

DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

18. Jahrgang
Juli 2010
ISSN 1434-3460

14/2010

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 2325 – Fristbeginn gem. § 2325 Abs. 3 BGB bei aufschiebend bedingter Abtretung eines Kommanditanteils; Fristbeginn gem. § 2325 Abs. 3 BGB bei unwiderruflicher Stimmrechtsvollmacht bzgl. des übertragenen Gesellschaftsanteils

VAG §§ 72, 70, 66; GBO § 47 Abs. 2; BGB §§ 899a, 892, 705 – Eintragung eines Treuhändersperrvermerks im Grundbuch bei Zugehörigkeit eines GbR-Anteils zum Deckungsvermögen eines Versicherungsunternehmens

Gutachten im Abruf-Dienst

Rechtsprechung

BGB §§ 307, 648 – Formularmäßige Bürgschaft zur Absicherung aller vertraglichen Zahlungsverpflichtungen nicht unwirksam

EGGmbHG § 3 Abs. 4; GmbHG §§ 19 Abs. 4, 30, 31, 56 – Rückwirkende Anwendung der Regeln über verdeckte (gemischte) Sacheinlage; gleichzeitige Anwendung der Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsgrundsätze; Modalitäten der Anrechnung bei verdeckter Sacheinlage

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 2325 – Fristbeginn gem. § 2325 Abs. 3 BGB bei aufschiebend bedingter Abtretung eines Kommanditanteils; Fristbeginn gem. § 2325 Abs. 3 BGB bei unwiderruflicher Stimmrechtsvollmacht bzgl. des übertragenen Gesellschaftsanteils

I. Sachverhalt

An der A GmbH & Co. KG sind neben der Komplementär-GmbH, die nicht am Vermögen beteiligt ist, Vater V, Sohn G und Sohn B jeweils als Kommanditist beteiligt.

Die Haftsummen entsprechen der Beteiligung. Zwischen V und B gibt es Unstimmigkeiten. V will Pflichtteilsansprüche des B gering halten. Er erwägt daher, einen Teil seines Kommanditanteils unentgeltlich auf G zu übertragen. Die Frist des § 2325 Abs. 3 BGB soll so bald als möglich in Gang gesetzt werden.

V und G rechnen mit Verzögerungen bei der Eintragung der erforderlichen Anmeldung beim Handelsregister, da sie erwarten, dass B bei der Anmeldung nicht oder nur mit zeitlicher Verzögerung mitwirken wird. G fürchtet Haftungsrisiken bis zur Eintragung der Sonderrechtsnachfolge im Handelsregister. V will sich zudem hinsichtlich des übertragenen Kommanditanteils „das Stimmrecht vorbehalten“.

Hierzu erteilt G ihm eine unwiderrufliche Stimmrechtsvollmacht. Das Gewinnbezugsrecht soll auf G übergehen.

II. Fragen

1. Kommt es bei Übertragung eines Teil-Kommanditanteils für den Beginn der Frist gem. § 2325 Abs. 3 BGB auf die „dingliche“ Übertragung des Anteils an, verzögert also eine auf Eintragung im Handelsregister aufschiebend bedingte Abtretung den Fristbeginn?

2. Würde ein Vorbehalt der Stimmrechte bzw. eine Stimmbindungsvereinbarung hinsichtlich der Stimmen, die auf den übertragenen Kommanditanteil entfallen, den Beginn der Frist gem. § 2325 Abs. 3 BGB hindern?

III. Zur Rechtslage

1. Fristbeginn gem. § 2325 Abs. 3 BGB bei Übertragung von Kommanditanteilen

Nach der absolut h. M. in Rechtsprechung und Literatur stellt sich die Aufnahme des Begünstigten als Kommanditist bzw. die Abtretung eines Kommanditanteils ohne adäquate Gegenleistung als Schenkung i. S. d. § 2325 Abs. 1 BGB dar (vgl. BGHZ 112, 40, 45 f. = DNotZ 1991, 819 = NJW 1990, 2616; MünchKomm-BGB/Lange, 5. Aufl. 2010, § 2325 Rn. 18; Pawlytta, in: Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, 2. Aufl. 2009, § 7 Rn. 75; Schlitt, in: Schlitt/Müller, Handbuch Pflichtteilsrecht, 2010, § 5 Rn. 137; U. Mayer, ZEV 2003, 355, 356; a. A. lediglich Scherer, in: Sudhoff, Unternehmensnachfolge, 4. Aufl. 2000, § 17 Rn. 69).

Hinsichtlich des **Fristbeginns** gem. § 2325 Abs. 3 BGB stellt die überwiegende Meinung auf den **Eintritt des Leistungserfolges**, also den **Vollzug des Erfüllungsgeschäftes**, ab (Staudinger/Olshausen, BGB, Neubearb. 2006, § 2325 Rn. 54; Schlitt, in: Schlitt/Müller, § 6 Rn. 30; J. Mayer, in: Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, § 8 Rn. 120; MünchKomm-BGB/Lange, § 2325 Rn. 37). Demgemäß wird die **Frist** bei der Abtretung von Personengesellschaftsanteilen **bereits mit Anteilsübertragung in Gang gesetzt** (Schindler, ZEV 2005, 290; Worm, RNotZ 2003, 535, 544; Schlitt, in: Schlitt/Müller, § 6 Rn. 45). Zugrunde zu legen ist der Zeitpunkt des Ausscheidens des Schenkers aus der Gesellschaft (Sudhoff/Scherer, § 17 Rn. 69; Kerscher/Riedel/Lenz, Pflichtteilsrecht in der anwaltlichen Praxis, 3. Aufl. 2002, § 16 Rn. 6).

Folglich ist dann für den Fristbeginn an die **Wirksamkeit der Abtretung** anzuknüpfen. Insofern wird auch die Ansicht von *Klingelhöffer* (Pflichtteilsrecht, 3. Aufl. 2009, Rn. 606), wonach die Abtretung eines Kommanditanteils unabhängig von etwaigen Zustimmungserfordernissen anderer Mitgesellschafter bereits die Frist des § 2325 Abs. 3 BGB in Gang setzt, mit Hinweis auf den konstitutiven Charakter der Zustimmung von der überwiegenden Literatur abgelehnt (Schindler, ZEV 2005, 290, 291; Schlitt, in: Schlitt/Müller, § 6 Rn. 35). Ähnliches dürfte für die aufschiebend bedingte Abtretung von Kommanditanteilen gelten (so allg. für den Fristbeginn bei aufschiebend bedingten Verfügungen: Gietl, in: Dauner-Lieb/Grziwotz/Hohmann-Demhardt, HK-Pflichtteilsrecht, 2010, § 2325 Rn. 76). Zwar kommt es für die Wirksamkeit des Anteilsübergangs und damit für den Fristbeginn des § 2325 Abs. 3 BGB grundsätzlich nicht auf die Eintragung im Handelsregister an. **Wird aber die Wirksamkeit der Anteilsübertragung mit der Eintragung im Handelsregister verknüpft, wird der Fristbeginn des § 2325 Abs. 3 BGB erst durch die Eintragung im Handelsregister in Gang gesetzt.**

2. Auswirkungen einer Stimmrechtsvollmacht für den Beginn der Frist des § 2325 Abs. 3 BGB

Fraglich ist es, wie es vor dem Hintergrund der Entscheidung des BGH (in BGHZ 125, 395, 398 = DNotZ 1994, 784) zu bewerten ist, dass der Schenker vorliegend beabsichtigt, sich vom Erwerber eine unwiderrufliche Stimmrechtsvollmacht im Hinblick auf den übertragenen Kommanditanteilen zu erhalten. Der BGH hat in vorgenannter Entscheidung festgestellt, dass, wenn sich der Erblasser ein umfassendes Nutzungsrecht in Gestalt des Nießbrauchs (§§ 1030 ff. BGB) am übertragenen Vermögensgegenstand vorbehält, der Anlauf der 10-Jahresfrist des § 2325 Abs. 3 S. 2 BGB daran scheitert, dass keine **wirtschaftliche Ausgliederung** des Gegenstandes aus dem Vermögen des Erblassers erfolgt ist. Der BGH verlangt insofern einen **Genussverzicht** des Erblassers in der Weise, dass er aufgrund der vertraglichen Vereinbarung tatsächlich auch auf die Nutzung des verschenkten Gegenstandes verzichtet, wobei der BGH ausschließlich auf den **wirtschaftlichen Leistungserfolg** abstellt. Ob eine wirtschaftliche Ausgliederung eines Kommanditanteils aus dem Vermögen des Schenkers dann vorliegt, wenn dieser sich durch Vollmacht die Stimmrechte an dem übertragenen Kommanditanteil „vorbehält“, wird in der Literatur bzw. der Rechtsprechung nicht erörtert.

Die Frage der wirtschaftlichen Ausgliederung aus dem Vermögen des Erblassers wird im Hinblick auf das Gesellschaftsrecht lediglich von *U. Mayer* (ZEV 2003, 355, 358) angesprochen. Er weist darauf hin, dass bei Einbringung

von Vermögen in Familienpools häufig unterschiedliche Werte für die Beteiligungen am Vermögen einerseits und am Stimmrecht und an Gewinn und Verlust andererseits gewählt werden. Insofern sei nur das i. S. d. § 2325 Abs. 3 BGB geleistet, was der Beschenkte auch gegen den Willen des Schenkers fordern könne. Sollte damit aber ein **gespaltener Fristlauf** befürwortet werden, so steht dem nach h. L. die BGH-Rechtsprechung entgegen, wonach der Beginn der Frist bei wesentlicher Weiternutzung insgesamt abzulehnen und bei unwesentlicher Weiternutzung insgesamt zu bejahen ist (vgl. Herrler, in: HK-Pflichtteilsrecht, Anh. 2, Rn. 28; Schindler, ZEV 2005, 290, 293; Odersky, notar 2009, 301; a. A. N. Mayer, ZEV 1994, 325, 329: Wertrelation maßgeblich). Somit muss nach der h. L. die Frage beantwortet werden, ob eine unwiderrufliche Stimmrechtsvollmacht im Hinblick auf den übertragenen Gesellschaftsanteil so wesentlich ist, dass insgesamt nicht von einer wirtschaftlichen Ausgliederung des übertragenen Anteils aus dem Vermögen des Übergebers gesprochen werden kann. U. E. zufolge dürften dabei folgende Grundsätze zu beachten sein:

Insbesondere die Frage, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen der Vorbehalt eines teilweisen Wohnungsrechts den Fristanlauf des § 2325 Abs. 3 BGB hindert, wurde in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung und in der Literatur ausführlich erörtert. Dabei besteht im Grundsatz Übereinstimmung darin, dass, wenn das Wohnungsrecht lediglich einen Teil des übertragenen Grundstücks betrifft und der Übergeber die dem Wohnungsrecht unterfallenden Räume zudem nur persönlich nutzen kann, der Nutzungswert des Zuwendungsgegenstandes für den Übergeber so erheblich gemindert ist, dass von einer wirtschaftlichen Ausgliederung des Vermögensgegenstandes i. S. d. BGH-Rechtsprechung gesprochen werden kann (vgl. OLG Karlsruhe ZEV 2008, 244 ff.; OLG Oldenburg ZEV 2006, 80; Herrler, in: HK-Pflichtteilsrecht, Anh. 2, Rn. 39, 40 m. w. N.). Diese Grundsätze könnten auch vorliegend von Bedeutung sein, da lediglich beabsichtigt ist, dem Übergeber die Ausübung des Stimmrechts aus dem übertragenen Kommanditanteil zu gestatten und im Übrigen (Gewinnbezugsrecht, Anteil am Liquidationserlös etc.) eine vollständige Übertragung der Rechte auf den Beschenkten erfolgt. Im Ergebnis ist der Nutzungswert des Zuwendungsgegenstandes für den Übergeber erheblich gemindert.

Für eine auch wirtschaftliche Ausgliederung im vorliegenden Fall lässt sich ferner anführen, dass der BGH mit seinem teleologischen Leistungsbegriff insbesondere die Verhinderung einer „böswilligen“ Vereitelung von Pflichtteilsergänzungsansprüchen bezweckt, d. h. missbräuchliche Gestaltungen vermeiden will (Herrler, in: HK-Pflichtteilsrecht, Anh. 2 Rn. 40; ähnlich Diehn, DNotZ 2009, 67, 70). Von einer missbräuchlichen Gestaltung zulasten des Pflichtteilsberechtigten kann jedoch nicht ausgegangen werden, wenn der gesamte Kommanditanteil samt aller Rechte auf den Beschenkten übergehen soll und der Schenker sich lediglich das Stimmrecht an dem übertragenen Kommanditanteil vorbehält, zumal es dem Erwerber unbenommen ist, das Stimmrecht selbst auszuüben (keine „verdrängende“ Vollmacht).

Im Ergebnis gehen wir daher davon aus, dass allein die Erteilung einer unwiderruflichen Stimmrechtsvollmacht im Hinblick auf den übertragenen Kommanditanteil nicht dazu führt, dass der Beginn der Frist des § 2325 Abs. 3 BGB gehindert wird. Eine höchstrichterliche Stellung zu dieser Frage liegt allerdings noch nicht vor.

VAG §§ 72, 70, 66; GBO § 47 Abs. 2; BGB §§ 899a, 892, 705

Eintragung eines Treuhändersperrvermerks im Grundbuch bei Zugehörigkeit eines GbR-Anteils zum Deckungsvermögen eines Versicherungsunternehmens

I. Sachverhalt

Eine GbR, bei der ein Gesellschafter ein Versicherungsunternehmen ist, erwirbt ein Grundstück. Die Mitgliedschaft des Versicherungsunternehmens an der GbR fällt in den Deckungsstock des Versicherungsunternehmens. Bezogen auf den GbR-Anteil des Versicherungsunternehmens soll in das Grundbuch in Abteilung II eine Verfügungsbeschränkung eingetragen werden, und zwar dahingehend, dass eine Verfügung über den GbR-Anteil bzw. die Immobilie nur mit vorheriger schriftlicher Zustimmung des nach § 70 VAG für den Inhaber des GbR-Anteils bestellten Treuhänders oder seines Stellvertreters zulässig ist.

II. Frage

Ist die Eintragung einer solchen Verfügungsbeschränkung, bezogen auf den jeweiligen GbR-Anteil, in das Grundbuch möglich?

III. Zur Rechtslage

1. Zustimmungserfordernis zur Verfügung nach §§ 70 bis 72 VAG

Zur Erhaltung der Leistungsfähigkeit von Versicherungsunternehmen für Versicherungspolice, die von diesen Unternehmen abgeschlossen werden, hat der Gesetzgeber vorgeschrieben, dass Versicherungsunternehmen **nur mit Zustimmung eines amtlich bestellten Treuhänders** über das Vermögen eines den erforderlichen Rückstellungen für die Verträge entsprechenden „Deckungsstockes“ (§ 66 VAG) verfügen dürfen (§ 72 Abs. 1 VAG). Dabei ist die Zustimmung des Treuhänders materiell-rechtliche Wirksamkeitsvoraussetzung. Nach h. M. handelt es sich bei dem Zustimmungserfordernis um eine **relative Verfügungsbeschränkung i. S. d. § 135 BGB** (KG JFG 11, 321; Lipowsky, in: Prölss, VAG, 12. Aufl. 2005, § 72 Rn. 5 m. Nachw. zur Gegenansicht; kritisch dagegen Kaulbach, in: Fahr/Kaulbach/Bär, VAG, 4. Aufl. 2007, § 72 Rn. 1: Nach dem Wortlaut des § 72 VAG seien lediglich „Maßnahmen zu treffen, die Verfügungen ohne Zustimmung des Treuhänders unmöglich machen sollen“). Fehlt die Zustimmung, ist das betreffende Rechtsgeschäft **nach h. M. relativ unwirksam**.

Grundbuchverfahrensrechtlich kann und muss die Verfügungsbeschränkung nach § 72 Abs. 1 VAG, § 135 BGB **im Wege der Grundbuchberichtigung in das Grundbuch** eingetragen werden, weil ansonsten die im Grundbuch ausgewiesene Verfügungsbefugnis des Grundstückseigentümers weiter ginge als seine tatsächliche Verfügungsmacht. Auf diese Weise wird die Verfügungsbeschränkung nach dem VAG ähnlich behandelt wie die parallelen Fälle des gerichtlichen Verfügungsverbots nach §§ 135, 136 BGB oder die Anordnung der Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung, bei denen ebenfalls die Eintragung eines Vermerks über das Verfügungsverbot für möglich gehalten wird, um einen gutgläubigen Erwerb Dritter gem. § 135 Abs. 2 BGB auszuschließen (Lipowsky, in: Prölss, VAG, § 72 Rn. 10 m. w. N.). Vor dem Hintergrund, dass die Verfügungsbeschränkung nach dem VAG kraft Gesetzes

eintritt, handelt es sich bei dem Antrag auf Eintragung der Verfügungsbeschränkung um einen **Berichtigungsantrag nach § 22 GBO** (Lipowsky, in: Prölss, VAG, § 72 Rn. 10 m. w. N.). Der Berichtigungsantrag als solcher bedarf gem. § 30 GBO nicht der Form des § 29 GBO (KG JFG 11, 321, 324).

Versicherungsrechtlich ist die Eintragung des Sperrvermerks nach § 72 VAG für alle Deckungsstockwerte erforderlich, die nicht urkundlich verbrieft sind, also insbesondere für Grundstücke, Buchhypotheken, Grund- und Rentenschulden – hingegen nicht für Briefhypotheken (LG Dortmund Rpfleger 1990, 454; LG Bielefeld Rpfleger 1993, 333; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rn. 4065). Gehört zum Sicherungsvermögen nicht das gesamte Grundstück, sondern nur ein Miteigentumsanteil daran, hat sich der Sperrvermerk nicht auf das gesamte Grundstück, sondern nur auf den Miteigentumsanteil zu beziehen (Lipowsky, in: Prölss, VAG, § 72 Rn. 10). Im **Grundbuchverfahren** ist der Nachweis, dass ein Grundstück oder ein dingliches Recht zum Deckungsstock gehört, in der Form des § 29 GBO zu erbringen. Dieser Nachweis kann etwa durch eine Bescheinigung des Bundesaufsichtsamts für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) oder durch eine Erklärung des Vorstands oder des Treuhänders geführt werden. Auch erteilt das Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen eine Bescheinigung darüber, dass das betreffende Grundstück oder dingliche Recht in das Deckungsstockverzeichnis eingetragen wurde (Lipowsky, in: Prölss, VAG, § 72 Rn. 10). Kann hingegen der Unrichtigkeitsnachweis nicht in der Form des § 29 GBO erbracht werden, so muss die Eintragung aufgrund einer Berichtigungsbevollmächtigung erfolgen (§ 19 GBO), die ihrerseits der Form des § 29 GBO bedarf (OLG Frankfurt VersR 1972, 61).

2. Besonderheiten bei Eigentum zur gesamten Hand

Im vorliegenden Fall besteht die Besonderheit, dass nicht das Grundstück, ein Miteigentumsanteil an einem Grundstück oder ein dingliches Recht an einem Grundstück zum Deckungsstock gehören, sondern der **Anteil der Versicherungsgesellschaft an einer GbR**, der wiederum das Grundstück gehört. Die Fragestellung, ob in diesem Fall eine Verfügungsbeschränkung in Gestalt eines Sperrvermerks (§ 72 VAG) im Grundbuch eingetragen werden kann, ist – soweit ersichtlich – noch nicht Gegenstand einer Gerichtsentscheidung oder einer Äußerung in der Literatur geworden. Für die Eintragungsfähigkeit bzw. Eintragungspflichtigkeit einer entsprechenden Verfügungsbeschränkung nach § 72 VAG ist die allgemein geführte Diskussion von Interesse, ob Beschränkungen, die sich nicht auf die Verfügungsbefugnis der Grundbesitzenden GbR selbst, sondern lediglich auf die **Verfügungsbefugnis eines ihrer Gesellschafter beziehen**, im Grundbuch eingetragen werden können. Streitig diskutiert wird in diesem Zusammenhang seit jeher u. a. die Eintragungsfähigkeit von rechtsgeschäftlichen Verpfändungen eines GbR-Anteils, von Nießbrauchsrechten an GbR-Anteilen sowie von vollstreckungsrechtlichen Pfändungen.

a) Verpfändung eines Miterbenanteils bzw. Nießbrauchsbestellung daran

Bei einem **Miterbenanteil** sind die durch Verpfändung oder Pfändung sowie durch eine Nießbrauchsbestellung bewirkten **Verfügungsbeschränkungen im Grundbuch eintragungsfähig** (RGZ 90, 232, 235 f.; KG HRR 1934 Nr. 1055; KGJ 33, A 226, A 229 ff.; OLG Braunschweig

JFG 4, 294; Demharter, GBO, 27. Aufl. 2010, Anh. zu § 13 Rn. 33; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rn. 1366 f.; 1659 ff.; Meikel/Böttcher, GBO, 10. Aufl. 2009, § 10 GBV Rn. 34; MünchKomm/Gergen, BGB, 5. Aufl. 2009, § 2033 Rn. 33; differenzierend Lindemeier, DNotZ 1999, 876, 912). Begründet wird dies mit einer entsprechenden Anwendung von §§ 1258 Abs. 1, 1273 Abs. 2 BGB bzw. § 1276 BGB (bei der Verpfändung) bzw. einer entsprechenden Anwendung von §§ 1068 Abs. 2, 1066 BGB bzw. § 1071 BGB (beim Nießbrauch). Danach kann ein Miterbe, der an seinem Erbanteil ein Pfand- bzw. Niebrauchsrecht bestellt hat, nicht ohne Zustimmung des Pfand- bzw. Nießbrauchsberechtigten über Nachlassgegenstände gemeinsam mit den anderen Miterben verfügen (im Überblick: MünchKomm/Damrau, BGB, 5. Aufl. 2009, § 1274 Rn. 42 m. w. N.; vgl. auch Lindemeier, DNotZ 1999, 876, 879 ff. m. w. N., der sich selbst kritisch äußert).

Fehlt die Zustimmung des Pfand- bzw. Nießbrauchsberechtigten, ist die Verfügung der Miterben über den Nachlassgegenstand dem Berechtigten gegenüber (relativ) unwirksam, vorausgesetzt dem jeweiligen Berechtigten stehen nach der Ausgestaltung des eingeräumten Rechts **entsprechende Mitwirkungs- bzw. Mitverwaltungsrechte** zu. Der Zweck der Eintragung der Verpfändung bzw. des Erbteilsnießbrauchs im Grundbuch ist darin zu sehen, dass ein gutgläubiger Erwerb Dritter gemäß § 892 Abs. 1 S. 2 BGB verhindert werden soll (vgl. MünchKomm/Damrau, BGB, § 1274 Rn. 43).

b) Eintragung von Verfügungsbeschränkungen bei der GbR

aa) Traditioneller Meinungsstand zur GbR-Mitgliedschaft

Entsprechend der Rechtslage beim Miterbenanteil wird traditionell auch zur GbR vertreten, dass die rechtsgeschäftliche **Verpfändung eines Gesellschaftsanteils im Grundbuch eintragungsfähig** sei. Die Verpfändung des GbR-Anteils bewirke eine Verfügungsbeschränkung zugunsten des Pfandgläubigers, sodass der verpfändende Gesellschafter (und die übrigen Gesellschafter) nur mehr mit Zustimmung des Pfandgläubigers über das Grundstück verfügen könnten (OLG Düsseldorf = NJW-RR 2004, 1111 = RNotZ 2004, 230 = Rpfleger 2004, 417; LG Hamburg Rpfleger 1982, 142; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rn. 1671; Demharter, GBO, Anh. zu § 13 Rn. 33). Parallel dazu wurde in der Vergangenheit die Eintragungsfähigkeit der **Nießbrauchsbestellung an einem GbR-Anteil** bejaht (OLG Hamm OLGZ 1977, 283 = DNotZ 1977, 376 = Rpfleger 1977, 136; Meikel/Böttcher, GBO, § 10 GBV Rn. 34).

Unstrittig war die Eintragungsfähigkeit von Verpfändungen und Nießbrauchsbestellungen an einem GbR-Anteil im Grundbuch aber nicht. Vielmehr gingen andere Stimmen in der Literatur von der **fehlenden Eintragungsfähigkeit der Verpfändung bzw. des Nießbrauchs** an einem GbR-Anteil im Grundbuch aus (Rupp/Fleischmann, Rpfleger 1984, 223 ff.; Eickmann, Rpfleger 1985, 85, 92; Keller, Rpfleger 2000, 201, 205; differenzierend Lindemeier, DNotZ 1999, 876, 910 ff.). Ähnlich umstritten ist die Eintragungsfähigkeit der vollstreckungsrechtlichen Pfändung der Mitgliedschaft eines GbR-Gesellschafters im Grundbuch (gegen die Eintragungsfähigkeit: OLG Düsseldorf RNotZ 2004, 230; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rn. 1674 Fn. 11 m. w. N. auch zur Gegenansicht).

Daneben werden traditionell auch im Zusammenhang von § 161 Abs. 1 und 3 i. V. m. § 892 Abs. 1 S. 2 BGB Verfügungsbeschränkungen an einem GbR-Anteil für im Grundbuch eintragungsfähig gehalten. So bejahte das LG Zwickau etwa in einem Beschluss vom 28.2.2002 die Eintragungsfähigkeit einer **aufschiebend bedingten Rückabtretung eines GbR-Anteils** im Grundbuch, um einen potenziellen Gutgläubenserwerb gem. § 892 Abs. 1 S. 2 BGB zu verhindern (LG Zwickau DNotZ 2003, 131, 132 f. m. zust. Anm. Demharter; vgl. Reymann, ZfIR 2009, 81, 85). Teilweise wurde in der Rechtsprechung auch ein Insolvenzvermerk für eintragungsfähig gehalten, wenn über das Vermögen eines Gesamthänders das Insolvenzverfahren eröffnet worden war (so etwa LG Dessau, ZInsO 2001, 626; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rn. 1635a; dezidiert a. A. allerdings OLG Rostock, NJW-RR 2004, 260, 261; bei Testamentsvollstreckervermerken stellt sich dagegen bereits das Problem, ob und inwiefern die Mitgliedschaft an einer GbR einer angeordneten Verwaltungsvollstreckung unterliegt: hierzu im Überblick Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rn. 3437).

bb) Rechts- und Grundbuchfähigkeit der GbR (ERVGBG)

Welchen Einfluss die Anerkennung der **Rechtsfähigkeit der GbR** durch den II. Zivilsenat (BGHZ 146, 341 = DNotZ 2001, 234) und der **Grundbuchfähigkeit** durch den V. Zivilsenat des BGH (DNotZ 2009, 115 = NJW 2009, 594) auf den vorstehenden Meinungsstand hat, wird unterschiedlich beurteilt. Teilweise wurde die Ansicht vertreten, dass seit der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR die vorgenannten Verfügungsbeschränkungen schon deshalb nicht mehr eintragungsfähig seien, weil nicht die einzelnen Gesellschafter, sondern die Gesellschaft als das im Grundbuch eingetragene einheitliche Rechtssubjekt anzusehen ist, und zwar auch dann, wenn die Grundbucheintragung (nach herkömmlicher Eintragungsmethode) die Gesellschafter benenne (Meikel/Böttcher, GBO, § 10 GBV Rn. 34). Bezüglich des Anteils eines Gesellschafters seien Insolvenzvermerke, Verpfändungs- oder Pfändungsvermerke, Nacherben- oder Testamentsvollstreckervermerke, Nießbrauchsrechte oder Verfügungsbeschränkungen aus bedingten Anteilsabtretungen bereits **deswegen nicht (mehr) eintragungsfähig**, weil das Grundstückseigentum nicht mehr den Gesellschaftern, sondern der GbR zustehe (Bestelmeyer, Rpfleger 2010, 169, 188).

Diese Ansicht vernachlässigt allerdings, dass mit Wirkung zum 18.8.2009 durch das ERVGBG **neue grundbuchrechtliche Regelungen zur GbR** in Kraft getreten sind („Gesetz zur Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs und der elektronischen Akte im Grundbuchverfahren sowie zur Änderung weiterer grundbuch-, register- und kostenrechtlicher Vorschriften (ERVGBG)“ – BGBl. 2009 I, 2713 ff.). Grundbuchverfahrensrechtlich sieht § 47 Abs. 2 GBO seitdem vor, dass neben der GbR auch deren Gesellschafter in das Grundbuch einzutragen sind, wenn ein Recht zugunsten der GbR bestellt wird. Des Weiteren wurde in das BGB ein neuer § 899a eingefügt, wonach in Ansehung eines eingetragenen Rechts zugunsten einer GbR vermutet wird, dass diejenigen Personen Gesellschafter sind, die nach § 47 Abs. 2 S. 1 GBO im Grundbuch eingetragen sind, und dass darüber hinaus keine weiteren Gesellschafter vorhanden sind (§ 899a S. 1 BGB). Nach § 899a S. 2 BGB gelten die §§ 892 bis 899 BGB bezüglich der Eintragung der Gesellschafter entsprechend (BT-Drucks. 16/13437, S. 26).

Insbesondere die Gutgläubensvorschrift des § 899a BGB ist bei Verfügungsbeschränkung von Bedeutung, weil die Verhinderung des gutgläubigen Erwerbs Dritter maßgebliches Leitmotiv bei der Beurteilung ihrer Eintragungsfähigkeit ist (vgl. § 892 Abs. 1 S. 2 BGB).

(1) Teilweise wird seit dem Inkrafttreten des § 899a BGB auf den Meinungsstand vor Anerkennung der Rechts- und Grundbuchfähigkeit der GbR zurückgegriffen, weil der Gesetzgeber durch § 899a BGB bzw. § 47 Abs. 2 S. 2 GBO in gewisser Weise den *status quo ante bezüglich der Eintragungsfähigkeit von Verfügungsbeschränkungen* hergestellt habe (so Demharter, GBO, Anh. zu § 13 Rn. 33). In der Tat könnte man auf den ersten Blick annehmen, dass Verfügungsbeschränkungen, die vor Anerkennung der Rechts- und Grundbuchfähigkeit der GbR bereits eintragungsfähig waren, infolge der neuen grundbuchrechtlichen Regelungen (wieder) eintragungsfähig sind. Dementsprechend wird vertreten, dass nicht nur die bedingte Anteilsverfügung, sondern ebenfalls der Anteilsnießbrauch sowie die Anteilsverpfändung bzw. ein diesbezügliches Pfandrecht im Grundbuch eingetragen werden können; auch die Eintragung eines Insolvenzvermerks soll bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines bestimmten Gesellschafters bei einem Grundstück der Gesellschaft (wieder) eintragungsfähig sein (Demharter, GBO, Anh. zu § 13 Rn. 33; für die Eintragungsfähigkeit der Verfügungsbeschränkung infolge aufschiebend bedingter Rückabtretung eines GbR-Anteils: Böttcher, ZfIR 2009, 613, 621 f.).

(2) Vielfach wird diesem Ansatz aber entgegen getreten: Es könne nicht die Rede davon sein, dass gesellschafterrelevante Verfügungsbeschränkungen seit Inkrafttreten des ERVGB wieder in gleicher Weise eintragungsfähig (oder auch nicht eintragungsfähig) seien wie dies vor der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR der Fall gewesen sei. Vielmehr müsse in Bezug auf das jeweilige Recht geprüft werden, ob es **die Verfügungsbefugnis des Gesellschafters konkret beeinträchtigt**, als Vertreter für die GbR nach außen zu handeln (Bestmeyer, Rpfleger 2010, 169, 188 f.; Frank, MittBayNot 2010, 96, 97; Heinze, RNotZ 2010, 289, 306). Hieraus wird abgeleitet, dass nur die **Grundbucheintragung eines Insolvenzvermerks** im Falle der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Gesellschafters in Betracht komme, weil ab Auflösung der Gesellschaft infolge Eröffnung des Insolvenzverfahrens (§ 728 Abs. 2 S. 1 BGB) die Gesellschafterrechte nicht mehr von dem betreffenden Gesellschafter, sondern von dem Insolvenzverwalter wahrgenommen werden (Heinze, RNotZ 2010, 289, 306). Die Verlautbarung **rechtsgeschäftlich begründeter Verfügungsbeschränkungen** und/oder Belastungen scheidet dagegen aus, sofern sie sich lediglich auf die Mitgliedschaft eines der betreffenden Gesellschafter beziehen (Lautner, DNotZ 2009, 650, 670; Bestmeyer, Rpfleger 2010, 169, 188 f.; die Eintragung eines Widerspruchs insofern in Betracht ziehend: Heinze, RNotZ 2010, 289, 307).

3. Sonderfall der §§ 70 bis 72 VAG

Im Hinblick auf die Verfügungsbeschränkung nach § 72 VAG äußert sich die BaFin in Ziff. 2.6.4.2. des geltenden Rundschreibens 13/2005 (Gz.: VA 14 – O 1000 – 2005/141) zwar nur zu der Konstellation, dass GmbH-Geschäftsanteile, Kommanditanteile, Beteiligungen als stiller Gesellschafter sowie unverbrieftes Genussrechte zum Sicherungsvermögen gemäß §§ 66 ff. VAG zählen; in diesem Fall ist **in den Gesellschafts- bzw. Genussrechtsvertrag**

ein Sperrvermerk aufzunehmen um zu verhindern, dass über den betreffenden Geschäftsanteil ohne Zustimmung des Treuhänders verfügt wird (so bereits Punkt 4.2 der mittlerweile aufgehobenen Richtlinien R 1/87; vgl. Lipowsky, in: Prölss, VAG, § 72 Rn. 8). Nichts anderes dürfte aber für Grundstücke gelten, die einer Grundbesitzgesellschaft (GbR) gehören. Denn könnte eine GbR, deren Anteile dem Sicherungsvermögen zugeführt wurden und deren maßgebliches Gesamthandsvermögen aus Grundbesitz besteht, unter Mitwirkung aller Gesellschafter und ohne Zustimmung des Treuhänders über den Grundbesitz verfügen, so könnte der **Treuhänder seine Aufgabe**, auch unterjährig „darüber zu wachen, dass das jeweilige Sicherungsvermögen-Soll gem. § 66 Abs. 1, 1a VAG auch ... mit Anlagewerten bedeckt ist, die sämtliche Anforderungen an das Sicherungsvermögen erfüllen“, **nur unzureichend erfüllen** (vgl. Ziff. 2.2. des Rundschreibens 13/2005). Vor diesem Hintergrund ist es u. E. nicht ausgeschlossen, dass § 72 Abs. 1 VAG nicht nur den GbR-Anteil als solchen erfasst, sondern auch Verfügungen des GbR-Gesellschafters (in Gemeinschaft mit seinen Mitgesellschaftern) über das Grundstück.

Unter der Prämisse, dass sich § 72 Abs. 1 VAG auf im GbR-Gesamthandsvermögen befindliche Grundstücke erstreckt und Verfügungsbeschränkungen in der Person eines Gesellschafters auch nach Inkrafttreten des ERVGBG (wieder) eintragungsfähig sind, ist wohl ebenso die Eintragung eines Treuhändervermerks nach §§ 70 bis 72 VAG im Hinblick auf einen Gesellschafter einer GbR im Grundbuch als zulässig zu erachten. Entsprechend der Eintragung einer Verpfändung an einem GbR-Anteil (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rn. 1671) hätte die **Eintragung nicht am gesamten Grundstück** zu erfolgen, da nur der einzelne Gesellschafter (d. h. hier die Versicherung) an der freien Mitwirkung an einer Verfügung gehindert ist. Die Eintragung würde sich **im Wege der Grundbuchberichtigung** vollziehen, sodass entweder der Unrichtigkeitsnachweis oder eine Berichtigungsbewilligung in der Form des § 29 GBO zu erbringen wäre. Entsprechend der Rechtslage bei der Verpfändung eines GbR-Anteils müsste eine Berichtigungsbewilligung – damit die Eintragung erfolgen könnte – wohl nicht nur von der Versicherung, sondern auch von allen anderen GbR-Gesellschaftern abgegeben werden (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rn. 1672). Denn auch die anderen Gesellschafter wären rechtlich i. S. d. § 19 GBO betroffen, weil sie aufgrund der Eintragung des Vermerks eine Verfügung über das Grundstück nur noch mit der Zustimmung des Treuhänders vornehmen könnten.

Die Anerkennung der **Rechtsfähigkeit der GbR** steht dem vorstehend weiten Verständnis von § 72 Abs. 1 VAG nicht notwendig entgegen. Gehört nur der Gesellschaftsanteil zum Sicherungsvermögen, deutet eine formale Betrachtung zwar unzweifelhaft darauf hin, dass nur die Verfügung über die Mitgliedschaft von § 72 Abs. 1 VAG erfasst wird. Wäre trotzdem ein Sperrvermerk eingetragen, wäre das Grundbuch unrichtig und das Grundbuchamt würde ggf. zu Unrecht die Mitwirkung des Treuhänders verlangen. Dieser Ansatz entspricht aber nicht dem **Sinn und Zweck des § 72 Abs. 1 VAG** (Sicherung des Deckungsstocks). Dieser legt es vielmehr nahe, dass auch der Grundbesitz der GbR, welcher für den Wert der Mitgliedschaft maßgeblich ist, von dem Anwendungsbereich der Norm erfasst sein kann. Folgt man diesem Ansatz, hätten die (übrigen) Gesellschafter und das Versicherungsunternehmen z. B. keine Verfügungsmacht, den Grundbesitz der GbR zu veräußern, sondern wären hierzu auf die Mitwirkung des

Treuhänders auf der Seite des Versicherungsunternehmens angewiesen. Wäre bei diesem weiten Verständnis von § 72 Abs. 1 VAG kein Sperrvermerk im Grundbuch eingetragen, könnte der Erwerber trotz unterbliebener Mitwirkung des Treuhänders gutgläubig den Grundbesitz erwerben (§ 72 Abs. 1 VAG, § 135 Abs. 2 BGB).

4. Ergebnis

Im Ergebnis tendieren wir – trotz fehlender Rechtsprechung und Literatur – dazu, dass der Sperrvermerk gem. §§ 70 bis 72 VAG beim jeweiligen GbR-Gesellschafter, dem betreffenden Versicherungsunternehmen, im Grundbuch im Wege der Grundbuchberichtigung einzutragen ist. Grundbuchverfahrensrechtlich ist hierzu ein entsprechender Antrag (§§ 13, 30 GBO) sowie der Nachweis der Unrichtigkeit oder eine entsprechende Berichtigungsbewilligung (§ 22 GBO) in der Form des § 29 GBO erforderlich. Während der Nachweis der Unrichtigkeit beispielweise durch Vorlage einer Bescheinigung der Aufsichtsbehörde geführt werden könnte, dass der GbR-Anteil an der betreffenden grundbesitzenden GbR zum Deckungsstock des Versicherungsunternehmens zählt (Form des § 29 GBO), müsste die Berichtigungsbewilligung nicht nur durch das betreffende Versicherungsunternehmen selbst, sondern auch durch alle weiteren GbR-Gesellschafter in der Form des § 29 GBO abgegeben werden.

Gutachten im Abruf-Dienst

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

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

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

BGB §§ 1942, 2100, 2142; InsO §§ 35, 83, 295
Übertragung eines Nacherbenanwaltschaftsrechts in der Wohlverhaltensphase
Gutachten-Abruf-Nr.: 101345

BGB §§ 2289, 2290
Umfang der Bindungswirkung eines Erbvertrages; Aufhebung; Beteiligung der Vertragsparteien
Gutachten-Abruf-Nr.: 100794

EGBGB Art. 14 ff.
Philippinen: Abschluss eines Ehevertrags mit einer philippinischen Ehefrau
Gutachten-Abruf-Nr.: 98246

EGBGB Art. 25, 26; österr. IPRG § 28 Abs. 1, §§ 9, 30
Österreich: Vermächtnis einer Eigentumswohnung; anwendbares Recht
Gutachten-Abruf-Nr.: 98733

AktG §§ 121, 123
Fristgerechte Hinterlegung von Inhaberaktien als Voraussetzung der Teilnahme an Hauptversammlung einer nicht börsennotierten AG; Übergangsregelungen zu UMAG und ARUG
Gutachten-Abruf-Nr.: 100066

Rechtsprechung

BGB §§ 307, 648
Formulärmäßige Bürgschaft zur Absicherung aller vertraglichen Zahlungsverpflichtungen nicht unwirksam

Die Klausel in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Einfamilienfertighausanbieters in Verträgen mit privaten Bauherren

„Der Bauherr ist verpflichtet, spätestens acht Wochen vor dem vorgesehenen Baubeginn dem Unternehmen eine unbefristete, selbstschuldnerische Bürgschaft eines in Deutschland zugelassenen Kreditinstituts in Höhe der nach dem vorliegenden Vertrag geschuldeten Gesamtvergütung (unter Berücksichtigung von aus Sonderwünschen resultierenden Mehr- oder Minderkosten) zur Absicherung aller sich aus dem vorliegenden Vertrag ergebenden Zahlungsverpflichtungen des Bauherrn vorzulegen.“

ist nicht gemäß § 307 BGB unwirksam.

BGH, Urt. v. 27.5.2010 – VII ZR 165/09
Abruf-Nr.: 10933

Problem

Der Beklagte errichtet Einfamilienhäuser. In seinen AGB, die er gegenüber Privatkunden verwendet, werden diese u. a. verpflichtet, spätestens acht Wochen vor dem vorgesehenen Baubeginn eine unbefristete, selbstschuldnerische Bürgschaft eines in Deutschland zugelassenen Kreditinstitutes in Höhe der nach dem Vertrag von ihnen geschuldeten Gesamtvergütung zur Absicherung aller sich aus dem Vertrag ergebenden Zahlungsverpflichtungen beizubringen. Zuvor ist der Beklagte nicht zur Leistungserbringung verpflichtet. Ferner steht ihm ein Kündigungsrecht für den Fall zu, dass eine Bürgschaft nach erfolglos gesetzter Frist nicht beigebracht wird.

Der klagende Verband sieht in der Verpflichtung zur Beibringung einer Bürgschaft einen Verstoß gegen § 307 BGB, da sie Verbraucher als Vertragspartner unangemessen benachteilige. Der Beklagte übernehme nicht die Provision für die zu leistende Bankbürgschaft und halte sich zusätzlich zu der Bürgschaft die Möglichkeit einer Bauhandwerksicherungshypothek offen, obwohl diese Rechte nach § 648a Abs. 4 BGB nur alternativ geltend gemacht werden könnten. Der Beklagte erhalte so eine über die gesetzliche Regelung hinausgehende Sicherheit, die auch das Verbraucherprivileg aus § 648a Abs. 6 BGB übergehe.

Entscheidung

Der BGH folgt dieser Argumentation nicht und bestätigt das klageabweisende Urteil der Berufungsinstanz (OLG Celle v. 19.8.2009 – 13 U 48/09, BauR 2010, 91). Die streitgegenständliche Klausel sei nicht nach §§ 307 ff. BGB unwirksam. Insbesondere liege keine unangemessen Benachteiligung i. S. d. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB vor.

Diese sei nicht gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB **indiziert**. Die Verpflichtung zur Vorlage einer Bürgschaft zur Absicherung aller sich aus dem Vertrag ergebenden Zahlungsverpflichtungen des Bauherrn stelle **keine Abweichung von der gesetzlichen Regelung**, insbesondere nicht von § 648a BGB dar. Denn die nach § 648a Abs. 7 BGB zwingenden Regeln des § 648a Abs. 1-5 BGB seien auf **vertrag-**

liche Sicherungsabreden von vornherein **nicht anwendbar**; daher komme ihnen auch **keine Leitbildfunktion** zu für die Frage, welche Sicherheiten der Werkunternehmer sich beim Abschluss eines Bauvertrages einräumen lassen dürfe. Vielmehr betreffe § 648a BGB schon nach seinem Wortlaut ausschließlich ein Sicherungsverlangen des Unternehmers **nach Vertragsschluss**, nicht eine im Bauvertrag vereinbarte Sicherungsabrede. Dies gelte sowohl für die bis zum 31.12.2008 als auch für die seit dem 1.1.2009 gültige Fassung des § 648a BGB.

Schließlich liege auch keine Abweichung von § 648a Abs. 6 Nr. 2 BGB vor. Die Norm, die Verträge mit natürlichen Personen über Bauarbeiten u.a. zur Herstellung eines Einfamilienhauses von der Anwendung der § 648a Abs. 1-5 BGB ausnimmt, impliziert **nicht** die gesetzliche Entscheidung im Sinne eines **Leitbildes**, dass in den dort genannten Fällen dem Unternehmer mit Ausnahme der Sicherungshypothek nach § 648 BGB **keinerlei Sicherheit** zukommen solle. Der Gesetzgeber habe für diese Fälle lediglich kein derart starkes Sicherungsbedürfnis des Unternehmers gesehen, dass ihm die zwingende Sicherheit nach § 648a BGB eingeräumt werden müsse. Das Gesetz treffe insoweit aber **keine abschließende Regelung**.

Eine unangemessene Benachteiligung i. S. d. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB liege auch im Übrigen nicht vor. Eine solche unangemessene Benachteiligung sei dann anzunehmen, wenn der Verwender von AGB durch **einseitige Vertragsgestaltung** missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten seines Vertragspartners durchzusetzen versuche, ohne von vornherein auch dessen Belange hinreichend zu berücksichtigen. Bei der Beurteilung seien die **Interessen** aller Parteien **umfassend zu würdigen**, eine Unangemessenheit sei zu verneinen, wenn die Benachteiligung des Vertragspartners durch **zumindest gleichwertige Interessen** des AGB-Verwenders gerechtfertigt sei.

Eine relevante Benachteiligung des Vertragspartners durch die Verpflichtung zur Stellung einer Bürgschaft liege darin, dass dieser mit den **Kosten der Bürgschaft** belastet werde. Hingegen sei unerheblich, dass er daneben gegebenenfalls dem Verlangen der Beklagten auf Einräumung einer Sicherungshypothek an dem in seinem Eigentum stehenden Baugrundstück gemäß § 648 BGB ausgesetzt sei, da dieser Anspruch auch ohne die fragliche Verpflichtung gegeben sei.

Der Benachteiligung des Vertragspartners stehe das berechtigte Interesse des Beklagten auf Einräumung einer über § 648 BGB hinausgehenden Sicherheit gegenüber, welches sich aus der **Vorleistungspflicht des Werkunternehmers** ergebe und nicht mit der Erwägung verneint werden könne, dass der Besteller eines Einfamilienhauses für die Verbindlichkeiten regelmäßig lebenslang hafte und Einfamilienhausbauten in der Regel solide finanziert seien. Denn auch Privatpersonen stehe die Möglichkeit der Verbraucherinsolvenz offen. Ferner habe der Werkunternehmer ein Interesse an einer möglichst **zeitnahen** Realisierung seiner Forderungen. Das gesetzliche **Sicherungsinstrument des § 648 BGB** sei hierfür nur **unzureichend** geeignet, da Baugrundstücke regelmäßig bereits bei Baubeginn bis an die Grenze der Beleihungsfähigkeit belastet seien. Die Abwägung dieser gegenläufigen Interessen ergebe, dass die Interessen des Bauunternehmers mindestens gleichwertig seien, da die Kostenbelastung des Bestellers im Rahmen der üblichen Finanzierungskosten kaum ins Gewicht fielen, während die abzusichernden Risiken für den Werkunternehmer nicht unwesentlich seien.

EGGmbHG § 3 Abs. 4; GmbHG §§ 19 Abs. 4, 30, 31, 56

Rückwirkende Anwendung der Regeln über verdeckte (gemischte) Sacheinlage; gleichzeitige Anwendung der Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsgrundsätze; Modalitäten der Anrechnung bei verdeckter Sacheinlage

1. Die in § 3 Abs. 4 EGGmbHG angeordnete rückwirkende Anwendung von § 19 Abs. 4 GmbHG i. d. F. des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23.10.2008 (BGBl I, 2026) begegnet keinen durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken.

2. Die Anrechnung des Wertes der verdeckt eingelegten Sache auf die fortbestehende Bareinlageverpflichtung nach § 19 Abs. 4 Satz 3 GmbHG darf im Fall der verdeckten gemischten Sacheinlage nicht zu Lasten des übrigen Gesellschaftsvermögens gehen. Daher ist vor einer Anrechnung von dem tatsächlichen Wert der eingelegten Sache der Betrag abzuziehen, der von der Gesellschaft aus dem Gesellschaftsermögen über den Nominalbetrag der Bareinlage hinaus als Gegenleistung (hier: Kaufpreis für Lizenzen) aufgewendet worden ist.

3. Bestand oder entsteht im Zeitpunkt einer verdeckten gemischten Sachkapitalerhöhung eine Unterbilanz oder war die Gesellschaft sogar bilanziell überschuldet, können auf den Teil der Gegenleistung der Gesellschaft, der den Nominalbetrag der Bareinlage übersteigt, §§ 30, 31 GmbHG Anwendung finden.

BGH, Urt. v. 22.3.2010 – II ZR 12/08 (AdCoCom)
Abruf-Nr.: **10934**

Problem

Die verklagte frühere Alleingesellschafterin veräußerte im März 2003 ihren Geschäftsanteil an die Geschäftsleitung der AdCoCom-GmbH. Im Rahmen eines von der finanzierenden Bank entwickelten **Sanierungs- und Restrukturierungskonzeptes** musste der Alleingesellschafter zuvor im Februar 2003 u. a. eine Barkapitalerhöhung i. H. v. über 700.000 € beschließen, sofort voll einzahlen und darüber hinaus noch 3,0 Mio. € in die Rücklage leisten. Im Februar 2003 wurde auf der Basis eines Wertgutachtens von der Alleingesellschafterin für 3,99 Mio. € Lizenzen an die AdCoCom-GmbH veräußert. Der Insolvenzverwalter nimmt den früheren Alleingesellschafter unter dem Gesichtspunkt der **verdeckten Sacheinlage**, der verbotenen Auszahlung nach **§§ 30, 31 GmbHG** und hilfsweise aus dem Gesichtspunkt der **Insolvenzanfechtung** insgesamt i. H. v. über 3,7 Mio. € in Anspruch. Die Klage war in den Vorinstanzen erfolglos.

Entscheidung

Die Revision führte zur Aufhebung und zur Rückverweisung. Der BGH hat ein Vorhaben des Alleingeschafters bejaht, durch die zeitnah zur Barkapitalerhöhung erfolgte entgeltliche Veräußerung der Lizenzen an die AdCoCom-GmbH wirtschaftlich betrachtet nur einen Sachwert in die Gesellschaft einzulegen. Da der für den verdeckt eingelegten Sacheinlagegegenstand vereinbarte Preis den Betrag der Einlagenverpflichtung überstieg, nahm der BGH eine **sog. verdeckte gemischte Sacheinlage** an.

Wegen der Übergangsregelung in § 3 Abs. 4 EGGmbHG ist nach Ansicht des BGH auf diesen Vorgang schon der neue, durch das MoMiG eingeführte § 19 Abs. 4 GmbHG

anwendbar. Die diesbezüglich geäußerten **verfassungsrechtlichen Bedenken** teilt der BGH nicht. Denn § 3 Abs. 4 GmbHG entspräche dem Gebot eines gerechten Interessenausgleichs und damit dem Kriterium einer zulässigen Inhalts- und Schrankenbestimmung. Auch führe § 3 Abs. 4 GmbHG zu einer verfassungsrechtlich grundsätzlich zulässigen (**nur**) **unechten Rückwirkung** bzw. tatbestandlichen Rückanknüpfung.

Die **Rechtsfolgen der verdeckten Sacheinlage** können nach Ansicht des BGH aber nur i. H. d. baren Einlageverpflichtung von hier gut 700.000 € eingreifen. In Bezug auf den darüber hinaus geleisteten Kaufpreis i. H. v. ca. 3,2 Mio. € hält der BGH hingegen eine **verbotene Auszahlung i. S. d. §§ 30, 31 GmbHG** für möglich. Bei unterstellter Wertlosigkeit der Lizenzen führte die Kaufpreiszahlung an den Alleingesellschafter nicht nur zur Unterbilanz, sondern sogar zur Überschuldung, was den Tatbestand des § 30 GmbHG erst recht erfülle. Maßgeblich sei auch insoweit § 30 GmbHG n. F.

Zur konkreten Sachaufklärung verweist der BGH an das Berufungsgericht zurück. Zur eventuell möglichen **Anrechnung des Wertes der Lizenzen** auf die bare Einlageschuld nach § 19 Abs. 4 GmbHG gab der BGH dem Berufungsgericht vor, dass **vor einer Anrechnung** von dem ermittelten tatsächlichen Wert der Lizenzen der **Betrag abzuziehen** sei, **der** von der Gesellschaft **über den Nominalwert der Bareinlage hinaus als Kaufpreis** für die Lizenzen **errichtet wurde**, hier also der Betrag von über 3,2 Mio. €. Eine Anrechnung auf die Bareinlageforderung finde also erst dann statt, wenn und soweit die Lizenzen einen höheren Wert haben, als den die Bareinlageforderung übersteigenden Kaufpreisanteil. Bei der Prüfung von **Ansprüchen des Klägers nach §§ 30, 31**

GmbHG müsse das Berufungsgericht beachten, dass als verbotene Auszahlung lediglich der den Nominalwert der Kapitalerhöhung übersteigende Teil des Kaufpreises für die Lizenzen in Betracht komme. Der von den Beklagten im Vorgriff auf die verdeckte Sachkapitalerhöhung an die Schuldnerin geleistete Betrag von gut 700.000 € habe insoweit außer Betracht zu bleiben, da **ansonsten der Inferent die Einlageforderung im Ergebnis zweimal leisten müsse**. Wenn sich ein Wert der Lizenzen von weniger als dem relevanten Kaufpreisanteil von ca. 3,2 Mio. € ergebe, könne im Rahmen der gebotenen bilanziellen Betrachtungsweise auch im Umfang der **nur teilweisen Wertäquivalenz** der ermittelte tatsächliche Wert der Lizenzen von dem Betrag von 3,2 Mio. € abzuziehen sein, um die schädliche Auszahlung i. S. v. § 30 Abs. 1 GmbHG zu errechnen. In jedem Fall könne der Kläger nach §§ 30, 31 GmbHG nicht mehr verlangen, als die **Beseitigung der bilanziellen Überschuldung** zzgl. eines dem verlautbarten Stammkapital nach dem Stand vor der Kapitalerhöhung entsprechenden Betrages.

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

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

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

Hinweis:

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

Verantwortlicher Schriftleiter:

Notar a. D. 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