

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

GmbHG §§ 60, 72, 73; AktG § 274; UmwG § 3 – Fortsetzung einer aufgelösten GmbH aufgrund Fortsetzungsbeschlusses nach Beginn bzw. Beendigung der Vermögensverteilung; Umwandlung aufgelöster Rechtsträger

BGB § 1597a – Weiteres Verfahren nach Aussetzung der Beurkundung einer Vaterschaftsanerkennung gem. § 1597a Abs. 2 BGB und nachfolgender Vorlage eines die Vaterschaft bestätigenden Abstammungsgutachtens

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

BGB § 883 Abs. 1 S. 2; AnfG §§ 3 Abs. 1, Abs. 2, 8 Abs. 2 S. 2 – Anfechtungsrelevanter Zeitpunkt der Vornahme einer Rechtshandlung bei vormerkungsgesichertem Anspruch aus unentgeltlichem Grundgeschäft; Abgrenzung der Vorsatzanfechtung von der Deckungsanfechtung

Literaturhinweis

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

GmbHG §§ 60, 72, 73; AktG § 274; UmwG § 3

Fortsetzung einer aufgelösten GmbH aufgrund Fortsetzungsbeschlusses nach Beginn bzw. Beendigung der Vermögensverteilung; Umwandlung aufgelöster Rechtsträger

I. Sachverhalt

Eine GmbH wurde durch Gesellschafterbeschluss aufgelöst. Die Auflösung wurde im Handelsregister der Gesellschaft eingetragen, der Gläubigeraufruf wurde im Bundesanzeiger veröffentlicht. Nach Ablauf des Sperrjahres wurde das Restvermögen der Gesellschaft in einer das gezeichnete Kapital übersteigenden Höhe an die Alleingeschafterin (Muttergesellschaft) verteilt. Die Löschung der Gesellschaft wurde beantragt. Die hiergegen ergangene Zwischenverfügung beanstandet,

dass nach Mitteilung von dritter Seite noch unverfallbare Anwartschaften von ehemaligen Arbeitnehmern der Gesellschaft auf betriebliche Altersversorgung nach dem Betriebsrentengesetz (BetrAVG) bestünden und daher die Liquidation der Gesellschaft noch nicht beendet sei. Zwischen Muttergesellschaft, Gesellschaft und den jeweiligen Versorgungsanwärtern wurden im Rahmen der Liquidation, d.h. vor Aufstellung der Liquidationsschlussbilanz und vor Vermögensverteilung, Vereinbarungen geschlossen, die jeweils eine Übernahme der Versorgungsverpflichtungen durch die Muttergesellschaft vorsehen. Allerdings wurde hierbei die abschließende Regelung des § 4 BetrAVG zur Übertragung von unverfallbaren Versorgungsanwartschaften nicht beachtet, sodass die Schuldübernahmen unwirksam waren. Ein Schuldbeitritt der Muttergesellschaft ist gleichwohl erfolgt, sodass sie nunmehr auch für die Versorgungsverpflichtungen haftet. Die Unwirksamkeit der Schuldübernahme war weder den Liquidatoren noch der Muttergesellschaft bekannt, d.h. sie waren im Zeitpunkt der Vermögensverteilung (bzw. der Beschlussfassung über diese) und der anschließenden Anmeldung der Löschung der Gesellschaft davon ausgegangen, dass

die Verbindlichkeiten wirksam übertragen worden seien und die Liquidation daher beendet sei. Dies beruhe auf einem rechtlichen Irrtum über die Wirksamkeit der Übertragung, der tatsächliche Sachverhalt war den Liquidatoren und der Muttergesellschaft bekannt.

II. Frage

Kann die Muttergesellschaft aufgrund der noch nicht beendeten Liquidation der Gesellschaft (zum Zwecke einer Upstream-Verschmelzung) noch die Fortsetzung der Gesellschaft beschließen, da die Vermögensverteilung nur in der irrtümlichen Annahme erfolgte, dass die Liquidation im Übrigen bereits abgeschlossen sei?

III. Zur Rechtslage

Vorab ist anzumerken, dass bestehende Pensionsverpflichtungen aus einer betrieblichen Altersvorsorge bei der Liquidation einer GmbH erheblichen Gestaltungsaufwand auslösen. Diesbezüglich sei auf die ausführlichen Darstellungen in der Literatur verwiesen (vgl. insb. Passarge GmbHHR 2007, 701 ff.; ders., in: Passarge/Torwegge, Die GmbH in der Liquidation, 3. Aufl. 2020, Rn. 561 ff.). Eine Fortsetzung zum Zwecke der Verschmelzung kommt indes nur in Betracht, wenn die Gesellschaft noch fortsetzungsfähig ist.

1. Beginn der Verteilung des Gesellschaftsvermögens als zeitliche Grenze für die Fassung eines Fortsetzungsbeschlusses?

Eine GmbH, die durch Auflösungsbeschluss aufgelöst und in den Liquidationszustand versetzt worden ist, kann durch gegenläufigen Fortsetzungsbeschluss grundsätzlich fortgesetzt, also wieder zur werbenden Gesellschaft werden. Die wohl überwiegende Meinung stellt jedoch bestimmte vermögensrechtliche Anforderungen an die Fortsetzung.

a) Zum einen darf die Gesellschaft **nicht überschuldet** sein (BayObLG NZG 1998, 465; Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 60 Rn. 91; Henssler/Strohn/Arnold, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2021, § 60 Rn. 65; vgl. auch MünchKommGmbHG/Berner, 3. Aufl. 2018, § 60 Rn. 248). Sie muss demzufolge also über so viel Eigenkapital verfügen, dass eine Überschuldung nach den §§ 15a, 19 InsO ausgeschlossen ist (Gesell, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 6. Aufl. 2017, § 60 Rn. 68). Allerdings hat das Registergericht das Vorliegen von Insolvenzgründen nur zu prüfen, wenn begründete Zweifel im Hinblick auf eine Insolvenzureife bestehen (BGH NZG 2020, 1182 Rn. 42).

b) Zum anderen darf nach h.M. mit der Verteilung des Gesellschaftsvermögens unter die Gesellschafter noch nicht begonnen worden sein (vgl. auch § 274 Abs. 1

AktG), denn dadurch werde die Schranke zwischen Gesellschafts- und Gesellschaftervermögen nachhaltig durchbrochen (vgl. OLG Celle NZG 2008, 271; Baumbach/Hueck/Haas, § 60 Rn. 91 f.; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 60 Rn. 29; GroßkommGmbHG/Casper, 2. Aufl. 2016, § 60 Rn. 131; BeckOK-GmbHG/Lorscheider, Std.: 1.2.2021, § 60 Rn. 23; Herrler/Blath, Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 2017, § 6 Rn. 1708; a. A. etwa MünchKommGmbHG/Berner, § 60 Rn. 243 ff., wonach es nur auf eine aus Gesichtspunkten des Gläubigerschutzes ausreichende Kapitalausstattung der Gesellschaft im Zeitpunkt der Beschlussfassung über die Fortsetzung ankomme). Als „unbestritten“ wird in der Literatur jedenfalls **die Unzulässigkeit der Fortsetzung für den Fall bezeichnet, in dem „schon das ganze Vermögen verteilt ist“** (Scholz/Scheller, GmbHG, 12. Aufl. 2021, § 60 Rn. 98).

Der BGH hat sich jüngst – in einem zwar zu § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG ergangenen, insoweit aber wohl verallgemeinerungsfähigen Urteil (in diesem Sinne wohl jedenfalls Scholz/Scheller, § 60 Rn. 98 f.; Henssler/Strohn/Arnold, § 60 Rn. 64; Altmeppen, 10. Aufl. 2021, GmbHG § 60 Rn. 40; nur in Bezug auf § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG erörternd allerdings Heckschen/Weitbrecht, ZIP 2020, 1737 ff.) – der h.M. angeschlossen (BGH NZG 2020, 1182 Rn. 32 ff.). Danach kommt die Fortsetzung der Gesellschaft nur in Betracht, wenn **noch nicht mit der Verteilung des Gesellschaftsvermögens unter die Gesellschafter begonnen worden ist** (BGH NZG 2020, 1182 Rn. 37).

Neben einem Hinweis auf dieses Erfordernis in § 274 Abs. 1 S. 1 AktG bei der Aktiengesellschaft stützt der BGH seine Entscheidung auf die Erwägung, mit dem Beginn der Verteilung des Gesellschaftsvermögens gäben die Gesellschafter zu erkennen, dass eine Fortsetzung nicht mehr beabsichtigt sei. Vor diesem Hintergrund sei das Verbot der Vermögensverteilung bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung – ebenso wie bei der Aktiengesellschaft – ein notwendiger **Ersatz für die sonst fehlende Fortsetzungskontrolle durch das Registergericht**. Es sichere die Kapitalerhaltung, da das Rückzahlungsverbot des § 30 GmbHG nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens nicht gelte. Die Gesellschafter könnten ansonsten einen scheinbar auf Fortführung ausgerichteten Insolvenzplan benutzen, um in den Genuss der Auszahlung von Vermögen zu gelangen, ohne den Erstattungsanspruch nach § 31 GmbHG auszulösen (BGH NZG 2020, 1182 Rn. 37 ff.).

Ein darüber hinausgehender Schutz des Gesellschaftskapitals durch Prüfung der konkreten Kapitalausstat-

tung sei vorbehaltlich des Vorliegens einer wirtschaftlichen Neugründung aber nicht erforderlich. Eine mit der Gründungskontrolle der Kapitalausstattung vergleichbare Prüfung bei der Eintragung der Fortsetzung finde im Gesetz keine Stütze und stehe im Widerspruch zum lediglich deklaratorischen Charakter der Eintragung im Handelsregister. Sie würde das **Registergericht überfordern und die Fortsetzung erschweren**. Die Fortsetzung einer aufgelösten Gesellschaft mit beschränkter Haftung sei nicht mit ihrer Neugründung vergleichbar; daher könnten die Gläubiger nicht mit der Unversehrtheit des Stammkapitals oder des gesetzlichen Mindestkapitals rechnen. Das gelte „jedenfalls bei einer Fortsetzung nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens“ (BGH NZG 2020, 1182 Rn. 40 f.).

c) Diese Maßstäbe gelten nach unserem Dafürhalten auch im vorliegenden Fall, in dem – infolge eines rechtlichen Irrtums der Beteiligten – ggfs. unter Verstoß gegen § 73 GmbHG bereits zu einem Zeitpunkt mit der Verteilung des Gesellschaftsvermögens begonnen (bzw. dessen Verteilung sogar beendet) wurde, zu dem die Gesellschaft noch mit Verbindlichkeiten bzw. Anwartschaften aus dem BetrAVG belastet war. Zwar besteht gem. § 73 Abs. 1 GmbHG gerade ein Verbot der verfrühten Vermögensverteilung; es können in diesem Fall – ähnlich wie bei § 31 GmbHG – verschiedene Regressansprüche insbesondere auch der Gesellschaft bestehen (vgl. nur BGH NZG 2018, 625; BGH NZG 2020, 260; MünchKommGmbHG/H.-F. Müller, § 73 Rn. 32 ff.; Scholz/K. Schmidt/Scheller, § 73 Rn. 35 ff.). Nach der Rechtsprechung des BGH soll aber nach unserem Verständnis insbesondere die fehlende Fortsetzungskontrolle durch das Registergericht gerade durch **das formale – und infolge der entsprechenden Versicherung der Liquidatoren in der Handelsregisteranmeldung leicht nachprüfbar – Kriterium des Verbots des Beginns der Vermögensverteilung ersetzt** werden (so wohl auch Henssler/Strohn/Arnold, § 60 Rn. 64 und Altmeppen, § 60 Rn. 45 [Letzterer selbst in der Sache allerdings anderer Ansicht]).

Diese Intention würde konterkariert, wenn etwaige Regressansprüche der Gesellschaft aus § 73 GmbHG – die durch das Registergericht auf Bestehen und ggfs. Werthaltigkeit zu überprüfen wären – den unter Verstoß gegen § 73 Abs. 1 GmbHG erfolgenden Beginn der Vermögensverteilung i. S. d. vorstehenden Rechtsprechung „kompensieren“ könnten. Jedenfalls im Aktienrecht ist anerkannt, dass jegliche Auskehr von Vermögen unwiderrufflich die Fortsetzung hindert – was auch gilt, wenn Vermögen entgegen §§ 271, 272 AktG vor Befriedigung der Gläubiger oder vor Ablauf des Sperrjahrs verteilt

wurde (BeckOGK-AktG/Bachmann, Std.: 1.2.2021, § 274 Rn. 7). Sei überhaupt kein verteilungsfähiges Vermögen (mehr) vorhanden, müsse das Fortsetzungsverbot erst recht gelten (BeckOGK-AktG/Bachmann, § 274 Rn. 7).

Des Weiteren erschiene es wertungswidersprüchlich, derjenigen Gesellschaft, die unter Beachtung der gesetzlichen Bestimmungen gem. § 72 GmbHG mit der Vermögensverteilung begonnen hatte, die Fortsetzung der Gesellschaft durch Beschluss zu verwehren und dagegen derjenigen, die die Vermögensverteilung unter Verstoß gegen § 73 Abs. 1 GmbHG vorgenommen hatte, die Fortsetzung zu ermöglichen. Letztlich haben in beiden Fällen – in den Worten des BGH – die „Gesellschafter zu erkennen [gegeben], dass eine Fortsetzung nicht mehr beabsichtigt“ ist (BGH NZG 2020, 1182 Rn. 39).

Jedenfalls scheint uns dieses Ergebnis überzeugend, wenn man mit der h.M. sogar für den Fall der tatsächlichen Rückzahlung des Gesellschaftsvermögens an die Gesellschaft (dazu sogleich 2.) einen Fortsetzungsbeschluss nicht zulässt.

Zudem bleibt vorliegend zu beachten, dass nach der Sachverhaltschilderung bereits das gesamte Vermögen der Gesellschaft verteilt worden ist.

d) Dieses Ergebnis entspricht letztlich auch der h. M. in der umwandlungsrechtlichen Literatur zu § 3 Abs. 3 UmwG. Nach dieser Vorschrift können als übertragende Rechtsträger auch aufgelöste Rechtsträger beteiligt sein, wenn die Fortsetzung dieser Rechtsträger beschlossen werden könnte. Die Fortsetzung des Rechtsträgers in diesem Sinne sei insbesondere auch nach Beginn der Verteilung des Vermögens auf die Anteilseigner ausgeschlossen. Der Ausschluss der Fortsetzung ergebe sich in diesem Fall mittelbar aus § 274 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 S. 2 AktG, der auch entsprechend auf die GmbH anwendbar sei. Diese Vorschriften bezweckten einen Umgehungsschutz hinsichtlich des Verbots der Einlagenrückgewähr gem. § 57 AktG, § 30 GmbHG. Auch eine Rückzahlung der erhaltenen Leistungen (dazu sogleich auch ausführlich 2.) führe nicht mehr zur Wiederherstellung der Verschmelzungsfähigkeit (BeckOGK-UmwG/Drinhausen/Keinath, Std.: 1.4.2021, § 3 Rn. 30; ebenso Widmann/Mayer/Fronhöfer, UmwG, 179. Erg.-Lfg. Juli 2019, § 3 Rn. 48 m. w. N.).

Freilich geht die h.M. davon aus, dass eine einmal im Register eingetragene Verschmelzung nach § 20 Abs. 2 UmwG wirksam bleibt, auch wenn als übertragender

Rechtsträger eine GmbH i.L. verschmolzen wurde, deren Fortsetzung nicht mehr hätte beschlossen werden dürfen (BGH BeckRS 2001, 7163; Widmann/Mayer/Fronhöfer, § 3 Rn. 44).

2. Wiederherstellung der Fortsetzungsmöglichkeit durch vollständige Rückzahlung des Gesellschaftsvermögens?

Allerdings ist fraglich, ob man eine begonnene oder schon beendete Vermögensverteilung womöglich für unschädlich oder „heilbar“ halten kann, wenn das **ausgezählte Vermögen der Gesellschaft vollständig wieder zurückgezahlt** wird (vgl. in diese Richtung Nerlich, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 60 Rn. 326; Scholz/Scheller, § 60 Rn. 99). Dies stünde zumindest im **Einklang mit der Grundlageneinscheidung des Reichsgerichts zur Fortsetzungsfähigkeit der GmbH** (RGZ 118, 337, 340); das Reichsgericht hat darin die Rückzahlung des ausgekehrten Vermögens akzeptiert. Im Aktienrecht wird diese Möglichkeit indes wegen des klaren Wortlauts des § 274 Abs. 1 S. 1 AktG fast einhellig abgelehnt. Das Aktiengesetz von 1937 habe sich insoweit bewusst gegen die Ansicht des Reichsgerichts entschieden (vgl. nur MünchKommAktG/J. Koch, 5. Aufl. 2021, § 274 Rn. 2, 20).

Zu dieser Fragestellung hat sich der BGH in seiner bereits zitierten Entscheidung NZG 2020, 1182 bedauerlicherweise nicht geäußert. Die Tatsache, dass sich hierzu keinerlei Äußerungen finden, wird in der einschlägigen Literatur allerdings im Sinne der „Annahme einer prinzipiellen Unüberwindbarkeit [der] Fortsetzungsschranke“ durch den Beginn der Vermögensverteilung gedeutet, die auch durch eine vollständige Rückzahlung des ausgekehrten Kapitals nicht wieder rückgängig gemacht werden könne (Scholz/Scheller, § 60 Rn. 99 und 108, der in der Sache selbst mit überzeugenden Argumenten allerdings anderer Ansicht ist). Auch *Wachter* (GmbHR 2020, 838, 840 f.) führt aus, dass

„das Verbot der vorherigen Vermögensverteilung (im Sinne von § 72 GmbHG) [...] zwingend [gilt] und [...] unbedingt zu beachten [ist]. Es ist insbesondere nicht ausreichend, eine begonnene Vermögensverteilung wieder rückgängig zu machen. Im Interesse einer wirksamen Fortsetzung der Gesellschaft und zur Vermeidung von etwaigen Haftungsrisiken sollten die Gesellschafter in dem Beschluss ausdrücklich hervorheben, dass bislang noch keine Verteilung des Vermögens der Gesellschaft erfolgt ist.“

Tatsächlich dürfte es – da der BGH in seiner Entscheidung dem Beschwerdegericht eine umfassende Handlungsanweisung an die Hand gegeben hat

– nahe liegen, dass der BGH eine „Heilung“ der Vermögensverteilung durch Rückzahlung erwähnt hätte, wenn dies nach seiner Ansicht die Möglichkeit der Fortsetzung der Gesellschaft (erneut) begründen würde.

Auch wenn die Rechtslage insoweit noch nicht als abschließend geklärt anzusehen ist, bleibt damit jedenfalls zu beachten, dass die derzeitige h.M. es **nicht als ausreichend erachtet, wenn eine vollständige Rückzahlung erfolgt ist und dies in der Handelsregisteranmeldung versichert** wird (so der an sich überzeugende Vorschlag von Scholz/Scheller, § 60 Rn. 99 und 108, der i.E. zu Recht das Erfordernis einer „Nämlichkeit der Mittel“ ablehnt und lediglich eine betragsmäßige Übereinstimmung fordert).

3. Fazit

Eine Fortsetzung der Gesellschaft kommt nur dann in Betracht, wenn die Gesellschaft nicht überschuldet ist und mit der Vermögensverteilung an die Gesellschafter noch nicht begonnen wurde. Auch eine Wiederherstellung der Fortsetzungsmöglichkeit durch Rückzahlung dürfte nach h.M. ausscheiden. Insofern ist die aufgeworfene Frage dahingehend zu beantworten, dass eine Fortsetzung der Gesellschaft zum Zwecke der Verschmelzung nicht in Betracht kommen dürfte.

BGB § 1597a

Weiteres Verfahren nach Aussetzung der Beurkundung einer Vaterschaftsanerkennung gem. § 1597a Abs. 2 BGB und nachfolgender Vorlage eines die Vaterschaft bestätigenden Abstammungsgutachtens

I. Sachverhalt

Eine Vaterschaftsanerkennung für ein zum Zeitpunkt der Antragstellung noch ungeborenes Kind wurde nach § 1597a BGB ausgesetzt. Die entsprechende Mitteilung wurde an die nach § 1597a Abs. 2 S. 1 BGB zuständige Behörde gesandt. Nunmehr wurde ein Abstammungsgutachten vorgelegt, laut dem der Antragsteller zu 99,99999999 % der leibliche Vater des nunmehr geborenen Kindes ist. Die nach § 1597a Abs. 2 S. 1 BGB zuständige Behörde hat sich bisher nicht geäußert.

II. Frage

Kann die Vaterschaftsanerkennung aufgrund der Übersendung des Abstammungsgutachtens beurkundet werden oder ist erst die diesbezügliche Entscheidung der nach § 1597a Abs. 2 S. 1 BGB zuständigen Behörde abzuwarten?

III. Zur Rechtslage

1. Gesetzliche Ausgangslage

Bestehen konkrete Anhaltspunkte für eine missbräuchliche Anerkennung der Vaterschaft, hat die beurkundende Behörde oder die Urkundsperson dies der nach § 85a AufenthG zuständigen Behörde nach Anhörung des Anerkennenden und der Mutter mitzuteilen und die Beurkundung auszusetzen (§ 1597a Abs. 2 S. 1 BGB). Solange die Beurkundung gem. Abs. 2 S. 1 ausgesetzt ist, kann die Anerkennung auch nicht wirksam von einer anderen beurkundenden Behörde oder Urkundsperson beurkundet werden (§ 1597a Abs. 3 S. 1 BGB).

Das AufenthG regelt hierzu des Weiteren: Wird der Ausländerbehörde von einer beurkundenden Behörde oder einer Urkundsperson mitgeteilt, dass konkrete Anhaltspunkte für eine missbräuchliche Anerkennung der Vaterschaft im Sinne von § 1597a Absatz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestehen, prüft die Ausländerbehörde, ob eine solche vorliegt. Ergibt die Prüfung, dass die Anerkennung der Vaterschaft nicht missbräuchlich ist, stellt die Ausländerbehörde das Verfahren ein (§ 85a Abs. 1 S. 1, 3 AufenthG). Dies teilt sie der beurkundenden Behörde oder der Urkundsperson, den Beteiligten und dem Standesamt schriftlich oder elektronisch mit (§ 85a Abs. 3 S. 2 AufenthG).

2. Verfahrensherrschaft nach Aussetzungsentscheidung durch den Notar

Die bürgerlich-rechtliche Kommentarliteratur führt zu diesem Regelungszusammenhang weiter aus, dass nach der Verfahrenseinstellung durch die Ausländerbehörde gem. § 85a Abs. 3 S. 2 AufenthG die ursprünglich abgegebene Anerkennungserklärung zu beurkunden sei. Auf Grundlage der Entscheidung der Ausländerbehörde habe die beurkundende Behörde oder Urkundsperson sodann das Verfahren wieder aufzunehmen und die Beurkundung abzulehnen bzw. vorzunehmen (vgl. MünchKommBGB/Wellenhofer, 8. Aufl. 2020, § 1597a Rn. 29; BeckOGK-BGB/Balzer, Std.: 1.5.2021, § 1597a Rn. 101 f.; BeckOK-BGB/Hahn, Std.: 1.2.2021, § 1597a Rn. 13 a. E.). Die öffentlich-rechtliche Kommentarliteratur (BeckOK-AuslR/Tewocht, Std.: 1.1.2021, § 85a AufenthG Rn. 4 ff., 36 ff.; ähnlich unterscheidend auch Bergmann/Dienelt/Samel, AufenthG, 13. Aufl. 2020, § 85a Rn. 7 ff., 12 ff.) gliedert den Regelungsstoff noch klarer in eine „Verfahrensstufe 1: Missbrauchsverdacht der beurkundenden Stelle“ sowie eine nachfolgende „Verfahrensstufe 2: Missbrauchskontrolle durch die Ausländerbehörde“. Dort ist inhaltlich übereinstimmend ausgeführt: Stellt die Behörde das Verfahren gem. § 85a Abs. 1 S. 3 AufenthG ein, so teilt sie dies der beurkundenden Stelle, den Beteiligten und dem Standesamt mit (§ 85a Abs. 3 S. 2 AufenthG). Die Beur-

kundung kann dann fortschreiten (BeckOK-AuslR/Tewocht, § 85a AufenthG Rn. 47).

Auch wenn dies in den genannten Literaturstellen nicht explizit ausgesprochen ist, möchten wir aus diesen Darstellungen doch folgern, dass die **Herrschaft über das Verfahren** der potentiell missbräuchlichen Anerkennung der Vaterschaft **nach der Aussetzungsentscheidung durch den beurkundenden Notar gem. § 1597a Abs. 2 S. 1 BGB ohne Durchbrechungen auf die Ausländerbehörde übergeht**. Allein der Ausländerbehörde obliegt sodann im Hinblick auf ihre Sachnähe zu der entscheidungserheblichen Frage die weitere Prüfung, ob die Anerkennung der Vaterschaft tatsächlich missbräuchlich ist oder nicht (§ 85a Abs. 1 S. 2, 3, Abs. 3 AufenthG). Daraus ist u. E. zu folgern, dass der beurkundende Notar, der zuvor die Aussetzungsentscheidung nach § 1597a Abs. 2 S. 1 BGB getroffen hat, das weitere Verfahren nicht eigenmächtig unter Berufung auf **§ 1597a Abs. 5 BGB** und ein die Vaterschaft bestätigendes Abstammungsgutachten wieder an sich ziehen kann. Damit würde er unzulässig in die nach der gesetzlichen Systematik vorgesehene Verfahrensherrschaft der Ausländerbehörde infolge seiner vorangegangenen Aussetzungsentscheidung gem. § 1597a Abs. 2 S. 1 BGB eingreifen. **Auch in einem derartigen Fall hat der Notar vielmehr das Ergebnis der Prüfung durch die zuständige Ausländerbehörde abzuwarten**. Je nach Prüfungsergebnis gilt sodann: Hat die nach § 85a AufenthG zuständige Behörde gem. § 85a Abs. 1 AufenthG das Vorliegen einer missbräuchlichen Anerkennung der Vaterschaft festgestellt und ist diese Entscheidung unanfechtbar, so ist die Beurkundung abzulehnen (§ 1597a Abs. 2 S. 4 BGB). Ergibt die Prüfung im Gegenteil, dass die Anerkennung der Vaterschaft nicht missbräuchlich ist und stellt sie deswegen das Verfahren ein (§ 85a Abs. 1 S. 3 AufenthG), so hat der Notar erst dann und auf der Grundlage dieser Entscheidung der Ausländerbehörde die Beurkundung vorzunehmen.

3. Ergebnis

Im unterbreiteten Sachverhalt muss folglich die Entscheidung der nach § 1597a Abs. 2 S. 1 BGB zuständigen Ausländerbehörde abgewartet werden, bevor die Vaterschaftsanerkennung beurkundet werden kann.

Gutachten im Abrufdienst

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

<http://www.dnoti.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 Abruf-Gutachten.

BGB § 1018; GBO § 7

Grunddienstbarkeit; mehrere Flurstücke als ein Grundstück im Grundbuch gebucht; Bestellung einer Grunddienstbarkeit zugunsten und zulasten einzelner Flurstücke

Abruf-Nr.:

BGB § 1460

Gesamtgutverpflichtung bei Vereinbarung einer Bürgschaft ohne Zustimmung des Ehegatten

Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

BGB § 883 Abs. 1 S. 2; AnfG §§ 3 Abs. 1, Abs. 2, 8 Abs. 2 S. 2

Anfechtungsrelevanter Zeitpunkt der Vornahme einer Rechtshandlung bei vormerkungsgesichertem Anspruch aus unentgeltlichem Grundgeschäft; Abgrenzung der Vorsatzanfechtung von der Deckungsanfechtung

1. Die Rechtshandlung gilt, sofern die übrigen Wirksamkeitsvoraussetzungen für die Eintragung der Vormerkung erfüllt sind, auch dann mit dem Zeitpunkt der Antragstellung als vorgenommen, wenn mit der Vormerkung lediglich ein künftiger, auf einem unentgeltlichen Grundgeschäft beruhender Auflassungsanspruch gesichert wird.

2. Hat der Schuldner dem anderen Teil eine Sicherung oder Befriedigung früher als vier Jahre vor der Anfechtung gewährt, kann diese der Vorsatzanfechtung unterliegen, wenn der Schuldner das Grundgeschäft mit dem dem anderen Teil bekannten Vorsatz vorgenommen hat, seine Gläubiger zu benachteiligen.

BGH, Urt. v. 25.3.2021 – IX ZR 70/20

Problem

Der Schuldner war Eigentümer eines mit einer Dop-

pelhaushälfte bebauten Grundstücks. Mit notarieller Urkunde vom 13.11.2012 unterbreitete er seinen Eltern, den Klägern, ein Kaufvertragsangebot über das Grundstück. Die vereinbarten Gegenleistungen der Eltern blieben hinter dem Verkehrswert des Grundstücks zurück. Im Angebot wurden die Kläger auch zur Erklärung der Auflassung bei Annahme des Angebotes bevollmächtigt. Zur Sicherung des künftigen Übereignungsanspruchs der Kläger wurde am 20.11.2012 eine Auflassungsvormerkung eingetragen. Mit Urkunde vom 18.12.2014 nahmen die Kläger das Angebot an und erklärten die Auflassung des Grundstücks. Die Beklagten haben gegen den Schuldner rechtskräftig titulierte Zahlungsansprüche in erheblicher Höhe, zu deren Sicherung am 28.4.2015 Zwangssicherungshypotheken eingetragen wurden. Am 21.10.2015 erfolgte schließlich in Vollzug des Kaufvertrages die Eintragung der Kläger als je hälftige Miteigentümer im Grundbuch. Die Kläger nehmen die Beklagten auf Bewilligung der Löschung der Zwangssicherungshypotheken in Anspruch. Mit der am 29.6.2018 eingegangenen Widerklage haben die Beklagten einredeweise die Anfechtung „der am 20.11.2012 eingetragenen Auflassungsvormerkung“ sowie „der Auflassung vom 18.12.2014“ erklärt und sich hierbei auf § 3 Abs. 1 AnfG und § 4 Abs. 1 AnfG gestützt.

Das Berufungsgericht hat nach gegenteiliger Entscheidung der Vorinstanz die Klage abgewiesen und der Widerklage im Wesentlichen stattgegeben. Dem mit der Klage geltend gemachten Anspruch könnten die Beklagten die Anfechtbarkeit der Eigentumsübertragung auf die Kläger nach § 4 Abs. 1 AnfG einredeweise entgegenhalten: In der Eigentumsübertragung liege eine teilweise unentgeltliche Leistung des Schuldners. Die Anfechtung sei rechtzeitig innerhalb der Vierjahresfrist geltend gemacht, da es trotz des entgegenstehenden Wortlauts des § 8 Abs. 2 S. 2 AnfG hier auf den Zeitpunkt der Auflassung am 18.12.2014 ankomme, nicht auf denjenigen der Eintragung der Vormerkung am 20.11.2012. Vor der Auflassung hätten die Kläger aufgrund des unentgeltlichen Grundgeschäfts keine gesicherte Rechtsstellung erlangt. Bei – wie hier – unentgeltlichem Grundgeschäft sei der vormerkungsgesicherte Anspruch gleichwohl nicht nach § 106 Abs. 1 S. 1 InsO insolvenzfest.

Entscheidung

Der BGH hebt das Urteil der Vorinstanz (OLG Koblenz) auf und verweist die Sache an das OLG zur erneuten Verhandlung zurück. Der geltend gemachte Anspruch auf Löschung der Zwangssicherungshypotheken (§§ 883 Abs. 2, 888 Abs. 1 BGB) sei entstanden. Eine diesem Anspruch nach § 9 AnfG entgegenzuhaltende Anfechtbarkeit der Eigentumsübertragung lasse sich

nicht auf die Schenkungsanfechtung (§ 4 Abs. 1 AnfG) stützen. Da zur Sicherung des Übereignungsanspruchs der Kläger eine Vormerkung eingetragen wurde, sei die Rechtshandlung gem. § 8 Abs. 2 S. 2 AnfG spätestens am 20.11.2012 und damit außerhalb der Vierjahresfrist vorgenommen. Die vom OLG befürwortete **teleologische Reduktion des § 8 Abs. 2 S. 2 AnfG** bei (teil)unentgeltlichem Kausalgeschäft **lehnt der BGH ab**. Der Wortlaut und die mehrstufige Systematik des § 8 AnfG böten für eine Differenzierung nach dem Rechtsgrund des gesicherten Anspruchs keinen Ansatz. Ebenso wenig sei durch Sinn und Zweck des § 8 AnfG eine einschränkende Auslegung geboten. § 8 AnfG folge ebenso wie der gleichlautende § 140 InsO ausnahmslos dem Rechtsgedanken, dass sich der Vornahme- und Wirkungszeitpunkt einer angefochtenen Rechtshandlung danach bestimme, wann der Anfechtungsgegner durch sie eine gesicherte Rechtsstellung erlangt habe, die im Falle der Eröffnung des Insolvenzverfahrens beachtet werden müsste. Dies sei mit Eintragung der Vormerkung nach § 106 Abs. 1 InsO der Fall. Auch wenn – wie hier – ein künftiger Anspruch nach § 883 Abs. 1 S. 2 BGB durch Vormerkung gesichert werde, komme deren Inhaber bereits ab Eintragung der Vormerkung der Schutz des § 106 Abs. 1 InsO zugute (BGH NJW 2002, 213, 215; Uhlenbruck/Wegener, 15. Aufl. 2019, § 106 Rn. 6). Dieser Vormerkungsschutz gelte entgegen einer teilweise vertretenen Literaturansicht (z. B. Münch-KommInsO/Kayser/Freudenberg, 4. Aufl. 2019, § 129 Rn. 61) auch bei einem unentgeltlichen Grundgeschäft uneingeschränkt. Eine Verschiebung des anfechtungsrechtlich relevanten Zeitpunkts könne nicht mit einer geringeren Schutzwürdigkeit des unentgeltlichen Erwerbs gerechtfertigt werden (ebenso im Ergebnis bereits Reul, in: Reul/Heckschen/Wienberg, Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis, 2. Aufl. 2018, § 2 Rn. 123). § 106 InsO bewirke, dass der Gegenstand des vormerkungsgesicherten Anspruches schon nicht Bestandteil der Insolvenzmasse werde; er unterfalle daher nicht dem Anwendungsbereich des § 39 InsO (bei unentgeltlichen Leistungen: § 39 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 InsO). Im Übrigen habe der Gesetzgeber diesen Umstand bereits bei der Neufassung des Anfechtungsgesetzes berücksichtigt. Aus Sicht des **BGH** besteht also ein **Gleichlauf zwischen der Vormerkbarkeit eines Anspruchs und seiner Insolvenzfestigkeit**.

Jedoch komme eine Vorsatzanfechtung nach § 3 Abs. 1 AnfG mit der für sie geltenden Zehnjahresfrist in Betracht. Von besonderem Interesse sind hier noch die Ausführungen des BGH zur Abgrenzung gegenüber der vorrangigen Deckungsanfechtung nach § 3 Abs. 2 AnfG (Vierjahresfrist!), die in ihrem Anwendungsbereich den Rückgriff auf § 3 Abs. 1 AnfG versperrt. Zwar stelle die Bewilligung der Vormerkung zugun-

ten der Kläger eine Sicherung i. S. v. § 3 Abs. 2 AnfG dar. Bei der Abgrenzung zwischen Deckungs- und Vorsatzanfechtung müsse aber die Regelungsintention des Gesetzgebers im Auge behalten werden: Durch die verkürzte Anfechtungsfrist nach § 3 Abs. 2 AnfG soll die Praxis der Vorsatzanfechtung für den Geschäftsverkehr kalkulierbarer und planbarer gemacht werden. Dagegen sollen die paradigmatischen Fälle der Vorsatzanfechtung wie z. B. Bankrotthandlungen und Vermögenverschiebungen unverändert der langen Frist des § 3 Abs. 1 AnfG unterworfen bleiben (s. hierzu BT-Drs. 18/7054, S. 2, 13, 21). Daher muss aus Sicht des BGH der **Anwendungsbereich des § 3 Abs. 1 AnfG** hinsichtlich der gewährten Deckung jedenfalls dann **eröffnet** bleiben, wenn das der angefochtenen **Leistung zugrundeliegende Grundgeschäft die subjektiven Voraussetzungen der Vorsatzanfechtung nach § 3 Abs. 1 AnfG erfüllt**. Der hiernach geforderte Kenntnisstand sei nach dem revisionsrechtlich zu unterstellenden Sachverhalt gegeben, sodass sich eine Anfechtbarkeit der Grundstücksübertragung nach § 3 Abs. 1 AnfG derzeit nicht ausschließen lasse.

Praxishinweis

Insgesamt bietet die überzeugend begründete Entscheidung des BGH eine für die Praxis sehr begrüßenswerte Klarstellung der Reichweite des § 106 InsO auch bei unentgeltlicher *causa* und aufklärende Hinweise zur Abgrenzung der Vorsatz- gegenüber der Deckungsanfechtung.

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu zwei 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. Dr. Julius Forschner

Redaktion: Notarassessor Dr. Wendelin Mayer

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
Mainleite 5, 97340 Marktbreit