

DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

21. Jahrgang
Oktober 2013
ISSN 1434-3460

20/2013

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 2311 – Wertansatz einer Darlehensverbindlichkeit mit Zinsbindung bei Ermittlung des Nachlasswerts

BGB §§ 2270, 2271 – Erbrechtliche Bindung an Schlusserbeneinsetzung der „Kirche“

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

ZVG § 10 Abs. 1 Nr. 2 – Vorrecht gem. § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG (Hausgeld) kein dingliches Recht der Wohnungseigentümergeinschaft

AktG § 26 Abs. 2; GmbHG §§ 3, 5, 9c Abs. 2 Nr. 2 – Festsetzung des Gründungsaufwands in der Satzung einer GmbH durch Angabe einer Obergrenze

Literaturhinweise

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 2311

Wertansatz einer Darlehensverbindlichkeit mit Zinsbindung bei Ermittlung des Nachlasswerts

I. Sachverhalt

Im Nachlass befindet sich eine Darlehensverbindlichkeit aus der Finanzierung einer Immobilie. Zum Zeitpunkt des Todes valutierte dieser Kredit mit nominal noch 89.000 €. Er hat jedoch noch eine weitere Laufzeit von fünf Jahren und einen festen Zinssatz von 4,5 %.

II. Fragen

1. Ist in den Nachlass nur der Nominalbetrag i. H. v. 89.000 € oder sind auch die weiteren Zinsen einzustellen (bis zum Ablauf zumindest der Zinsbindungsfrist oder darüber hinaus)?

2. Verhält es sich anders, wenn die Immobilie nach dem Erbfall veräußert werden muss, um z. B. Pflichtteilsansprüche zu begleichen? Ist in diesem Falle die von der Bank geforderte Vorfälligkeitsentschädigung als Nachlassverbindlichkeit einzusetzen?

III. Zur Rechtslage

1. Berücksichtigung der künftigen Zinsen

a) Streitstand

aa) Ganz h. M.: allein Nennwert am Stichtag maßgeblich

Soweit ersichtlich, geht die Literatur nahezu einhellig davon aus, dass Verbindlichkeiten im Rahmen der Berechnung des Pflichtteils auf der Grundlage von § 2311 BGB mit dem Schuldsaldo, d. h. dem **Nennwert am Todestag** (zzgl. etwaiger bis zum Stichtag aufgelaufener Zinsen) zu bewerten sind (Staudinger/Haas, BGB, Neubearb. 2006, § 2311 Rn. 113; Schlitt/Müller/Blum, Handbuch Pflichtteilsrecht, 2010, § 3 Rn. 53; Klingelhöffer, Pflichtteilsrecht, 3. Aufl. 2009, Rn. 446; Damrau/Riedel, Praxiskommentar Erbrecht, 2. Aufl. 2010, § 2311 BGB Rn. 18; Riedel, in: Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, 3. Aufl. 2013, § 5 Rn. 40; Sarres, in: Frieser u. a., Handbuch des Fachanwalts Erbrecht, 4. Aufl. 2011, Kap. 14 Rn. 149; obiter dictum zu einer Annuitätenschuldverbindlichkeit wohl auch BGHZ 14, 368 = NJW 1954, 1764, 1765). Damit sind die **nach dem Todestag fällig werdenden Zinsen und eine Vorfälligkeitsentschädigung nicht zu berücksichtigen**.

bb) Abweichende Ansichten

Hiervon abweichend hat *Ott-Eulberg* (in: Erbrecht und Banken, 1. Aufl. 2000, S. 79 ff.) die Auffassung vertreten, bei einem Annuitätendarlehen mit Zinsbindung seien **zusätzlich** zur Darlehenssumme zum Todestag auch die **Zinsen bis zum nächstmöglichen Kündigungszeitpunkt sowie die Bearbeitungsgebühren** hinzuzurechnen, nicht „lediglich“ die Vorfälligkeitsentschädigung. Diesen Stand-

punkt, der erheblichen Einwänden ausgesetzt ist (dazu noch später), hat *Ott-Eulberg* jedoch in der Folgeauflage des betreffenden Werks (2. Aufl. 2008, S. 151 f.) offenbar aufgegeben. Nunmehr führt er in etwas unklarer Weise aus: „*Bei der Berechnung von Pflichtteilsansprüchen sind jedoch die Zinsen nicht miteinzustellen, die bis zum Ende der Zinsbindung zu zahlen sind.*“

Gelegentlich wurde in der Literatur erwogen, eine (ggf. fiktive) **Vorfälligkeitsentschädigung** zusätzlich zum Schuldsaldo zu berücksichtigen. Allerdings handelt es sich dabei jeweils nur um kurze Anmerkungen ohne nähere Begründung oder abschließende Stellungnahme (vgl. Groll/Rösler, Praxis-Handbuch Erbrechtsberatung, 2. Aufl. 2005, C VI Rn. 51: „*dogmatisch spricht einiges für den Abzug*“; klar ablehnend nunmehr Groll/Rösler, 3. Aufl. 2010, C VI Rn. 51; dort in Bezug genommene Stellungnahmen beziehen sich nur auf die Vorfälligkeitsentschädigung bei der vorzeitigen Liquidierung festverzinslicher, zum Aktivbestand des Nachlasses gehörender Geldanlagen, etwa Kasper, in: Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht, 2002, § 33 Rn. 46 = Thoma, 3. Aufl. 2010, § 46 Rn. 46: „*Ggf. kann bei einer der Nachlassberechnung zugrunde zu legenden (fiktiven) Auflösung des Kontos zum Todeszeitpunkt eine Minderung des Guthabens um die dann fällige Vorfälligkeitsentschädigung zu berücksichtigen sein*“; dafür wohl auch J. Mayer, in: Mayer u. a., Handbuch Pflichtteilsrecht, 1. Aufl. 2003, § 5 Rn. 20; anders nunmehr Riedel, in: Mayer u. a., 3. Aufl. 2013, § 5 Rn. 40).

b) Stellungnahme

Die **h. M. in der Literatur** geht von dem in § 2311 BGB niedergelegten **Stichtagsprinzip** aus und ist u. E. jedenfalls **im Ergebnis zutreffend**. Nach dem Stichtagsprinzip in § 2311 BGB ist für die Bewertung des pflichtteilsrelevanten Nachlasswerts auf den **Todeszeitpunkt** des Erblassers abzustellen. Wertsteigerungen und Wertverluste nach Eintritt des Erbfalls kommen dem Pflichtteilsberechtigten grundsätzlich nicht zugute, können seine Rechtsposition aber auch nicht verschlechtern (Staudinger/Haas, § 2311 Rn. 60 m. w. N. aus der Rspr.; Soergel/Dieckmann, BGB, 13. Aufl. 2002, § 2311 Rn. 2). Weiter besagt das Stichtagsprinzip, dass die für die Bewertung in Geld maßgebenden Bewertungsdaten aus der Sicht des Stichtags zu ermitteln sind (vgl. BVerfG NJW 1988, 2723, 2724; Staudinger/Haas, § 2311 Rn. 62; Riedel, in: Mayer u. a., § 5 Rn. 10). Berücksichtigt werden können und müssen Zukunftserwartungen daher nur, wenn sie dann bereits absehbar und wirtschaftlich fassbar sind, nicht wenn nur ungewisse Hoffnungen oder Befürchtungen vorweggenommen würden (vgl. Soergel/Dieckmann, § 2311 Rn. 17; Riedel, a. a. O.).

aa) Erforderliche Abzinsung der künftigen Vermögensabflüsse; Berücksichtigung korrespondierender Vorteile

Die von *Ott-Eulberg* (in: Erbrecht und Banken, 1. Aufl. 2000, S. 79 ff.) ursprünglich vertretene These, dass die zukünftigen Zinsen aufzuaddieren und als Nachlassverbindlichkeit zu berücksichtigen sind, vernachlässigt bereits, dass **Zukunftserwartungen jedenfalls auf den Stichtag zurückbezogen, also abgezinst werden müssten**; sie lässt zudem die **korrespondierenden Vorteile** der Kapitalüberlassung, für die diese Zinsen eine Gegenleistung darstellen, völlig **außer Acht**. Bereits aus diesen Gründen ist sie mit dem Stichtagsprinzip unvereinbar.

bb) Bezweckte klare Risikoverteilung

Wenngleich der Zinssatz für die verbleibende Zeit der Zinsbindung zum Stichtag feststeht, müssten auch der jeweilige künftige Wert der Kapitalüberlassung während der Zinsbindung und ein zutreffender Abzinsungszinssatz in die Bewertung einbezogen werden. Diese Berechnungsfaktoren hängen jedoch von einer Vielzahl von Umständen ab (sowohl in Bezug auf die konkrete Zusammensetzung des Nachlasses, der sich für ihn ergebenden Anlagemöglichkeiten einerseits bzw. alternativen Möglichkeiten der Kreditaufnahme andererseits, als auch in Bezug auf das allgemeine Zinsniveau), die letztlich nicht vorhersehbar sind und für die zudem wohl keine etablierten Schätzmethoden zur Verfügung stehen (zu selbst dann noch bestehenden Problemen vgl. die Unternehmensbewertung im Rahmen des Pflichtteilsrechts, Staudinger/Haas, § 2311 Rn. 80 ff.; Münch-KommBGB/Lange, 6. Aufl. 2013, § 2311 Rn. 38 ff.). Eine hierauf abstellende Bewertung würde den Anforderungen des Stichtagsprinzips kaum genügen können. Dies gilt erst recht, wenn man den **Zweck des Stichtagsprinzips** berücksichtigt – eine **„klare Risikoverteilung“ zwischen dem Erben und dem Pflichtteilsberechtigten** –, wobei die weitere ungewisse Entwicklung des Nachlasswerts in den Risikobereich des Erben fällt (zu diesem Aspekt Münch-KommBGB/Lange, § 2311 Rn. 2; Staudinger/Haas, § 2311 Rn. 3). In dieser Risikoverteilung dürfte die Rechtfertigung dafür liegen, dass nur hinreichend absehbare Zukunftserwartungen in die Bewertung einzubeziehen sind.

cc) Zwischenergebnis

Ist somit vom Stichtag aus nicht hinreichend absehbar, wie sich der jeweilige Nettowert des Darlehens für die Erben in Zukunft tatsächlich entwickeln wird, so können weder die auf die Zeit nach dem Stichtag entfallenden Zinsen noch künftige Vorteile berücksichtigt werden. Es bleibt dann bei der **Maßgeblichkeit des Nennbetrags des Schuldsaldos im Todeszeitpunkt** (zzgl. bis dahin anfallender Zinsen). Eine solche Bewertung erscheint uns nicht zuletzt deshalb als angemessen und bloßen Schätzungen überlegen, weil dadurch im Ergebnis unterstellt wird, dass Zins und Kapitalüberlassung auch in Zukunft gleichwertig sind, womit **die Beteiligten an der im Zeitpunkt der Vereinbarung des Darlehens durch den Erblasser zu vermutenden Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung festgehalten werden**.

2. Berücksichtigung einer fiktiven Vorfälligkeitsentschädigung

Die Berücksichtigung einer fiktiven Vorfälligkeitsentschädigung, die anfiel, wenn das Darlehen zum Todeszeitpunkt abgelöst würde, **widerspricht u. E. erst recht dem Stichtagsprinzip**.

Letztlich bringt die Vorfälligkeitsentschädigung zum Ausdruck, welchen Wert die Aussicht, den fest vereinbarten Zins für die verbleibende Laufzeit des Darlehens zu erlangen, aus Sicht des Gläubigers (d. h. in der Regel der Bank) im Zeitpunkt der vorzeitigen Rückzahlung des Darlehens im Vergleich zu einer anderweitigen Verwendung der Darlehenssumme durch den Gläubiger beim nunmehrigen Zinsniveau und den entsprechenden Verwendungsmöglichkeiten hat. Die Vorfälligkeitsentschädigung hängt, da sie bezogen auf einen bestimmten Stichtag berechnet wird, zwar nicht mehr von der tatsächlichen weiteren Entwicklung ab. Sie bringt jedoch eine **Belastung des Nachlasses** zum Ausdruck, **die nur dann tatsächlich anfällt, wenn das Darlehen zurückgeführt wird**. Wenn es nicht hier-

zu kommt, ist sie schon vom Berechnungsansatz her kein getreues Abbild des tatsächlichen Nettowerts, den das Darlehen für seine verbleibende Laufzeit für den Nachlass hat. Wäre dieser Wert für den Nachlass als Gegenwartswert mit Blick auf die Zukunft zu ermitteln, so müsste nicht auf die anderweitigen Verwendungsmöglichkeiten der Darlehenssumme für die Bank abgestellt werden, sondern darauf, welche Vorteile sich aus der Kapitalüberlassung für den konkreten Nachlass ergeben. Dies führt zurück zu dem bereits unter Ziff. 1 b) behandelten Ansatz.

Soweit die Berücksichtigung der Vorfälligkeitsentschädigung (vorsichtig) befürwortet wird (vgl. oben unter Ziff. 1 a) bb)), könnte dies auf einen zumindest missverständlichen Ansatz bei der gem. § 2311 BGB gebotenen Nachlassbewertung zurückzuführen zu sein. So führt *J. Mayer* (in: BeckOK-BGB, Std.: 1.5.2013, § 2311 Rn. 13) an sich zu treffend aus:

„Aus der Erbersatzfunktion des Pflichtteils ergibt sich das Bewertungsziel [...]: Der Pflichtteil soll den Pflichtteilsberechtigten in Geld so stellen, wie wenn er mit seinem halben gesetzlichen Erbteil am Nachlass beteiligt und dieser im Erbfall in Geld umgesetzt worden wäre (BVerfGE 78, 132 = NJW 1988, 2723, 2724; BGH NJW-RR 1991, 900, 901 [...]).“

Zur Bewertung eines veräußerten Grundstücks heißt es in der in Bezug genommenen Entscheidung des BGH (NJW-RR 1991, 900, 901), dass der Pflichtteilsberechtigte nach dem Grundgedanken des Gesetzes **wirtschaftlich so zu stellen sei, als sei der Nachlass beim Tod des Erblassers in Geld umgesetzt worden**. Abzustellen sei daher auf den sog. gemeinen Wert, der dem Verkaufswert entspreche. Demgegenüber betont BVerfG NJW 1988, 2723, 2724 (= DNotZ 1988, 717, 719) lediglich, dass dem Pflichtteilsberechtigten der Teil des Nachlasses in Geld zukommen solle, der der Hälfte seines gesetzlichen Erbteils gleichstehe; diese Zielrichtung habe für die Wertberechnung zur Folge, dass auf die Wertverhältnisse im Zeitpunkt des Erbfalls abgestellt und der konkrete Bestand sowie die realitätsgerechte wirtschaftliche Ertragsfähigkeit des jeweiligen Nachlasses ermittelt würden (Letzteres wohl im Hinblick auf den konkret fraglichen § 2049 Abs. 2 BGB).

Unzweifelhaft ist demnach, dass das Bewertungsziel im Rahmen des § 2311 BGB grundsätzlich darin besteht, den **Wert des Nachlasses zum Stichtag in Geld zu ermitteln**. Doch **betrifft die Aussage** des BGH (a. a. O.), **der Pflichtteilsberechtigte sei so zu stellen, als sei der Nachlass beim Tod des Erblassers in Geld umgesetzt worden, wohl nur die Bewertung eines verkehrsfähigen Aktivgegenstands des Nachlasses**. Bei derartigen Gegenständen ist die Ermittlung eines Verkaufswerts, der sich etwa aus einer kurz nach dem Erbfall tatsächlich erfolgten Veräußerung ergeben kann, sicherlich eine geeignete Bewertungsmethode, die eine dem Stichtagsprinzip entsprechende Risikoverteilung gewährleistet. Bedenklich erscheint es aus den oben angeführten Gründen hingegen, diese Bewertungsmethode derart auf Darlehensverbindlichkeiten mit fest vereinbarter Laufzeit zu einem festen Zins zu übertragen, dass deren vorzeitige Ablösung und damit das Anfallen der Vorfälligkeitsentschädigung unterstellt werden müssten. So heißt es denn auch im Zusammenhang mit der Berücksichtigung einer Vorfälligkeitsentschädigung bei fest angelegtem Guthaben des Nachlasses, dass für die Wertberechnung grundsätzlich die Verwendung des Nachlasses

zugrunde zu legen sei, die ökonomisch am sinnvollsten sei und damit der Verwendungsentscheidung eines objektiven Dritten entspreche, mithin die Berücksichtigung des Guthabens mit seinem Nennwert, wenn eine Kündigung – wie im Regelfall – nicht in Frage komme (Staudinger/Haas, § 2311 Rn. 112a; vgl. auch Riedel, in: Mayer u.a., § 5 Rn. 74 ff.).

3. Berücksichtigung einer tatsächlich anfallenden Vorfälligkeitsentschädigung

Während die Vorfälligkeitsentschädigung somit nach ganz h. M. für die Bewertung der Darlehensverbindlichkeit jedenfalls nicht fiktiv heranzuziehen ist, dürfte die Berücksichtigung einer tatsächlich bei zeitnaher Veräußerung des belasteten Grundstücks anfallenden Vorfälligkeitsentschädigung **im Regelfall möglich** und allgemein anerkannt sein.

Sie wird allerdings nicht als selbständige Nachlassverbindlichkeit angesetzt, zumal **Erbfallsschulden** im Gegensatz zu Erblasserschulden im Rahmen des § 2311 BGB grundsätzlich nur abziehbar sind, wenn deren Rechtsgrund und Notwendigkeit bereits auf den Erbfall zurückzuführen sind, sie zumindest auch im Interesse des Pflichtteilsberechtigten begründet wurden oder sie den Pflichtteilsberechtigten ebenso getroffen hätten, wenn er unbeschränkter und unbeschwerter gesetzlicher Erbe geworden wäre (vgl. Staudinger/Haas, § 2311 Rn. 39 m. w. N.). Doch ist zu berücksichtigen, dass sich die **Bewertung eines** zum Aktivbestand gehörenden, **nachlasszugehörigen Grundstücks**, wenn dieses **zeitnah veräußert** wird (bis zu fünf Jahre, vgl. BGH NJW-RR 1993, 131; Staudinger/Haas, § 2311 Rn. 67), **am tatsächlich erzielten Nettoverkaufserlös orientieren** kann (vgl. im Einzelnen Staudinger/Haas, Rn. 65 ff.). Dabei sind alle Erlösschmälerungen, die notwendig mit einem Verkauf verbunden sind, bei der Bewertung mindernd zu berücksichtigen (Staudinger/Haas, § 2311 Rn. 46, 66, 72a – jew. m. w. N.). Zu derartigen notwendigen Verwertungskosten wird man auch eine tatsächlich anfallende Vorfälligkeitsentschädigung zu rechnen haben, da die für die Veräußerung im Regelfall unabdingbare Lastenfreistellung nur um diesen Preis herbeigeführt werden kann (Groll/Rösler, C VI Rn. 51, 83).

4. Zur Anwendung des § 2313 BGB

Die Vorschrift des § 2313 BGB über den Ansatz bedingter, ungewisser oder unsicherer Rechte und Verbindlichkeiten ist **vorliegend nicht einschlägig**. Soweit die Vorfälligkeitsentschädigung bei der Veräußerung eines nachlasszugehörigen Grundstücks tatsächlich anfällt, wäre sie wie ausgeführt nicht als selbständige Nachlassverbindlichkeit zu berücksichtigen, sondern als Minderung des Werts des Aktivgegenstands „Grundstück“. Sollte dagegen eine Berücksichtigung fiktiv erfolgen, würde es sich ebenfalls nicht um eine tatsächliche aufschiebend bedingte Nachlassverbindlichkeit handeln, sondern nur um eine Vorfrage im Rahmen der Bewertung des im Zeitpunkt des Erbfalls bereits vorhandenen Passivums „Darlehensverbindlichkeit“. Soweit man auf die nach dem Erbfall anfallenden künftigen Zinsen abstellen wollte, wäre § 2313 BGB nicht einschlägig, denn die Zinsverbindlichkeit entsteht bereits mit Vertragsschluss und wird lediglich später fällig, ist also eine betagte Verbindlichkeit. Auf solche betagten Rechte findet § 2313 BGB keine Anwendung (vgl. nur Palandt/Weidlich, BGB, 72. Aufl. 2013, § 2313 Rn. 1). Ihre Berücksichtigung ist allein eine Frage der Bewertung im Rahmen des § 2311 BGB.

BGB §§ 2270, 2271

Erbrechtliche Bindung an Schlusserben-einsetzung der „Kirche“

I. Sachverhalt

Ehegatten haben sich in einem handschriftlichen gemeinsamen Testament gegenseitig zu Alleinerben und als Schlusserben „die Kirche“ eingesetzt. Ein Änderungsvorbehalt wurde nicht vereinbart.

II. Frage

Kann der Überlebende die Schlusserbeneinsetzung ändern?

III. Zur Rechtslage

1. Vorüberlegung: Auslegung der Schlusserbeneinsetzung

Vor Erörterung der Wechselbezüglichkeit der Schlusserbeneinsetzung ist zunächst zu klären, wer überhaupt Schlusserbe werden soll. Denn die Schlusserbeneinsetzung der „Kirche“ als solcher ist **mehrdeutig und auslegungsbedürftig**.

a) Höchstpersönlichkeit (§ 2065 Abs. 2 BGB)

Dies ist nicht ganz unproblematisch, da der Erblasser nach § 2065 Abs. 2 BGB nicht nur den Gegenstand der Zuwendung, sondern auch die Person, die eine Zuwendung erhalten soll, selbst bestimmen muss. Zwar erfordert das Gebot der Höchstpersönlichkeit der Erbeneinsetzung nicht, dass die begünstigte Person namentlich genannt ist. Jedoch muss sich die **Person des Bedachten anhand des Inhalts der Verfügung**, ggf. unter Berücksichtigung von außerhalb der Urkunde liegenden Umständen, **zuverlässig feststellen** lassen (BGH NJW 1965, 2201). Ist der Begünstigte nicht namentlich genannt, bleibt im Wege der Auslegung zu ermitteln, ob die begünstigte Person etwa anhand des sonstigen Inhalts der Verfügung von Todes wegen, der Lebensumstände des Erblassers oder ähnlicher Anhaltspunkte bestimmt werden kann. Ein Verstoß gegen § 2065 Abs. 2 BGB scheidet dann aus.

b) Auslegungsgrundsätze

Der Ausdruck „Kirche“ ist nicht eindeutig, da es mehrere Kirchen gibt, u. a. die beiden großen Amtskirchen. Auch innerhalb der katholischen oder evangelischen Kirche kommen verschiedene juristische Personen als Zuwendungsempfänger in Betracht (vgl. dazu nur Kemmer, ZEV 2004, 492, vornehmlich in Bezug auf die katholische Kirche in Bayern).

Zunächst ist nach h. M. eine Zuwendung des Erblassers an die „Kirche“ im Zweifel dahingehend auszulegen, dass der Erblasser hiermit **die kirchliche Organisation** begünstigen möchte, **der er selbst angehört** (vgl. BayObLG NJW 1999, 1119, 1120; Kemmer, ZEV 2004, 492, 495). Dafür spricht nach Ansicht des BayObLG (a. a. O.) die allgemeine Lebenserfahrung: Benennt der Erblasser lediglich einen bestimmten Organisationstypus, so will er, sofern nicht besondere Gründe für ein anderes Verständnis sprechen, regelmäßig der Organisation etwas zuwenden, der er sich durch Mitgliedschaft verbunden fühlt, deren Ziele, Repräsentanten und Mitglieder er wegen dieser Zugehörigkeit kennt und von der er deshalb annehmen kann, dass sie das Zugewendete in dem von ihm gewünschten Sinne verwenden wird.

War der **Erblasser evangelisch**, soll im Zweifel die **jeweilige evangelische Landeskirche**, in deren Bundesland der Erblasser lebte, als Körperschaft des öffentlichen Rechts und somit rechts- und erbfähige juristische Person Zuwendungsempfängerin sein (vgl. BayObLG NJW 1999, 1119, 1120). In dem vom BayObLG (a. a. O.) entschiedenen Fall sprach für die Zuwendung an die Gesamtkirche (nicht an eine einzelne Kirchengemeinde) u. a. die Angabe des Zwecks der Zuwendung, der im konkreten Fall nicht ortsgebunden war.

War der **Erblasser** dagegen **Mitglied der katholischen Kirche**, ist nicht die katholische Kirche als solche Zuwendungsempfängerin. Denn die **katholische Kirche als solche** ist keine Körperschaft öffentlichen Rechts und **nicht vermögens- und erbfähig** (vgl. Kemmer, ZEV 2004, 492, 493). In ihrer Eigenschaft als kirchliche juristische Personen sind Zuwendungsempfänger innerhalb der katholischen Kirche vielmehr z. B. der Bischöfliche Stuhl, die Diözese/das Bistum, die Pfründestiftung, die Kirchenstiftung, die Kirchengemeinde und sonstige kirchliche juristische Personen (vgl. Kemmer, ZEV 2004, 492, 493).

Im Übrigen ist weiter zu differenzieren: Wollte der Erblasser **nicht nur seine „Ortskirche“** durch Verfügung von Todes wegen bedenken, so kommt als Zuwendungsempfänger im Zweifel die **Diözese** (das **Bistum**) in Betracht, in welcher der Erblasser (zuletzt) gelebt hat; dafür spricht can. 368 des CIC 1983, wo es heißt:

„Teilkirchen, in denen und aus denen die eine und einzige katholische Kirche besteht, sind vor allem die Diözesen [...]“

Wollte der Erblasser dagegen eher seine **Ortskirche** bedenken, so kommen als örtliche kirchliche juristische Personen vor allem die **Kirchenstiftungen** (gleichbedeutend mit „Pfarrei“, „Pfarrgemeinde“) in Betracht, welche die maßgeblichen örtlichen kirchlichen Vermögensträger sind. Die Kirchenstiftung ist nicht mit der örtlichen Kirchengemeinde zu verwechseln, die ebenfalls kirchliche juristische Person, aber von der vermögensrechtlichen Aufgabenerledigung her von weit geringerer Bedeutung ist, da sie hauptsächlich für die Erhebung des sog. Kirchgelds zuständig ist (Kemmer, ZEV 2004, 492, 493). Um Missverständnisse zu vermeiden, empfiehlt es sich daher, den begünstigten kirchlichen Vermögensträger in der Verfügung von Todes wegen **ausdrücklich und möglichst präzise zu bezeichnen** (z. B. „Kath. Kirchenstiftung St. Bruno in N. N.“; vgl. Kemmer, ZEV 2004, 492, 493).

Im vorliegenden Fall lässt sich nicht beurteilen, wer Zuwendungsempfänger sein sollte, da der mitgeteilte Sachverhalt weder zur Kirchenzugehörigkeit des Erblassers noch zu einem etwaigen ortskirchlichen Bezug nähere Angaben enthält.

2. Bindungswirkung hinsichtlich der Schlusserben-einsetzung

In aller Regel wird es mithilfe außerhalb des Testaments liegender Umstände gelingen, den Erblasserwillen betreffend die Schlusserbeneinsetzung zu konkretisieren. Liegt danach eine wirksame Schlusserbeneinsetzung vor, fragt sich weiter, ob diese in bindender Weise erfolgt ist, ob mithin eine wechselbezügliche Verfügung i. S. d. §§ 2270, 2271 BGB gegeben ist.

Die Frage der Wechselbezüglichkeit sollte eigentlich klar geregelt sein. Fehlt – wie im vorliegenden Fall – eine bestimmte Anordnung, ist die Wechselbezüglichkeit für jede Verfügung gesondert durch Auslegung nach allgemeinen Grundsätzen zu ermitteln. Erst wenn die individuelle **Auslegung kein eindeutiges Ergebnis** liefert, lässt sich auf die **Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB** zurückgreifen. Die Anwendung des § 2270 Abs. 2 BGB sei im Folgenden unterstellt.

a) I. d. R. fehlende Wechselbezüglichkeit bei familienfremden Personen

Danach ist die Schlusserbeneinsetzung im Rahmen eines Berliner Testaments wechselbezüglich und somit erbrechtlich bindend, wenn es sich bei den eingesetzten Schluss-erben um Personen handelt, die mit dem erstverstorbenen Ehegatten verwandt sind oder ihm (besonders) nahestehen (§ 2270 Abs. 2 Var. 2 BGB). Handelt es sich bei den eingesetzten **Schluss-erben um familienfremde Personen**, z. B. eine karitative Einrichtung, fehlt es regelmäßig an der Wechselbezüglichkeit, da das **besondere Näheverhältnis des § 2270 Abs. 2 Var. 2 BGB i. d. R. nicht gegeben** ist (vgl. dazu BayObLG FamRZ 1986, 604; Schlusserbeneinsetzung der Aktion Sorgenkind e. V.; OLG Düsseldorf ZERB 2001, 29; Einsetzung des Altenheims). Dies kann im Einzelfall anders zu beurteilen sein, etwa im Fall einer besonderen Nähebeziehung zu einer Organisation oder Einrichtung (z. B. eine von den Ehegatten gemeinsam errichtete Stiftung – quasi ihr Lebenswerk –, vgl. OLG München ZEV 2000, 104 = NJW-RR 2000, 526).

Auch wenn man vorliegend in der Zuwendung an die „Kirche“ nach Auslegung eine Erbeinsetzung etwa der örtlichen Kirchenstiftung oder Diözese sähe, wäre die **Annahme einer wechselbezüglichen Verfügung eher unwahrscheinlich**. Gegen die erforderliche Nähebeziehung spricht neben den vorstehenden Erwägungen gerade, dass der Zuwendungsempfänger nicht hinreichend konkret benannt wurde.

b) Sonderfall: konfessionsverschiedene Ehegatten

Bei konfessionsverschiedenen Ehegatten mag die Frage der Wechselbezüglichkeit u. U. anders zu beurteilen sein, sofern es jedem Ehegatten erkennbar auf die Begünstigung auch seiner Kirche ankommt (dies dürfte indes bereits im Rahmen der individuellen Auslegung Berücksichtigung finden). In diesem Fall spricht einiges für die Annahme, dass der überlebende Ehegatte nicht frei sein soll, allein seine Kirche zu bedenken und die Kirche des vorverstorbenen Ehegatten zu übergehen (Frisch, BWNNotZ 2000, 63).

Gutachten im Abrufdienst

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

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

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

BGB §§ 13, 14, 310 Abs. 3, 2197 ff.

Testamentsvollstrecker als Verbraucher oder Unternehmer

Abruf-Nr.: 127142

EGBGB Art. 26

USA/Florida: Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments bei Vorhandensein von Immobilienvermögen in Florida

Abruf-Nr.: 126991

Rechtsprechung

ZVG § 10 Abs. 1 Nr. 2

Vorrecht gem. § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG (Hausgeld) kein dingliches Recht der Wohnungseigentümergeinschaft

Das in § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG enthaltene Vorrecht begründet kein dingliches Recht der Wohnungseigentümergeinschaft.

BGH, Urt. v. 13.9.2013 – V ZR 209/12

Abruf-Nr.: 11100R

Problem

Seit der Reform des WEG zum 1.7.2007 verfügt die Eigentümergeinschaft gem. § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG über eine privilegierte Stellung bei der Vollstreckung von Wohnungsrückständen, letztlich auf Kosten der dinglichen Gläubiger (§ 10 Abs. 1 Nr. 4 ZVG). Die **Rechtsnatur** dieses Vorrechts war allerdings bis zuletzt **unklar**. Bislang hatte der BGH lediglich entschieden, dass der Eigentümergeinschaft im Insolvenzverfahren hinsichtlich des bevorrechtigten Teils des rückständigen Hausgelds ein **Absonderungsrecht i. S. v. § 49 InsO** zusteht (BGH NJW-RR 2009, 923 Tz. 7 = MittBayNot 2009, 315; NJW 2011, 3098, 3101 Tz. 24 ff.). Ob das Vorrecht nach § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG auch materiell-rechtliche Wirkung hat und somit zur **Entstehung eines dinglichen Rechts** am betreffenden Wohnungseigentum führt, war dagegen in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung und der Literatur **heftig umstritten**.

Die h. M. (vgl. Tz. 5) bejahte dies. Über die Bevorrechtigung der Hausgeldansprüche in Zwangsversteigerung und Insolvenz hinaus sollte § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG hiernach eine allgemeine dingliche Haftung des Wohnungseigentums begründen, mit der Folge, dass auch ein Erwerber, der nicht Hausgeldschuldner ist, im Umfang des Vorrechts zur Duldung der Zwangsversteigerung des Wohnungseigentums verpflichtet ist. Nach abweichender Ansicht (vgl. Tz. 6) enthält § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG hingegen nur ein begrenztes Vorrecht in der Zwangsversteigerung, das kraft besonderer gesetzlicher Anordnung zwar zugleich ein Absonderungsrecht i. S. v. § 49 InsO begründet, doch keine Rechtsgrundlage für ein dingliches Recht schafft.

Im vorliegenden Fall hatte der frühere Eigentümer die Hausgelder sowie die Abrechnungsspitzen der vergangenen Jahre nicht beglichen. Am 30.4.2010 wurde das Insolvenzverfahren über sein Vermögen eröffnet. Die Eigentümergeinschaft meldete die Hausgeldrückstände im Insolvenzverfahren zur Tabelle an. In der Folge veräußerte der Insolvenzverwalter die betreffende Wohnung freihändig an den Beklagten, der am 13.7.2010 als Eigentümer in das

Grundbuch eingetragen wurde. Die Eigentümergemeinschaft nahm daraufhin den Erwerber für die Hausgeldrückstände des Voreigentümers in Anspruch. Ihre auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das Wohnungseigentum gestützte Klage blieb vor dem Amtsgericht erfolglos. Das Landgericht wies die Berufung zurück. Mit der zugelassenen Revision verfolgte die Eigentümergemeinschaft ihr Klageziel weiter.

Entscheidung

Der geltend gemachte Duldungsanspruch ist auch nach Ansicht des BGH nicht gegeben, denn der Eigentümergemeinschaft steht **kein dingliches Recht** zu, aufgrund dessen sie vom Erwerber Befriedigung aus dem Wohnungseigentum verlangen könnte. **§ 10 Abs. 1 Nr. 2 enthalte lediglich eine Privilegierung schuldrechtlicher Ansprüche** sowohl im Zwangsversteigerungsverfahren als auch im Insolvenzverfahren. Wird das Eigentum hingegen freihändig vom Insolvenzverwalter oder außerhalb von Insolvenz und Zwangsversteigerung erworben oder soll der eingetragene Eigentümer in Anspruch genommen werden, obwohl Hausgeldschuldner bereits der werdende Wohnungseigentümer ist, fehlt es an einer Grundlage für die Inanspruchnahme des Erwerbers bzw. des noch eingetragenen Eigentümers.

Zur Begründung der fehlenden dinglichen Wirkung des Vorrechts verweist der V. Zivilsenat zunächst auf den **Wortlaut**, der nicht auf die Einführung eines neuen dinglichen Rechts hindeutet, sodann auf die **systematische Stellung von § 10 ZVG**. Als verfahrensrechtliche Regelung begründe er für das Zwangsversteigerungsverfahren keine dinglichen Rechte, sondern normiere lediglich eine Befriedigungsreihenfolge (vgl. die schuldrechtlichen Ansprüche in § 10 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 1a, Nr. 5 ZVG). Dagegen setze das ZVG im Hinblick auf § 10 Abs. 1 Nr. 3 ZVG eine dingliche Haftung voraus. Des Weiteren spreche die **Gesetzeshistorie** gegen die Einführung eines neuen dinglichen Rechts, da sich der Gesetzgeber auf eine bloß verfahrensrechtliche Regelung beschränkt habe.

Etwas anderes folge schließlich auch nicht aus der **teleologischen Auslegung** von § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG. Zwar solle die Vorschrift die übrigen Wohnungseigentümer im Hinblick auf Wohngeldrückstände anderer in begrenztem Umfang gegenüber Grundpfandrechtsgläubigern privilegieren und damit auch den Werterhalt der Anlage insgesamt sicherstellen. Dies erfordere aber nicht notwendig eine dingliche Wirkung des Vorrechts, zumal neue dingliche Rechte nach dem *numerus clausus* der Sachenrechte mit hinreichender Klarheit geschaffen werden müssten. Im Übrigen ergäben sich bei Annahme eines dinglichen Rechts besondere Schwierigkeiten bei der Begrenzung des Vorrechts in zeitlicher Hinsicht. Welche Forderungen bevorrechtigt seien, bestimme sich in der Zwangsversteigerung durch eine Rückrechnung von der Beschlagnahme (bzw. der Eröffnung des Insolvenzverfahrens) an. **Außerhalb des Zwangsversteigerungs- und Insolvenzverfahrens fehle es hingegen an einem geeigneten zeitlichen Anknüpfungspunkt**. Nach Ansicht des BGH sind ungeeignet namentlich die gegen den Voreigentümer gerichtete Beschlagnahme, die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über dessen Vermögen, die Rechtshängigkeit der Duldungsklage gegen den Erwerber oder der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz. Die Begrenzung sei gerade mit Blick auf die Interessen der nachrangigen Grundpfandgläubiger von erheblicher Bedeutung, da durch § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG nur ein „überschaubares, zeitlich und höhenmäßig begren-

tes Vorrecht“ geschaffen werden sollte. Abschließend weist der Senat darauf hin, dass das **Vorrecht in demselben Verfahren nur einmal in Anspruch genommen werden kann**, was außerhalb eines Zwangsversteigerungs- oder Insolvenzverfahrens kaum zu verwirklichen wäre.

AktG § 26 Abs. 2; GmbHG §§ 3, 5, 9c Abs. 2 Nr. 2

Festsetzung des Gründungsaufwands in der Satzung einer GmbH durch Angabe einer Obergrenze

Dem in der höchstrichterlichen Rechtsprechung anerkannten Erfordernis der Ausweisung des Gesamtbetrags des Gründungsaufwands in der Satzung einer GmbH (BGH DNotZ 1990, 124; NJW 1998, 233) genügt es nicht, wenn darin lediglich eine Obergrenze für den Gründungsaufwand i. H. v. 10 % des Stammkapitals enthalten ist. (Leitsatz der DNotI-Redaktion)

OLG Zweibrücken, Beschl. v. 25.6.2013 – 3 W 28/13
Abruf-Nr.: **11101R**

Problem

Gegenstand des Beschwerdeverfahrens war die Eintragung einer neu gegründeten GmbH in das Handelsregister. Das Stammkapital der Gesellschaft betrug 25.000 €. Die Satzung enthielt in § 8 folgende Regelung:

„Die Gesellschaft trägt die mit ihrer Gründung verbundenen Kosten bei Notar, Gericht und Behörden bis zu einem Betrag in Höhe von maximal 10 vom Hundert des Stammkapitals. Etwa darüber hinausgehende Gründungskosten gehen zu Lasten des Gründungsgesellschafters.“

Das zuständige Registergericht beanstandete durch Zwischenverfügung mit Rechtsmittelbelehrung an den verfahrensbevollmächtigten Notar, dass die Benennung eines fiktiven Oberwerts in § 8 der Satzung keine konkrete und individuelle Berechnung bzw. Schätzung des Gründungsaufwands sei und setzte eine Frist zur Behebung des Eintragungshindernisses. Schriftverkehr zwischen Notar und Registergericht schloss sich an, wobei der Notar erst mehr als einen Monat nach Zustellung der Zwischenverfügung in einem Schreiben darum bat, dieses als Rechtsbehelf aufzufassen.

Entscheidung

Das OLG verwarf die **Beschwerde** wegen Versäumung der Beschwerdefrist gem. § 63 Abs. 1 FamFG als **unzulässig**.

In einem umfangreichen *obiter dictum* nahm der Senat jedoch auch zur Sache Stellung und erklärte, das Registergericht habe die **Eintragung zu Recht verweigert**. In der Regelung des § 8 der Satzung liege eine Verletzung von Gläubigerschutzvorschriften gem. § 9c Abs. 2 Nr. 2 GmbHG. Nach gefestigter höchstrichterlicher und obergerichtlicher Rechtsprechung sei § 26 Abs. 2 AktG auf die GmbH entsprechend anwendbar (m. Verw. auf BGH DNotZ 1990, 124; NJW 1998, 233; OLG Düsseldorf GmbHR 1987, 59; OLG München MittBayNot 2011, 162 = RNotZ 2011, 54; OLG Frankfurt RNotZ 2010, 481); zurückliegende Änderungen des GmbH-Gesetzes, insbesondere das MoMiG, hätten daran nichts geändert. **Dem** daraus folgenden **Erfordernis, dass die gesellschaftsvertragliche Regelung den**

Gesamtbetrag des zulasten der Gesellschaft gehenden Gründungsaufwands erkennen lassen müsse, genüge § 8 der Satzung nicht. Er enthalte **lediglich eine Obergrenze** für die Gründungskosten i. H. v. 10 % des Stammkapitals. Auch die (abschließende) Benennung der Gründungskosten als Notar-, Gerichts- und Behördenkosten reiche nicht aus, denn die einzelnen Kosten müssten zusammengefasst als Gesamtbetrag in der Satzung ausgewiesen werden. Beträge, die noch nicht genau beziffert werden könnten, seien zu schätzen. Ohne Angabe eines Gesamtbetrags könnten die Gläubiger die Vorbelastungen des Stammkapitals nicht zuverlässig und durch einen Blick in die Satzung beurteilen.

Stellungnahme

Das Urteil zeigt zunächst, dass die durch das FamFG eingeführte **Befristung der Beschwerde** auf einen Monat nach Bekanntgabe (anstelle der unbefristeten Beschwerde nach dem FGG) **ernst zu nehmen** ist, wenn das Registergericht durch beschwerdefähige Zwischenverfügung gem. § 382 Abs. 4 FamFG zur Beseitigung von – vermeintlichen – Eintragungshindernissen aufgefordert hat.

Soweit das OLG in seinem *obiter dictum* die **Rechtslage** darstellt, bleibt es **zunächst in den Bahnen der höchstgerichtlichen Rechtsprechung**, wie sie in den Entscheidungen BGH DNotZ 1990, 124, 125 und NJW 1998, 233 vorgegeben wurden: Danach sind in der Satzung der **Ausweis eines (ggf. geschätzten) Gesamtbetrags** des von der Gesellschaft zu tragenden Gründungsaufwands und zudem wohl die **namentliche, aber nicht betragsmäßige Nennung der Kostenpositionen** erforderlich, aus denen sich der von der Gesellschaft zu tragende Gründungsaufwand zusammensetzt. Dass dieser Gründungsaufwand in der Satzung insgesamt der Höhe nach anzugeben ist, dürfte heute auch in der Literatur nahezu allgemein anerkannt sein (MünchKommGmbHG/Märtens, 2010, § 5 Rn. 275; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 5 Rn. 57; Scholz/Veil, GmbHG, 11. Aufl. 2012, § 5 Rn. 113; GroßkommGmbHG/Ulmer/Casper, 2. Aufl. 2013, § 5 Rn. 208; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 18. Aufl. 2012, § 3 Rn. 78; MünchKommAktG/Pentz, 3. Aufl. 2008, § 26 Rn. 34; Krafka/Kühn, Registerrecht, 9. Aufl. 2013, Rn. 941; Jürgenmeyer/Maier, BB 1996, 2135, 2137; Wachter, NZG 2010, 734, 736; a. A. Roth, in: Roth/Altmeyden, GmbHG, 7. Aufl. 2012, § 5 Rn. 74 für gesetzliche Gründungskosten).

Hinsichtlich des Erfordernisses der namentlichen Nennung der einzelnen Kostenpositionen wird dagegen bezweifelt, ob dies sachgerecht ist und – zumal angesichts der gesetzlichen Regelung in Nr. 5 des Musterprotokolls zum GmbHG – noch geboten sein kann (abl. Wachter, NZG 2010, 734, 736; Weiler, notar 2011, 117, 118; Baumbach/Hueck/Fastrich, § 9c Rn. 5; MünchKommGmbHG/Wicke, § 9c Rn. 21 mit Fn. 5; wohl auch GroßkommGmbHG/Ulmer/Casper, § 5 Rn. 208; s. bereits LG Gießen GmbHR 2003, 543, 544). Die **nähere Kalkulation** und die betragsmäßige Zusammensetzung des Gründungsaufwands sind jedenfalls **nicht in der Satzung anzugeben**, sondern dem Registergericht nur auf besondere Anforderung, die wohl allein bei Überschreitung gewisser Richtwerte gerechtfertigt ist (vgl. Elsing, DNotZ 2011, 245, 248: 10 % des Stammkapitals bzw. 2.500 € als „eingebürgerte Prüfgrenze“; OLG Hamburg DNotZ 2011, 457, 459: „Pauschbetrag in Höhe von 10 % des Stammkapitals“, wobei keine generelle prozentuale Begrenzung für den Gründungsaufwand anzunehmen sei), außerhalb der Satzung nachzuweisen (MünchKommGmbHG/Märtens, § 5 Rn. 275).

Die namentliche Nennung der einzelnen Kostenpositionen war vorliegend erfolgt („Kosten bei Notar, Gericht und Behörden“) und wurde nicht beanstandet. **Weshalb das OLG noch nicht einmal erwogen hat, in der Angabe der Obergrenze des von der Gesellschaft zu tragenden Gründungsaufwands zugleich einen Ausweis des (ggf. geschätzten) Gesamtbetrags zu sehen**, ist allerdings **nicht nachvollziehbar**. Ein derartiges Verständnis dürfte u. E. regelmäßig jedenfalls dann zugrunde zu legen sein, wenn sich der als Obergrenze angegebene Betrag im Rahmen des Üblichen bewegt, insbesondere anerkannte pauschale Richtwerte für den von der Gesellschaft zu tragenden Gründungsaufwand nicht übersteigt. Bei objektiver Auslegung der Satzung werden die Gründungsgesellschafter eine solche Obergrenze im Regelfall (nahezu) ausschöpfen wollen, ebenso wie wenn der fragliche Betrag ausdrücklich als (ggf. geschätzter) Gesamtbetrag bezeichnet worden wäre. Ein über die Obergrenze hinausgehender Gründungsaufwand wäre unschädlich, da die Obergrenze eine Belastung der Gesellschaft mit dem Überschuss ausschließt; dieser wäre dann von den Gesellschaftern zu tragen und für den anzugebenden Gesamtbetrag unerheblich (vgl. auch OLG Frankfurt RNotZ 2010, 481, 481 f.). Letztlich dient die Obergrenze erkennbar zugleich dazu, Unsicherheiten über das zulässige Maß einer – bei der Angabe eines bloß geschätzten Gesamtbetrags an sich möglichen – nachträglichen Überschreitung des geschätzten Betrags von vornherein auszuschließen. Dadurch fördert sie den **Zweck der Gesamtbetragsangabe**, indem **Gläubiger den von der Gesellschaft zu tragenden Gründungsaufwand zuverlässig und durch einen Blick in die Satzung erkennen können**. Die in der Praxis verbreitete und in Mustern durchgängig empfohlene Festsetzung des Gründungsaufwands durch „Bis-zu-Angaben“ ist dementsprechend bisher wohl nicht beanstandet worden (vgl. etwa OLG Hamburg DNotZ 2011, 457, 458 f.; LG Gießen GmbHR 2003, 543, 544; Wälzholz, in: Kallmeyer u. a., GmbH-Handbuch, 144. Lfg. 04.2013, 3. Abschn. Rn. 276; Peter/Dienst, in: Meyer-Landrut, Formularbuch GmbH-Recht, 2011, A Rn. 409; Haasen, in: Beck'sches Formularbuch GmbH-Recht, 2010, C I 1).

Nur vordergründig erscheint die **prozentuale Angabe des Gründungsaufwands** – anstelle der Bezifferung des Betrags von 2.500 € – als eine nicht hinreichend individuell am Gründungsaufwand orientierte Größenangabe; im Ergebnis sind beide Varianten **gleichwertig**, solange sich die Höhe der Obergrenze im Rahmen des Üblichen hält.

Zu beanstanden sind hingegen Fälle, in denen eine **Obergrenze** festgelegt wird, **die den ggf. geschätzten Gesamtbetrag des Gründungsaufwands erkennbar in nicht mehr vertretbarem Maß überschreitet** (vgl. Krafka/Kühn, Rn. 941: Schätzung dürfe tatsächlichen Anfall nicht um mehr als 50 % überschreiten; LG Essen GmbHR 2003, 471: Die Beteiligten hatten erklärt, der tatsächliche Gründungsaufwand liege „selbstverständlich deutlich unter“ der angegebenen Obergrenze.). Eine derart überhöhte Obergrenze ermöglicht interessierten Dritten keine realistische Einschätzung des im Ergebnis zu erwartenden Gesamtbetrags mehr und könnte u. U. verschleiern, dass Beträge als Gründungsaufwand ausgegeben werden, die nicht als solcher berücksichtigungsfähig sind. Doch wird dies die **Ausnahme** sein, da regelmäßig kein Anlass besteht, eine frei gegriffene, überhöhte Obergrenze zu wählen.

Die **Auslegung von Regelungen einer GmbH-Satzung mit körperschaftsrechtlichem Charakter**, wozu auch die

Festsetzung des Gründungsaufwands gehört (Michalski/Hoffmann, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 53 Rn. 12; Münch-KommGmbHG/Harbarth, 2011, § 53 Rn. 19), **unterliegt der freien Nachprüfung durch das Rechtsbeschwerdegericht** (BGHZ 14, 25, 36 f.; 116, 359, 364 = DNotZ 1992, 526; BGH WM 2011, 2325, 2326 = ZNotP 2012, 68; Keidel/Meyer-Holz, FamFG, 17. Aufl. 2011, § 72 Rn. 3). Angesichts der Verbreitung von Obergrenzen für Gründungsaufwand erscheint der **Zulassungsgrund der grundsätzlichen Bedeutung** gem. § 70 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 FamFG für eine **Rechtsbeschwerde zum BGH** nicht von vornherein ausgeschlossen. Voraussetzung wäre freilich die – vorliegend fehlende – Entscheidungserheblichkeit.

Im Ergebnis zeigt die vorliegende Entscheidung plastisch die **Gefahr von *obiter dicta***, die mangels Entscheidungserheblichkeit zur unzureichenden Erfassung des zugrunde liegenden Sachverhalts verleiten und sich darüber hinaus der Überprüfung durch Rechtsmittel entziehen.

Literaturhinweise

Veranstaltungen

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

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

– eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin –
97070 Würzburg, Gerberstraße 19
Telefon: (0931) 35576-0 Telefax: (0931) 35576-225
E-Mail: dnoti@dnoti.de Internet: www.dnoti.de

Hinweis:

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

Verantwortlicher Schriftleiter: Notar a. D. 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