

DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

20. Jahrgang
Oktober 2012
ISSN 1434-3460

20/2012

*Mit Beilage BNotK-Intern Spezial
28. Deutscher Notartag*

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 2271, 2272, 2268 – Widerruf eines gemeinschaftlichen Testaments; gemeinschaftliche Rücknahme

GmbHG §§ 34, 40 – Ausschließung eines Gesellschafters durch Ausschlussklage; Gesellschafterrechte zwischen Abschluss und Verwertung des Geschäftsanteils; Verwertungs-befugnis der Gesellschaft; Verfügungsermächtigung; Abtretungsverpflichtung; Zwangsabtretung; Einreichung der Gesellschafterliste bei Ausschluss/Einziehung; Nachweise über Abfindungszahlung aus ungebundenem Vermögen

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

ZPO § 794 Abs. 1 Nr. 5 – Anforderungen des Konkretisierungsgebots gem. § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO

GBO § 29; ZPO § 440 Abs. 2; BeurkG § 40; BGB § 129 – Nachträgliche Textveränderungen bei bloßer Unterschriftsbeglaubigung; formbedürftiger Berechtigungsnachweis; Vermutungswirkung des § 440 Abs. 2 ZPO

Literaturhinweise

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 2271, 2272, 2268

Widerruf eines gemeinschaftlichen Testaments; gemeinschaftliche Rücknahme

I. Sachverhalt

Die Eheleute K haben ein gemeinschaftliches notarielles Testament errichtet. Ihre Ehe ist inzwischen rechtskräftig geschieden worden. Frau K möchte nunmehr Rechtsklarheit schaffen und das gemeinschaftliche Testament aus der Hinterlegung beim Nachlassgericht nehmen. Die geschiedenen Eheleute sind allerdings sehr zerstritten. Auf den Vorschlag einer gemeinschaftlichen Rücknahme reagiert Herr K nicht. Eine Herausgabe auf einseitiges Verlangen der Frau K lehnt das Amtsgericht ab und fordert, dass beide geschiedenen Eheleute erscheinen. Dies ist unter den gegebenen Umständen jedoch nicht denkbar.

II. Frage

Kann Frau K die Herausgabe des gemeinschaftlichen Testaments verlangen, wenn sie den Hinterlegungsschein und das mit einem Rechtskraftvermerk versehene Scheidungsurteil vorlegt?

III. Zur Rechtslage

1. Widerrufswirkung der Rücknahme nach § 2256 Abs. 1 S. 1 BGB

Nach § 2256 Abs. 1 S. 1 BGB gilt das vor einem Notar oder nach § 2249 BGB errichtete Testament als widerrufen, wenn die in amtliche Verwahrung genommene Urkunde dem Erblasser **zurückgegeben** wird. Diese **Widerrufswirkung** ist **endgültig** und kann auch nicht durch neuerliche besondere amtliche Verwahrung des zurückgegebenen öffentlichen Testaments beseitigt oder ihrerseits durch Testament widerrufen werden (Palandt/Weidlich, BGB, 71. Aufl. 2012, § 2256 Rn. 1).

Da die Rücknahme aus der besonderen amtlichen Verwahrung sowohl ein Rechtsgeschäft unter Lebenden als auch zugleich – aufgrund der Widerrufswirkung – eine Verfügung von Todes wegen darstellt, muss der Rücknehmende **testierfähig** sein (Palandt/Weidlich, § 2256 Rn. 4).

2. Grundsatz: Gemeinschaftliche Rücknahme durch Ehegatten

Nach § 2256 Abs. 2 S. 1 BGB kann der Erblasser die Rückgabe jederzeit verlangen. Abweichend hiervon bestimmt **§ 2272 BGB** für ein gemeinschaftliches Testament, dass dieses **nur von beiden Ehegatten** nach § 2256 BGB **zurückgenommen** werden kann. Die Vorschrift wird allgemein dahingehend verstanden, dass die Ehegatten zur Rücknahme **persönlich** (vgl. § 2256 Abs. 2 S. 2 BGB) **und gleichzeitig erscheinen** müssen. Auch eine Bevollmächtigung des

anderen Ehegatten zur Rücknahme soll nicht statthaft sein (RGRK-BGB/Johannsen, 12. Aufl. 1975, § 2272 Rn. 1; MünchKommBGB/Musielak, 5. Aufl. 2010, § 2272 Rn. 4).

§ 2272 BGB verhindert, dass ein Ehegatte ohne Wissen des anderen die Wirksamkeit des gemeinschaftlichen Testaments durch Rücknahme aus der amtlichen Verwahrung beseitigen kann. Die Norm dient damit dem **Schutz des Vertrauens der Testierenden auf den Bestand ihrer letztwilligen Verfügungen** (vgl. Palandt/Weidlich, § 2272 Rn. 1).

3. Ausnahme bei (möglicher) Unwirksamkeit des gemeinschaftlichen Testaments?

Vor diesem Hintergrund ließe sich ein einseitiges Rücknahmerecht dann erwägen, wenn der mit § 2272 BGB bezweckte Schutz des mit der Rücknahme nicht einverständenen Ehegatten nicht mehr geboten ist, etwa weil das gemeinschaftliche Testament infolge rechtskräftiger Scheidung der Ehe gem. §§ 2268 Abs. 1, 2077 Abs. 1 BGB unwirksam geworden ist und dieser Umstand zur Gewissheit der Hinterlegungsstelle feststeht.

Rechtsprechung und Kommentarliteratur lehnen eine solche **teleologisch restriktive Auslegung des § 2272 BGB** aber – soweit ersichtlich – einhellig **ab**. Im Anschluss an eine Entscheidung des KG v. 12.5.1915 (KGJ 48, 103 = RJA 14, 266) wird vielmehr vertreten, dass **§ 2272 BGB auch nach der Aufhebung oder Scheidung der Ehe gilt** (RGRK-BGB/Johannsen, § 2272 Rn. 1; Staudinger/Kanzleiter, BGB, Neubearb. 2006, § 2272 Rn. 4; Soergel/Wolf, BGB, 13. Aufl., Std.: Winter 2002/2003, § 2272 Rn. 2). Das KG begründete seine Auffassung u. a. damit, dass § 2272 BGB sich nicht nur auf den Fall der Rücknahme eines gemeinschaftlichen Testaments während Bestehens der Ehe beschränke, sondern allgemein die Frage der Rücknahme gemeinschaftlich errichteter Testamente regele, und zwar unabhängig davon, ob die Ehegatten zur Zeit der Rücknahme noch verheiratet seien oder das gemeinschaftliche Testament durch die Auflösung der Ehe (gem. § 2268 BGB) unwirksam geworden sei.

Außerdem ist zu beachten, dass die im gemeinschaftlichen Testament getroffenen Verfügungen der Ehegatten durch die Scheidung nur in der Regel, d. h. nicht zwingend unwirksam werden. Nach **§ 2268 Abs. 2 BGB** können diese **Verfügungen trotz der Scheidung** insoweit **wirksam geblieben** sein, als anzunehmen ist, dass sie auch für diesen Fall getroffen sein würden. Ein solcher Aufrechterhaltungswille kommt insbesondere bei einseitigen letztwilligen Verfügungen der Ehegatten in Betracht, u. U. aber gleichermaßen bei wechselseitigen (vgl. Gutachten DNotI-Report 1997, 184; Palandt/Weidlich, § 2268 Rn. 2). Dies gilt etwa dann, wenn bereits nach dem Erstverstorbenen die gemeinschaftlichen Kinder als Erben zu bestimmten Teilen eingesetzt wurden (BayObLGZ 1993, 240 = NJW-RR 1993, 1157; OLG Stuttgart OLGZ 1976, 17). Würde man nach Scheidung der Ehe den Ehegatten ein einseitiges Rücknahmerecht zugestehen, könnte der eine Ehegatte die gem. § 2268 Abs. 2 BGB wirksam gebliebenen einseitigen letztwilligen Verfügungen des anderen Ehegatten zu Fall bringen (KGJ 48, 103, 105; s. auch J. Mayer, in: Reimann/Bengel/J. Mayer, Testament und Erbvertrag, 5. Aufl. 2006, § 2272 BGB Rn. 5). Selbst wenn das gemeinschaftliche Testament keine solchen wirksam gebliebenen Verfügungen enthielte, müsste dies dem Nachlassrichter wohl nachgewiesen werden, was im Verfahren nach § 2272 BGB weder zulässig noch möglich erscheint (vgl. KGJ 48, 103, 105).

Somit ist festzuhalten, dass ein gemeinschaftliches Testament der Ehegatten, das sich in besonderer amtlicher Verwahrung befindet, nur gemeinsam an beide Ehegatten zurückgegeben werden kann. **Ausnahmen** von diesem Grundsatz sind **nicht anzuerkennen**. Ist ein persönliches und gemeinsames Erscheinen beider Ehegatten zur Rücknahme nicht möglich, etwa weil die Ehegatten sich nicht einigen können, „zu welcher Zeit und an welchem Ort das Testament zurückgenommen werden soll, so kann es nicht zurückgegeben werden“ (Staudinger/Kanzleiter, § 2272 Rn. 2).

4. Alternative: Einseitiger Widerruf durch Widerrufserklärung

Verweigert einer der Ehegatten die gemeinsame Rücknahme, kann der rücknahmewillige Ehegatte seine Verfügungen selbstverständlich in einer anderen gesetzlich zugelassenen Form (§§ 2254, 2255, 2258 BGB) widerrufen oder aufheben, soweit ihn nicht das wechselbezügliche Verhältnis seiner Verfügungen zu denen des anderen Ehegatten daran hindert (vgl. Staudinger/Kanzleiter, § 2272 Rn. 5). Sind sämtliche wechselbezüglichen Verfügungen infolge der Scheidung nach §§ 2268 Abs. 1, 2077 Abs. 1 BGB unwirksam geworden, besteht hierfür freilich kein Anlass.

Falls trotz der rechtskräftigen Scheidung auch **wechselbezügliche Verfügungen** der Ehegatten **wirksam geblieben** sind, bliebe vorliegend die **Möglichkeit**, diese (evtl. vorsorglich) **nach § 2271 Abs. 1 S. 1 BGB** durch notariell beurkundete Erklärung gegenüber dem anderen Ehegatten in der Form des § 2296 BGB **zu widerrufen**. Mit Zugang der notariell beurkundeten Widerrufserklärung beim anderen, nunmehr geschiedenen Ehegatten würden die wechselbezüglichen Verfügungen **mit Gewissheit unwirksam**. Der Widerruf lässt sich zudem auch auf die einseitigen Verfügungen erstrecken.

Auf diese Weise könnte die Ehefrau neu verfügen, ohne befürchten zu müssen, dass später Streit über den Fortbestand einzelner Verfügungen aus dem gemeinschaftlichen Testament der geschiedenen Ehegatten entsteht. Allerdings hätte auch der einseitige Widerruf der Ehefrau nicht zur Folge, dass ihr das gemeinschaftliche Testament auf ihr einseitiges Verlangen hin vom Nachlassgericht zurückgegeben werden dürfte.

5. Ergebnis

Ein gemeinschaftliches notarielles Testament kann gem. § 2272 i. V. m. § 2256 BGB nur von beiden Ehegatten gemeinsam (persönliches und gleichzeitiges Erscheinen) aus der besonderen amtlichen Verwahrung beim Nachlassgericht zurückgenommen werden. Dies gilt auch dann, wenn das Testament später – z. B. infolge rechtskräftiger Scheidung der Ehe – unwirksam wird.

Eine Rücknahme kommt also nicht in Betracht, wenn einer der Ehegatten die Mitwirkung verweigert. Um die Wirksamkeit wechselbezüglicher Verfügungen zuverlässig zu beseitigen, kann der eine Ehegatte diese dem anderen gegenüber durch notariell beurkundete Erklärung gem. §§ 2271 Abs. 1 S. 1, 2296 BGB widerrufen.

GmbHG §§ 34, 40

Ausschließung eines Gesellschafters durch Ausschlussklage; Gesellschafterrechte zwischen Ausschluss und Verwertung des Geschäftsanteils; Verwertungsbefugnis der Gesellschaft; Verfügungsermächtigung; Abtretungsverpflichtung; Zwangsabtretung; Einreichung der Gesellschafterliste bei Ausschluss/Einziehung; Nachweise über Abfindungszahlung aus ungebundenem Vermögen

I. Sachverhalt

Das Stammkapital der X-GmbH beträgt 200.000 DM und ist voll eingezahlt. Beteiligt sind die Gesellschafter X und Y mit Geschäftsanteilen im Nennwert von je 100.000 DM. Die X-GmbH (Klägerin) hat auf Betreiben des X ein inzwischen rechtskräftiges Ausschlussurteil gegen Y (Beklagter) erstritten. Der Tenor des Urteils lautet:

„Der Beklagte wird aus der Klägerin ausgeschlossen. Die Klägerin ist befugt, nach ihrer Wahl den Geschäftsanteil des Beklagten einzuziehen oder die Abtretung des Geschäftsanteils des Beklagten an sich, einen Mitgesellschafter oder einen Dritten herbeizuführen. Der Ausschluss des Beklagten sowie die Einziehung bzw. Abtretung von dessen Geschäftsanteil stehen unter der aufschiebenden Bedingung, dass die Klägerin innerhalb eines Zeitraums von drei Monaten ab Rechtskraft dieser Entscheidung an den Beklagten eine Abfindung in Höhe von 10.000,00 € zahlt.“

Da Y sich voraussichtlich nicht kooperativ verhalten wird, möchte X den Ausschluss des Y möglichst ohne dessen Beteiligung vollziehen. Soweit durchführbar, ist folgendes Vorgehen geplant:

- (1) Der Geschäftsanteil des Y wird eingezogen.
- (2) Das Stammkapital der Gesellschaft wird auf Euro umgestellt.
- (3) Das Stammkapital wird unter gleichzeitiger nomineller Aufstockung des verbleibenden Geschäftsanteils auf 52.000 € herabgesetzt.

Hilfswise strebt X die Abtretung des Geschäftsanteils des Y an sich selbst an. Die Zahlung der Abfindung seitens der Gesellschaft würde nicht gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften verstoßen. Die Satzung enthält keine Regelung zur Einziehung von Geschäftsanteilen.

II. Fragen

1. a) Ist Y zur Teilnahme an der Gesellschafterversammlung berechtigt, in der die o. g. Beschlüsse gefasst werden sollen, oder kann Y – nach Zahlung der Abfindung – allein eine Gesellschaftervollversammlung unter Verzicht auf alle Form- und Fristvorschriften abhalten?

b) Falls Y teilnahmeberechtigt ist: Steht ihm hinsichtlich einzelner Beschlussgegenstände noch ein Stimmrecht zu?

2. Muss Y am Abtretungsvertrag beteiligt werden, wenn die X-GmbH den Geschäftsanteil des Y nicht durch Einziehung, sondern durch Abtretung verwertet? Vermittelt das Ausschlussurteil der Gesellschaft eine Ermächtigung oder Vollmacht, über den Anteil zu verfügen?

3. Welche Nachweise bzgl. der Abfindungszahlung und Wahrung der Kapitalerhaltungsvorschriften sind dem Notar vor Einreichung der neuen Gesellschafterliste (sowie ggf. dem Registergericht bei Anmeldung der Kapitalmaßnahmen) vorzulegen?

III. Zur Rechtslage

1. Gesellschafterrechte des ausgeschlossenen Gesellschafters zwischen Ausschließung und Verwertung

Bei einer Gesellschafterausschließung durch Ausschlussklage, wie sie bei fehlender Satzungsregelung zu Ausschluss oder Einziehung zulässig ist, muss zwischen dem Ausschlussurteil einerseits und der Durchführung des Ausschlusses durch Verwertung des Geschäftsanteils andererseits streng unterschieden werden (vgl. BGH, Urt. v. 1.4.1953, BGHZ 9, 157, 164). Eigentlich kann erst die Verwertung des Anteils (entsprechend den im Urteil eröffneten Möglichkeiten) die Gesellschaftsbeteiligung einschließlich der aus ihr erwachsenden Rechte und Pflichten vernichten. Gleichwohl geht die Rechtsprechung offenbar davon aus, dass bereits mit dem wirksam gewordenen Ausschluss eine Veränderung eintritt (vgl. BGHZ 9, 157, 164; BGH NJW 1960, 866, 867 zum Ausschlussbeschluss: *„Ein rechtmäßiger Ausschließungsbeschl. hat zur Folge, daß der betr. Gesellschafter seine Gesellschafterstellung verliert. Der Geschäftsanteil bleibt dagegen bestehen.“*).

Ein Teil der Literatur interpretiert diese Veränderung als Entstehung eines „**trägerlosen Rechts**“: Im Übergangszeitraum bis zur Verwertung habe weder der Gesellschafter noch die Gesellschaft (als Verwertungsberechtigte) den Anteil inne; durch die beendigte Inhaberschaft des Gesellschafters entfielen aber sämtliche Gesellschafterrechte (vgl. Scholz/Seibt, GmbHG, 11. Aufl. 2012, Anh. § 34 Rn. 52; GroßkommGmbHG/Ulmer, 2006, Anh. § 34 Rn. 39; wohl auch Altmeppen, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, 7. Aufl. 2012, § 60 Rn. 94; vgl. zudem OLG Düsseldorf DB 2007, 848, 850 zum Ausschlussbeschluss; offenlassend BGH DNotZ 2004, 62, 63 f.). **Andere Stimmen** gehen weniger weit und nehmen lediglich einen Übergang der „Verfugungsbefugnis“ über den Anteil auf die Gesellschaft (der BGH spricht in BGHZ 9, 157, 178 von „Anfall“ bei der Gesellschaft) und einen **Verlust der Befugnis zur Ausübung der Gesellschafterrechte** an (Hueck/Fastrich, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl. 2010, Anh. § 34 Rn. 10, 15; Kort, in: MünchHdbGesR, Bd. 3, 4. Aufl. 2012, § 29 Rn. 49 f.; vgl. auch Michalski/Sosnitza, GmbHG, 2. Aufl. 2010, Anh. § 34 Rn. 39; Blath, GmbHR 2012, 657, 658).

Nach beiden Ansichten wäre Y zur Mitwirkung an weiteren Gesellschafterversammlungen grundsätzlich nicht mehr berechtigt. Der (Total-)Verlust der mitgliederschaflichen Rechte ergibt sich allerdings nicht mit hinreichender Deutlichkeit aus der Rechtsprechung des BGH. Dieser stellte in seinem grundlegenden Urteil (BGHZ 9, 157, 175 f.) lediglich fest, dass ein Stimmrecht des Gesellschafters bei solchen Maßnahmen nicht besteht, die der Durchführung seines Ausschlusses dienen. Es **lässt sich** also durchaus **vertreten, dass der Gesellschafter** bis zur Verwertung des Geschäftsanteils seine **Rechte im Übrigen weiter ausüben kann** (in diese Richtung BGH NJW 1984, 489, 490; s. auch Goette, DStR 2001, 533, 539). Der Gesellschafter hätte hiernach zwar beim Beschluss über die Einziehung seines Anteils und die (zum Ausgleich der Nennbetragsdivergenz evtl. zwingend erforderliche) Aufstockung kein Stimmrecht. Das Stimmrecht bei den sich anschließenden Kapitalmaßnahmen wäre ihm jedoch nicht ohne Weiteres

genommen. Jedenfalls sollte darauf geachtet werden, den Gesellschafter zu allen Gesellschafterversammlungen **zu laden**. Eine **Einschränkung des Teilnahmerechts ließe sich** nämlich selbst **mit einem fehlenden Stimmrecht nicht begründen** (vgl. BGH NJW 1971, 2225). Bereits deswegen ist dem X von der Fassung form- und fristloser Beschlüsse abzuraten.

Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass die sog. „**Bedingungslösung**“ im Rahmen der Ausschlussklage weiterhin Anwendung finden dürfte (Münnich, GmbHR 2012, 390; vgl. auch Heidinger/Blath, GmbHR 2007, 1184, 1189; abl. Goette, DStR 2001, 533, 539; grds. krit. jetzt Altmeppen, ZIP 2012, 1685, 1692). Die Entscheidung des BGH zur Unabhängigkeit von Einziehung und Abfindungszahlung enthält hierzu keine ausdrückliche Aussage (DNotZ 2012, 464 = DNotI-Report 2012, 37). Zumindest die Praxis sollte daher wohl bis zur abschließenden Klärung davon ausgehen, dass die Abfindungszahlung als aufschiebende Bedingung des Ausschlussurteils wirkt (vgl. auch die Formulierung des Tenors). Eine etwaige Einschränkung der Gesellschafterrechte im obigen Sinne wäre demnach erst ab dem Zeitpunkt der Abfindungszahlung anzunehmen.

2. Beteiligung des ausgeschlossenen Gesellschafters an der Zwangsabtretung

Die im Urteil eröffnete Möglichkeit zur Einziehung oder Zwangsabtretung ist Konsequenz der mit dem Wirksamwerden des Ausschlusses auf die Gesellschaft übergehenden Dispositionsbefugnis („Anfall“, vgl. bereits oben). Das Urteil erlaubt ausnahmsweise eine **Einziehung auch dann, wenn diese in der Satzung nicht zugelassen** ist (vgl. BGH NJW 1977, 2316 = DNotZ 1978, 560; Hueck/Fastrich, Anh. § 34 Rn. 10; Sandhaus, in: Gehrlein/Ekkenga/Simon, GmbHG, 2012, § 34 Rn. 85). Andererseits gestattet es der Gesellschaft, eine Abtretung an einen von ihr (durch Gesellschafterbeschluss) festgelegten Erwerber einzuleiten. Zumindest wird die Gesellschaft also einen den Y „**korporativ zur Abtretung** an eine bestimmte Person **verpflichtenden Gesellschafterbeschluss** fassen können (entsprechend der statutarisch häufig als Alternative zur Einziehung vorgesehenen „Abtretungsverpflichtung“). In diesem Fall ist die Gesellschaft jedoch auf die **Mitwirkung des Y** angewiesen. Dieser muss den Anteil gem. § 15 Abs. 3 GmbHG an den benannten Erwerber abtreten. Eine Abtretung ohne Beteiligung des Y könnte nur dann erfolgen, wenn mit dem Ausschluss die dingliche Verfügungsbefugnis auf die Gesellschaft übergegangen wäre. Die Annahme einer solchen **Verfügungsermächtigung** (die als Verwertungsmaßnahme im Übrigen statutarisch angeordnet werden kann, s. BGH NJW 1983, 2880, 2881 = DNotZ 1983, 768) mag vertretbar sein (vgl. Michalski/Sosnitza, Anh. § 34 Rn. 40; Sandhaus, § 34 Rn. 85) und folglich eine Mitwirkung des Ausschlossenen entbehrlich machen. Zweifelsfrei erscheint dies jedoch (auch angesichts der nicht eindeutigen Formulierung im Urteilstenor) nicht. Nach Möglichkeit sollte daher der ausgeschlossene Gesellschafter selbst abtreten.

3. Nachweise bzgl. Abfindungszahlung und Kapitalerhaltung

a) Vorüberlegungen

Zunächst ist fraglich, in welchen Fällen der **Notar** vorliegend überhaupt zur Einreichung der Gesellschafterliste verpflichtet ist. Eine Pflicht nach § 40 Abs. 2 GmbHG besteht nur dann, wenn der Notar an einer Veränderung im Gesellschafterbestand (§ 40 Abs. 1 GmbHG) mitgewirkt hat. Einziehung und Aufstockung sind keine beurkundungsbedürft-

tigen Maßnahmen. Soweit sie vom Notar nicht (überobligatorisch) beurkundet wurden, ist daher der Geschäftsführer für die Einreichung der aktualisierten Liste zuständig. Die Aufstockung ist im Übrigen keine Kapitalmaßnahme, die eine vorherige Euroumstellung erforderlich macht, denn sie lässt die Stammkapitalziffer unverändert (vgl. Heidinger, in: Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 2. Aufl. 2009, § 12 Rn. 6). Nur wenn die Aufstockung in der vorliegend beabsichtigten Weise mit Euroumstellung und (glättender) Kapitalherabsetzung verknüpft ist, wird dies beim **Registergericht** u. U. entsprechende Fragen aufwerfen und ein Nachweisverlangen provozieren. Auch abgesehen davon erscheint uns folgendes Vorgehen geeigneter:

- Einziehung i. V. m. gleichzeitiger Aufstockung des verbleibenden Anteils (zur Wahrung des Konvergenzgebots nach § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG, vgl. OLG München DNotI-Report 2012, 30);
- danach: Euroumstellung und Glättung durch Kapitalherabsetzung nach allgemeinen Vorschriften.

Wichtig ist insoweit, dass die Nennbetragsanpassung bereits durch die Aufstockung erreicht wird, nicht erst durch die mit dem Sperrjahr verbundene Kapitalherabsetzung; nach teilweise vertretener Ansicht muss die Nennbetragsanpassung nämlich zwingend gleichzeitig mit der Einziehung erfolgen (vgl. die Nachweise bei Blath, GmbHR 2011, 1177, 1179).

b) Taugliche Nachweise

Selbst wenn die Geschäftsführer für die Listeneinreichung wegen Einziehung und Aufstockung zuständig sind (folgt man der Lehre vom trägerlosen Recht, müsste bereits mit dem Wirksamwerden des Ausschlussurteils durch Abfindungszahlung eine Gesellschafterliste eingereicht werden), wird der Notar freilich im Rahmen der von ihm zu beurkundenden Kapitalherabsetzung die Wirksamkeit dieses Vorgangs zu berücksichtigen haben. Zum einen ist die Einziehung maßgeblich für den Kreis der über die Herabsetzung beschließenden Gesellschafter, zum anderen wirkt sie sich auf den Gegenstand der Kapitalherabsetzung, also die im Einzelnen herabzusetzenden Anteile aus. Bereits deswegen kann sich die Frage des **Nachweises der** als Bedingung des Ausscheidens (und der Vernichtung des Anteils) wirkenden **Abfindungszahlung** stellen (im Fall der Zwangsabtretung träte an die Stelle der Abfindung der durch den Abtretungsempfänger zu zahlende Kaufpreis).

Dass die Abfindung geleistet wurde, wird sich am ehestens aus einer entsprechenden **Bestätigung** des ausgeschlossenen Gesellschafters ergeben. Dass sie **zulässigerweise** – also **ohne Verstoß gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften** – geleistet wurde, ist schwieriger zu belegen. Der Erlass des Ausschlussurteils allein besagt noch nicht ohne Weiteres, dass die Abfindung aus ungebundenem Vermögen gezahlt werden kann (vgl. BGHZ 9, 157, 175; s. auch Hueck/Fastrich, Anh. § 34 Rn. 7). Entscheidender Anhaltspunkt mag insoweit aber der letzte vor der Ausschließung festgestellte **Jahresabschluss** sein. Diesen hält der BGH (NJW 2011, 2294, 2295 Tz. 16) auch im Hinblick auf die Möglichkeit eines wirksamen Zwangseinziehungsbeschlusses für maßgeblich. Selbst ein „günstiger“ Jahresabschluss schließt freilich eine Abfindungszahlung entgegen § 34 Abs. 3 i. V. m. § 30 Abs. 1 GmbHG nicht aus. Welche weiteren Nachweise in Betracht kommen, wird aber stark von den Umständen des Einzelfalls abhängen.

Gutachten im Abrufdienst

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

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

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

**GmbHG §§ 3, 7 Abs. 2, Abs. 3, 8 Abs. 2, 9c
Wirtschaftliche Neugründung; Unterbilanzhaftung;
Einlageleistung; Volleinzahlungsgebot**
Abruf-Nr.: 119742

**InsO §§ 133, 134; BGB § 1378
Anfechtbarkeit einer Vermögensübertragung zwecks
Abgeltung des durch Güterrechtswechsel begründeten
Zugewinnausgleichs**
Abruf-Nr.: 120040

**EGBGB Art. 14, 15
Iran: Eheliches Güterstatut heute deutsch-iranischer
Doppelstaater; Problematik des „Herausfallens“ aus
dem deutsch-iranischen Niederlassungsabkommen
durch Einbürgerung**
Abruf-Nr.: 120802

**ZPO §§ 794 Abs. 1 Nr. 5, 800; BGB § 428
Zwangsvollstreckungsunterwerfung nach § 800 ZPO bei
nachträglicher Gesamtberechtigung gem. § 428 BGB an
Grundschild**
Abruf-Nr.: 120505

Rechtsprechung

**ZPO § 794 Abs. 1 Nr. 5
Anforderungen des Konkretisierungsgebots
gem. § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO**

**Eine Klausel in einer notariellen Urkunde, mit der sich
der Erwerber einer Eigentumswohnung „wegen etwaiger
Verpflichtungen zur Zahlung bestimmter Geldsummen“ der
Zwangsvollstreckung aus dieser Urkunde unterwirft,
genügt nicht den Anforderungen des Konkretisierungsgebots.**

BGH, Beschl. v. 5.9.2012 – VII ZB 55/11
Abruf-Nr.: 11057R

Problem

Die Schuldnerin schloss mit dem Verkäufer (= Gläubiger) im Juni 2008 einen notariellen Kaufvertrag über den Erwerb einer Eigentumswohnung zum Kaufpreis von 355.000 € ab. Der Kaufpreis sollte am 1.9.2008 fällig werden, nicht jedoch vor Ablauf einer Woche nach Zugang einer schriftlichen Mitteilung des Notars an den Käufer, dass die Auflassungsvormerkung rangrichtig im Grundbuch eingetragen und die Lastenfreistellung gesichert ist. Ferner wurde der amtierende Notar angewiesen, bei den Grundschildgläubigern des Verkäufers die erforderlichen Löschungsunter-

lagen einzuholen und etwaige Ablösungsbeträge unter Übernahme von Treuhandauflagen zu erfragen. Der Käufer war sodann verpflichtet, den zur Ablösung der Grundpfandrechte erforderlichen Betrag direkt an die Grundpfandrechtsgläubiger bzw. auf deren Weisung zu zahlen und einen evtl. verbleibenden Differenzbetrag bis zur Höhe des Kaufpreises direkt auf ein vom Verkäufer noch bekannt zu gebendes Konto.

Die notarielle Urkunde enthält in Ziff. IV folgende Unterwerfungsklausel:

„Wegen etwaiger Verpflichtungen zur Zahlung bestimmter Geldsummen unterwirft sich der Zahlungspflichtige – mehrere als Gesamtschuldner – der sofortigen Zwangsvollstreckung aus dieser Urkunde in sein gesamtes Vermögen. Der Notar wird ermächtigt, dem Verkäufer nach Vorliegen der Zahlungsvoraussetzungen auf dessen jederzeitige Anforderung eine vollstreckbare Ausfertigung dieser Urkunde zu erteilen.“

Der mittlerweile fällige Kaufpreis ist noch nicht vollständig entrichtet. Der Gläubiger betreibt aus der ihm vom Notar erteilten vollstreckbaren Ausfertigung der Urkunde die Zwangsvollstreckung. Auf Antrag der Schuldnerin hat das Amtsgericht diese für unzulässig erklärt. Das Landgericht hat die sofortige Beschwerde zurückgewiesen. Dagegen wendet sich der Gläubiger mit der vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde.

Entscheidung

Die Rechtsbeschwerde hat keinen Erfolg. Auch nach Ansicht des VII. Zivilsenats des BGH **entspricht die Unterwerfungserklärung nicht dem Konkretisierungsgebot des § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO**, welches nicht mit dem Bestimmtheitserfordernis gleichzusetzen ist, sondern i. S. einer zusätzlichen formellen Voraussetzung für die Erteilung der Vollstreckungsklausel über dieses hinausgeht.

Der zu vollstreckende Anspruch müsse gem. § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO in der notariellen Urkunde „bezeichnet“ sein, was die **konkrete Bezeichnung** eines jeden in der Urkunde begründeten oder erwähnten Anspruchs, welchem die Vollstreckbarkeit verliehen werden solle, erfordere. Dies ergebe sich zum einen bereits aus dem Wortlaut der Norm, zum anderen aus den Gesetzesmaterialien. Mit der 2. Zwangsvollstreckungsnovelle habe der Gesetzgeber durch Änderung des § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO die Möglichkeit geschaffen, die Vollstreckung aus einer notariellen Urkunde auf grundsätzlich alle vollstreckungsfähigen Ansprüche zu erstrecken. Gleichzeitig sollte aber sichergestellt werden, dass der vollstreckbar gestellte Anspruch im Unterwerfungstitel hinreichend bezeichnet ist, um „*pauschale Unterwerfungserklärungen mit den damit verbundenen Erschwernissen des Vollstreckungsverfahrens zu verhindern*“ (vgl. Gesetzentwurf des Bundesrates, BT-Drs. 13/341, S. 21).

Die Unterwerfungserklärung in Ziff. IV der notariellen Urkunde genüge den vorgenannten Anforderungen nicht, da sich der Schuldner lediglich wegen „*etwaiger Verpflichtungen zur Zahlung bestimmter Geldsummen*“ der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen habe und es somit an einer konkreten Bezeichnung der zu vollstreckenden Ansprüche fehle. Diese ließen sich allenfalls dadurch ermitteln, dass die notarielle Urkunde in ihrer Gesamtheit überprüft werde. Damit würden allerdings gerade diejenigen

Erschwernisse des Vollstreckungsverfahrens eintreten, die durch die in § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO geforderte „Bezeichnung“ der Ansprüche gerade vermieden werden sollten.

GBO § 29; ZPO § 440 Abs. 2; BeurkG § 40; BGB § 129

Nachträgliche Textveränderungen bei bloßer Unterschriftsbeglaubigung; formbedürftiger Berechtigungsnachweis; Vermutungswirkung des § 440 Abs. 2 ZPO

1. Nachträgliche Veränderungen des Textes einer Urkunde, deren Unterzeichnung notariell beglaubigt ist, beeinträchtigen die Formwirksamkeit der notariellen Beglaubigung nicht.

2. Steht fest, dass eine Bewilligung nach der Beglaubigung der Unterschrift nicht von dem Unterzeichner sondern von einem Dritten geändert worden ist, so ist die Vollmacht des Dritten zur Änderung der Erklärung im Grundbuchverfahren gemäß § 29 GBO durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde nachzuweisen.

KG, Beschl. v. 4.9.2012 – 1 W 154/12
Abruf-Nr.: 11058R

Problem

In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt war ein Teileigentum zur Urkunde des den Vollzug betreibenden Notars veräußert worden. Da in Abt. II des Grundbuchs noch eine Eigentumsvormerkung zugunsten von Dritten eingetragen war, wurde deren Löschungsbewilligung in öffentlich beglaubigter Form eingeholt. Die Unterschriften der Vormerkungsberechtigten beglaubigte ein anderer Notar. **In der Löschungsbewilligung war das Grundbuchblatt unzutreffend bezeichnet.** Das Grundbuchamt beanstandete daher den Antrag auf Eigentumsumschreibung und Löschung der Vormerkung und gab eine **Berichtigung in der nach § 29 GBO vorgeschriebenen Form**, alternativ die Vorlage einer neuen Löschungsbewilligung auf. Auf Bitten des Urkundsnotars sandte das Grundbuchamt diesem die eingereichte Bewilligung zurück, allerdings unter Hinweis darauf, dass er bei „Selbstvornahme“ der Berichtigung eine in der Form des § 29 GBO erteilte Vollmacht der Vormerkungsberechtigten nachzuweisen habe.

Nach Abstimmung mit den Vormerkungsberechtigten reichte der Notar die **korrigierte Löschungsbewilligung** erneut ein. Diese weist nunmehr ein Korrekturzeichen auf. Auf einem **gesonderten, vom Notar unterzeichneten, gesiegelten und urkundlich mit der Löschungsbewilligung verbundenen Blatt** ist ausgeführt, dass beim Korrekturzeichen wegen offensichtlicher Unrichtigkeit die bislang angegebene Blattstelle gestrichen und durch die zutreffende Stelle ersetzt wurde. **Beigefügt** war eine **privatschriftliche Vollmacht der Vormerkungsberechtigten**. Der Notar hatte bereits vorsorglich Beschwerde für den Fall eingelegt, dass die Bewilligung in dieser Form nicht akzeptiert würde. Das Grundbuchamt half der Beschwerde nicht ab und legte sie dem KG zur Entscheidung vor.

Entscheidung

Auch nach Ansicht des Beschwerdegerichts steht der beantragten Löschung das in der Zwischenverfügung aufgezeig-

te Hindernis entgegen. Die Bewilligung der Vormerkungsberechtigten beziehe sich in der ursprünglich eingereichten Form nicht auf das betroffene Grundbuchblatt. Da in der Löschungsbewilligung nicht auf den Kaufvertrag Bezug genommen werde, scheidet auch eine offensichtliche Unrichtigkeit aus, welche das Grundbuchamt im Rahmen der Auslegung selbst hätte korrigieren können.

Vor allem aber sei das **Eintragungshindernis nicht durch** den mit der Löschungsbewilligung verbundenen **Berichtigungsvermerk** behoben worden. Die **geänderte Erklärung sei nicht geeignet, im Grundbuchverfahren nachzuweisen, dass die Vormerkungsberechtigten die Löschung bewilligt hätten.** Zwar sei der Beschwerde zuzugestehen, dass es sich auch nach der Änderung des Bewilligungstextes um eine Erklärung in öffentlich beglaubigter Urkunde i. S. v. § 29 Abs. 1 GBO handele, da die nachträgliche Veränderung des Textes nicht die Formwirksamkeit der Beglaubigung beseitige. Der Beglaubigungsvermerk bescheinige nämlich nur die Echtheit der Unterschrift, sage aber nichts über den Inhalt der schriftlich abgefassten Erklärung aus. Das Grundbuchamt müsse jedoch darüber hinausgehend prüfen, dass die über der Unterschrift stehende Bewilligung von dem Unterzeichneten stamme oder mit dessen Willen abgefasst worden sei, was bei einer intakten Urkunde durch § 440 Abs. 2 ZPO ermöglicht werde. Die **Vermutungswirkung des § 440 Abs. 2 ZPO entfalle** hingegen, **wenn und soweit feststehe, dass nach Fertigstellung und Unterzeichnung der Urkunde Einfügungen vorgenommen** wurden. In diesem Fall müsse dem Grundbuchamt auf andere Weise nachgewiesen werden, dass die Änderung des unterzeichneten Textes dem Willen des Unterzeichners entspreche. Die hierfür zur Verfügung stehenden **Beweismittel** seien im Grundbuchverfahren **durch § 29 GBO beschränkt.**

Da sich vorliegend bereits aus dem vom Notar verfassten Änderungsvermerk selbst ergebe, dass die Vormerkungsberechtigten die nachträgliche Textänderung in der Bewilligung nicht selbst vorgenommen hätten, sondern die Textkorrektur durch einen Dritten erfolgt sei, müsse die Vollmacht des Dritten zur Änderung der Erklärung gem. § 29 GBO durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde nachgewiesen werden. Denn es bestehe kein Grund, eine Vollmacht zur Änderung oder Ergänzung einer Bewilligung insoweit anders zu behandeln als die Vollmacht zu deren erstmaliger Abgabe. Die Zulassung freier Beweiswürdigung in Abweichung von § 29 Abs. 1 GBO komme insoweit nicht in Betracht.

Das Grundbuchamt habe daher zu Recht die Vorlage einer Vollmacht zur Änderung in der Form des § 29 Abs. 1 GBO verlangt. Im vorliegenden Fall könne der **Vollmachtsnachweis** auch **nicht durch notarielle Eigenurkunde** des den Vollzug betreibenden Notars erbracht werden (vgl. zu dieser Möglichkeit Gutachten DNotI-Report 1997, 133, 134 sowie Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 163 m. w. N. zum aktuellen Streitstand). Denn notarielle Eigenurkunden **setzten eine vorangegangene Beurkundungs- oder Beglaubigungstätigkeit des Notars voraus**, an welcher es vorliegend im Hinblick auf die Löschungsbewilligungen in der Person des den Vollzug betreibenden Notars fehlte. Aus diesem Grund **scheidet** ebenso eine **Berichtigung nach § 44a Abs. 2 BeurkG** aus.

Veranstaltungen

Termine für **November 2012** – 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).

Zivil- und steuerrechtliche Schnittstellen im Immobilienrecht (Wälzholz), 2.11.2012 Kassel, 9.11.2012 Oldenburg

12. Vorbereitungslehrgang auf die notarielle Fachprüfung – Teil 2 (Herrler/Münch/Oertel/Schaal/Wegerhoff), 5.-10.11.2012 Oldenburg

Typische Fehler bei der Kostenberechnung (Schmidt/Tiedtke), 7.11.2012 Hannover, 13.11.2012 Bochum

Das Bauträgerrecht in der notariellen Praxis (Blank), 9.11.2012 Kiel

Update Grundstückskaufvertrag (Krauß), 9.11.2012 Heusenstamm, 10.11.2012 Berlin

Das IPR in der notariellen Praxis unter besonderer Berücksichtigung des Ehe- und Erbrechts (Wandel), 17.11.2012 Berlin

Die Gestaltung von Eheverträgen (Reetz), 17.11.2012 München

Haftungsfallen im Erbrecht (Ivo/Müller), 23.11.2012 Kiel

Intensivkurs Gesellschaftsrecht (Heckschen/Heidinger/Kirschstein), 23./24.11.2012 Heusenstamm

Haftungsfallen im Gesellschaftsrecht (Heckschen/Heidinger), 1.12.2012 Düsseldorf

Gründungssymposium des Notarrechtlichen
Zentrums Familienunternehmen
an der Bucerius Law School

Die Verträge der Familienunternehmer

Freitag, 16. November 2012, 9⁰⁰-18⁰⁰ Uhr

Bucerius Law School – Hochschule f. Rechtswissenschaft,
Jungiusstraße 6, 20355 Hamburg

Dr. Axel **Pfeifer**, Vizepräsident der Hamburgischen Notarkammer, Prof. Dr. Rainer **Kanzleiter**, Notar a.D., Neu-Ulm, Vorsitzender der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e.V.: Begrüßung

Prof. Dr. Anne **Röthel**, Bucerius Law School:
Einführung: Die Verträge der Familienunternehmer

Prof. Dr. Georg **Crezelius**, Otto-Friedrich-Universität Bamberg: Gesellschaftsrechtliche Gestaltungen zur Erbschaftsteueroptimierung

Prof. Dr. Knut Werner **Lange**, Universität Bayreuth:
Familiencharta und Gesellschaftsvertrag

Professor (em.) Dr. Dres. h.c. Harm Peter **Westermann**, Eberhard Karls Universität Tübingen: Vorweggenommene Erbfolge als Gestaltungsaufgabe

Notar Dr. Jörg **Mayer**, Simbach am Inn:
Pflichtteilsverzichtverträge

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Karsten **Schmidt**, Bucerius Law School: Zusammenfassung und Abschlussworte

Anmeldungen bitte bis 5. November 2012 an
florian.woitek@law-school.de

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

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