

# DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

18. Jahrgang  
Februar 2010  
ISSN 1434-3460

4/2010

## Inhaltsübersicht

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

GmbHG § 34 – Einziehung eines Geschäftsanteils; Nennbetragsanpassung; Euro-Umstellung; disquotale Aufstockung; Verstoß gegen Teilbarkeitsregeln; nominelle Aufstockung i. V. m. ordentlicher Kapitalerhöhung

InsO §§ 80, 32 – Rechtserwerb durch den Insolvenzverwalter als Partei kraft Amtes für die Insolvenzmasse; Eintragung des Insolvenzverwalters im Grundbuch oder Eintragung des Schuldners mit Insolvenzvermerk?

### Gutachten im Abruf-Dienst

### Rechtsprechung

BGB §§ 216 Abs. 2, 812 Abs. 2; ZPO §§ 767, 794 Abs. 1 – Analoge Anwendung von § 216 Abs. 2 S. 1 BGB auf abstraktes Schuldversprechen in Grundschuldbestellungsurkunde bei verjährtem zu sichernden Anspruch

WEG § 25 Abs. 2 – Stimmrecht nach Köpfen nach Aufteilung eines Miteigentumsanteils in der Wohnungseigentümergeinschaft

### Literatur

### Veranstaltungen

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### GmbHG § 34

**Einziehung eines Geschäftsanteils; Nennbetragsanpassung; Euro-Umstellung; disquotale Aufstockung; Verstoß gegen Teilbarkeitsregeln; nominelle Aufstockung i. V. m. ordentlicher Kapitalerhöhung**

#### I. Sachverhalt

Eine GmbH hat ein Stammkapital von 50.000,00 DM. Beteiligt sind die Gesellschafter D (15.000,00 DM), R (25.000,00 DM) und S (10.000,00 DM). Der Anteil des D wurde eingezogen. Er soll nunmehr auf die anderen Geschäftsanteile zur Aufstockung verteilt werden. Sodann soll das Stammkapital auf Euro umgestellt, zur Glättung um einen geringen Betrag erhöht werden und es sollen im Rahmen der Kapitalerhöhung ggf. die Anteilsverhältnisse wieder so berichtigt werden, wie sie vor der Aufstockung bestanden.

Eine verhältnismäßige Aufstockung würde zwangsläufig zu DM-Anteilen führen, die weder nach altem Recht (Teilbarkeit durch 100,00 DM) noch nach neuem Recht (Teilbarkeit durch volle Euro) zulässig wäre. Der anwaltliche Berater der Gesellschaft ist der Meinung, die Aufstockung müsse dennoch exakt verhältnismäßig erfolgen. Ein Verstoß gegen die Teilbarkeitsregeln sei kein Problem, da dieser im Rahmen des Kapitalerhöhungsbeschlusses bereinigt werde.

#### II. Fragen

1. Muss die Aufstockung der anderen Geschäftsanteile nach Einziehung eines Geschäftsanteils verhältnismäßig erfolgen (analog einer Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln) oder ist, insbesondere zur Einhaltung der Teilbarkeitsvorschriften, mit Zustimmung aller Gesellschafter auch eine disquotale Aufstockung zulässig?

2. Ist die Aufstockung der Geschäftsanteile der anderen Gesellschafter unter Verstoß gegen die Teilbarkeitsvorschriften zulässig, wenn im Rahmen desselben Gesellschafterbeschlusses das Kapital von DM auf Euro umgestellt und so geglättet wird, dass letztlich zulässige Geschäftsanteile entstehen?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Folgen der Einziehung

Nach ganz ü. A. **geht mit der Einziehung der betroffene Geschäftsanteil bei einer GmbH unter** (BGH Mitt-BayNot 1999, 84; BayObLG DNotZ 1992, 183; Ulmer, in: Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, 2006, § 34 Rn. 1; Volhard, GmbHR 1995, 617, 618; a. A. jetzt Meyer, NZG 2009, 1201). Nach h. M. wird der Betrag des Stammkapitals von der Einziehung genauso wenig betroffen wie der Nennbetrag der verbleibenden Geschäftsanteile. Folge der Einziehung ist demnach, dass die **Summe der Nennbeträge aller Geschäftsanteile nicht mehr dem Betrag des Stammkapitals entspricht** (BayObLG DNotZ 1992, 182; Ulmer, § 34 Rn. 65; Gehrlein, Ausschluss und Abfindung von GmbH-Gesellschaftern, 1997, S. 179; Küperkoch, Das

zwangsweise Ausscheiden eines GmbH-Gesellschafters mittels Einziehung, 2004, S. 101 ff.; Kort, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 3, 3. Aufl. 2009, § 28 Rn. 41 ff.; a. A. Lutter, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl. 2009, § 34 Rn. 2 f.: automatische proportionale Erhöhung der Nennbeträge aller verbliebenen Geschäftsanteile; ebenso Priester, in: FS Kellermann, 1991, S. 337, 349 f.). Es erhöht sich nur die Beteiligungsquote der verbleibenden Gesellschafter (Scholz/Westermann, GmbHG, 10. Aufl. 2006, § 34 Rn. 62 und 66). Die gesellschaftsrechtlichen Rechte, aber auch die Pflichten wachsen ihnen an.

## 2. Erfordernis der Nennbetragsanpassung

### a) Alte Rechtslage

Nach der vor Inkrafttreten des MoMiG geltenden Rechtslage konnte die Diskrepanz zwischen Stammkapital und Summe der Nennbeträge ausgeglichen werden; **zwingend erforderlich war das jedoch nicht** (vgl. BayObLG DNotZ 1992, 182 = MittRhNotK 1991, 318 = MittBayNot 1993, 64; Scholz/Westermann, § 34 Rn. 62, 67; Hueck/Fastrich, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 34 Rn. 20). Der Betrag des Stammkapitals stimmte dann nicht mehr mit der Summe der Nennbeträge der Geschäftsanteile überein.

Das BayObLG wies in einer Entscheidung darauf hin, dass die Diskrepanz zwischen Stammkapital und Nennbetrag der Geschäftsanteile beseitigt werden „kann“ (DNotZ 1992, 182). Dennoch wurde die Berichtigung aus Gründen der Rechtsklarheit empfohlen (Rowedder/Bergmann, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 4. Aufl. 2002, § 34 Rn. 52).

### b) Rechtslage nach MoMiG

#### aa) Zwingende Nennbetragsanpassung

Nach neuer Rechtslage soll eine **Diskrepanz** zwischen dem Betrag des Stammkapitals und der Summe der Nennbeträge der Geschäftsanteile **nicht mehr zulässig** sein (Heidschen/Heidinger, in: Heidschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 2. Aufl. 2009, § 13 Rn. 245; Wachter, GmbHHR, Sonderheft Oktober 2008, S. 5, 11; Heidschen, Das MoMiG in der notariellen Praxis, 2009, Rn. 407; Römermann, NZG 2010, 96, 99; kritisch: Wicke, GmbHG, 2008, § 34 Rn. 3; a. A.: Braun, GmbHHR 2010, 82; Ulmer, DB 2010, 321, 322 f.). Festgemacht wird diese Änderung der Rechtslage an § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG n. F., wonach die Summe der Nennbeträge aller Geschäftsanteile zu jedem Zeitpunkt mit dem Stammkapital übereinstimmen muss (vgl. Regierungsbegründung, BT-Drs. 16/6140, S. 31).

Wicke (§ 34 Rn. 3) gibt zu bedenken, dass sich aus der Neuformulierung des § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG im Vergleich zur bisherigen Gesetzesfassung (§ 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG a. F.: „Der Gesamtbetrag der Stammeinlagen muss mit dem Stammkapital übereinstimmen“) die Unzulässigkeit einer Diskrepanz nicht zwingend ergebe (ähnlich: Kort, § 28 Rn. 42; Braun, GmbHHR 2010, 82, 83; Ulmer, DB 2010, 321, 322 f., der mit Blick auf den Normzweck des Konvergenzgebots eine Anwendung bei § 34 GmbHG ablehnt). Hiergegen spricht allerdings der **ausdrückliche Wortlaut** des neuen § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG („Nennbeträge aller Geschäftsanteile“), der anders als bisher nicht nur die Einlageverpflichtung bei Gründung und Kapitalerhöhung betrifft. **Für die Praxis** wird man also zumindest vorsichtshalber von einer **zwingend erforderlichen Nennbetragsanpassung** ausgehen müssen (so auch Wicke, § 34 Rn. 3; Kort,

§ 28 Rn. 42; Langenfeld, GmbH-Vertragspraxis, 6. Aufl. 2009, Rn. 300; Heidinger, § 13 Rn. 245).

#### bb) Änderung der Einziehungsfolge?

Einer Anpassung bedarf es freilich nicht, wenn man entgegen der h. M. (vgl. oben Ziff. 1.) vom Bestehenbleiben eines Geschäftsanteils trotz Einziehung ausgeht. Dies vertritt gerade mit Blick auf § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG jetzt Meyer (NZG 2009, 1201). Um die Nachteile der herkömmlichen Anpassungsmöglichkeiten zu vermeiden (dazu unten Ziff. 4.), dürfe die regelmäßige Rechtsfolge von Einziehungsbeschlüssen nicht mehr in der Vernichtung der Geschäftsanteile bestehen, sondern müsse deren Erwerb durch die Gesellschaft (eigener Geschäftsanteil) nach sich ziehen. Entscheidender Nachteil dieser Lösung ist der damit verbundene gravierende Eingriff in die gefestigte Dogmatik der Einziehung (kritisch auch: Hueck/Fastrich, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 34 Rn. 176).

## 3. Rechtsfolgen bei Unterlassen der Nennbetragsanpassung

Die **Gesetzesbegründung lässt offen**, welche Rechtsfolgen eintreten, wenn entgegen § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG die Nennbeträge der verbliebenen Geschäftsanteile nicht an das Stammkapital angepasst werden (vgl. Altmeyen, in: Roth/Altmeyen, GmbHG, 6. Aufl. 2009, § 34 Rn. 74). Entsprechend herrscht im Schrifttum Verunsicherung. Einer strengen Ansicht zufolge ist der **Einziehungsbeschluss** in diesem Falle **nichtig** (Heidinger, § 13 Rn. 247; Wachter, S. 5, 11; ders., in: Goette/Habersack, Das MoMiG in Wissenschaft und Praxis, 2009, Rn. 1.47; Heidschen, Rn. 407; Römermann, NZG 2010, 96, 99). Eine großzügigere Gegenansicht hält die Nichtigkeit des Einziehungsbeschlusses in diesem Fall für nicht interessengerecht und dementsprechend die **Nennbetragsanpassung für die Wirksamkeit** des Einziehungsbeschlusses für **unerheblich** (Wicke, § 34 Rn. 3; Altmeyen, § 34 Rn. 74; Kort, § 28 Rn. 42). Nach Altmeyen (§ 34 Rn. 74) setzt der Gesetzgeber offenkundig nicht voraus, dass die Anpassung der Summe der Nennbeträge aller Geschäftsanteile an das Stammkapital zwingend mit dem Zeitpunkt der Geltung des Einziehungsbeschlusses zusammenfällt (das wäre überdies bei der eintragungspflichtigen Kapitalherabsetzung gar nicht möglich). Da die Einziehung die Höhe des Stammkapitals gar nicht betreffe, seien namentlich auch Gläubigerinteressen nicht berührt. Altmeyen zufolge soll es im Falle der Einziehung sein Bewenden damit haben, dass die Geschäftsführer verpflichtet sind, unverzüglich für eine Anpassung von Stammkapitalziffer und Summe der Nennbeträge zu sorgen.

## 4. Beseitigung der Diskrepanz zwischen Stammkapital und Summe der Nennbeträge

Die Diskrepanz zwischen Stammkapital und Summe der Nennbeträge der Geschäftsanteile kann durch folgende Maßnahmen beseitigt werden:

### a) Kapitalherabsetzung

Die erste Möglichkeit besteht in einer Herabsetzung des Stammkapitals (vgl. Altmeyen, § 34 Rn. 73 m. w. N.). Abgesehen von dem aufwendigen Verfahren, das § 58 GmbHG hierfür vorsieht, scheidet dieser Weg jedoch von vornherein immer dann aus, wenn die Gesellschaft nur über das Mindestkapital nach § 5 Abs. 1 GmbHG i. H. v. 25.000,00 € verfügt. Dann ist eine weitere Herabsetzung der Stammkapitalziffer ausgeschlossen (Heidschen, Rn. 406). In der Praxis dürfte die Kapitalherabsetzung somit – wie auch schon bisher – nur eine **Randerscheinung** bleiben.

## b) Neubildung eines Geschäftsanteils

### aa) Zulässigkeit

Nach der MoMiG-Regierungsbegründung ist entsprechend der bisherigen h. M. davon auszugehen, dass auch künftig die Nennbeträge durch Bildung eines neuen Geschäftsanteils angeglichen werden können. Der neu gebildete Anteil steht der Gesellschaft als **eigener Geschäftsanteil** zu (Heidinger, § 13 Rn. 246; Hueck/Fastrich, § 34 Rn. 20; Scholz/Westermann, § 34 Rn. 70).

Nach einer Gegenmeinung (Wolf, GmbHR 1999, 958, 963) soll die Neubildung eines Geschäftsanteils durch Gesellschafterbeschluss nicht möglich sein. Ein eingezogener Geschäftsanteil sei endgültig vernichtet, er könne nicht wiederhergestellt werden. Vielmehr sei lediglich eine Aufstockung der Geschäftsanteile der verbliebenen Gesellschafter möglich. Letztere könnten anschließend durch Teilung gem. § 17 GmbHG und nachfolgende Zusammenlegung der Anteile den Geschäftsanteil neu bilden.

Nach Auffassung von *Lutter* (in: Lutter/Hommelhoff, § 34 Rn. 4 f.; ähnlich auch Priester, in: FS Kellermann, 1991, S. 337, 349 ff.; Wolff, GmbHR 1999, 958, 959) erhöht sich der Nennbetrag der verbliebenen Geschäftsanteile im Falle der wirksamen Einziehung automatisch. Die Neubildung des eingezogenen Geschäftsanteils sei technisch nur durch Teilabtretung (§ 17 GmbHG) und Zusammenlegung der den Gesellschaftern zugewachsenen Quoten möglich (vgl. auch Priester, S. 357 ff.). Diese Stellungnahmen sind mit der Begründung der Neuregelung jedoch kaum zu vereinbaren.

### bb) Durchführung

Wie die Neubildung eines eingezogenen Geschäftsanteils durchgeführt werden kann, ist nach wie vor nicht abschließend geklärt. Die h. M. geht davon aus, dass sie **durch Gesellschafterbeschluss** möglich ist (Scholz/Westermann, § 34 Rn. 70; Hueck/Fastrich, § 34 Rn. 20). **Umstritten** ist jedoch, **welche Mehrheit** für die Bildung eines neuen Geschäftsanteils erforderlich ist (vgl. hierzu Heidinger, § 13 Rn. 246). Zum Teil wird hier die Zustimmung aller Gesellschafter gefordert (Nagel, in: Ring/Grziwotz, Systematischer Praxiskommentar GmbH-Recht, 2009, § 34 Rn. 22; Rowedder/Bergmann, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 34 Rn. 54); andere halten eine qualifizierte Mehrheit für ausreichend (so die wohl h. M., vgl. Scholz/Westermann, § 34 Rn. 70; Ulmer, in: Ulmer/Habersack/Winter, 2005, § 34 Rn. 70; Hueck/Fastrich, § 34 Rn. 20). Nicht ausreichend dürfte jedenfalls eine einfache Mehrheit sein, weil im späteren Verlauf durch Veräußerung des Anteils eine Verschiebung der Beteiligungsverhältnisse eintreten kann (Scholz/Westermann, § 34 Rn. 70 m. w. N.).

Ob ein Beschluss zur Neubildung auch noch nach wirksam durchgeführter Einziehung möglich ist, erscheint u. E. allerdings äußerst fraglich. Wenngleich eine ausdrückliche Stellungnahme zum Zeitpunkt der Neubildung von den Vertretern der h. M. nicht abgegeben wird, haben wir Bedenken dagegen, dass ein einmal vernichteter Geschäftsanteil später dinglich wieder neu geschaffen werden können soll. Dies beinhaltet eine Umgehung der ansonsten erforderlichen Teilgeschäftsanteilsabtretungen in der Form des § 15 GmbHG. Nur die sofortige Bildung des neuen Geschäftsanteiles kann die automatisch mit Wirksamkeit der Einziehung eintretenden Rechtsfolgen verhindern. Ebenso erscheint uns die Neubildung mit materieller Wirkung unmittelbar bei einem Dritten derzeit noch nicht gesichert und dogmatisch kaum erklärbar.

## c) Nominelle Aufstockung der Nennbeträge

Bei der Aufstockung sind u. a. die Anforderungen an die Teilbarkeit der Nennbeträge einzuhalten. Auch wenn diese nicht mehr wie früher durch 50 teilbar sein müssen (vgl. § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG a. F.), muss der Nennbetrag jedes Geschäftsanteils nach neuem Recht zumindest auf volle Euro lauten (§ 5 Abs. 2 S. 1 GmbHG). Je nach den Beteiligungsverhältnissen ist das nicht immer rechnerisch gewährleistet. Andererseits dürfte eine **disquotale Aufstockung auch weiterhin** nach dem Rechtsgedanken des § 57j GmbHG **unzulässig** sein und ggf. zur Nichtigkeit des Einziehungsbeschlusses führen (vgl. Heidinger, § 13 Rn. 245, 247; Heckschen, Rn. 400; Wachter, S. 5, 11). Die Aufstockung ist in diesen Fällen also jedenfalls für sich allein genommen kein geeignetes Instrument, die Diskrepanz zwischen Stammkapitalziffer und Summe der Nennbeträge zu beseitigen.

## d) Nominelle Aufstockung der Nennbeträge i. V. m. einer ordentlichen Kapitalerhöhung

### aa) Vorzüge

Die Idee, die nominelle Aufstockung der Nennbeträge mit einer ordentlichen Kapitalerhöhung zu kombinieren, um so dem Erfordernis des § 5 Abs. 2 S. 1 GmbHG Rechnung zu tragen, wird im Schrifttum in diesem Zusammenhang – soweit ersichtlich – noch nicht erörtert. Der Vorzug dieser Lösung besteht darin, dass eine ordentliche Kapitalerhöhung – von dem Bezugsrecht der einzelnen Gesellschafter abgesehen – **nicht zwingend proportional** erfolgen muss und es so möglich wäre, die infolge der proportionalen nominellen Aufstockung auf Cent lautenden Beträge auf den nächsthöheren Euro-Betrag zu erhöhen. Der somit doppelt aufgestockte Geschäftsanteil (nominell und durch ordentliche Kapitalerhöhung) entspräche dann der Teilbarkeitsvorgabe nach § 5 Abs. 2 S. 1 GmbHG. Auch ein Verstoß gegen den Grundsatz, dass eine nominelle Aufstockung stets streng proportional zu erfolgen hat, könnte so vermieden werden. Schließlich ist zu berücksichtigen, dass Fälle denkbar sind, in denen alle vorstehend beschriebenen Methoden zur Harmonisierung von Stammkapitalziffer und Summe der Nennbeträge ausscheiden, so etwa dann, wenn das Stammkapital der Gesellschaft 25.000,00 € beträgt (eine Kapitalherabsetzung scheidet dann aus), die Gesellschaft eine Unterbilanz aufweist (die Bildung eines eigenen Geschäftsanteils der Gesellschaft scheitert dann an § 33 GmbHG) und die proportionale nominelle Aufstockung keinen glatten Betrag in Euro ergibt.

### bb) Einwände

Kritisieren könnte man an diesem Ansatz zunächst, dass die nominell aufgestockten Nennbeträge bis zur Eintragung der ordentlichen Kapitalerhöhung gegen das Teilbarkeitsgebot des § 5 Abs. 2 GmbHG verstoßen. Dies ließe sich jedoch dadurch vermeiden, dass man die nominelle Aufstockung auf den Zeitpunkt **aufschiebend bedingt**, in dem auch die ordentliche Kapitalerhöhung eingetragen wird. Dies hat zwar wiederum zur Folge, dass für diesen Zwischenzeitraum die Stammkapitalziffer und die Summe der Nennbeträge entgegen § 5 Abs. 3 GmbHG voneinander abweichen. Eine solche vorübergehende Diskrepanz hat der Gesetzgeber aber offenbar hingenommen, da sie auch bei der ausdrücklich als zulässig anerkannten Kapitalherabsetzung unvermeidlich ist.

Als problematisch könnte weiter erscheinen, dass in diesen Fällen der Kapitalerhöhungsbetrag selbst nicht durch Euro teilbar ist. Hiergegen lässt sich jedoch einwenden, dass

§ 5 Abs. 2 S. 1 GmbHG die Teilbarkeit durch volle Euro nur für die Nennbeträge jedes Geschäftsanteils, nicht aber auch für den Erhöhungsbetrag vorschreibt. In diesem Sinne wird man auch die Verweisung in § 55 Abs. 4 GmbHG auf § 5 Abs. 2 GmbHG verstehen können. Dass im Normalfall (Aufstockung von einem glatten Euro-Betrag auf einen anderen glatten Euro-Betrag) auch der Aufstockungsbetrag glatt ist (vgl. Lutter, § 55 Rn. 15), ist kein Argument gegen die **Zulässigkeit eines krummen Aufstockungsbetrags bei einem krummen Ausgangsbetrag**. I. Ü. lässt sich eine Parallele zur Euro-Umstellung bilden (die vorliegend ohnehin hinzukommt). Hier ist die Aufstockung der krummen, auf Euro umgestellten Geschäftsanteile im Wege einer ordentlichen Kapitalerhöhung allgemein anerkannt (vgl. dazu ausführlich: Heidinger, § 12 Rn. 29 ff.; ders., in: Kopp/Heidinger, Notar und Euro, 2. Aufl. 2001, S. 26).

Über diese allgemeine Parallele wird ein Modell vorgeschlagen, bei dem gezielt die nach Einziehung und nomineller Aufstockung entstandenen krummen Nennbeträge im Rahmen der Euro-Umstellung geglättet werden (Heidinger, in: Kopp/Heidinger, S. 26). Da bei der Euro-Umstellung der Aufstockungsbetrag ohnehin zwingend krumm ist (Aufstockung von einem krummen auf einen glatten Euro-betrag), lassen sich bei dieser Gelegenheit auch die infolge der Einziehung mit nomineller Aufstockung krummen Ausgangsbeträge glätten, die zunächst in DM lauteten. Im Ergebnis kombiniert also auch dieser Ansatz eine nominelle Aufstockung mit einer Aufstockung durch ordentliche Kapitalerhöhung (ablehnend allerdings: Küperkoch, Das zwangsweise Ausscheiden eines GmbH-Gesellschafters mittels Einziehung, 2004, S. 119 ff., der die Kombination dieser beiden dogmatisch verschiedenen Aufstockungen für unzulässig hält).

#### cc) Voraussetzung

Eine solche Verfahrensweise setzt freilich voraus, dass die allgemeinen Vorgaben für die Aufstockung bestehender Geschäftsanteile im Wege einer ordentlichen Kapitalerhöhung eingehalten sind: Die aufzustockenden Geschäftsanteile müssen also entweder voll eingezahlt oder noch in der Hand des ersten Übernehmers bzw. dessen Gesamtrechtsnachfolgers sein oder ein Rückgriff auf den Vormann muss wegen § 22 Abs. 3 GmbHG ausscheiden (vgl. Lutter, § 55 Rn. 15).

#### 5. Einreichung der Gesellschafterliste

Die Einziehung des Geschäftsanteils und der Beschluss über die nominelle Aufstockung sind u. E. nicht zur Eintragung beim Handelsregister anzumelden, sondern diesem nur nachrichtlich mitzuteilen. Beide Maßnahmen bedürfen nämlich **zu ihrer Wirksamkeit nicht der Eintragung im Handelsregister**. Erforderlich ist allerdings die Einreichung einer neuen Gesellschafterliste, wobei der eingezogene Anteil mit einem entsprechenden Einziehungsvermerk zu versehen ist (Heidinger, § 13 Rn. 248; Heckschen, Rn. 408). Wenn an der Einziehung kein Notar mitwirkt, trifft diese Pflicht den Geschäftsführer. Der besseren Nachvollziehbarkeit wegen dürfte es sich u. E. auch empfehlen, hier **zwei getrennte Listen** einzureichen: Eine erste, aus der sich die Beteiligungsverhältnisse nach Durchführung der nominellen Nennbetragsaufstockung ergeben, und eine zweite, in der die Geschäftsanteile nach Durchführung der ordentlichen Kapitalerhöhung abgebildet sind. Eine Versicherung, dass sich der Gegenwert, der dem Nominalbetrag des eingezogenen Geschäftsanteils entspricht, weiterhin im Vermögen der Gesellschaft befindet, halten wir demgegen-

über für entbehrlich. Denn die Beteiligungsquote der verbliebenen Gesellschafter erhöht sich hier als unmittelbare Folge der Einziehung; es bedarf lediglich der rein deklaratorischen Korrektur der Nennbeträge. Insoweit handelt es sich nicht um einen Kapitalaufbringungsverfahren, der eine entsprechende Versicherung der Geschäftsführer erfordern könnte. Jedenfalls empfehlenswert dürften aber Angaben sein, aus denen sich die Zulässigkeit der Aufstockung durch ordentliche Kapitalerhöhung ergibt, also etwa, dass die Geschäftsanteile voll eingezahlt sind.

Eine eigene Spalte in der Liste der Übernehmer für den Betrag der nominellen Aufstockung halten wir nicht für erforderlich, da zumindest streng dogmatisch betrachtet die nominelle Aufstockung und die Aufstockung durch ordentliche Kapitalerhöhung voneinander zu unterscheiden sind und nur Letztere eine solche Liste voraussetzt.

#### 6. Ergebnis

Nach wohl h. M. ergibt sich aus § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG n. F., dass eine Diskrepanz zwischen der Summe der Nennbeträge und dem Stammkapital nicht nur bei Gründung, sondern auch im späteren Verlauf der Gesellschaft generell unzulässig ist. Die Einziehung eines Geschäftsanteils macht jetzt also eine Nennwertanpassung erforderlich. Die herkömmlichen Anpassungsmöglichkeiten (Kapitalherabsetzung, Neubildung eines Geschäftsanteils, nominelle Aufstockung) können aber nicht in jedem Fall Anwendung finden. Ein die Nachteile dieser Verfahrensweisen ausräumender Weg ist u. E. eine Kombination aus nomineller proportionaler Aufstockung und einer Aufstockung durch ordentliche Kapitalerhöhung. Hierbei wird einerseits dem Gebot des § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG, andererseits dem Teilbarkeitsgebot nach § 5 Abs. 2 S. 1 GmbHG Rechnung getragen. Mangels Rechtsprechung und Literatur ist der vorgeschlagene Lösungsweg aber derzeit nicht gesichert.

---

#### InsO §§ 80, 32

#### Rechtserwerb durch den Insolvenzverwalter als Partei kraft Amtes für die Insolvenzmasse; Eintragung des Insolvenzverwalters im Grundbuch oder Eintragung des Schuldners mit Insolvenzvermerk?

##### I. Sachverhalt

Die Grundstückseigentümerin hat sich zur Vermeidung einer Anfechtung durch den Insolvenzverwalter verpflichtet, zugunsten der Insolvenzmasse einen bestimmten Geldbetrag zu zahlen. Zur dinglichen Absicherung dieser Zahlungsverpflichtung soll auf ihrem Grundbesitz eine Grundschuld eingetragen werden. Ebenso will sich die Grundstückseigentümerin in dinglicher Hinsicht der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwerfen.

##### II. Frage

Wer ist als Gläubiger der Grundschuld im Grundbuch einzutragen, wenn das Recht letztlich für die Insolvenzmasse bestellt wird?

##### III. Zur Rechtslage

#### 1. Übergang der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis

Mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens geht **nach § 80 InsO** die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das zur

Insolvenzmasse gehörende Vermögen auf den Insolvenzverwalter über. Verfügungen des Insolvenzschuldners sind nach § 81 Abs. 1 S. 1 InsO unwirksam. Ebenso können Leistungen zur Erfüllung einer Verbindlichkeit an den Schuldner nach § 82 InsO nur noch dann mit schuldbefreiender Wirkung geleistet werden, wenn der Gläubiger zur Zeit der Leistung die Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht kannte.

## 2. Rechtsinhaberschaft weiterhin beim Insolvenzverwalter

Ungeachtet des Übergangs der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf den Insolvenzverwalter **ändert** die Eröffnung des Insolvenzverfahrens **nichts an der allgemeinen Rechts- und Geschäftsfähigkeit** des Insolvenzschuldners sowie an der Rechtsinhaberschaft. Träger des zur Insolvenzmasse gehörenden Vermögens ist und bleibt weiterhin der Insolvenzschuldner. **Der Schuldner bleibt Eigentümer** der insolvenzbefangenen Sache. Dies gilt nicht nur für diejenigen Vermögensgegenstände, die bereits zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens zum Schuldnervermögen gehörten. Vielmehr betrifft dies **auch** solche Vermögensgegenstände, die der Schuldner erst während des Insolvenzverfahrens erlangt (sog. **Neuerwerb**). Durch § 35 InsO wird ausdrücklich klargestellt, dass auch der Neuerwerb des Schuldners in die Insolvenzmasse fällt. Dies setzt voraus, dass der Insolvenzschuldner selbst Eigentümer bzw. Inhaber dieser in die Masse fallenden Rechte und Forderungen wird (RGZ 52, 333; RGZ 53, 9; RGZ 53, 253; RGZ 105, 314; Uhlenbruck, InsO, 12. Aufl. 2003, § 80 Rn. 5; MünchKomm-InsO/Ott/Vuia, 2. Aufl. 2007, § 80 Rn. 11; Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht/Kuleisa, 3. Aufl. 2009, § 80 Rn. 23).

## 3. Erwerbsgeschäfte durch den Insolvenzverwalter

Im Rahmen der auf ihn übergegangenen Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis ist der Insolvenzverwalter grundsätzlich auch berechtigt, **Erwerbsgeschäfte mit Wirkung für und gegen die Insolvenzmasse** vorzunehmen. Erwirbt der Insolvenzverwalter Gegenstände für die Insolvenzmasse, wird der **Schuldner Rechtsinhaber**. Geht der Insolvenzverwalter für die Masse Verpflichtungen ein, so treffen diese den Schuldner, der hierfür nach h. M. freilich beschränkt auf die Masse haftet (MünchKomm-InsO/Ott/Vuia, § 80 Rn. 8; Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht/Kuleisa, § 80 Rn. 24; vgl. auch BGH NJW 1955, 339; a. A. Uhlenbruck, § 80 Rn. 55: unbeschränkte Haftung). Geht es um den Erwerb eines dinglichen Rechts an einem Grundstück bzw. um Grundstückseigentum, ist deshalb als **Berechtigter im Grundbuch allein der Insolvenzschuldner einzutragen**, nicht aber der Insolvenzverwalter als solcher (BayObLGZ 1980, 255 = DNotZ 1981, 576; Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht/Kuleisa, § 80 Rn. 23).

## 4. Ergebnis

Als Inhaber der Grundschuld ist demnach der Insolvenzschuldner im Grundbuch einzutragen. Des Weiteren ist zur Vermeidung eines gutgläubigen Erwerbs ein Insolvenzvermerk nach § 32 Abs. 1 Nr. 2 InsO in die Veränderungsspalte der Abteilung III des Grundbuchs aufzunehmen (§ 11 Abs. 6 GBV).

## Gutachten im Abruf-Dienst

Folgende Gutachten können Sie über unseren Gutachten-Abruf-Dienst im Internet unter:

<http://faxabruf.dnoti-online-plus.de>

abrufen. In diesem frei zugänglichen Bereich können die Gutachten über die Gutachten-Abruf-Nummer oder mit Titelschlagworten aufgefunden werden. Dies gilt ebenfalls für die bisherigen Fax-Abruf-Gutachten.

**BGB § 2100; SGB II § 12  
Testamentsgestaltung bei Hartz IV-Bezug durch Erben;  
Schonvermögenseigenschaft eines Hausgrundstücks**  
Gutachten-Abruf-Nr.: **98544**

**EGBGB Art. 181, 184  
Superfizielle Rechte nach allgemeinem preußischen  
Landrecht**  
Gutachten-Abruf-Nr.: **98606**

**GmbHG §§ 19 Abs. 5, 82 Abs. 1  
Heilung eines Hin- und Herzahlens (Rückzahlung der  
Einlage als Darlehen) bei der personenidentischen  
GmbH & Co. KG; Gefahr der Strafbarkeit wegen zu-  
nächst erfolgter Abgabe falscher Versicherung bei spä-  
terer Offenlegung des Hin- und Herzahlens im Rahmen  
der Heilung**  
Gutachten-Abruf-Nr.: **98537**

**EGBGB Art. 13 ff., 17b  
Niederlande: Registrierte Partnerschaft, insbesondere  
Güterstand**  
Gutachten-Abruf-Nr.: **98247**

**EGBGB Art. 25, 26  
USA: Anerkennung eines US-amerikanischen Erb-  
scheins**  
Gutachten-Abruf-Nr.: **98436**

## Rechtsprechung

**BGB §§ 216 Abs. 2, 812 Abs. 2; ZPO §§ 767, 794  
Abs. 1**

**Analoge Anwendung von § 216 Abs. 2 S. 1 BGB  
auf abstraktes Schuldversprechen in Grund-  
schuldbestellungsurkunde bei verjährtem zu  
sichernden Anspruch**

**Das von einem Schuldner in einer notariellen Grund-  
schuldbestellungsurkunde abgegebene abstrakte  
Schuldversprechen mit Vollstreckungsunterwerfung ist  
nicht deshalb nach § 812 Abs. 2 BGB kondizierbar, weil  
der durch die Grundschuld gesicherte Anspruch des  
Gläubigers verjährt ist. Die Vorschrift des § 216 Abs. 2  
Satz 1 BGB ist auf ein abstraktes Schuldversprechen  
analog anwendbar.**

BGH, Urteil v. 17.11.2009 – XI ZR 36/09  
Fax-Abruf-Nr. **10910**

## Problem

Aus Anlass eines Wohnkaufes nahm ein Schuldner bei einer Bank im Juli 1990 ein Darlehen auf. Im September 1990 wurde der Bank eine Grundschuld nebst abstraktem Schuldversprechen mit dinglicher und persönlicher Zwangsvollstreckungsunterwerfung bestellt. Nachdem der Schuldner im Jahre 2002 die Rückzahlung des Darlehens eingestellt hatte, kündigte die Bank das Darlehen und stellte im November 2005 den Antrag auf Anordnung der Zwangsversteigerung. Über die Vollstreckungsgegenklage des Schuldners hatte letztlich der BGH zu entscheiden, der jetzt erstmals zu der Frage Stellung nahm, ob ein Gläubiger trotz Verjährung der Darlehensforderung weiter aus einem abstrakten Schuldversprechen (Grundschuldbestellungsurkunde) gegen den Schuldner vorgehen kann (zum bisherigen Meinungsstand siehe **DNotI-Gutachten, DNotI-Report 2008, 154**).

## Entscheidung

Der XI. Zivilsenat des BGH folgte dem Berufungsgericht in der Annahme, dass die Bank trotz Verjährung des gesicherten Darlehensrückzahlungsanspruchs (§ 195 BGB) aus dem abstrakten Schuldversprechen (§ 780 BGB), das in der Grundschuldbestellungsurkunde enthalten war, weiter vorgehen kann. Die Verjährung des Darlehensrückzahlungsanspruchs stehe einer Vollstreckung aus dem abstrakten Schuldversprechen gemäß § 216 Abs. 2 S. 1 BGB analog nicht entgegen, weil danach das Schuldversprechen nicht gemäß § 812 Abs. 2 BGB herausverlangt werden könne. Mit dieser Ansicht schloss sich der BGH erstmals der sonst herrschenden Rechtsprechung und Literatur an (siehe insbesondere: OLG Brandenburg ZfIR 2009, 111; OLG Frankfurt a.M. NJW 2008, 379 = ZIP 2007, 2350).

Aus den Urteilsgründen wird ersichtlich, dass zwar keine unmittelbare Anwendung des § 216 Abs. 2 S. 1 BGB wie bei der Grundschuld in Betracht kommt. Gleichwohl liegen laut BGH die Voraussetzungen für eine analoge Anwendung der Vorschrift vor. Dies begründet der XI. Zivilsenat wie folgt: Eine planwidrige Regelungslücke sei jedenfalls seit dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz gegeben, denn der Darlehensrückzahlungsanspruch verjährt seitdem in drei Jahren (§ 195 BGB), der Anspruch aus einem vollstreckbaren Schuldversprechen in 30 Jahren (§ 197 Abs. 1 Nr. 4 BGB). Aus den Gesetzgebungsmaterialien zur Schuldrechtsmodernisierung gehe nicht hervor, dass der Gesetzgeber diese Diskrepanz gewollt habe. Auch die zur Analogiebildung erforderliche vergleichbare Interessenlage bejaht der BGH. Das abstrakte Schuldversprechen solle der Bank genauso wie die von § 216 Abs. 2 BGB direkt erfassten Sicherheiten (insbesondere die Grundschuld) „eine zur Sicherung der persönlichen Forderung geschaffene verdinglichte Rechtstellung“ einräumen, die „von der Verjährung nicht berührt werden soll“. Betrachte man die Zweckerklärung, so verknüpfe diese das abstrakte Schuldversprechen nicht mit der Darlehensforderung, sondern gerade mit der Grundschuld (auf die § 216 Abs. 2 BGB direkt Anwendung findet).

Am Rande grenzt der BGH die aktuelle Entscheidung noch von einer Entscheidung aus dem Jahre 1998 ab. Damals hatte der XII. Zivilsenat eine analoge Anwendung von § 216 Abs. 1 BGB auf die Bürgschaft verneint (BGHZ 138, 49 = NJW 1998, 981). Der XI. Zivilsenat hebt jetzt hervor, dass sich diese Entscheidung nicht auf das Schuldversprechen übertragen lässt, weil § 768 BGB nur für die Bürgschaft ausdrücklich bestimmt, dass sich der Bürge auf die Verjährung der Hauptforderung berufen kann. Das Schuldversprechen sei im Gegensatz zur Bürgschaft gerade nicht akzessorisch.

## WEG § 25 Abs. 2

### Stimmrecht nach Köpfen nach Aufteilung eines Miteigentumsanteils in der Wohnungseigentümergeinschaft

**Teilt ein Miteigentümer in einer Wohnungseigentümergeinschaft, in der das Kopfstimmrecht gilt, seinen Miteigentumsanteil ohne die Zustimmung der übrigen Miteigentümer auf und veräußert den neu hinzugewonnenen Anteil an einen Dritten, führt das nicht zu einer Stimmrechtsmehrung, obwohl die Wohnungseigentümergeinschaft nun aus einem Miteigentümer mehr besteht.**

LG München I, Urt. v. 19.10.2009 –1 S 21731/08  
Fax-Abruf-Nr.: 10911

## Problem

Eine Wohnungseigentümergeinschaft bestand aus zwei Miteigentümern. Einer der Miteigentümer, dem bisher das Ober- und das Dachgeschoss als ein einheitliches Wohnungseigentum zustanden, unterteilte dieses in zwei Wohnungseigentumseinheiten und veräußerte das Dachgeschoss an einen Erwerber. In der nächsten Wohnungseigentümersammlung, für die nach der Gemeinschaftsordnung das Stimmrecht nach Köpfen galt, überstimmten die Eigentümer von Ober- und Dachgeschoss den Eigentümer des Erdgeschosses. Dieser focht die Beschlüsse an.

## Entscheidung

Das LG München I hielt die Beschlüsse in der Wohnungseigentümergeinschaft für nicht ordnungsgemäß zustande gekommen. Auch bei Geltung des sog. **Kopfstimmrechtes** dürfe die **Unterteilung** eines Wohnungseigentums **nicht zu einer Einschränkung der Rechte der übrigen Miteigentümer führen**. Eine derartige Unterteilung könne lediglich zu einem gespaltenen Stimmrecht führen (d. h. im vorliegenden Fall je eine halbe Stimme für die Eigentümer von Ober- und Dachgeschoss). Dadurch sei eine Majorisierung des bisherigen anderen Miteigentümers durch den unterteilenden und den neuen Miteigentümer ausgeschlossen. Zur Stützung seiner Auffassung verweist das LG München I auf den Beschluss des BGH vom 24.11.1978 (NJW 1979, 870, 871 = DNotZ 1979, 493), in dem der BGH ausgeführt hatte, dass die Mehrheitsverhältnisse in einer WEG nicht „durch eine Teilveräußerung von Wohnungseigentum [nach Unterteilung] eine Änderung“ erfahren dürften.

Die Entscheidung des LG München I kann sich auf einige Stimmen in der wohnungseigentumsrechtlichen Rechtsprechung und Literatur stützen (OLG Stuttgart NZM 2005, 312; Jennißen/Elzer, WEG, 2008, § 25 Rn. 40; Palandt/Bassenge, 69. Aufl. 2010, § 25 WEG Rn. 6). Nach wohl **h. M.** kommt es **bei Geltung des Kopfstimmrechtes** (anders als beim sog. Objektprinzip) demgegenüber zu einer **Vermehrung der Stimmrechte** (OLG Düsseldorf DNotI-Report 2004, 130 = NZM 2004, 234; KG DNotI-Report 2000, 114 = NZM 2000, 671; Bärman/Merle, WEG, 10. Aufl. 2009, § 25 Rn. 39; Staudinger/Bub, BGB, Neubearb. 2005, § 25 WEG Rn. 156; Riecke, in: Riecke/Schmid, WEG, 3. Aufl. 2010, § 25 Rn. 59). Angesichts dieser abweichenden h. M. ist es bemerkenswert, dass das **LG München I** unter Berufung auf eine BGH-Entscheidung aus dem Jahre 1978 die **Revision nicht zugelassen hat** (vgl. § 62 Abs. 2 WEG).

<p><b>Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)</b>  - 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</p> <p><b>Hinweis:</b>  Die im DNotI-Report veröffentlichten Gutachten und Stellungnahmen geben die Meinung der Gutachter des Deutschen Notarinstituts und nicht die der Bundesnotarkammer wieder.</p> <p><b>Verantwortlicher Schriftleiter:</b>  Notarassessor Sebastian Herrler, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg</p> <p><b>Bezugsbedingungen:</b>  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.</p>	<p><b>Bezugspreis:</b>  Jährlich 170,00 €, Einzelheft 8,00 €, inkl. Versandkosten. Für die Mitglieder der dem DNotI beigetretenen Notarkammern ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten.</p> <p>Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert und kostenfrei zugesandt werden.</p> <p>Alle im DNotI-Report enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist die Verwertung nur mit Einwilligung des DNotI zulässig.</p> <p><b>Verlag:</b>  Bundesnotarkammer, Körperschaft des öffentlichen Rechts, Geschäftsstelle  Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg</p> <p><b>Druck:</b>  Druckerei Franz Scheiner  Haugerpfarrgasse 9, 97070 Würzburg</p>
---	---