dann nur, wie in diesem Fall die freie Verfügungsbefugnis des Geschäftsführers im Verhältnis zum Treuhänder gesichert ist (vgl. Ulmer/Habersack, § 7 Rn. 37).

4. Einlageleistung bei Einmann-AG

Diese Überlegungen können nach unserer Auffassung auf die hier zu beantwortende Frage übertragen werden, ob der Vorstand, der zugleich einziger Aktionär und Schuldner der Einlageleistung ist, seine Einlageleistung i. S. des § 54 Abs. 3 AktG auch auf ein Konto erbringen kann, bei welchem Kontoinhaber nicht die Vor-AG, sondern er selbst ist.

a) § 54 Abs. 3 S. 1 AktG lässt seinem Wortlaut nach zwar eine solche Einzahlung auf ein Konto des Vorstandes grundsätzlich genügen. Aufgrund der oben dargestellten Überlegungen wirkt eine Einzahlung auf ein Konto des Vorstandes der Gesellschaft nach unserer Auffassung aber nicht schuldtilgend, wenn der Vorstand selbst Einlageschuldner ist. Mit dem Grundsatz der realen Kapitalaufbringung ist es u. E. nicht vereinbar, wenn man eine Einzahlung des Einlageschuldners auf sein eigenes Konto mit schuldbeitragender Wirkung zulassen würde. Eine „Aussonderung“ aus dem Vermögen des Einlageschuldners und eine „Überführung“ der Einlageleistung in die Einflussphäre der Gesellschaft bzw. ihres Vorstandes wäre nicht mehr feststellbar.

b) Aber auch dann, wenn man im Grunde jedenfalls eine solche Einzahlung auf ein eigenes Konto des Einlageschuldners noch mit § 54 Abs. 3 AktG für vereinbar hielte, scheitert eine wirksame Tilgung der Einlageforderung u. E. an der weiteren Voraussetzung des § 54 Abs. 3 AktG, dass nämlich die Einzahlungen auf ein solches Konto des Vorstandes „zu seiner freien Verfügung“ erfolgen müssen. Denn wenn der Vorstand als Kontoinhaber gleichzeitig Schuldner der Einlageleistung ist, kann nicht unterschieden werden, ob der Vorstand bei einer allfälligen Kontoabhebung von seinem Konto etc. in seiner Eigenschaft als Vorstand der Gesellschaft handelt oder gleichsam als Privatperson nur über sein Guthaben auf dem Konto verfügt. Die Einlageleistung würde nicht aus dem Herrschaftsbereich des Einlegers ausgesondert (Hüffer, § 54 Rn. 18).

c) Anders ist die Rechtslage nur, wenn es sich um ein vom Vorstand für die Gesellschaft geführtes Treuhandkonto handelt (uneigennütziges Verwaltungstreuhand) und gesichert ist, dass dem Vorstand im Verhältnis zum Treuhänder die freie Verfügung über das Konto zusteht (Ulmer/Habersack, § 7 Rn. 37).

5. Ergebnis

Im Ergebnis kommt es für eine schuldtilgende Leistung der Einlageleistung bei einer Einpersonengesellschaft darauf an, dass die Einlageleistung aus dem Herrschaftsbereich des Einlegers ausgesondert wird. Bei der Gründung einer Einpersonengesellschaft kann dies dadurch bewirkt werden, dass zum Zwecke der Erbringung der Einlageleistung ein neues **Konto auf den Namen der Vor-Gesellschaft** eröffnet wird, auf das dann die Bareinlage eingezahlt werden kann (§ 54 Abs. 3 S. 1, 1. Alt. AktG). Einzahlungen auf ein Konto des Vorstandes nach § 54 Abs. 3 S. 1 Alt. 2 AktG haben dagegen nur dann schuldtilgende Wirkung, wenn der Vorstand vom Einlageschuldner personenverschieden ist.

BGB §§ 882, 876, 877, 881, 1018, 1090; ZVG §§ 92, 115

Nachträgliche Änderung des Höchstbetrages des Wertersatzes einer Dienstbarkeit

I. Sachverhalt

Ein Grundstück soll an erster Rangstelle mit einer Mieterdienstbarkeit (Nutzungsrecht) und an zweiter Rangstelle mit einer Finanzierungsgrundschuld belastet werden. Für die Dienstbarkeit soll nach § 882 BGB der Höchstbetrag des Wertersatzes für den Fall festgelegt werden, dass die Dienstbarkeit in der Zwangsversteigerung erlischt.

II. Fragen

1. Kann der eingetragene Höchstbetrag des Wertersatzes nach § 882 BGB nachträglich ohne Zustimmung der nachrangigen Grundpfandrechtsgläubigerin erhöht werden?

2. Welche Rechtsfolge hätte es, wenn die Eintragung erfolgte, obwohl die Grundpfandrechtsgläubigerin nicht zugestimmt hat?

III. Zur Rechtslage

1. Zustimmung bei erstmaliger nachträglicher Bestimmung eines Höchstbetrages

a) Höchstbetrag vereinfacht und begrenzt Verteilung bei der Zwangsversteigerung

Nach § 882 BGB kann der Höchstbetrag des Wertersatzes für eine in der Zwangsversteigerung erlöschende Grundstücksbelastung vereinbart werden. § 882 BGB gilt lediglich für Grundstücksbelastungen, die bei einer Zwangsversteigerung **nach §§ 52, 91 ZVG erlöschen** und deren **Wert dann nach § 92 ZVG aus dem Erlös zu ersetzen** ist. Die Festlegung eines Höchstbetrages ist demnach bei Dienstbarkeiten zulässig (ebenso wie bei einem Nießbrauch, einer Reallast, bei einem dinglichen Vorkaufsrecht, das für alle oder für mehrere Vorkaufsfälle bestellt ist, bei einer Vormerkung auf eines dieser Rechte oder bei einer Auflassungsvormerkung).

§ 882 BGB enthebt den Berechtigten der Notwendigkeit, den **Kapitalwert im Zwangsversteigerungsverfahren** nach §§ 45 Abs. 1, 37 Nr. 4 ZVG **anzumelden** und sichert zugleich seine Aufnahme in den Teilungsplan nach § 114 ZVG. Umgekehrt kann dem Grundstückseigentümer daran gelegen sein, den Ersatzanspruch von vornherein seiner Höhe nach zu begrenzen. Denn dann können gleich- und nachrangige Gläubiger ihre Chancen einer Befriedigung in der Zwangsversteigerung besser abschätzen (MünchKomm-BGB/Wacke, 4. Aufl. 2004, § 882 Rn. 1; Staudinger/Kutter, BGB, 2000, § 882 Rn. 1).

Zur Vorbeugung gegen Streitigkeiten über den Kapitalwert eignet sich § 882 BGB allerdings nur beschränkt, weil lediglich der Höchstbetrag festgelegt werden kann. Der Berechtigte kann dann keinen höheren Betrag in der Zwangsversteigerung verlangen. Umgekehrt kann jedoch der Höchstbetrag **auf Antrag widersprechender Berechtigter nach § 115 ZVG herabgesetzt** werden (MünchKomm/Wacke, § 882 BGB Rn. 1; Palandt/Bassenge, BGB, 65. Aufl. 2006, § 882 Rn. 1; Staudinger/Kutter, § 882 BGB Rn. 1). Aus diesem Grunde macht die Praxis von der Möglichkeit des § 882 BGB selten Gebrauch (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 13. Aufl. 2004, Rn. 1167; MünchKomm/Wacke, § 882 BGB Rn. 1).

b) Keine Zustimmung nachrangiger Berechtigter bei erstmaliger nachträglicher Vereinbarung eines Höchstbetrages

Aus dieser eingeschränkten Wirkweise des § 882 BGB folgt nach ganz herrschender Meinung, dass die nachträgliche Vereinbarung eines Höchstbetrages nicht der Zustimmung der gleich- oder nachrangigen Berechtigten nach §§ 876, 877 BGB bedarf (MünchKomm-BGB/Wacke, § 882 Rn. 4; Palandt/Bassenge, § 882 Rn. 2; Soergel/Stürmer, BGB, 13. Aufl. 2002, § 882 Rn. 2; Staudinger/Kutter, § 882 Rn. 5). Denn deren Rechte werden durch die erstmalige nachträgliche Bestimmung und Eintragung des Höchstbetrages **nicht berührt**, da es ihnen unbenommen bleibt, im Verfahren **nach § 115 ZVG die Herabsetzung des Höchstbetrages auf den wirklichen Wert zu verlangen**, falls dieser gemessen an § 92 Abs. 2 ZVG überhöht festgesetzt wurde.

Zwar ist die nachträgliche Festsetzung des Höchstbetrages des Wertersatzes eine Inhaltsänderung des Rechts i. S. v. § 877 BGB (MünchKomm/Wacke, § 882 BGB Rn. 4; Palandt/Bassenge, § 882 BGB Rn. 2; Staudinger/Gursky, § 877 BGB Rn. 20). Das heißt aber nur, dass eine Einigung und Eintragung der Änderung nach §§ 877, 873 BGB erforderlich ist (Schöner/Stöber, Rn. 1167). Die allgemein bei einer Erweiterung eines gleich- oder vorrangigen Rechtes erforderliche Zustimmung gleich- oder nachrangiger Gläubiger nach §§ 876, 877 BGB ist nach der gerade dargestellten h.M. eben nicht erforderlich, da die nachrangigen Gläubiger infolge der Herabsetzungsmöglichkeit nach § 115 ZVG nicht beeinträchtigt sind.

Eine etwas **abweichende Literaturstimme** fanden wir nur in einem Beitrag von *Gaßner* (Rpfleger 1988, 51, 52). Darin leitet *Gaßner* zunächst aus den allgemeinen Regeln der §§ 876, 877 BGB ein Zustimmungserfordernis gleich- oder nachrangiger Gläubiger zur nachträglichen Festsetzung eines Höchstbetrages ab. Dessen Wirkung beschränkt er dann darauf, dass Gläubiger, die nicht zugestimmt haben, in der Zwangsversteigerung nach § 115 ZVG die Herabsetzung eines zu hohen Wertersatzes verlangen können. Im Ergebnis entspricht dies der h.M. Der Unterschied liegt nur darin, dass die h.M. die §§ 876, 877 BGB bereits tatbestandlich einschränkt, während *Gaßner* nur die Rechtsfolge einschränkt.

Als Zwischenergebnis lässt sich aber festhalten, dass nach allgemeiner Ansicht die (erstmalige) nachträgliche Bestimmung eines Höchstbetrages für den Wertersatz nach § 882 BGB zu ihrer Wirksamkeit nicht der Zustimmung gleich- oder nachrangiger Grundpfandrechtsgläubiger bedarf. Jedenfalls Gläubiger, die nicht zugestimmt haben, können im Zwangsversteigerungsverfahren die Herabsetzung eines zu hoch festgesetzten Höchstbetrages nach § 115 ZVG verlangen.

c) Zustimmung dinglich Berechtigter an dem limitierten Recht

Wird nachträglich erstmals ein Höchstbetrag bestimmt, so erfordert dies jedoch nach §§ 876, 877 BGB die **Zustimmung der Inhaber von Zweigrechten (Pfandrecht, Nießbrauch) an dem limitierten Recht**, für das der Höchstbetrag des Wertersatzes eingetragen werden soll, da ein eventuell zu niedriger Ansatz des Höchstbetrages einer partiellen Rechtsaufgabe gleichkommt (Bamberger/Roth/Kössinger, BGB, 2003, § 882 Rn. 7; MünchKomm/Wacke, § 882 BGB Rn. 4; Palandt/Bassenge, § 882 BGB Rn. 2).

2. Zustimmung nachrangiger Gläubiger zur nachträglichen Erhöhung eines bereits eingetragenen Höchstbetrages

a) Zustimmung nachrangiger Gläubiger erforderlich?

Zu der speziellen Frage einer nachträglichen Erhöhung eines bereits festgelegten Höchstbetrages fanden wir in der Literatur keine Aussagen. Nach der Mindermeinung von *Gaßner* (Rpfleger 1988, 51, 52), der immer eine Zustimmung gleich- und nachrangiger Gläubiger fordert, wäre deren Zustimmung auch hier erforderlich. (Ebenso ist nach wohl allgemeiner Meinung im umgekehrten Fall einer nachträglichen Herabsetzung des Höchstbetrages eines bereits limitierten Rechtes die Zustimmung der dinglichen Berechtigten an dem limitierten Recht erforderlich.)

Eine Zustimmung der nach- oder gleichrangigen dinglichen Berechtigten zur Erhöhung des Höchstbetrages scheint hingegen auf den ersten Blick nach der h.M. *a maiore ad minus* nicht erforderlich zu sein: Denn wenn ihre Zustimmung nach h.M. bei der erstmaligen Bestimmung eines Höchstbetrages nicht erforderlich ist, weil sie ggf. im Zwangsversteigerungsverfahren die Herabsetzung nach § 115 ZVG verlangen können, warum sollte dann der Fall der nachträglichen Erhöhung eines bereits eingetragenen Höchstbetrages anders zu behandeln sein? Denn sind die nachrangigen Gläubiger nicht auch hier durch die Herabsetzungsmöglichkeit des § 115 ZVG geschützt?

Die Herabsetzungsmöglichkeit nach § 115 ZVG besteht aber nur, soweit die Erhöhung über den tatsächlichen Wert des Rechtes (genauer über den nach § 92 ZVG vom Gericht für die Verteilung festzusetzenden Wert) hinausgeht. Lag der vereinbarte Höchstbetrag aber zunächst unter dem objektiven Wert der Dienstbarkeit (oder des sonstigen Rechtes) und wird der Höchstbetrag nun auf den tatsächlichen Wert heraufgesetzt, so greift die Herabsetzungsmöglichkeit des § 115 ZVG nicht.

Liegt der **Höchstbetrag** nach § 882 BGB **unter dem tatsächlichen Wert** des Rechtes, so beschränkt der Höchstbetrag den Wertersatz des Berechtigten nach oben. Daher können nachrangige Berechtigte am Grundstück aus dem im Grundbuch ersichtlichen Höchstbetrag einigermaßen verlässliche Rückschlüsse auf ihre Befriedigungsaussichten im Zwangsversteigerungsverfahren ziehen (MünchKomm/Wacke, § 882 BGB Rn. 1; Staudinger/Kutter, § 882 BGB Rn. 5). Daher würden gleich- oder nachrangige dingliche Berechtigte beeinträchtigt, wenn ein unter dem tatsächlichen Wert liegender Höchstbetrag für den Wertersatz nach § 882 BGB nachträglich ohne ihre Zustimmung erhöht werden könnte. Nachdem das Grundbuchamt die Höhe des tatsächlichen Wertes nicht feststellen kann, ist immer die Zustimmung der gleich- und nachrangigen Berechtigten erforderlich.

Insoweit gelten also doch die allgemeinen Regeln der §§ 876, 877 BGB, da § 115 ZVG hier den gleich- oder nachrangigen Gläubigern keinen ausreichenden Schutz bietet. Deren **Zustimmung** ist daher **für die nachträgliche Erhöhung erforderlich**.

b) Form der Zustimmung

Materiell ist zur Rangwahrung des erweiterten Höchstbetrages die Zustimmung gleich- oder nachrangiger dinglicher Berechtigter erforderlich, hier der Grundpfandrechtsgläubigerin. Damit ist auch grundbuchverfahrensrechtlich deren Bewilligung für die Eintragung erforderlich – ebenso wie allgemein die Bewilligung gleich- oder nachrangig dinglich am Grundstück Berechtigter zur Erweiterung des

Umfanges eines vor- oder gleichrangigen Rechts erforderlich ist (KEHE/Munzig, Grundbuchrecht, 5. Aufl. 1999, § 19 GBO Rn. 56). Die Bewilligung bedarf der Form des § 29 GBO, also mindestens der Unterschriftsbeglaubigung.

3. Rechtsfolgen fehlender Zustimmung

Fehlt die Zustimmung zu einer zustimmungsbedürftigen Rechtsänderung, so ist für die Rechtsfolgen hinsichtlich der Eintragungsfähigkeit und des Ranges der Änderung danach zu differenzieren, ob die Inhaltsänderung einen Rang hat oder nicht. Hat sie keinen Rang, so ist die Änderung ohne die Zustimmung des Dritten unwirksam (RGZ 108, 176, 183; MünchKomm/Wacke, § 877 BGB Rn. 9; Staudinger/Gursky, § 877 BGB Rn. 72).

Hat die Änderung hingegen einen Rang, so macht das Fehlen einer erforderlichen Zustimmung die Rechtsänderung regelmäßig nicht unwirksam, sondern beeinflusst nur ihr **Rangverhältnis**: Der zustimmungsbedürftige Teil ist nachrangig, das Grundbuch kann in Höhe des Überhangbetrages unrichtig werden und ist ggf. zu berichtigen (RGZ 132, 106, 110; MünchKomm/Wacke, § 877 BGB Rn. 9; Staudinger/Gursky, § 877 BGB Rn. 72). Da die Höchstwertbestimmung den Inhalt des Rechtes selbst betrifft, dürfte sie auch an dessen Rang teilhaben, so dass sie wohl wirksam, aber gegenüber den Inhabern eingetragener Rechte nur mit deren Zustimmung Vorrang hätte (im Ergebnis ähnlich *Gaßner*, Rpfleger 1988, 51, 52 f.).

4. Ergebnis

§ 882 BGB begrenzt den Höchstbetrag, den der Inhaber des limitierten Rechtes bei einem Ausfall in der Zwangsversteigerung verlangen kann, auch wenn der wahre Wert höher liegt. § 115 ZVG bietet nachrangigen Gläubigern demgegenüber nur die Möglichkeit einer Begrenzung auf den wahren Wert.

Daher ist zwar zur erstmaligen nachträglichen Bestimmung eines Höchstbetrages keine Zustimmung gleich- oder nachrangiger dinglich am Grundstück Berechtigter erforderlich – abweichend von der allgemeinen Regel der §§ 876, 877 BGB, da den gleich- und nachrangigen Gläubigern die Herabsetzungsmöglichkeit nach § 115 ZVG offen steht und sich daher ihre Rechtsposition nicht verschlechtert (sondern allenfalls verbessert, falls der festgesetzte Höchstbetrag unter dem wahren Wert liegt).

Ist hingegen bereits ein Höchstbetrag festgesetzt, so würde dessen nachträgliche Erhöhung die Rechte gleich- oder nachrangiger Gläubiger beeinträchtigen, soweit der zunächst festgesetzte Höchstbetrag unterhalb des tatsächlichen Wertes lag. Daher ist ihre Zustimmung nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 876, 877 BGB erforderlich. Ohne Zustimmung hat die nachträgliche Erhöhung den Inhabern bereits eingetragener Rechte gegenüber nur Nachrang.

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 findet 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.

Städtebauliche Verträge in der notariellen Praxis

am Freitag, 30. Juni 2006,

im Gartenpavillon des Juliusspitals in Würzburg

- 9.30 Uhr: **Begrüßung** durch Prof. Dr. Franz-Ludwig **Knemeyer**
Vorstandsmitglied des Instituts für Notarrecht an der Universität Würzburg
- 9.40 Uhr: **Typologie, Systematik und Bedeutung der städtebaulichen Verträge**
Prof. Dr. Franz-Ludwig **Knemeyer**, Bayerische Julius-Maximilians-Universität Würzburg
- 10.00 Uhr: **Beurkundung städtebaulicher Verträge**
Christian **Hertel**, LL.M., Notar a. D., Geschäftsführer des Deutschen Notarinstituts, Würzburg
anschließend Diskussion
- 11.00 Uhr: *Kaffeepause*
- 11.30 Uhr: **Leistungsstörungen und Sicherung der Vertragserfüllung bei städtebaulichen Verträgen – Möglichkeiten der Vertragsgestaltung**
Prof. Dr. Hans-Jörg **Birk**, Rechtsanwalt, Stuttgart
anschließend Diskussion
- 12.30 Uhr: *Mittagessen (im Tagungsbeitrag inbegriffen)*
- 13.30 Uhr: **Der Durchführungsvertrag beim Vorhaben- und Erschließungsplan nach § 12 BauGB**
Prof. Dr. Michael **Krautzberger**, Ministerialdirektor a. D., Bonn
Honorarprofessor an der Humboldt-Universität zu Berlin
anschließend Diskussion
- 14.30 Uhr: **Kommunaler Baulanderwerb und Planungsgewinn**
Dr. Jürgen **Busse**, geschäftsführendes Präsidialmitglied des Bayerischen Gemeindetages, München
anschließend Diskussion
- 15.30 Uhr: *Kaffeepause*
- 16.00 Uhr: **Vertragliche Regelungen im Rahmen der Erschließung**
Dr. Dr. Herbert **Grziwotz**, Notar, Regen
anschließend Diskussion
- 17.00 Uhr: *voraussichtliches Ende*
- Tagungsleitung: Prof. Dr. Franz-Ludwig Knemeyer, Kommunalwissenschaftliches Forschungszentrum Würzburg
Vorstandsmitglied des Instituts für Notarrecht an der Universität Würzburg

Anschließend findet die **9. Mitgliederversammlung der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung** statt.

Organisatorische Hinweise:

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

Tagungsbeitrag (inklusive Verköstigung, Teilnahmebescheinigung und Tagungsband):

- **130 € für Mitglieder der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V. (NotRV)**
- **185 € für Nichtmitglieder**
- **65 € für Notarassessoren und Rechtsanwälte mit höchstens dreijähriger Zulassung**
- **frei für Notarassessoren, die Mitglied der NotRV sind**

Der Tagungsbeitrag ist vor Beginn der Tagung und nach Erhalt der Rechnung auf das Konto der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V. mit Verwendungszweck: „Symposium Juni 2006“ bei der Bayerischen HypoVereinsbank AG Würzburg, BLZ 79020076, Konto-Nr. 6671594, zu überweisen. Rückerstattung des Tagungsbeitrages bei Nichtteilnahme erfolgt nur bei Abmeldung bis 7 Tage vor der Veranstaltung.

Anmeldungen richten Sie bitte an:

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

BGB §§ 358 Abs. 3, 355, 492, 652
Verbundenes Maklergeschäft bei Vermittlung von Bauträgervertrag und Finanzierung durch denselben Makler
Fax-Abruf-Nr.: 11430

AltTZG § 8a; InsO §§ 108, 113; BGB §§ 232 ff., 238, 611, 1113; BNotO § 23; BeurkG §§ 54a ff.
Insolvenzicherung von Altersteilzeitguthaben durch Grundschuldbestellung oder Notaranderkonto
Fax-Abruf-Nr.: 11431

SachenRBERG §§ 97, 19, 100 ff.; FG § 15; ZPO §§ 402 ff.; KostO §§ 8, 137, 141
Sachverständigenbeweis im Sachenrechtsbereinigungsverfahren: Kostenvorschuss und Kostenerstattung
Fax-Abruf-Nr.: 1632

AktG §§ 95, 101 Abs. 3; DrittelbG §§ 7, 15
Nachwahl eines Ersatzmitglieds des Aufsichtsrates nach dem Drittelbeteiligungsgesetz
Fax-Abruf-Nr.: 13180

HöfeO § 17; GrdstVG §§ 7 Abs. 1, 22 Abs. 1; LwVG §§ 14, 22; HöfeVfO § 16
Nachweis der Rechtskraft der landwirtschaftsgerichtlichen Genehmigung eines Hofübergabevertrages im Grundbuchverfahren
Fax-Abruf-Nr.: 12128

Rechtsprechung

WEG § 26 Abs. 1; BGB §§ 705 ff.
Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) kann nicht Wohnungseigentümer (WEG)-Verwalter sein

Die Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts führt nicht dazu, dass diese Verwalter nach dem Wohnungseigentumsgesetz sein kann (Fortführung von BGHZ 107, 268, 272).

BGH, Beschl. v. 26.1.2006 – V ZB 132/05
Kz.: L I 4 – § 26 Abs. 1 WEG
Fax-Abruf-Nr.: 10597

Problem

Der BGH hatte im Jahr 1989 entschieden, dass eine GbR nicht Verwalterin nach dem WEG sein könne (BGHZ 107, 268 = DNotZ 1990, 34 = NJW 1989, 2059). Nach der BGH-Entscheidung zur Rechts- und Parteifähigkeit der GbR (BGHZ 146, 341 = DNotI-Report 2001, 41 = DNotZ 2001, 234 = NJW 2001, 1056) sprach sich neben verschiedenen Untergerichten und diversen Literaturstimmen auch das OLG Frankfurt/Main für die Zulässigkeit der Bestellung einer GbR zur WEG-Verwalterin aus. Es legte die Rechtsfrage dem BGH im Wege der Divergenzvorlage vor (OLG Frankfurt/Main, DNotI-Report 2005, 190 = FG-Prax 2005, 253 = NZM 2005, 866 = ZMR 2006, 145).

Entscheidung

Der BGH hielt in der jetzigen Entscheidung an seiner bisherigen Rechtsprechung fest. Der Verwalter solle die Handlungsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft im Rechtsverkehr sicher stellen und nach § 27 Abs. 2 WEG insbesondere Zahlungen an die Gemeinschaft entgegen nehmen, Willenserklärungen für oder gegen die

Gemeinschaft abgeben oder empfangen und Leistungen der Gemeinschaft bewirken. Die hierfür erforderliche Rechtssicherheit der Handlungen des WEG-Verwalters fehle bei einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts mangels Publizität der Vertretungsregelungen und des Gesellschafterbestandes der GbR.

BGB §§ 1115, 247

Keine Angabe eines Höchstzinses erforderlich bei variablem Zins mit Bezugnahme auf den Basiszinssatz

Bei der Eintragung rechtsgeschäftlich vereinbarter variabler Zinsen in das Grundbuch ist die Angabe eines Höchstzinssatzes nicht erforderlich, sofern sich der variable Zinssatz aus der Bezugnahme auf eine gesetzlich bestimmte Bezugsgröße wie den Basiszinssatz ergibt. (Leitsatz der DNotI-Redaktion)

BGH, Beschl. v. 26.1.2006 – V ZB 143/05
Kz.: L I 1 – § 1115 BGB
Fax-Abruf-Nr.: 10598

Problem

Der BGH hatte über eine Divergenzvorlage des OLG Hamm zu entscheiden (DNotI-Report 2005, 198 = FG-Prax 2006, 3 = NotBZ 2006, 25 = Rpfleger 2006, 70 = ZIP 2005, 2200). Das OLG Hamm wollte – in Übereinstimmung mit der wohl h.M. in der Literatur (vgl. Gutachten DNotI-Report 2003, 193, 194) – von Entscheidungen des OLG Celle und des OLG Schleswig abweichen, wonach bei Vereinbarung eines variablen Zinssatzes für ein Grundpfandrecht die Angabe eines Höchstzinssatzes nach § 1115 Abs. 1 BGB auch bei Bezugnahme auf den Basiszinssatz erforderlich sei (OLG Celle DNotI-Report 2004, 202 = OLG-Report 2004, 476; OLG Schleswig DNotZ 2003, 354 = FG-Prax 2003, 58).

Entscheidung

Nach der Entscheidung des BGH ist die Eintragung eines Höchstzinssatzes entbehrlich. Das Erfordernis der Begrenzung durch einen Höchstzinssatz ergibt sich nicht aus § 1115 BGB, sondern aus dem grundbuchrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz. Die Angabe des Höchstzinssatzes sei aber entbehrlich, sofern sich der variable Zinssatz – wie hier – aus der Bezugnahme auf eine gesetzlich bestimmte Bezugsgröße ergebe.

GmbHG § 32 a Abs. 3 Satz 3

Sanierungsprivileg befreit umfassend von der Anwendung des gesamten Eigenkapitalersatzrechts; Sanierungszweck erfordert objektive Sanierungsfähigkeit und objektive Eignung der getroffenen Maßnahmen

a) Das Sanierungsprivileg des § 32a Abs. 3 Satz 3 GmbHG befreit von der Anwendung des gesamten Kapitalersatzrechts, d.h. sowohl der Novellenregeln als auch der Rechtsprechungsregeln zum Eigenkapitalersatz.

b) Der Sanierungszweck i. S. von § 32a Abs. 3 Satz 3 GmbHG erfordert, dass – neben dem im Regelfall als selbstverständlich zu vermutenden Sanierungswillen – nach der pflichtgemäßen Einschätzung eines objektiven Dritten im Augenblick des Anteilerwerbs die Gesellschaft objektiv sanierungsfähig ist und die für ihre Sanierung konkret in Angriff genommenen Maßnahmen zusammen objektiv geeignet sind, die Gesellschaft in überschaubarer Zeit durchgreifend zu sanieren.

BGH, Urt. v. 21.11.2005 – II ZR 277/03
Kz.: L V 2 – § 32a Abs. 3 Satz 3 GmbHG
Fax-Abruf-Nr.: 10599

Problem

Die Landeshauptstadt S. wollte verschiedene Hallen durch Privatisierung sanieren und ausbauen. Zu diesem Zweck bestellte sie der Beklagten (B-GmbH) an den Hallengrundstücken am 5. Juni 1997 Erbbaurechte. Die B-GmbH verpflichtete sich zu einem im Einzelnen geregelten Umbau der auf den Grundstücken befindlichen Bauwerke zu einem multifunktionalen Veranstaltungszentrum. Bereits am 1. März 1998 wurde über das Vermögen der B-GmbH das Gesamtvollstreckungsverfahren eröffnet. Um das dadurch gefährdete Hallenprojekt (insbesondere auch zur Sicherung eines Investitionszuschusses des Landes) doch noch zu realisieren, erfolgten diverse Sanierungsmaßnahmen unter Einschaltung verschiedener von der S. beherrschter Gesellschaften. Unter anderem flossen Barmittel in Höhe von 6,26 Mio. DM (davon 5 Mio. DM als Darlehen) und es wurde mittelbar eine Beteiligung an der B-GmbH erworben. Dies führte zur Einstellung des Gesamtvollstreckungsverfahrens am 12.10.1998 mit Zustimmung aller Gläubiger.

Nachdem das Gesamtprojekt dennoch gescheitert war, machte die S. ihren Heimfallanspruch nach den Erbbaurechtsverträgen geltend. Die B-GmbH berief sich demgegenüber auf ein Zurückbehaltungsrecht in Höhe von 1,7 Mio. DM wegen Aufwendungen für den Erwerb der Erbbaurechte. Die S. erklärte daraufhin die Aufrechnung in dieser Höhe mit dem bestehenden Darlehensanspruch gegen die B-GmbH. Zentrale Frage war also, ob die Rückübertragung der Erbbaurechte nur Zug um Zug gegen Zahlung der 1,7 Mio. DM verlangt werden konnte, weil das aufgerechnete Darlehen kapitalersetzend war.

Entscheidung

Das Berufungsgericht hatte den eigenkapitalersetzenden Charakter des Darlehens noch verneint, weil der S. das Sanierungsprivileg nach § 32a Abs. 3 Satz 3 GmbHG zugute komme. Der BGH hob das Berufungsurteil auf und verwies die Sache zurück. Denn das Sanierungsprivileg ließe sich nicht allein mit der subjektiven Motivation der Darlehensgeberin begründen, die Gesellschafterstellung zum Zwecke der Sanierung zu erwerben. Der Sanierungszweck sei vielmehr vorrangig objektiv zu bestimmen. Die vorzunehmende *ex ante*-Prognose sei regelmäßig nur auf der Grundlage eines **dokumentierten Sanierungskonzepts** relevant, das zugleich den Nachweis für den subjektiven Sanierungszweck des Anteilerwerbs liefere. Jedoch hänge die Privilegierung der Sanierungsleistung nicht vom tatsächlichen Eintritt des Sanierungserfolges ab.

H.-F. Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 3. Aufl., ZAP-Verlag, Recklinghausen 2005, 1272 Seiten inkl. CD-Rom, 98.– €

Nach wie vor bilden Vorbereitung, Beurkundung und Vollzug von Grundstückskaufverträgen einen wesentlichen Schwerpunkt der notariellen Tätigkeit. Mit der hier anzuzeigenden dritten Auflage bringt *Krauß* seine Darstellungen zum Immobilienkaufvertrag auf den aktuellen Stand von Rechtsprechung und Literatur. Wie bisher liegt der Schwerpunkt seiner Darstellungen auf der Risikoversorge und Risikovermeidung. Neu aufgenommen wurden Ausführungen zum **Mietkauf**, zur **freiwilligen Grundstücksversteigerung**, zu **Kettenverkäufen** sowie zu **insolvenzbedingten** Besonderheiten des Grundstückskaufs. Hilfreich sind die vielfältigen Musterformulierungen mit **Textbausteinen**, Vollzugsschreiben, Gesamtvertragsmuster und zum Auslegen im Notariat geeigneter Informationsblätter.

Alles in allem kann auch die Neuauflage daher **uneingeschränkt zur Anschaffung empfohlen** werden.

Notar a. D. Dr. Adolf Reul

K. Boele-Woelki/D. Martiny, Prinzipien zum Europäischen Familienrecht betreffend Ehescheidung und nahehehlicher Unterhalt, ZEuP 2006, 6

C. Bormann/C. Graßnack/M. Kessen, Die Rechtsprechung des VII. Zivilsenats zum Bauvertrags- und Architektenrecht im Jahr 2005, BauR 2006, 286

N. Bund, Zu den Mehrkosten von mitbeurkundeten Maklerklauseln und der Notwendigkeit einer Kostenbelehrung, NotBZ 2006, 46

R. Geck, Welche Gestaltungsmöglichkeiten ergeben sich hinsichtlich der Beendigung der Zugewinnngemeinschaft aus der neuen Rechtsprechung des BFH?, ZEV 2006, 62

P. Göz/T. Holzborn, Die Aktienrechtsreform durch das Gesetz für Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts – UMAG, WM 2006, 157

H. Hausheer, Die eingetragene Partnerschaft in der Schweiz, FamRZ 2006, 246

T. Hildebrandt/F. Schäfer, Wirksamkeit und Zweckmäßigkeit von Leistungsbestimmungsrechten und Änderungsvorbehalten im Bauträgervertrag, ZfIR 2006, 81

C. Kessler, Einseitige Eintragungsanträge des späteren Insolvenzschuldners im Grundbuchverfahren – Verfahrensfestigkeit, Rücknahmerecht des Insolvenzverwalters oder Unwirksamkeit?, ZfIR 2006, 117

C. Münch, Rechtsprechungsübersicht Erbrecht, FamRZ 2006, 229

G. Ring, Grundstrukturen des Bergwerkeigentums, NotBZ 2006, 37

C. Teichmann, Binnenmarktmobilität von Gesellschaften nach „Sevic“, ZIP 2006, 355

W. Tiedtke, Kostenrechtliche Behandlung von Grundschuldbestellungen mit Rangbeschaffungserklärungen, Vollzugstätigkeiten und Nebengeschäften, ZNotP 2006, 54

I. Vogler, Energieausweise für die Wohnungseigentumsanlage, ZWE 2006, 26

Ausschreibung des "Helmut-Schippel-Preises" für das Jahr 2006

Die Deutsche Notarrechtliche Vereinigung e. V. in Würzburg setzt für eine hervorragende praxisbezogene wissenschaftliche Arbeit auf dem Gebiet des Notarrechts den

"Helmut-Schippel-Preis"

in Höhe von 5.000.– € aus.

Die Arbeit muss in deutscher Sprache verfasst und sollte in der Regel noch unveröffentlicht sein. Über die Vergabe entscheidet der Gesamtvorstand der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V. unter Ausschluss des Rechtsweges. Bewerber werden gebeten, ihre Forschungsarbeiten bis spätestens

30. Juni 2006

bei der

**Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V.,
Gerberstraße 19,
97070 Würzburg,**

in drei Exemplaren einzureichen (verbleiben bei der Notarrechtlichen Vereinigung). Die endgültige Vergabeentscheidung wird voraussichtlich Anfang 2007 getroffen. Die Deutsche Notarrechtliche Vereinigung behält sich eine Aufteilung des Preises auf mehrere Bewerber vor.

Nähere Informationen erhalten Sie unter www.notrv.de

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu 2 Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter www.dnoti.de.

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

- eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin -
97070 Würzburg, Gerberstraße 19
Telefon: (0931) 35576-0 Telefax: (0931) 35576-225
e-mail: dnoti@dnoti.de internet: www.dnoti.de

Hinweis:

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

Verantwortlicher Schriftleiter:

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

Bezugsbedingungen:

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

Bezugspreis:

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

Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert und kostenfrei zugesandt werden.

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

Verlag:

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

Druck:

Druckerei Franz Scheiner
Haugerpfargasse 9, 97070 Würzburg