

# DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

20. Jahrgang  
April 2012  
ISSN 1434-3460

8/2012

## Inhaltsübersicht

### Hinweis in eigener Sache

Wesentlich vereinfachter Zugang zur Datenbank DNotI-Online-Plus

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

GmbHG §§ 2 Abs. 1a, 40, 53 ff. – Abtretung eines Geschäftsanteils an einer mit Musterprotokoll gegründeten UG (haftungsbeschränkt); Abänderung der Ziffer 3 des Musterprotokolls anstelle der bzw. zusätzlich zur Einreichung einer aktualisierten Gesellschafterliste

GBO § 53; BGB §§ 883, 888 – Löschung einer Vormerkung wegen Verstoßes gegen den Bestimmtheitsgrundsatz

### Gutachten im Abrufdienst

### Rechtsprechung

BGB § 2209; HGB §§ 106 Abs. 2 Nr. 1, 177 – Vererbung eines Kommanditanteils mit Anordnung der Testamentsvollstreckung (Dauertestamentsvollstreckung); Eintragung des Testamentsvollstreckervermerks in das Handelsregister

BGB §§ 463, 467 S. 2 – Umgehung eines Vorkaufsrechts; kaufähnliche Vertragsgestaltung; unentgeltliche Einbringung der vorkaufsbelasteten Sache in Gesellschaft und anschließende entgeltliche Anteilsübertragung; Reichweite des Vorkaufsrechts bei Veräußerung der vorkaufsbelasteten Sache als Teil einer Sachgesamtheit

### Literaturhinweise

### Veranstaltungen

## Hinweis in eigener Sache

### Wesentlich vereinfachter Zugang zur Datenbank DNotI-Online-Plus

Ab 1.5.2012 wird der Zugang zu DNotI-Online-Plus wesentlich vereinfacht. Jede Notarin und jeder Notar kann dann ohne Einsatz der Signaturkarte auf die Datenbank DNotI-Online-Plus (<http://www.dnoti-online-plus.de>) zugreifen, da die Prüfung der Zugangsberechtigung über das Notarnet bzw. anhand der Registerboxen erfolgt. Auf diese Weise können neben dem Notar auch sämtliche Notariatsmitarbeiter ohne Schwierigkeiten in der Datenbank recherchieren.

Neben derzeit ca. 12.000 ausgewählten Gutachten und ca. 13.000 notarrelevanten Entscheidungen sind die **MittBay-Not** mittlerweile bis einschließlich des Jahrgangs 1993 und die **RNotZ** (früher MittRhNotK) bis einschließlich des Jahrgangs 1994 im Volltext in der Datenbank verfügbar.

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### GmbHG §§ 2 Abs. 1a, 40, 53 ff. Abtretung eines Geschäftsanteils an einer mit Musterprotokoll gegründeten UG (haftungsbeschränkt); Abänderung der Ziffer 3 des Musterprotokolls anstelle der bzw. zusätzlich zur Einreichung einer aktualisierten Gesellschafterliste

#### I. Sachverhalt

Bei einer UG (haftungsbeschränkt) sind Firma und Unternehmensgegenstand geändert und zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet worden. Die Verfahrensweise, insbesondere im Hinblick auf die erforderliche Satzungsbescheinigung, lehnt sich an den in *Herrler/König*, DStR 2010, 2138 enthaltenen Vorschlag an. Zeitlich nachfolgend wurde am gleichen Tag der einzige Geschäftsanteil abgetreten und eine vom Notar bescheinigte Liste erstellt. Die Anmeldung der Satzungsänderung wurde mit der Liste an das Register übermittelt, zusammen mit einer (vorsorglichen) Feststellung des Notars, dass die Abtretung des Geschäftsanteils erst nach der Beschlussfassung über die Satzungsänderung vorgenommen worden ist.

Das Registergericht weigert sich, die Satzungsänderung einzutragen und die Liste einzustellen, da im (unverändert gebliebenen) Text des Musterprotokolls noch der Altgesellschafter stehe und sich so ein Widerspruch zur eingereichten Liste ergebe. Es verlangt die Abänderung von Ziffer 3 der Satzung im Hinblick auf die Geschäftsanteilsabtretung.

## II. Frage

Ist das Verlangen des Registergerichts berechtigt?

## III. Zur Rechtslage

### 1. Erfordernis einer separaten Gesellschafterliste außerhalb des Gründungsstadiums

Gem. § 2 Abs. 1a GmbHG kann eine GmbH/UG (haftungsbeschränkt) mit höchstens drei Gesellschaftern im vereinfachten Verfahren, also unter Verwendung des in der Anlage zum GmbHG niedergelegten Musterprotokolls, gegründet werden. Die Besonderheit des Musterprotokolls besteht darin, dass es in sich drei verschiedene Dokumente vereinigt: Gesellschaftsvertrag, Geschäftsführerbestellung und Gesellschafterliste (Begründung Rechtsausschuss zu Nr. 2 – § 2 Abs. 1a, abgedruckt bei Goette, Einführung in das neue GmbH-Recht, 2008, S. 156). Im Hinblick auf die Gesellschafterliste ergibt sich dies bereits aus dem Wortlaut des § 2 Abs. 1a S. 4 GmbHG: „Das Musterprotokoll gilt zugleich als Gesellschafterliste.“ Das Gesetz fingiert also die Listeneigenschaft des Musterprotokolls (C. Schäfer, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 2011, § 2 GmbHG Rn. 66). Diese **Fiktion** gilt u. E. aber **lediglich bei der Gesellschaftsgründung**; nur hier erscheint die Integrierung der (ersten) Gesellschafterliste im Interesse der Verfahrenserleichterung und Kostenersparnis sinnvoll. Bei **späteren Veränderungen** des Gesellschafterbestands, sei es nach Verfügungen über Geschäftsanteile oder im Rahmen von Kapitalmaßnahmen, wird also die Einreichung einer **gesonderten Gesellschafterliste** i. S. d. § 40 GmbHG **erforderlich** (so ausdrücklich zur Kapitalerhöhung OLG München DNotZ 2010, 155, 156 a. E.; Gutachten DNotI-Report 2010, 217, 218, Ziff. 2e; Heidinger/Blath, ZNotP 2010, 402, 406; Wicke, DNotZ 2012, 15, 23; zur Veränderung nach Anteilsübertragung GroßkommGmbHG/Löbbe, Ergänzungsband MoMiG, 2010, § 2 Rn. 34; s. auch C. Schäfer, in: Bork/Schäfer, GmbHG, 2010, § 2 Rn. 108).

### 2. Erfordernis einer Satzungsanpassung

Eine andere Frage ist, ob die in Ziffer 3 des Musterprotokolls einbezogenen **Gesellschafterangaben** auch nach späteren Veränderungen beibehalten werden können. Diese Angaben erfüllen bei der Gesellschaftsgründung eine Doppelfunktion (vgl. Heidinger/Blath, ZNotP 2010, 402, 406): Sie enthalten die für die Listenfiktion erforderlichen Informationen, sind aber zugleich als **zwingende Angaben i. S. d. § 3 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG** echte Satzungsbestandteile der im Musterprotokoll integrierten GmbH-Satzung (so Melchior, notar 2010, 305, 306; s. aber auch Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 17. Aufl. 2009, § 3 Rn. 30 f.: Angaben nach § 3 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG gehören zur Gründungsvereinbarung, nicht eigentlich zur Satzung).

Es besteht Einigkeit, dass **diese Angaben** – im Gegensatz zu denjenigen in § 3 Abs. 1 Nr. 1-3 GmbHG – **bei Satzungsänderungen nach Eintragung** der Gesellschaft **grundsätzlich entfallen können** (MünchKommGmbHG/Wicke, 2010, § 3 Rn. 55; GroßkommGmbHG/Ulmer, 2005, § 3 Rn. 31; Scholz/Emmerich, GmbHG, 10. Aufl. 2006, § 3 Rn. 59; Michalski/Michalski, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 3 Rn. 47; Hueck/Fastrich, in: Baumbach/Hueck, GmbHG,

19. Aufl. 2010, § 3 Rn. 18). Andererseits dürfte kein Zweifel daran bestehen, dass sie **nicht entfallen müssen**, also beibehalten werden können (vgl. Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 3 Rn. 31). Umstritten ist vielmehr, ob bei einer Satzungsneufassung die Namen der derzeitigen, von den Gründungsgesellschaftern abweichenden Gesellschafter in die Satzung aufgenommen werden dürfen (s. nur GroßkommGmbHG/Ulmer, § 3 Rn. 31; Scholz/Emmerich, § 3 Rn. 60; Hueck/Fastrich, § 3 Rn. 18 a. E.). Notwendig ist diese Aufnahme jedenfalls nicht (BayObLGZ 1981, 312, 319 = DNotZ 1982, 177 zur Kapitalerhöhung). Im Hinblick auf eine Kapitalerhöhung bei einer mit Musterprotokoll gegründeten Gesellschaft sieht das OLG München (DNotZ 2010, 939, 940) die Angabe der derzeitigen Gesellschafter sogar als unzulässig an, wenn die Gefahr der Verwechslung mit den Gründungsgesellschaftern besteht. Dies war nach Auffassung des OLG der Fall, denn die Satzung hatte die Überschrift „Errichtung einer Unternehmungsgesellschaft“ und die Fassung des Eingangssatzes „wird errichtet“ beibehalten (i. V. m. weiteren Satzungstextanpassungen zur Herstellung einer widerspruchsfreien Satzungsfassung müssten allerdings im Fall der Kapitalerhöhung auch Änderungen in Ziffer 3 zugelassen werden, vgl. Herrler/König, DStR 2010, 2138, 2143 f.; s. auch OLG München GmbHR 2010, 312 = NotBZ 2010, 110).

Vor diesem Hintergrund erscheint eine **Beibehaltung des überholten Satzungsbestandteils i. V. m.** einer erstmals eingereichten **gesonderten Gesellschafterliste** jedenfalls **unproblematisch**. Dafür, dass insoweit bei der mit Musterprotokoll gegründeten Gesellschaft etwas anderes als bei der regulären GmbH gelten sollte, bestehen u. E. keine Anhaltspunkte. Die Auffassung des Registergerichts liefe vielmehr darauf hinaus, dass jede Veränderung im Gesellschafterbestand zugleich eine Satzungstextänderung nach den §§ 53 ff. GmbHG erforderlich machen würde. Ein derartiges Verständnis ist nicht im Gesetz angelegt, vom Willen des historischen Gesetzgebers nicht gedeckt und auch aus Gründen des Verkehrsschutzes nicht erforderlich.

### 3. Ergebnis

Das Registergericht verlangt daher vorliegend zu Unrecht eine Anpassung des Musterprotokolls.

---

## GB0 § 53; BGB §§ 883, 888

### Löschung einer Vormerkung wegen Verstoßes gegen den Bestimmtheitsgrundsatz

#### I. Sachverhalt

Die M hat als Alleinerbin ein Grundstück ihres Vaters geerbt und möchte dieses im Wege der Schenkung auf ihren Sohn übertragen. Im Testament hat der Vater zulasten der Alleinerbin und zugunsten derjenigen ihrer Abkömmlinge, die im Zeitpunkt des Todes der Alleinerbin vorhanden sind, ein Vermächtnis des Inhalts angeordnet, dass die Bedachten sämtliche im Zeitpunkt des Todes des Vaters ihm gehörenden Grundstücke zugewendet erhalten. Das Vermächtnis fällt mit dem Tod der Tochter an und ist sofort fällig. Im Testament ist weiter bestimmt, dass zur Sicherung der befristeten Ansprüche der unbekannteten Beteiligten Vormerkungen nach § 883 BGB einzutragen sind. Im Grundbuch ist eingetragen:

„Vormerkung zur Sicherung des befristeten Anspruchs der unbekanntem Vermächtnisnehmer nach § 3 des Testaments vom 25.3.1960 in der Nachlasssache des am ... verstorbenen Herrn ... (Vater) auf Übertragung des Eigentums.“

Die Schenkerin befindet sich in fortgeschrittenem Alter und hat zwei Kinder. Die Schwester des Beschenkten ist kinderlos und zur Mitwirkung an einer Löschung der Vormerkung bereit.

## II. Frage

Ist es erfolversprechend, beim Grundbuchamt die Löschung der Vormerkung als unzulässige Eintragung anzuregen, weil der Berechtigte der Vormerkung nicht hinreichend bestimmt oder bestimmbar ist?

## III. Zur Rechtslage

### 1. Unzulässigkeit einer Vormerkung zugunsten eines noch unbestimmten Dritten

Gem. § 53 Abs. 1 S. 2 GBO ist eine Eintragung von Amts wegen zu löschen, die sich ihrem Inhalt nach als unzulässig erweist. Insoweit ist anerkannt, dass das Grundbuch zur Verwirklichung des sachenrechtlichen Publizitäts- und Bestimmtheitsgrundsatzes die privatrechtlichen Verhältnisse des Grundstücks zuverlässig und zweifelsfrei darstellen muss. Insbesondere ist daher stets der **dinglich Berechtigte so genau zu bezeichnen**, dass seine **Identifizierung möglich** ist und **Zweifel an seiner Person ausgeschlossen** sind (s. nur BeckOK-GBO/Holzer, Stand: 1.3.2012, § 53 Rn. 73; vgl. auch Staudinger/J. Mayer, BGB, Neubearb. 2009, § 1018 Rn. 25: Amtslöschung einer Grunddienstbarkeit, die das berechtigte Grundstück nicht erkennen lässt). Dementsprechend wird für Vormerkungen allgemein gefordert, dass sie den Berechtigten des vorzumerkenden Anspruchs erkennen lassen müssen; eine **Vormerkung für den Anspruch eines noch unbestimmten Dritten** (gem. § 328 BGB) ist **unzulässig** (BGH NJW 1983, 1543 = DNotZ 1983, 484; Staudinger/Gursky, Neubearb. 2008, § 883 Rn. 71; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rn. 1494; Bauer/v. Oefele/Kohler, GBO, 2. Aufl. 2006, AT III Rn. 32; a. A. Preuß, AcP 201 (2001), 580, 614 f.). In diesem Sinne hat jüngst das OLG Hamm mit Blick auf eine Photovoltaikdienstbarkeit, die für einen unbestimmten Rechtsnachfolger vorgemerkt werden sollte, entschieden, dass einer solchen Eintragung der Bestimmtheitsgrundsatz entgegenstehe (RNotZ 2011, 243 = MittBayNot 2011, 299).

### 2. Zulässigkeit einer Vormerkung zugunsten noch nicht erzeugter Nachkommen

#### a) Allgemeines

Andererseits ist anerkannt, dass zugunsten der noch nicht bekannten und erzeugten Nachkommen einer Person aufgrund eines Vertrags zugunsten Dritter (§ 328 BGB) eine Vormerkung eingetragen werden kann (LG Passau RNotZ 2003, 569 = MittBayNot 2004, 362; Staudinger/Gursky, § 883 Rn. 72; Palandt/Bassenge, BGB, 71. Aufl. 2012, § 883 Rn. 11 – jew. m. w. N.). Begründet wird dies im Kern damit, dass die Anspruchsbegünstigten **durch das Merkmal der Abstammung hinreichend bestimmt** seien (vgl. nur LG Passau RNotZ 2003, 569; Palandt/Bassenge, § 883 Rn. 11; Böhringer, BWNNotZ 2006, 118, 122). Vorliegend dürfte eine Vormerkung daher nicht bereits deshalb am Bestimmtheitsgrundsatz scheitern, weil die durch das Vermächtnis Begünstigten zur Zeit der Eintragung der Vormerkung noch nicht abschließend feststanden.

## b) Bestimmtheit im konkreten Fall

### aa) Auslegung des internen Berechtigungsverhältnisses der Abkömmlinge zueinander

Zweifel an der nötigen Bestimmtheit der Berechtigten können sich aber aus dem konkreten Anspruchsinhalt ergeben. Auch wenn noch nicht erzeugte Abkömmlinge einer Person grundsätzlich vormerkungsberechtigt sind, muss dennoch eindeutig feststehen, welchem der möglichen künftigen Nachkommen der Anspruch und die Vormerkung zustehen sollen (Staudinger/Gursky, § 883 Rn. 72). Indem vorliegend lediglich sämtliche Abkömmlinge der Tochter, die zum Zeitpunkt ihres Todes vorhanden sind, als Vermächtnisnehmer eingesetzt wurden, ist indes nicht klargestellt, in welchem Verhältnis die Ansprüche der Abkömmlinge zueinander stehen sollen. Anders als im Fall des LG Passau (RNotZ 2003, 569) sind die Abkömmlinge nämlich nicht etwa untereinander „zu gleichen Bruchteilen nach Stämmen, entsprechend der gesetzlichen Erbfolge“ eingesetzt.

Zwar lässt sich die Frage nach dem Verhältnis der verschiedenen Anspruchsberechtigten auf der Ebene des schuldrechtlichen Anspruchs vermutlich im Wege der Auslegung klären. Es erscheint indes zweifelhaft, ob eine derartige Auslegung auch den Anforderungen des grundbuchrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes hinreichend Rechnung trägt. Der **Bestimmtheitsgrundsatz** besagt dabei, dass die **Auslegung zu** einem den Anforderungen des Grundbuchverfahrens an Klarheit des objektiven Inhalts einer Grundbucheintragung entsprechenden **eindeutigen Ergebnis führen muss**. Dieser Grundsatz stellt sich – neben dem Erfordernis urkundlich belegter Eintragungunterlagen – als Grenze einer jeden Auslegung im Grundbuchrecht dar (s. nur Schöner/Stöber, Rn. 293, 172; Eickmann, in: Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann, Grundbuchrecht, 6. Aufl. 2006, § 53 GBO Rn. 18 – jew. m. w. N.).

### bb) Analoge Anwendung von § 2067 BGB

Für die hinreichende Bestimmtheit des Anspruchsinhalts in diesem Sinne ließe sich vor allem die (doppelt analog angewandte) gesetzliche Auslegungsregel des § 2067 BGB anführen. Nach dieser Bestimmung, die auf Vermächtnisse analog anzuwenden ist (BeckOK-BGB/Litzenburger, Stand: 1.2.2012, § 2067 Rn. 1; Damrau/Seiler/Rudolf, Praxiskommentar Erbrecht, 2. Aufl. 2011, § 2067 Rn. 9 a. E.), sind, so der Erblasser seine Verwandten oder seine nächsten Verwandten ohne nähere Bestimmung bedacht hat, im Zweifel diejenigen Verwandten, welche zur Zeit des Erbfalls seine gesetzlichen Erben sein würden, als nach dem Verhältnis ihrer gesetzlichen Erbteile bedacht anzusehen. Die Auslegungsvorschrift ist dabei auf solche Fälle entsprechend anzuwenden, in denen der Erblasser – wie vorliegend – eine bestimmte Gruppe von Verwandten als Bedachte einsetzt, z. B. seine Kinder, Enkel oder Abkömmlinge (h. M.; BayObLG Rpfleger 2001, 304 = ZEV 2001, 440; Münch-KommBGB/Leipold, 5. Aufl. 2010, § 2067 Rn. 5 m. Nachw. zu abw. Auffassungen; Jauernig/Stürner, BGB, 14. Aufl. 2011, § 2067 Rn. 1; Damrau/Seiler/Rudolf, § 2067 Rn. 8). Letztlich bedarf die Beurteilung der hinreichenden Bestimmtheit freilich einer wertenden Rechtsanwendung, deren Ergebnis sich nicht abschließend prognostizieren lässt.

### cc) Unklare Grundbucheintragung unschädlich

Hält man die Berechtigten der Vormerkung vorliegend für im Wege der Auslegung hinreichend bestimmbar, so dürfte es unerheblich sein, dass sie in der Grundbucheintragung nur unzureichend zum Ausdruck kommen. Zwar enthält die Vormerkung, die zur Sicherung des Anspruchs der „unbe-

kannten Vermächtnisnehmer nach § 3 des Testaments vom 25.3.1960“ dient, keinerlei Hinweis darauf, dass es sich bei den Vermächtnisnehmern um die Nachkommenschaft einer bestimmten Person handelt, diese also im Rechtssinne hinreichend bestimmt und gerade nicht unbekannt sind. Indes besteht **keine Grundbuchunrichtigkeit i. S. v. § 53 GBO bei nur unklarer Eintragung**. Eine Grundbuchunrichtigkeit liegt also nicht vor, wenn sich zwar aus der Grundbucheintragung nicht klar ergibt, was sie als Eintragungsinhalt darstellen soll, der Grundbuchinhalt aber – wie vorstehend erörtert – durch Auslegung vollständig festgestellt werden kann (s. nur Schöner/Stöber, Rn. 396, 418; Eickmann, § 53 GBO Rn. 18 – jew. m. w. N.).

Ferner ist unschädlich, dass das Berechtigungsverhältnis der mehreren Anspruchsinhaber entgegen § 47 GBO nicht eingetragen ist. Denn § 47 GBO ist lediglich eine Ordnungsvorschrift; die Eintragung kann nachgeholt werden, sofern sie sich aus den Eintragungsunterlagen ergibt (näher Demharter, GBO, 27. Aufl. 2010, § 47 Rn. 35 ff.; BeckOK-GBO/Reetz, Stand: 1.3.2012, § 47 Rn. 84 ff.; speziell zur Vormerkung für nicht erzeugte Abkömmlinge vgl. auch Metzger, MittBayNot 2004, 363, 364), wovon vorliegend angesichts des § 2067 BGB auszugehen sein dürfte.

### c) Möglichkeit der Vormerkungssicherung von Vermächtnisansprüchen nach Erbfall

Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass ein durch Vermächtnis ausgesetzter schuldrechtlicher Anspruch (vgl. §§ 2147, 2174 BGB) auf dingliche Rechtsänderung an einem Grundstück **nach Eintritt des Erbfalls** durch Vormerkung sicherbar ist, und zwar wegen § 883 Abs. 1 S. 2 BGB auch dann, wenn das Vermächtnis aufschiebend bedingt (§ 2177 BGB) oder nach § 2178 BGB noch nicht angefallen ist, weil der Bedachte noch nicht geboren ist oder seine Person noch durch ein bisher nicht eingetretenes Ereignis bestimmt werden soll (Staudinger/Gursky, § 883 Rn. 67 m. zahlr. w. N.).

### 3. Löschungsbewilligung durch Pfleger für unbekannte Beteiligte?

Dürfte danach eine **Löschung** der Vormerkung nach § 53 Abs. 1 S. 2 GBO wegen inhaltlicher Unzulässigkeit u. E. nicht in Betracht kommen, so stellt sich die Frage, ob die Vormerkung evtl. **aufgrund Bewilligung der beiden Kinder** der Schenkerin gelöscht werden kann. Diese Frage dürfte indes **zu verneinen** sein. Auch wenn die Schenkerin in fortgeschrittenem Alter ist, erscheint es rechtlich nicht von vornherein ausgeschlossen, dass weitere Abkömmlinge, etwa durch Adoption, hinzukommen. Der gesetzlich nicht definierte **Begriff des Abkömmlings** umfasst nämlich, sofern er nicht ausdrücklich auf leibliche Abkömmlinge beschränkt ist, sämtliche mit dem Erblasser in absteigender gerader Linie verwandten Personen (vgl. nur **Gutachten DNotI-Report 2012, 1, 2**; MünchKommBGB/Leipold, § 1924 Rn. 3). Zieht man insoweit eine Parallele zur Löschung eines Nacherbenvermerks für die noch nicht erzeugten Abkömmlinge einer Person, so wäre auch im vorliegenden Fall die Bestellung eines Pflegers gem. § 1913 BGB erforderlich, dessen Zustimmung zudem der Genehmigung gem. §§ 1915, 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB bedürfte. Eine solche Genehmigung ist kaum zu erlangen, wenn nicht die Löschung der Vormerkung im Einzelfall ordnungsmäßiger Verwaltung entspricht (vgl. zum gesamten Problemerkreis nur G. Müller, in: DAI-Skript „Haftungsfällen im Erbrecht“, 29.1.2011, S. 8-10). Daher ist mit *Böhringer* (BWNotZ 2006, 118, 122) sowie *Metzger* (MittBayNot

2004, 363, 365) davon auszugehen, dass Vormerkungen zugunsten nicht erzeugter Abkömmlinge kaum gelöscht werden können.

### 4. Ergebnis

Eine Löschung der Vormerkung wegen inhaltlicher Unzulässigkeit scheidet u. E. vorliegend aus. Zur Bewilligung der Löschung bedürfte es der Bestellung eines Pflegers für die noch nicht bekannten Abkömmlinge gem. § 1913 BGB. Die ferner erforderliche Genehmigung nach §§ 1915, 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB wird nur ausnahmsweise zu erlangen sein.

## Gutachten im Abrufdienst

Folgende Gutachten können Sie über unseren Gutachten-Abrufdienst im Internet unter:

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

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

### BGB § 311b Abs. 1; MaBV § 3

**Generalunternehmer-/Generalübernehmermodell; Aufspaltung in Werk- und Kaufvertrag; Anwendbarkeit der MaBV**

Abruf-Nr.: 114111

### BGB §§ 2274, 2287, 2346, 2351

**Aufhebung eines Erb- und Pflichtteilsverzichtsvertrags ohne Mitwirkung des Vertragserben**

Abruf-Nr.: 116245

### BGB § 2346

**Wirksamkeit einer testamentarischen Erbeinsetzung nach vorherigem Erbverzicht; Reichweite des Erbverzichts; Frage der Bindungswirkung**

Abruf-Nr.: 113638

### BGB §§ 26, 30, 164 ff.

**Erteilung einer rechtsgeschäftlichen Vollmacht zur Vertretung eines Vereins oder eines Vorstandsmitglieds; Generalvollmacht; besonderer Vertreter**

Abruf-Nr.: 116478

## Rechtsprechung

### BGB § 2209; HGB §§ 106 Abs. 2 Nr. 1, 177

**Vererbung eines Kommanditanteils mit Anordnung der Testamentsvollstreckung (Dauer-testamentsvollstreckung); Eintragung des Testamentsvollstreckervermerks in das Handelsregister**

**Ist über den Nachlass eines Kommanditisten Dauer-testamentsvollstreckung angeordnet, so ist auf Antrag des Testamentsvollstreckers ein Testamentsvollstreckervermerk in das Handelsregister einzutragen.**

### Problem

Der Erblasser war u. a. Kommanditist einer GmbH & Co. KG. Für den Nachlass war Dauertestamentsvollstreckung angeordnet. Das Registergericht lehnte die Eintragung eines Testamentsvollstreckervermerks im Handelsregister ab, da kein schützenswertes Interesse daran bestehe. Das OLG Hamburg bestätigte diese Ansicht unter Verweis auf die Auffassung des Kammergerichts (Beschl. v. 4.7.1995, DNotZ 1996, 813). Aufgrund abweichender Stimmen im Schrifttum ließ das OLG allerdings die Rechtsbeschwerde zum BGH zu.

### Entscheidung

Der BGH hob den Beschluss des OLG Hamburg und die Zwischenverfügung des AG Hamburg auf und wies das Registergericht an, den beantragten Testamentsvollstreckervermerk bei den Kommanditistenerben in das Handelsregister einzutragen.

Zunächst stellte der BGH klar, dass sich eine Testamentsvollstreckung auf einen Kommanditanteil beziehen kann, sofern die übrigen Gesellschafter einverstanden sind oder der Gesellschaftsvertrag dies vorsieht (BGHZ 108, 187, 191 ff. = DNotZ 1990, 183). Unter Verweis auf zahlreiche Stimmen in der Literatur entschied der Senat sodann, dass **jedenfalls im Falle einer Dauervollstreckung i. S. d. § 2209 BGB ein entsprechender Testamentsvollstreckervermerk in das Handelsregister eingetragen werden kann**. Zwar würden in das Handelsregister grundsätzlich nur die Tatsachen und Rechtsverhältnisse eingetragen, deren Eintragung gesetzlich vorgesehen ist. Aufgrund der Funktion des Handelsregisters, Umstände zu verlautbaren, die für den Rechtsverkehr von wesentlicher Bedeutung sind, lasse die Rechtsprechung aber auch darüber hinausgehende Eintragungen zu, wenn ein erhebliches Bedürfnis des Rechtsverkehrs an der entsprechenden Information bestehe (vgl. BGHZ 87, 59, 62 = DNotZ 1983, 633; DNotZ 1998, 968). Die dem Handelsregister zukommende Publizitätsfunktion solle es der Öffentlichkeit – den Arbeitnehmern, künftigen oder gegenwärtigen Gläubigern, Gesellschaftern und potenziellen Anteilserwerbern – ermöglichen, sich über die Rechtsverhältnisse von Kaufleuten und Gesellschaften zu unterrichten (BGHZ 105, 324, 344 = DNotZ 1989, 102).

Im vorliegenden Fall **bejahte** der BGH ein **schutzwürdiges Interesse des Rechtsverkehrs**, durch das Handelsregister über die angeordnete Dauertestamentsvollstreckung informiert zu werden. Da die Testamentsvollstreckung auch die im Wege der Sonderrechtsnachfolge unmittelbar auf die jeweiligen Kommanditistenerben übergegangenen Gesellschaftsanteile erfasse, sei **allein der Testamentsvollstrecker befugt, die Rechte und Pflichten der Erben hinsichtlich des Kommanditanteils auszuüben und über den Anteil zu verfügen**. Darüber hinaus komme der Testamentsvollstreckung eine **unmittelbare haftungsrechtliche Außenwirkung** insoweit zu, als die Eigengläubiger des Gesellschaftererben nach § 2214 BGB nicht auf das Nachlassvermögen Zugriff nehmen könnten. Das der Testamentsvollstreckung unterliegende Nachlassvermögen und damit auch der Kommanditanteil dienten während der Dauer der Testamentsvollstreckung nur den Nachlassgläubigern, nicht auch den Eigengläubigern der Gesellschaftererben als Haftungsmasse. Ein Interesse des Rechtsverkehrs an der Verlautbarung der Testamentsvollstreckung bestehe zudem insofern,

als der **Testamentsvollstrecker nicht berechtigt** sei, die **Haftsumme des Kommanditistenerben zu erhöhen**.

Entgegen der Ansicht des KG (DNotZ 1996, 813) **soll** laut BGH **das Handelsregister** nach §§ 106 Abs. 2 Nr. 1, 107, 162 HGB auch **Auskunft über die Gesellschafter geben**, denn diese hätten entscheidenden Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft. Sie hätten an etwaigen Änderungen des Gesellschaftsvertrags mitzuwirken und ihnen stehe gem. § 164 S. 1 HS. 2 HGB ein Widerspruchsrecht bei Handlungen zu, die über den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb hinausgehen. Da diese Rechte nach §§ 2205, 2211 BGB grundsätzlich allein der Testamentsvollstrecker ausüben könne, habe der Rechtsverkehr ein berechtigtes Interesse daran, nicht nur die Namen der Kommanditisten zu erfahren, sondern auch über die angeordnete Testamentsvollstreckung unterrichtet zu werden.

### Praxishinweis

Der Beschluss des BGH könnte über den entschiedenen Fall hinaus auch Bedeutung für die **Gesellschafterliste bei der GmbH** entfalten. Nach seinem eher restriktiven Urteil zum Vermerk über eine aufschiebend bedingte Abtretung (DNotI-Report 2011, 181) bleibt abzuwarten, ob der BGH die Argumentation bzgl. der Publizitätsfunktion des Handelsregisters für nach dem Gesetz nicht zur Eintragung vorgesehene Tatsachen gleichermaßen bei der Gesellschafterliste nach § 40 GmbHG fruchtbar machen wird. Jedenfalls erscheint es nicht ausgeschlossen, dass der Senat entgegen dem OLG München (DNotI-Report 2012, 6) die Aufnahme eines **Testamentsvollstreckervermerks auch in der GmbH-Gesellschafterliste** zulassen wird. Insoweit bleibt freilich die weitere Entwicklung abzuwarten.

---

### BGB §§ 463, 467 S. 2

**Umgehung eines Vorkaufsrechts; kaufähnliche Vertragsgestaltung; unentgeltliche Einbringung der vorkaufsbelasteten Sache in Gesellschaft und anschließende entgeltliche Anteilsübertragung; Reichweite des Vorkaufsrechts bei Veräußerung der vorkaufsbelasteten Sache als Teil einer Sachgesamtheit**

**1. Bringt der Verpflichtete die mit einem Vorkaufsrecht belastete Sache in eine von ihm beherrschte Gesellschaft ein und überträgt er anschließend die Gesellschaftsanteile entgeltlich an einen Dritten, kann eine den Vorkaufsfall auslösende kaufähnliche Vertragsgestaltung vorliegen.**

**2. Der Verpflichtete kann die Erstreckung des Vorkaufs auf andere Gegenstände als diejenigen, auf die sich das Vorkaufsrecht bezieht, nicht schon deshalb verlangen, weil ein Verkauf im „Paket“ für ihn vorteilhaft ist, sondern nur dann, wenn sich infolge der Trennung der vorkaufsbelasteten Sache kein adäquater Preis für die verbleibenden Gegenstände erzielen lässt.**

BGH, Urt. v. 27. 1. 2012 – V ZR 272/10  
Abruf-Nr.: 11028R

### Problem

Über das Vermögen der Eigentümerin eines Erbbaugrundstücks wurde das Insolvenzverfahren eröffnet. Zu dem Erb-

baugrundstück gehörte u. a. eine Eigentumswohnung nebst Stellplatz in Form eines Wohnungs- und Teilerbbaurechts, welches mit einem dinglichen Vorkaufsrecht für alle Fälle des Verkaufs des Erbbaugrundstücks belastet war. Nachdem nicht mit allen Vorkaufsberechtigten eine Einigung über einen freihändigen Verkauf erzielt werden konnte, übertrug der Insolvenzverwalter das Eigentum an dem Erbbaugrundstück und an weiteren 86, ebenfalls mit Erbbaurechten belasteten Grundstücken unentgeltlich auf eine unmittelbar zuvor gegründete GmbH & Co. KG. Noch am selben Tag übertrug er sodann die Gesellschaftsanteile an der KG und der Komplementärin zum Preis von ca. 7,5 Mio € auf die V-AG. Die GmbH & Co. KG verwaltete seither die Erbbaurechte für die V-AG.

Die Inhaber des Wohnungs- und Teilerbbaurechts hielten durch die geschlossenen Verträge den Vorkaufsfall für eingetreten und übten das Vorkaufsrecht aus. Ihre Klage, mit der sie von der GmbH & Co. KG und dem Insolvenzverwalter u. a. die Übertragung des ihrem Wohnungs- und Teilerbbaurecht entsprechenden Miteigentumsanteils an dem Erbbaugrundstück Zug um Zug gegen Zahlung des Kaufpreises verlangten, ist in den Tatsacheninstanzen ohne Erfolg geblieben. Das OLG Düsseldorf als Berufungsgericht verneinte einen Eintritt des Vorkaufsfalls, da kein Kaufvertrag über das Grundstück geschlossen worden sei und auch kein Umgehungsgeschäft vorliege. Die Übertragung der Gesellschaftsanteile auf die V-AG habe nicht nur dazu gedient, die Rechtsträgerschaft an einem einzelnen Grundstück gegen Entgelt zu verändern; vielmehr sei ein Unternehmen mit dem Zweck der Gewinnerzielung durch das Generieren von Erbbauzinsen verkauft worden. Das zeige sich auch daran, dass die GmbH & Co. KG die Erbbaurechte dauerhaft verwalte.

### Entscheidung

Auf die Revision der Kläger hin hob der BGH das Urteil des OLG Düsseldorf auf und verwies die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurück.

Nach Ansicht des BGH steht den Klägern vorliegend ein Vorkaufsrecht zu. Eine interessengerechte Auslegung der Norm des § 463 BGB (§ 504 BGB a. F.) gebiete, sie auch auf solche Vertragsgestaltungen zwischen dem Verpflichteten und dem Dritten anzuwenden, die bei materieller Betrachtung einem Kauf i. S. d. des Vorkaufsrechts so nahekommen, dass sie ihm gleichgestellt werden können, und in die der Vorkaufsberechtigte zur Wahrung seines Erwerbs- und Abwehrinteresses „eintreten“ kann, ohne die vom Verpflichteten ausgehandelten Konditionen zu beeinträchtigen (vgl. BGH, Urt. v. 11.10.1991 – V ZR 127/90, BGHZ 115, 335, 339 f. = DNotZ 1992, 414; DNotZ 1998, 892; DNotZ 2004, 448). Eine **kaufähnliche Vertragsgestaltung** i. d. S. könne auch dann gegeben sein, **wenn der Verpflichtete die mit einem Vorkaufsrecht belastete Sache in eine von ihm beherrschte Gesellschaft einbringe und anschließend die Gesellschaftsanteile entgeltlich an einen Dritten übertrage** (vgl. OLG Nürnberg NJW-RR 1992, 461, 462; MünchKommBGB/Westermann, 6. Aufl. 2012, § 463 Rn. 19a; Soergel/Wertenbruch, BGB, 13. Aufl. 2009, § 463 Rn. 47). Maßgeblich sei auch hier, ob ein interessengerechtes Verständnis der gewählten Vertragsgestaltung zu dem Ergebnis führe, dass allen formellen Vereinbarungen zum Trotz der Wille der Vertragsschließenden auf eine Eigentumsübertragung (auch) der vorkaufsbelasteten Sache gegen Zahlung eines bestimmten Preises gerichtet gewesen sei (BGH DNotZ 2004, 448, 450 f.).

Dies sei vorliegend der Fall. Mit der Einbringung der Grundstücke in die GmbH & Co. KG und dem anschließenden Verkauf der Gesellschaftsanteile habe der Insolvenzverwalter beabsichtigt, einen Teil der Insolvenzmasse zu verwerten, indem er diese gegen Übertragung des Eigentums zu Geld gemacht habe. Auch aus Sicht der V-AG habe es sich um ein kaufähnliches Rechtsgeschäft gehandelt. Schließlich wäre das **wirtschaftliche Ergebnis der Transaktion** kein anderes gewesen, wenn der Insolvenzverwalter die 87 Grundstücke an die V-AG verkauft und diese anschließend eine Verwaltungsgesellschaft gegründet und die Grundstücke darin eingebracht hätte. Werde – wie vorliegend – ein **Unternehmen erkennbar zwecks Verwertung der Grundstücke gegründet**, so sei dieses **nicht als selbständiges Unternehmen** anzusehen. Die Veräußerung eines solchen Unternehmens, welches nur dazu diene, die in seinem Eigentum stehenden Grundstücke zu verwalten, stehe wirtschaftlich dem Verkauf dieser Grundstücke gleich. Dies könne auch nicht mit dem Hinweis verneint werden, es sei die Übertragung eines – durch die Ausgliederung eines Betriebsteils der Schuldnerin in die GmbH & Co. KG entstandenen – Unternehmens mit dem Zweck der Gewinnerzielung durch die Einnahme von Erbbauzinsen erfolgt. Denn dies habe erkennbar nicht im Vordergrund gestanden. Dass mit den Anteilen an der KG eine Sachgesamtheit auf die V-AG übertragen wurde, sei für den Eintritt des Vorkaufsfalls ohne Bedeutung (vgl. § 467 BGB). Die fortbestehende Existenz der GmbH & Co. KG ändere nichts an dieser Bewertung.

Für eine **Unmöglichkeit** des Eigentumsverschaffungsanspruchs gem. § 275 Abs. 1 BGB ist laut BGH **nichts ersichtlich**, da sich das durch die Veräußerung eingetretene Leistungshindernis grundsätzlich durch einen Rückerwerb des Grundstücks bzw. des Miteigentumsanteils, auf das sich das Vorkaufsrecht der Kläger bezieht, beheben lässt. Schließlich stehe dem Anspruch **§ 471 BGB nicht entgegen**, da ein dingliches Vorkaufsrecht gem. § 1098 Abs. 1 S. 2 BGB auch dann ausgeübt werden könne, wenn das Grundstück vom Insolvenzverwalter aus freier Hand verkauft werde; dem stehe die Eigentumsübertragung aufgrund kaufähnlichen Rechtsgeschäfts gleich.

Für das weitere Verfahren wies der BGH sodann darauf hin, dass ein **Nachteil i. S. v. § 467 S. 2 BGB** (§ 508 S. 2 BGB a. F.), der den Insolvenzverwalter zu dem Einwand berechtigte, der Vorkauf müsse auf alle 87 Grundstücke oder auf alle Miteigentumsanteile des vorkaufsbelasteten Grundstücks erstreckt werden, nicht schon im Wegfall der Vorteile zu sehen sei, die sich aus der Veräußerung der Grundstücke im „Paket“ ergeben. Denn grundsätzlich bestimme das Vorkaufsrecht, und nicht der den Vorkaufsfall auslösende Vertrag, welche Gegenstände der Berechtigte erwerben könne; er sei deshalb in der Ausübung seines Rechts nicht gehindert, wenn der vorkaufsbelastete Gegenstand als Teil einer Sachgesamtheit veräußert werde (vgl. BGH, Urt. v. 23.6.2006 – V ZR 17/06 = BGHZ 168, 152, 157 f. = DNotZ 2006, 858). Die Bestimmung des § 467 S. 2 BGB, die aus Gründen der Billigkeit den Nachteil berücksichtige, welcher mit der Trennung des vorkaufsbelasteten Gegenstands von der Sachgesamtheit verbunden sein kann, sei als Ausnahme von diesem Grundsatz **restriktiv zu handhaben**. Nicht ausreichend sei es, wenn der Mengenverkauf für den Vorkaufsverpflichteten vorteilhafter gewesen sei als ein Einzelverkauf; denn mit der Auflösung des „Pakets“ habe der Verpflichtete angesichts des Vorkaufsrechts von vornherein rechnen müssen. Vielmehr müsse **infolge der**

**Trennung des vorkaufsbelasteten Gegenstands kein adäquater Preis für die verbleibenden Sachen erzielbar** sein. So könne es z. B. liegen, wenn zusammen mit dem vorkaufsbelasteten Grundstück eine isoliert nicht sinnvoll nutzbare Fläche oder ein speziell für ein Haus angefertigter Einrichtungsgegenstand verkauft würde.

## Literaturhinweise

---

---

## Postvertriebsstück: B 08129

Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg  
Postvertriebsstück, Deutsche Post AG, „Entgelt bezahlt“

---

## Veranstaltungen

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu 2 Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter  
**[www.dnoti.de](http://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](mailto:dnoti@dnoti.de) internet: [www.dnoti.de](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. Sebastian Herrler, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

**Bezugsbedingungen:**

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

**Bezugspreis:**

Jährlich 170,00 €, Einzelheft 8,00 €, inkl. Versandkosten. Für die Mitglieder der dem DNotI beigetretenen Notarkammern ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten.

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

Alle im DNotI-Report enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt.

Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist die Verwertung nur mit Einwilligung des DNotI zulässig.

**Verlag:**

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

**Druck:**

Druckerei Franz Scheiner  
Haugerpfarrgasse 9, 97070 Würzburg