

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

23. Jahrgang
Juni 2015
ISSN 1434-3460

12/2015

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 875, 891, 1154, 1155, 1192; GBO §§ 19, 41, 42 – Löschungsbewilligung der Zessionarin nach privatschriftlicher Abtretung; Kenntnis des Grundbuchamts von der Abtretung außerhalb des Grundbuchs; Vermutungswirkung des § 891 BGB

GmbHG § 47 Abs. 2; SGB IV §§ 7, 7a – Stimmrechtsübertragung; Abspaltungsverbot; Zulässigkeit von Mehrstimmrecht und stimmrechtslosem Geschäftsanteil; Schaffung einer Sperrminorität

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

BGB § 1374 Abs. 2 – Bewertung eines mit einem Vorbehaltsnießbrauch belasteten Grundstücks beim Zugewinnausgleich
GBO §§ 47 Abs. 2, 19, 22; BGB §§ 705, 413, 398 – Grundbuchberichtigung bei Übertragung eines GbR-Anteils auf Mitgesellschafter

Literaturhinweise

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 875, 891, 1154, 1155, 1192; GBO §§ 19, 41, 42

Löschungsbewilligung der Zessionarin nach privatschriftlicher Abtretung; Kenntnis des Grundbuchamts von der Abtretung außerhalb des Grundbuchs; Vermutungswirkung des § 891 BGB

I. Sachverhalt

Der im Grundbuch eingetragene Gläubiger hat mehrere Briefgrundschulden außerhalb des Grundbuchs an einen Dritten (Kreditinstitut) abgetreten. Die Abtretung ist auf den Grundschuldbriefen nicht vermerkt worden. Im Rahmen der Abwicklung eines Grundstückskaufvertrags sollen diese Rechte nun gelöscht werden. Die Zessionarin übersendet dem Notar eine Löschungsbewilligung. Daraus ergibt sich, dass die Grundschulden durch privatschriftliche Abtretungserklärungen auf sie übertragen worden sind. Die Abtretungserklärungen sind der Löschungsbewilligung beigefügt. Öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden zu den Abtretungen fehlen. Erstellen lassen sie sich nicht mehr, da der Zedent inzwischen verstorben ist und eine Anerkennung der Unterschrift ausscheidet. Das Grundbuchamt lehnt den Vollzug des Löschungsantrags mit dem Hinweis ab, dass die Gläubigerstellung der Zessionarin nicht durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden i. S. v. § 1155 BGB und § 29 GBO nach-

gewiesen ist. Andererseits fehle auch dem im Grundbuch verlaublichen Gläubiger (bzw. dessen Erben) infolge der Abtretung erkennbar die Verfügungsbefugnis. Daher sei eine Löschung der Rechte nicht möglich.

II. Fragen

Ist die Ansicht des Grundbuchamts zutreffend? Wie können die Grundschulden gelöscht werden?

III. Zur Rechtslage

1. Löschung von Briefgrundpfandrechten

Zur Löschung eines Grundpfandrechts bedarf es zunächst **in materiell-rechtlicher Hinsicht** einer **Aufgabeerklärung** des Berechtigten, § 875 Abs. 1 S. 1 BGB. Die Aufgabeerklärung ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung (Palandt/Bassenge, BGB, 74. Aufl. 2015, § 875 Rn. 4). In grundbuchverfahrensrechtlicher Hinsicht muss zur Löschung der Grundschuld eine **Löschungsbewilligung nach § 19 GBO in der Form des § 29 GBO** sowie ein Löschungsantrag (§ 13 GBO) vorgelegt werden. Die Aufgabeerklärung ist regelmäßig konkludent in dieser Löschungsbewilligung enthalten (BGH NJW 1973, 323; Palandt/Bassenge, § 875 Rn. 3; MünchKommBGB/Kohler, 6. Aufl. 2013, § 875 Rn. 9). Darüber hinaus ist aber nach den §§ 1183, 1192 BGB und § 27 GBO sowohl materiell-rechtlich als auch grundbuchverfahrensrechtlich die **Zustimmung des Grundstückseigentümers** zur Löschung erforderlich. Wirksam wird die Aufhebung nach § 875 Abs. 1 S. 1 BGB erst mit Löschung des betroffenen Rechts im Grundbuch (Gaberdiel/Gladenbeck, Kreditsicherung durch Grundschulden, 9. Aufl. 2011, Rn. 546; vgl. Staudinger/Gursky, BGB, Neubearb. 2012, § 875 Rn. 20 ff.).

Wurde – wie vorliegend – für das Recht ein Grundschuldbrief nach den §§ 1192 Abs. 1, 1116 Abs. 1 BGB erteilt, so ist allerdings die **Vorlage des Grundschuldbriefs** (§§ 42 S. 1, 41 Abs. 1 GBO) weitere grundbuchverfahrensrechtliche Voraussetzung für die Eintragung der Löschung.

2. Würdigung des mitgeteilten Sachverhalts

a) Materiell-rechtliche Berechtigung bzgl. der Grundschuld

Nach dem mitgeteilten Sachverhalt sind die Grundschulden außerhalb des Grundbuchs durch privatschriftliche Abtretungserklärungen und Übergabe der Grundschuldbriefe **gem. §§ 1192 Abs. 1, 1154 Abs. 1 BGB auf einen Dritten übertragen** worden. Eine materiell-rechtliche Rückabtretung hat nicht stattgefunden. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass auch bei der Rückabtretung einer zuvor abgetretenen Grundschuld die Anforderungen des § 1154 BGB zu beachten sind (vgl. BGH DNotZ 1987, 509, 510; Staudinger/Wolfsteiner, Neubearb. 2015, § 1154 Rn. 23; Jauernig/Berger, BGB, 15. Aufl. 2014, § 1154 Rn. 4). Daher genügt die Rückgabe der Abtretungserklärung und des Hypotheken-/Grundschuldbriefs oder ein entsprechender Aufhebungsvertrag unter Rückgabe des Hypothekenbriefs nicht; erforderlich ist vielmehr ein erneuter Abtretungsvorgang unter Einhaltung der Form des § 1154 BGB (vgl. Staudinger/Wolfsteiner, § 1154 Rn. 23; RG JW 1931, 2695; KG OLGE 35, 9).

In der Erteilung der Löschungsbewilligung und Rückgabe der Abtretungserklärungen kann man **keine konkludente Rückabtretung** i. S. v. §§ 398, 1154, 1192 Abs. 1 BGB seitens der Zessionarin sehen. Die Erteilung der Löschungsbewilligung zielt auf eine Rechtsfolge (nämlich das Erlöschen der Grundpfandrechte), die mit einer Rückabtretung (also dem Fortbestand der Grundschulden) nicht zu vereinbaren ist.

Demzufolge ist materiell-rechtlich weiterhin die Zessionarin Berechtigte der Grundschuld. Sollte die Grundschuld allein infolge einer Löschungsbewilligung des im Grundbuch verlautbarten Gläubigers (bzw. von dessen Erben) im Grundbuch gelöscht werden, so würde dies an der materiellen Rechtslage nichts ändern; das Grundbuch wäre vielmehr unrichtig.

b) Formell-rechtliche Berechtigung bzgl. der Grundschuld

Nach dem mitgeteilten Sachverhalt fand die Abtretung der Grundschulden außerhalb des Grundbuchs, mithin in Gestalt des § 1154 Abs. 1 i. V. m. § 1192 Abs. 1 BGB statt. In grundbuchverfahrensrechtlicher Hinsicht ist zu beachten, dass nach § 19 GBO der **Buchberechtigte** die Bewilligung abgeben muss. Voraussetzung ist dafür zugleich, dass er die entsprechende **Bewilligungsberechtigung** hat (BeckOK-GBO/Holzer, Std.: 1.4.2015, § 19 Rn. 59 ff.). Im vorliegenden Fall hat nur die nicht im Grundbuch eingetragene Zessionarin die Löschungsbewilligung erteilt. Fraglich ist, ob die Auffassung des Grundbuchamts zutreffend ist, dass auch eine Löschungsbewilligung der Zedentin bzw. ihrer Erben nicht ausreichend wäre.

aa) Vermutungswirkung gem. § 891 BGB bei Briefgrundpfandrechten

Ist im Grundbuch für jemand ein Recht eingetragen, so wird gem. § 891 Abs. 1 BGB vermutet, dass ihm das Recht zusteht. Hierbei handelt es sich um eine Rechtsvermutung, für

deren Widerlegung eine Erschütterung der Vermutung nicht ausreicht, sondern vielmehr der **Beweis der Unrichtigkeit** erforderlich ist (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 337). Bei Briefgrundpfandrechten setzt die Vermutungswirkung des § 891 BGB nach herrschender Ansicht nicht nur die Eintragung, sondern daneben zumindest den mittelbaren Briefbesitz des eingetragenen Gläubigers voraus (vgl. BGH DNotZ 2010, 710, 713; BayObLG DNotZ 1990, 739, 740; Palandt/Bassenge, § 891 Rn. 5; jurisPK-BGB/Toussaint, 7. Aufl. 2014, § 891 Rn. 26).

Die **Vermutungswirkung** des § 891 BGB gilt grundsätzlich **auch gegenüber dem Grundbuchamt** (vgl. OLG München DNotZ 2012, 298, 299; Schöner/Stöber, Rn. 342).

bb) Ausnahme: Kenntnis des Grundbuchamts von Unrichtigkeit des Grundbuchs

Vorliegend wurde die ursprüngliche Abtretung der Grundpfandrechte dem Grundbuchamt allerdings im Rahmen der Löschungsbewilligung mitgeteilt, d. h. das Grundbuchamt hat nun **positive Kenntnis** von diesen Rechtsvorgängen. Der mitgeteilte Sachverhalt ähnelt somit einem Fall, den das **BayObLG** (DNotZ 1990, 739) zu entscheiden hatte: Es war eine Briefgrundschuld außerhalb des Grundbuchs an einen Dritten abgetreten worden. In den Grundakten befand sich ein **Schreiben der Zedentin**, das die Zessionarin dem Grundbuchamt übersandt hatte; hiernach war die Grundschuld ohne Grundbucheintragung unter Briefübergabe an die Zessionarin abgetreten worden und diese bevollmächtigt, alle Benachrichtigungen des Grundbuchamts für die Zedentin in Empfang zu nehmen. Das Grundpfandrecht sollte nunmehr gelöscht werden, wobei nur eine Löschungsbewilligung der im Grundbuch verlautbarten Zedentin vorlag. Das Grundbuchamt lehnte die Löschung ab und verlangte einen Nachweis über die Rückabtretung oder eine Löschungsbewilligung der Zessionarin. Die gegen die Zwischenverfügung des Grundbuchamts gerichtete Beschwerde blieb ohne Erfolg, denn nach Ansicht des BayObLG liefe eine Löschung des Rechts der **Pflicht des Grundbuchamts** zuwider, **das Grundbuch richtig zu halten** und nicht dabei mitzuwirken, dass es durch Eintragungen unrichtig wird (vgl. auch BGH NJW 1961, 1301, 1302; BayObLGZ 1985, 290, 293 = DNotZ 1986, 620; BeckOK-GBO/Holzer, § 1 Rn. 112 m. w. N.).

cc) Widerlegung der Vermutungswirkung durch privatschriftliche Abtretungserklärung?

Die grundsätzliche Überzeugungskraft der vorstehenden Überlegungen des BayObLG wird weder in der Rechtsprechung noch in der Kommentarliteratur in Abrede gestellt. Uneinigkeit besteht allerdings bei der Frage, ob die Vermutungswirkung gem. § 891 BGB bereits dann als widerlegt anzusehen ist, wenn das Grundbuchamt positive Kenntnis von einer „nur“ privatschriftlich erfolgten Abtretung hat, oder mit anderen Worten: Gilt die Vermutungswirkung gem. § 891 BGB fort, solange ein Gläubigerwechsel nicht in der Form des § 1155 BGB nachgewiesen ist?

Das **BayObLG** hatte wenige Jahre später die Gelegenheit, sich zu dieser Frage zu äußern. Nach Ansicht des Gerichts ist die Vermutung des § 891 BGB nicht nur erschüttert, sondern vielmehr **widerlegt, wenn** das Grundbuchamt **durch privatschriftliche Abtretungserklärungen positive Kenntnis** davon erlangt, dass der im Grundbuch verlautbarte Gläubiger nicht mehr Inhaber des betreffenden Rechts

ist (DNotZ 1993, 335, 337). Das BayObLG lässt also die Kenntnis des Grundbuchamts von einer privatschriftlichen Abtretung genügen, um die Vermutungswirkung des § 891 BGB zu widerlegen (in diesem Sinne auch MünchKommBGB/Kohler, § 891 Rn. 15).

Gegenteiliger Ansicht ist indes das **OLG Köln**. Es nimmt an, die Vermutungswirkung des § 891 BGB gelte so lange fort, wie nicht ein Gläubigerwechsel in der Form des § 1155 BGB nachgewiesen sei. Das OLG Köln sieht insbesondere die – auch hier bestehende – Gefahr, dass anderenfalls weder der im Grundbuch verlautbarte Gläubiger noch der nicht gem. § 1155 BGB legitimierte Zessionar über die Grundschuld verfügen könnten (MittRhNotK 1995, 321 f. = MittBayNot 1996, 40; Hervorhebung i. F. durch die DNotI-Redaktion):

„Der abweichenden, auf die Begründung einer Entscheidung des BayObLG (MittBayNot 1991, 256 ff. = DNotZ 1993, 335) gestützten Auffassung des LG, daß schon die bloße Erklärung des eingetragenen Rechtsinhabers, er habe das Grundpfandrecht abgetreten, zur Widerlegung der Vermutung des § 891 Abs. 1 BGB ausreiche, vermag der Senat daher nicht zu folgen. Mit Recht hält Amann (MittBayNot 1991, 258 f.) der Entscheidung des BayObLG entgegen, daß auf der Grundlage der von ihr vertretenen Rechtsauffassung die Vermutung der §§ 891, 1155, 1192 BGB ggfls. für niemanden mehr streiten könnte.“

Gleichermaßen kritisch äußern sich *Schöner/Stöber* (Rn. 342a m. Fn. 25): Sie gehen ebenfalls davon aus, das Grundbuchamt könne seine sichere Kenntnis von der Unrichtigkeit einer grundbuchlich ausgewiesenen Berechtigung nicht auf eine privatschriftliche Erklärung stützen. Anderenfalls entstünde das widersprüchliche Ergebnis, dass die Berechtigung des im Grundbuch eingetragenen Gläubigers zwar widerlegt sei, sich umgekehrt aber eine Berechtigung des durch die Privaturkunde ausgewiesenen Gläubigers nicht annehmen lasse, weil die Form des § 29 GBO nicht gewahrt sei. In einem solchen Fall wäre schließlich keiner der „Beteiligten“ mehr bewilligungsbefugt und es könnten somit überhaupt keine Grundbucheinträge mehr erfolgen. Dieses Ergebnis könne nicht richtig sein (ebenso Staudinger/Wolfsteiner, § 1155 Rn. 46, m. w. N. auch zur abw. Ansicht in der Kommentarliteratur).

Soweit ersichtlich, hat sich zuletzt das **OLG Frankfurt** (NJOZ 2014, 161, 163) mit den unterschiedlichen Rechtsansichten befasst, indes von einer eigenen Stellungnahme abgesehen und die Frage **offengelassen**.

dd) Praktische Konsequenzen für den vorliegenden Fall

Die augenscheinlich unvereinbaren Rechtspositionen zwischen BayObLG und OLG Köln erfahren **auf praktischer Ebene** eine starke Relativierung, denn das **BayObLG** lässt es zur Wiederherstellung der Vermutungswirkung gem. § 891 BGB ausreichen, wenn dem Grundbuchamt die Rückabtretung der Grundschuld nachgewiesen wird, wobei hierzu wiederum der Nachweis durch schriftliche Abtretungserklärung genügen soll. Das Gericht stellt in seinen weiteren Entscheidungsgründen insoweit fest, dass **an die Wiederherstellung der Vermutungswirkung keine größeren Anforderungen** gestellt werden können **als an ihre Widerlegung** (BayObLG DNotZ 1993, 335, 338; ebenso OLG Oldenburg BeckRS 1996, 13386).

Überträgt man die Erwägungen des BayObLG auf den vorliegenden Fall, dann fehlt dem im Grundbuch verlautbarten Gläubiger (bzw. dessen Erben) derzeit die formellrechtliche Berechtigung. Auf die Vermutungswirkung des § 891 Abs. 1 BGB kann sich der Buchberechtigte also nicht berufen, selbst wenn er im Besitz der Grundschuldbriefe wäre. Die formelle Legimitation lässt sich allerdings dadurch wiederherstellen, dass dem Grundbuchamt die Rückabtretung an den Buchgläubiger (bzw. dessen Erben) nachgewiesen wird, wobei der **Nachweis der schriftlichen (Rück-)Abtretungserklärung** i. S. v. § 1154 Abs. 1 S. 1 BGB genügt.

Folgt man demgegenüber der Ansicht des **OLG Köln**, so wäre die **Vermutungswirkung** gem. § 891 BGB gar **nicht widerlegt** und ein Nachweis der Rückabtretung entbehrlich.

3. Ergebnis

Im Ergebnis ist daher festzustellen: Die **Grundschulden können auch nach der strengen Ansicht des BayObLG gelöscht werden**, wenn dem Grundbuchamt eine **Rückabtretung der Grundschulden in privatschriftlicher Form nachgewiesen** wird. Neben dem Löschungsantrag bedarf es aber einer bislang nicht gegebenen Löschungsbewilligung des im Grundbuch eingetragenen Gläubigers bzw. seiner Erben (zur Entbehrlichkeit der Voreintragung vgl. § 40 Abs. 1 GBO). Vorsorglich sei an dieser Stelle nochmals daran erinnert, dass materiell-rechtlich eine Aufgabenerklärung des wahren Berechtigten gem. § 875 Abs. 1 S. 1 BGB erforderlich ist. Es muss demzufolge nicht nur aus formellen, sondern auch aus materiellen Gründen eine Rückabtretung gem. § 1154 Abs. 1 BGB stattfinden; anderenfalls würde das Grundbuch durch eine Löschungsbewilligung des im Grundbuch verlautbarten Gläubigers (bzw. durch dessen Erben) unrichtig, weil es an der materiellen Verfügungsbefugnis fehlte.

4. Alternative zur Rückabtretung

Unseres Erachtens genügt es, wenn der im Grundbuch verlautbarte Gläubiger (bzw. dessen Erbe) der Löschung der Grundschulden seitens der Zessionarin in der Form des § 29 GBO zustimmt, ohne dass eine Rückabtretung stattfindet. Denn im Ergebnis kann es auf verfahrensrechtlicher Ebene (§ 19 GBO) keinen Unterschied machen, ob die Vermutungswirkung des § 891 BGB durch eine schriftliche Rückabtretung wiederhergestellt wird oder ob der laut Grundbucheintrag formell Berechtigte (Zedent) der Verfügung des formell Nichtberechtigten (Zessionar) in grundbuchtauglicher Form zustimmt. Es erscheint gerechtfertigt, den **Rechtsgedanken des § 185 BGB** auf die verfahrensrechtliche Ebene zu übertragen, weshalb eine **Zustimmung des Buchberechtigten** (bzw. von dessen Erben) in grundbuchtauglicher Form ausreichen sollte. Die analoge Anwendbarkeit des § 185 BGB auf das grundbuchliche Verfahren hat der BGH in seinem Beschl. v. 15.7.2010 (DNotZ 2011, 199 f.) bejaht. Die Entscheidung betraf einen Fall, in dem eine *Buchgrundschuld* formgerecht an einen Dritten abgetreten worden war. Mangels Eintragung der Abtretung gem. § 1154 Abs. 3 i. V. m. § 873 BGB war der Rechtsübergang jedoch noch nicht erfolgt. Dennoch hatte die Zessionarin eine Löschungsbewilligung für das Grundpfandrecht erteilt. Dem BGH genügte es, dass die Zedentin (als Noch-Inhaberin der Grundschuld) der Löschungsbewilligung analog § 185 BGB zustimmte.

Aufgrund eines Erst-recht-Schlusses kann u. E. im vorliegenden Fall nichts anderes gelten: Die Zustimmung des

Zedenten entsprechend § 185 BGB muss erst recht genügen, wenn die Löschungsbewilligung vom materiell *wahren* Berechtigten erteilt wird und diesem lediglich die verfahrensrechtliche Legitimation fehlt.

GmbHG § 47 Abs. 2; SGB IV §§ 7, 7a Stimmrechtsübertragung; Abspaltungs- verbot; Zulässigkeit von Mehrstimmrecht und stimmrechtslosem Geschäftsanteil; Schaffung einer Sperrminorität

I. Sachverhalt

An der X-GmbH mit einem Stammkapital von 25.000 € sind die Eheleute F und M mit Geschäftsanteilen von 12.500 bzw. 6.250 € beteiligt, daneben deren Tochter (T) mit einem Geschäftsanteil von ebenfalls 6.250 € M ist zugleich alleiniger Geschäftsführer der Gesellschaft.

Um die Sozialversicherungspflicht des M zu verhindern, soll T ihre Stimmrechte vertraglich auf M übertragen.

II. Fragen

1. Ist die vertragliche Übertragung des Stimmrechts auf einen Mitgesellschafter zulässig?
2. Falls nicht: Kann die Satzung dergestalt geändert werden, dass die Geschäftsanteile der T stimmrechtslos, die Geschäftsanteile des M aber mit Mehrstimmrechten ausgestattet sind?

III. Zur Rechtslage

1. Hintergrund: Schaffung einer Sperrminorität

Ob der **Gesellschaftergeschäftsführer** einer GmbH i. S. d. § 7 SGB IV „beschäftigt“ ist, also unselbstständig arbeitet, entscheidet sich nach dem Grad seiner Abhängigkeit. Wer kraft seiner Gesellschafterrechte die für das Arbeitsverhältnis typische Abhängigkeit vermeiden kann, ist nicht als Arbeitnehmer der Gesellschaft anzusehen (BeckKommSozialrecht/Berchtold, 3. Aufl. 2013, § 7 SGB IV Rn. 47). „Selbständig“ ist daher *grundsätzlich* der Geschäftsführer, der mindestens über die Hälfte des Stammkapitals der Gesellschaft oder über eine sog. Sperrminorität verfügt (vgl. BSG NZA 1991, 869, 870; NZA 1993, 430, 431; Scholz/U. H. Schneider/Hohenstatt, GmbHG, 11. Aufl. 2014, § 35 Rn. 515; Grimm, DB 2012, 175; zu Familiengesellschaften Bross, DB 2014, 2651). Letztere ist dann gegeben, wenn der Geschäftsführer trotz einer Beteiligung unter 50 % maßgeblichen Einfluss auf die Gesellschaft ausüben kann, er also **dazu in der Lage** ist, in allen Angelegenheiten der Gesellschaft solche (**Weisungs-)** **Beschlüsse zu verhindern**, die ihm nicht genehm sind.

Vorliegend geht es offenbar um die Schaffung einer Sperrminorität: Dem M soll die Hälfte der Stimmrechte in der Gesellschaft verschafft werden, obwohl er nur zu einem Viertel an der Gesellschaft beteiligt ist und beteiligt bleibt. Gelänge dies, könnte selbst eine einfache Mehrheit nicht gegen ihn zustande kommen.

2. Grenzen der „Übertragung“ des Stimmrechts

Nach h. M. kann der GmbH-Gesellschafter allerdings das Stimmrecht nicht losgelöst von der Mitgliedschaft auf einen Mitgesellschafter oder Dritten übertragen; dies gilt sowohl für eine „rechtsgeschäftliche“ Übertragung des Stimmrechts

ohne Geschäftsanteil als auch für eine Satzungsregel mit entsprechendem Ziel (sog. **Abspaltungsverbot**; BGH NJW 1965, 1378 f.; NJW 1968, 396, 397; Scholz/K. Schmidt, § 47 Rn. 20; MünchKommGmbHG/Drescher, 2012, § 47 Rn. 75; BeckOK-GmbHG/Schindler, Std.: 1.12.2014, § 47 Rn. 83; Baumbach/Hueck/Zöllner, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 47 Rn. 40; GroßkommGmbHG/Hüffer/Schürnbrand, 2. Aufl. 2014, § 47 Rn. 55). Auch die Möglichkeit der sog. **Legitimationsession** ist umstritten; hierbei geht es um die Ermächtigung zur Ausübung des Stimmrechts im eigenen Namen (vgl. Scholz/K. Schmidt, § 47 Rn. 21; GroßkommGmbHG/Hüffer/Schürnbrand, § 47 Rn. 56 f.; MünchKommGmbHG/Drescher, § 47 Rn. 78; BeckOK-GmbHG/Schindler, § 47 Rn. 84), allerdings bezogen auf einen Mitgesellschafter. Eine bloße Vereinbarung unter Gesellschaftern dürfte indes ohnehin nicht genügen, um die gewünschte Sperrminorität zu kreieren. Es muss sich nämlich um eine gefestigte Rechtsposition handeln, anders formuliert: sie muss wohl grundsätzlich **in der Satzung verankert** sein (vgl. LSG Bayern DStR 2015, 241, 244). So wird erst recht eine Stimmrechtsvollmacht nicht weiterhelfen, denn diese ist letztlich immer widerruflich (vgl. Baumbach/Hueck/Zöllner, § 47 Rn. 50). Als ausreichend hat die Rechtsprechung allerdings eine **Stimmbindungsvereinbarung** (gerichtet auf Einstimmigkeit) angesehen, an der sämtliche Gesellschafter beteiligt sind; eine solche Vereinbarung sei nämlich gesellschaftsrechtlich bindend (LSG Hessen DStR 2014, 1840, 1841 f.; LSG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 12.11.2014 – L 4 R 556/13, Tz. 28 [juris]).

3. Alternative Gestaltung

Das *Ergebnis* einer Stimmrechtsabspaltung lässt sich jedenfalls im Rahmen zulässiger Satzungsgestaltung erreichen. So könnte – per Satzungsänderung – der **Geschäftsanteil** eines Gesellschafters **stimmrechtslos** gestellt (zur Zulässigkeit vgl. GroßkommGmbHG/Hüffer/Schürnbrand, § 47 Rn. 58; BeckOK-GmbHG/Schindler, § 47 Rn. 80), alternativ oder zusätzlich der Geschäftsanteil des M **mit Mehrstimmrechten ausgestattet** werden (vgl. auch OLG Hamm NZG 2015, 678, 689 f. Tz. 40 ff.; Michalski/Tebben, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 6 Rn. 138). Darin erschöpft sich der Gestaltungsspielraum nicht einmal. Denkbar ist jede Satzungsregel, die dem betroffenen Gesellschaftergeschäftsführer die Abwendung eines gegen ihn gerichteten Weisungsbeschlusses ermöglicht. So wäre eine Sperrminorität auch gegeben, wenn Beschlüsse grundsätzlich einstimmig zu fassen wären oder mit einer Mehrheit von 80 % oder wenn alle Beschlüsse nur mit Zustimmung des M zustande kommen könnten (Vetorecht). Insoweit könnte nach oben Gesagtem sogar eine allseitige Stimmbindungsvereinbarung genügen.

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 Faxabruf-Gutachten.

BGB §§ 463 ff., 1094 ff.

Vorkaufsfall bei gemischter Schenkung; Vorkaufsfall bei Gegenleistung, die nicht in einer Geldleistung besteht (hier: Schuldbetritt); Vorkaufsfall bei Verkauf eines Miteigentumsanteils

Abruf-Nr.:

BGB §§ 185, 2205, 2211

Zustimmung zu einer vom Testamentsvollstrecker erklärten Auffassung durch den Erben nach Beendigung der Testamentsvollstreckung

Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

BGB § 1374 Abs. 2

Bewertung eines mit einem Vorbehaltsnießbrauch belasteten Grundstücks beim Zugewinnausgleich

a) Ist Vermögen, das ein Ehegatte mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht erwirbt, zugunsten des Übergebers mit einem Nießbrauch belastet, unterliegt der fortlaufende Wertzuwachs der Zuwendung aufgrund des abnehmenden Werts des Nießbrauchs für den dazwischen liegenden Zeitraum bzw. die Zeit zwischen dem Erwerb des Grundstücks und dem Erlöschen des Nießbrauchs nicht dem Zugewinnausgleich (im Anschluss an Senatsurteile BGHZ 170, 324 = FamRZ 2007, 978 und BGHZ 111, 8 = FamRZ 1990, 603).

b) Um diesen Wertzuwachs im Zugewinnausgleich rechnerisch zu erfassen, ist eine auf einzelne Zeitabschnitte aufgeteilte Bewertung des gleitenden Erwerbsvorgangs nicht erforderlich. Das gleiche Ergebnis kann vielmehr schon dadurch erreicht werden, dass bei der Berechnung des Zugewinns des Zuwendungsempfängers auf ein Einstellen des Wertes des Nießbrauchs zum Ausgangs- und Endzeitpunkt in die Vermögensbilanz insgesamt verzichtet wird (Aufgabe von Senatsurteil BGHZ 170, 324 = FamRZ 2007, 978).

c) Ist hingegen der Wert des Nießbrauchs gestiegen, weil das belastete Grundstück im maßgeblichen Zeitraum einen Wertzuwachs (hier: infolge gestiegener Grundstückspreise) erfahren hat, muss der Wert des Nießbrauchs im Anfangs- und Endvermögen eingestellt werden, ohne dass es weiterer Korrekturen des Anfangsvermögens bedarf.

BGH, Beschl. v. 6.5.2015 – XII ZB 306/14

Problem

Die Eheleute waren seit dem Jahr 1987 verheiratet. 1994 schlossen die Ehefrau und ihre Mutter einen Übergabevertrag, in dem die Mutter der Ehefrau ein Grundstück unter Vorbehaltsnießbrauch schenkte. Die Eheleute haben sich mittlerweile scheiden lassen. Sie streiten über die Berechnung des Zugewinnausgleichs.

Das von der Ehefrau erworbene Grundstück ist nach § 1374 Abs. 2 BGB privilegiert. Es wird dem Anfangsvermögen hinzugerechnet (vgl. § 1376 Abs. 1 Var. 2 BGB). Im vorliegenden Fall war jedoch der Wert des Grundstücks bis zur Beendigung des Güterstands gestiegen (von 237.000,- EUR

auf 486.000,- EUR). Diese Wertsteigerung unterliegt dem Zugewinnausgleich (vgl. § 1376 Abs. 2 BGB).

Auch der Wert des Nießbrauchs hatte sich erhöht – und zwar auch unter Berücksichtigung des fortgeschrittenen Lebensalters der Mutter (von 174.000,- EUR auf 226.000,- EUR). Der Sachverständige errechnete außerdem einen „negativen gleitenden Zuerwerb“ durch die Wertsteigerung des Nießbrauchs bis zum Ehezeitende (indexiert: 56.000,- EUR). Nach Auffassung des Beschwerdegerichts war dieser negative Zuerwerb bei der Berechnung des Anfangsvermögens nicht mindernd anzusetzen, sondern für die Berechnung des Zugewinnausgleichs irrelevant.

Entscheidung

Der BGH folgt dieser Auffassung. Er verweist zunächst darauf, dass die **Wertsteigerung** von nach § 1374 Abs. 2 BGB erworbenem Vermögen durch das allmähliche Absinken eines **Vorbehaltsnießbrauchs** einen nach § 1374 Abs. 2 BGB **privilegierten** Vermögenserwerb darstellt, der nicht dem Zugewinnausgleich unterliegt (so bereits BGHZ 170, 324 Tz. 28 = DNotZ 2007, 849 = DNotI-Report 2007, 154). Der Ehegatte erwerbe das Vermögen von vornherein mit der Aussicht, dass das Nießbrauchsrecht spätestens mit dem Tod des Berechtigten entfällt. Der mit der geringeren werdenden Lebenserwartung verbundene Wertzuwachs sei daher bereits Teil des nach § 1374 Abs. 2 BGB privilegierten Vermögens. Die Wertsteigerung des Grundstücks, die dadurch eintritt, dass das Nießbrauchsrecht aufgrund Zeitablaufs an Wert verliert, sei nicht ausgleichspflichtig.

Bislang hat der BGH den gleitenden Vermögenserwerb wie folgt berücksichtigt (BGHZ 170, 324 Tz. 30 ff. = DNotZ 2007, 849 = DNotI-Report 2007, 154 [zum Wohnungsrecht]): Das vorbehaltene Recht wird für den Anfangsvermögensstichtag und den Endvermögensstichtag bewertet und als Anfangs- und Endvermögen berücksichtigt. Darüber hinaus wird der Wertzuwachs aufgrund des abnehmenden Rechts dem Anfangsvermögen hinzugerechnet.

Von dieser Berechnung nimmt der BGH in der jetzigen Entscheidung Abstand: Eine auf **einzelne Zeitabschnitte aufgeteilte Bewertung** des Erwerbsvorgangs sei **nicht erforderlich**. Man könne das Ergebnis bereits dadurch erreichen, dass man bei der Berechnung des Zugewinns auf ein **Einstellen des vorbehaltenen Rechts insgesamt verzichtet**.

Anders sei der Fall zu beurteilen, wenn der **Wert des Nießbrauchs** wegen des Absinkens der Lebenserwartung nicht abnimmt, sondern aufgrund anderer Umstände wie der Wertentwicklung des Grundstücks **steigt**. In diesem Fall müsse der **Nießbrauch** sowohl im **Anfangs- als auch im Endvermögen** berücksichtigt werden, weil sonst der Zugewinn zu hoch ausfiele. Der höhere Wert des Nießbrauchs ergebe sich in diesem Fall aus der Steigerung des Grundstückswerts und sei nicht Folge der Schenkung. Einer zusätzlichen Berücksichtigung eines „negativen gleitenden Zuerwerbs“ bedürfe es nicht. Das Nießbrauchsrecht stelle sich in einem solchen Fall als eine Belastung des Grundstücks dar, die den Wert der Immobilie mindere und daher auch bei der Berechnung des Endvermögens zu berücksichtigen sei. Eine Hinzurechnung dieser Wertentwicklung des Nießbrauchs als „negativer gleitender Zuerwerb“ zum Anfangsvermögen der Ehefrau hätte zur Folge, dass der Ehemann zwar an der erheblichen Wertsteigerung des Grundstücks teilhaben würde, der damit verbundene Anstieg des Werts der auf dem Grundstück

liegenden Belastung hingegen allein von der Ehefrau zu tragen wäre. Dies verstieße gegen den in § 1378 Abs. 1 BGB verankerten Halbteilungsgrundsatz.

Das Beschwerdegericht habe die Berechnung richtig vorgenommen, indem es dem Anfangsvermögen den Wert des Grundstücks abzüglich des damaligen Werts des Nießbrauchs hinzugerechnet und beim Endvermögen den (gestiegenen) Wert des Grundstücks abzüglich des (gestiegenen) Werts des Nießbrauchs berücksichtigt habe.

GBO §§ 47 Abs. 2, 19, 22; BGB §§ 705, 413, 398 Grundbuchberichtigung bei Übertragung eines GbR-Anteils auf Mitgesellschafter

Überträgt ein Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts seinen Gesellschaftsanteil auf einen Mitgesellschafter, genügt zur Berichtigung des Grundbuchs durch Löschung des ausscheidenden Gesellschafters dessen Bewilligung; der Bewilligung der verbliebenen Gesellschafter bedarf es nicht (Fortführung von Senat, Beschluss vom 19. Juli 2011, 1 W 491-492/11).

KG, Beschl. v. 30.4.2015 – 1 W 466/15

Problem

Die GbR ist mit ihren Gesellschaftern in das Grundbuch einzutragen (§ 47 Abs. 2 S. 1 GBO, § 15 Abs. 1 lit. c GbV). Überträgt ein GbR-Gesellschafter seinen Anteil (§§ 413, 398 BGB), ist hierzu nach materiellem Recht die Zustimmung sämtlicher Mitgesellschafter erforderlich, es sei denn dass der Gesellschaftsvertrag etwas anderes bestimmt (vgl. Palandt/Sprau, BGB, 74. Aufl. 2015, § 719 Rn. 6 f., § 736 Rn. 7 f.). Ist die GbR Eigentümerin von Grundbesitz, ist das Grundbuch zu berichtigen (§ 82 S. 3 GBO). Die Berichtigung kann entweder auf der Grundlage eines Unrichtigkeitsnachweises (§ 22 Abs. 1 GBO) oder aufgrund einer Berichtigungsbewilligung erfolgen (§§ 19, 22 Abs. 1 GBO).

In der vorliegenden Entscheidung konkretisiert das KG die Anforderungen an die Berichtigungsbewilligung. Mehrere Gesellschafter einer grundbesitzhaltenden GbR übertragen ihre Anteile auf zwei (bereits im Grundbuch eingetragene) Mitgesellschafter. Die übertragenden Gesellschafter bewilligten die Eintragung und erklärten, dass sämtliche Mitgesellschafter der Übertragung zugestimmt hätten, legten diese Erklärungen jedoch nicht in öffentlich beglaubigter Form vor. Das Grundbuchamt lehnte die Eintragung ab, da es einer Berichtigungsbewilligung sämtlicher Mitgesellschafter bedürfe.

Entscheidung

Die Beschwerde vor dem KG hatte Erfolg. Das KG weist darauf hin, dass Änderungen im Gesellschafterbestand einer GbR wegen der Anordnungen in § 899a BGB und § 47 Abs. 2 GBO als Änderung der rechtlichen Verhältnisse am Grundstück zu behandeln sind und deswegen eine Grundbuchberichtigung auf der Grundlage einer Berichtigungsbewilligung in Betracht kommt.

Im Falle der **Berichtigungsbewilligung** müsse die Eintragung derjenige **bewilligen**, dessen Recht von der **Eintragung betroffen** ist (§ 19 GBO). Betroffen sei ein Recht, wenn es durch die Eintragung im Rechtssinn beeinträchtigt oder zumindest nachteilig berührt werde.

In der Vergangenheit hat das KG bereits entschieden, dass beim Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer GbR aufgrund einer Kündigung allein Rechte des kündigenden Gesellschafters betroffen sind (MittBayNot 2012, 219; so auch OLG Jena DStR 2011, 1436 f.; OLG München DNotZ 2013, 607, 610).

Daran knüpft das KG nunmehr an. Es sei nicht anders, wenn ein Gesellschafter durch Übertragung seines Gesellschaftsanteils auf einen anderen Gesellschafter aus der Gesellschaft ausscheidet. Es mache keinen Unterschied, dass der Anteil im Fall des Ausscheidens sämtlichen verbliebenen Gesellschaftern anwächst, während sich bei der Übertragung des Anteils an einen Mitgesellschafter nur dessen Anteil vergrößert. Eine **Bewilligung** der **Mitgesellschafter** sei nicht **erforderlich** (a. A. OLG Zweibrücken NJW 2010, 384, 385).

Die Beteiligten hätten im Rahmen der Bewilligung erklärt, ihre Anteile an der Gesellschaft auf die beiden Mitgesellschafter mit Zustimmung sämtlicher Gesellschafter übertragen zu haben. Damit hätten sie die für eine Abtretung des Gesellschaftsanteils erforderlichen Voraussetzungen **schlüssig vorgetragen**. Dies reiche aus. Daher müsse das Grundbuchamt den Gesellschafterwechsel im Grundbuch vermerken.

Praxishinweis

Die Entscheidung vereinfacht die Praxis der Grundbuchberichtigung. Sie weicht jedoch von dem Grundsatz ab, dass auch mittelbar Betroffene, deren Zustimmung nach materiellem Recht erforderlich ist, die Bewilligung in grundbuchmäßiger Form erklären müssen, wenn ihre (vgl. Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 100e). Ob sich die Rechtsansicht des KG durchsetzen wird, bleibt nicht zuletzt angesichts der abweichenden Rechtsprechung des OLG Zweibrücken (NJW 2010, 384, 385) abzuwarten. Zu beachten ist, dass die Entscheidung nur den Fall der Übertragung auf einen bereits eingetragenen Mitgesellschafter betraf. Erfolgt die Übertragung an einen Dritten, ist neben dessen Bewilligung (§§ 47 Abs. 2 S. 2, 19, 22 Abs. 2 GBO) im Zweifel auch die unterschiftsbeglaubigte Zustimmung sämtlicher Mitgesellschafter erforderlich. Lässt der Gesellschaftsvertrag die Übertragung zu, ist die Zustimmung entbehrlich. In diesem Fall genügt die Vorlage des Gesellschaftsvertrags in grundbuchmäßiger Form (vgl. zum Ganzen instruktiv BeckOK-GBO/Reetz, Std.: 1.4.2015, § 47 Rn. 101 m. w. N.). Zur Erforderlichkeit der Vorlage einer Unbedenklichkeitsbescheinigung vgl. OLG Frankfurt MittBayNot 2006, 334; DNotI-Report 2005, 14; OLG Jena DStR 2011, 1436.

Literaturhinweise

Postvertriebsstück: B 08129

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

Veranstaltungen

Weitere Termine für **August 2015** – Anmeldung und nähere Informationen bitte direkt beim **DAI-Fachinstitut für Notare**, Postfach 250254, 44740 Bochum, Tel. (0234) 970 64 18, Fax (0234) 70 35 07 (www.anwaltsinstitut.de).

Erbschaft- und Schenkungssteuerrecht in der notariellen Praxis (Wälzholz), 22.8.2015 Bochum

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: Notarassessor Dr. Johannes Weber

Redaktion: Dr. Simon Blath

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
Haugerpfargasse 9, 97070 Würzburg